Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Título Preliminar y Libro Primero
Artículos 1 a 400

Palabras preliminares de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Título Preliminar y Libro Primero
Artículos 1 a 400

Palabras preliminares de la Dra. Cristina Fernández de Kirchner

Infojus
SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA

AUTORIDADES

PRESIDENCIA DE LA NACIÓN
Dra. Cristina Fernández de Kirchner

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS
Dr. Julio Alak

SECRETARÍA DE JUSTICIA
Dr. Julián Álvarez

SUBSECRETARÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA
Lic. María Florencia Carignano

DIRECCIÓN NACIONAL DEL SISTEMA ARGENTINO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Dra. María Paula Pontoriero

Caramelo, Gustavo
Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo ; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Infojus, 2015.
v. 1, 672 p. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-3720-30-7

1. Código Civil y Comercial Argentino. I. Sebastián Picasso II. Herrera, Marisa III. Título
CDD 348.023

Fecha de catalogación: 21/04/2015

ISBN Obra completa: 978-987-3720-29-1
ISBN Tomo 1: 978-987-3720-30-7
Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

1ra. edición - Junio 2015

Editado por la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica.
Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Sarmiento 329, C.P. 1041AFF, C.A.B.A.
Directora Nacional: María Paula Pontoriero

Directora de Ediciones: Laura Pereiras
Coordinadoras de contenido: María Rosa Roble - Cecilia Vanin
Responsable de diseño gráfico: Gabriela Fraga

Correo electrónico: ediciones@infojus.gov.ar

Esta publicación se encuentra disponible en forma libre y gratuita en: infojus.gob.ar

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral, Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA), Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble; la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa; la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo; y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Todos los derechos reservados. Distribución gratuita. Prohibida su venta. Se permite la reproducción total o parcial de este libro, su almacenamiento en un sistema informático, su transmisión en cualquier forma, o por cualquier medio, electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, con la previa autorización del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Infojus

DIRECTORES

MARISA HERRERA

GUSTAVO CARAMELO

SEBASTIÁN PICASSO

DIRECCIÓN EDITORIAL

JULIÁN ÁLVAREZ

Infojus

Infojus

COORDINADORAS GENERALES

MARÍA PAULA PONTORIERO

LAURA PEREIRAS

COORDINADORES

NATALIA DE LA TORRE
Tomo I, II y VI

FIORELLA VIGO
Tomo I, II y VI

CECILIA KANDUS
Tomo III, IV y VI

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PERÍA
Tomo III y IV

LUIS R. J. SÁENZ
Tomo III y IV

FEDERICO CARESTIA
Tomo III y IV

FEDERICO CAUSSE
Tomo V

CHRISTIAN PETTIS
Tomo V

Infojus agradece el asesoramiento técnico brindado
por la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión Registral,
Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes
a Guarda con fines Adoptivos (DNRUA),
Dirección General del Registro de la Propiedad Inmueble;
la Dirección General de Asistencia Técnica y Legislativa;
la Dirección Nacional de Relaciones con el Poder Legislativo;
y el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad
en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS).

Infojus

Infojus

COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS DEL TOMO

MARISA HERRERA
y GUSTAVO CARAMELO
Arts. 1° a 18

MARISA HERRERA
Arts. 19 a 21
Arts. 93 a 99

SILVIA E. FERNÁNDEZ
Arts. 22 a 50
Arts. 138 a 140

ELEONORA LAMM
Arts. 51 a 61

LUZ MARÍA PAGANO
Arts. 62 a 72

GUSTAVO LUIS GAIBROIS
Arts. 73 a 75

DIEGO TACHELLA
Arts. 76 a 78

ALDO M. DI VITO
Arts. 79 a 84

GERMÁN HIRALDE VEGA
Arts. 85 a 92

ÁNGELES BALIERO
DE BURUNDARENA
Arts. 100 a 137
Arts. 289 a 312

MAURICIO BORETTO
Arts. 141 a 224

GONZALO PEREZ PEJCIC
Arts. 225 a 256
Arts. 398 a 400

MARÍA ISABEL BENAVENTE
Arts. 257 a 288
Arts. 332 a 357
Arts. 382 a 397

ADRIÁN RICORDI
Arts. 313 a 319

ADRIÁN RICORDI
y ALDO M. DI VITO
Arts. 320 a 331

MARÍA ISABEL BENAVENTE
y CHRISTIAN PETTIS
Arts. 358 a 381

El contenido de esta publicación expresa solo la opinión de sus autores, y no necesariamente la del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

Infojus

PALABRAS PRELIMINARES

CRISTINA FERNÁNDEZ DE KIRCHNER

Debo confesar que jamás imaginé, durante mi juventud, como estudiante de derecho de la Universidad Nacional de La Plata, o más tarde como abogada, ejerciendo la profesión en la Patagonia profunda, que viviría este momento único e irrepetible.

Es que hoy, no ya como estudiante ni como abogada, sino como Presidenta de los cuarenta millones de argentinos tengo el inmenso honor —y por qué no, orgullo— de presentar la publicación, por parte de la Editorial del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, de una versión comentada del Código Civil y Comercial que fuera sancionado por el Congreso de la Nación en cumplimiento de la norma constitucional que le atribuye el dictado de los códigos de fondo, como uno de los cambios más profundos e intensos de la legislación alumbrada en el marco del Bicentenario de la Patria.

Si hace 200 años los patriotas lucharon por la libertad, nuestro compromiso es la lucha contra la desigualdad, por una sociedad más equitativa y más justa. En virtud de dicho compromiso, desde el año 2003, el Poder Ejecutivo Nacional ha promovido —mediante distintas políticas públicas— una profunda transformación social y expansión de derechos que, en el plano jurídico, ha requerido impulsar un proceso sin precedentes de modernización, actualización y sistematización de la legislación vigente en la República Argentina.

En efecto, buena parte de las leyes vigentes en nuestro país requerían ser adecuadas a la realidad de los tiempos presentes; una realidad afectada, en particular durante las últimas décadas, por profundos cambios sociales y culturales.

Pero, además, las reformas normativas introducidas a nivel constitucional en 1994 —especialmente, la incorporación al bloque de constitucionalidad federal de los tratados internacionales de derechos humanos indicados en el art. 75, inc. 22 CN— exigían que el sistema jurídico argentino recepte, en todas sus ramas, las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado constitucional, social y democrático de derecho.

Es por ello que el Poder Ejecutivo Nacional resolvió impulsar profundas y diversas iniciativas legislativas tendientes a acompañar dichos cambios sociales y a armonizar la normativa infraconstitucional con las prescripciones de nuestra Constitución Nacional y de los tratados de jerarquía constitucional.

Uno de los ejemplos más emblemáticos de esa voluntad política transformadora del Poder Ejecutivo Nacional, de su compromiso con la consolidación de las instituciones y la

Infojus

seguridad jurídica para el presente y las futuras generaciones de argentinos y argentinas, fue el envío al Congreso Nacional del proyecto que concluyó con la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Teniendo siempre como norte la necesidad de ampliar el sistema jurídico con más y mejores derechos, el Código Civil y Comercial fue elaborado sobre la base de dos pilares fundamentales: la recepción en la normativa civil y comercial de las prescripciones del ordenamiento jurídico constitucional vigente hoy en día en la Argentina y, por otro lado, la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos presentes.

Tanto el Código Civil como el Código de Comercio, que el Código Civil y Comercial viene a reemplazar, constituyen cuerpos normativos gestados al abrigo de otros tiempos. Sus previsiones, no obstante las numerosas modificaciones que se les introdujeron a lo largo de los años, han quedado desfasadas respecto de la realidad actual. Recuérdese que el Código Civil, obra del Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield, fue sancionado el 25 de septiembre de 1869 y entró en vigencia el 1° de enero de 1871, mientras que el Código de Comercio se remonta a 1863.

Si la Constitución Nacional fue diseñada por los constituyentes de 1853-60 inspirándose en la Carta Magna de los Estados Unidos de Norteamérica, la estirpe de nuestro Código Civil es de indudable matriz continental europea. En efecto, fiel exponente de los procesos de codificación iniciados con la sanción en 1804 del Código Civil napoleónico, el Código de Vélez fue concebido como la pieza central del sistema jurídico de derecho privado que regularía las relaciones entre los particulares en nuestro país.

Dicho Código fue forjado al calor de las ideas hegemónicas del tiempo de su redacción y fue ideado como un corpus iuris de derecho privado adecuado a la matriz del Estado de derecho decimonónico diseñado por nuestro poder constituyente originario.

Pero, pasados más de 140 años de su entrada en vigencia, resulta sorprendente que el Código Civil de Vélez se haya mantenido, en líneas generales, inmutable a las transformaciones sociales ocurridas hasta su reciente reforma.

Varios fueron los intentos fallidos de una modificación integral del cuerpo: en 1926, el Anteproyecto de Bibiloni; el proyecto de 1936; en 1954, el Anteproyecto de Jorge Joaquín Llambías; en 1987, el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Cámara de Diputados de la Nación; el Proyecto de la Comisión creada por el decreto 468/92 PEN del Poder Ejecutivo y el de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación —proyecto de la Comisión Federal—, ambos de 1993; y, por último, el proyecto de la Comisión honoraria creada por el decreto 685/95, en 1998. Por el contrario, el Código Civil de Vélez solo fue reformado parcialmente en 16 oportunidades en casi un siglo y medio de vigencia.

Sin embargo, la reforma más significativa, temáticamente variada y única relativamente profunda, fue la incorporada por la llamada "Ley 17.711" en el año 1968, mediante un decreto de autoridades militares, en uno de los nefastos períodos de interrupción del régimen constitucional que sufrió nuestro país durante el siglo XX.

En ese sentido, nos llena de satisfacción decir que este Código Civil y Comercial no fue aprobado, como el de Vélez, a libro cerrado y sin discusión parlamentaria. Tampoco fue reformado a golpes de decreto de autoridades ilegítimas.

Nunca en nuestra historia se ha dado un proceso tan participativo, tan democrático, tan amplio y tan plural de discusión y debate en torno a una de las piezas centrales del sistema jurídico. Este punto, el del camino transitado hasta alcanzar la aprobación del Código Civil y Comercial, es especialmente relevante y dice mucho sobre nuestra madurez democrática como sociedad.

Recordemos brevemente ese camino y no olvidemos lo dicho sobre la aprobación a libro cerrado del Código de Vélez.

El 23 de febrero de 2011 fue dictado el decreto 191, por el que se dispuso la creación de la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. La comisión se integró con los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Ricardo Luis Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

Luego de un año de trabajo, el 27 de marzo de 2012 la comisión de juristas elevó al Poder Ejecutivo Nacional un anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Sobre el documento trabajaron exhaustivamente el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación y 109 juristas convocados al efecto.

Luego de un profundo análisis y de introducir diversas modificaciones al texto del anteproyecto, el 7 de junio de 2012, mediante el Mensaje 884, el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso de la Nación el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

En atención a la naturaleza y dimensión de la obra, se propuso una tramitación especial para el proyecto, con la finalidad de preservar la unidad, integridad y coherencia de la labor de codificación. Para ello se conformó, en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por 30 miembros, 15 senadores y 15 diputados, designados por los presidentes de cada Cámara respetando la proporción de las representaciones políticas.

La Comisión Bicameral implementó un sistema de recepción de propuestas de modificación abierto a la comunidad y convocó a audiencias públicas en las que se oyó a todos los actores sociales interesados. Se llevaron a cabo 29 reuniones, incluidas 19 audiencias públicas en las principales ciudades a lo largo y a lo ancho del país, en las que presentaron ponencias universidades públicas y privadas, centros de estudios, colegios y asociaciones profesionales, sindicatos, asociaciones civiles de derechos humanos, de género, religiosas, de defensa del consumidor, de familia, empresariales y de pueblos originarios.

El 14 de noviembre de 2013 se presentaron los dictámenes para la elaboración final del Código Civil y Comercial. En esa ocasión la Comisión Bicameral incorporó 168 modificaciones que afectaron 311 de los 2671 artículos del proyecto original.

El 28 de noviembre de 2013 la Cámara de Senadores le dio media sanción y el 1° de octubre de 2014 la Cámara de Diputados le dio sanción definitiva.

En suma, el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo Nacional fue debatido, discutido y analizado durante más de dos años en el Congreso de la Nación y con amplia participación social.

Resulta innecesario ahondar en mayores detalles; de lo expuesto se desprende a las claras que el grado de participación democrática en la elaboración del Código Civil y

Infojus

Comercial no tiene precedentes en nuestra historia y difícilmente lo tenga en el derecho comparado.

El Código Civil y Comercial que regirá desde el 1° de agosto del año 2015 es un cuerpo normativo en el que confluyen la tradición jurídica europea, nuestra propia cultura, nuestras propias necesidades, nuestras propias experiencias, nuestras propias vivencias. Reconoce las características sociales y culturales de la Argentina del siglo XXI y se articula adecuadamente con los cambios que la Reforma de 1994 introdujo en el plano constitucional. Pero, además, es un producto cultural auténticamente argentino, resultado directo de los más de 30 años que llevamos transitando desde la recuperación del sistema democrático. No pertenece a ningún partido político, no pertenece a ningún gobierno, es el Código Civil y Comercial de la democracia.

Algunas de las innovaciones más importantes que plantea son las siguientes:

- Se incorpora un Título Preliminar en el que se subraya que los casos deben resolverse conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos. Allí se establecen las fuentes, los criterios de interpretación y el deber de resolver del juez. Además, se consagran los principios generales que van a regir las relaciones jurídicas (buena fe, inexcusabilidad, abuso del derecho, fraude a la ley, abuso de la posición dominante, etc.).

- En materia de capacidad de ejercicio se incorporan nuevos paradigmas, adecuando el derecho positivo nacional a la Convención Internacional de Protección a las Personas con Discapacidad. La regla es la capacidad, y se establece, para las personas que así lo necesiten, un sistema de apoyos que complementa, no reemplaza, el ejercicio de dicha capacidad. En ese marco de excepcionalidad, la declaración de incapacidad resulta la última opción legal.

- Se incorpora un capítulo, inexistente hasta ahora, dedicado a los derechos personalísimos, que abundan en los tratados internacionales de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal. Allí se reconocen expresamente los derechos a la dignidad, intimidad, honor e imagen, entre otros.

- Se incluye un régimen especial para la protección de la vivienda que sustituye al del bien de familia de la ley 14.394, con la incorporación de diversas modificaciones que tienden a la protección del grupo familiar, e incluso, se protege la vivienda de la persona sola reconociéndose que se trata, en definitiva, de un derecho humano básico: el derecho a tener un techo.

- No se realizan distinciones entre varón y mujer a los efectos de definir quiénes pueden unirse en matrimonio, manteniendo así el gran avance logrado con la sanción de la ley 26.618 (Ley de Matrimonio Igualitario). Se consolida el concepto de "proyecto de vida en común" como eje de la unión matrimonial basada en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y la obligación de prestarse asistencia mutua.

- Se incorpora la figura de la unión convivencial, es decir, la unión de dos personas, del mismo o de diferente sexo, basada en una relación afectiva, que conviven y comparten un proyecto de vida en común. Se prioriza la autonomía de la voluntad de la pareja, la cual, mediante "pactos de convivencia", podrá regular diferentes aspectos de su vida en común: económicos, alimentarios, responsabilidades, etc.

Se establece la protección de la vivienda familiar y, en caso de muerte de uno de los convivientes, se otorga al sobreviviente el derecho de habitación gratuito del hogar que compartían por un plazo de dos años.

- En las disposiciones referentes al tratamiento de los bienes del matrimonio, se incorpora la posibilidad de optar entre el régimen de comunidad de ganancias (único hasta la actualidad) y el régimen de separación de bienes. Igualmente, aun cuando se hubiera optado por el régimen de separación de bienes, el inmueble asiento del hogar conyugal queda especialmente protegido al requerir el asentimiento de ambos cónyuges para cualquier acto de disposición.
- Se simplifican los trámites para solicitar el divorcio, admitiéndose que este sea dispuesto sin mayores recaudos que la libre petición de uno o ambos cónyuges, sin requisitos temporales. Además, los cónyuges pueden hacer propuestas y acordar sobre los efectos que se derivan de la disolución.
- Se actualiza la legislación mediante la incorporación de las técnicas de reproducción humana asistida como una tercera fuente filial, regulando expresamente el consentimiento previo, informado y libre; los requisitos del procedimiento a emplear; la prevalencia de la voluntad procreacional; y la equiparación de la filiación por dicho medio de reproducción humana con la natural y la adoptiva plena.
- Se simplifica el régimen jurídico de la adopción, teniendo en miras, primordialmente, el interés del niño por sobre el de los adultos comprometidos. Se agiliza el procedimiento mediante la incorporación de plazos reducidos y razonables para su tramitación y dictado de resoluciones; por ejemplo, se establece un plazo máximo de 90 días para que el juez decida sobre la situación de adoptabilidad del niño. Se mantiene la adopción plena y simple, y se le incorpora el régimen de la adopción por integración, referida al hijo del cónyuge o del conviviente. También se mantienen tanto la adopción conjunta como la unilateral.
- En cuanto a los derechos del niño, niña o adolescente, se incorpora el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, a la identidad, a conocer sus orígenes, a la preservación de los vínculos fraternos y a intervenir en su propio proceso de adopción.
- Se actualiza la denominación del instituto hasta ahora llamado "patria potestad", el que pasa a denominarse "responsabilidad parental", de conformidad con el status jurídico del niño, niña y adolescente como sujeto de derecho. Se prevé que las tareas de cuidado personal que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención. Se establece el derecho de alimentos provisorios para el hijo extramatrimonial no reconocido.
- Se incorporan modernas formas de contratación a través de contratos como los de arbitraje, agencia, concesión, franquicia, suministro, leasing, fideicomiso y los celebrados en bolsa o en mercado de valores, entre otros. Con ello se brinda mayor seguridad jurídica, dado que estos contratos se regulan expresamente y en forma sistematizada.
- Se regula el contrato de consumo y se introducen pautas de interpretación, tanto de las normas como de las disposiciones contractuales, que favorecen a los consumidores, así como el deber de trato digno y no discriminatorio y la defensa contra las

Infojus

prácticas abusivas por parte de quienes tienen una posición dominante en el mercado. Con ello se brinda mayor seguridad jurídica y se garantiza de mejor manera la defensa de los ciudadanos en tanto consumidores.

- Se prevén las sociedades de un solo socio. Nace la figura de la Sociedad Anónima Unipersonal. Esta facilita la asignación del patrimonio e incentiva las inversiones.
- La propiedad horizontal constituye uno de los derechos reales regulados por el nuevo código. Sus disposiciones otorgan a la asamblea de propietarios mayores atribuciones. En este sentido, se establece la reducción de la mayoría exigida para la autoconvocatoria de la asamblea, con lo cual se la refuerza como órgano de deliberación y decisión. Asimismo, se limita a dos tercios la mayoría necesaria para modificar el reglamento de propiedad horizontal.
- En materia de sucesiones, se aumenta la porción disponible del patrimonio: en caso de tener descendientes, se puede disponer de hasta un tercio del valor de los bienes (en lugar de un quinto); si hay ascendientes, se puede disponer de la mitad (en lugar de un tercio). El cónyuge mantiene su porción legítima: la mitad. En caso de un heredero con discapacidad, el causante puede disponer que este reciba, además de la porción disponible, un tercio más del resto de la herencia.

En definitiva, se logró con éxito aprobar un Código que se nutre de la realidad, que no la niega y que, por el contrario, la recepta y la regula. Un Código de la libertad pero también de la igualdad y de la equidad. Un Código para una sociedad multicultural, para nuestra sociedad del siglo XXI, en que haya espacio normativo para el plan de vida de todos y todas. Un Código inclusivo y no excluyente.

Hemos hecho mucho en materia de políticas públicas y ampliación de derechos. Este Código Civil y Comercial, en cierta manera, plasma las conquistas sociales, políticas, de igualdad y diversidad, que hemos logrado en estos años para que queden consagradas, precisamente, en un Código que represente al Pueblo y a la Nación, en síntesis: a la Patria.

PRÓLOGO

AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI

En el año 2014, en una cuidada edición, Infojus puso el texto oficial del Código Civil y Comercial (CCyC), aprobado por la ley 26.994, a disposición de todos los habitantes del país.

Hoy, en 2015, pocos meses antes de que el Código entre en vigencia, Ediciones Infojus ofrece un texto comentado. El organismo público se suma, así, a la tarea emprendida por algunas editoriales privadas que están colocando comentarios exegéticos, con diferentes modalidades, en el mercado del libro.

La obra que prologo, seriamente realizada por autores de todas las generaciones que viven a lo largo y a lo ancho del país, cuenta con la codirección de Marisa Herrera, Sebastián Picasso y Gustavo Caramelo, personas que, desde hace tiempo, responsablemente, vienen explicando el nuevo ordenamiento en artículos monográficos, conferencias, cursos, clases, intervenciones en otras obras colectivas, etc. Se trata de verdaderos juristas que actúan en distintos ámbitos (la Justicia, la cátedra universitaria, la investigación). El fruto del esfuerzo mancomunado de autores y directores rememora el aserto según el cual "*un libro siempre es un proyecto colectivo, hecho de conversaciones, debates, textos y voces de otros*".[1]

En efecto, una síntesis que explique correctamente cada nuevo artículo y que culmine en una obra coherente como esta, solo es posible si viene precedida de intercambios de ideas en los que se ha participado activamente. La tarea realizada es muy importante, pues todos son y han sido conscientes de que el CCyC respeta el fenómeno imparable de la descodificación y, por lo tanto, en palabras de Natalino Irti, de que la "nueva exégesis" debe "*racionalizar el juego de los microsistemas y componer la coherencia sistémica*".[2]

Precisamente, el Código Civil y Comercial que entrará en vigencia en agosto de 2015 pretende ser el factor de integración del conjunto de los microsistemas del derecho privado. Dicho de otro modo, las fuentes dialogan: las leyes especiales, los microsistemas, no existen en el aislamiento, en el vacío, sin interrelación alguna; al contrario, sin perjuicio de sus reglas específicas, pueden acudir al CCyC como instrumento de integración al

(1) Grimson, Alejandro y Tenti Fanfani, Emilio, *Mitomanías de la educación argentina*, Bs. As., Siglo XXI, 2014, p. 13.

(2) Irti, Natalino, *La edad de la descodificación*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 191 y 113/114.

sistema. Piénsese, por ejemplo, en los principios de buena fe, de interdicción del abuso del derecho, del fraude a la ley y de la irrenunciabilidad anticipada y general de los derechos (arts. 8/13); todos se aplican a estatutos cerrados, como la Ley de Seguros, la Ley de Concursos, el Código de la Navegación, la Ley del Ambiente, etc.

Esa función de cohesión es posible, ciertamente, por la incorporación expresa en el CCyC de los principios que emanan de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales de derechos humanos.

Claro está, esta "nueva exégesis" se consolidará con el auxilio de la jurisprudencia que se forjará al interpretar y aplicar sus disposiciones. Cabe señalar que esa tarea ya ha empezado, desde que no son pocos los jueces que invocan las nuevas normas como parte de la motivación en la que fundan la solución a la que llegan en decisiones anteriores a la entrada en vigencia del CCyC. Más aún, el Código es citado en decisiones administrativas de los registros del estado civil y capacidad de las personas.

Independientemente de este inusual fenómeno, no hay dudas de que, por ahora, corresponde a la doctrina constituirse en el principal instrumento para llevar adelante un adecuado diálogo entre las diversas fuentes.

El CCyC ayuda porque incorpora diversas reglas relativas a la interpretación y orden de aplicación de las normas según su origen (ver arts. 1, 2, 150, 768, 963, 964, 1709, 1834 CCyC, etc.). Artículos de este tipo son necesarios en un Código que, como dije, reconoce expresamente el fenómeno de la descodificación, tal como surge de sus reiteradas remisiones a las leyes especiales. Me detengo en algunos ejemplos:

1. Entre las disposiciones transitorias, se afirma que "*Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial*" (primera disposición, que corresponde al art. 18 CCyC); que "*La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial*" (segunda disposición, que corresponde al 19 CCyC); que "*La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial*" (cuarta disposición, que corresponde a los arts. 1764, 1765 y 1766 CCyC).

2. En el Título Preliminar se dispone: (i) al determinar el ámbito subjetivo, que "*Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales* (art. 4° CCyC); (ii) al establecer la vigencia, que "*Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen*" (art. 5° CCyC); (iii) al reconocer la existencia de situaciones de abuso de posición dominante, que ellas se rigen por las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales (art. 11 CCyC); (iv) al incorporar los derechos sobre el cuerpo humano, que "*no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y que sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*" (art. 17 CCyC); (v) al reconocer los derechos de las comunidades indígenas a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, que ese derecho se ejerce conforme la Constitución Nacional y según lo establezca la ley (art. 188 CCyC).

3. Respecto del régimen general de la capacidad de las personas humanas reguladas en el Libro I, se explica en los fundamentos que acompañaron al Anteproyecto: "*El punto de partida es que existe una ley especial que regula la temática; de allí que se ha estimado que el anteproyecto sólo debe establecer reglas generales que deben observarse en toda decisión que limite la capacidad de ejercicio de estas personas*". Por eso, el art. 102 CCyC prevé que las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.

4. En el ámbito de las personas jurídicas, el art. 143 CCyC, al regular la personalidad distinta a la de cada uno de sus miembros, remite a las excepciones que puedan contener las leyes especiales; el art. 162 CCyC prevé que las leyes especiales regulen otros supuestos de transformación, fusión y escisión; y el artículo siguiente, en tres incisos, admite que las leyes especiales pueden dar efectos diferentes; por su parte, las disposiciones relativas a la extinción de la responsabilidad de los directivos, dejan a salvo lo dispuesto en la ley especial (art. 177, inc. b CCyC).

5. Resulta muy significativo el art. 240 CCyC que, al establecer que el ejercicio de los derechos individuales debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva, impone que deben conformarse a "*las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial*". También son importantes los arts. 235, 236 y 238 CCyC, que priorizan a la ley especial respecto de la calificación de los bienes como pertenecientes al dominio público y privado del Estado y algunos de los particulares; el art. 237, que prevé que el uso y goce de esos bienes está sometido también a la legislación especial. En este ámbito, también hay referencias a las leyes especiales que declaran la inembargabilidad absoluta o relativa de ciertos bienes (por ejemplo, los afectados a un servicio público) y autorizan patrimonios especiales (arts. 242 y 243 CCyC). El novedoso régimen de la afectación de la vivienda también remite a las "*reglamentaciones locales*" para la determinación de la unidad económica en los inmuebles rurales (art. 256 CCyC).

6. El reconocimiento de las leyes especiales alcanza también la obligación de llevar contabilidad (arts. 320, 328, 331 CCyC).

7. La materia de la reproducción humana asistida, regulada por primera vez en el país en el Libro II, debió dejar muchas cuestiones a la ley especial; así, los arts. 567, 575 y 577 CCyC se refieren al consentimiento previo, informado y libre y "*demás requisitos dispuestos en la ley especial*".

8. No escapan a la ley especial algunos supuestos de reproducción biológica (art. 583 CCyC) y adoptiva (por ejemplo, el registro de adoptantes).

9. La "responsabilidad parental", término que remplaza a la vieja "patria potestad", también entra en diálogo con las leyes especiales en materia laboral (art. 681 CCyC) y de prestaciones de servicios en general (art. 682 CCyC); y con otras que establecen causales de suspensión (art. 702 CCyC).

10. La compensación de obligaciones como modo extintivo remite al estatuto que regula la insolvencia (art. 930, inc. f, CCyC).

Infojus

11. Los fundamentos que acompañan el Anteproyecto explican adecuadamente el funcionamiento de la Ley de los Consumidores frente al núcleo duro de este derecho incorporado en el CCyC. Allí se dice que las consecuencias derivadas de que los principios generales de protección del consumidor incorporados actúen como una "protección mínima" son, entre otros: (i) no hay obstáculos para que una ley especial establezca condiciones superiores; (ii) ninguna ley especial en aspectos similares puede derogar esos mínimos sin afectar el sistema. El Código, como cualquier ley, puede ser modificado, pero es mucho más difícil hacerlo que con relación a cualquier ley especial. Por lo tanto, estos "mínimos" actúan como un núcleo duro de tutela; (iii) es considerable el beneficio en cuanto a la coherencia del sistema, porque hay reglas generales sobre prescripción, caducidad, responsabilidad civil, contratos, del CCyC que complementan la legislación especial proveyendo un lenguaje normativo común; (iv) en el campo de la interpretación, se establece un "diálogo de fuentes" de manera que el Código recupera una centralidad para iluminar a las demás fuentes. "*El intérprete de una ley especial recurrirá al Código para el lenguaje común de lo no regulado en la ley especial y, además, para determinar los pisos mínimos de tutela conforme con el principio de interpretación más favorable al consumidor*". "*De conformidad con esta perspectiva, se produce una integración del sistema legal en una escala de graduación compuesta por: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional; b) los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la reglamentación detallada existente en la legislación especial. Los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas*".

12. En este Código no es necesario ser un consumidor para estar protegido contra las cláusulas generales abusivas; también lo está el pequeño empresario, si contrató bajo el sistema de cláusulas generales predispuestas; en tal caso, conforme el art. 1122 CCyC, y sin perjuicio de lo dispuesto en la ley especial, la aprobación administrativa de los contratos o de sus cláusulas no obsta al control judicial.

13. La regulación de algunos contratos especiales también remiten a la ley especial: por ejemplo, el leasing (art. 1247 CCyC) y el transporte —especialmente, el multimodal (art. 1281 CCyC)—. La exclusión de algunos agentes —como los de bolsa o de mercados de valores; los de seguros; los financieros, o cambiarios, los marítimos o aeronáuticos etc.— hace aplicable el respetivo ordenamiento. Otras fuentes de las obligaciones también necesitan de esas leyes especiales, como los títulos con cotización pública (art. 1858 CCyC), los derechos reales de tiempo compartido (arts. 2092, 2100 y 2102 CCyC), los cementerios privados (arts. 2111 y 2113 CCyC), el derecho de superficie (2114 CCyC) e, incluso, la hipoteca (art. 2211 CCyC).

14. Las remisiones a las leyes procesales y a otras leyes especiales también se visualizan en las relaciones entre la acción civil y penal (art. 1774 CCyC), y en el derecho internacional privado (arts. 2601 y 2609).

La complejidad del sistema no debe asustar:

a. En primer lugar, porque esta complejidad existe; el abogado y el juez lidian con ella cotidianamente; no la ha inventado el Código Civil y Comercial que, como se ha visto, ha favorecido su comprensión al establecer en diversas disposiciones un orden de prioridad.

b. Además, como informan los fundamentos que acompañan el Anteproyecto, numerosas normas receptan la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; este "derecho vivo" incorporado al Código servirá, indudablemente, a la interpretación sistemática a la que vengo aludiendo. Así, en materia de interpretación y fuentes, recuerda que, según la Corte Suprema "*la regla de interpretación prevista en el artículo 16 [del Código Civil] excede los límites del derecho privado, puesto que los trasciende y se proyecta como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno (Fallos, 312:957)*"; que la declaración de inconstitucionalidad constituye la última *ratio* del orden jurídico, por lo que solo será pronunciada siempre que no haya forma alguna de integrar la norma a fin de su coincidencia con la Carta Magna (Fallos 288:325; 290:83; 292:190; 301:962; 324:3345, 4404; 325:645, entre otros); que "*la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto*"; que "*los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores no sólo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico, por lo que corresponde descalificar las decisiones manifiestamente contraria a los valores jurídicos que informan el ordenamiento*"; que "*los derechos resultantes del contrato integran el derecho de propiedad*"; que "*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*", etc.

c. A todo lo expuesto, y como elemento facilitador, se suma que, como se explica en los fundamentos, "*la Comisión puso 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 evitó, en la medida de lo posible, el uso de vocablos alejados del uso ordinario y las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura. Se ha 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, 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 emplear el tiempo presente en la redacción de todo el articulado, porque es el que más se adapta a la buscada claridad expositiva*".

d. Finalmente, es verdad que en esta tarea se deben manejar nociones flexibles, como son capacidad restringida, edad y grado de madurez, etc. Sin embargo, su incorporación expresa tampoco debe asustar a los operadores, desde que estas ya están en el ordenamiento, tal como sucede con la noción de "capacidad progresiva", en la ley 26.061, y la de "limitaciones por razones de padecimientos mentales", en la ley 26.657, etc.

La obra que prologo es, sin duda, un instrumento valioso para la comprensión de esta complejidad frente a la cual, como dice Mordecai Kaplan, no hay que intimidarse porque, indudablemente, abre nuevos horizontes.

Infojus

INTRODUCCIÓN

MARISA HERRERA, SEBASTIÁN PICASSO y GUSTAVO CARAMELO

Tenemos el honor de haber sido convocados para dirigir la publicación de este Código Civil y Comercial de la Nación comentado, desarrollado por Ediciones Infojus, tarea que aceptamos con entusiasmo y fuerte compromiso personal, conscientes de la enorme importancia que tiene una obra de este tipo como herramienta para la difusión, el conocimiento y la comprensión del derecho por la población del país, esfuerzo insoslayable en la labor de construcción permanente de una sociedad más justa y democrática.

Nos propusimos que los contenidos de la obra fueran ágiles, más orientados a la explicación del sentido de los artículos que al desarrollo de debates doctrinarios propios de los tratados que en los próximos años habrán de dar cuenta de ellos. La dinámica de lectura buscada ha determinado que, salvo en casos excepcionales, no se citaran obras o fallos, sino que se procurara plasmar una elaboración original de los distintos autores, elegidos por su capacidad para esa tarea. Tal modalidad de trabajo no ha ido en desmedro de la calidad del contenido, que consideramos de sumo valor.

Al decidir sobre la estructura de los comentarios, consideramos que ellos debían presentar una introducción al tema, seguida de la interpretación de la norma, con el objetivo de generar contenidos que resulten aptos tanto para cualquier habitante del país que quiera abordar el Código como para los estudiantes de materias de derecho o para los abogados y magistrados en general.

Un Código de esta naturaleza es una norma vertebral del sistema jurídico de un país, pues está destinado a regular las múltiples relaciones que las personas establecen en el rico entramado de sus vínculos personales, familiares y empresariales; en su diario rol de consumidores; en la construcción de proyectos diversos; en su defensa cuando son injustamente dañados y también en su relación con los bienes y cosas de los que se sirven. Estamos ante un cuerpo normativo concebido para posibilitar que las personas alcancen el más alto nivel de vida posible, con respeto por los derechos de los demás, razonable y necesaria limitación para la protección de los derechos sociales, el medio ambiente y los intereses que hacen al bien común, lo que incluye el resguardo de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad o de desigualdad estructural y la exclusión de toda conducta discriminatoria, supuestos que derivan lógicamente de la obligación de interpretar los contenidos según las normas de derechos humanos, establecida en los artículos 1° y 2°.

La regulación contenida en los 2671 artículos que integran este cuerpo normativo no es fruto de la casualidad, sino el producto de siglos de evolución de la cultura jurídica occidental; de la experiencia desarrollada por la labor legislativa, académica, doctrinaria y jurisprudencial de los argentinos; de las discusiones generadas por anteriores proyectos; de la labor de un enorme número de juristas apasionados, liderados por una comisión compuesta por los Dres. Ricardo L. Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci —convocados por la Sra. Presidenta de la Nación, Dra. Cristina Fernández de Kirchner—; de la discusión de los contenidos proyectados en una multiplicidad de foros abiertos para ello por todo el país; y de la consideración final por los representantes electos democráticamente por el pueblo. En otras palabras, es el resultado de un proceso sustantivamente democrático de elaboración de las normas.

A poco que se recorran las páginas de esta obra, se advertirá que el comentado es un Código que se inserta en la realidad actual de la Argentina, pues ajusta sus criterios y la interpretación de sus contenidos a la Constitución Nacional y a los tratados internacionales de derechos humanos de los que la República es parte, abandonando definitivamente el proceso de retroalimentación endogámica que caracterizó por décadas la evolución del derecho civil argentino, al tiempo que toma en consideración la realidad social, las modalidades vinculares y las complejidades de los ámbitos del consumo y las relaciones económicas, procurando proteger a las personas —a quienes posibilita un mayor despliegue de autonomía—, de las situaciones de abuso que puedan darse en el mercado.

Este Código es un cuerpo normativo pluricultural y se inserta en el gran proyecto de la República Argentina, el plasmado en el preámbulo y en el artículo 20 de la Constitución Nacional, que determinó que seamos un país abierto a todas las personas del mundo que quieran habitar nuestro suelo. Se da inicio así a una etapa de conocimiento y familiarización de los habitantes del país con las nuevas normas que regirán sus vidas y actividades cotidianas, para que puedan emplearlas con la mayor autonomía posible y hagan valer sus derechos en términos que contribuyan al progreso personal, familiar y colectivo, enriqueciendo la vida social.

Se trata, en síntesis, de una situación muy distinta a la que se vivía cuando se sancionó el Código Civil, que comenzó a regir el 1 de enero de 1871 en un país en el que, según datos del Censo Nacional de 1869, tres cuartas partes de sus habitantes eran analfabetos. Código escrito y procedimientos judiciales escritos constituían valladares objetivos para un adecuado conocimiento del derecho. Hoy, sin embargo, las circunstancias son otras, y este esfuerzo realizado por Infojus da cuenta de ello. El Código Civil y Comercial Comentado —y explicado— no solo será difundido en el tradicional soporte papel, sino que estará disponible para su acceso y consulta desde cualquier lugar del país y del mundo, en el sitio web de la editorial. De esta forma, podrá acceder a sus contenidos una población que, merced a años de esfuerzos del sistema educativo argentino y a los recursos tecnológicos disponibles, está en mejores condiciones de comprenderlo, con el auxilio, de ser necesario, de una comunidad jurídica amplia que ya no está limitada a unos pocos "letrados" como los que, en el siglo XIX, eran los únicos que podían decodificar los distintos niveles de sentido de la norma. Aquí el lenguaje es más llano, mucho más cercano a lo que constituye el habla cotidiana de los argentinos, y esa es otra cualidad para el mejor conocimiento del derecho por todos. Se trata de una oportunidad de crecimiento democrático, de mejora cualitativa de los fundamentos jurídicos de las relaciones cotidianas.

Agradecemos muy especialmente a los autores de los comentarios de los distintos tramos del articulado del Código, sin cuyo esfuerzo relevante esta obra no habría sido posible. Respondieron con entusiasmo a la convocatoria, compartiendo la importancia de la finalidad que se persigue: la de contribuir a la mayor difusión del derecho.

Agradecemos asimismo, con la misma intensidad, al conjunto de colaboradores que ha contribuido a la revisión y edición de los contenidos, entre quienes cabe mencionar a los abogados Natalia de la Torre, Fiorella Vigo, Cecilia Kandus, María Eugenia Rodríguez Pería, Luis Sáenz, Federico Carestia, Federico Causse y Christian Pettis.

También agradecemos al equipo de la Dirección Nacional del Sistema Argentino de Información Jurídica, liderado por la infatigable María Paula Pontoriero, quienes realizan un trabajo a menudo silencioso pero absolutamente relevante para el cumplimiento del deber del Estado de dar a conocer las normas que integran el sistema jurídico argentino.

Finalmente, queremos agradecer muy especialmente a la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, integrante de la Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación, por la delicadeza que ha tenido al elaborar el prólogo de esta edición y por su labor profundamente inspiradora para nosotros.

He aquí un punto de partida para una experiencia que invitamos a recorrer juntos: la del conocimiento de las normas que regirán en un país abierto, pluricultural, que mira al futuro y construye las instituciones necesarias para abordarlo.

Desde el esfuerzo común por difundir las normas elaboradas por una sociedad democrática, compartimos el orgullo de haber podido colaborar en la tarea de poner esta obra en las manos de todos los habitantes del país, muy especialmente, en la de quienes día a día luchan por la construcción de una sociedad más justa y solidaria.

Infojus

Infojus

ÍNDICE GENERAL

Página

Ley 26.994 1

Decreto 1795/2014 3

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado 5

TÍTULO PRELIMINAR

Comentarios de Marisa Herrera y Gustavo Caramelo

CAPÍTULO 1 - Derecho

Artículo 1°.- Fuentes y aplicación 5
Artículo 2°.- Interpretación 13
Artículo 3°.- Deber de resolver 16

CAPÍTULO 2 - Ley

Artículo 4°.- Ámbito subjetivo 19
Artículo 5°.- Vigencia 20
Artículo 6°.- Modo de contar los intervalos del derecho 21
Artículo 7°.- Eficacia temporal 23
Artículo 8°.- Principio de inexcusabilidad 33

CAPÍTULO 3 - Ejercicio de los derechos

Artículo 9°.- Principio de buena fe 35
Artículo 10.- Abuso del derecho 37
Artículo 11.- Abuso de posición dominante 40
Artículo 12.- Orden público. Fraude a la ley 41
Artículo 13.- Renuncia. 43
Artículo 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva 44

CAPÍTULO 4 - Derechos y bienes

Artículo 15.- Titularidad de derechos 45
Artículo 16.- Bienes y cosas 46
Artículo 17.- Derechos sobre el cuerpo humano 47
Artículo 18.- Derechos de las comunidades indígenas 48

Infojus

Página

LIBRO PRIMERO. PARTE GENERAL

TÍTULO I - Persona humana

CAPÍTULO 1 - Comienzo de la existencia

Comentarios de Marisa Herrera

Artículo 19.- Comienzo de la existencia 49
Artículo 20.- Duración del embarazo. Época de la concepción 52
Artículo 21.- Nacimiento con vida 54

CAPÍTULO 2 - Capacidad

Comentarios de Silvia E. Fernández

SECCIÓN 1ª. PRINCIPIOS GENERALES

Artículo 22.- Capacidad de derecho 55
Artículo 23.- Capacidad de ejercicio 57
Artículo 24.- Personas incapaces de ejercicio 61

SECCIÓN 2ª. PERSONA MENOR DE EDAD

Artículo 25.- Menor de edad y adolescente 64
Artículo 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad 67
Artículo 27.- Emancipación 74
Artículo 28.- Actos prohibidos a la persona emancipada 75
Artículo 29.- Actos sujetos a autorización judicial 76
Artículo 30.- Persona menor de edad con título profesional habilitante 77

SECCIÓN 3ª. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD

Artículo 31.- Reglas generales 78
Artículo 32.- Persona con capacidad restringida y con incapacidad 85
Artículo 33.- Legitimados 87
Artículo 34.- Medidas cautelares 89
Artículo 35.- Entrevista personal 91
Artículo 36.- Intervención del interesado en el proceso. Competencia 95
Artículo 37.- Sentencia 98
Artículo 38.- Alcances de la sentencia 98
Artículo 39.- Registración de la sentencia 102
Artículo 40.- Revisión 103
Artículo 41.- Internación 105
Artículo 42.- Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación 106
Artículo 43.- Concepto. Función. Designación 114
Artículo 44.- Actos posteriores a la inscripción de la sentencia 117
Artículo 45.- Actos anteriores a la inscripción 118
Artículo 46.- Persona fallecida 120
Artículo 47.- Procedimiento para el cese 121
Artículo 48.- Pródigos 123
Artículo 49.- Efectos 124
Artículo 50.- Cese de la inhabilitación 125

Página

CAPÍTULO 3 - Derechos y actos personalísimos

Comentarios de Eleonora Lamm

Artículo 51.- Inviolabilidad de la persona humana 126
Artículo 52.- Afectaciones a la dignidad 129
Artículo 53.- Derecho a la imagen 131
Artículo 54.- Actos peligrosos 134
Artículo 55.- Disposición de derechos personalísimos 135
Artículo 56.- Actos de disposición sobre el propio cuerpo 136
Artículo 57.- Prácticas prohibidas 138
Artículo 58.- Investigaciones en seres humanos 141
Artículo 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud 144
Artículo 60.- Directivas médicas anticipadas 147
Artículo 61.- Exequias 149

CAPÍTULO 4 - Nombre

Comentarios de Luz María Pagano

Artículo 62.- Derecho y deber 151
Artículo 63.- Reglas concernientes al prenombre. 152
Artículo 64.- Apellido de los hijos 156
Artículo 65.- Apellido de persona menor de edad sin filiación determinada 158
Artículo 66.- Casos especiales. 159
Artículo 67.- Cónyuges 159
Artículo 68.- Nombre del hijo adoptivo 161
Artículo 69.- Cambio de nombre. 161
Artículo 70.- Proceso 164
Artículo 71.- Acciones de protección del nombre 165
Artículo 72.- Seudónimo 168

CAPÍTULO 5 - Domicilio

Comentarios de Gustavo Luis Gaibrois

Artículo 73.- Domicilio real 168
Artículo 74.- Domicilio legal 171
Artículo 75.- Domicilio especial 173

Comentarios de Diego Tachella

Artículo 76.- Domicilio ignorado 173
Artículo 77.- Cambio de domicilio 174
Artículo 78.- Efecto 175

CAPÍTULO 6 - Ausencia

Comentarios de Aldo M. Di Vito

Artículo 79.- Ausencia simple 178
Artículo 80.- Legitimados 179
Artículo 81.- Juez competente 179
Artículo 82.- Procedimiento 180
Artículo 83.- Sentencia 181
Artículo 84.- Conclusión de la curatela 181

Infojus

Página

CAPÍTULO 7 - Presunción de fallecimiento

Comentarios de Germán Hiralde Vega

Artículo 85.- Caso ordinario. 182
Artículo 86.- Casos extraordinarios..... 184
Artículo 87.- Legitimados 185
Artículo 88.- Procedimiento. Curador a los bienes 186
Artículo 89.- Declaración del fallecimiento presunto..... 188
Artículo 90.- Día presuntivo del fallecimiento 189
Artículo 91.- Entrega de los bienes. Inventario 190
Artículo 92.- Conclusión de la prenotación 191

CAPÍTULO 8 - Fin de la existencia de las personas

Comentarios de Marisa Herrera

Artículo 93.- Principio general..... 192
Artículo 94.- Comprobación de la muerte 194
Artículo 95.- Conmoriencia..... 195

CAPÍTULO 9 - Prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad

Artículo 96.- Medio de prueba..... 196
Artículo 97.- Nacimiento o muerte ocurridos en el extranjero..... 201
Artículo 98.- Falta de registro o nulidad del asiento..... 202
Artículo 99.- Determinación de la edad..... 203

CAPÍTULO 10 - Representación y asistencia. Tutela y curatela

SECCIÓN 1ª. REPRESENTACIÓN Y ASISTENCIA

Comentarios de Ángeles Baliero de Burundarena

Artículo 100.- Regla general..... 205
Artículo 101.- Enumeración 210
Artículo 102.- Asistencia 213
Artículo 103.- Actuación del Ministerio Público 216

SECCIÓN 2ª. TUTELA

Artículo 104.- Concepto y principios generales 220
Artículo 105.- Caracteres 224
Artículo 106.- Tutor designado por los padres 225
Artículo 107.- Tutela dativa..... 227
Artículo 108.- Prohibiciones para ser tutor dativo 229
Artículo 109.- Tutela especial 230
Artículo 110.- Personas excluidas 233
Artículo 111.- Obligados a denunciar 235
Artículo 112.- Discernimiento judicial. Competencia..... 237
Artículo 113.- Audiencia con la persona menor de edad 238
Artículo 114.- Actos anteriores al discernimiento de la tutela 240
Artículo 115.- Inventario y avalúo..... 240
Artículo 116.- Rendición de cuentas..... 242

Página

Artículo 117.- Ejercicio 242
Artículo 118.- Responsabilidad 244
Artículo 119.- Educación y alimentos 245
Artículo 120.- Actos prohibidos 246
Artículo 121.- Actos que requieren autorización judicial 248
Artículo 122.- Derechos reales sobre bienes del tutelado. 251
Artículo 123.- Forma de la venta 252
Artículo 124.- Dinero 253
Artículo 125.- Fideicomiso y otras inversiones seguras 254
Artículo 126.- Sociedad 255
Artículo 127.- Fondo de comercio 256
Artículo 128.- Retribución del tutor 257
Artículo 129.- Cese del derecho a la retribución 259
Artículo 130.- Deber de rendir cuentas. Periodicidad 261
Artículo 131.- Rendición final 262
Artículo 132.- Gastos de la rendición 264
Artículo 133.- Gastos de la gestión. 264
Artículo 134.- Daños 265
Artículo 135.- Causas de terminación de la tutela 266
Artículo 136.- Remoción del tutor 267
Artículo 137.- Suspensión provisoria 268

SECCIÓN 3ª. CURATELA

Comentarios de Silvia E. Fernández

Artículo 138.- Normas aplicables 269
Artículo 139.- Personas que pueden ser curadores 273
Artículo 140.- Persona protegida con hijos 278

TÍTULO II - Persona jurídica

Comentarios de Mauricio Boretto

CAPÍTULO 1 - Parte general

SECCIÓN 1ª. PERSONALIDAD. COMPOSICIÓN

Artículo 141.- Definición 282
Artículo 142.- Comienzo de la existencia 284
Artículo 143.- Personalidad diferenciada 286
Artículo 144.- Inoponibilidad de la personalidad jurídica 288

SECCIÓN 2ª. CLASIFICACIÓN

Artículo 145.- Clases 289
Artículo 146.- Personas jurídicas públicas 290
Artículo 147.- Ley aplicable 290
Artículo 148.- Personas jurídicas privadas 292
Artículo 149.- Participación del Estado 293
Artículo 150.- Leyes aplicables 294

Infojus

Página

SECCIÓN 3ª. PERSONA JURÍDICA PRIVADA

Artículo 151.- Nombre 295
Artículo 152.- Domicilio y sede social 297
Artículo 153.- Alcance del domicilio. Notificaciones 298
Artículo 154.- Patrimonio 299
Artículo 155.- Duración 299
Artículo 156.- Objeto. 300
Artículo 157.- Modificación del estatuto 301
Artículo 158.- Gobierno, administración y fiscalización 302
Artículo 159.- Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario 303
Artículo 160.- Responsabilidad de los administradores.. 306
Artículo 161.- Obstáculos que impiden adoptar decisiones 310
Artículo 162.- Transformación. Fusión. Escisión 311
Artículo 163.- Causales 312
Artículo 164.- Revocación de la autorización estatal 313
Artículo 165.- Prórroga 314
Artículo 166.- Reconducción 315
Artículo 167.- Liquidación y responsabilidades 315

CAPÍTULO 2 - Asociaciones civiles

SECCIÓN 1ª. ASOCIACIONES CIVILES

Artículo 168.- Objeto 316
Artículo 169.- Forma del acto constitutivo 319
Artículo 170.- Contenido 320
Artículo 171.- Administradores. 320
Artículo 172.- Fiscalización 322
Artículo 173.- Integrantes del órgano de fiscalización 322
Artículo 174.- Contralor estatal 323
Artículo 175.- Participación en los actos de gobierno 324
Artículo 176.- Cesación en el cargo 325
Artículo 177.- Extinción de la responsabilidad 326
Artículo 178.- Participación en las asambleas 327
Artículo 179.- Renuncia 329
Artículo 180.- Exclusión. 329
Artículo 181.- Responsabilidad 332
Artículo 182.- Intransmisibilidad. 333
Artículo 183.- Disolución 333
Artículo 184.- Liquidador 334
Artículo 185.- Procedimiento de liquidación 334
Artículo 186.- Normas supletorias 335

SECCIÓN 2ª. SIMPLES ASOCIACIONES

Artículo 187.- Forma del acto constitutivo 335
Artículo 188.- Ley aplicable. Reenvío 336

Página

Artículo 189.- Existencia. 336
Artículo 190.- Prescindencia de órgano de fiscalización..... 336
Artículo 191.- Insolvencia..... 337
Artículo 192.- Responsabilidad de los miembros..... 338

CAPÍTULO 3 - Fundaciones

SECCIÓN 1ª. CONCEPTO, OBJETO, MODO DE CONSTITUCIÓN Y PATRIMONIO

Artículo 193.- Concepto 338
Artículo 194.- Patrimonio inicial 340

SECCIÓN 2ª. CONSTITUCIÓN Y AUTORIZACIÓN

Artículo 195.- Acto constitutivo. Estatuto 341
Artículo 196.- Aportes..... 344
Artículo 197.- Promesas de donación..... 344
Artículo 198.- Cumplimiento de las promesas..... 345
Artículo 199.- Planes de acción..... 346
Artículo 200.- Responsabilidad de los fundadores y administradores durante la etapa de gestación 346

SECCIÓN 3ª. GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN

Artículo 201.- Consejo de administración..... 347
Artículo 202.- Derecho de los fundadores 347
Artículo 203.- Designación de los consejeros..... 348
Artículo 204.- Carácter de los consejeros 348
Artículo 205.- Comité ejecutivo 348
Artículo 206.- Carácter honorario del cargo 349
Artículo 207.- Reuniones, convocatorias, mayorías, decisiones y actas 349
Artículo 208.- Quórum especial 350
Artículo 209.- Remoción del consejo de administración 350
Artículo 210.- Acefalía del consejo de administración..... 351
Artículo 211.- Derechos y obligaciones de los integrantes del consejo de administración..... 351
Artículo 212.- Contrato con el fundador o sus herederos 352
Artículo 213.- Destino de los ingresos..... 353

SECCIÓN 4ª. INFORMACIÓN Y CONTRALOR

Artículo 214.- Deber de información 353
Artículo 215.- Colaboración de las reparticiones oficiales..... 354

SECCIÓN 5ª. REFORMA DEL ESTATUTO Y DISOLUCIÓN

Artículo 216.- Mayoría necesaria. Cambio de objeto. 354
Artículo 217.- Destino de los bienes..... 355
Artículo 218.- Revocación de las donaciones 356

SECCIÓN 6ª. FUNDACIONES CREADAS POR DISPOSICIÓN TESTAMENTARIA

Artículo 219.- Intervención del Ministerio Público 356
Artículo 220.- Facultades del juez..... 357

Infojus

Página

SECCIÓN 7ª. AUTORIDAD DE CONTRALOR

Artículo 221.- Atribuciones 357
Artículo 222.- Otras facultades 357
Artículo 223.- Cambio de objeto, fusión y coordinación de actividades 358
Artículo 224.- Recursos 359

TÍTULO III - Bienes

Comentarios de Gonzalo Perez Pejcic

CAPÍTULO 1 - Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva

SECCIÓN 1ª. CONCEPTOS

Artículo 225.- Inmuebles por su naturaleza 365
Artículo 226.- Inmuebles por accesión 365
Artículo 227.- Cosas muebles 365
Artículo 228.- Cosas divisibles 371
Artículo 229.- Cosas principales 372
Artículo 230.- Cosas accesorias 372
Artículo 231.- Cosas consumibles 376
Artículo 232.- Cosas fungibles 379
Artículo 233.- Frutos y productos 382
Artículo 234.- Bienes fuera del comercio 384

SECCIÓN 2ª. BIENES CON RELACIÓN A LAS PERSONAS

Artículo 235.- Bienes pertenecientes al dominio público 385
Artículo 236.- Bienes del dominio privado del Estado 390
Artículo 237.- Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce 393
Artículo 238.- Bienes de los particulares 397
Artículo 239.- Aguas de los particulares 397

SECCIÓN 3ª. BIENES CON RELACIÓN A LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA

Artículo 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes 402
Artículo 241.- Jurisdicción 402

CAPÍTULO 2 - Función de garantía

Artículo 242.- Garantía común 406
Artículo 243.- Bienes afectados directamente a un servicio público 406

CAPÍTULO 3 - Vivienda

Artículo 244.- Afectación 410
Artículo 245.- Legitimados 413
Artículo 246.- Beneficiarios 415
Artículo 247.- Habitación efectiva 415
Artículo 248.- Subrogación real 417
Artículo 249.- Efecto principal de la afectación 418

Página

Artículo 250.- Transmisión de la vivienda afectada 421
Artículo 251.- Frutos 421
Artículo 252.- Créditos fiscales 423
Artículo 253.- Deberes de la autoridad de aplicación 424
Artículo 254.- Honorarios 424
Artículo 255.- Desafectación y cancelación de la inscripción 425
Artículo 256.- Inmueble rural 428

TÍTULO IV - Hechos y actos jurídicos

CAPÍTULO 1 - Disposiciones generales

Comentarios de María Isabel Benavente

Artículo 257.- Hecho jurídico 428
Artículo 258.- Simple acto lícito 431
Artículo 259.- Acto jurídico 432
Artículo 260.- Acto voluntario. 435
Artículo 261.- Acto involuntario 436
Artículo 262.- Manifestación de la voluntad 438
Artículo 263.- Silencio como manifestación de la voluntad 441
Artículo 264.- Manifestación tácita de voluntad 442

CAPÍTULO 2 - Error como vicio de la voluntad

Artículo 265.- Error de hecho 443
Artículo 266.- Error reconocible 445
Artículo 267.- Supuestos de error esencial 447
Artículo 268.- Error de cálculo 449
Artículo 269.- Subsistencia del acto 450
Artículo 270.- Error en la declaración 451

CAPÍTULO 3 - Dolo como vicio de la voluntad

Artículo 271.- Acción y omisión dolosa 452
Artículo 272.- Dolo esencial 454
Artículo 273.- Dolo incidental 456
Artículo 274.- Sujetos. 457
Artículo 275.- Responsabilidad por los daños causados 457

CAPÍTULO 4 - Violencia como vicio de la voluntad

Artículo 276.- Fuerza e intimidación 458
Artículo 277.- Sujetos 461
Artículo 278.- Responsabilidad por los daños causados 462

CAPÍTULO 5 - Actos jurídicos

SECCIÓN 1ª. OBJETO DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 279.- Objeto 462
Artículo 280.- Convalidación 465

Infojus

Página

SECCIÓN 2ª. CAUSA DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 281.- Causa 466
Artículo 282.- Presunción de causa 468
Artículo 283.- Acto abstracto 469

SECCIÓN 3ª. FORMA Y PRUEBA DEL ACTO JURÍDICO

Artículo 284.- Libertad de formas 470
Artículo 285.- Forma impuesta 472
Artículo 286.- Expresión escrita 473
Artículo 287.- Instrumentos privados y particulares no firmados 474
Artículo 288.- Firma 475

SECCIÓN 4ª. INSTRUMENTOS PÚBLICOS

Comentarios de Ángeles Baliero de Burundarena

Artículo 289.- Enunciación 477
Artículo 290.- Requisitos del instrumento público 479
Artículo 291.- Prohibiciones 482
Artículo 292.- Presupuestos 483
Artículo 293.- Competencia. 485
Artículo 294.- Defectos de forma 485
Artículo 295.- Testigos inhábiles 486
Artículo 296.- Eficacia probatoria 487
Artículo 297.- Incolumidad formal 489
Artículo 298.- Contradocumento 489

SECCIÓN 5ª. ESCRITURA PÚBLICA Y ACTA

Artículo 299.- Escritura pública. Definición 490
Artículo 300.- Protocolo 493
Artículo 301.- Requisitos 494
Artículo 302.- Idioma 496
Artículo 303.- Abreviaturas y números 496
Artículo 304.- Otorgante con discapacidad auditiva 497
Artículo 305.- Contenido 498
Artículo 306.- Justificación de identidad 501
Artículo 307.- Documentos habilitantes 502
Artículo 308.- Copias o testimonios 505
Artículo 309.- Nulidad 506
Artículo 310.- Actas 507
Artículo 311.- Requisitos de las actas notariales 508
Artículo 312.- Valor probatorio 511

SECCIÓN 6ª. INSTRUMENTOS PRIVADOS Y PARTICULARES

Comentarios de Adrián Ricordi

Artículo 313.- Firma de los instrumentos privados 512
Artículo 314.- Reconocimiento de la firma 514

Infojus

Página

Artículo 315.- Documento firmado en blanco 516
Artículo 316.- Enmiendas 517
Artículo 317.- Fecha cierta 518
Artículo 318.- Correspondencia 519
Artículo 319.- Valor probatorio 524

SECCIÓN 7ª. CONTABILIDAD Y ESTADOS CONTABLES

Comentarios de Adrián Ricordi y Aldo M. Di Vito

Artículo 320.- Obligados 524
Artículo 321.- Modo de llevar la contabilidad 529
Artículo 322.- Registros indispensables 530
Artículo 323.- Libros 531
Artículo 324.- Prohibiciones. 532
Artículo 325.- Forma de llevar los registros 532
Artículo 326.- Estados contables 533
Artículo 327.- Diario 534
Artículo 328.- Conservación 534
Artículo 329.- Actos sujetos a autorización 535
Artículo 330.- Eficacia probatoria 536
Artículo 331.- Investigaciones 537

CAPÍTULO 6 - Vicios de los actos jurídicos

SECCIÓN 1ª. LESIÓN

Comentarios de María Isabel Benavente

Artículo 332.- Lesión 538

SECCIÓN 2ª. SIMULACIÓN

Artículo 333.- Caracterización 541
Artículo 334.- Simulación lícita e ilícita 543
Artículo 335.- Acción entre las partes. Contradocumento 544
Artículo 336.- Acción de terceros 546
Artículo 337.- Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar 547

SECCIÓN 3ª. FRAUDE

Artículo 338.- Declaración de inoponibilidad 549
Artículo 339.- Requisitos 551
Artículo 340.- Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar 552
Artículo 341.- Extinción de la acción. 554
Artículo 342.- Extensión de la inoponibilidad 554

CAPÍTULO 7 - Modalidades de los actos jurídicos

SECCIÓN 1ª. CONDICIÓN

Artículo 343.- Alcance y especies 555
Artículo 344.- Condiciones prohibidas 557
Artículo 345.- Inejecución de la condición 560

Infojus

Página

Artículo 346.- Efecto 561
Artículo 347.- Condición pendiente 562
Artículo 348.- Cumplimiento de la condición suspensiva y resolutoria 563
Artículo 349.- No cumplimiento de la condición suspensiva 564

SECCIÓN 2ª. PLAZO

Artículo 350.- Especies 565
Artículo 351.- Beneficiario del plazo 566
Artículo 352.- Pago anticipado 567
Artículo 353.- Caducidad del plazo 568

SECCIÓN 3ª. CARGO

Artículo 354.- Cargo. Especies. Presunción 569
Artículo 355.- Tiempo de cumplimiento. Prescripción 571
Artículo 356.- Transmisibilidad 572
Artículo 357.- Cargo prohibido 573

CAPÍTULO 8 - Representación

Comentarios de Christian Pettis y María Isabel Benavente

SECCIÓN 1ª. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 358.- Principio. Fuentes 574
Artículo 359.- Efectos 576
Artículo 360.- Extensión 576
Artículo 361.- Limitaciones 577

SECCIÓN 2ª. REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA

Artículo 362.- Caracteres 578
Artículo 363.- Forma 579
Artículo 364.- Capacidad 579
Artículo 365.- Vicios 580
Artículo 366.- Actuación en ejercicio del poder 581
Artículo 367.- Representación aparente 582
Artículo 368.- Acto consigo mismo 583
Artículo 369.- Ratificación 584
Artículo 370.- Tiempo de la ratificación 584
Artículo 371.- Manifestación de la ratificación 585
Artículo 372.- Obligaciones y deberes del representante 586
Artículo 373.- Obligaciones y deberes del representado 588
Artículo 374.- Copia 588
Artículo 375.- Poder conferido en términos generales y facultades expresas 589
Artículo 376.- Responsabilidad por inexistencia o exceso en la representación 590
Artículo 377.- Sustitución 591
Artículo 378.- Pluralidad de representantes 592

Página

Artículo 379.- Apoderamiento plural 592
Artículo 380.- Extinción 593
Artículo 381.- Oponibilidad a terceros 595

CAPÍTULO 9 - Ineficacia de los actos jurídicos
Comentarios de María Isabel Benavente

SECCIÓN 1ª. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 382.- Categorías de ineficacia 596
Artículo 383.- Articulación 597
Artículo 384.- Conversión 599
Artículo 385.- Acto indirecto 600

SECCIÓN 2ª. NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

Artículo 386.- Criterio de distinción 601
Artículo 387.- Nulidad absoluta. Consecuencias 603
Artículo 388.- Nulidad relativa. Consecuencias 604

SECCIÓN 3ª. NULIDAD TOTAL Y PARCIAL

Artículo 389.- Principio. Integración 606

SECCIÓN 4ª. EFECTOS DE LA NULIDAD

Artículo 390.- Restitución 607
Artículo 391.- Hechos simples 608
Artículo 392.- Efectos respecto de terceros en cosas registrables 609

SECCIÓN 5ª. CONFIRMACIÓN

Artículo 393.- Requisitos 610
Artículo 394.- Forma 612
Artículo 395.- Efecto retroactivo 614

SECCIÓN 6ª. INOPONIBILIDAD

Artículo 396.- Efectos del acto inoponible frente a terceros 615
Artículo 397.- Oportunidad para invocarla 617

TÍTULO V - Transmisión de los derechos
Comentarios de Gonzalo Perez Pejcic

Artículo 398.- Transmisibilidad 618
Artículo 399.- Regla general 618
Artículo 400.- Sucesores 622

Índice temático 625

Infojus

Infojus

LEY 26.994

Sanción: 1 de octubre de 2014
Promulgación: 7 de octubre de 2014
Publicación: 8 de octubre de 2014

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1°.- Apruébase el Código Civil y Comercial de la Nación que como Anexo I integra la presente ley.

ARTICULO 2°.- Apruébase el Anexo II que integra la presente ley, y dispónese la sustitución de los artículos de las leyes indicadas en el mismo, por los textos que para cada caso se expresan.

ARTICULO 3°.- Deróganse las siguientes normas:

a. Las leyes Nros. 11.357, 13.512, 14.394, 18.248, 19.724, 19.836, 20.276, 21.342 —con excepción de su artículo 6°—, 23.091, 25.509 y 26.005;
b. La Sección IX del Capítulo II —artículos 361 a 366— y el Capítulo III de la ley 19.550, t.o. 1984;
c. Los artículos 36, 37 y 38 de la ley 20.266 y sus modificatorias;
d. El artículo 37 del decreto 1798 del 13 de octubre de 1994;
e. Los artículos 1° a 26 de la ley 24.441;
f. Los Capítulos I —con excepción del segundo y tercer párrafos del artículo 11— y III —con excepción de los párrafos segundo y tercero del artículo 28— de la ley 25.248;
g. Los Capítulos III, IV, V y IX de la ley 26.356.

ARTICULO 4°.- Deróganse el Código Civil, aprobado por la ley 340, y el Código de Comercio, aprobado por las leyes Nros. 15 y 2.637, excepto los artículos 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5, que se incorporan como artículos 631 a 678 de la ley 20.094, facultándose al Poder Ejecutivo nacional a renumerar los artículos de la citada ley en virtud de la incorporación de las normas precedentes.

ARTICULO 5°.- Las leyes que actualmente integran, complementan o se encuentran incorporadas al Código Civil o al Código de Comercio, excepto lo establecido en el

Infojus

artículo 3° de la presente ley, mantienen su vigencia como leyes que complementan al Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por el artículo 1° de la presente.

ARTICULO 6°.- Toda referencia al Código Civil o al Código de Comercio contenida en la legislación vigente debe entenderse remitida al Código Civil y Comercial de la Nación que por la presente se aprueba.

ARTICULO 7°.- La presente ley entrará en vigencia el 1° de agosto de 2015.[1]

ARTICULO 8°.- Dispónense como normas complementarias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes:

Primera. "En los supuestos en los que al momento de entrada en vigencia de esta ley se hubiese decretado la separación personal, cualquiera de los que fueron cónyuges puede solicitar la conversión de la sentencia de separación personal en divorcio vincular.

Si la conversión se solicita de común acuerdo, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio de cualquiera de los que peticionan, a su opción; se resuelve, sin trámite alguno, con la homologación de la petición.

Si se solicita unilateralmente, es competente el juez que intervino en la separación o el del domicilio del ex cónyuge que no peticiona la conversión; el juez decide previa vista por tres (3) días.

La resolución de conversión debe anotarse en el registro que tomó nota de la separación."

Segunda. "Se consideran justos motivos y no requieren intervención judicial para el cambio de prenombre y apellido, los casos en que existe una sentencia de adopción simple o plena y aun si la misma no hubiera sido anulada, siempre que se acredite que la adopción tiene como antecedente la separación del adoptado de su familia biológica por medio del terrorismo de Estado." (Corresponde al artículo 69 del Código Civil y Comercial de la Nación).

ARTICULO 9°.- Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes:

Primera. "Los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial." (Corresponde al artículo 18 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Segunda. "La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial." (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Tercera. "Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo

(1) Texto sustituido por art. 1° de la ley 27.077, BO 19/12/2014.

constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta." (Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación).

Cuarta. "La responsabilidad del Estado nacional y de sus funcionarios por los hechos y omisiones cometidos en el ejercicio de sus funciones será objeto de una ley especial." (Corresponde a los artículos 1764, 1765 y 1766 del Código Civil y Comercial de la Nación).

ARTICULO 10.- Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, EL PRIMER DÍA DEL MES DE OCTUBRE DEL AÑO DOS MIL CATORCE.

Firmantes: Amado Boudou - Julián A. Domínguez - Lucas Chedrese - Juan H. Estrada

DECRETO 1795/2014

Promúlgase la ley 26.994.

Bs. As., 07/10/2014

POR TANTO:

Téngase por ley de la Nación 26.994 cúmplase, comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

Firmantes: Cristina Fernández de Kirchner - Jorge M. Capitanich - Julio Alak

Infojus

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN COMENTADO

TÍTULO PRELIMINAR(*)

CAPÍTULO 1
Derecho

ARTÍCULO 1°.- ***Fuentes y aplicación.*** *Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.*

1. Introducción

El Código Civil y Comercial (en adelante, CCyC) inaugura su texto con un articulado que constituye la columna vertebral del instrumento legal más importante del derecho privado. Este primer artículo coloca al CCyC en su justo lugar, ser parte de un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales: 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC; 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a) leyes aplicables (el propio CCyC, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total consonancia con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte —ya sea que tengan jerarquía constitucional derivada, como los instrumentos que enumera el art. 75, inc. 22; que adquieran tal lugar por una mayoría especial, como lo prevé la misma normativa como aconteció en el 2014 con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), según lo establece la ley 27.044; o que no tengan tal jerarquía, pero sean ratificados por el Estado argentino—; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente; y iii) siempre que no sean contrarios a derecho.

Como bien dice el título que ostenta este primer articulado, Fuentes y aplicación, tales fuentes deben aplicarse teniéndose en cuenta la finalidad de la norma; de este modo, se recepta como uno de los principios de interpretación, el principio teleológico, cuestión

(*) Comentarios a los arts. 1° a 18 elaborados por Marisa Herrera y Gustavo Caramelo.

Infojus

que se complementa con lo dispuesto en el art. 2°. En otras palabras, el círculo referido a los principios interpretativos para resolver los casos civiles y comerciales a nivel general —y más allá de las regulaciones específicas de ciertas normativas como, por ejemplo, el art. 963 que establece un orden de prelación sobre las normas aplicables a los contratos— se cierra con lo previsto en el próximo articulado; de allí que para lo relativo a la aplicación del **derecho** —denominación que ostenta el Capítulo 1 del Título Preliminar y que es más amplia que la noción de **ley** que adoptaba el Código Civil derogado (en adelante, CC)— deban analizarse de manera conjunta e integral los dos primeros articulados.

Por otra parte, cabe destacar que la norma en análisis abre el Título Preliminar, lo cual no es un dato menor: como bien se ha afirmado, "*Una de las funciones que puede cumplir un título preliminar es la de aportar 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*".[1]

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales, básicas y fundamentales

La obligada perspectiva de derechos humanos ha significado una verdadera revolución en los diferentes subsistemas que integran la sociedad, cuyo eje central es la persona humana y la satisfacción de sus derechos. Uno de los sistemas sobre el que ha impactado de manera directa es el legal. Así, los instrumentos de derechos humanos —con jerarquía constitucional desde 1994— han conminado a revisar de manera crítica todo el plexo normativo inferior. El Código Civil no ha estado ajeno a este movimiento, a tal punto que la célebre frase "*La ley no es el techo del ordenamiento jurídico*", perteneciente a uno de los recordados maestros del derecho constitucional, no por casualidad,[2] involucraba un conflicto de familia. Esto ha dado lugar al conocido "derecho civil constitucionalizado" o, en palabras de Mosset Iturraspe, a una suerte de "publicización del derecho privado".[3]

Esta realidad jurídica ha superado un debate auténtico, mantenido entre dos colosos de nuestra historia jurídica: Alberdi y Vélez Sarsfield. El primero le recriminaba al segundo que el CC no había tenido en cuenta —o, en palabras más coloquiales pero elocuentes, le había dado la espalda— a la Carta Magna. En este sentido, sostuvo Alberdi: "*La democracia entiende los derechos de un modo, la aristocracia de otro, y la autocracia de otro. Tomad por ejemplo el derecho relativo personal de autoridad paterna, o el derecho relativo real de sucesión hereditaria, y veréis que cada legislación civil lo entiende de diversos modos, según el principio de su régimen político y social. No puede la Constitución política ir hacia el sur, y el Código Civil hacia el norte*"; y agrega: "*La dirección debe ser común como lo es su objeto y mira. Si la democracia es la mente de la Constitución, la democracia debe ser la mente del Código Civil. No podéis cambiar el orden político sin cambiar el orden social y civil en el mismo sentido, porque lejos de ser independientes y ajenos uno de otro, son dos aspectos de un mismo hecho*". Tal era la importancia que le

(1) Lorenzetti, Ricardo L., "Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", en *LL* 2012-C, p. 581.

(2) Bidart Campos, Germán, "La ley no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)", en *LL* 1997-F-145.

(3) Mosset Iturraspe, Jorge, *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

otorgaba Alberdi al CC desde la perspectiva constitucional, que decía que se trataba de una "*Constitución Civil*".

Esta disociación entre la Constitución Nacional y el CC es saldada en el CCyC, que no solo ha tenido en cuenta a la Carta Magna y a los tratados de derechos humanos que ella incorpora y eleva con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994 (art. 75, inc. 22), sino también a un *corpus iuris* más extenso, al que se conoce bajo el nombre de "bloque de la constitucionalidad federal",[4] que es la principal fuente o "fuente de fuentes" del CCyC.

Para comprender la dimensión, significado e implicancias de edificar un CCyC sobre la base o pilares constitucionales-convencionales, resulta ineludible apelar a dos piezas legales claves, útiles para comprender cuáles han sido las fuentes de inspiración de la legislación civil y comercial y, a la par, entender que su rumbo no podía ser otro que el que ha tomado. Ellas son: 1) el decreto 191/2011, que crea la Comisión redactora del Anteproyecto, antecedente directo del nuevo texto, y 2) los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, donde se explicitan cuáles son los "valores axiológicos" que lo sostienen y que, a la par, constituyen instrumentos básicos para su interpretación desde una obligada perspectiva integral y armónica (art. 2° CCyC).

2.1.1. El decreto 191/2011

Si bien en los considerandos de esta normativa se explicitan las razones por las cuales era necesario modificar, modernizar y *aggiornar* la legislación civil y comercial, va más allá de eso, al sentar las bases sobre las cuáles se debe llevar adelante este proceso intelectual. La evidente incompatibilidad entre derecho (CC) y sociedad es una de las tantas preocupaciones sinceras puestas de resalto en el decreto 191/2011, constituyéndose en puntapié inicial para reformar de manera integral el Código Civil y, de paso, unificarlo con el Código de Comercio, en la misma línea que lo proponían intentos reformistas anteriores como el de 1998. Aquí se esgrimen varias razones de por qué reformar la legislación civil, entre las que se destacan:

a. *"Que el codificador previó la necesidad de incorporar las reformas que los tiempos futuros demandaran. Que durante muchos años, este proceso se realizó a través de numerosas leyes especiales que fueron actualizando diversos aspectos de los CCyC de la Nación. Que esta obra llevada a cabo a través de la mencionada legislación especial, produjo una modificación del ordenamiento lógico y de la estructura de principios y reglas existentes en los Códigos referidos"*. ¿Acaso sería posible sostener que la Ley 26.618 de Matrimonio Igualitario —por dar uno de los tantísimos ejemplos— responde a la misma lógica interna que campeaba el Código Civil originario? Incluso no hace falta ir a un ejemplo que para algunos podría resultar un tanto extremo o, más bien, sensible, ya que involucra el principio de igualdad en razón de la orientación sexual. Tampoco la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes responde a la lógica del CC, ya que promueve el principio de autonomía progresiva, es decir, la aceptación de que, como acontece en la realidad, a medida que van adquiriendo mayor grado de madurez, los niños pueden ejercer por sí mismos determinados hechos o actos jurídicos —en especial, aquellos

(4) Este concepto es utilizado por la Corte Federal a partir del 2000 en varios precedentes como, por ejemplo, el caso "Verbitsky, Horacio s/ hábeas corpus", 03/05/2005; "Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones", 17/05/2005; y "Dieser, María Graciela y Fraticelli, Carlos Andrés s/ homicidio calificado por el vínculo y por alevosía —causa N° 120/02—", 08/08/2006, entre tantos otros.

Infojus

relacionados con sus derechos personalísimos, como los relativos al cuidado del propio cuerpo—, en el marco de un Código Civil que de manera rígida recepta un régimen de capacidad/incapacidad civil en el que las personas menores de edad son consideradas "incapaces" y, en el mejor de los casos, menores adultos (de 14 años en adelante) con severas limitaciones a la capacidad de ejercicio. Esta tensión cada vez más profunda entre el Código Civil y las legislaciones especiales, que supuestamente lo complementaban, pero que en verdad modificaban el texto civil porque se fundaban en concepciones más contemporáneas y realistas, asentadas en la doctrina de derechos humanos, fue un argumento de peso para comprender por qué la necesidad de cambiar.

b. *"Que el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas"* y que *"En este sentido cabe destacar la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos"*. Esta expresa mención al llamado "bloque de la constitucionalidad federal", con el peso o relevancia que ostenta sobre todo el ordenamiento jurídico infra, no solo aparece expresamente en los Fundamentos del Anteproyecto, como se sintetizará en breve, sino que es señalado como un argumento central para la elaboración de un nuevo texto civil y comercial, que debe necesariamente estructurarse sobre los grandes avances que ha tenido el derecho privado a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos y del desarrollo jurisprudencial que se ha derivado de esta mirada, tanto en el orden nacional como internacional. En este sentido, no se puede dejar de lado todo el avance y la consolidación doctrinaria y jurisprudencial respecto del lugar que este ocupa en los ordenamientos jurídicos nacionales, la interpretación que se haga de ellos, y los aportes provenientes tanto del ámbito internacional como regional de los derechos humanos. En otras palabras, esta doble fuente suprema constitucional-convencional, constituye un bloque normativo e interpretativo de máxima jerarquía que sienta las bases y, a la vez, condiciona toda regulación o solución jurídica que se le otorgue a los conflictos sociojurídicos.

2.1.2. Fundamentos del Anteproyecto

El Anteproyecto de reforma del CCyC es, como antecedente directo del nuevo texto civil y comercial, una pieza interpretativa de suma relevancia para desentrañar cuáles son los cimientos sobre los que el CCyC se edifica, lo que queda claramente explicitado en sus Fundamentos. Como se verá, estos son hábiles y centrales para la interpretación del primer articulado del nuevo texto normativo —que se refiere, justamente, a las Fuentes o principios del derecho privado—. Sucede que si las leyes aplicables lo deben ser "conforme" —es decir, a tono, en consonancia o en respeto— Constitución Nacional (en adelante, CN) y los tratados de derechos humanos en que el Estado sea parte, ello significa un diálogo inescindible, fluido y permanente entre el derecho constitucional-convencional y el derecho privado. En otros términos, los cambios, desarrollo y avances que acontezcan en el primero repercuten de manera directa en el segundo. De allí que el CCyC —tanto en lo relativo a sus fuentes como a su aplicación— se encuentre interpelado de manera constante y continua por la obligada perspectiva constitucional-convencional. Ello es expresado por la Comisión redactora en los Fundamentos: "*Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo*

primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Esta es la función que tienen en materia hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo".

Los aspectos valorativos que auspician el CCyC en su construcción y en la interpretación que de él se lleve adelante son explicitados en los Fundamentos del Anteproyecto, siendo uno de ellos, y de manera precisa, la "constitucionalización del derecho privado", al cual se hace mención, en otros términos, en el art. 1°: "*La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, 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*". Se trata, nada más ni nada menos, que de un modo diferente de razonar, fundado más en la ponderación que en la subsunción como método tradicional de pensar el derecho.

Como se expondrá de manera harto sintética en el próximo apartado, referido al lugar que se le otorga a la jurisprudencia regional —en particular, a la emanada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)—, otro de los aspectos valorativos es que el CCyC es un "*Código con identidad latinoamericana*". En tal sentido, se advierte que "*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 en los códigos de Europa (Italia, 1865; Portugal, 1867 y España, 1889) y América (Quebec, 1866; Luisiana, 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*".

Otro de los pilares sobre el cual se elaboró el CCyC, y que la obligada perspectiva constitucional-convencional seguramente irá actualizando con el paso del tiempo, es ser un "*Código de la igualdad*". En este sentido, se asevera: "*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. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables*". A la par, se define al CCyC como un "*Código basado en un paradigma no discriminatorio*", siendo que "*En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha 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*".

Infojus

También se reconoce una doble vertiente de los derechos, totalmente compatibles entre sí, encontrándose ambos presentes en el CCyC, ya que es un "*Código de los derechos individuales y colectivos*". En tal sentido, se reconoce que "*En su mayoría, los códigos del derecho privado comparado regulan sólo los derechos individuales. El Anteproyecto da una importancia relevante a los derechos de incidencia colectiva, en consonancia con la Constitución Nacional. Esto tiene un impacto significativo en el modo de relacionamiento con los recursos naturales y es coherente con el actual derecho brasileño*".

El último valor axiológico que cabe destacar en su carácter de principal inspirador de la gran mayoría de las modificaciones radicales que introduce el CCyC en el campo de las relaciones de familia, es que se trata de un "*Código para una sociedad multicultural*". Justamente, se reconoce que "*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*". La idea de multiculturalidad se vincula con dos nociones básicas que están ínsitas y muy presentes en gran parte del CCyC: pluralismo y realidad. De allí, y siempre desde la necesaria visión sistémica, es entendible la preocupación que se manifiesta en el artículo en análisis acerca de la resolución de los casos; es decir, de los conflictos que se plantean en la sociedad.

2.2. Dinamismo constitucional-convencional

Los valores axiológicos mencionados —y los demás que también se explicitan en los Fundamentos del Anteproyecto, antecedente directo del CCyC— se fundan en principios y derechos de derechos humanos y se derivan de manera directa de la Constitución Nacional y de los tratados de derechos humanos en los que el Estado es parte. De este modo, se refuerza el diálogo expreso entre la CN y el CCyC, postura totalmente contraria a la adoptada por el CC.

Se trata de un diálogo que se fortalece, amplía y actualiza de manera constante a la luz del desarrollo jurisprudencial internacional, regional y constitucional, al interpretar de manera dinámica los diferentes casos que se van planteando en el ámbito civil y comercial, en el marco de un régimen jurídico en el que cada juez debe llevar adelante un constante control de constitucionalidad-convencionalidad de las leyes, sea a instancia de parte interesada o de oficio. Al respecto, cabe traer a colación, entre tantos, al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN) del caso "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios" en el que se sostuvo: "*Que en diversas ocasiones posteriores la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha profundizado el concepto fijado en el citado precedente 'Almonacid'. En efecto, en el caso 'Trabajadores Cesados del Congreso' precisó que los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también*

'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana ['Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú', del 24 de noviembre de 2006, parágrafo 128]". [5]

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha sido elocuente al destacar en varios precedentes cuál es el lugar que se le debe dar a la jurisprudencia regional, en especial, a la que emana de la Corte IDH que integra el mencionado "bloque de la constitucionalidad federal". En este sentido, la CSJN en el caso "Mazzeo", del 13/07/2007,[6] ha enfatizado que "*la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)*", y que ello importa *"una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos"* (cons. 20); como así también el valor de sus Recomendaciones[7] y Opiniones Consultivas.

De este modo, la aludida "constitucionalización del derecho privado", además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado, interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infraconstitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos, y a la par, cómo debe ser la labor interpretativa ante las lógicas lagunas del derecho, sobre todo ante una sociedad que cada vez es más dinámica.

.....

(5) CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios", 27/11/2012, cons. 12, [en línea] http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodriguez-pereyra-jorge-luis-otra-ejercito-argentino-danos-perjuicios-fa12000216-2012-11-27/123456789-612-0002-1ots-eupmocsollaf, consultado el 08/02/2015.

(6) CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad",13/07/2007, [en línea] http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=1951, consultado el 06/02/2015.

(7) La Corte Federal en el caso "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", 06/08/2013, afirmó: *"Las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —en el caso, Informe 30/97—, aun cuando en el marco del procedimiento de peticiones individuales no tienen un valor obligatorio equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana, tienen valor para motivar acciones del Estado Argentino; otra conclusión no solo prescindiría del contexto del tratado sino que iría contra su objeto y fin, al optar por la interpretación que tiende a debilitar y quitar 'efecto útil' al sistema de peticiones individuales consagrado en los arts. 44 a 51 del Pacto, sin tener en cuenta que 'el sistema mismo de la CADH está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo' (del voto del Doctor Petracchi). La aplicación del principio de buena fe, que rige la actuación del Estado argentino en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y la calidad de los argumentos y la autoridad de quien emanan, llevan a considerar que los informes y las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y de ordenación valorativa de las cláusulas de la CADH, que deben ser tomados en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, aun cuando sólo las decisiones de la Corte Interamericana son ejecutables en los términos del art. 68 de la CADH"* (del voto del Doctor Maqueda). Ver CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional - Ministerio de Relaciones Exteriores - Provincia del Chubut", 06/08/2013, en *JA,* 11/09/2013; Albanese, Susana, "El valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana", AbeledoPerrot, AR/JUR/38982/2013.

2.3. Las fuentes del derecho

La primera distinción que cabe esgrimir se refiere a un cambio de denominación. Veamos: el Título I del CC se denominaba "De las leyes", en cambio el Capítulo 1 del Título Preliminar que se inaugura con el articulado en análisis se denomina "Derecho", es decir, se utiliza una noción mucho más amplia. Justamente, las fuentes del derecho no son solo las leyes; tal es así que el propio art. 1° se refiere —con ciertas limitaciones, especificidades o requisitos— a los "usos, prácticas y costumbres".

En este mismo sentido de carácter ampliatorio, Néstor Caferatta sostiene que, en su primer articulado, el CCyC establece cuáles son "*los 'mandatos de optimización', los paradigmas o modelos previos a la comprensión de la problemática, principios estructurales de la materia, que orientan la búsqueda con una inteligencia común, de soluciones adecuadas, estableciendo criterios o directrices de funcionamiento*".[8]

Según surge del articulado en análisis, las fuentes del derecho privado son: a) leyes aplicables (es decir, el propio CCyC y las leyes complementarias), las que deben estar en total consonancia con la CN y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte —tanto los que tengan jerarquía constitucional como los de jerarquía originaria, y los que carezcan de tal valoración normativa pero que hayan sido ratificados por el país; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente, y iii) siempre que no sean contrarios a derecho.

En lo que respecta a los usos y costumbres, cabe recordar que el art. 17 CC regulaba de manera autónoma esta cuestión en el mismo sentido que lo hace el CCyC. Así, dicha normativa disponía: "*Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente*". Nuevamente el texto civil y comercial amplía la regulación de esta cuestión al referirse al uso, las costumbres pero también a las prácticas, es decir, se alude a tres conceptos, no a dos. Además, el texto civil y comercial alude al supuesto de leyes que se refieran a ellas (a usos, prácticas y costumbres) pero también permite y valora que los propios interesados tengan en cuenta tales usos, prácticas y costumbres, lo que puede acontecer perfectamente en el derecho de los contratos. Por último, se agrega que la relevancia en el campo jurídico de los usos, prácticas y costumbres está condicionada o sujeta a que ellos no sean contrarios a derecho; advertencia que no hacía la legislación derogada.

Cabe destacar que la versión sancionada quitó como fuente expresa del derecho a la jurisprudencia, la cual estaba prevista en la versión elaborada por la Comisión redactora que, después de la primera oración, agregaba la siguiente: "*A tal fin, se tendrá en cuenta la jurisprudencia en consonancia con las circunstancias del caso*". Ello no significa que la jurisprudencia no sea fuente de derecho —en este caso, implícita—, sino que no está mencionada como las fuentes del derecho principales porque es cierto que la fuerza de los precedentes, a veces, es un argumento de peso para que el derecho no se dinamice sino que, por el contrario, quede rígido o estancado, con la consecuente dificultad de aggiornar y modernizar la legislación a través de interpretaciones que acompañen los cambios sociales. En otras palabras, la intención que tiene el CCyC es que cada caso se resuelva según la plataforma, constancias e implicancias propias. Ello no impide que se pueda apelar a la jurisprudencia como fuente inspiradora de la solución a la cual se

(8) Cafferatta, Néstor A., "Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación", Suplemento Especial Nuevo Código Civil y Comercial, 17/11/2014, p. 273 y ss., AR/DOC/3833/2014.

arribe, pero se tratará de una sentencia que será fruto y resultado de la "creación" del derecho y no una mera actividad mecánica de "aplicación" o "subsunción".

Como bien se sostiene en la doctrina, las fuentes del derecho están íntimamente relacionadas con la interpretación, vínculo que se observa en el propio art. 1° y se complementa con lo dispuesto en el art. 2°.

ARTÍCULO 2°.- ***Interpretación.*** ***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.***

1. Introducción

Se ha afirmado: *"La interpretación es la actividad dirigida a obtener la significación de una norma"*.[9] Fácil se concluye la importancia que tiene para el derecho —en este caso, el derecho privado— la interpretación que se hace de su plexo normativo, o que se adopta ante el silencio o ante la falta de éste con vistas a completarlo, para resolver los casos que se presentan.

Tal como surge del texto que observa el articulado en análisis, el CCyC no adopta un listado jerárquico con las pautas hermenéuticas. Solo por razones propias del lenguaje, se debe colocar una variable seguida de la otra, sin que a partir de esta sucesión sea hábil inferir que esconde un orden descendente.

Al regular las pautas de interpretación, se vuelve a apelar a los tratados de derechos humanos, reafirmándose así la columna vertebral sobre la cual se edifica el propio CCyC y, a la par, su interpretación y consecuente aplicación. En este sentido, es coherente esta doble mención, ya que el art. 1° CCyC se ocuparía más del marco conceptual teórico y el art. 2° de la vertiente práctica que conlleva todo ordenamiento jurídico. Esto, justamente, se relaciona con la coherencia a la cual alude el articulado en análisis en su última parte; más específicamente, con que la teoría (en especial, el CCyC) y la práctica (la interpretación al resolver los casos) interaccionen de modo coherente.

2. Interpretación

El CCyC da un paso cualitativo al dejar de lado como pauta de interpretación el conocido "espíritu de la ley" que regulaba el CC en su art. 14, referido a la leyes extranjeras, que afirmaba que ellas no son aplicables cuando ello "*... fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código*" (inc. 2°) y en su art. 16, que expresaba: "*Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso*". Esta expresa alusión al "espíritu de la ley" generó varios debates doctrinarios[10] e, incluso, el interés de la jurisprudencia constitucional, la que a lo largo de su actuación le ha dado

(9) Perrachione, Mario C., "Crítica a la modificación de la interpretación y aplicación de la ley establecida en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *DJ*, 06/03/2013, p. 97, AR/DOC/5747/2012.

(10) Para una síntesis más reciente sobre el desarrollo que se ha generado en torno a esta pauta hermenéutica, ver Azar, Aldo M., "Del espíritu de la ley a los fines de la ley: concepto, evolución del concepto y alcance de la regla de interpretación legal", en *DJ*, 22/10/2014, p. 1, AR/DOC/3849/2014.

Infojus

diferentes connotaciones; entre ellas, primó la que se centra en la idea de la finalidad de las leyes o la de una interpretación teleológica por sobre la interpretación pétrea o estática que implicaba entender que el espíritu de la ley consistía en desentrañar la voluntad del legislador.[11] En este sentido, se ha admitido que "*Esta unión entre texto y finalidad (o letra y espíritu) de la ley es reconocida por la jurisprudencia pacífica de la CSJN, en el sentido de que adolece de vicios la interpretación literal de una norma que frustra el objetivo perseguido por la institución reglamentada*".[12] De este modo, se puede afirmar que el CCyC adhiere a la interpretación activista y no a la originalista, en la misma línea que lo hace la Corte IDH y su par, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), y, en nuestro país, la Corte Federal desde el resonado caso "Kot" en 1958.

El CCyC adopta en materia de interpretación reglas, principios y valores, siendo todos ellos hábiles para arribar a una resolución coherente con todo el ordenamiento jurídico —que debe estar en consonancia siempre con los tratados de derechos humanos—. En este sentido, se afirma: "*Se trata de una interpretación 'adecuadora' que 'constituye uno de los tipos más importante de interpretación sistemática'. Tiene lugar siempre que se adapta el significado de una disposición al significado (previamente establecido) de otras disposiciones de rango superior (…) Este modo interpretativo se basa en la asunción tácita de que el legislador respeta los principios generales del derecho y las disposiciones constitucionales y no pretende derogarlos*".[13]

Sucede que tanto las pautas de interpretación que expone el art. 2° como los principios y valores jurídicos —no morales: estos quedan fuera de la legislación civil y comercial por aplicación de lo normado por el art. 19 CN, es decir, por quedar reservadas a Dios (al que cada uno crea o a ninguno, según las creencias de cada persona) y "*exentas de la autoridad de los magistrados*"— en definitiva son, como alude el mismo articulado, fuentes del derecho y, a la par, condicionan la interpretación a la luz de tales fuentes.[14]

En este contexto más amplio que recepta el CCyC no solo se reconocen pautas clásicas, como los términos o las palabras que se utilizan (ello, por ejemplo, es de suma relevancia en el campo de los derechos de los contratos), sino también la finalidad (interpretación teleológica), la analogía y, de manera más general, los principios y valores jurídicos que sí deben tener coherencia entre ellos; tal objetivo se logra siempre que se esté en consonancia con las disposiciones que surgen de los tratados de derechos humanos.

Si bien del texto no surge un orden de prelación expreso en las pautas de interpretación que se mencionan en el artículo en análisis, lo cierto es que es evidente que si un caso está contemplado de manera expresa en el CCyC o en leyes complementarias, son estas

(11) Sostuvo la CSJN en un fallo de 2004: "*es propio de la tarea judicial indagar sobre el espíritu de las leyes más que guiarse por el rigor de las palabras con que ellas están concebidas (Fallos 308:1664), procurando que la norma armonice con el ordenamiento jurídico restante y los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos 312:2075 y 324:2153) y evitando que su aplicación a un caso concreto derive en agraviantes desigualdades entre situaciones personales sustancialmente idénticas (Fallos 311:1937 y 323:2117)*". Ver CSJN, "Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional", 27/05/2004, en *LL*, AR/JUR/6290/2004.

(12) CSJN, "Municipalidad de Olavarría c/ Poder Ejecutivo Nacional", fallo cit.

(13) Perrachione, Mario C., *op. cit.*, p. 97.

(14) Mosset Iturraspe, Jorge, "Capítulo VI", en *Derecho Civil Constitucional*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2011.

las que se aplican, reservándose la interpretación por analogía para cuando ocurre un vacío o una laguna legislativa.

En los Fundamentos del Anteproyecto, la Comisión explicita varias cuestiones referidas a las reglas de interpretación que se regulan en el articulado en análisis —en conexión, coherencia y consonancia con el art. 1° CCyC—. Básicamente se sostiene: 1) siguiendo la postura doctrinaria mayoritaria, "*la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley*"; 2) teniendo en cuenta la finalidad de la ley, se deja de lado toda referencia a la intención del legislador por lo cual: "*De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su aplicación*"; 3) las leyes análogas "*tradicionalmente han sido tratadas como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar libertad al juez en los diferentes casos. Ello tiene particular importancia en supuestos en los que pueda haber discrepancias entre la ley análoga y la costumbre, como sucede en el ámbito de los contratos comerciales*"; 4) se hace expresa referencia al ordenamiento jurídico, superándose así "*la limitación derivada de una interpretación meramente exegética y dar facultades al juez para recurrir a las fuentes disponibles en todo el sistema. Ello es conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuanto afirma que la interpretación debe partir de las palabras de la ley, pero debe ser armónica, conformando una norma con el contenido de las demás, pues sus distintas partes forman una unidad coherente y que, en la inteligencia de sus cláusulas, debe cuidarse de no alterar el equilibrio del conjunto*"; y 5) se alude a los principios y valores jurídicos —conceptos jurídicos indeterminados— "*los cuales no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y de control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contraria a valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni de valores, por su carácter dinámico*".

Una arista que vale la pena resaltar, y que incide en la cuestión de la interpretación, se refiere al fenómeno de la "descodificación". El CCyC admite y valora la existencia de leyes especiales, por lo tanto, no pretende regular en su texto todas las incumbencias del derecho privado. Un claro ejemplo es la regulación sobre los derechos de los consumidores, tema en el que la ley especial y la legislación civil y comercial se complementan. En este sentido, se dice que se está ante una "recodificación", en la que se vuelve a rearmar todo el sistema legal del derecho privado a partir de un nuevo texto que tiene en cuenta los avances y modernizaciones que han introducido las leyes especiales, pretendiéndose una nueva y necesaria coherencia entre todo el plexo normativo.

Otra consideración que también incide de manera directa en la interpretación de las leyes es que el CCyC, más allá de explicitar los lineamientos generales en materia de hermenéutica jurídica, también dispone determinadas reglas de interpretación al regular algunas instituciones o figuras. Por ejemplo, cuando se refiere a los Contratos en general (Título II, Libro Tercero), el art. 963 —**Prelación normativa**— establece: "*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; d) normas supletorias de este Código*"; en igual sentido lo hacen los arts. 1094 y 1709, el primero referido a la prelación de normas en los contratos de consumo y el segundo, en la responsabilidad civil.

Infojus

Por fuera de la prelación de normas, el CCyC también recepta una gran cantidad de pautas de interpretación concretas. Así, le otorga un tratamiento diferencial a los contratos de consumo regulando de manera precisa su interpretación, toda vez que se trata de contratos en el que la relación parte débil-parte fuerte resulta muy evidente (art. 1095 CCyC); prefiere el régimen del cuidado conjunto de los hijos en una modalidad en particular, la indistinta, por sobre el resto de modalidades o clases (art. 651 CCyC); regula la excepción a la prohibición de pacto sobre herencias futuras para asegurar la continuidad de las empresas familiares (art. 1010); entre tantas disposiciones que dejan ver cuál es el derecho o el interés que se pretende proteger. Por lo tanto, existe una finalidad en la norma fácil de desentrañar, con las consecuencias que se derivan de ello al resolver un caso.

Por último, es dable destacar que el CCyC respeta la mayor protección que se establece en otras legislaciones especiales y complementarias a la legislación general civil y comercial, como la Ley 26.657 de Salud Mental, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes o la Ley 26.529 de los Derechos de los Pacientes en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, por citar algunos ejemplos. Esta afirmación se puede derivar del juego o entrecruzamiento de lo dispuesto en los dos primeros artículos. El art. 1°, al referirse en su primera oración a *"las leyes que resulten aplicables"*, admite que no solo sería el CCyC sino que podría ser otra legislación que regula con mayor precisión, detenimiento o particularidad alguna cuestión que menciona la legislación civil y comercial, pero que no profundiza. Y del art. 2°, al referirse a las *"leyes análogas"*, que no solo son de utilidad para llenar vacíos legales, sino también admitir que hay leyes que abordan temáticas similares a las que regula el CCyC y que pueden servir de pauta de interpretación hábil para resolver ciertos casos. Por ejemplo, podría plantearse, como ya se ha planteado en la jurisprudencia nacional, un caso de gestación por sustitución —es decir, el de una mujer que gesta a un niño para otras personas que quieren y tienen el deseo de ser padres, y que incluso, como aconteció en casos ya resueltos, aportan su propio material genético— en el que, ante el vacío legislativo se deba apelar a las normas referidas a la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida porque, justamente, la gestación por sustitución es una de las tanta prácticas —la más compleja— de reproducción asistida.

En definitiva, desde una perspectiva sistémica, el CCyC entiende la importancia de concretar una relectura más contemporánea, realista y humanista del derecho privado, la existencia de un verdadero "diálogo de fuentes", una postura que también impacta de manera clara en la interpretación y aplicación de las leyes.

ARTÍCULO 3°.- ***Deber de resolver.*** ***El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada.***

1. Introducción

El CCyC revaloriza el rol de los jueces en la resolución de conflictos judiciales. Se trata de un texto que se interesa de manera especial por "*Los casos que este Código rige...*" (art. 1° CCyC); casos, justamente, que deben ser resueltos por los jueces a quienes el propio Código establece un deber preciso y elocuente: resolver mediante una decisión razonablemente fundada.

No se trata entonces de que toda sentencia deba estar fundada, sino de la exigencia de que tal fundamentación sea "razonable". ¿En qué contexto se debe analizar la idea

de razonabilidad? En el marco general y básico que estructura el Título Preliminar, es decir, no solo en el contexto de lo expresado en los dos primeros articulados referidos a las fuentes del derecho, y a su aplicación e interpretación, sino en conformidad con lo que se dispone en los artículos que siguen, en los que se explicitan varios de los principios generales del derecho privado: la buena fe (art. 9° CCyC); el abuso del derecho (art. 10 CCyC); el abuso de posición dominante (art. 11 CCyC); entre otros.

El principio de razonabilidad es lo contrario a la arbitrariedad, por lo cual, fácil se advierte la importancia que tiene la obligación o el deber de que las sentencias sean razonablemente fundadas.

2. Interpretación

Del artículo en análisis se puede observar una cuestión básica: fundar una sentencia y que esta fundamentación sea razonable es una manda legal indelegable. Se trata de un deber que emerge de un Estado constitucional convencional de derecho, en el que los jueces, como integrantes de uno de los poderes del Estado, dan cuenta a la sociedad de sus actos. En esta línea se encuentra la ley 26.856, que establece la publicación íntegra de acordadas y resoluciones de la Corte Suprema y los Tribunales de Primera y Segunda instancia.

Como bien se sostiene en la doctrina y jurisprudencia nacional, existe un derecho a una sentencia motivada, cuya motivación debe ser razonable, adoptándose una necesaria visión sistémica de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional. En esta línea, y desde una mirada federal, cabe traer a colación lo expresado por el Superior Tribunal de Justicia de Corrientes en un fallo de 2014: "*El requisito constitucional y el natural principio de transparencia del Estado de Derecho que impone auto abastecer la motivación de las sentencias significa que no basta para la validez de los pronunciamientos jurisdiccionales que tengan fundamentos, sino que es menester que los fundamentos expuestos como decisivos estén a su vez fundados. Sin esta básica motivación no existe en puridad sentencia. Resulta así imprescindible que la sentencia explicite los argumentos de derecho o de hecho en los que funda sus conclusiones decisivas, ya que, cabe reiterar, la falta de esta argumentación básica de sus fundamentos decisivos priva a los justiciables del más elemental derecho de fiscalizar el proceso reflexivo del sentenciador. (…) A la par que posibilita el control social difuso sobre el ejercicio del poder por los jueces, ya que destinatarios de las resoluciones judiciales no son solamente las partes de un litigio dado sino también y fundamentalmente, el pueblo, Juez de los jueces*".[15]

La razonabilidad —o el término"razonablemente", que utiliza el artículo en análisis—, constituye un concepto jurídico indeterminado; de allí, la complejidad que observa. Como expone Berizonce: "*El Estado constitucional transformó los contenidos y la recíproca relación entre la ley y la Constitución, dejando en claro que la legislación debe ser entendida e interpretada a partir de los principios constitucionales y de los derechos fundamentales. La apertura 'principiológica' provoca, de algún modo, la ruptura con el modelo subsuntivo derivado de un derecho basado en simples reglas; y en ese escenario, el juez pasa a ser observado como quien identifica los consensos básicos de la sociedad, el ethos jurídico dominante, para erigirlos en sustento de sus decisiones; y con ello, la posibilidad,*

(15) STJ Corrientes, "M., O. A. c/ F., A. M en representación de su hijo menor de edad s/alimentos", 25/09/2014, en *Revista Actualidad Jurídica. Familia y Niñez*, n° 127, año X, noviembre, Córdoba, Nuevo Enfoque, 2014, p. 4062.

Infojus

por conducto de principios, de conectar la política con el derecho".[16] Así como Guzmán sostiene que la motivación de la sentencia es una garantía estructural de una jurisdicción democrática, de la independencia del juez y del proceso, del respeto por el principio de defensa en juicio y del interés de la comunidad,[17] el art. 3° esgrime los mismos argumentos respecto del deber de que el juez alcance una *"decisión razonablemente fundada"*.

La CSJN se ha ocupado en tantísimas oportunidades de delinear tal principio o, como se dice en el precedente que se pasa a sintetizar, el *"control de razonabilidad"*. En un fallo del 2012 lo ha hecho en los siguientes términos: "*la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que 'manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice', 1971, Harvard College). La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantía mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad*".[18]

Como se ha destacado analizándose la larga trayectoria de la jurisprudencia constitucional, la Corte Federal ha entendido que una resolución no es "razonablemente fundada" cuando: a) los fundamentos solo reflejan la voluntad de los jueces; b) no se brinda razones suficientes para omitir elementos conducentes para la resolución del litigio; c) existe un error lógico; d) existe tergiversación de las constancias de la causa; e) se prescinde de dar un tratamiento adecuado a la controversia existente, de conformidad con lo alegado y probado, y la normativa aplicable; f) se carece de una derivación razonada del derecho vigente con referencia a las circunstancias concretas de la causa; g) falta fundamentación seria; h) existen pautas de excesiva latitud; i) establece fundamentación solo aparente; j) se aparta de las reglas de la sana crítica; k) se remite a pronunciamientos anteriores, sin referirse a cuestiones oportunamente propuestas y conducentes a la solución del juicio; l) se carece de un análisis razonado de problemas conducentes para la solución de la causa; entre otras razones;[19] pudiéndose adicionar otras situaciones como omitir precedentes que forman parte del bloque de la constitucionalidad federal y que, por lo tanto, son obligatorios para la resolución del caso.

En suma, y nuevamente apelándose a la obligada perspectiva sistémica o "modo coherente" como lo expresa el art. 2° CCyC, se entiende que este deber de fundar razonablemente las sentencias se vincula con las fuentes del derecho y las pautas interpretativas que se regulan en los artículos anteriores. Al respecto se dijo que las ahora explicitadas pautas "*la 'finalidad' del texto de la ley, 'los tratados sobre derechos humanos', 'los va-*

(16) Berizonce, Roberto O., *Prólogo a la obra Derecho a una sentencia motivada*, 1ra reimp., Bs. As., Astrea, 2014, p. XII.

(17) Guzmán, Leandro, *Derecho a una sentencia motivada*, 1ra reimp., Bs. As., Astrea, 2014, p. 11 y ss.

(18) CSJN, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", 24/04/2012, [en línea] http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=5878, consultado el 06/02/2015.

(19) Porras, Alfredo R., "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad", en *LL Gran Cuyo*, diciembre, 2014, p. 1178, AR/DOC/4277/2014.

lores jurídicos' y el 'modo coherente con todo el ordenamiento' [es un] reservorio [que] constituye diques de contención para que el fallo judicial sea una decisión razonablemente fundada". [20]

CAPÍTULO 2
Ley

ARTÍCULO 4°.- *Ámbito subjetivo.* ***Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, residentes, domiciliados o transeúntes, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales.***

1. Introducción

El segundo Capítulo del Título Preliminar se denomina "Ley" y, como se adelantó, tiene un contenido diferente al Título I del Título Preliminar del CC, "De las leyes". El Capítulo 1 del Título Preliminar del CCyC se refiere al **derecho** y recién en su segundo Capítulo se concentra en la **ley** regulándose todo lo relativo, específicamente, a los lineamientos generales de las leyes —es decir, ámbito de aplicación territorial, vigencia, cómo se cuentan los plazos que establecen las leyes, su eficacia temporal y las consecuencias (o no) de la ignorancia de las leyes—. De este modo, el CCyC sí regula en un Capítulo propio lo referido a las leyes en lo relativo a sus lineamientos generales y que se aplica para todas las normas del CCyC, salvo que se establezca alguna excepción de manera expresa.

El primer articulado con el que se da comienzo al Capítulo 2 se refiere al ámbito de aplicación territorial de las leyes. El principio general es que las leyes son obligatorias para todas las personas que están en el territorio argentino, más allá de su nacionalidad, condición migratoria o domicilio.

Por último, siendo que alguna ley especial podría establecer otra regla, la disposición en análisis lo explicita claramente.

2. Interpretación

El CCyC mantiene la misma línea legislativa que seguía el CC en su art. 1°, que decía: "*Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes*". Esta normativa, al igual que su par actual, se funda en el principio de igualdad; de allí que las leyes se aplican a todas las personas que se encuentren en suelo argentino.

Por su parte, la Constitución Nacional también reconoce derechos a "*todos los habitantes de la Nación*" (art. 14 y, en igual forma, los arts. 16, 18 y 19, entre otros). El art. 20 CN es una normativa constitucional central ya que expresa: "*Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes…*". Precisamente, el CCyC, en su art. 4°, sigue esta postura amplia en materia de territorialidad de las leyes y de quiénes son sus destinatarios.

(20) Porras, Alfredo R., "Decisión razonablemente fundada: principio de razonabilidad", en *LL Gran Cuyo*, diciembre, 2014, p. 1178, AR/DOC/4277/2014.

Infojus

Aquí se recepta un concepto amplio de leyes: no solo a las normas generales sancionadas por el Congreso Nacional, sino también a decretos y reglamentos.

No obstante, si se adopta una mirada comparativa, se puede afirmar que el art. 4° en análisis es más amplio, en dos sentidos: 1) se agrega a los residentes (se tiene en cuenta que además de ciudadanos y extranjeros, hay también residentes) y 2) se flexibiliza el principio de aplicación de las leyes a todo el territorio a partir de la consideración de que ciertas leyes especiales pueden establecer otra regla, restringir la aplicación de las leyes a ciertas personas o, incluso, limitar la aplicación de las leyes de manera extraterritorial —como lo permiten ciertas normas del propio CCyC en el Título IV del Libro Sexto, dedicado al derecho internacional privado—.

Así, el principio de territorialidad o aplicación de las leyes en el espacio puede observar excepciones; cuestión que no estaba prevista de manera expresa en el art. 1° CC. Un ejemplo es la Ley 25.871 de Migraciones que regula "*la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas*" (art. 1°), destacándose en el art. 20 que la noción de "extranjeros" comprende diferentes situaciones migratorias: "*residentes permanentes*", "*residentes temporarios*" y "*residentes transitorios*" y hasta que logren alguna de estas categorías son "residentes precarios".

ARTÍCULO 5°.- *Vigencia.* ***Las leyes rigen después del octavo día de su publicación oficial, o desde el día que ellas determinen.***

1. Introducción

El CCyC mantiene el régimen previsto por la legislación derogada en lo relativo a la vigencia de las leyes. Cabe recordar que el art. 2° CC establecía: "*Las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. Si no designan tiempo, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial*".

Como se puede observar, desde el punto de vista de la técnica legislativa, el CCyC adopta una redacción más sencilla, acorde con una finalidad que es explicitada en los Fundamentos del Anteproyecto —antecedente directo de la legislación civil y comercial en donde se destaca que—: "*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, en la medida de lo posible, las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario, las frases demasiado extensas que importan dificultades de lectura*".

2. Interpretación

El CCyC sigue el mismo sistema que el CC: si la ley no establece un plazo de vigencia, el plazo legal supletorio es el de los ocho días desde su publicación oficial. He aquí un cambio respecto del art. 2° CC. Sucede que en la normativa anterior se aludía primero a la publicación a secas y después a la publicación oficial.

Como bien se ha explicado, la publicación de una ley no forma parte del proceso de formación de una ley; ella existe como tal a partir de su promulgación, pero lo cierto es que las leyes no pueden instalarse si no son publicadas es decir, publicitadas.[21] ¿Cómo se

(21) Ferreira, Rubio, "Comentario al art. 2°", en Alberto Bueres (dir.) y Elena Highton (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1-A, 1ra. reimp., Bs. As., Hammurabi, 2003, p. 4.

Infojus

puede conocer una ley y empezar a tener vida en el plano sociojurídico si no se la conoce? En este sentido, la publicación oficial de una ley es imprescindible para su necesaria difusión, pero ello no certifica que todas las personas como destinatarios de las normas, las conozcan efectivamente.

El CCyC alude directamente a la publicación oficial. En la práctica, esta es la publicación en el Boletín Oficial (en adelante, BO), aunque puede ser otro medio de publicación oficial para cumplir con el requisito que impone el articulado en análisis para la vigencia de las leyes, de conformidad con lo expresado por la CSJN en un precedente del 09/10/1975.[22] En este sentido, publicación oficial y BO tienen una relación de género y especie: el primero es el género (término que recepta el CCyC) y el segundo, una especie.

Tal como está redactada la normativa en análisis, es dable advertir que el régimen legal recepta dos modos de computar desde cuándo comienza a estar vigente una ley: 1) a los ocho días de su publicación oficial y 2) desde el día que lo fija la ley de manera expresa. Un ejemplo claro de esta última opción que habilita el texto civil y comercial es la puesta en vigencia del CCyC: según lo estableció la ley 27.077 se adelanta al 01/08/2015 el plazo de vigencia del 01/01/2016 que había receptado la ley 26.994, que sancionó la legislación civil y comercial. Sin embargo, se trata de una normativa que regula una regla y una excepción o régimen legal supletorio. Así, el principio es que si la ley nada dice, entra en vigencia a los ocho días de su publicación oficial y solo cede esta regla si la misma ley fija una entrada en vigencia precisa, que puede consistir en un plazo mayor o menor a los 8 días a correr desde la publicación oficial (aunque es excepcional que suceda que se establezca un plazo menor). Así lo receptan algunas leyes al establecer 60, 90 o 180 días o, como hizo el CCyC, al consignar una fecha determinada —en este caso, 01/08/2015—.

ARTÍCULO 6°.- ***Modo de contar los intervalos del derecho.*** *El modo de contar los intervalos del derecho es el siguiente: día es el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, a contar de uno determinado, queda éste excluido del cómputo, el cual debe empezar al siguiente. Los plazos de meses o años se computan de fecha a fecha. Cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes. Los plazos vencen a la hora veinticuatro del día del vencimiento respectivo. El cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda ésta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.*

1. Introducción

De conformidad con la simplicidad que caracteriza al CCyC, en una sola normativa se concentra todo lo relativo al modo en que se cuentan los intervalos. Al respecto, cabe recordar que el CC dedicaba el Título II del Título Preliminar a regular esta cuestión en un total de siete artículos.

(22) CSJN, "Longo, A. s/ apel. art. 1°, Res. 124/72 del Ministerio de Comercio", 09/10/1975, Fallos: 293:157.

Infojus

El CCyC estable un régimen legal supletorio que opera si las leyes o las partes no disponen un modo de computar los plazos diferentes. ¿Cuál es ese régimen? Ello está expresamente previsto en una sola norma, el articulado en análisis.

2. Interpretación

En primer lugar, el CCyC define qué es el intervalo ya que justamente le interesa precisar cuál es el modo de contar los intervalos del derecho. Así, se entiende por día: el intervalo que corre de medianoche a medianoche. En los plazos fijados en días, siempre queda excluido el día desde el que se comienza a contar, o sea, el plazo comienza a correr al siguiente.

Cuando los plazos están fijados en meses o años, ellos se computan de fecha a fecha. Por otra parte, se aclara que para el supuesto excepcional en el que el mes del vencimiento no tuviera día equivalente al inicial del cómputo, se entiende que el plazo expira el último día de ese mes.

También se aclara que los plazos vencen a la hora 24 del día del vencimiento respectivo, que el cómputo de los plazos civiles es de días completos y continuos, y que no se excluyen los días inhábiles o no laborables.

Por último, en lo que respecta a los plazos, cuando estos son fijados en horas, ellos comienzan a contarse desde una hora determinada, quedando esa hora excluida del cómputo, por lo cual el plazo comienza a correr desde la hora siguiente.

Nuevamente, desde el punto de vista comparativo, el CCyC introduce algunas modificaciones. En primer lugar, tal como se señaló al recordar lo expresado por la comisión redactora en los Fundamentos del Proyecto respecto del uso de ciertos términos, es de notar que en el CCyC es derogada la alusión al calendario gregoriano que hacía el art. 23 CC. Sucede que el calendario gregoriano es el de mayor aceptación y uso a nivel mundial, siendo aquel que se estructura sobre la consideración de que un año tiene un total de 365 días.

Tampoco se utiliza la línea legislativa de los ejemplos como sí lo hacía el art. 25 CC —que, al referirse a los plazos de mes/meses o año/años, establecía que terminarían el día que los respectivos meses tengan el mismo número de días que su fecha agregando: "*Así, un plazo que principie el 15 de un mes, terminará el 15 del mes correspondiente, cualquiera que sea el número de días que tengan los meses o el año*"—. Esta derogación de los ejemplos es la postura que se sigue al regular otras cuestiones como, por ejemplo, el parentesco, en el que no se precisa quién o quiénes están en primer orden en línea ascendente o descendente por afinidad, o en qué orden se encuentran los primos o los sobrinos, al contrario de lo que hacía el CC, como se afirma al analizar el art. 531 CCyC y ss.

Otra observación que reafirma la mayor simplicidad que ostenta la norma en análisis surge de la falta de regulación del supuesto que disponía el art. 28 CC, que aseveraba que los plazos señalados por *"las leyes o los tribunales, o los decretos del Gobierno (...) comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así"*. Justamente, una de las reglas en lo que respecta al modo de computar los intervalos en el derecho es que se trata de plazos corridos. Eso lo decía el CC en el art. 27, como también lo afirma el artículo en análisis. Por ende, ya esta cuestión estaría aclarada y no haría falta reiterar que, en ciertos supuestos, los plazos corren computándose también los feriados, es decir, de corrido.

Fuera de estas diferencias, el régimen en torno al modo de computar los intervalos de derecho es muy similar, incluso se mantiene el sistema muy poco utilizado del establecimiento de plazos en horas. Este mantenimiento responde, principalmente, al principio por el cual las partes tienen la libertad de contratar y, por lo tanto, a sujetarse a plazos cuyo modo de medir el tiempo sea en horas. En esos casos, el CCyC no solo lo permite sino que establece una serie de reglas a los fines de resolver si la cuestión llegará a presentar discrepancias.

ARTÍCULO 7°.- *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.

Fuentes: art. 3° de la ley 17.711.

Remisiones: ver comentario al art. 2537 CCyC.

1. Introducción[23]

El artículo en análisis reproduce el art. 3° CC según ley 17.711, salvo el agregado final que dice *"con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo"*.

El art. 3° tuvo origen en la Recomendación del III Congreso de Derecho Civil, celebrado en Córdoba en 1961. Ese documento se basó en una ponencia presentada por el Dr. Guillermo Borda, con la única variante referida a las normas supletorias, que no figura en la Recomendación y sí en el texto aprobado por la ley 17.711.[24] Esa recomendación se inspiró en las enseñanzas de Roubier.

2. Interpretación

2.1. Un error a reparar prontamente

El primer párrafo del art. 7° adolece de un error: omite la palabra "aún". La omisión del adverbio será urgentemente corregida (ya existe en el Congreso de la Nación una ley de fe de erratas enviada por el Ministerio de Justicia).

En efecto, el texto aprobado dice: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*. Debe decir, al igual que el art. 3° CC (texto de la ley 17.711) cuyos alcances en ningún momento se

(23) Comentario elaborado por Aída Kemelmajer de Carlucci. Es una apretada síntesis de su obra *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, a publicarse en 2015 por Rubinzal-Culzoni Editores. Como el presente artículo trata una cuestión de sumo interés práctico en la primera etapa de vigencia del CCyC, se le dedica un espacio mayor que al resto de los articulados.

(24) Todos los autores reconocen este antecedente. Ver, a modo de ejemplo, Kandus, Cecilia y Rodríguez Pería, Eugenia, "El derecho transitorio en el proyecto de reforma del código civil y comercial", en *Revista Derecho Privado*, año I, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 10.

Infojus

han intentado modificar, *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*.

2.2. Presentación del problema

Las normas jurídicas tienen una eficacia limitada en el espacio y en el tiempo. Como sucede con cualquier otra realidad humana, surgen en un determinado momento y se extinguen en otro.[25]

Esas normas rigen hechos, relaciones y situaciones jurídicas. En muchos casos, tales hechos, relaciones y situaciones no son instantáneos, sino que configuran sucesiones de hechos, conductas, actos y consecuencias que se producen a lo largo del tiempo.

La dificultad se plantea cuando se trata de hechos, relaciones o situaciones *in fieri*, o que no se agotan instantáneamente, sino que duran en el tiempo, o cuya realización, ejecución, liquidación o consumación demandan tiempo, por lo que, en parte —al inicio, al concertase o al nacer— caen bajo el imperio de una norma, y en parte o partes —al realizarse las prestaciones o agotarse las consecuencias o los efectos de aquellas relaciones o situaciones jurídicas, de la o las siguientes o sucesivas—, caen en otras.

2.3. Primer grupo de palabras utilizadas por el art. 7°: relación jurídica, situación jurídica y consecuencias. Sus fases

La primera frase del artículo dice: "*A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las* ***relaciones*** *y* **situaciones** *jurídicas existentes*".

¿Qué quieren decir las expresiones situación y relación jurídica? ¿Son intercambiables?

Roubier eligió la palabra **situación**, por considerarla más amplia que **relación**, porque esta se reduce a un vínculo directo entre dos personas, mientras que aquella puede ser también unilateral y es oponible a toda persona.[26]

Borda[27] afirmó que la mención de ambas expresiones en el texto tuvo por objetivo que ningún derecho escape a la regla de la aplicación inmediata de la nueva ley:[28] Explicó que: "***Relación*** *jurídica es la que se establece entre dos o más personas, con carácter* ***particular****, esencialmente* ***variable****; es un vínculo jurídico entre dos o más personas, del cual emanan deberes y derechos. Las más frecuentes son las que nacen de la voluntad de las partes: contratos, testamentos.*

Situación *jurídica es la posición que ocupa un sujeto frente a una norma general; o sea genera derechos regulados por ley (y no por la voluntad de las partes) que son uniformes para todos. Es* ***objetiva*** *y permanente; los poderes que de ella derivan son susceptibles de ejercerse indefinidamente, sin que por ello desaparezca la situación o poder; está organizada por la ley de modo* ***igual para todos*** *(por ejemplo, el derecho de propiedad, y, en general, todos los derechos reales, la situación de padre, hijo, etc.)*".

.....

(25) Héron, Jacques, *Principes du droit transitoire*, París, Dalloz, 1996, p. 5. Ver Claria, Enrique L. y Claria, José O., "Ámbito de aplicación temporal de la ley", en *ED* 56-785.

(26) Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., 39, París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 181.

(27) Borda, Guillermo, "Efectos de la ley con relación al tiempo", en *ED* 28-810.

(28) Borda, Guillermo, "El art. 71 bis, ley 2393 y la aplicación inmediata de la ley", en *LL* 147-63.

A los efectos de la aplicación de la ley en el tiempo, el CCyC, al igual que la ley 17.711, equipara las expresiones *situaciones* y *relaciones* jurídicas.[29] En consecuencia, todo lo que se dice de una, se afirma de la otra.

Lo importante no es la distinción entre situación y relación jurídica, porque ambas se rigen por las mismas reglas, sino las **fases** en las que estas se encuentran al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Efectivamente, Roubier sostuvo que toda situación jurídica pasa por **dos fases:** una fase **dinámica**, que corresponde al momento de su **constitución** y de su **extinción**, y una fase estática, que se abre cuando esa situación produce sus efectos.

¿Qué son las consecuencias? Las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas.

2.4. Segundo grupo de palabras: aplicación inmediata y aplicación retroactiva

El artículo empieza: "***A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican*** *aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"*. Inmediatamente después dispone: "*La leyes no tienen efecto retroactivo"*.

El texto distingue **aplicación***:*

a. **inmediata** (es la regla general) y;
b. **retroactiva** (no permitida, excepto disposición legal en contrario).

También aquí, el uso de las palabras y su significado generan algunas dificultades.

De cualquier modo, quizás ayude el planteamiento inicial de Roubier, cuando dice: "*El tiempo se descompone en tres momentos:* ***presente, pasado y futuro****. Por esta razón, hay tres posiciones posibles para la aplicación de una ley en el tiempo: ella puede tener efectos retroactivos si su aplicación se remonta al* ***pasado****; tiene efectos inmediatos si se aplica prontamente en el* ***presente****; tiene efectos* ***diferidos*** *si viniendo del pasado, se proyecta al futuro siendo que otra ley la ha sustituido"*.[30]

2.4.1. ¿Qué significa *aplicación inmediata*?

El efecto inmediato es el efecto propio y normal de toda ley: ella se aplica inmediatamente después de haber sido sancionada. Es el sistema que ya tenía el CC argentino.

Consiste en que la nueva ley se aplica a: i) las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; ii) las relaciones y situaciones jurídicas existentes, en cuanto no estén agotadas; iii) las consecuencias que no hayan operado todavía.

Es decir, la ley toma a la relación ya constituida (por ejemplo, una obligación) o a la situación (por ejemplo, el matrimonio) en el estado en que se encontraba al tiempo en el que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se hubieran producido

(29) Borda, Guillermo, "Efectos de la ley con relación al tiempo", *op. cit.*

(30) Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 9. El resaltado me pertenece.

Infojus

ciertos hechos aptos para **comenzar la gestación** de una situación según la vieja ley, pero insuficientes para constituirla (o sea, la situación o relación está *"in fieri"*), entonces, rige la nueva ley.[31]

Así, por ejemplo, si una nueva ley establece una edad mayor para contraer matrimonio, el celebrado bajo la vieja ley no es nulo, porque el hecho o acto ya está cumplido. En cambio, si se casó bajo el régimen de matrimonio indisoluble y la nueva ley establece el matrimonio disoluble, podrá solicitarse el divorcio, aunque el matrimonio se haya celebrado con la vieja ley, porque la nueva ley no afecta aquel hecho, el de la constitución, sino la extinción de esa relación, que aún no ha sucedido y por eso está regida por la nueva ley.[32]

Este "tocar" relaciones pasadas no implica retroactividad porque solo afecta efectos o tramos futuros. El nuevo ordenamiento no se proyecta atrás en el tiempo, ni altera el alcance jurídico de las situaciones y las consecuencias de los hechos y actos realizados y agotados en su momento bajo un determinado dispositivo legal.

El efecto inmediato no es inconstitucional y no afecta derechos constitucionales amparados, siempre que la aplicación de la nueva norma afecte solo los hechos aún no acaecidos de una relación o situación jurídica constituida bajo el imperio de la ley antigua.[33]

2.4.2. ¿Qué significa *retroactividad?*

La retroactividad mueve la ley a un período anterior a su promulgación; es una especie de ficción de preexistencia de la ley que se proyecta temporalmente a hechos, conductas o derechos, previos a su promulgación.[34]

Hasta aquí, todos de acuerdo. No obstante, mientras para la teoría tradicional recogida en el Código de Vélez la palabra retroactividad se vincula a **derechos adquiridos**, para las modernas doctrinas está ligada a **hechos definitivamente cumplidos o agotados**.

Analizados cada uno de sus términos, cabe preguntar nuevamente: ¿Qué significa la frase *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"?*

Para entender, nada mejor que recordar el esquema de Roubier:

i. Las leyes que gobiernan la constitución de una situación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las ya constituidas. Establecida la relación, el cambio de ley no puede afectar su constitución, excepto que el legislador, de manera expresa, confiera efecto retroactivo a la nueva ley; por ejemplo, una ley que exige escritura pública para probar una locación no puede tener aplicación inmediata a un contrato que

(31) Moisset de Espanés, Luis, "La irretroactividad de la ley y el efecto diferido", en *JA Doctrina*, 1972, p. 819.

(32) Galgano, Franco, *Trattato di Diritto Civile*, t. I, 2ª ed., Padua, Cedam, 2010, p. 91.

(33) CSJN, "Partido Comunista s/ acción de amparo", 26/04/1995, en *LL* 1996-A-204 (fallo en torno a la aplicación de la Ley de Financiamiento de los Partidos Políticos).

(34) Mariño López, Andrés, "Aplicación en el tiempo de la ley n° 19.075 de matrimonio igualitario, con especial referencia a la obligación alimentaria entre cónyuges y ex cónyuges", en *Revista Crítica de Derecho Privado*, Montevideo, año 11, n° 2014, p. 1390.

se celebró bajo el imperio de una ley que no exigía esa prueba, excepto que la ley, expresamente, establezca la retroactividad.

Paralelamente, si de acuerdo a la ley vigente, los hechos no tenían fuerza suficiente para engendrar o constituir una relación jurídica, esa relación no ha nacido, no está constituida, no es una relación **existente**; una ley posterior que no exige los elementos que le faltaban no puede vivificarla, hacerla nacer, excepto que sea retroactiva. En definitiva, los hechos que no han podido determinar la constitución o extinción de una situación jurídica, de acuerdo a la ley vigente en el día en que se produjeron, no pueden, en virtud de una ley posterior, ser considerados como generadores o extintivos, excepto que la ley sea retroactiva.

ii. Las leyes que gobiernan la **extinción** de una situación jurídica no pueden afectar, sin retroactividad, las situaciones anteriormente extinguidas. Por ejemplo, sería retroactiva si declarase nulas todas las renuncias de deudas hechas antes de su entrada en vigencia. En cambio, podrían afectar una situación jurídica no extinguida —por ejemplo, si la nueva ley establece que el uso abusivo del usufructuario es causal de extinción del usufructo, puede aplicarse a los hechos constitutivos del abuso posteriores a la entrada en vigencia, aunque el usufructo se haya constituido bajo la vieja ley—, pero no a los hechos anteriores, pues cuando ellos acaecieron, no eran causal de extinción.[35]

iii. Las consecuencias producidas están consumadas, no se encuentran afectadas por las nuevas leyes, excepto retroactividad, pues respecto de ellas existe el llamado consumo jurídico.[36]

En cambio, los efectos o consecuencias aún no producidos caen bajo la nueva ley por aplicación inmediata, sin retroactividad. Hay aplicación inmediata, sin retroactividad, cuando la nueva ley anula o modifica, acrece o disminuye los efectos en curso o *in fieri* de las relaciones o situaciones jurídicas; es decir, los que se producen después de su entrada en vigor.

2.5. Las leyes supletorias como excepción a la regla de la aplicación inmediata

En la posición de Roubier recogida por el sistema argentino, el efecto inmediato se da respecto de las situaciones regladas **por la ley**.

En cambio, en las relaciones regladas por los particulares, cabe distinguir entre ley **imperativa** y **ley supletoria**.

En efecto, el art. 7º en análisis, al igual que el art. 3º derogado, dispone: *"Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución"*.

En suma: la nueva ley **imperativa** es de aplicación **inmediata**. Por el contrario, si la nueva ley es **supletoria**, solo se aplica a los contratos acordados con posterioridad a la vigencia de la ley y no a los que se encuentran en curso de ejecución.

(35) Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 198 y 334.

(36) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, t. I, 4ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1970, p. 147.

Infojus

2.6. El efecto prolongado (diferido o ultractivo) o "sobre vida" o "post actividad" de las leyes supletorias

Conforme el art. 7°, la nueva ley supletoria (excepto que sea más favorable para el consumidor) **no** se aplica en forma inmediata a las relaciones contractuales en curso. ¿Qué significa esto? Que ese contrato se sigue rigiendo por la ley vieja, aun cuando está derogada por una nueva. Es lo que se llama efecto **diferido**,[37] **prolongado**[38] o ultra-activo, sobrevida[39] o post actividad de la ley supletoria. O sea, ese contrato en curso sigue siendo regido por la ley anterior.

La **ultractividad** es el efecto opuesto de la **retroactividad**. La retroactividad toca el pasado; la ultractividad se proyecta al futuro. La ley, pese a haber perdido su vigencia, sigue teniendo eficacia para una relación determinada, de modo que se aplica a hechos que se produjeron bajo su imperio, aunque en el momento del juicio otra ley ya esté en vigor. Sería una especie de "vestigio de vigencia", producido porque la nueva no tiene aplicación inmediata.[40] La ultractividad se identifica, entonces, con la supervivencia de efectos de la ley derogada.[41]

En definitiva, la nueva norma de carácter supletorio "*no afecta a la situación jurídica pendiente de origen contractual que continuará regida, en todo en lo que hace a su constitución, modificación o extinción, como en lo relativo a todas sus consecuencias, anteriores y posteriores, por la ley que estaba en vigencia al tiempo de celebrarse el contrato*".[42]

2.7. Segunda regla: Irretroactividad de la ley, sea o no de orden público

El segundo párrafo del artículo en análisis dice: "*La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario*".

2.7.1. Preliminares

Todos los países que establecen la regla de la irretroactividad invocan la seguridad jurídica como valor protegible.[43]

(37) Moisset de Espanés, Luis, *op. cit.*, p. 817. Para una crítica a esta terminología, ver Ferreyra Rubio, Delia M., "Comentario artículo 3", en Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1 , Bs. As., Hammurabi, 1995, p. 11.

(38) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho civil. Parte General,* t. I, 4ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1970, p. 155.

(39) Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps),* 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 11 (utiliza la palabra francesa *"survie"*).

(40) Verdera Izquierdo, Beatriz, *La irretroactividad. Problemática general,* Madrid, Dykinson, 2006, p. 111.

(41) Suárez Collia, José M., *El principio de irretroactividad de las normas jurídicas*, Madrid, Actas, 1991, p. 8.

(42) Moisset de Espanés, Luis, *op. cit.*, p. 820.

(43) Ver, entre muchos, Valembois, Anne L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, París, LGDJ, 2005, p. 210, n° 325 y ss. La autora reseña la jurisprudencia de los distintos países europeos que vincula la irretroactividad a la seguridad jurídica; esa jurisprudencia

2.7.2. La irretroactividad es regla, sea o no la ley de orden público

El art. 5° CC decía: *"Ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público"*. La ley 17.711 derogó esa norma, supresión que fue criticada por algunos autores. Borda[44] respondió adecuadamente con un ejemplo muy claro: si una nueva ley modifica la forma para la celebración del matrimonio, aunque sea de orden público, no puede ser retroactiva, porque eso implicaría declarar nulos los matrimonios que se celebraron bajo la vieja ley.[45]

2.8. La retroactividad dispuesta por el legislador. Límites

2.8.1. Preliminares

La regla de la irretroactividad no niega al legislador el poder de dar efecto retroactivo a ciertas disposiciones[46] porque, en materia civil, a diferencia de lo que ocurre en materia penal, la irretroactividad no tiene jerarquía constitucional. O sea, la irretroactividad es una regla dirigida al juzgador, no al legislador,[47] que puede establecer el efecto retroactivo, pero con límites.[48]

La retroactividad debe ser establecida expresamente. La mera intención del legislador de dar efectos retroactivos a la nueva ley es irrelevante.[49]

2.8.2. El texto argentino. Abandono de los derechos adquiridos. Recepción de los derechos amparados por garantías constitucionales

El art. 7° dispone que *"La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales"*.

.....

también se encuentra en Ciatti, Alessandro, *Retroattività e contratto. Disciplina negoziale e successione di norme nel tempo*, Nápoles, Scientifiche italiane, 2007, p. 64 y ss. En la Argentina, a modo de ejemplo, ver Badeni, Gregorio, *Tratado de derecho constitucional*, t. II, 3ª ed., Bs. As., La Ley, n° 386, 2010, p. 768 y ss.

(44) Ya se había pronunciado por esa posición en su libro *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1951, p. 55, n° 39 y ss. También Roubier descarta la retroactividad por el solo hecho de que la ley sea de orden público (Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 415 y ss.).

(45) Borda, Guillermo, "Efectos de la ley con relación al tiempo", *op. cit.*

(46) Fiore, Pascual, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes. Estudio crítico y de legislación comparada*, Enrique Aguilera de Paz (trad.), 3ª ed., Madrid, Reus, 1927, p. 29.

(47) Lorenzetti, Ricardo L., "Comentario al art. 7°", *Código civil y comercial de la nación comentado*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 45; Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, 12 ed., Madrid, Reus, 1991, puesta al día por José Luis de los Mozos, t. I, vol. 1 p. 621; Bergoglio, M. Teresa y Bertoldi, María V., "Imposibilidad de aplicar el nuevo art. 954 del CC a los actos celebrados con anterioridad a su vigencia", *en ED* 67-632. Roubier recuerda la doctrina que negaba al legislador la facultad de establecer leyes retroactivas por considerarlas contrarias del derecho natural (ver Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 269 y ss.).

(48) CSJN, "Cejas, Gelis Crisanto c/ SADE S.A. y otro", 21/08/1997, *JA* 1998-II-46; CNac. Apel. Com., Sala B, "Correo Argentino S.A. s/ Concurso preventivo - Inc. de verificación de crédito por Latorre, Daniel R.", 19/06/2007, *JA* 2008-I-97.

(49) Roubier, Paul, Le *droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, pp. 162 y 278.

Infojus

Al igual que la ley 17.711, el CCyC abandona la categoría de derechos adquiridos aceptada por Vélez[50] y la sustituye por la de derechos **amparados por garantías constitucionales**.

Borda explica que antes de la 17.711 imperaba una confusión de ideas en torno al principio de irretroactividad alentada por la influencia del famoso concepto de derechos adquiridos: "*Este concepto, desechado hoy unánimemente por la doctrina universal y eliminado en casi todos los códigos, ha conformado la mentalidad de los abogados argentinos durante larguísimos años, de modo tal que no resulta fácil desprenderse de él, aunque la ley 17.711 lo haya ajusticiado*".[51]

Conforme el texto de la ley 17.711, mantenido por el CCyC, la nueva ley no puede modificar o alterar **derechos constitucionales**, entre otros, el derecho de propiedad consagrado por el art. 17 CN.[52]

Un sector de la doctrina critica la remisión a las normas constitucionales.[53] No se comparte esa crítica; el CCyC adhiere a la corriente denominada de la **constitucionalización del derecho privado**. Así surge con toda claridad de los arts. 1° y 2°. Esos vínculos hoy se extienden al derecho internacional de los derechos humanos y al derecho comunitario.[54] Las relaciones entre la retroactividad de la ley y las cuestiones constitucionales es objeto de estudio en todos los países a los que estamos unidos por una tradición jurídica común.[55]

2.9. La aplicación inmediata de la ley más favorable a los contratos entre consumidores, aunque se trate de normas supletorias

El artículo en análisis dispone: "*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*".

Los Fundamentos que acompañan al Proyecto explican: *"Se introduce una ligera variante con relación a la regulación actual del artículo 3° del Código Civil con relación a los contratos en curso de ejecución y las nuevas normas supletorias. Según el entendimiento tradicional, la vigencia de las normas supletorias se basa en que las partes han callado*

(50) Gallo, Filippo, "La irretroattività della legge. Riflessioni attuali sul codice civile di D. Vélez Sarsfield", en *Riv. Quatrimestre*, n° 1, 1989, p. 449.

(51) Borda, Guillermo, "El art. 71 bis ley 2393 y la aplicación inmediata de la ley", *op. cit.* El maestro dedicó su libro *Retroactividad de la ley y derechos adquiridos* (Bs. As., Perrot, 1951) a criticar la doctrina de los derechos adquiridos. Ver, con la eliminación, Pardo, Alberto J., *El art. 3° del código civil según la ley 17.711*, LL 135-1357. Roubier dedica muchas páginas para fundamentar por qué la teoría de los derechos adquiridos ha fracasado (Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)* 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 166 y ss.).

(52) CSJN, "Cejas, Gelis Crisanto c/ SADE S.A. y otro", fallo cit. y sus citas.

(53) No ignoro las críticas de Fernando López de Zavalía a este párrafo, pero señalo que por entonces (1969) la teoría de la constitucionalización del derecho privado tenía poco desarrollo en la Argentina. Ver López de Zavalía, Fernando, "Irretroactividad de las leyes", en *LL* 135-1492.

(54) Thery, Philippe, *L'encadrement par le droit international*, en Drago, Guillaume (dir.), *Penser le droit transitoire*, París, Dalloz/Université Panthéon-Assas, 2010, p. 43.

(55) Para la cuestión en Italia, ver Grottanelli De Santi, Giovanni, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, Milán, Giuffrè, 1970; en España, Regina, Gaya S., *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, Montecorvo, 1987.

porque la ley preveía lo que ellas querían estipular y porque acordarlo en el contrato, hubiera sido una estipulación sobreabundante e inútil. Por consiguiente, si una reforma legislativa altera los preceptos supletorios de un contrato dado, los contratos en curso deben ser juzgados por la vieja ley, que forma parte de ellos; en realidad, lo que se respeta no es la vieja ley, sino la voluntad de las partes. Sin embargo, tratándose de una relación de consumo, particularmente cuando el contrato es de duración, cabe descartar la presunción de una voluntariedad "común" sobre la remisión a las normas supletorias vigentes. Por ello, dado que es de presumir que la nueva ley mejora según lo justo, la derogada y que el legislador la sanciona de acuerdo a lo que parece más razonable según los cambios sociales o las prácticas negociales, procurando interpretar lo que hubieran con justicia pactado las partes de haberlo previsto, parece conveniente que, en estos contratos de consumo, la regla sea invertida en el sentido que, al contrato de consumo en curso de ejecución, le sean aplicables las nuevas leyes supletorias que puedan sancionarse, siempre y cuando, obviamente, por fidelidad a un principio cardinal que informa la materia, sea más favorable al consumidor".

O sea, las leyes de protección de los consumidores, sean supletorias o imperativas, son de aplicación **inmediata**. La norma tiene clara raigambre constitucional y está estructurada sobre la base de una razonable aplicación del principio protectorio propio del derecho del consumo.

La norma **no** dispone la aplicación **retroactiva** de la nueva ley sino su aplicación **inmediata.** Lo expuesto no impide que la ley disponga expresamente su aplicación retroactiva, siempre que no se violen garantías constitucionales.

El agregado pretende eliminar numerosas discusiones doctrinales y jurisprudencia contradictoria en este importante ámbito contractual.[56]

2.10. Síntesis

En síntesis, las reglas que emanan de la norma general, el art. 7° CCyC, son las siguientes:

1. Relaciones y situaciones de origen legal
   a. Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley: regidos por la vieja ley.
   b. Constitución en curso, extinción aún no operada, efectos aún no producidos, aplicación inmediata de la nueva ley.
2. Situaciones y relaciones regidas por leyes imperativas nacidas de actos entre particulares
   a. Constitución, extinción y efectos ya producidos al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley: regidos por la vieja ley.
   b. Constitución en curso, extinción aún no operada, efectos aún no producidos, aplicación inmediata de la nueva ley.

(56) Ver sintético y ajustado tratamiento en Frustagli, Sandra y Hernández, Carlos, "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la ley de defensa del consumidor, con especial referencia a la materia contractual", en *JA* 2008-II-1223 (apart. VIII). El tema es motivo de especial preocupación en Italia, para las leyes posteriores a los llamados contratos usurarios, disminución de intereses y cláusulas penales, etc. Ver también Giovanni, Pasagnoli, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padua, Cedam, 2005; Mariella, Lamicela, *Lo "ius superveniens" e la nullità sopravvenuta di clausole negoziali. Il contratto tra controllo genetico e controllo funzionale*, Padua, Cedam, 2003.

Infojus

3. Situaciones y relaciones regidas por leyes supletorias de la voluntad de los particulares
   a. Constitución, extinción, efectos ya producidos al momento de la nueva ley: regidos por la vieja ley.
   b. Constitución, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la vieja ley.
   c. Constitución *in fieri*, aplicación inmediata de la nueva ley, desde que no se trata de una situación existente de la que pueda predicarse una voluntad supletoria.
   d. En la relación de consumo, efectos aún no producidos, extinción aún no operada, regidos por la nueva ley, si es más favorable para el consumidor.

2.11. Un ejemplo para aplicar el art. 7°. Reglas de la capacidad

Las dos reglas generales sobre las nuevas leyes relativas a la capacidad son: i) tienen aplicación inmediata,[57] porque hacen a las **consecuencias** del estado civil; ii) no son de aplicación retroactiva, por lo que no pueden afectar la constitución ni la extinción de situaciones y relaciones jurídicas constituidas o extinguidas al momento de la entrada en vigencia de la nueva ley.

Por aplicación de estas reglas, a partir de la entrada en vigencia de la ley 26.994,

- aunque el tratamiento médico haya comenzado durante la vigencia del CC, una joven de dieciséis años puede decidir por sí sola que se le coloque un dispositivo anticonceptivo (DIU); el médico no puede requerir la autorización de los padres; más aún, tiene la obligación de mantener el secreto profesional (art. 26).
- una mamá de quince años ejerce la responsabilidad parental sobre su hijo, aunque él haya nacido antes de agosto de 2015, pero los actos realizados con anterioridad, con la exclusiva representación de los abuelos, son válidos, porque la ley no tiene efectos retroactivos (art. 644).

2.12. Un complemento necesario

Para la importante materia relativa a la modificación de los plazos de prescripción, se recomienda ver comentario al art. 2537 CCyC. No obstante, se anticipa la siguiente síntesis:

a. Regla: los plazos que están corriendo se rigen por la ley *que estaba en vigencia cuando comenzaron a correr*.

La solución es razonable: la ley anterior fue la que creó la expectativa de que en ese período: i) el titular activo del derecho tendría amparo jurisdiccional para la defensa de su derecho; ii) el deudor podría ser liberado al cumplimiento del plazo; y iii) el poseedor adquiriría el derecho real. Entre los sistemas posibles, el legislador optó por el que, en principio, respeta la confianza de todos: del *acreedor,* sobre el tiempo durante el cual los derechos pueden ser ejercidos; del *deudor,* de que su obligación no será exigible más allá de cierto momento; y del *poseedor,* de que adquirirá el derecho en el lapso determinado por la ley.

b. Excepción: los plazos que están corriendo se rigen **por la nueva ley** si son más **breves,** pero se computan a partir de la entrada en vigencia de la nueva ley.

(57) Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)* 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 326.

c. Excepción de la excepción: los plazos que están corriendo, aún más largos, se rigen por la vieja ley si, aplicando la nueva ley, desde su entrada en vigencia, el cómputo final es más extenso que si se hubiese aplicado la antigua ley.

Roubier explicó las excepciones de la siguiente manera: "*En el caso de que la nueva ley* **abrevie** *el plazo requerido para prescribir, no podrá aplicarse a las prescripciones en curso sin riesgo de retroactividad; en efecto, el nuevo plazo podría ya haberse completado cuando estaba en vigencia la ley antigua y entonces, la prescripción habría finalizado bajo esa ley, lo que sería contrario al principio de la irretroactividad; un hecho que de acuerdo a la ley en vigor no era considerado susceptible de acarrear la prescripción, será considerado de golpe como que había tenido ese poder. Es necesario, pues, delimitar el campo de acción de ambas leyes. El mejor sistema consiste en hacer correr el plazo abreviado, que resulta de la nueva ley, desde el día en que ella entra en vigencia. Sin embargo, si el plazo fijado por la ley antigua finaliza antes que este nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, se mantendrá la aplicación de la ley vieja; se trata de un caso de supervivencia tácita de esa ley, porque sería contradictorio que una ley nueva, que tiene por finalidad abreviar la prescripción, terminase prolongándola*".[58]

ARTÍCULO 8°.- ***Principio de inexcusabilidad.*** ***La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico.***

1. Introducción

El CCyC mantiene la preocupación por el error de derechos, es decir, la ignorancia acerca de la existencia de una ley —en sentido amplio— como fundamento para exceptuar que una persona que incurra en un ilícito civil, sea pasible de una sanción o se le aplique una consecuencia negativa por acción u omisión.

Así, la ignorancia sobre las leyes no puede ser una excusa para cumplir una obligación, de allí que el título del articulado en comentario sea **Principio de inexcusabilidad**.

Las modificaciones que incorpora el CCyC a la regulación del error de derecho son mínimas.

2. Interpretación

El principio de inexcusabilidad se deriva de otro principio que el CCyC —como el CC— receptan de manera implícita y se resume en el adagio "La ley se presume conocida por todos". Justamente, el art. 5° dispone de manera precisa que las leyes entran en vigencia transcurridos un plazo determinado a correr desde un momento preciso: su publicación oficial si es que no se establece otro momento —también preciso— para su vigencia. Si bien publicidad no es sinónimo de conocimiento, lo cierto es que la legislación civil y comercial —como lo hacía su par anterior— presume que publicidad y conocimiento se relacionan y que una lleva como consecuencia la otra. Ello, a los fines de evitar "*el caos y la inseguridad jurídica*"[59] que se derivaría de tener que demostrar en cada conflicto que la persona efectivamente conocía la existencia de la ley y la obligación —permisión

(58) Roubier, Paul, *Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)*, 2ª ed., París, Dalloz et Sirey, 1960, p. 298.

(59) Borda, Guillermo, en Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *op. cit.*, p. 62.

Infojus

o prohibición— que ella disponía. En definitiva, como se sostuvo en un precedente: "*Una vez publicada y vencidos los plazos respectivos (art. 2° CC), la ley se reputa conocida por todos, sin que los particulares puedan invocar su ignorancia para eludir la aplicación de ella (art. 20 CC). Este principio constituye la base de todo el orden social, pues si se pudiese invocar la ignorancia de las leyes para escapar a las consecuencias de los actos, ningún derecho podría subsistir y reinarían la inseguridad y anarquía*".[60]

El art. 20 CC disponía: "*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley*". Desde el análisis comparativo, se puede concluir que, en términos generales, tanto el artículo en comentario como el derogado son muy similares y receptan la misma solución: la ignorancia de leyes no es excusa para incumplir una obligación. El texto actual presenta tres diferencias: 1) aclara que la excusa se refiere, en sentido amplio, al cumplimiento de una obligación; 2) se quita el término "*expresamente*" porque se entiende que es redundante, ya que si algo es autorizado por la ley es evidente que ello así debe estar expresado —es decir, estar debidamente consignado en el texto de la ley—; y 3) se cambia el término "ley" por "ordenamiento jurídico" en la última parte del articulado cuando se refiere a la excepción.

Con relación a la primera modificación o diferencia puntualizada, cabe destacar que el CC refería, en otro articulado, cuál era la finalidad de la inexcusabilidad del error de derecho. Así, el art. 923 CC decía: "*La ignorancia de las leyes, o el error de derecho en ningún caso impedirá los efectos legales de los actos lícitos ni excusará la responsabilidad por los actos ilícitos*". En el CCyC, esta observación es concentrada en el articulado en análisis, que se dedica, precisamente, a regular el principio de inexcusabilidad por error de derecho como principio general y no en la Parte Especial, dedicada al error como vicio de la voluntad de los "Hechos y actos jurídicos". En consonancia con ello, el CCyC, al regular el vicio de error, dedica todo el Capítulo 2 del Título IV del Libro Primero, al error de hecho, siendo que el error de derecho no puede ser alegado como causa fuente que vicie la voluntad y, por lo tanto, se lo quita o no se lo menciona en el referido Capítulo 2.

Con respecto a la tercera diferencia señalada, se ha expuesto que el vocablo "ordenamiento jurídico" es "*mucho más amplio que el utilizado en el Código derogado y permite invocar normas de excepción que no están en la ley sino en todo el sistema de fuentes referidos en los arts. 1° y 2°*".[61]

Tanto el CCyC como el CC establecen una excepción al principio de inexcusabilidad: cuando la ley lo autoriza; cuando se disponga lo contrario, el error de derecho sí puede ser un argumento con consecuencias jurídicas que sirva de excusa para incumplir una obligación. Un típico caso de excepción sobre el error de derecho era, en el CC, el caso del heredero aparente y, en particular, cuándo este es considerado de buena o mala fe. Al respecto, el art. 3428 decía: "*El poseedor de la herencia es de buena fe cuando por error de hecho o de derecho se cree legítimo propietario de la sucesión cuya posesión tiene. Los parientes más lejanos que toman posesión de la herencia por la inacción de un pariente más próximo, no son de mala fe, por tener conocimiento de que la sucesión está deferida a este último. Pero son de mala fe, cuando conociendo la existencia del pariente más próximo, saben que no se ha presentado a recoger la sucesión porque igno-*

(60) CNCiv., Sala D, en *ED* 102-258, citado en "Comentario al art. 20", en Llambías, Jorge J.; Raffo Benegas, Patricio y Posse Saguier, Fernando, *Código Civil anotado*, t. 1-A, Bs. As., AbeledoPerrot, 2002, p. 80.

(61) Lorenzetti, Ricardo L., "Comentario al art. 5° ", *Código civil y comercial de la nación comentado*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 50.

raba que le fuese deferida". Como bien señala Zannoni, este precepto era una excepción al principio general que establecía el art. 20 CC, siendo posible alegar el error que recae sobre el derecho que rige el llamamiento a la herencia.[62]

En cambio, el CCyC solo define cuándo el poseedor es de mala fe: cuando el poseedor "*conoce o debió conocer la existencia de herederos preferentes o concurrentes que ignoraban su llamamiento*" (art. 2313). Por lo tanto, nada se dice sobre el error de derecho como excusa posible para ser considerado heredero aparente de buena fe.

Como cierre, es dable traer a colación lo manifestado por la Comisión redactora en los Fundamentos del Anteproyecto, que evidencia que no siguen la postura legislativa que adoptaba el Proyecto de Reforma de 1998, que en su art. 7° sobre "*Vigencia de la ley. Ignorancia o error de derecho*" dice: "*Las leyes son vinculantes desde su entrada en vigencia, y la ignorancia o el error acerca de ellas no sirven de excusa salvo, con relación a las leyes civiles, en los siguientes casos: a) Si la ley autoriza la excusa. b) Si la ley establece que se debe dar un aviso o comunicación previos, a persona determinada o al público, haciendo saber sus disposiciones, y ese aviso o comunicación no ha sido dado*".

En los Fundamentos se explicita que se sigue más la redacción que mostraba el art. 20 CC. Al respecto, se considera que la redacción que propone la reforma de 1998 podría "*dar lugar a confusiones*" y ello, porque "*De acuerdo con ello, las leyes vinculan desde su entrada en vigencia, y no requieren la publicación en el boletín oficial. Un importante sector de la doctrina ha criticado esta redacción porque puede hacer confundir las leyes no publicadas con las leyes secretas y por eso corresponde salvar la omisión*". Siguiéndose esta línea argumental se afirma que el entonces Anteproyecto —ahora CCyC— "*mantiene el principio básico del sistema que consiste en que la ley se presume conocida*".

Siendo un Código que se interesa de manera especial y precisa por la persona y dentro de este vasto campo, las de mayor vulnerabilidad o debilidad fundada en "*su situación social, económica o cultural*". Es por ello que en materia de inexcusabilidad del error de derecho o ignorancia de las leyes, se afirma que "*muchas veces, resulta justificable eximirlos del conocimiento presuntivo de la ley supletoria. Sin embargo, la Comisión considera que una regla general de este tipo en el Título Preliminar podría tener una expansión muy amplia en su aplicación con serio deterioro del presupuesto básico. Por otra parte, no se advierten casos que no puedan ser solucionados por medio de las diversas normas que existen en el sistema para la tutela de los vulnerables*".

CAPÍTULO 3
Ejercicio de los derechos

ARTÍCULO 9°.- ***Principio de buena fe.*** ***Los derechos deben ser ejercidos de buena fe.***

1. Introducción

El primer principio que hace al ejercicio de los derechos subjetivos dirigidos al ciudadano es el de buena fe. Se trata de un principio general al derecho que ha tenido un gran desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional al que se le otorga un lugar de relevancia

(62) Zannoni, Eduardo, *Derecho de las Sucesiones*, t. 1, 4ª. ed. actual. y amp., 1ra. reimp., Bs. As., Astrea, 2001, p. 506.

Infojus

en el CCyC al estar presente en su Título Preliminar, más allá de la cantidad de veces en las que se apela a él a lo largo de todo el texto civil y comercial.

Incorporar a la buena fe dentro del Título Preliminar coloca a este principio, de manera expresa y precisa, en el lugar central que debe observar en el derecho privado contemporáneo. ¿Acaso sería posible edificar un texto civil y comercial si no se partiera de la idea de que se presume la buena fe, la honestidad, la lealtad en las conductas de las personas?

2. Interpretación

No es casualidad que el principio de la buena fe se haya gestado y consolidado en el campo del derecho privado patrimonial, más precisamente, dentro de la teoría general de los contratos. Como síntesis del extenso desarrollo que ha tenido la cuestión de la buena fe y sus diferentes interpretaciones, cabe traer a colación lo expresado por Mosset Iturraspe que, a modo de conclusión o focalizándose en una perspectiva más contemporánea del tema, asevera: "*En la búsqueda de una solución más justa para el caso concreto, desde el marco de los textos legales, cuando los hubiere, y más allá de dicho marco, frente al absurdo o la injusticia notoria, pero siempre cumpliendo el rol de integrar la norma, encontramos la buena fe de la concepción solidarista (…) El juez moderno tiene una tarea 'cada vez más complicada', pues debe partir de una 'cuidadosa evaluación de los valores e intereses antagónicos que se hallan en juego', y para ello debe percibir con claridad 'los problemas de la sociedad contemporánea'*".[63]

Así, la buena fe constituye un principio general del derecho al ser, en palabras de Alexy, un "mandato de optimización"que cumple numerosas funciones, como ser: regla de interpretación, fuente de derechos, correctiva del ejercicio de los derechos y eximente de responsabilidad. Como destaca Lorenzetti: la incorporación de la buena fe en el Título Preliminar del CCyC "*llega al grado máximo de generalización de este principio dentro del Derecho Privado. Este cambio no existía con anterioridad en ninguno de los proyectos anteriores y permite dar un sentido general al ejercicio de los derechos en función de su sociabilidad*".[64] Sucede que en el CC se entendía que el principio de la buena fe estaba, como tal, inserto en el art. 1198 según la ley 17.711, que decía en su primera parte: "*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión*". Es claro que ello estaba focalizado en los contratos, ámbito en el cual se desarrolló y afianzó el principio en análisis; pero en el CCyC observa el lugar de privilegio que debe tener. Como se destaca en los Fundamentos del Anteproyecto: "*Las cláusulas generales relativas a la buena fe, el abuso, el fraude, y otras, tuvieron un proceso histórico de generalización creciente. Primero fueron utilizados en obligaciones, contratos y derechos reales específicos, luego se extendió su aplicación a las obligaciones, los contratos, los derechos reales, de familia y de sucesiones en general, y finalmente fueron adoptados como principios generales en todo el derecho privado*".

En esta misma pieza central para interpretar el CCyC que son los "Fundamentos" que acompañaron al entonces Anteproyecto de reforma del Código Civil y de unificación con el Código Comercial, se destaca lo que ya se ha adelantado: la buena fe, entendida

(63) Mosset Iturraspe, Jorge, "El ejercicio de los derechos: Buena fe, abuso del derecho y abuso de posición dominante", *Revista Privada y Comunitaria* 2012-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2013, p. 70.

(64) Lorenzetti, Ricardo L., "Comentario al art. 5° ", *Código civil y comercial de la nación comentado*, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 56.

"*como una cláusula general fue introducida en el Código Civil mediante la reforma de la ley 17.711 y sus resultados han sido satisfactorios y ampliamente elogiados por la doctrina*". En el interés de la Comisión redactora por destacar las similitudes y diferencias con el Proyecto de 1998, se recuerda que en el art. 395 este disponía: "*Buena fe. Los actos jurídicos deben ser celebrados y ejecutados con buena fe y lealtad. La parte que obra de mala fe debe resarcir el daño causado*". Al respecto, se señala que esta normativa "*hace referencia al acto jurídico, si bien está inserta en el Título 'Del ejercicio de los derechos'. Metodológicamente parecería que su ubicación es impropia, pues así redactada debería ir en el Título de los actos jurídicos y no del ejercicio de los derechos. Además, tratándose de una cláusula general que abarca el ejercicio de cualquier derecho o situación jurídica, sea ella derivada o no de un acto jurídico, parece más apropiado otorgarle un enunciado normativo más amplio, comprensivo de cualquier ejercicio de un derecho*". De allí que la buena fe esté dentro de los primeros artículos del CCyC. Luego se agrega: "*se propone que la buena fe sea regulada como un principio general aplicable al ejercicio de los derechos, lo que luego se complementa con reglas específicas aplicables a distintos ámbitos*". Nuevamente apelando al Proyecto de 1998, se destaca que allí se incluye la "lealtad", concepto que, en opinión de los redactores "*puede dar lugar a una interpretación restrictiva*", entendiéndose a la par, que la buena fe incluye "*tanto la buena fe, en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), como la denominada buena fe 'creencia' (subjetiva), que incluye la apariencia y, por lo tanto, se prescinde de aquella expresión*".

En suma, siendo este el primer artículo con el que se inaugura el Capítulo 3 del Título Preliminar dedicado al "Ejercicio de los derechos", es dable señalar que este está dirigido en especial a los ciudadanos, siendo ellos quienes deben actuar de buena fe (art. en análisis); no abusar del derecho (art. 10); no abusar de su posición dominante (art. 11); observar la ley (art. 12), siendo imposible renunciar a ella (art. 13), reconociéndoles tanto derechos individuales como de incidencia colectiva (art. 14). Desde el punto de vista sistémico, se puede aseverar que estos principios en el ejercicio de derechos subjetivos son, a la par, fuentes del derecho y pautas de interpretación hábiles para determinar la razonabilidad de una decisión judicial y la coherencia con todo el ordenamiento jurídico —tanto hacia adentro como hacia afuera del CCyC, es decir intra y extra sistema—, el que involucra los tratados de derechos humanos en los que el país es parte —en consonancia con lo dispuesto en los arts. 1° y 2°—. De este modo, y de manera rápida, se advierte la interacción-interrelación que muestra el Título Preliminar.

ARTÍCULO 10.- ***Abuso del derecho.*** ***El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.***

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

1. Introducción

El derecho es una formidable herramienta de construcción y de organización de la sociedad. No obstante, el sentido de justicia que lo legitima impone límites para el ejercicio de los derechos individuales, pues está vedado tanto el aprovechamiento de unos a costa

Infojus

de otros como la satisfacción de los propios intereses en desmedro del ambiente y los derechos de incidencia colectiva. No todo lo establecido en una norma es justo: una evaluación que debe hacerse frente al ejercicio que, de lo dispuesto, se haga.

El principio que veda el abuso del derecho se aplica a todo el ámbito de las relaciones jurídicas entre particulares y, de ahí, su tratamiento en el Título Preliminar del CCyC, en el que se establecen las reglas generales de todo el sistema de derecho privado que operan como un núcleo de significaciones orientadoras de la interpretación. Es claro que tal metodología en la regulación importa, también, una valoración del principio situado como vertebral para el derecho argentino.

El criterio con el que el tema es regulado en el Código responde a la evolución doctrinaria y jurisprudencial habida desde la incorporación del concepto a nuestro sistema normativo —ocurrida por la reforma al CC impulsada por la ley 17.711—, y se alinea con el contenido del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

2.1. Concepto de abuso del derecho

El abuso del derecho es un ejercicio antifuncional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros.

Contamos con un concepto normativo, pues el propio Código indica que debe considerarse ejercicio abusivo a aquel que:

a. contraría los fines del ordenamiento jurídico;

b. excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Ambos supuestos, que aluden a conceptos que deben ser objeto de interpretación en cada caso concreto, deben ser valorados en forma dinámica, pues la determinación de lo que es o no abusivo no puede quedar cristalizada al tiempo de la sanción de la norma.

En el caso de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas o de contratos de consumo, las cláusulas abusivas se tienen por no escritas, pues su imposición al adherente o consumidor constituye un ejercicio abusivo de las prerrogativas del predisponente o proveedor (arts. 988, 1117 y concs.).

2.2. Regularidad e ilicitud

El ejercicio ajustado a los fines por los que el derecho fue reconocido y a los límites determinados por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, se considera ejercicio regular del derecho.

El ejercicio abusivo de un derecho constituye un acto ilícito, pero no existe antijuridicidad en el ejercicio regular o en el cumplimiento de una obligación impuesta por la ley —como la que se da, por ejemplo, cuando un escribano contratado para el perfeccionamiento de una escritura retiene sumas destinadas al pago de tributos devengados con relación al acto—.

2.3. Los supuestos de ejercicio abusivo regulados en el CCyC

De acuerdo a lo que surge de la letra de los arts. 10, 11 y 14 CCyC, en el marco del enunciado del principio general de este Título Preliminar, se consideran tres supuestos diversos de regulación en materia de abuso:

a. el "abuso del derecho" —concepto desarrollado largo tiempo por nuestra doctrina y jurisprudencia e introducido en el sistema normativo de derecho privado argentino en el año 1968—, que puede generar una afectación ya de derechos individuales, ya del ambiente y de derechos de incidencia colectiva en general (art. 14, último párrafo).

b. las "situaciones jurídicas abusivas" (art. 10, párr. 3), en las que el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales, pero que sí presentan tal perfil cuando se contemplan las circunstancias generales de los vínculos entre los sujetos involucrados (encontramos un concepto sistémico de "situación jurídica abusiva" en el art. 1120 y ello se da cuando las formas en las que se provee una determinada prestación generan fenómenos de cautividad); y

c. el "abuso de posición dominante en el mercado", al que se refiere el art. 11 CCyC.

2.4. Valoración dinámica de los supuestos de abuso

A diferencia de lo que ocurría con la regulación contenida en el art. 1071 CC, la nueva norma no hace referencia a los fines tenidos en cuenta al reconocerse el derecho, sino a los fines del ordenamiento. Se posibilita así una interpretación evolutiva, no cristalizada respecto del tiempo de la generación del enunciado normativo, legal o convencional; una mirada que comprende también los fines sociales del ordenamiento y la función ambiental de los derechos subjetivos y que guarda coherencia con los criterios de interpretación establecidos en el art. 2° CCyC.

2.5. Diversos supuestos específicos de ejercicio abusivo

Sin perjuicio del principio general enunciado en este artículo —de proyección a todo el derecho privado—, el Código da cuenta de distintos supuestos de aplicación específica del principio que veda el ejercicio abusivo del derecho, entre los que podemos mencionar los contemplados en: art. 480, párr. 3; art. 794, párr. 2; art. 1011, párr. 3; art. 1732, última parte; art. 1740; art. 1810, párr. 3; art. 2152, inc. d) y art. 2593, inc. f), entre otros.

2.6. Efectos

De acuerdo a lo determinado en el último párrafo del art. 10, ante la verificación de un ejercicio abusivo de un derecho, el juez debe:

a. Adoptar las medidas que sean necesarias para evitar la perduración o concreción de los efectos de tal ejercicio abusivo, sea que este provenga de un acto concreto o se presente como una situación jurídica abusiva (art. 1120 CCyC). La disposición constituye un supuesto específico de ejercicio de la función preventiva regulada en los arts. 1710 a 1715 CCyC.

b. Si correspondiere por ser ello aún posible y razonable, procurar la reposición de las cosas y circunstancias al estado de hecho anterior al ejercicio abusivo; y

Infojus

c. También si correspondiere —porque deben reunirse los factores exigidos para el ejercicio de la función resarcitoria (Título V, Capítulo I, Libro Tercero)—, fijar una indemnización.

La víctima del ejercicio abusivo de un derecho no está obligada a probar una determinada intención en el sujeto activo de la conducta que la afecta; le basta con demostrar la inequidad de los efectos de ella.

ARTÍCULO 11.- ***Abuso de posición dominante.*** *Lo dispuesto en los artículos 9º y 10 se aplica cuando se abuse de una posición dominante en el mercado, sin perjuicio de las disposiciones específicas contempladas en leyes especiales.*

1. Introducción

1.1. El abuso de posición dominante como supuesto específico del ejercicio abusivo del derecho

El enunciado del artículo establece una aplicación específica para las relaciones de mercado, del principio general que veda el ejercicio abusivo del derecho, enunciado en el art. 10. Sigue en esto al Proyecto de 1998 que, en su art. 397, contenía un enunciado similar.

De acuerdo a lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto con los que la Comisión redactora acompañó el proyecto requerido por el Poder Ejecutivo, el ejercicio abusivo aquí previsto es el referido a la posición en el mercado y no a todo supuesto de posición dominante en las relaciones humanas. Como se señaló allí, el principio protectorio parte del presupuesto de la existencia de alguna forma de dominación de uno por otro, pero las reglas por las que se aplica reconocen basamentos diversos según el tipo de relación jurídica de la que se trate, pues mientras en algunos casos opera con asiento en el principio de la buena fe, en otros su fundamento es el abuso de derecho; por lo que se procuró evitar colocar a la posición dominante como un supuesto que pudiera absorber esa diversidad de criterios de aplicación, desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia.

2. Interpretación

2.1. Concepto de posición dominante

La posición dominante en el mercado es la que posibilita que un determinado prestador o conjunto de prestadores se abuse de su posición de fortaleza en la relación establecida con un sujeto que se encuentra en situación de debilidad jurídica, social o económica.[65] Es claro que ello puede darse cuando existe una situación de monopolio u oligopolio en la provisión de un determinado bien o servicio; pero también cuando la naturaleza de las relaciones y circunstancias en las que se proporcionan las prestaciones generan un fenómeno de cautividad o de vulnerabilidad en quien las recibe.

(65) Según lo expuesto ante la CSJN por la Procuradora General Adjunta, a cuyo dictamen remitió la mayoría del Tribunal, en los autos "Tommasi Automotores SA c/ CIADEA SA y otro", 09/10/2012, la verificación de una situación de subordinación o de posición dominante, no permite por sí sola caracterizar la conducta de una de las partes como abusiva, sin estudiar la relación y la conducta de las partes dentro del particular contexto del contrato, y sin exponer razones de hecho y de derecho suficientes. Por ello, quien invoca un ejercicio abusivo debe siempre proporcionar los fundamentos de tal imputación. En *LL*, AR/JUR/78000/2012.

Se trata de un concepto originado en el derecho de la competencia (arts. 4°, 5° y cc. de la ley 25.156).

La incorporación de este concepto jurídico al Código permite considerar que se ha operado una ampliación de supuestos con relación a lo previsto en la norma de regulación del mercado que hasta ahora lo contenía. Ello permite sostener que no es requisito del abuso de posición dominante en el mercado el que ella provenga del ejercicio injusto realizado por una gran empresa o sistema prestacional sino que también puede darse en relaciones de menor despliegue en el mercado pero de gran incidencia particular, como las establecidas entre locador y locatario en un mercado donde existe escasez de vivienda.

2.2. Abuso de posición dominante y proceso

Como se señaló en el comentario al artículo anterior, no cabe requerir que la víctima del ejercicio abusivo de un derecho pruebe la existencia de dolo de parte del sujeto activo de la conducta que la afecta; le basta con probar la inequidad de los efectos de ella, algo que es de especial importancia cuando el ejercicio abusivo se genera por la estructuración de vínculos contractuales conexos o en situaciones jurídicas abusivas.

La previsión normativa se aplica tanto en caso de verificarse un supuesto de abuso de derechos subjetivos como en el caso de situaciones jurídicas abusivas.

En tales supuestos, los jueces se encuentran habilitados para adoptar las medidas a las que se hizo referencia al comentar el art. 10, en el marco de despliegue de las tutelas preventivas o resarcitoria.

ARTÍCULO 12.- ***Orden público. Fraude a la ley.*** *Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.*

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.

1. Introducción

El art. 12 contiene dos conceptos vinculados. En el primer párrafo, determina los límites de la autonomía individual, identificados con el concepto de orden público. En el segundo, determina la noción de acto otorgado en fraude a la ley y sus efectos.

La norma mantiene el criterio establecido en el art. 21 CC e introduce la regulación del fraude a la ley imperativa, en los términos previstos en el Proyecto de 1998.

2. Interpretación

2.1. Orden público

El de orden público es un concepto variable, bastante estable pero dinámico, porque muta paulatinamente junto con los cambios operados en la sociedad. Ello determina que no pueda considerarse a su contenido cristalizado en forma perenne, aunque puede decirse que comprende el conjunto de normas imperativas, indisponibles para la voluntad de los particulares, y de los principios que en cada momento se consideran necesarios

Infojus

para la organización y funcionamiento de la sociedad y para el respeto adecuado de los derechos fundamentales de quienes la integran.

La complejidad de las relaciones jurídicas establecidas hoy en la comunidad determina, por otra parte, que ya no trabajemos con un concepto unívoco de orden público; en doctrina se distinguen subcategorías, entre las que cabe mencionar las siguientes:

a. El orden público de coordinación: integrado por el conjunto de normas imperativas que determina la licitud o ilicitud de los actos jurídicos.
b. El orden público de dirección: orientado a la regulación de las relaciones de mercado, de la organización económica de la sociedad.
c. El orden público de protección: destinado a la protección de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad jurídica, social, económica o cognoscitiva; estableciendo reglas y principios que permiten superar desigualdades estructurales.

Se trata, pues, de un concepto de textura abierta, cuyos perfiles deben ser precisados por el intérprete. Son numerosas las normas que a él aluden y que perduran en el tiempo, posibilitando que en uno u otro momento de su aplicación sean juzgadas con alcances diversos, precisamente por el cambio operado en la noción entre uno u otro momento de la vida social. Existe, empero, un conjunto de normas que, como las relativas a la capacidad, hacen a la estructura medular del sistema jurídico y se consideran comprendidas en la "unidad sellada" del ordenamiento, aquella que solo puede ser modificada o cambiada por voluntad del Congreso Nacional.

Los supuestos comprendidos en el concepto se encuentran en gradual expansión; entre otros factores, por la incidencia que en la limitación de la iniciativa privada tienen los límites impuestos para la protección del medio ambiente.

2.2. El orden público y los límites a la libertad convencional

A partir de lo dispuesto en el art. 19 CN y disposiciones concordantes del bloque de constitucionalidad federal, las personas gozan en nuestro país de libertad para decidir si arriban o no a acuerdos y para determinar su contenido; libertad relativamente acotada en algunos supuestos, como los de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

Pero, como toda libertad, ella está sujeta a reglamentación y a límites razonables establecidos teniendo en consideración el bien común, por lo que el orden público constituye un límite indisponible por las partes, y sus disposiciones son de acatamiento obligatorio.

Es claro que la regla contenida en este artículo no se aplica solo a los contratos, sino que se extiende a toda forma de acuerdo entre partes, como pueden ser los celebrados con relación a la celebración de un matrimonio o a la regulación de una relación convivencial.

Las normas de orden público deben ser aplicadas por los jueces aun cuando ello no sea requerido por las partes.[66]

2.3. El fraude a la ley

La estipulación contempla la existencia de un determinado acto, realizado bajo la cobertura de una norma, pero destinado a soslayar o burlar una prohibición establecida por otra, de carácter imperativo.

(66) CSJN, "K. E. S. c/ B. D. y otro s/ ejecución de alquileres", 06/05/2014, en *LL*, AR/JUR/14383/2014.

La determinación de contenidos imperativos permite la estructuración de un sistema jurídico que cumpla con distintas funciones que hacen al especial interés del Estado, como forma de organización jurídica de la sociedad. Sin embargo, a menudo esas reglas obstaculizan legítimamente los objetivos ilegítimos perseguidos por los particulares, quienes se valen de negocios jurídicos aisladamente válidos, indirectos, ocultos o simulados, para burlarlas en forma antijurídica, aunque no siempre ostensible.

El fraude a la ley se caracteriza por la realización de actos aisladamente válidos pero nulos en tanto tienen como finalidad la de eludir una prohibición de orden público. Es la causa la que priva de eficacia jurídica al acto fraudulento.

2.4. Consecuencia del acto en fraude a la ley

El acto en fraude a la ley es ineficaz, pues se ve privado de los efectos pretendidos por las partes en razón de su intención de violar una ley imperativa que debe ser aplicada, desplazando al acto fraudulento.

Dicha aplicación directa de la norma eludida constituye el efecto principal de la determinación de la existencia del fraude a la ley.

De este modo, si alguno de los sujetos mencionados en el art. 1002 CCyC se valiera de una persona interpuesta para celebrar un acto que le está vedado por la norma, la operación jurídica se vería privada de eficacia, por aplicación directa de la norma de orden público soslayada. Se trata de una determinación que, cuando es manifiesta, puede ser directamente efectuada por el juez al que le corresponda legítimamente intervenir, sin necesidad de petición de parte, o planteada por el Ministerio Público o por cualquier interesado, en los términos del art. 387 CCyC.

La solución es coherente con lo establecido en el art. 1014 CCyC, en materia de causa de los contratos.

ARTÍCULO 13.- ***Renuncia.*** ***Está prohibida la renuncia general de las leyes. Los efectos de la ley pueden ser renunciados en el caso particular, excepto que el ordenamiento jurídico lo prohíba.***

1. Introducción

La vocación general de la ley es la de obligatoriedad, necesaria para la estructuración del ordenamiento jurídico, por lo que la prohibición de la renuncia general a las leyes obedece a un recaudo de lógica del sistema.

Si la limitación no fuera establecida, se vería afectada la vigencia del principio de obligatoriedad y se posibilitaría la imposición de estatutos personales diferenciados, violando la regla igualitaria asentada básicamente en el art. 16 CN.

Por otra parte, constituye para nosotros un principio de orden público el que dispone que todos los habitantes gocen de los beneficios que las leyes les acuerdan.

2. Interpretación

Lo prohibido es la renuncia general a las leyes, no a sus efectos en un caso particular. Ello, siempre que el ordenamiento jurídico no lo prohíba por vía de una norma imperativa, indisponible para las partes; o que prive de efectos a la estipulación, como expresamente

se prevé en el art. 988, inc. b), con relación a los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

En caso de renuncia específica, siempre que el ordenamiento jurídico no lo prohíba, se aplica lo dispuesto en los arts. 944 a 954 CCyC.

La renuncia al ejercicio de determinados derechos que se pueden invocar contra la otra parte es habitual en el contrato de transacción, en el que las concesiones recíprocas son un elemento caracterizante; no obstante, aún allí son de interpretación restrictiva (art. 1641).

ARTÍCULO 14.- ***Derechos individuales y de incidencia colectiva.*** *En este Código se reconocen:*

a. *derechos individuales;*
b. *derechos de incidencia colectiva.*

La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

1. Introducción

1.1. Clasificación general de los derechos

De acuerdo a lo establecido en esta norma, el CCyC regula dos tipos de derechos:

a. los derechos individuales: en este caso el interés es individual, lo que se proyecta en la legitimación, pues los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aun cuando sean varias las personas afectadas.
b. los derechos de incidencia colectiva: estos pueden ser invocados por sujetos que presentan un interés difuso, colectivo o público. En tal supuesto, el interés jurídico protegido es colectivo, por lo que existe una legitimación activa difusa.

Se trata de una particularidad de la regulación del CCyC, porque los sistemas normativos de derecho privado comparado solo regulan los derechos individuales.

Dado que una de las características del actual derecho privado es que presenta una fuerte vinculación con categorías tradicionalmente vinculadas con el derecho público, la clasificación resulta apropiada y acorde a los postulados de nuestro sistema constitucional.

2. Interpretación

2.1. Un cambio en el Anteproyecto

En los Fundamentos que acompañan al Anteproyecto, la Comisión hizo expresa referencia a lo decidido por la CSJN en el caso "Halabi",[67] cuando estableció la existencia de tres categorías de derechos: individuales; de incidencia colectiva, cuyo objeto son bienes colectivos; y de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos.

La redacción original del Anteproyecto, luego modificada por el Poder Ejecutivo, respondía a esa clasificación tripartita, en la que los derechos sobre bienes jurídicos individuales deben ser ejercidos por su titular, aun cuando sean diversas las personas involucradas; los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos y pueden ser

(67) CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - Ley 25.873-Dto. 1563/04 s/ amparo", 24/02/2009, Fallos: 332:111.

ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación y las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado; y los derechos de incidencia colectiva, referentes a intereses individuales homogéneos, afectan derechos individuales enteramente divisibles, pero ligados por un hecho, único o continuado, que provoca una pluralidad de lesiones, pudiendo identificarse una causa fáctica homogénea.

La norma finalmente sancionada simplifica la inicialmente propuesta.

2.2. Supuesto específico de ejercicio abusivo del derecho

En el segundo párrafo del artículo en análisis, se prevé un supuesto específico de ejercicio abusivo, referido a la afectación de intereses colectivos, como los relacionados con el ambiente y los derechos de incidencia colectiva en general, de especial aplicación a los casos en los que, por ejemplo, una industria desarrolla su actividad con desprecio por el medio ambiente, generando contaminación perjudicial para las personas u otras especies del biosistema.

Es claro que en tales casos, el juez a quien le corresponda intervenir podrá adoptar las medidas y ejercer las funciones a las que se ha hecho referencia en el comentario al art. 10.

CAPÍTULO 4
Derechos y bienes

ARTÍCULO 15.- ***Titularidad de derechos.*** ***Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código.***

1. Introducción

La noción decimonónica que establecía un vínculo directo y exclusivo entre una persona y un conjunto de bienes que integraba su patrimonio y al que se reconocía valor económico, ha cambiado. Hoy, además de bienes con valor económico e integración al patrimonio de un sujeto que ejerce sobre ellos derechos individuales, es posible determinar la existencia tanto de bienes que pertenecen a las personas y tienen una utilidad, pero no valor económico (por ejemplo, órganos o material genético) como de otros que pertenecen a comunidades (art. 18) o que integran la categoría de bienes colectivos (ambiente).

De acuerdo a un nuevo criterio, ajustado a estos tiempos, el CCyC regula:

a. los derechos individuales de las personas sobre bienes que integran su patrimonio (arts. 15, 16, 225, 235 y ss. y 1882 y ss.);

b. los derechos individuales de las personas sobre el cuerpo humano (art. 17);

c. los derechos de las comunidades sobre bienes comunitarios (art. 18); y

d. los derechos de incidencia colectiva (art. 14, 240, 241).

Las reglas generales de este Título introductorio encuentran regulación específica en el Libro Primero, Parte General, Título III, "Bienes", Capítulo I, "Bienes con relación a las personas y los derechos de Incidencia Colectiva", cuya Sección 1ª está dedicada a los "Conceptos" (arts. 225 a 234); la 2ª a los "Bienes con relación a las personas" (art. 235 a 239) y la 3ª, a los "Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva" (arts. 240 y 241).

Infojus

2. Interpretación

La norma integra la regulación infraconstitucional del derecho de propiedad establecido en los arts. 14 y 17 CN; art. 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH) y disposiciones concordantes del bloque de constitucionalidad federal.

Da cuenta de una relación persona-bienes que se ajusta a la idea de la matriz tradicional de nuestro derecho civil, limitada a la noción de derechos individuales, subjetivos.

El conjunto de bienes con relación a los que es titular de derechos una persona, constituye su patrimonio.

Si un bien integra el patrimonio de una persona, existe un derecho individual de ella con relación a ese bien; derecho que debe ser ejercido por su titular.

El concepto de persona empleado abarca tanto a las humanas como a las jurídicas.

ARTÍCULO 16.- ***Bienes y cosas.*** *Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre.*

1. Introducción

La interacción de las personas con los elementos materiales, inmateriales, intelectuales y simbólicos con los que entran en contacto para el desarrollo de sus actividades demanda al derecho alguna forma de encuadre en las categorías que, a tal efecto, crea y que pueden, o no, ajustarse a las determinaciones de la ciencia y la técnica metajurídicas, aunque es deseable que así ocurra —en tal sentido, el tratamiento de la energía como cosa no resulta ajeno a enunciados teóricos de la Física en la materia—.

La relación con esos elementos, y los problemas teóricos que podrían derivarse de la creciente intangibilidad de muchos de los que a diario empleamos, pueden ser razonablemente abordados con las simples reglas enunciadas en esta norma.

2. Interpretación

La norma establece que los derechos individuales pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico, concepto amplio que comprende tanto a las cosas como a los bienes que no son cosas.

2.1. Cosas

A los bienes materiales susceptibles de recibir un valor económico, se los denomina técnicamente cosas. Las cosas tienen en este Código una regulación específica, contenida en una diversidad de artículos, entre los que se encuentran, por ejemplo, los relativos a las obligaciones de dar (Libro Tercero, Título I, Capítulo 3); los contratos referidos a su transmisión (como compraventa, permuta, donación, etc.); y la regulación misma de los derechos reales.

Siguiendo el criterio legislativo previo, las disposiciones referentes a las cosas se aplican a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre,

categoría que comprende a las distintas formas de producción de energía (hidroeléctrica, eólica, nuclear, solar, térmica, etc.).

2.2. Bienes que no son cosas

En la economía se ha verificado, en las últimas décadas, un fenómeno de desmaterialización, por el que los grandes negocios no se refieren ya a cosas, sino a "intangibles", a valores económicos no materiales —como, por ejemplo, los derechos sobre determinada idea útil para la producción de bienes y servicios—. También en el CCyC se regulan las obligaciones relativas a bienes que no son cosas (art. 764 concs. CCyC) y los contratos habitualmente empleados para su transmisión (por ejemplo, cesión, factoraje, etc.).

ARTÍCULO 17.- ***Derechos sobre el cuerpo humano.*** ***Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.***

1. Introducción

Como nunca antes en nuestra historia, las posibilidades que abre la biotecnología generan un universo de alternativas y de problemas que requieren alguna forma de regulación, para que existan reglas claras en un área sensible. Ello, para que la dignidad de las personas no se vea avasallada por la lógica del mercado, y para que no exista un aprovechamiento de situaciones de vulnerabilidad, entre otras finalidades relevantes.

Es lógico que esa regulación se efectúe de acuerdo a principios generales que establecen directrices claras en la materia, porque los mecanismos de producción de normas jurídicas y la propia dinámica del derecho van siempre a la zaga de los constantes avances científicos y técnicos en la materia.

En este artículo, el CCyC establece un principio básico relevante, consistente con nuestra tradición jurídica y bioética, colocando fuera del comercio a todo tipo de acto jurídico relacionado con derechos sobre el cuerpo humano o sus partes, al que liga a valores extrapatrimoniales relevantes.

2. Interpretación

Esta norma enuncia una categoría de derechos a los que no se reconoce valor comercial. Su protección jurídica se asienta en el reconocimiento de otros valores —como el afectivo, el terapéutico, el científico, el humanitario o el social— o de la concurrencia de ellos, calificación que puede proyectarse a los bienes involucrados.

La disponibilidad de tales bienes se encuentra condicionada a la satisfacción de alguno de esos valores de naturaleza extrapatrimonial, y debe ajustarse a lo que dispongan las leyes especiales como, por ejemplo, las normas sobre ablación y trasplante de órganos.

Tanto el cuerpo humano y sus partes como el material genético, pueden ser aislados, patentados, trasplantados u objeto de operaciones comerciales. Frente a tal circunstancia es posible enunciar diversas políticas, que pueden ir desde la admisión de la comercialización de tales elementos hasta la prohibición absoluta de ello. Lo claro es que no resulta prudente abstenerse de formular algún tipo de reglas, pues en ausencia

Infojus

de ellas, la tendencia expansiva propia del mercado podría conducir a una comercialización salvaje.

Una adecuada regulación posibilita, por el contrario, un razonable aprovechamiento de los recursos biológicos y el desarrollo de técnicas cada vez más aptas para posibilitar la cura o el control de enfermedades y lesiones que no podrían ser atendidas con similar eficacia de no contarse con tales recursos.

Entre nosotros contamos con una seria tradición normativa, doctrinaria y jurisprudencial, robustecida especialmente desde la sanción de la ley 24.193 y desplegada en una multiplicidad de normas que mantienen relación con la diversidad de los elementos que integran el universo biológico considerado. De allí la razonabilidad de la remisión hecha en la parte final del artículo a la regulación contenida en leyes especiales; estipulación prudente, pues tiene en consideración el constante avance científico y tecnológico, que a menudo requiere de una fina modulación normativa, por áreas, sin necesidad de una reforma de la matriz legal.

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos y adopta la tesis de la extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa.

ARTÍCULO 18.- ***Derechos de las comunidades indígenas.*** ***Las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 75 inciso 17 de la Constitución Nacional.***

1. Introducción

La Constitución Nacional establece como facultad del Congreso, en atribución de ejercicio concurrente con las provincias, la de 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 comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano. Estipula, también, que ninguna de esas tierras será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos, y asegura a los pueblos indígenas su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten (art. 75, inc. 17 CN).

2. Interpretación

2.1. La protección infraconstitucional a nivel federal hasta la entrada en vigencia del Código

Hasta el presente, la regulación de la cuestión se efectuó por medio de la ley 23.302, modificada por la Ley 25.799 de Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes. Por vía de esa norma se procuró establecer las bases normativas para asegurar la plena participación de las comunidades indígenas existentes en el país en el proceso socioeconómico y cultural argentino, con respeto por sus propios valores y modalidades; marco

general de desarrollo de políticas en el área, por el que se previó la implementación de planes destinados a posibilitar su acceso a la propiedad, el fomento de la actividad agropecuaria, forestal, minera, artesanal o industrial, la preservación de sus pautas culturales en los planes de enseñanza y la protección de la salud de sus integrantes.

2.2. La importancia de la norma sancionada

El moderno concepto del derecho a la igualdad procura establecer medidas de acción positivas que actúan sobre la realidad procurando morigerar o superar las diferencias estructurales verificadas.

La norma contenida en el art. 18 CCyC actúa como un dispositivo de la política legislativa impuesta por la norma constitucional citada, destinada a generar medidas que doten a los integrantes de las comunidades indígenas de recursos básicos suficientes e idóneos como para superar las asimetrías estructurales que padecen, incorporando previsiones especiales con relación a su régimen tuitivo especial en el cuerpo normativo que rige las relaciones de todos los habitantes del país con los derechos y los bienes de los que disponen para el desarrollo de sus vidas.

Si bien el Anteproyecto avanzaba en la regulación de la propiedad comunitaria, en el art. 9° de la ley 26.994, de sanción del CCyC, se dispuso que *"los derechos de los pueblos indígenas, en particular la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano, serán objeto de una ley especial"*; ello en razón de considerarse que la complejidad del tema y su vinculación con cuestiones de derecho público exigía una regulación autónoma, fuera del Código de derecho privado.

LIBRO PRIMERO
PARTE GENERAL

TÍTULO I
Persona humana

CAPÍTULO 1(*)
Comienzo de la existencia

ARTÍCULO 19.- ***Comienzo de la existencia.*** *La existencia de la persona humana comienza con la concepción.*

1. Introducción

El CCyC define el momento desde el cual se considera que se es persona humana como centro de imputación de efectos —derechos y deberes— jurídicos en el ámbito civil. El CCyC señala que el comienzo de la existencia de la persona humana acontece desde la concepción. No aclara qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida (también conocidas por su sigla: TRHA),

(*) Comentarios a los arts. 19 a 21 elaborados por Marisa Herrera.

Infojus

pero ello se concluye por interpretación según la línea legislativa que adopta el CCyC y atendiendo a otras legislaciones como la Ley 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida y a lo decidido por la Corte IDH,[68] cuya jurisprudencia es obligatoria para la Argentina, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional.[69]

Por otra parte, la disposición transitoria segunda del CCyC establece que una ley especial deberá regular la protección del embrión no implantado. Por lo tanto, la naturaleza, límites y grado de protección que se le otorga al embrión no implantado o in vitro, serán materia de una normativa especial, no siendo objeto de regulación de la legislación civil.

2. Interpretación

2.1. La existencia de la persona desde la concepción en los casos de filiación por naturaleza o biológica

El CCyC mantiene el momento de la existencia de la persona (agregándole el calificativo de "humana") desde la concepción, tal como lo previó Vélez Sarsfield siguiendo a Freitas y al Código prusiano. De este modo, el concebido es considerado una persona humana a los efectos del CCyC, en los mismos términos y con la misma extensión, limitación y condición (nacimiento con vida) que hasta la actualidad.

Se reconoce al *nasciturus* o persona por nacer como sujeto de derecho y, por ende, protegido por la legislación civil siendo pasible de adquirir derechos y obligaciones colocándose el eje en la noción de concepción.

La quita de la consideración de que la concepción acontece en el "seno materno" (conf. art. 63 CC) responde a la coherencia que el CCyC mantiene con la Ley 26.743 de Identidad de Género. La referida coherencia radica en que en el derecho argentino no es necesario someterse a operación quirúrgica alguna para proceder a la modificación del género: una persona que ha nacido mujer puede cambiar su identidad al género masculino y quedar embarazado; en tal caso no sería jurídicamente seno "materno" porque este niño nacería de un padre que es la identidad "autopercibida" de quien da a luz, siendo este el elemento central en respeto por el derecho a la identidad. Esta es la misma razón por la cual en el Título V del Libro Segundo, referido a la filiación se alude en varios articulados a la persona que da a luz y no a la noción de "madre" o "mujer". De este modo, se alcanza una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes.

2.2. La existencia de la persona desde la concepción en los casos de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

¿Qué se entiende por "concepción" cuando la persona nace de las TRHA? Esto no está respondido de manera expresa por el CCyC, pero su respuesta se deriva de diferentes aciertos legislativos y jurisprudenciales.

Por orden de importancia, se cita en primer lugar el caso "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", de la Corte IDH por la obligatoriedad de esta jurisprudencia al integrar el llamado "bloque de la constitucionalidad federal". En esa oportunidad, se entendió

(68) Corte IDH, "Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica", 28/12/2012.

(69) Ver CSJN, "Mazzeo", Fallos: 330:3248, entre otros.

que concepción es sinónimo de anidación, siendo que el término de concepción del art. 4°.1 CADH resultaba acorde con un momento (1969) en el que no existía la posibilidad de la fertilización in vitro (fecundación de óvulo y esperma por fuera del cuerpo de una persona). Al respecto, la Corte IDH admite que en el marco científico actual, hay dos lecturas bien diferentes del término "concepción": una corriente entiende por "concepción" el momento de encuentro o fecundación del óvulo por el espermatozoide; y la otra entiende por "concepción" el momento de implantación del óvulo fecundado en el útero; inclinándose el tribunal por esta última, que es la misma que sigue el articulado en análisis.

La Corte IDH entiende que la CADH debe ser interpretada de manera dinámica y, en ese sentido destaca que, a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro (FIV), entendiendo que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

En definitiva, para la Corte IDH la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

Por su parte, la CSJN en el caso "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva"—en el que se interpreta el supuesto de aborto no punible que regula el art. 86, inc. 2° Código Penal (CP)—mantuvo la noción de concepción que incorpora la ley 23.849, que ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN). En tal sentido sostuvo que el art. 2° de la ley 23.849, que establece que el art. 1° de la Convención "'*debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción', no constituye una reserva que en los términos del art. 2° de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño —rige en los términos del art. 75, inc. 22 de la Constitución—. Esto porque como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado argentino efectuó una reserva con relación al art. 21 de la Convención, respecto del artículo 1 se limitó a plasmar una declaración interpretativa* (ver al respecto, Anuario de la Comisión de Derecho Internacional, 1999, Volumen II, A/CN.4/SER.A/1999/Add.1, Parte 2, Directrices aprobadas por la Comisión en su período de sesiones N° 51 —1.2; 1.3—)".[70]

Desde la óptica legislativa también se arriba a la misma conclusión que la Corte IDH.

Tal como se analizará al examinar el próximo articulado, el art. 20, se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Nunca podría haber embarazo sin, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. Por su parte, el art. 21 es más elocuente al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión hasta el efectivo nacimiento con vida. Así, el propio CCyC alude de manera precisa y le da relevancia a la implantación del embrión.

Más todavía, el art. 561 que integra el Capítulo dedicado a las "Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción asistida" dispone —en el mismo sentido que la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013— que el consentimiento previo,

(70) CSJN, "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva", 13/03/2012, consid. 13, F. 259. XLVI, *en LL* 2012-B, 198.

Infojus

informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable "*mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión*". Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el CCyC.

Por último, la disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado; si fuera persona humana debería estar regulado en el CCyC y no en una ley especial.

Por fuera del CCyC, tanto la Ley 26.862 Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como su decreto reglamentario 956/2013, siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello se funda en el permiso o regulación de tres cuestiones centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones y 3) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Por último, la ley especial a la cual remite el CCyC al regular la filiación como así también en la mencionada disposición transitoria con relación a la protección del embrión no implantado o in vitro, ha sido aprobada el 12/11/2014 por la Cámara de Diputados. Esta iniciativa legislativa permite el cese de la criopreservación después de un plazo de 10 años, excepto que los usuarios o beneficiarios de las técnicas no acorten dicho plazo.

Todas estas voces legislativas como la emanada de la máxima instancia regional en materia de derechos humanos son coincidentes en entender que la persona humana comienza, en el caso de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona.

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 días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento.*

1. Introducción

Concepción y embarazo son nociones íntimamente conectadas. El CCyC se interesa por el plazo de la concepción para lo cual tiene en cuenta el tiempo de duración de un embarazo. Se trata de cuestiones de índole médico que tienen incidencia directa en el derecho civil. Si bien no se sabe con exactitud cuándo se produce la concepción —como sinónimo de anidación— se recepta un determinado plazo para dar certeza. Por ello, salvo prueba en contrario, el lapso del embarazo es de un máximo de 300 días y un mínimo de 180 días; los mismos términos que establecía la legislación civil anterior (art. 77 CC).

2. Interpretación

Siendo el momento de la concepción clave para el reconocimiento de derechos y obligaciones en el campo del derecho civil, la legislación se interesa por determinar cuándo comienza y, a la vez, entender que desde ese momento —la concepción— se da inicio a otra situación o estado: el embarazo.

El CCyC sigue la postura adoptada por la legislación civil anterior que establece, *iuris tantum*, un plazo máximo y mínimo de duración del embarazo. Así, un embarazo no puede

durar más de 300 días ni tampoco menos de 180 días, salvo prueba en contrario. Este lapso se cuenta sin contabilizar el día del nacimiento. Sucede que si se pretende establecer un lapso temporal determinado, también se debe dejar en claro si se computa o no el día del nacimiento, dejándose en claro —como lo hacía el art. 77 CC— que este no debe tenerse en cuenta a los fines del cómputo en cuestión.

Esta modalidad en cómo se computa el plazo de embarazo y su íntima relación con la época de la concepción, se debe a que se carece de certeza sobre el día en que ocurre la concepción —sinónimo de anidación—. Es por ello que se toma como parámetro un dato fáctico ineludible: el día del nacimiento. Es desde allí —sin contar ese día— que se debe contabilizar los 300 días como plazo máximo de embarazo o 180 días como plazo mínimo.

Como se trata de una normativa que no ha traído ninguna controversia, el CCyC mantiene en esencia el derogado art. 77 CC. Por otra parte, esta disposición no se encuentra afectada ni condicionada por el debate en torno a qué se entiende por concepción cuando se trata de personas nacidas del acto sexual o del uso de las TRHA; siendo que el plazo será el mismo, a computarse desde el nacimiento del niño y para atrás, a los fines de conocer cuál es la duración del embarazo.

De conformidad con el principio general que introdujo la ley 23.264 —que todas las presunciones en materia filial son *iuris tantum*—, el CCyC mantiene el mismo sistema, por lo cual, para toda afirmación relativa a hechos no precisos —como son la concepción y el embarazo—, se establece un determinado lapso temporal, que lo es siempre y cuando no se pruebe lo contrario.

Como se mencionó al comentar el art. 19 referido al comienzo de la existencia de la persona humana, la interacción entre concepción y embarazo es de suma importancia en el CCyC por su refuerzo de la trascendencia de la concepción como sinónimo de anidación. Sucede que sin concepción-anidación, nunca podría existir embarazo. En otras palabras, tratándose de técnicas de reproducción humana asistida, si el embrión no es implantado en la persona jamás se podrá anidar (concepción) y por lo tanto, no habría posibilidad de embarazo alguno. Solo transfiriéndose el embrión en la persona se puede relacionar la noción de concepción con la de embarazo tal como lo hace el articulado en análisis.

El CCyC no introduce modificaciones sustanciales sino que mejora la redacción. El art. 77 CC, según la ley 23.264, no explicitaba que el plazo mínimo y máximo se refería a la época de la concepción. En la nueva redacción, se aclara de manera expresa que la época de la concepción es el lapso de tiempo que transcurre entre el plazo mínimo y máximo del embarazo; es decir, entre los 300 días de máximo y los 180 días de mínimo que sí establecía el CC y que mantiene la legislación civil y comercial.

Por último, cabe destacar otra modificación de tipo metodológico. El CCyC primero regula lo relativo al plazo de duración del embarazo y la época de la concepción y, en el articulado que le sigue (art. 21), la incidencia o importancia del nacimiento con vida. Por el contrario, en el CC era a la inversa. Se entiende que es más adecuado o correcto la modalidad que observa la nueva legislación debido al orden cronológico: primero se debe aludir a las cuestiones referidas a la concepción y embarazo, y después al nacimiento, siendo esta la secuencia temporal que acontece en la realidad.

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.

1. Introducción

El CCyC sigue la línea de la legislación anterior al sostener que los derechos y deberes que se adquieren antes del nacimiento están sujetos al efectivo alumbramiento y nacimiento con vida del niño, entendiéndose que ello acontece cuando es separado de la persona que dio a luz.

Una diferencia sustancial es que en el CC no se diferenciaban los casos de nacimiento derivado del acto sexual de las técnicas de reproducción asistida. Si bien el art. 19 refiere a la noción de concepción a secas y de manera general, el articulado en análisis sí diferencia ambas situaciones o maneras de concebir.

2. Interpretación

El CCyC unifica y simplifica en un mismo articulado lo que en el CC estaba previsto en dos normativas (arts. 74 y 75). Además, no se reiteran consideraciones que por ser superfluas o innecesarias para la época actual y también porque no habrían generado inquietudes ni necesidad de que se hagan determinadas aclaraciones. Nos referimos al art. 71, que señalaba la falta de distinción entre nacimientos espontáneos o el que se obtuviese por operación quirúrgica —es decir, parto natural o cesárea—. Al art. 72, que aludía a que no importaba si los nacidos estaban con vida aunque no tuvieran posibilidad de que se prolongue o mueran después de nacer por un "vicio" orgánico interno o por nacer antes de tiempo. O al art. 73, que se dedicaba a señalar que el nacimiento con vida era reputado cierto cuando las personas que habían asistido al parto hubiesen oído la respiración o la voz de los nacidos, o hubiesen observado otros signos de vida. Todas estas consideraciones no están presentes en el CCyC.

Se sienta como principio una condición resolutoria: los derechos y deberes que adquiere el concebido (cuando la causa fuente del embarazo es el acto sexual) o el implantado en la persona (cuando la causa fuente son las técnicas de reproducción humana asistida) se consolidan o quedan irrevocablemente adquiridos con el nacimiento con vida.

En sentido contrario, si el concebido o implantado no nace con vida, la ley considera que la persona humana no ha existido.

Aquí la norma —al igual que se lo hacía en la versión original del Anteproyecto que dio lugar al CCyC— sí distingue de manera precisa la concepción a secas, lo cual acontece cuando la persona deriva del acto sexual —o, en términos filiales, de la filiación por naturaleza o biológica— de lo que acontece cuando es el resultado de las técnicas de reproducción asistida, cuya concepción se produce recién cuando se implanta el embrión en la persona, receptándose de manera expresa la doctrina arribada por la Corte IDH en el mencionado caso "Artavia Murillo y otros contra Costa Rica" del 28/11/2012.

¿Cuándo se produce el nacimiento con vida? Cuando acontece el alumbramiento y es separada de la persona que dio a luz; es decir, cuando se está ante dos personas con individualidad propia. Si fallece antes de ese momento, se considera que la persona nunca existió.

Párrafo aparte merece la alusión a la implantación "en la mujer". Cabe recordar que el Anteproyecto que dio lugar al CCyC fue redactado cuando aún no se había sancionado

la ley 26.743, lo que ocurrió en mayo del 2013. En el proceso de sanción se introdujeron algunos cambios terminológicos para estar a tono con esta importante regulación que impacta de manera directa en el binomio sexo/género. Ello se puede observar con cierta presencia al regularse el Título referido a la Filiación (Título V del Libro Segundo), no así en esta Parte General en la que se alude de manera expresa al término "mujer", siendo que un hombre trans que no llevó adelante ninguna intervención quirúrgica y que, por lo tanto, mantiene intacto su aparato reproductor, podría dar a luz un niño; en ese caso, se trataría de un hombre desde el punto de vista jurídico —que es el que interesa— y por ende, el niño tendría un padre, además de haber sido gestado y alumbrado por este.

De manera expresa, se considera que el nacimiento con vida se presume. Por lo tanto, la carga de la prueba recae en quien sostenga lo contrario, que la persona no nació con vida, de conformidad con el respeto a la persona humana o a favor de su existencia.

Como se ha sostenido, esta presunción se funda "*en el respeto reverente que la ley debe a los fueros de la personalidad*",[71] bastando que se produzca el alumbramiento para que se entienda que se ha nacido con vida. ¿Cómo se prueba? El CCyC simplifica la regulación al respecto, considerando que no hace falta dedicar una disposición especial para esta cuestión sobre cuáles son los modos de probar el nacimiento con vida, ya que la prueba de este hecho está sujeto a todos los medios probatorios, como acontece cuando se pretende probar cualquier situación fáctica de este tenor.

CAPÍTULO 2(*)
Capacidad

SECCIÓN 1ª
Principios generales

ARTÍCULO 22.- *Capacidad de derecho.* *Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.*

1. Introducción

A partir de este artículo, el CCyC regula el régimen de capacidad de las personas. Sigue el principio general de capacidad y lo hace en relación a ambos tipos de capacidades: de derecho y de hecho, goce o ejercicio. Se ocupa de definir qué se entiende por cada una de ellas así como la posibilidad de establecer determinadas restricciones, sus condiciones y justificación en cada caso.

2. Interpretación

2.1. Capacidad de derecho y capacidad de hecho

La capacidad, en términos generales, es la aptitud de la persona para ser titular de derechos, adquirir obligaciones y ejercer dichos derechos por sí misma.

El derecho civil tradicional ha calificado a la capacidad como un atributo de la persona, inherente a su condición de tal; por su parte, el reconocimiento de la capacidad guarda

(71) Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1-A, 1ra ed., 1ra reimp., Bs. As., Hammurabi, 2003, p. 520.

(*) Comentarios a los arts. 22 a 50 elaborados por Silvia E. Fernández.

Infojus

relación con el respeto de la dignidad y libertad personal y por ello sus eventuales limitaciones solo pueden ser establecidas legalmente. Así, en función de la entidad de este atributo —que se constituye hoy día ya como un verdadero derecho humano, tal como más adelante explicaremos— así como la amplitud del principio general, no son aplicables interpretaciones extensivas o analógicas que constituyan incapacidades cuando la ley no lo estableció en forma expresa.

Desde que la capacidad siempre constituye la regla, se admite la existencia de determinadas incapacidades solo con carácter restrictivo, excepcional y en función de la protección de un determinado interés. Las limitaciones a la capacidad no pueden ser totales o absolutas, de un modo que elimine la condición de persona o importe la consecuencia de "muerte civil".

El reconocimiento de la capacidad y su regulación constituyen materia de orden público en un ordenamiento jurídico, por lo cual las partes no pueden efectuar pactos o concesiones al respecto que importen desconocer las normas imperativas.

2.2. Capacidad de derecho. Limitaciones

Tradicionalmente, el concepto de capacidad se ha dividido en capacidad de derecho y capacidad de hecho o de obrar, de ejercicio o goce. La capacidad de derecho refiere a la aptitud que toda persona inviste, por el solo hecho de ser tal, para adquirir derechos y contraer obligaciones, independientemente de si esto es actuado por ella misma o con intervención o intermediación de un tercero. Este último aspecto es el cubierto por la noción de capacidad de hecho, también llamada capacidad de obrar, que refiere a la aptitud de la persona para adquirir y/o ejercer tales derechos por sí misma. El CCyC mantiene esta clasificación, si bien mejora los conceptos a través de su redacción, que resulta a todas luces más clara y exacta.

Las incapacidades de derecho se instituyen, como establece la norma en comentario, en protección de ciertos intereses y nunca de modo general en referencia a una persona, ya que ello importaría negar el concepto de sujeto de derecho, propio de la persona humana. La incapacidad de derecho apunta a la consideración de dicha persona frente a determinados actos concretos; así, por ejemplo, las incapacidades establecidas en relación a la celebración de determinados contratos —compraventa, donación—, los contratos prohibidos entre padres e hijos en el ejercicio de la responsabilidad parental, ente el tutor y su pupilo, las inhabilidades para suceder, etc.

Según clarifica la norma en comentario, las restricciones se imponen a una persona en relación con ciertos hechos, simples actos o actos jurídicos. Para comprender las diferencias entre estos últimos conceptos debe recurrirse a la regulación sobre los hechos y actos jurídicos que en el CCyC se establece a partir del art. 257 y ss. Así, el hecho jurídico es un acontecimiento que, conforme el ordenamiento, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas. El simple acto lícito, en tanto, es una acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 258 CCyC). Y, finalmente, el acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas (art. 259 CCyC).

Las puntuales limitaciones establecidas por ley en relación a estos hechos, simples actos o actos jurídicos, calificadas como concretas incapacidades de derecho, se fundan en la protección del orden público y, por ello, en estos casos la incapacidad que ostenta la persona no puede ser suplida por la actuación o intermediación de otra —tal como sí ocurre, en cambio, en la incapacidad de hecho—.

En definitiva, y como cierre de este primer artículo con el que se inaugura el Capítulo 2 dedicado a "Capacidad", es dable destacar un instrumento internacional de derechos humanos básico y central en el campo de salud mental como lo es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), el que se elaboró dentro del marco de los derechos humanos, tomando el aspecto filosófico del modelo social de la discapacidad, para el cual la discapacidad es una construcción resultante de una sociedad "*que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad*"; lo que este modelo propugna es la eliminación de cualquier tipo de barreras sociales y materiales para fortalecer, precisamente, la autonomía y la toma de decisiones propias, con el fin de equiparar oportunidades. Por lo que la restricción a la capacidad, bajo determinados supuestos que establece la ley, debe entenderse que es con la finalidad de posibilitar y fortalecer el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, para lo cual se nombrarán apoyos y salvaguardias, como lo establece la CDPD.

ARTÍCULO 23.- ***Capacidad de ejercicio.*** ***Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.***

1. Introducción

El CCyC introduce en forma expresa el principio de capacidad de ejercicio de la persona. Como veremos a continuación, dicho principio conecta con la concepción actual de la capacidad como un derecho humano de la persona, lo que profundiza las exigencias al momento de admitir su eventual restricción.

Establece en qué casos dichas restricciones pueden resultar admisibles. La referencia a las "limitaciones expresamente previstas" en el CCyC aluden a la situación de niños, niñas y adolescentes que no presenten las condiciones de edad y madurez suficiente que más adelante se introducen; en cuanto a las personas mayores de edad, pueden sufrir restricciones a su capacidad jurídica como consecuencia de una sentencia dictada luego de transitar un proceso judicial, que también debe satisfacer los recaudos exigidos como reglas generales en el CCyC.

2. Interpretación

2.1. Capacidad de hecho o ejercicio

La capacidad de hecho se define como la capacidad de obrar, de acto; es por ello que también es llamada capacidad de ejercicio o de goce. Se refiere a la aptitud para actuar por sí los derechos reconocidos por el ordenamiento.

Desde una perspectiva tradicional, las regulaciones jurídicas han diseñado como justificación o fundamento de estas incapacidades la protección del sujeto; las restricciones admisibles a la capacidad de hecho se fundan en ciertas condiciones de la persona —tradicionalmente, la minoría de edad y la condición de salud mental— que la tornan vulnerable frente a terceros, exponiéndola a riesgo de perjuicio o abuso en el libre tráfico jurídico. Así, la restricción a la capacidad aparece fundada en la pretensión de protección de la persona por el ordenamiento, auxiliando la ejecución de los actos a través de mecanismos de asistencia para su celebración.

Como respuesta a la limitación que importa la incapacidad, se establece la figura que represente a esta persona impedida de obrar; en el caso de los menores de edad, sus

Infojus

representantes legales —padres o tutores—, y en el de las personas mayores de edad, su curador.

El CC, siguiendo la clasificación de Freitas que fue tomada por Vélez Sarsfield, estableció la distinción entre incapacidades de hecho absolutas y relativas. Las primeras significaban la privación total de la aptitud de ejercer derechos por sí mismo. En esta categoría Vélez ubicó a las personas por nacer, los menores impúberes (menores de 14 años), los *"dementes"* y *"los sordomudos que no saben darse a entender por escrito"* (art. 54 CC). La incapacidad de hecho relativa, en tanto, posibilitaba el reconocimiento de ciertas excepciones a la regla de incapacidad en casos particulares, comprendiendo la situación de los llamados "menores adultos" (mayores de 14 años), quienes podían ejercer determinados actos reconocidos por el ordenamiento (art. 55 CC).

La incapacidad, sin embargo, no importaba la no realización del acto, sino su ejecución mediante la intermediación de la ficción sustitutiva dada por la figura del representante legal, quien bajo el régimen tradicional de capacidad reemplaza plenamente a la persona, sustituye su voluntad y su participación en el acto de que se trate, pues justamente la persona es considerada carente absoluta de aptitud. El CCyC incorpora el principio de capacidad de ejercicio: toda persona puede ejercer por sí los actos jurídicos, con las solas excepciones establecidas en la norma.

Este principio se explica para ambos universos de sujetos eventualmente abarcables por la norma, es decir, susceptibles de recibir restricciones a la capacidad: menores de edad y personas con discapacidad intelectual o psicosocial.[72] En el primer caso, el principio de capacidad aparece a tono con los postulados de la CDN, que parte de la consideración de los niños como sujetos de derecho y de la necesidad de orientación por parte de los adultos responsables para el ejercicio de sus derechos, contorneando la dimensión o alcance de su autonomía progresiva en relación a los actos concretos a ejecutar por el niño (art. 5° CDN; art. 3° de la ley 26.061). En cuanto a las personas mayores de edad con discapacidad psicosocial y/o intelectual, el principio de ejercicio de la capacidad es conteste con las normas internacionales, en especial con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378 —particularmente con su art. 12, que sienta el principio de capacidad jurídica de las personas con discapacidad—; así como con el piso normativo local preexistente a partir de la Ley Nacional 26.657 de Salud Mental (LSM), en particular sus arts. 3°, 5° y concs.

El principio de la capacidad, a su vez, armoniza con la regulación comprendida en los artículos subsiguientes del CCyC, que más adelante desarrollamos: así al reconocer la posibilidad de ejercicio de actos por las personas menores de edad, conforme su autonomía progresiva en relación al acto concreto de que se trate (art. 5° CDN; arts. 25, 26, 100 y concs. CCyC) y al regular el principio de capacidad para las personas mayores de edad, con las concretas limitaciones que puedan surgir de una sentencia judicial al determinar restricciones al ejercicio de dicha capacidad (arts. 32, 38 y conc. CCyC).

De tal modo, las excepciones a que refiere el comentario al art. 23 comprenden aquellas consignadas expresamente en el mismo Código: el ejercicio de derechos de titularidad de personas menores con escasa edad y débil autonomía (arts. 26; 100 y conc.) y las li-

(72) La elección del término "discapacidad psicosocial" en vez de "discapacidad mental", guarda relación con la adhesión al modelo social de la discapacidad conforme la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (ley 26.378), con rango constitucional en la República Argentina, recientemente otorgado.

mitaciones al ejercicio de actos concretos a la persona con discapacidad intelectual o psicosocial; en este segundo caso las restricciones resultan de una sentencia judicial, son puntuales y enunciadas expresamente, persistiendo la capacidad en todo lo que no es materia de limitación (arts. 31, 32, 38 y concs.).

2.2. La capacidad jurídica como derecho humano

La concepción de la capacidad como principio, la naturaleza excepcional o restrictiva de sus limitaciones y la defensa de su ejercicio personal están a tono con la concepción que la capacidad jurídica ha adquirido en los últimos tiempos en los planos jurídicos, en especial del derecho internacional de los derechos humanos. En efecto, el concepto de capacidad hoy excede los contornos de su calificación como "atributo de la personalidad", propios de la doctrina civilista tradicional, configurándose como un verdadero derecho humano.

Tal como se establece en la Observación General 1 sobre el art. 12 CDPD, dictada por el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad, "*… La Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad especifican que el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley es operativo 'en todas partes'. En otras palabras, con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos no hay ninguna circunstancia que permita privar a una persona del derecho al reconocimiento como tal ante la ley, o que permita limitar ese derecho. Esto se ve reforzado por el artículo 4°, párrafo 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece que no es posible suspender ese derecho ni siquiera en situaciones excepcionales (…) El artículo 12 de la Convención afirma que todas las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica. Esa capacidad ha sido negada de forma discriminatoria a muchos grupos a lo largo de la historia, como las mujeres (sobre todo al contraer matrimonio) y las minorías étnicas. Sin embargo, las personas con discapacidad siguen siendo el grupo al que más comúnmente se le niega la capacidad jurídica en los ordenamientos jurídicos de todo el mundo. El derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás. La capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y adquiere una importancia especial para las personas con discapacidad cuando tienen que tomar decisiones fundamentales con respecto a su salud, su educación y su trabajo. En muchos casos, la negación de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad ha hecho que se vean privadas de muchos derechos fundamentales, como el derecho de voto, el derecho a casarse y fundar una familia, los derechos reproductivos, la patria potestad, el derecho a otorgar su consentimiento para las relaciones íntimas y el tratamiento médico y el derecho a la libertad*".[73]

El Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas[74] ha afirmado que la capacidad jurídica excede la posibilidad de tomar decisiones por sí o por un tercero; guarda relación con el ser persona. De allí que las restricciones a la capacidad deben

(73) CDPD, OG 1, "Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley", 11 período de sesiones, 31/03/2014 al 11/04/2014, CRPD/C/GC/1.

(74) ONU, Comisionado de Derechos Humanos, "¿Quién debe decidir? Derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial", Estrasburgo, 20/02/2012, [en línea] www.commissioner.coe.int

Infojus

valorarse con sumo cuidado y de modo excepcional, por constituir una restricción a un derecho humano. Una limitación total de la capacidad jurídica por la sola existencia de una discapacidad intelectual o psicosocial viola los principios de la Convención de Naciones Unidas.

Así también lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en caso *Shtukaturov c. Rusia.*[75] Consideró que la incapacitación de una persona constituye una injerencia en la vida privada que debe calificarse de "*muy grave*", pues la incapacitación total supone la dependencia de un tutor en todos los ámbitos de su vida y se aplica por un periodo indefinido sin que pueda ser impugnada. Afirma asimismo el Tribunal que "*la existencia de un trastorno mental, aunque sea grave, no puede ser la única razón para justificar la incapacitación total*", debiendo contemplarse una "*respuesta a medida*" a fin de no limitar el derecho a la vida privada "*más de lo estrictamente necesario*".

Al modificar el anterior principio de la incapacidad civil impuesta, en todo caso, como efecto de la discapacidad mental sin distinción, el CCyC se pone a tono con las exigencias del CDPD que ha exigido que "*… Los Estados partes deben examinar de manera holística todas las esferas de la legislación para asegurarse de que el derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad no esté limitado de modo distinto al de las demás personas. Históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.*

De manera más general y profunda, el art. 13 CDPD reconoce el derecho de acceso a la justicia a personas con discapacidad a fin de asegurar que ellas tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones que las demás. Para ello requiere (en el primer inciso de este artículo) que los procedimientos judiciales sean ajustados razonablemente (art. 2°, párr. 2°) y que sean adecuados a la edad. El acceso a la justicia está inescindiblemente ligado al reconocimiento de la capacidad de ejercicio amplia que establece el art. 12, como la mayoría de los derechos que surgen de la CDPD. *Por ello, no puede concebir el acceso a la justicia sin considerar el reconocimiento de la capacidad de ejercicio de los derechos de las PCD cuando intervienen en causas judiciales o requieren acceso a la justicia*[76]*. Aquí queda puesto de manifiesto cómo se entrelazan los diferentes aspectos que hacen al reconocimiento de la capacidad jurídica, puesto que el mismo es insoslayable para el ejercicio de todos los derechos y garantías constitucionales de las/os ciudadanas/os. Asimismo, es pertinente tomar en consideración que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad cuenta con jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22 CN, acordada por ley 27.044.*

Por su parte, respecto a los niños, niñas y adolescentes, la Convención de los Derechos del Niño postula como un principio central la autonomía progresiva de niños y niñas en el ejercicio de sus derechos, siendo a tal fin direccionada la actuación de los padres, representantes, guardadores o cuidadores del niño. En la Convención el respeto a la condición del niño como sujeto de derecho a través de la escucha de su opinión y el peso que cabe

(75) TEDH, *Shtukaturov c. Russia*, 04/03/2010 (N° 44.009/05), [en línea] http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-97572

(76) Rosales, Pablo O. (comp.), *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) comentado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, p. 193.

reconocer a ella, hace posible el despliegue de este principio de autonomía progresiva en la actuación de derechos, constituyéndose así también en el ejercicio de un derecho humano todo lo atinente a la actuación personal de niños y niñas.

Este paradigma no permite defender diversos derechos para niños y adultos; por el contrario todos ellos son sujetos de derecho merecedores de protección; la única distinción, lo constituye la necesidad de disposición de medidas de protección especiales (art. 19 Convención Americana de Derechos Humanos) por la particular condición de los niños y niñas, pero estas medidas de protección no son cercenatorias de su participación sino promotoras de sus derechos.

En esta línea la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho en su Opinión Consultiva 17 sobre Condición Jurídica del Niño (OC-17, 2002) que : "*... Las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos exigen que los derechos contemplados en los diferentes tratados se garanticen a todas las personas, sin considerar su edad. Por ello, la discriminación en razón de la edad sólo puede admitirse en algunas circunstancias, de conformidad con la propia jurisprudencia de la Corte, siempre que la distinción responda a criterios razonables y objetivos y que las medidas adoptadas resulten proporcionales. Aún más, tratándose de niños, los Estados deben tomar medidas especiales para protegerlos, con fundamento en el principio del interés superior del niño*".

De tal modo, el diseño establecido en la Reforma respeta las pautas del derecho convencional de los derechos humanos superando así el test de constitucionalidad y de convencionalidad exigido a los Estados firmantes de los tratados y convenciones internacionales.[77]

ARTÍCULO 24.- ***Personas incapaces de ejercicio.*** *Son incapaces de ejercicio:*

a. *la persona por nacer;*
b. *la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;*
c. *la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.*

Remisiones: ver comentario al art. 19 CCyC; Libro Primero, Título I, Capítulo 2, Sección 2ª: Persona menor de edad.

1. Introducción

La norma enumera a quienes resultan las personas incapaces de ejercer su capacidad jurídica (capacidad de ejercicio, goce o de hecho). En estos casos, la respuesta legal para suplir dicha incapacidad es la figura de la representación, conforme regula el art. 100 y ss. CCyC.

Bajo el Capítulo 10 —titulado Representación y asistencia. Tutela y curatela—, el CCyC reglamenta la tradicional "representación de los incapaces" introduciendo un giro conceptual trascendente: la consideración permanente de la condición de persona humana de aquel que no puede ejercer por sí los actos jurídicos y, en consecuencia, la necesidad de respetar el ejercicio de su derecho a ser oído y a participar en la medida posible en la toma de decisiones.[78]

(77) Ver Corte IDH, "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", 26/09/2006.

(78) Arts. 104, 113, 117 y concs. CCyC; arts. 3°, 19, 24, 27 de la ley 26.061; arts. 5° y 12 CDN.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Los supuestos de incapacidad en el CCyC

Los casos previstos en la norma guardan su lógica con miras a posibilitar el ejercicio de derechos a estas personas. Veamos.

2.1.1. La persona por nacer

Es clara su imposibilidad de ejercer derechos.

Que la persona por nacer ostenta la condición de persona humana surge del art. 19 y ss. del CCyC. Según el citado artículo, el comienzo de la existencia de la persona tiene lugar con la concepción. El término concepción debe ser entendido conforme la interpretación constitucional/convencional de la doctrina de la Corte IDH en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica", del 28/11/2012. Sin perjuicio de remitir al comentario al art. 19 CCyC, a los fines del análisis de esta cuestión, corresponde decir que en dicho precedente la Corte IDH interpreta el alcance del art. 4°.1 CADH en relación al término "concepción", ante el carácter no unívoco del mismo. La Corte IDH analiza el término "concepción" según los siguientes vectores: su sentido corriente; la interpretación sistemática e histórica —a la luz del sistema interamericano de derechos humanos; el sistema universal de derechos humanos; el sistema europeo de derechos humanos y sistema africano— y la interpretación evolutiva. De este análisis concluye, en resultados coincidentes, que según el art. 4°.1 CADH el embrión no implantado no puede ser entendido persona y que, en dicho sentido normativo, la "concepción" tiene lugar cuando el embrión se implanta en el útero; tal la razón por la cual antes de dicho momento no existe razón para la aplicación del art. 4° citado.

Los derechos y obligaciones adquiridos en favor del concebido quedan irrevocablemente adquiridos si este nace con vida (art. 21 CCyC), lo cual pone de manifiesto la posibilidad de celebración de actos jurídicos en nombre y representación de la persona por nacer durante este periodo.

Son representantes de las personas por nacer, sus padres —art. 101, inc. a) CCyC—.

2.1.2. La persona menor de edad que no cuenta con edad y grado de madurez suficiente

El inc. b) hace referencia a la condición de la persona "*que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente*" y articula con la Sección 2ª de este Capítulo, ámbito a cuyo comentario remitimos. Baste por ahora apuntar simplemente dos notas en relación al nuevo régimen.

En primer lugar, el CCyC elimina la clasificación de menores púberes e impúberes con su línea demarcatoria de los 14 años. Veremos al comentar el siguiente artículo que la única distinción etaria que impone la nueva normativa es la que delimita entre niños y adolescentes, siendo el punto de efracción el de los 13 años de edad.

Sin embargo, esta sola circunstancia —si bien aporta una serie de presunciones relacionadas con la existencia de un cierto grado de aptitud para determinados actos (por ejemplo la actuación con patrocinio letrado)—, no basta por sí sola para definir la existencia de capacidad para todos los casos. El requisito normativo es mixto: la edad y la madurez suficiente.

El calificativo "suficiente" guarda relación con el acto de que se trata: así, la suficiencia puede existir para ejercer un acto y tal vez estar ausente en relación a otros —por ejemplo, es diversa la aptitud que se exige para el ejercicio de actos personales y

patrimoniales—. El sistema presenta entonces un tinte más subjetivo, requiriendo la evaluación del caso concreto para determinar la aptitud.

La referencia a la presencia de una cierta "edad y madurez suficiente" da cuenta de que el sistema se aleja de conceptos más rígidos —como el de capacidad civil tradicional—, al tiempo que emparenta mayormente con la noción bioética de "competencia", que refiere a la existencia de ciertas condiciones personales que permiten entender configurada una determinada aptitud, suficiente para el acto de cuyo ejercicio se trata. Esta noción es de carácter más empírico que técnico y toma en consideración la posibilidad personal de comprender, razonar, evaluar y finalmente decidir en relación al acto concreto en juego. Así, si bien una persona puede ostentar capacidad en términos generales, como noción quizás más "transversal", puede en cambio carecer de competencia para la toma de determinadas decisiones; a la inversa, la carencia de la tradicional capacidad civil no impide admitir la aptitud de la persona que demuestre comprender, razonar y definir opciones en relación a un acto concreto —esto es, ostentar competencia a pesar de su eventual condición de incapacidad civil—.

Por ello, todo el régimen de capacidad de los menores de edad no se asienta en condiciones etarias puras, sino que introduce la pauta más maleable y permeable de "madurez suficiente", que permite discernir, en el caso concreto, la posibilidad de tomar una decisión razonada en relación al acto concreto, apareciendo así como un sistema más justo y cercano al respeto de la persona humana.

Corresponde advertir que al momento de redacción del Proyecto de Reforma, la autonomía progresiva no era un concepto ajeno al derecho interno argentino; por el contrario, ya la ley 26.061 había incorporado expresamente esta noción, elevándola al rango de componente descriptivo de la noción de interés superior del niño y estableciendo que, a los fines de su satisfacción, debe respetarse *"… su condición de sujeto de derecho (…) edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales"* (art. 3° de la ley 26.061).

En segundo lugar, y en relación a quien carezca de la edad y madurez suficiente para el ejercicio del acto, el régimen de representación viene dado por los padres en ejercicio de la responsabilidad parental y, supletoriamente, por la figura del tutor (art. 101, inc. b).

El sistema no hubiese sido respetuoso de la línea humanitaria que atraviesa íntegramente al CCyC si hubiese reemplazado la intransigente solución del CC —incapacidad para todo menor de edad— por otro diseño que pecase de igual extremismo: afirmar que todo niño o niña resulta capaz para todos los actos jurídicos. De haberse así entendido, la consecuencia hubiera sido la lisa y llana desprotección de las personas menores de edad. Esta solución sería, además, francamente violatoria de la doctrina internacional, establecida tiempo atrás por la propia Corte IDH que, en la ya referida OC 17/2002 sostuvo: *"… al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que 'no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana'. En este mismo sentido, la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose en 'los principios que pueden deducirse de la práctica jurídica de un gran número de Estados democráticos', advirtió que solo es discriminatoria una distinción cuando 'carece de justificación objetiva y razonable'. Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aun, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la*

Infojus

situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran" [79] (pto. 46) *"Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es per se discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño…"* (pto. 55).[80]

2.1.3. La persona declarada incapaz por sentencia judicial

Por último, el inc. c) hace referencia a la persona declarada incapaz por sentencia judicial y en la extensión dispuesta en dicha resolución.

Como veremos más adelante, en el CCyC la incapacidad resulta una respuesta residual, excepcional y restrictiva —art. 31, inc. b)— que solo procede cuando la alternativa menos gravosa de la "restricción a la capacidad" resulte inadecuada frente a la absoluta imposibilidad de la persona de interactuar con su entorno y expresar voluntad, al tiempo que el sistema de apoyos previsto como inicial auxilio en favor del ejercicio de la capacidad aparezca insuficiente (arts. 32, 43 y concs.).

SECCIÓN 2ª
Persona menor de edad

ARTÍCULO 25.- ***Menor de edad y adolescente.*** *Menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años.*
Este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años.

1. Introducción

El tope o techo de la persona menor edad se mantiene conforme al régimen anterior: en los 18 años. Toda persona, por debajo de dicha edad, es menor de edad.

Como ya mencionamos en el comentario a la Sección 1ª, el CCyC elimina la distinción tradicional de categorías de las personas menores de edad en púberes e impúberes a los fines del régimen de la capacidad civil. En dicho sistema, la edad de 14 años, piso del discernimiento para los actos lícitos (art. 921 CC), establecía dos rangos de menores de edad —carentes o titulares, respectivamente— de la posibilidad de ejercicio de actos jurídicos.

El CCyC mantiene el discernimiento como requisito del acto voluntario (art. 260), pero modifica su piso etario, estableciéndolo en los trece (13) años para los actos lícitos. Así, se considera acto involuntario por falta de discernimiento, *"… el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales"* (art. 261, inc. c).

2. Interpretación

2.1. Niños, niñas y adolescentes en el CCyC

Este piso de los trece años es entonces la pauta de distinción para los dos grupos que conforman el universo de infancia: niños y adolescentes. La denominación es, claramente, un avance respecto de la ya obsoleta del CC en lo atinente a la pubertad —condición del desarrollo personal—, que fue traducida y elevada a condición jurídica.

(79) Corte IDH, OC 17/2002, pto. 46.

(80) Corte IDH, OC 17/2002, pto. 55.

Adoptar, en cambio, la distinción entre "niños" y "adolescentes" es una opción coherente con la perspectiva de los derechos humanos y de la más moderna doctrina en materia de infancia —que ya venía empleando estas denominaciones, atenta al efecto no neutral del lenguaje y a la necesidad de "nombrar" a las personas en su etapa de infancia por su propia denominación y no con referencia a una condición de desarrollo más despersonalizada—.

2.2. Referencias jurídicas preexistentes sobre las categorías niños, niñas y adolescentes

Las regulaciones de infancia, o con impacto o referencia en los derechos de sus integrantes, venían haciendo mención concreta a la necesidad de distinción, dentro de este universo, entre niños, niñas y adolescentes. En tal sentido, podemos mencionar, entre otras.

- **Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes:** *"Artículo 1°. Objeto. Esta ley tiene por objeto la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina…"*.
- **Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales de la Salud:** *"Artículo 2°. Derechos del Paciente. (…) e) Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud..."*.
- **Decreto reglamentario 1089/2012:** *"Artículo 2. (...) e) Autonomía de la voluntad. (…) Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26.061…"*.
- **La Ley 26.743 de Identidad de Género:** si bien con ciertos reparos, no solo en cuanto a las denominaciones sino también a la operatividad de la norma, *"Artículo 5. Personas menores de edad. Con relación a las personas menores de dieciocho (18) años de edad la solicitud de trámite a que refiere el artículo 4° deberá ser efectuada a través de sus representantes legales y con expresa conformidad del menor, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre los derechos del niño y en la Ley 26.061 de protección integral de los derechos de niñas, niños y adolescentes. Asimismo, la persona menor de edad deberá contar con la asistencia del abogado del niño previsto en el art. 27 de la Ley 26.061. Cuando por cualquier causa se niegue o sea imposible obtener el consentimiento de alguno/a de los/as representantes legales del menor de edad, se podrá recurrir a la vía sumarísima para que los/as jueces/zas correspondientes resuelvan, teniendo en cuenta los principios de capacidad progresiva e interés superior del niño/a de acuerdo con lo estipulado en la Convención sobre Derechos del Niño y en la Ley 26.061 de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes"*.

Infojus

- **Ley 26.657 Nacional de Salud Mental:** "*Artículo 26. En caso de internación de personas menores de edad o declaradas incapaces, se debe proceder de acuerdo a lo establecido por los artículos 20, 21, 22, 23, 24 y 25 de la presente ley. En el caso de niños, niñas y adolescentes, además se procederá de acuerdo a la normativa nacional e internacional de protección integral de derechos*".

Vayan las transcriptas como muestra de la recepción legislativa preexistente de la conceptualización diversa destinada a niños y adolescentes, respectivamente.

Este lenguaje cuidadoso de la diversa condición se observaba también en las producciones de la doctrina más moderna y especializada en materia de niñez y familia.

2.3. Niños, niñas y adolescentes en el derecho latinoamericano

La distinción que introduce el CCyC con la categoría "adolescentes" para diferenciar una franja etaria dentro del universo de personas menores de edad es, además, reflejo de regulaciones extranjeras latinoamericanas, que contienen esta diferenciación.

Así, por mencionar solo unos pocos ejemplos —por razones de espacio—, en Brasil el Estatuto del Niño y del Adolescente (ley 8069, de 1990), considera niño a la persona hasta los 12 años de edad y adolescente a la persona entre 12 y 18 años (art. 2°).

En Uruguay, el Código de la Niñez y Adolescencia (ley 17.823) entiende por niño a todo ser humano hasta los 13 años y por adolescente a los mayores de 13 y menores de 18 años de edad (art. 1°).

El Código de la Niñez y Adolescencia de Costa Rica (ley 7739) define como niño a toda persona desde la concepción hasta los 12 años cumplidos y adolescente al mayor de 12 y menor de 18 años.

En Venezuela, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes (2007) entiende por niño o niña a toda persona con menos de 12 años y adolescente a la persona mayor de dicha edad y hasta los dieciocho años (art. 2°).

2.4. La condición de adolescencia y sus efectos jurídicos

La incorporación de la categoría diferenciada "adolescente" en el CCyC no es una mera cuestión nominal, sino que provoca concretos efectos jurídicos. En efecto, ubicarse en la franja adolescente genera una presunción de madurez para determinados actos que habilita su ejercicio por la persona menor de edad, a pesar de su condición de minoridad.

Así, por ejemplo, a partir de los 13 años el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamientos de salud no invasivos o que no impliquen riesgo para su salud o su vida (art. 26 CCyC); en los casos de conflicto de intereses con sus representantes legales naturales —padres— en los que corresponda la designación de tutor especial, si el menor de edad es adolescente puede actuar por sí, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación de tutor especial, actuando entonces el joven con patrocinio letrado (art. 109, inc. a) CCyC); la facultad de iniciar una acción autónoma para conocer los orígenes (art. 596 CCyC) se concede en favor del adolescente, además del derecho de todo adoptado con edad y madurez suficiente para acceder a los expedientes administrativos y judiciales y a toda información registral relacionada con su adopción; el ejercicio de la responsabilidad parental en forma personal se reconoce en favor de los progenitores adolescentes (art. 644 CCyC); existe una presunción de autonomía del hijo

adolescente para intervenir en un proceso en forma conjunta con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada (art. 677 CCyC); se le reconoce la facultad para iniciar juicio contra un tercero, aun con oposición de sus padres, si cuenta con autorización judicial, actuando en el proceso el adolescente con asistencia letrada (art. 678 CCyC); la posibilidad de actuar en juicio criminal cuando es acusado sin necesidad de autorización de sus padres ni judicial; igual facultad para reconocer hijos (art. 680 CCyC); entre otros.

ARTÍCULO 26.- ***Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.*** *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 con asistencia letrada.

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.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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 años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

1. Introducción

El CCyC mantiene la solución tradicional propia al derecho civil, que resulta necesaria a los fines de posibilitar la actuación de derechos eficaz en el caso de las personas menores de edad: estas ejercen sus derechos a través de sus representantes legales. La solución es concordante con lo ya comentado en ocasión de analizar el art. 24, inc. b), respecto a la vigencia de la regla de incapacidad y ejercicio mediante representación en el caso de niños y niñas que no cuentan con la edad y madurez suficiente requerida para la actuación personal de sus derechos.

En concordancia, el art. 101 CCyC —luego del anterior que sienta la respuesta de la representación— dispone la representación de las personas menores de edad no emancipadas en cabeza de sus padres; en su ausencia, incapacidad, privación o suspensión de la responsabilidad parental, la representación corresponde al tutor que sea designado (art. 101, inc. b).

Ejemplos de la vida cotidiana nos demuestran la necesidad de conservar la solución de la incapacidad frente a niños de escasa edad y mínima autonomía, impedidos de actuar por sí con efectos jurídicos: así, por ejemplo, tramitar su inscripción al jardín de infantes o colegio primario, tomar decisiones en el ámbito sanitario, pagar la cuota del club al que asisten, decidir prestar servicios, y asumir obligaciones y derechos en consecuencia, por mencionar solo algunos ejemplos posibles de ocurrir en la primera infancia.

Infojus

2. Interpretación

2.1. El ejercicio de los derechos a través de la representación legal. ¿Regla o excepción?

Tal como veremos a continuación, la representación no se constituye en la regla en materia de ejercicio de derechos por las personas menores de edad.

En efecto, la solución esbozada en el primer párrafo del artículo se enfrenta a continuación con un principio —y no excepción— incorporado en forma expresa a la codificación civil por la Reforma cual es el ejercicio personal de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes que presenten edad y grado de madurez suficiente tal que les permita la actuación personal de sus derechos.

Dice al respecto el segundo párrafo del artículo en comentario, luego de establecer la hipótesis de ejercicio de derechos mediante representación: "*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 con asistencia letrada*".

Si analizamos el presente artículo en conjunto con el art. 22 ya comentado, podemos concluir que la incapacidad no es un principio en el CCyC, por cuanto son las limitaciones o restricciones las que constituyen la excepción en el nuevo sistema (art. 22).

La permeabilidad de los requisitos exigidos en la norma comprende una amplitud de supuestos que pueden ser incluidos en esta suerte de "cláusula de capacidad creciente o abierta", de la mano del principio de autonomía progresiva de rango constitucional (art. 5° CDN) que clarifica que las facultades y derechos reconocidos a los progenitores guardan relación con el objetivo de orientar y posibilitar el ejercicio de derechos por parte de las personas menores de edad.

2.2. La incorporación del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes

La noción de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos traslada el eje desde el concepto rígido de capacidad determinado a partir de la pauta etaria, hacia la noción más empírica de competencia ya mencionada, derivada del campo bioético. Este parámetro, independiente de la capacidad civil, habilita la actuación de derechos en forma directa por su titular. Ello, aun cuando este no tenga plena capacidad, pero se evalúe que puede formar convicción y decisión razonada respecto a la cuestión a decidir.

La solución aparece en sintonía con las exigencias sentadas en la OC 17/2002 por la Corte IDH al establecer que al efecto del ejercicio de derechos se "*... deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de su derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible...*". Claramente, explica la Corte, "*… La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años (…) y ello debe ser tenido en consideración a los fines de determinar su interés superior*".[81]

Ahora bien, en el CCyC la **edad** es tan solo **una** pauta a considerar, atendiendo la norma más especialmente al concepto empírico-jurídico de **madurez suficiente** —suficiente

(81) Corte IDH, OC 17/2002, pto. 101.

para el acto concreto de que se trate—. ¿Por qué en la nueva legislación no basta la consideración rígida de edad? Sencillamente porque el CCyC, observando las normas constitucionales, cumple el mandato que deriva de la obligación estatal de control de convencionalidad y, en consecuencia, regula el sistema de capacidad jurídica de niños, niñas y adolescentes a la luz del principio constitucional de autonomía progresiva (art. 5° CDN; OC 17/2002, Corte IDH).

Así, iguales edades no significan capacidades iguales y un mismo niño presentará capacidad **suficiente** para ciertos actos y no para otros. El criterio es dinámico, mutable: por ejemplo, mientras un adolescente cuenta con capacidad para solicitar y decidir el empleo de métodos de anticoncepción —por ejemplo, preservativos— no la presenta para consentir —por sí solo— una intervención quirúrgica que pone en riesgo su salud o una cirugía estética.

Teniendo en consideración que este ejercicio personal puede generar conflictos con las decisiones de los representantes legales, la norma brinda respuesta a través de la facultad del niño, niña o adolescente de defender su posición con el auxilio de asistencia letrada.

Por razones de espacio no podemos profundizar la cuestión y debates relativos a la actuación con la asistencia de la figura del "abogado del niño". Baste con sintetizar que la genérica previsión del art. 27, inc. c) de la ley 26.061[82] es especificada como resultado de las disposiciones del CCyC al someter el recurso de esta garantía a las condiciones de edad y madurez suficiente, y al pedido del hijo (arts. 109 y concs. CCyC), respondiendo a los múltiples debates generados en doctrina y jurisprudencia en punto al alcance de la norma citada.

En efecto, luego de la sanción de la ley 26.061 los precedentes judiciales y opiniones académicas se alinearon principalmente en tres posturas: la que entendía que en función de la aplicación del art. 921 CC, que establecía el discernimiento para los actos lícitos en la edad de 14 años, hasta dicha edad el niño no contaba con la capacidad suficiente como para designar un abogado, correspondiendo en su lugar la actuación de un tutor especial —esta fue la doctrina de la Corte Federal hasta la fecha—; la posición que sostenía que la ley 26.061 no introdujo distinciones en punto a la facultad de actuar con patrocinio propio, por lo que todo niño puede hacerlo —en esta línea la Defensoría General de la Nación oportunamente instruyó a sus Defensores de Menores a efectos de que en todos los procesos en los que intervengan personas menores de edad soliciten la designación de abogado para su asistencia—; finalmente, en un criterio más permeable o subjetivo, la corriente que sostenía que la facultad de designación de abogado del niño se supeditaba a la madurez y desarrollo del menor, considerando la materia debatida y conveniencia de su designación en el caso concreto.

2.3. La escucha de niños, niñas y adolescentes: derecho y garantía

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva requiere la previa escucha del niño, niña o adolescente de que se trate, frente a cualquier cuestión que lo involucre. Esta exigencia surge ya de la previa ley 26.061 que, receptando el principio general del art. 12 CDN, incorporó al art. 3° —como recaudo integrante del concepto de interés superior— el derecho de los niños a "*ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos*", respetando "*su edad, grado de madurez, capacidad*

(82) Art. 27, ley 26.061: "*... a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine*".

Infojus

de discernimiento, y demás condiciones personales". También otros artículos de la norma especificaron este derecho: así, el art. 24 contiene el derecho del niño a "*participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés (...) "[en] todos los ámbitos (…) estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo*" (concs. arts. 19, 27 CDN).

La extensión o alcance del derecho a la escucha fue especificada en el plano convencional internacional por medio de la Observación General 12/2009 del Comité sobre los Derechos del Niño (en adelante, Comité DN), sobre el derecho del niño a ser oído.

Para la OG 12/2009, la escucha no constituye únicamente una garantía procesal, sino que se erige como principio rector en toda cuestión que involucre o afecte al niño, niña o adolescente, sea en los ámbitos judiciales, administrativos, familiares, educativos, sociales, comunitarios, etc.

Dice así la Observación: "… *El artículo 12 de la Convención establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño. Recae así sobre los Estados partes la clara obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente…*".

Según la Observación, el ejercicio de este derecho-garantía no puede estar condicionado ni a pisos mínimos etarios ni a la presencia de cierto grado de madurez en el niño: todo niño o niña tiene derecho a ser oído. Así, "… *los Estados partes no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas; no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad (…) el artículo 12 no impone ningún límite de edad al derecho del niño a expresar su opinión y desaconseja a los Estados partes que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan…*" (párrs. 19 y 21).[83]

Diferente será el impacto que tal escucha tendrá en la toma de decisión posterior viéndose esta mayormente condicionada por tal opinión en el caso en que el niño presente una edad y madurez que resulten vinculantes frente a la cuestión que se encuentra en juego.

En relación a las nociones de edad y madurez suficiente, se afirma: "… *Estos términos hacen referencia a la capacidad del niño, que debe ser evaluada para tener debidamente en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido esas opiniones en el resultado del proceso. El artículo 12 estipula que no basta con escuchar al niño; las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio*".

Por tratarse de un derecho constitucional que, a su vez, hace parte o se relaciona con el principio rector del interés superior del niño,[84] toda decisión que se aparte de la expresión

(83) Comité DN, OG 12/2009.

(84) Ver Comité DN, OG 14/2013, "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", 2013.

del niño deberá sortear un estricto test argumentativo. Si bien la opinión del niño no es determinante, en razón del peso que ella presenta en especial para la construcción del interés superior del niño, en los casos en que el Juez decida apartarse de dicha expresión debe aportar argumentos de peso que justifiquen contradecirla: "… *La evaluación del interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan. Así se establece con claridad en la Observación general N° 12 del Comité, que también pone de relieve los vínculos indisolubles entre el artículo 3°, párrafo 1, y el artículo 12. Ambos artículos tienen funciones complementarias: el primero tiene como objetivo hacer realidad el interés superior del niño, y el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño o los niños y su inclusión en todos los asuntos que les afectan, incluida la evaluación de su interés superior. El artículo 3°, párrafo 1, no se puede aplicar correctamente si no se cumplen los requisitos del art. 12. Del mismo modo, el artículo 3°, párrafo 1°, refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida*".[85]

Retomando el art. 26 en análisis, en el CCyC estas directrices convencionales son incorporadas, dándose así cumplimiento a una de las tantas obligaciones impuestas a los Estados por conducto de la OG 12/2009 ya citada. Así, continúa el art. 26: "… *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*".

Por su parte, al regular cada institución del derecho familiar que involucre los derechos e intereses de niños y adolescentes, el CCyC incorpora como requisito de efectividad este derecho-garantía constitucional.

2.4. Ejercicio de derechos personalísimos relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo

El Código regula en forma expresa lo relativo al ejercicio de derechos personalísimos atinentes al cuidado de la salud y el propio cuerpo por las personas menores de edad.

En forma coherente con la distinción establecida en el artículo anterior entre niños y adolescentes, el ejercicio en forma personal de los derechos sobre el propio cuerpo se concede en favor de estos últimos. En efecto, el piso etario para la aplicación de la norma son los 13 años de edad.

En el otro extremo, la edad de 16 años se introduce como el tope a partir del cual el régimen de menor edad ya no es aplicable en función de la presunción que la norma establece en favor del adolescente mayor de 16 años: él es considerado como un adulto para la toma de decisiones relativa al cuidado de su propio cuerpo.

En esta franja etaria —13 a 16 años— la cuestión relativa a la capacidad de ejercicio de los actos personalísimos por el adolescente se regula considerando la complejidad y/o efectos eventuales de los actos/tratamientos médicos. El sistema se estructura a partir de presunciones: "*Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis 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*". En cambio, "*Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o*

(85) Comité DN, OG 14/2013, "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", 2013, párr. 43.

Infojus

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".

Que el régimen admita la competencia o aptitud del adolescente para la toma de decisiones frente a actos y/o tratamientos médicos, no importa consagrar su capacidad para la celebración del contrato médico; el primer aspecto refiere al ejercicio de un derecho personalísimo, en tanto el segundo es un acto jurídico patrimonial que exige la consecuente capacidad; claramente, el adolescente carece de capacidad para el segundo, pero no necesariamente para el primero.

La admisión de la posibilidad de niños y adolescentes —tradicionalmente incapaces— de opinar, evaluar, razonar y finalmente brindar consentimiento frente a actos personalísimos que involucran el cuidado de su salud y su cuerpo, se remonta a precedentes del derecho comparado, en particular el conocido caso *Gillik*(86) de Inglaterra, que desarrolló la noción sintetizada en las referencias doctrinarias como "*Gillik competent*", para referir una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en la generalidad de la vida civil, pueden sin embargo hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez. Así, en el derecho comparado se construye la doctrina de la **capacidad natural**, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez —que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud—, incorporando el parámetro de "mayoría anticipada" para actos médicos.

En nuestro país varios precedentes reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por menores de edad; así, entre muchos, podemos citar la admisión de ejercicio de derechos sexuales independientemente de la autoridad de sus padres (TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, "Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", 14/10/2003); la continuación de embarazo adolescente (JFlia N° 1 Mendoza, "B., L. A.", 16/09/2008); la autorización de intervención quirúrgica de readecuación sexual y registral peticionada por un adolescente (Juzgado de 1ª Instancia en lo Civil, Comercial, de Conciliación y Familia de 2ª Nominación de Villa Dolores, "C. J. A. y otra s/ solicitan autorización", 21/09/2007); el cese de intervenciones distanásicas (JFlia., Niñez y Adolesc. N° 2 Neuquén, "N. N.", 20/03/2006; JCiv. y Com. 9ª Nom. Rosario, "S. M. E. y otros" 15/08/2008), entre otras.

La legislación argentina, por su parte, ya había brindado varias normas guiadas por este principio de capacidad natural para la toma de decisiones en salud. Así, la Ley nacional 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable habilita brindar información y tratamientos anticonceptivos a menores de edad. El decreto 1282/2003 lo considera "*… beneficiario sin excepción ni discriminación alguna (…) de las políticas de salud sexual y reproductiva* ***en consonancia con la evolución de sus facultades***"; "***a su pedido y de acuerdo a su desarrollo***" tendrá derecho a recibir información, **procurando** la concurrencia del representante legal para los casos de adolescentes menores de 14 años, lo que se torna exigencia para la colocación de un método anticonceptivo. Por su parte, un ejemplo claro de la recepción del principio de capacidad natural y la evaluación de la competencia de las personas menores de edad la

(86) Cámara de los Lores, Gran Bretaña, *Gillick vs. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 1986.

constituyó la ley 153 —Ley Básica de Salud de Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, y su decreto 2316/2003 que en el art. 4°.3 estableció: *"Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamientos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formarse un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos".*

La norma especial en materia de ejercicio de derechos en el campo de la salud, Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud, incorporó por conducto de su reglamentación —decreto 1089/2012— la cuestión de la aptitud personal de niños, niñas y adolescentes para el ejercicio de sus derechos. Así, al reglamentarse el principio de autonomía, el art. 2°, inc. e) del decreto dispone: *"… Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al Comité de Ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley 26.061…".*

A su turno, para la reglamentación del consentimiento informado —definido como el proceso cuya materialización consiste en la declaración de voluntad del paciente respecto a la ejecución o no del procedimiento o terapia médica— se detallan las condiciones del llamado "consentimiento por representación", el que tiene lugar "*… cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación…*", así como "*… en el caso de los pacientes incapacitados legalmente o de menores de edad que no son capaces intelectual o emocionalmente de comprender los alcances de la práctica a autorizar. Cuando los mismos puedan comprender tales alcances se escuchará su opinión, sin perjuicio de suministrarse la información a las personas legalmente habilitadas, para la toma de decisión correspondiente. Para este consentimiento deberán tenerse en cuenta las circunstancias y necesidades a atender, a favor del paciente, respetando su dignidad personal y promoviendo su participación en la toma de decisiones a lo largo de este proceso, según su competencia y discernimiento…*".

Llegamos así a la solución del art. 26 CCyC; ¿cuáles son las tres situaciones contempladas por la norma?

a. Respecto de la pretensión de ejercicio de derechos y actos que **no comprometen la salud** del adolescente **ni provocan riesgo en su integridad física —y psíquica—**, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.

b. Frente a **tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida** del adolescente, se exige la **asistencia** del representante, con el **consentimiento de la persona menor de edad.** No se está hablando de representación ni de sustitución, sino de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante.

   Siendo previsible la generación de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, ello se resuelve judicialmente, debiendo la decisión considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y, por el otro —si bien se trata de un

Infojus

efecto que también se mide para delinear y adoptar la decisión que realiza tal interés superior—, la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.

c. A partir de los 16 años el sistema se independiza de las previsiones, incapacidad y competencia, considerándose **como un mayor de edad** al efecto de la decisión médica.

ARTÍCULO 27.- ***Emancipación.*** *La celebración del matrimonio antes de los dieciocho años 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.

1. Introducción

El Código conserva el instituto de la emancipación. En sus dos vertientes tradicionales —emancipación por matrimonio y por habilitación de edad—, la emancipación ya había sido modificada por la ley 26.579 que, además de disminuir la edad en que se adquiere la mayoría de edad a los 18 años, derogó la figura de la habilitación de edad. De tal modo, solo una forma de emancipación se hallaba vigente en el CC y, del mismo modo, fue regulado en el CCyC.

2. Interpretación

El instituto de la emancipación importa por un lado la extinción de la responsabilidad parental y a la vez la adquisición de plena capacidad de ejercicio, a excepción de contadas restricciones que se mantienen en relación a actos jurídicos determinados.

Es requisito para la celebración del matrimonio contar con la edad de 18 años (art. 403, inc. f, CCyC), pero ¿qué sucede en caso de la pretensión de una persona menor de dicha edad, es decir, de alguien que carece de la edad nupcial? En este aspecto el CCyC establece una solución diversa en el caso de adolescentes mayores o menores de 16 años. Si el adolescente que pretende contraer matrimonio cuenta con 16 años puede contraer nupcias con autorización de sus representantes legales. En caso de no contar con esta venia se requiere dispensa judicial. En cambio, si el adolescente es menor de 16 años, se exige la previa dispensa judicial (art. 404 CCyC).

En uno u otro caso, la celebración del matrimonio emancipa a la persona menor de edad. La emancipación tiene como efecto la adquisición de capacidad por la persona menor de edad, con las únicas excepciones que son establecidas en el artículo siguiente, el art. 28.

El CCyC elimina la anterior solución —art. 131 CC, según ley 26.579— relativa a la postergación de la administración y disposición de bienes recibidos a título gratuito hasta la mayoría de edad, en caso de celebración de las nupcias sin autorización.

Se establece el efecto de la eventual nulidad del matrimonio y su impacto en la emancipación anteriormente obtenida. Así, en tanto importa la adquisición de plena capacidad, y conforme el principio de no regresividad, una vez adquirida la capacidad fruto de la emancipación, ella es irrevocable. Aún el caso de nulidad del matrimonio no afecta la emancipación y efectos adquiridos. La única excepción la constituye el supuesto del

cónyuge de mala fe, cuya emancipación cesa a partir del día en que la sentencia de nulidad pase en autoridad de cosa juzgada.

La nulidad por falta de dispensa judicial constituye un supuesto de nulidad relativa, por cuanto se establece en beneficio del cónyuge que no contaba con la edad nupcial, ostentando legitimación para plantearla tanto este como las personas que, en su representación, podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio (art. 425 inc. a), CCyC).

Si el matrimonio fue celebrado de buena fe por ambos cónyuges, produce todos los efectos del matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad. Si solo uno de los cónyuges es de buena fe, tales supuestos operan en relación a éste, además de concederle los efectos mencionados en el art. 429. En cambio si ambos cónyuges lo fueron de mala fe no produce efecto alguno (art. 430 CCyC).

La cláusula final del artículo, en tanto, tiene como objetivo la preservación de los intereses de los terceros, que no pueden verse afectados por los efectos de la emancipación derivada del matrimonio de la persona menor de edad.

Bajo el régimen anterior se plantearon ciertos interrogantes en relación a la capacidad civil del emancipado. Así, por ejemplo, respecto a la capacidad para testar del menor de edad que no alcanzó los 18 años y, en cambio, ha sido emancipado por matrimonio: el art. 3614 CC exigía la edad de 18 años para testar habiendo entendido la doctrina que dicha edad no se dispensaba por la emancipación previa. El art. 2464 CCyC establece que "*pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto*", lo cual despeja la posibilidad de habilitar el testamento a un emancipado menor de 18 años.

En la esfera personal, la emancipación tampoco produce efectos en relación al ejercicio de la responsabilidad parental: la solución del art. 644 CCyC es que los progenitores adolescentes "*estén o no casados*" ejercen la responsabilidad parental de sus hijos, pudiendo decidir en relación a los actos de la vida doméstica —salud, educación, cuidado—; se requerirá en su caso la integración del consentimiento de la persona mayor de edad que ejerce la responsabilidad parental sobre el progenitor adolescente frente a actos de trascendencia o entidad o que puedan implicar un riesgo para el niño, hijo del adolescente. Este régimen es aplicable en tanto el progenitor sea adolescente, sin interesar si está casado —por ende, emancipado— o no lo está. Finalmente, la plena capacidad de uno de los progenitores adolescentes no modifica este régimen.

ARTÍCULO 28.- ***Actos prohibidos a la persona emancipada.*** *La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial:*

a. *aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito;*
b. *hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito;*
c. *afianzar obligaciones.*

1. Introducción

Se mantiene la enunciación de determinados actos —art. 134 CC— que son completamente prohibidos a la persona emancipada, por la circunstancia que si bien la emancipación importa una suerte de "adelantamiento" de la capacidad civil, se preservan aquellos actos de entidad que pueden comprometer patrimonialmente a la persona emancipada.

Ellos son, la aprobación de las cuentas de la tutela (art. 130 CCyC) tanto periódicas como la cuenta final (art. 131 CCyC), en referencia al emancipado que oportunamente hubiese

Infojus

estado bajo el régimen de tutela; en este sentido la ley pretende proteger a la persona emancipada frente al riesgo de influencia que pueda ejercer el tutor para lograr la aprobación de las cuentas de su administración.

2. Interpretación

La rendición de cuentas en la tutela debe practicarse al término de cada año, al cesar en el cargo, cuando el juez lo ordena de oficio o a petición del Ministerio Público (art. 130 CCyC). Aprobada la cuenta del primer año, puede disponerse que las posteriores se rindan en otros plazos, cuando la naturaleza de la administración así lo justifique (art. 130, párr. 2 CCyC). Luego, la rendición final procede terminada la tutela y aunque el tutelado exima por testamento de dicho deber (art. 131 CCyC).

En segundo lugar, se prevé la donación de bienes que hayan sido recibidos por la persona menor de edad a título gratuito; se explica la prohibición por el menoscabo patrimonial que produce la donación sin contraprestación de un bien recibido a título gratuito. Finalmente constituirse en fiadores respecto de obligaciones de terceros.

En este sentido, no se innova en relación al régimen anteriormente existente.

La prohibición de la norma es absoluta, es decir, no puede suplirse ni con autorización judicial.

ARTÍCULO 29.- ***Actos sujetos a autorización judicial.*** *El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente.*

1. Introducción

El artículo en comentario enuncia cuáles son los actos que pueden ser realizados por la persona emancipada, si bien sujetos a autorización judicial: la disposición de bienes que fueron recibidos por la persona a título gratuito.

2. Interpretación

La autorización se requiere para la disposición del bien, tanto a título gratuito como oneroso; lo decisorio es el modo de recepción de los bienes por la persona menor de edad: el título gratuito.

Se entiende que la autorización judicial será otorgada —de corresponder— en los casos en que el acto sea a título oneroso, ya que la donación se halla absolutamente prohibida en el segundo inciso del artículo anterior.

Se modifica el art. 135 CC, que establecía que no se requería autorización judicial en caso de que uno de los cónyuges fuere mayor de edad y existiese acuerdo entre ambos; ello así, considerando que la disposición de bienes de titularidad de la persona emancipada la involucra a esta y a sus derechos patrimoniales. Se elimina así la suerte de "control" que aparecía en el CC por parte del cónyuge mayor de edad, y en relación al patrimonio de la persona emancipada.

Al momento de evaluar la concesión de la eventual autorización, el juez debe analizar la existencia de una real y severa necesidad —la norma requiere "toda necesidad"— para

la persona menor de edad en cuanto al acto de disposición, o bien una ventaja evidente en su favor.

Conserva vigencia y aplicabilidad, entonces, toda la jurisprudencia y doctrina elaborada bajo el anterior régimen en relación a las condiciones que deben entenderse reunidas para habilitar el acto pretendido, por resultar necesario y/o de ventaja evidente para la persona emancipada.

Por último, el CCyC deroga la exigencia de venta en pública subasta, que en razón de la inconveniencia de este modo de entrega frente a la venta privada, importaba un perjuicio para el emancipado. La jurisprudencia ya había flexibilizado este requisito, admitiéndose la venta particular y en las condiciones más favorables a la persona emancipada. En efecto, en el CC se había entendido que la venta en subasta pública tenía por fin asegurar la transparencia, pero garantizando un mejor precio para los intereses del emancipado, por lo cual si este fin no se cumplía el juez podía dispensar el requisito, por aplicación analógica (art. 16 CC) de los arts. 441 y 442 CC que posibilitaban la venta extrajudicial en caso de que ello resultase más conveniente para los intereses de la persona menor de edad.

ARTÍCULO 30.- ***Persona menor de edad con título profesional habilitante.*** *La persona menor de edad que ha obtenido título habilitante para el ejercicio de una profesión puede ejercerla por cuenta propia sin necesidad de previa autorización. Tiene la administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de su profesión y puede estar en juicio civil o penal por cuestiones vinculadas a ella.*

1. Introducción

En este tema, el CCyC mantiene —si bien con ciertas modificaciones en su redacción— la solución del art. 128 CC, según la reforma de la ley 26.579.

No obstante su menor edad, el adolescente puede ejercer la profesión pertinente conforme el título habilitante que ha obtenido. Esto resulta de interés y utilidad considerando la oferta masiva de carreras y/o cursos de corto plazo que habilitan para el ejercicio de una profesión, y cuyo título puede obtenerse antes de la edad de 18 años que importa la mayoría de edad plena.

2. Interpretación

La solución permite que el trabajo de estos jóvenes no dependa de la voluntad de sus padres. Los representantes legales, padres o tutores no cuentan con posibilidad de válida oposición, ya que los contratos de locación de servicios o laborales que el hijo adolescente celebre no requieren autorización previa alguna, menos aún judicial. Ello, sin perjuicio de los arts. 681, 682, 683 CCyC y de las leyes laborales. El art. 681 CCyC dispone: "*el hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales*". La remisión lo es a las normas del derecho laboral.

Como contracara, y con igual respeto del principio de autonomía progresiva y reconocimiento del autovalimiento y responsabilidad creciente del joven que ha asistido a formación y recibido título habilitante, el art. 682 CCyC establece: "*Los progenitores no pueden hacer*

Infojus

contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales".

Habiendo obtenido el título que habilita la profesión, aparecería contradictorio requerir una autorización judicial —que, por lo demás, no podría ser contradictoria con la habilitación otorgada por el organismo competente que expidió la certificación y/o título habilitante—.

La consecuencia de la habilitación que reconoce la norma es la capacidad de administración y disposición de los bienes que fueron obtenidos con el producto de dicho trabajo, así como la asunción de las responsabilidades y derechos derivados de su ejercicio —en el caso, la aptitud para presentarse y/o promover procesos penales y/o civiles relacionados con la labor ejercida—. Estos bienes están excluidos del régimen general de administración a cargo de los padres, que se regula en el CCyC a partir del art. 677. Así, y en concordancia con el artículo en comentario, al regular este régimen de administración y disposición derivado de la responsabilidad parental, el art. 686, inc. a) CCyC exceptúa del régimen de administración de los padres (principio general, art. 685 CCyC) a los bienes "*... adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores...*".

Bajo el régimen anterior, estos bienes eran también excluidos del usufructo paterno. El CCyC eliminó la figura del usufructo, estableciendo en el art. 697, **Rentas**: "*Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlos cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez*".

La exclusión del régimen de administración abarca no solo los bienes adquiridos con el producto del trabajo referido en la norma —"peculio" del hijo—, sino también los bienes subrogados con dichos fondos.

La libertad de disposición incluye aun la disposición a título gratuito, sea de los fondos obtenidos como de los bienes adquiridos con ellos. Bastará con la manifestación efectuada por el hijo respecto de que los fondos provienen de dicho origen; lo contrario implicaría la necesidad de judicializar la cuestión o complejizar su acreditación en el escenario notarial con un régimen de prueba que el CCyC no prevé.

Se trata de una suerte de independencia del hijo adolescente, fundada en la formación de este para un oficio o profesión y en la habilitación otorgada por el organismo competente —que, por lo demás, en nada altera la obligación alimentaria de los progenitores que el CCyC mantuvo en igual sentido que en el CC (ley 26.579): durante la menor edad y con extensión a los 21 años de edad (art. 658 CCyC)—.

SECCIÓN 3ª
Restricciones a la capacidad

Parágrafo 1°
Principios comunes

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.*

1. Introducción

A partir de este artículo, el CCyC diseña el régimen de restricciones a la capacidad de las personas mayores de edad.

En la regulación tradicional de Vélez —con la posterior modificación de la ley 17.711—, las personas mayores de edad que, **por causa de salud mental,** se ubicasen en situación de riesgo de otorgar actos perjudiciales a su persona y/o patrimonio podían ser declaradas **incapaces** para todos los actos de la vida civil. La declaración de interdicción aparejaba como consecuencia la designación de un curador para la celebración de dichos actos —todos—, ya que la incapacidad revestía carácter total.

La ley 17.711 introdujo la primera modificación en la materia, al incorporar el instituto de la inhabilitación, previsto para aquellas personas cuya afectación de salud mental no resultara tan gravosa —"*disminuidos en sus facultades mentales*"—, manteniendo la inhabilitación la condición de capacidad de la persona, con la designación de un curador asistente, esto es, que acompañaría al inhábil en la celebración de actos. Mucho tiempo después se sancionó la ley 26.657, sobre la que avanzaremos en los puntos siguientes.

2. Interpretación

2.1. El piso previo condicionante de la Reforma. Escenario convencional y legal local

El dictado de la LSM, no fue un suceso casual, sino el resultado del impacto de la doctrina de los derechos humanos en su aplicación a las cuestiones vinculadas a la capacidad jurídica de las personas mayores de edad. En efecto, nuestro país se hallaba comprometido por la aprobación de dos convenciones internacionales que obligaban a modificar el escenario existente en materia de capacidad jurídica y ejercicio de derechos de las personas con discapacidad: la **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad** —ley 25.280— y, más ampliamente en el escenario de Naciones Unidas y con impacto universal, la **CDPD** —ley 26.378—. Esta última Convención ha recibido recientemente rango constitucional y ambos instrumentos ostentan jerarquía superior a las leyes (art. 31 CN), lo que obliga al Estado, en el marco del control de convencionalidad, a contrastar la vigencia de sus normas —tanto de fondo como procedimentales— con los nuevos paradigmas contenidos en estos documentos y otros del derecho internacional en la materia.[87]

(87) Ver Consenso de Panamá; Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas (2008); Principios de Brasilia (2005); Declaración de Montreal de

Infojus

La CDPD se constituye como el primer tratado de consenso universal que importa la especificación concreta de los derechos de las personas con discapacidad **desde la perspectiva de derechos humanos**, que adopta el modelo social de la discapacidad. Este modelo importa un giro trascendental en la condición de las personas con discapacidad ya que deja de considerarlas portadoras de una patología que las "discapacita" y ubica "el problema" en el escenario social, inadecuadamente preparado para el pleno desarrollo de la persona con discapacidad.

Como decíamos, en el año 2010 nuestro país dicta la LSM, que rige las intervenciones estatales y sociales, públicas y privadas, en materia de derecho a la salud en dicha área. El objetivo de la ley es el aseguramiento del "*… derecho a la protección de la salud mental de todas las personas, y el pleno goce de los derechos humanos de aquellas con padecimiento mental que se encuentran en el territorio nacional, reconocidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, con jerarquía constitucional, sin perjuicio de las regulaciones más beneficiosas que para la protección de estos derechos puedan establecer las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*" (art. 1°).[88]

Un cotejo de la Convención de Naciones Unidas y las disposiciones nacionales de la LSM permite concluir la vigencia del principio de capacidad jurídica como derecho humano, también exigible en favor de las personas con discapacidad —art. 12 CDPD; arts. 3° y 5° LSM—.

El art. 12 CDPD dispone: "*Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1) Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 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. 4) Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.*

.....

Discapacidad Intelectual (2004); Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y el Mejoramiento de la Atención de la Salud Mental (1991); Declaración de Caracas; Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975); Declaración de Caracas de la OPS y OMS para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, entre otros.

(88) Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17/12/1991. Por su parte, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud (1990), y los Principios de Brasilia Rectores para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas (1990), son instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas (art. 2° de la ley 26.657).

5) Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

Por su parte, según los arts. 3° y 5° LSM, la capacidad de la persona se presume, no pudiendo efectuarse calificaciones jurídicas ni sanitarias fundadas exclusivamente en diagnóstico y/o antecedentes de salud mental. Reza el art. 3°: "*En el marco de la presente ley se reconoce a la salud mental como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona. Se debe partir de la presunción de capacidad de todas las personas. En ningún caso puede hacerse diagnóstico en el campo de la salud mental sobre la base exclusiva de: a) Status político, socio-económico, pertenencia a un grupo cultural, racial o religioso; b) Demandas familiares, laborales, falta de conformidad o adecuación con valores morales, sociales, culturales, políticos o creencias religiosas prevalecientes en la comunidad donde vive la persona; c) Elección o identidad sexual; d) La mera existencia de antecedentes de tratamiento u hospitalización*". Y agrega el art. 5°: "*La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado*".

Efecto de lo dicho resulta la inadmisibilidad del dictado de sentencias atributivas de "incapacidad", fundadas exclusivamente en **la sola condición de salud mental**, debiendo los Estados, por el contrario, diseñar modelos de **apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica**.

Además, la LSM incorporó a la estructura del Código Civil el art. 152 ter, que exigió la promoción del mayor grado de autonomía posible y la determinación concreta de los actos jurídicos para los cuales la persona carecía de capacidad —acorde el principio de presunción de capacidad—; de allí que los operadores judiciales debían rediseñar sus intervenciones jurídicas en un marco respetuoso de los derechos fundamentales reconocidos.

2.2. La Reforma en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el CCyC

Respetuoso de este marco jurídico, el CCyC titula la Sección 3ª de este Capítulo ˝Restricciones a la capacidad˝, dando cuenta de que la capacidad será el principio a partir del cual, eventualmente, podrán disponerse restricciones puntuales y no interdicciones generales sobre la capacidad. El art. 31 bajo el título **reglas generales**, incorpora en rigor los principios generales en la materia. Es esta una modalidad que el Código exhibe centralizando al iniciar el Capítulo propio a cada institución jurídica, los principios rectores de ella.

Así, en este art. 31 se reúnen no solo reglas generales de fondo sino también de forma o procedimentales: tales, la participación de la persona en el proceso de restricción de su capacidad, el derecho a la asistencia letrada, el diseño de procesos que faciliten la información y la comprensión para la toma de decisiones.

Infojus

2.2.1. La norma refiere como principios generales los siguientes. Análisis de los incisos

a. *la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial;*

Se trata de una reiteración o especificación de los principios ya enunciados en la ley 26.657, en modo coherente con la norma internacional. Más allá de la previa mención del principio de capacidad en la LSM, resulta acertada la incorporación al CCyC de una norma específica de regulación de la capacidad civil y sus efectos.

El hecho que la capacidad de ejercicio "se presuma" exige un proceso en el que debe probarse rigurosamente la situación contraria a dicha presunción para permitir cualquier restricción a la capacidad. En cuanto a la aclaración final que formula el inciso "aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial", desde una primera y rápida mirada podría cuestionarse su incorporación por cuanto la internación de una persona en nada afecta su capacidad jurídica y su condición ante la ley —arts. 3° y 5° de la ley 26.657—; sin embargo, la historia pasada y presente que viven las personas en condición de internamiento y la severa afectación a sus derechos personalísimos —que, muchas veces, provoca una automática identificación por parte de los operadores (sanitarios, jurídicos, sociales, psiquiátricos, administrativos) entre "internación" e "incapacidad"— justifica la aclaración incorporada al enunciado, a fin de clarificar que la situación de internación jamás implica el cercenamiento de la capacidad de la persona, más allá de su situación de temporaria descompensación.

b. *las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona;*

La capacidad restringida supone que la persona **conserva su capacidad**, la cual es limitada solo para determinado/s acto/s. La excepcionalidad de la restricción no se fundamenta en una característica de la persona,"su discapacidad" (criterio subjetivo), sino en una situación que requiere la reunión de dos presupuestos (criterio objetivo). Es que el concepto de salud mental es mucho más amplio que el de ausencia de enfermedades mentales; el escenario social exhibe una multiplicidad de condiciones de las personas que alejan las calificaciones de las puras determinaciones médicas; hoy ya no se habla de personas con enfermad mental sino de personas con discapacidad intelectual o psicosocial. Esta concepción es acorde al modelo social de la discapacidad propuesto por la CDPD, que ubica a la discapacidad, no ya como una condición personal, sino como el resultado de la interacción de la persona con las diferentes barreras que ofrece o presenta el medio (arts. 1° y 2° CDPD). Así, la salud mental es entendida como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona (art. 3° de la ley 26.657). El decreto 603/2013 reglamentario, explicitando estas nociones, agrega que se ha de entender "*por padecimiento mental a todo tipo de sufrimiento psíquico de las personas y/o grupos humanos, vinculables a distintos tipos de crisis previsibles o imprevistas, así como a situaciones más prolongadas de padecimientos, incluyendo trastornos y/o enfermedades, como proceso complejo determinado por múltiples, componentes, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° de la Ley 26.657*" (art. 3°).

El término "beneficio de la persona", por su parte, da a entender que en ningún caso la restricción de la capacidad jurídica puede tener otro fin que el respeto de sus derechos y la promoción de la autonomía personal, de acuerdo con lo previsto por el art. 43 CCyC

que al definir las funciones de las figuras de apoyo designadas en favor de la persona con capacidad restringida, señala: "*promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona*".

En concordancia con este principio, recordamos que el art. 12, párr. 4 CDPD establece la obligación del Estado de asegurar que "*las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*".

c. ***la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial;***

Este principio aparece coherente con la trascendental modificación impuesta oportunamente por la LSM, que quiebra la tradicional hegemonía médico-psiquiátrica en las cuestiones relacionadas con la salud mental, sea en el campo del tratamiento de salud, sea en lo relativo a las restricciones a la capacidad jurídica. Conforme la LSM "*se reconoce a la salud mental, como un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona*". De tal modo no es atributo ni poder exclusivo de la ciencia médico psiquiátrica la calificación de la existencia o ausencia de salud mental, requiriéndose por el contrario intervenciones de carácter interdisciplinario.

Según el art. 5° LSM, "*La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que sólo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado*". La intervención del Estado, en general, debe presentar este carácter; con la referencia, el principio pretende ser aplicable no solo a la intervención judicial —en los procesos mencionados en el artículo 32— sino también a las diversas intervenciones relacionadas con la situación de internamiento de la persona —alusión al "tratamiento"—, de la mano de la regulación de los arts. 41 y 42 CCyC y del art. 7° LSM.

La necesidad de un abordaje interdisciplinario que pone en pie de igualdad a psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeros y terapistas ocupacionales ha sido uno de los aspectos más polémicos de la ley 26.657: ello no implica poner en juego las incumbencias de cada una de estas profesiones, pero sí la hegemonía de algunas, fundamentalmente de la psiquiatría. Así, el eje del tratamiento en salud mental deja de ser el psiquiatra y pasa a ser el equipo interdisciplinario.

El carácter interdisciplinar implica, entre otras cuestiones, como ha afirmado la CSJN, que la existencia de un historial de tratamiento psiquiátrico no basta, por sí solo, para justificar en el presente o en el porvenir la determinación de una enfermedad mental.[89]

Finalmente, esta percepción interdisciplinar de la salud mental es conteste con el modelo social de la discapacidad ya explicado.

d. ***la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión;***

Este inciso constituye una de las claras ejemplificaciones de la concepción de "barreras" —sociales, comunitarias, arquitectónicas, actitudinales—, a las que refiere la Convención. El

(89) CSJN, "S. de B., M. del C. c/ Ministerio de Justicia - Poder Judicial - Estado Nacional", 01/09/2009, en *RCyS*, 2009-X-120; 2009-XI-41. Disidencia de los doctores Lorenzetti, Fayt y Petracchi.

Infojus

inciso refiere centralmente a aquellas barreras comunicacionales —relativas a la comunicación o trato con la persona y también en el proceso judicial—.

A los fines de conceptualizar esta regla, recordamos que la CDPD incluye en la noción de comunicación "*los lenguajes, la visualización de textos en Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso*" (art. 2°.1).

Por lenguaje se entiende "*tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal*".

Por su parte, y en esta instancia de referencia a la comunicación, no podemos dejar de hacer mención al avance laudatorio que implica que el CCyC elimine a la sordomudez como causal de restricción a la capacidad, dando cuenta de que la diversidad en la comunicación no constituye, por el solo hecho de su diferencia, una causal de afectación a la capacidad civil.

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;***

El derecho a la participación de la persona en el proceso y la asistencia letrada son tratados en el CCyC como regla general, en el inciso en comentario, y también como un derecho específico, al reconocer a la persona concreto carácter de parte en el proceso (art. 36). A este fin, el CCyC asegura las garantías de inmediatez con el juez de la causa y la asistencia letrada (art. 35). Remitimos a los comentarios de estas normas.

f. ***deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades.***

Este principio es conteste con el enunciado en primer término, relativo a la imposición de restricciones solo en beneficio de la persona.

Sin perjuicio de que el CCyC refiere a "*alternativas terapéuticas*" —de aplicabilidad a los procesos de atención de salud— debe dársele una interpretación amplia y expansiva, que incluya cualquier otra medida que pueda adoptarse durante los procesos judiciales. Empleamos el plural para aludir no solo al proceso de restricción de la capacidad jurídica sino también al proceso de control de la internación y cualquier otro proceso que deba resolver —por ejemplo, sobre derechos personalísimos de la persona (conc. art. 7°, inc. d) LSM)—.

Asimismo, atiende aquí el CCyC a la doctrina convencional de la Corte IDH, al calificar como tortura, pena o trato cruel, inhumano o degradante a ciertas formas de atención en salud mental.[90]

Al respecto el Relator de Naciones Unidas ha afirmado que "*las personas con discapacidad son sometidas a experimentos médicos y tratamientos médicos alteradores e irreversibles sin su consentimiento (por ejemplo, esterilizaciones, abortos e intervenciones*

(90) Corte IDH, "Caso Ximenez López vs. Brasil" (Fondo, Reparaciones y Costas), 04/07/2006; art. 15 CDPD.

encaminadas a corregir o aliviar una discapacidad, como el electrochoque y la administración de fármacos psicotrópicos, en particular los neurolépticos)".[91]

ARTÍCULO 32.- ***Persona con capacidad restringida y con incapacidad.*** *El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes.*

En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona.

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador.

Remisiones: ver comentario al art. 43 CCyC, sobre medidas de apoyo.

1. Introducción

El CCyC diseña como regla general la **restricción al ejercicio de la capacidad** y, solo excepcional y subsidiariamente, y al único fin de protección de los derechos de la persona, su eventual declaración de incapacidad.

En el supuesto de restricción a la capacidad, no procede la tradicional figura sustitutiva del curador, sino la designación de persona/s de apoyo, cuya función es "... *promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona*" (art. 43 CCyC). En efecto, como señala el artículo en comentario, "… *En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona. El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida*".

La solución establecida por el CCyC responde a un firme y marcado avance sostenido desde la jurisprudencia y doctrina nacional, a la luz de la doctrina de los organismos internacionales, en especial el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, para la eliminación de las respuestas de sustitución y su reemplazo por figuras de asistencia y apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental (conc. art. 12 CDPD).

Con la sanción de la ley 26.657, y en el contexto de una reforma altamente ansiada anunciante de un *"nuevo régimen de salud mental"*, el art. 152 ter CC se conformó, sin embargo, con acercarse —tímida y confusamente— a un ya sólido andamiaje jurisprudencial-doctrinario, al disponer que "*las declaraciones de inhabilitación o incapacidad"* deberán *"especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la auto-*

(91) ONU, Informe del Relator Especial sobre la Tortura y otros Tratos Crueles, Inhumanos o Degradantes, 28/07/2008, Doc. ONU A/63/175, párrs. 55/69.

Infojus

nomía personal sea la menor posible". Esta solución, insuficiente desde la lupa de los derechos humanos de las personas comprometidas, aparece mejorada y superada en el CCyC.

Por lo tanto, en el supuesto en que la persona se halle en una situación extrema, en que se vea imposibilitada absolutamente de interactuar con su entorno, por cualquier medio, el Código expresa que el juez se incline por: luego de haber provisto los apoyos adecuados para la toma de decisiones, y si estos resultaran ineficaces, recién entonces se pronuncie por declarar la incapacidad; pero solo como última instancia.

2. Interpretación

Para comprender adecuadamente cuál es el cambio que incorpora el CCyC al hablar de "restricciones a la capacidad", primeramente debe hacerse una distinción entre esta figura y la anterior inhabilitación. La condición de la persona sujeta a restricciones a su capacidad en el CCyC no es la del inhábil del CC. La restricción a la capacidad es una categoría genérica, que incluye un amplio abanico de posibilidades relacionadas con la amplitud o estrechez de los actos que han sido limitados a la persona por sentencia. En segundo lugar, la inhabilitación fue pensada exclusivamente para la protección patrimonial de la persona, direccionada a actos de administración y disposición, en tanto que la restricción a la capacidad apunta a actos personales y/o patrimoniales. Finalmente, el efecto de la restricción de la capacidad no es la designación de un curador —ni siquiera en su modalidad más "benévola" de asistencia— sino la designación de figuras de apoyo, en los términos del art. 12 CDPD.

2.1. Los requisitos determinantes

Mediante una fórmula objetiva, el CCyC define las personas pasibles de restricción a la capacidad: mayores de 13 años, con padecimiento de adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad. El "piso" impuesto en los 13 años guarda coherencia con la categoría de adolescente incorporada en el CCyC (art. 25) y la inexistencia de discernimiento para los actos lícitos por debajo de dicha edad.

El CCyC elimina las etiquetas o calificaciones preexistentes —"sordomudos que no saben darse a entender por escrito"; "dementes"; "disminuidos en sus facultades mentales"— y reemplaza ello por enunciaciones genéricas: alteración mental y adicción.

Ademas, se exige un supuesto material, dado por las circunstancias personales y sociales de la persona y no por su pertenencia "a un grupo" y/o a la identificación con un diagnóstico. Así, la declaración de "capacidad restringida" requiere que la persona se encuentre en situación de daño a su persona o a sus bienes consecuencia de sus actos. Esto constituye una ponderación acerca de la aptitud de la persona y que será llevada adelante en el marco del respectivo proceso dirigido a determinar las eventuales restricciones, con las garantías procesales requeridas en el nuevo Código (art. 35 y concs.). Al efectuar esta ponderación en relación al eventual riesgo para la persona y/o su patrimonio debe entenderse aplicable la referencia final del artículo respecto a la aptitud de la persona para comprender y expresar voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado; así, el juez no podría entender configurado riesgo o daño a la persona si la misma puede manifestar voluntad, comprender y razonar con el auxilio de estos medios de comunicación, avalados por lo demás por la Convención.

La incapacidad de los *"sordomudos que no puedan darse a entender por escrito"* (art. 153 CC) es eliminada, quedando fuera de toda restricción cualquier presunta incapacidad derivada de una discapacidad física y/o sensorial que suponga solo una limitación

—o diferencia— en la comunicación o en la manifestación de la voluntad, integrable por otros medios, modalidades o formatos adecuados. La prueba respecto a estos extremos debe integrarse interdisciplinariamente, sumada a la que el propio interesado incorpore al expediente.

2.2. Efectos

La restricción de la capacidad va de la mano de la designación de una o varias medidas de apoyo que actuarán en los ámbitos y condiciones establecidos por el juez, en función de las necesidades y circunstancias de la persona y con los ajustes razonables que corresponda implementar (art. 43 CCyC).

El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona. Remitimos al comentario del art. 43 CCyC.

2.3. La incapacidad

2.3.1. El supuesto

El último párrafo del art. 32 prevé la incapacidad exclusivamente para el caso en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz.

En primer término, la incapacidad es el supuesto de excepción en el nuevo régimen.

A su turno, y aún admitida como opción viable, el Código exige también un criterio objetivo, que excede a un diagnóstico de la persona y/o a su pertenencia a un grupo social. Lo que se califica es la "situación" de la persona: absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado. La imposibilidad no es cualquier dificultad o complejidad, sino que debe ser un impedimento de carácter absoluto, tal como exige la norma.

Se trata de aquella persona que se encuentra en situación de ausencia de conciencia de sí, de su alrededor, carente e imposibilitada de comunicación con el entorno, con otras personas, y por todo lo cual un sistema de apoyo aparece insuficiente, correspondiendo entonces la figura de un curador que ejerza representación pura.

2.3.2. Efectos de la incapacidad

La declaración de incapacidad apareja la designación de un curador que representará a la persona y cuya actuación se regirá por las normas de la curatela (art. 138 CCyC, y concs.).

La principal función del curador es cuidar a la persona y sus bienes y procurar que recupere su salud (art. 138 CCyC).

La figura se justifica, como dijimos, frente a la **absoluta** imposibilidad de la persona de interactuar por su medio y expresar voluntad; no reconocer la opción de un curador como alternativa en estos casos implicaría impedir a la persona el ejercicio de sus derechos.

ARTÍCULO 33.- ***Legitimados.*** *Están legitimados para solicitar la declaración de incapacidad y de capacidad restringida:*

a. *el propio interesado;*
b. *el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado;*

Infojus

c. *los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado;*

d. *el Ministerio Público.*

1. Introducción

El CCyC introduce modificaciones relativas a las condiciones y recaudos procesales, desde la perspectiva de que los mismos resultan sustanciales al derecho comprometido y por tal razón no pueden dejarse librados a discrecionalidad de los Códigos provinciales.

Así, se modifica lo atinente a la legitimación para solicitar la restricción, resultando sustancial el reconocimiento de la legitimación de la propia persona interesada, directamente relacionado con el art. 36 CCyC, que señala: "*La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa*".

2. Interpretación

2.1. Legitimación para solicitar restricciones a la capacidad

El CCyC modifica el anterior art. 144 CC: el límite a la solicitud del cónyuge es ya la situación de separación de hecho y no solo el divorcio vincular, incorpora acorde con el reconocimiento que brinda a las uniones convivenciales, la legitimación del conviviente en tanto la convivencia no haya cesado.

Se agrega un límite a la enunciación de "parientes" que puedan solicitar la restricción: hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, superando controversias interpretativas en la materia.

Se mantiene la legitimación del Ministerio Público (art. 103); una legitimación necesaria, dado que siempre es parte esencial en este tipo de procesos. Al Ministerio Público corresponde asistir y/o representar a la persona y garantizar sus derechos en este proceso. En dicha función, como organismo del Estado, su intervención debe cumplir con las reglas generales establecidas por el art. 31 CCyC y los estándares internacionales de derechos humanos garantizando la participación de la persona en el proceso, la adopción de ajustes razonables e, incluso, si fuera necesario, medidas de apoyo provisorias durante el mismo proceso.

La legitimación del Ministerio Público es conteste con lo dispuesto por el art. 103 CCyC que maximiza el reconocimiento de esta figura y sus funciones, previendo justamente la actuación autónoma frente al caso de inexistencia de representantes de las personas asistidas y a fin de proveer su representación.

La legitimación otorgada al Ministerio Público permite asimismo que quienes no se encuentren legitimados para solicitar la declaración de incapacidad o de capacidad restringida, cuando por cuestiones de afecto o interés consideran que sería necesaria para proteger los derechos de la persona, lo planteen por su intermedio. En dicho caso, el Ministerio Público actúa de conformidad a sus obligaciones y facultades, no siendo obligatoria la solicitud ni promoción del proceso judicial si a su juicio no se dan los recaudos y presupuestos legales necesarios.

La referencia a la legitimación del cónsul, obedece a la tradicional consideración civil, a la par que establece una diferenciación en relación a la nacionalidad de la persona, que con buen tino fue eliminada en el CCyC, siendo por lo demás nula la recepción jurisprudencial de la figura.

Se elimina la legitimación en favor de "*cualquier persona del pueblo*" (art. 144, inc. 5 CC), por cuanto la amplitud de intervención del Ministerio Público torna innecesario al inciso; por lo demás, en el CC tampoco era esta una legitimación propia de cualquier persona que así operase en la práctica, sino que lo que la persona podía hacer era poner en conocimiento del Ministerio Público la situación para que dicho organismo evalúe la promoción o no del proceso de restricción. Por lo demás, el inciso derogado parecía referirse más a la situación de eventual evaluación e internación, que a la limitación a la capacidad.

Finalmente y el mayor logro de la norma, es la introducción expresa de la legitimación de la propia persona interesada. Teniendo en cuenta el derecho de acceso a la justicia —art. 13 CDPD y Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Situación de Vulnerabilidad—, y conforme es establecido por los arts. 31, inc. e) y 36, párr. 2 CCyC, la solicitud de declaración de incapacidad o de capacidad restringida por el propio interesado debe admitirse sin más requisito que la solicitud de la persona ante la autoridad judicial. De carecerse de patrocinio letrado, debe el juez hacerle saber su derecho a designar un abogado y que, en caso de no tenerlo, se le debe nombrar uno "*para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio*" (art. 36 CCyC).

ARTÍCULO 34.- ***Medidas cautelares.*** ***Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador. También puede designar redes de apoyo y personas que actúen con funciones específicas según el caso.***

1. Introducción

La norma unifica las anteriores menciones de los arts. 148 y 471 CC. Refiere a "*medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona*", con lo cual no limita la intervención tuitiva al dictado de medidas cautelares —pudiendo comprenderse toda clase de medidas procesales y judiciales— ni tampoco únicamente patrimoniales —incluye las de protección personal—.

2. Interpretación

2.1. Requisitos para el dictado de medidas urgentes

La apertura del proceso de restricción a la capacidad aporta un cierto grado de verosimilitud del derecho, es decir, la mera apariencia de la situación de posible riesgo de daño a la persona o su patrimonio, aún sin llegar obviamente a la certeza, que recién se adquirirá en el momento del dictado de la sentencia respectiva.

En cuanto al segundo presupuesto de las medidas cautelares, peligro en la demora, indudablemente está dado por la misma situación denunciada, que refleja el estado de riesgo y probable daño.

Como la mayoría de las medidas cautelares del derecho familiar, no se requiere contracautela, amén que sería un contrasentido requerir contracautela para la protección de derechos en este caso.

Las medidas de protección pueden ser decretadas de oficio, sin perjuicio de las peticiones que formulen el denunciante, el propio denunciado, el curador provisorio y el Ministerio Público. Es juez competente el interviniente en el proceso de restricción.

Infojus

En cuanto a su duración, debe distinguirse si se trata de medidas cautelares de protección de bienes —las que subsistirán el tiempo necesario para la tutela de la persona, inclusive después del dictado de la sentencia de restricción a la capacidad jurídica o de inhabilitación— y las medidas cautelares de tutela personal —como la internación, la que no debe prolongarse en el tiempo más de lo estrictamente necesario, como recurso terapéutico excepcional (ley 26.657 y art. 41 CCyC)—.

2.2. Medidas viables

Entre las tradicionales medidas figura la designación de un curador a los bienes o *ad bona,* una figura que, diferenciada del curador provisorio, coadyuva en el control de legalidad y cumplimiento del debido proceso. A diferencia de este curador provisorio, cuya designación solo puede recaer en un abogado de la matrícula o en el curador oficial cuando no se cuenta con bienes suficientes, la designación del curador a los bienes puede hacerse en el cónyuge o un familiar e incluso el mismo denunciante. En su mayoría, la doctrina entiende que la actuación de este curador es de custodia y conservación de bienes. Su tarea comprende la representación en los juicios que se promuevan o donde se debatan cuestiones relativas a los bienes del denunciado.

Si bien la doctrina tradicional consideró también que esta intervención sustituye lisa y llanamente al denunciado, la solución dada por el CCyC derriba esta interpretación, a tenor del principio de capacidad, la restricción como excepción y la participación plena de la persona en el proceso.

Entre las medidas patrimoniales principales, podemos citar: inhibición general de bienes, dirigida a evitar el aprovechamiento de la situación de vulnerabilidad de la persona y/o, asimismo, la asunción de deudas; inventario, embargo y depósito de los bienes; recaudación o secuestro de valores; apertura de cajas de seguridad; cobro de alquileres; suspensión de poderes; retención de haberes; pago de deudas; depósito de haberes, etc. En fin, la ley le otorga al juez amplias facultades para disponer de la medida cautelar más adecuada para evitar los peligros que pueden amenazar el patrimonio de la persona.

Por su parte, el CCyC habla de medidas personales o establecidas en protección de la persona, pudiéndose incluir aquí a todas aquellas dirigidas a la protección de la salud y de sus derechos personalísimos. Nuestra CSJN ha reafirmado, en varios pronunciamientos, el derecho a la preservación de la salud de las personas —y, más aún, de las afectadas en su salud mental—, destacando la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar este derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga.[92]

La CDPD, por su parte, en su art. 25 establece que "*Los Estados partes: a) proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades (...) c) proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de esas personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales*".

La LSM reconoce a las personas con padecimiento mental el derecho a recibir atención sanitaria y social integral y humanizada con el objeto de asegurar la recuperación y preservación de la salud (art. 7°), entre otros.

(92) CSJN, "Asoc. Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional- s/ Amparo ley 16.986", 01/07/2000, Fallos: 321:1684.

Prácticamente en forma invariable la jurisprudencia ha entendido que corresponde postergar las exigencias formales y burocráticas invocadas por las prestadoras de salud pues ello significaría otorgar primacía a las cuestiones formales en desmedro de derechos fundamentales de preferente tutela constitucional. Con tal criterio ha concedido reiteradamente medidas cautelares —bajo modalidad innovativa— o tutelas anticipadas, a los fines de asegurar la provisión de medicación, asistencia, gastos extraordinarios, terapéuticos, cobertura de internación, etc., en resguardo de la salud integral.

Así, entre las medidas principales —y a mero título ejemplificativo— se ha resuelto la reafiliación a la obra social de la persona con discapacidad;[93] se han obviado los límites internos de cobertura alegados por las empresas; y se ha ordenado la provisión de lugar de alojamiento para la externación,[94] entre otras.

ARTÍCULO 35.- ***Entrevista personal.*** ***El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.***

1. Introducción

La inmediación exigida por el artículo se funda en la situación de vulnerabilidad de la persona sujeta al proceso, en función de su padecimiento. Se relaciona con el objetivo de garantizar el derecho de acceso a la justicia (art. 18 CN; arts. 8° y 25 CADH; Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad;[95] art. 13 CDPD).

La CDPD establece la obligación de asegurar "*que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás, incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*" (art. 13).

Las Reglas de Brasilia, por su parte, imponen el compromiso de "*establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación*" (Regla 8). En efecto, las Reglas consideran persona en situación de vulnerabilidad a aquellas personas que, en razón de su discapacidad, encuentran especiales dificultades para hacer valer sus derechos ante el sistema de justicia.

(93) CNac. Civ. y Com., Sala 3, "Giorsetti Domingo Ricardo y otro c/ Dirección de Bienestar de la Armada s/ amparo", 17/03/2009, elDial.com - AF4600; CNac. Civ. y Com., Sala 3, "Guido Jorge Luis c/ Obra Social de Gas del Estado y otros s/ incidente de apelación de medida cautelar", 25/03/2010, elDial.com - AF4482; ídem, Sala 1, "Diaz Elizabeth Macarena c/ Ospit s/ incidente de Apelación de medida cautelar", 23/03/2010, elDial.com - AF447E.

(94) JCont., Adm. y Tribut. N° 13, "Asesoría tutelar general de la CABA c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)", 12/03/2009, Expte. N° 33253/0 , *elDial.com* - AA50D7.

(95) CSJN, Acordada 5/2009; XIV Cumbre Iberoamericana, Brasilia, 4 al 6 de marzo de 2008.

Infojus

El acceso a la justicia se vincula con las obligaciones de respeto y garantía del principio de no discriminación; así, como ha señalado la Corte IDH, "*para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses*".[96]

2. Interpretación

2.1. El principio de inmediación en el proceso de restricciones a la capacidad

La inmediación fue concebida en los Códigos Procesales como un acto procesal aislado, un "momento" a cumplir previo al dictado de la sentencia. El CCyC habla de la inmediatez "*durante el proceso*", como una acción continuada para la participación directa de la persona. Así, la inmediación sería el género y la entrevista personal, una especie en ella.

El conocimiento directo, no solo permite al juez la comprensión de la situación de la persona y de sus habilidades, aptitudes y necesidades; también viabiliza el derecho a ser oído. Permite conocer las diversas necesidades de la persona durante el proceso y habilitar, por ejemplo, el dictado de decisiones cautelares en resguardo de sus derechos.

La efectividad de la entrevista personal se garantiza mediante los requisitos de accesibilidad y ajustes razonables. En consonancia con el art. 13 de la CDPD, que prevé el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, el Código destaca la accesibilidad para la participación plena y efectiva en los procesos judiciales, esto se materializa mediante los ajustes razonables. En primer lugar, debe tomarse en consideración las particularidades de la situación concreta de cada persona con discapacidad. Así, para el caso de discapacidad visual se debe considerar que no todas las personas con esta discapacidad leen Braille, los grados de deficiencia visual son variados, la pérdidas de visión ocurren en diferentes momentos de la vida de una persona, y cada una de estas particularidades requiere de un sistema de apoyos diferente. De igual modo sucede con la discapacidad auditiva, ya que no todas las personas se comunican mediante Lengua de Señas, no todas realizan lectura labial y no todas se comunican mediante la lecto-escritura, y la pérdida de audición acontece a diferentes edades, determinándose el tipo de comunicación requerida para su ajuste. En casos de discapacidad intelectual, la comunicación también debe adecuarse a las circunstancias particulares de las personas. El juez debe contar con dispositivos de apoyos técnicos a través de equipos interdisciplinarios que deben ser provistos por el Estado.

Si bien restringido al supuesto de las personas internadas, en el caso "Duarte" la CSJN ha dicho que "*resulta imperioso —atento su vulnerabilidad y desprotección—, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección*" (consid. 3).[97]

2.2. Obligación de imprimir ajustes razonables

Las personas con discapacidad se enfrentan con diversas barreras al momento de acceder al proceso y, más ampliamente, al ámbito judicial para cualquier fin. Desde las barreras de tipo visual —arquitectónicas, por ejemplo—, hasta aquellas relacionadas con el proceso

(96) Corte IDH, "Caso Furlán y Familiares vs. Argentina" (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), 31/08/2012, párr. 268.

(97) CSJN, "Caso Duarte", 05/02/2008, consid. 3; CSJN, "Tufano, R. A. s/ internación", 27/12/2005.

de comunicación con los interlocutores judiciales e información que debe recibir la persona con discapacidad —piénsese en la inexistencia, por ejemplo, de notificaciones en sistema Braille cuando resulte necesario; la falta de capacitación de los operadores (en particular, de los equipos técnicos de los juzgados) en el lenguaje de señas; la no adecuación de las resoluciones judiciales a un lenguaje de fácil lectura y entendimiento para un verdadero acceso a la justicia, etc.—; las barreras actitudinales —acciones de los operadores intervinientes— y el abordaje de la comunicación con la persona con discapacidad; la inexistencia de medios, formas o formatos adecuados a través de los cuales las personas con discapacidad puedan expresar sus opiniones y preferencias; la falta de normas procesales expresas relativas a su derecho a comparecer en el proceso con patrocinio propio; y, finalmente, el reconocimiento del más amplio y pleno carácter de parte de la persona con discapacidad en el proceso en que se determina el alcance de su capacidad jurídica. A cubrir estas falencias apunta la regulación del CCyC.

Como muestreo de la realidad, en esta cuestión nos interesa incluir los resultados extraídos del Informe de "Sondeo sobre el régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica y el acceso a la justicia de las personas con discapacidad",[98] sobre una encuesta realizada en el ámbito del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, con el apoyo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (resolución 710/2012).[99] Es de interés citar los datos recabados en relación a las respuestas dadas por los operadores entrevistados, según las cuales se piensa que, con la integración de personas discapacitadas "los procesos judiciales serán más largos y complicados"; que estas "no comprenden los procedimientos y términos jurídicos" y que "no pueden aportar pruebas"; que habría que "exigir que solo actúen mediante representación" y "obviar la presencia de la persona con discapacidad prefiriendo dirigirse a un tercero", entre otras. En cuanto a la **accesibilidad arquitectónica**, de los ámbitos relevados, un 3,33% cuenta con mobiliario adecuado para la atención de personas con discapacidad, en tanto un 96,67% no cuenta con mobiliario adecuado. Un 68% de los encuestados cuenta con rampas en sus reparticiones, mientras que un 32% carece de ellas. Un 66,06% cuenta con ascensores idóneos para el ingreso de personas con discapacidad, en tanto un 33,94% no. Un 72,46% consideró que sus espacios de circulación y atención al público no son adecuados y que constituyen obstáculos para la circulación de las personas con discapacidad, en tanto un 27,54% los considera aptos. Un 16,67% cuenta con medios informáticos y comunicaciones digitales, y el 83,33% restante, no. Respecto a la **accesibilidad comunicacional**, solo 4 reparticiones representativas de un 1,38% cuenta con recursos comunicacionales tales como intérpretes de lengua de señas o métodos de lectura para personas con discapacidad visual; el mayor porcentaje de respuestas recibidas, equivalente a un 92,73% manifestó no contar con intérpretes ni métodos de lectura para personas ciegas ni intérpretes de lengua de señas. En cuanto a la inmediatez entre titulares de dependencias y personas con discapacidad, un 46,37% expresó haber tenido ese contacto y un preocupante 45,33% carece del mismo.

(98) Jorge, Emiliano J., "Informe del Sondeo sobre el Régimen legal para el ejercicio de la capacidad jurídica y acceso a la justicia de las personas con discapacidad (Primera parte)", en *Discapacidad, Justicia y Estado. Discriminación, estereotipos y toma de conciencia*, n° 2, Bs. As., Ediciones Infojus, 2013, p. 199 y ss.

(99) El Programa Nacional de ADAJUS, perteneciente a la Secretaría de Justicia de la Nación, lleva adelante esta encuesta dirigida al Poder Judicial de las distintas provincias argentinas, con el fin de conocer y evaluar todas las circunstancias que hacen al efectivo acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Esta aproximación incluye el resultado presentado por un total de 288 organismos del Poder Judicial provincial, que representan a un 27% del total.

La CDPD establece la obligación de adoptar las "*medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones…*" (art. 9°). Y la obligación de asegurar "*que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en condiciones de igualdad con las demás, incluso mediante ajustes de procedimientos y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares*" (art. 13 CDPD).

La participación de la persona con discapacidad en el proceso exige delinear aquellos ajustes razonables al proceso que resultarán necesarios para su real inclusión y ejercicio de derechos procesales. Por "*ajustes razonables*" se entienden "*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*" (art. 2° CDPD).

Existe una clara relación entre la adopción de ajustes razonables y la realización del propósito de igualdad y no discriminación: en efecto, "*a fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables*" (art. 5°.3). El ajuste razonable es así una adecuación o ajuste "a medida" de la persona, dirigido a que esta pueda ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. Son aquellas medidas destinadas a adaptar el entorno a las necesidades específicas de ciertas personas, que, por diferentes causas, se encuentran en una situación especial, que no ha podido ser prevista a través del diseño universal que es la regla más "macro" en materia de discapacidad (art. 2° CDPD).

Es función del juez del proceso diseñar aquellos ajustes de procedimiento de un modo permeable y amoldable a la práctica y, en cada caso concreto, de un modo apropiado y artesanal. Así, mecanismos rituales clásicos, tales como la notificación de las resoluciones —por ejemplo, del auto de apertura del proceso— deberían verse adaptados a la necesidad de que la persona con discapacidad comprenda la información recibida y así pueda asegurarse la eficacia del acto procesal y la debida tutela del derecho de defensa y participación procesal "*en igualdad de condiciones que las demás personas*". Así lo establece el art. 31, inc. c) CCyC, al establecer el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión, especificando condiciones en el ámbito de la accesibilidad comunicacional; el art. 32, párr. 2, que refiere a la regulación del apoyo "*con los ajustes razonables en función de las necesidades de la persona*" y el último párrafo del mismo artículo, al incluir dentro del presupuesto que habilita la valoración de la incapacidad la exigencia de que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad "*por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz*". El art. 43 refiere también a una de las funciones de las medidas de apoyo, la accesibilidad comunicacional, con vistas a"*facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos*". Se advierte entonces la preocupación de la Comisión de Reformas en lograr que las personas sujeto de proceso de determinación de capacidad no sufran la restricción a sus derechos a la participación, acceso y comunicación como consecuencia de barreras y ausencia de accesibilidad.

2.3. El derecho de defensa. Participación del Ministerio Público y asistencia letrada

La norma en comentario involucra la modificación de todas aquellas reglas provinciales que aparezcan incompatibles, por ejemplo, las que establezcan la entrevista personal como facultad y no deber del juez.

La audiencia de contacto con el Magistrado exige la participación del Ministerio Público en razón de su carácter de representante de los derechos de la persona con discapacidad (art. 103 CCyC). La participación del Ministerio Público ha sido elevada a un estándar convencional por la Corte IDH, al afirmar que "*en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas*".[100]

Ambos recaudos exigidos por el artículo, la participación del Ministerio Público y la asistencia letrada constituyen garantías durante todo el proceso, no obstante se refuerza su valor en el momento esencial de la audiencia que realiza el principio de inmediación en su máximo punto. En el caso de carecer la persona de letrado, el Estado debe proporcionarle uno en forma gratuita (art. 31, inc. e) CCyC).

ARTÍCULO 36.- ***Intervención del interesado en el proceso. Competencia.*** *La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa.*

Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio.

La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados.

1. Introducción

El CCyC regula en este artículo la actuación concreta de la persona interesada, es decir, aquella sobre la que se ha interpuesto solicitud de declaración de restricciones a la capacidad.

Le otorga un concreto carácter de parte, calificativo tal que exime respecto a la necesidad de detallar todos los actos que la persona puede ejecutar, ya que podrá llevar adelante todos aquellos que son reconocidos por los ordenamientos procesales a quien reviste dicha calidad.

No obstante, la norma insiste en la facultad de la persona de "*aportar todas las pruebas que hacen a su defensa*", locución con la que se pretende señalar la inexistencia de restricciones a toda aquella prueba —por supuesto, pertinente y conducente— que la persona ofrezca en defensa de su capacidad.

Asimismo, el CCyC fija la regla de competencia signada por el mencionado principio de inmediación, correspondiendo al juez del domicilio o lugar de internación de la persona.

(100) Corte IDH, "Caso Furlán y familiares vs. Argentina", 31/08/2013.

Infojus

Finalmente, impone la designación de abogado en favor de la defensa de la persona, lo que procede incluso de oficio si ésta no ha designado letrado de confianza.

2. Interpretación

2.1. Principios aplicables al proceso

Conforme el panorama convencional de derechos humanos que, por las razones que ya hemos explicitado, impacta ineludiblemente en los diseños procesales locales, pueden delimitarse ciertos principios o estándares básicos que rigen las intervenciones y las prácticas en la materia, a saber:

- la persona puede ejercer todos sus derechos con la sola excepción de los que resulten restringidos en la sentencia a dictarse; este ejercicio incluye todos los actos procesales válidamente reconocidos a cualquier litigante;
- para garantizar el ejercicio de los derechos por la persona durante el proceso, debe diseñarse un sistema de apoyo o asistencia claro durante el mismo;
- no puede efectuarse diagnóstico en el proceso exclusivamente desde la base de una evaluación médica; todas las intervenciones son interdisciplinarias y ellas no deben estar dirigidas exclusivamente a probar una condición mental;
- las internaciones de una persona por causa de salud mental no constituyen antecedente ni fundamentan presunción de incapacidad al momento de resolver;
- la restricción a la capacidad mediante sentencia debe ser objeto de revisión periódica, previo examen interdisciplinario, lo cual constituye una garantía expresa del proceso;
- la restricción a la capacidad jurídica exige un proceso justo constitucional en el que a la persona con discapacidad afectada se le reconozca su carácter de parte; se garantice su derecho de defensa con debido patrocinio letrado —designado por el Estado si la persona carece de medios—, su facultad de ofrecer y producir prueba, y de recurrir y de solicitar todas aquellas medidas que estime en su protección;
- el debido proceso exige, asimismo, la inmediación del juez de la causa quien no puede dictar sentencia hábil sin tomar contacto personal con la persona afectada.

2.2. Carácter de parte de la persona interesada

La calidad de parte de la persona sujeta a proceso no era reconocida en el CC. No obstante, había sido incorporado tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, fundado en la inviolabilidad del derecho a la defensa en juicio y pronunciándose a favor de la amplitud de sus facultades procesales.

Era, además, uno de los aspectos procesales que debían entenderse sustancialmente modificados en función del impacto de la CDPD. Desde el momento en que esta Convención entiende a la discriminación a cualquier persona por razón de su discapacidad como una vulneración de la dignidad y valor inherentes del ser humano, afirmar la exclusión de una persona de las garantías centrales al debido proceso —como las de ser parte, ofrecer prueba y efectuar defensa—, importa clara discriminación. Recordamos que a partir de la CDPD los Estados firmantes se han comprometido a "*Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*" (art. 4, inc b) CDPD).

Es así que la persona cuya capacidad está siendo juzgada —quien resulta, indudablemente, la protagonista del proceso— debe gozar del derecho a ejercer en él las garantías propias del debido proceso legal: comparecer, acceder a la justicia, proponer defensas y pruebas, participar en verdadero carácter de parte. Ello, en la medida en que la realización del derecho humano a la capacidad jurídica contemplado en el art. 12 CDPD exige: "*Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas*". A efectos de tornar realidad esta exigencia, resulta imprescindible dar lugar a la participación de la persona en el proceso.

2.3. Competencia

A los fines de determinar la competencia en los procesos de determinación de la capacidad, la norma establece dos pautas: el domicilio o el lugar de internación, según corresponda.

Esto importa una evaluación previa que ha efectuado el legislador, respecto a cuál es el magistrado que se encuentra en mejores condiciones de proteger y preservar la situación de la persona, amén que satisface la inmediatez del tribunal, de los auxiliares de la justicia, del Ministerio Público y del curador, para poder cumplir con su finalidad.[101]

Al determinar el juez competente teniendo en cuenta el domicilio real actual de la persona, se cumple con el principio constitucional de la tutela judicial efectiva. El juez podrá adoptar todas las medidas necesarias tendientes a resguardar a la persona y su patrimonio, y asegurar que se efectivicen de manera urgente (arts. 9° y 13 CDPD; art. 25 CADH).[102]

Como efecto de esta solución deben entenderse inaplicables las regulaciones provinciales que conserven una pauta contraria.

2.4. Asistencia letrada

La persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso judicial tiene derecho a participar en él con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios (art. 31, inc. e) CCyC). Dicho derecho debe ser garantizado por el juez en la primera oportunidad procesal; por ello, si la persona comparece sin abogado, debe nombrársele uno de inmediato, a fin de que le represente y preste asistencia durante todo el proceso.

La figura difiere claramente de la función reconocida tradicionalmente al curador *ad litem* —quien actúa en función de obtener la sentencia que, en su entender y conforme el mejor

(101) SCBA, "N., N. E. s/ Insania-Curatela", 17/08/2011, C 109.819, en *JUBA* B3901123.

(102) SCBA, Rc 117493, "A. , S. P. Insania", 11/03/2013; Rc 117755, "M., E. D. Internación", 20/03/2013; Rc 117754, "A., M. M. Insania y curatela (36)", 20/03/2013; 117753,"R., E. F. Insania y curatela (36)", 20/03/2013; Rc 114959, "R., R. O. Insania y curatela", 17/04/2013; Rc 118212, "P., A. G. Insania y curatela", 21/08/2013, fuente de base: JUBA B3901125.

Infojus

interés de la persona, satisfaga en mejor medida sus intereses, pudiendo pronunciarse en favor de la restricción de la capacidad de la persona aunque esta se oponga—. El abogado, en cambio, debe seguir como cualquier letrado patrocinante los intereses y deseos de la persona, en el marco del ejercicio profesional y según las reglas del art. 31 CCyC.

ARTÍCULO 37.- ***Sentencia.*** *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.

1. Introducción

A tono con el modelo social de la discapacidad, las normas de la CDPD y la ley nacional 26.657, el CCyC inhabilita la posibilidad de declaración de incapacidad civil o de sus restricciones como consecuencia del solo diagnóstico de discapacidad. En la valoración judicial, el diagnóstico es solo uno de los aspectos considerados, debiendo centrarse la actividad de ponderación en la situación contextual de la persona y en la existencia de apoyos y ajustes que permitan el ejercicio personal de sus derechos —"*recursos personales, familiares y sociales existentes*"—.

2. Interpretación

Así, debe entenderse que cuando el artículo habla de "*diagnóstico y pronóstico*" no está requiriendo una evaluación médico psiquiátrica sino la toma en consideración del examen interdisciplinario —art. 31, inc. c) CCyC; ley 26.657—. Por ende, la sentencia no debe fundarse en una evaluación médica y su diagnóstico, sino que el diagnóstico y pronóstico resulta contextual e interdisciplinar.

La referencia a la "*época en que la situación se manifestó*" alude a la situación global, contextual, de la persona y guarda relación con el régimen de nulidades de los actos jurídicos —que, a continuación, el CCyC también regula—, a los fines de ponderar la eventual nulidad en función del carácter ostensible o no de la condición mental a la época de la celebración del acto jurídico (art. 44 y ss. CCyC).

El régimen de protección, finalmente, tiene en cuenta el objetivo central del proceso, que es la promoción de la autonomía de la persona y el ejercicio personal de sus derechos, a cuyo fin se regula la designación de figuras de apoyo (art. 43 CCyC).

Por último, se califica al dictamen interdisciplinario como "*imprescindible*". Como dijimos, es la regla del derecho vigente y de las normas internacionales, como establece la ley 26.657. Remitimos al comentario efectuado en relación a esta exigencia.

ARTÍCULO 38.- ***Alcances de la sentencia.*** *La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo*

o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación.

1. Introducción

¿Cuál es la consecuencia de la restricción a la capacidad? Ya no la designación de un curador sustituto. El nuevo sistema exige que al momento de la sentencia que eventualmente involucre la restricción para la realización de determinados actos, el juez designe a la/las persona/s o redes de apoyo que posibiliten y asistan a la persona en el ejercicio de su capacidad.

El CCyC sigue la línea imperativa de la CDPD, en pos del control de convencionalidad obligado de las normas internas. La CDPD marca que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, no que precisan reemplazo y exclusión. Por el contrario, nuestra legislación civil tradicional fue de corte asistencialista: con la asunción de la representación de otros a los que no se consulta ni se hace partícipes; estos eran lisa y llanamente sustituidos "por su bien", para protegerlos, asumiéndose que un "otro" puede tomar las mejores decisiones.

La CDPD, por el contrario, exige apoyo a la persona para el ejercicio de su capacidad, de las propias aptitudes, acorde al respeto de la dignidad personal. Impone el cambio del paradigma de sustitución de la voluntad al basado en la toma de decisiones con apoyos y salvaguardas —art. 12 CDPD—. El modelo sustitutivo y representativo puro es inadmisible.

2. Interpretación

El perfil de la CDPD emerge claramente de su art. 12, al que ya se ha hecho varias referencias: la norma reconoce la personalidad jurídica de la persona con discapacidad (punto 1) y su capacidad jurídica en igualdad de condiciones en todos los aspectos de la vida (punto 2), al tiempo que obliga a los Estados partes a brindar los **apoyos** que pudieran necesitar para ejercer esa capacidad jurídica (punto 3). Más aún, prevé que deberá asegurarse que las **salvaguardas** que se establezcan y las restricciones que se impongan en el uso de la capacidad "*respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*", aseguren que no haya una "*influencia indebida*", sean "*proporcionales y adaptadas*" a las circunstancias del caso, se apliquen por el "*plazo más corto posible*" y estén "*sujetas a exámenes periódicos*". El cambio de paradigma es evidente.

El art. 4° CDPD obliga a los Estados partes a "*tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*". En este sentido, la modificación legislativa resulta un primer paso sustancial —que, por su parte, debe ir acompañada de capacitación adecuada y formación a los fines de modificar patrones de conducta fuertemente instalados, en un tono acorde con los cambios incorporados—.

El reclamo por las modificaciones legislativas —inevitables, luego de la ratificación del tratado—, fue resaltado en el "Estudio de Naciones Unidas para la aplicación de la Convención"[103] en el que se lee, en forma contundente: "*Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad*

(103) [En línea] www2.ohchr.org/english/issues/disability/docs/A.HRC.10-48_sp.doc

Infojus

jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2do. del artículo 12".

Pero la necesidad de modificaciones no solo se generó en el espacio de las normas locales internas: el propio escenario internacional sufrió la conmoción propia del dictado de la CDPD, al momento en que las normas de diversos sistemas —interamericano y universal— se mostraron en colisión. En efecto, el Comité para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad[104] debió pronunciarse en relación al tratado del sistema interamericano, Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEDPCD), ya que el art. 1°.2 inc. b) de esta última Convención aparece en contradicción con las normas incorporadas en la Convención de Naciones Unidas.

En efecto, el art. 1°.2, inc. b) CIEDPCD sostiene que "*… no constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado parte a fin de promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad (…) En los casos en que la legislación interna prevea la figura de la declaratoria de interdicción, cuando sea necesaria y apropiada para su bienestar, esta no constituirá discriminación*".

El Comité de Naciones Unidas exigió entonces la modificación de la Convención Interamericana en este aspecto y la adopción del criterio que aquí sienta como pauta de interpretación para los Estados partes.

El Comité afirmó que la interdicción sí constituye discriminación y que debe eliminarse el régimen de curatela, que es también discriminatoria, por basarse en que las personas con discapacidad "*… para gozar de una representación legal deben ser declarados interdictos o insanos*". En este sentido, el Comité se apoya en lo dispuesto por el art. 2° CDPD, que establece "*por discriminación por motivos de discapacidad se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el (…) efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos políticos, económico, social, cultural, civil o de otro tipo*".

El Comité sugirió encontrar un modelo de representación ajeno a la insania o la interdicción. Afirma que la interdicción y curatela deben ser revisadas conforme el art. 12 CDPD y que el art. 1.2, inc. b) CIEDPCD guarda una seria contradicción con aquel. Finalmente, instó a los Estados a reconocer la capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, independientemente de su tipo y grado, y a iniciar en el más breve plazo un proceso de sustitución de la interdicción, curatela o cualquier otra forma de representación que afecte la capacidad jurídica, por un mecanismo de toma de decisiones con apoyo.

Como consecuencia de este imperativo, y siguiendo el control de convencionalidad ya referido, la modificación legislativa imperativa debía erradicar la incapacidad como solución genérica en nuestro país, a cuyo fin se aproximó el primer intento de la ley 26.657 con la incorporación del art. 152 ter CC, alternativa que resultó insuficiente.

.....

(104) Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, "Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y sobre la necesidad de interpretar el art. 1.2, inc. b) *in fine* de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", 01/05/2011, CEDDIS/Res.

2.1. Efectos de la declaración de restricción a la capacidad. Sistema de apoyos

La denominación "apoyos" constituye un término general, a partir del cual cada Estado debe determinar el contenido a imprimir desde su ordenamiento jurídico, con la salvedad de no admitir modelos contrarios al convencional (art. 12 CDPD).

El carácter de instrumento internacional de la CDPD, la diversidad jurídica y cultural entre sus países signatarios y la pretensión de ratificación por todos ellos, impidieron determinar la "traducción legal" de estas medidas de apoyo, tarea que cabrá a cada Estado en su ordenamiento. La Convención emplea fórmulas lo suficientemente genéricas, no imponiendo determinadas instituciones. Es decir, ella no define ni regula el sistema de apoyos; establece el marco para que cada Estado genere un sistema acorde al universal.

El mecanismo asistencial de apoyo no-sustitutivo es postulado por la CDPD incluso para las personas con mayor necesidad de sostén. Así, aun las personas con mayor necesidad de apoyo quedan incluídas en el reconocimiento de su personalidad y capacidad jurídica.(105)

Ahora bien, ¿qué significa una "figura de apoyo" en términos de la CDPD? Ella recepta el término "apoyo" de modo genérico, en relación al ejercicio de otros derechos —amén de la capacidad—, y refiere a los apoyos como un mecanismo de ejercicio de derechos humanos en general (Preámbulo CDPD). Así, las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona con discapacidad. El apoyo es la herramienta; el fin es "*la libertad de tomar las propias decisiones*", que excede el ámbito puramente jurídico (art. 3° CDPD).

Hablar de apoyos implica reconocer la capacidad jurídica, la autonomía, contar con medios alternativos de comunicación, permitir la toma de decisiones asistidas respecto a cuestiones personales.

Este apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos, desde el prestado por la familia especialmente preferido —arts. 4°, 5° y 23 CDPD— al asistencial en sus diversas áreas —personal, económico, social, de salud, educación y, finalmente, jurídica—.

Los apoyos constituyen ajustes "a medida". Por eso la Convención no enumera sus clases y formas; aunque sí impide los sistemas representativos clásicos, incluso en relación a quienes necesitan un soporte más intenso. Justamente en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades. Cómo se ejerza tal apoyo se determinará en función de cuánto se limite o gradúe la asistencia —no la capacidad—.

Aún en los casos más graves, donde la voluntad es casi inexistente o el discernimiento ausente, si bien resultará difícil un modelo de asistencia puro, deben aplicarse los principios de la CDPD, para que cuando una decisión deba tomarse "en nombre" de la persona, ello se funde en la situación concreta que le imposibilita la expresión de voluntad y no su discapacidad en sí, abstractamente considerada. En efecto, el CCyC prevé incluso la posibilidad de que el apoyo deba ejercerse en determinados supuestos —actos en representación—, lo que no modifica la naturaleza asistencial general de la figura de apoyo.(106)

(105) "Primera reunión extraordinaria del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad", San Salvador, 4 y 5 de mayo de 2011.

(106) Art. 101 CCyC: *"Son representantes (…) c) de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos..."*.

Infojus

En síntesis, el sistema requiere elaborar definiciones artesanales o "trajes a medida" en las sentencias judiciales. De tal modo, es necesario diferenciar entre diversos tipos de apoyo: para actos jurídicos negociales, para actos ordinarios de la vida común (viajar, asociarse a un club, aun para pequeños contratos de la vida doméstica), para el ejercicio de actos personalísimos (votar, o más ampliamente, ejercer derechos políticos, celebrar matrimonio, ejercer la responsabilidad parental). Es que cuando el CCyC regula si una persona puede comprar, disponer, administrar, casarse, votar, ejercer su paternidad, no estamos solo ante derechos particulares sino ante el ejercicio de derechos fundamentales. Y, desde la inherencia personal de estos derechos, las decisiones no pueden ser tomadas sin la opinión ni actuación de su titular. Así, en materia de derechos personalísimos, el art. 23 CDPD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno. En este sentido se ha reconocido el ejercicio de la responsabilidad parental y el derecho al voto por parte de la jurisprudencia.

Hablar de apoyos supone la implementación de un sistema complejo que no solo requiere reformas legales, sino también una acción política del Estado que garantice educación, recursos financieros, entre otros. El cambio no consiste simplemente en reemplazar el nombre de curatela por "persona de apoyo" en las legislaciones nacionales.

Ahora bien, en la época previa a la sanción del CCyC, ¿en qué situación se hallaba nuestro país en relación a la instrumentación de sistemas de apoyo? El primer informe presentado por Argentina ante la ONU sobre seguimiento y aplicación de la CDPD, afirmó que "*el régimen legal aplicable a personas declaradas dementes e inhabilitados (…) no se adecua a (…) los estándares internacionales de derechos humanos en tanto no adscribe a un sistema de apoyo en la toma de decisiones sino que postula la sustitución de la voluntad mediante la subrogación (…) por medio del representante legal (…) el marco legal vigente restringe la plena capacidad jurídica por razón de discapacidad*".[107]

Así, y de la mano del principio de capacidad y la excepcionalidad de las restricciones, aparece la regulación de los apoyos incorporados al CCyC. En la nueva legislación se establecen las condiciones y requisitos de la figura de apoyo, su objetivo, la promoción de la autonomía de la persona y su exigencia central: el apoyo debe respetar los derechos y voluntad de la persona, y estar sujeto a control judicial, salvaguardia adecuada ante conflicto de intereses.

Resaltamos también la función esencial que cabe reconocer al Ministerio Público, siendo su misión fundamental la representación del interés de la persona con discapacidad, como contralor de las medidas de apoyo adoptadas. También como receptor de denuncias sobre actos abusivos o perjudiciales a los derechos de estas personas.

Las medidas de apoyo deben recibir revisión periódica. Pueden solicitarse por la propia persona, su familia y Ministerio Público.

ARTÍCULO 39.- ***Registración de la sentencia.*** ***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.***

(107) Presidencia de la Nación/CONADIS/INADI, "Primer Informe General de la República Argentina sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", p. 42.

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.

Desaparecidas las restricciones, se procede a la inmediata cancelación registral.

1. Introducción

La registración de la sentencia que dispone restricciones a la capacidad y/o declara la incapacidad guarda relación con la oponibilidad a terceros de dicha declaración. Ello es sustancial a los fines del régimen de nulidades también regulado en el CCyC.

2. Interpretación

La sentencia que estableció restricciones a la capacidad debe inscribirse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Los arts. 88 y 89 de la Ley Orgánica Nacional del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas —ley 26.413— regulan la cuestión. Dispone el art. 88 que la incapacidad "*Se inscribirá en un libro especial que se llevará en la dirección general todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas*" y agrega el art. 89 que "*Sin perjuicio de lo dispuesto por leyes de fondo de la Nación, los actos mencionados en este capítulo no producirán efectos contra terceros sino desde la fecha de inscripción en el registro*".

El régimen es así coherente. Por su lado se advierte que la ley nacional, más allá de que su Capítulo XVII lleve el Título "Inscripciones de las incapacidades", tiene dos artículos (los arts. 88 y 89) que hablan de *"todo hecho o acto jurídico que modifique la capacidad de las personas*". Es decir, la ley se evidencia coherente con la situación de restricción de capacidades, más allá que ella no era un supuesto posible en la época de su sanción (2008).

En relación al régimen de restricciones a la capacidad, el art. 43 *in fine* CCyC dispone que la resolución que establece las medidas de apoyo debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, solo en caso "*de ser necesario*".

Siguiendo la línea interpretativa integrativa que exige el art. 2° CCyC, los arts. 32, 38 y 49 imponen la designación de medidas de apoyo tras la decisión de restricción a la capacidad. Sin embargo, no todas las medidas de apoyo requieren inscripción; ello dependerá de cuáles son los actos restringidos y la función del apoyo. Así, por ejemplo, sí lo será una sentencia que restrinja actos patrimoniales de disposición, que deberá inscribirse en los registros pertinentes a los fines de la oponibilidad a terceros y en relación a los actos jurídicos respectivos, que deberán practicarse siguiendo las condiciones establecidas en la sentencia, bajo pena de nulidad.

Sin embargo, con el enunciado general de la Ley Nacional de Registro de las Personas parecería necesario concluir que la sentencia en estos casos resultará inscripta.

ARTÍCULO 40.- ***Revisión.*** ***La revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado. En el supuesto previsto en el artículo 32, la sentencia debe ser revisada por el juez en un plazo no superior a tres años, sobre la base de nuevos dictámenes interdisciplinarios y mediando la audiencia personal con el interesado.***

Infojus

Es deber del Ministerio Público fiscalizar el cumplimiento efectivo de la revisión judicial a que refiere el párrafo primero e instar, en su caso, a que ésta se lleve a cabo si el juez no la hubiere efectuado en el plazo allí establecido.

1. Introducción

Tradicionalmente, el modo de procurar la revisión de la sentencia originaria que declaraba la insania o inhabilitación de la persona fue el proceso de rehabilitación, por medio del cual se perseguía un objetivo único y lineal: la restitución a la plena capacidad jurídica. De tal modo, solo en caso de contarse con la posibilidad, fundamentos y pruebas suficientes para provocar el dictado de la sentencia de rehabilitación, procedía un nuevo examen de la situación originariamente declarada —que, en el anterior sistema, se delineaba principalmente en torno de la incapacidad, a excepción del último y más reciente tiempo con el impacto del art. 152 ter CC y la jurisprudencia precursora—. No estaba previsto, al menos legalmente y en forma expresa, la posibilidad de revisión de la sentencia a efectos de ajustar lo oportunamente dictado a las condiciones actuales —más o menos favorables, según el caso— de la persona.

Esta posibilidad fue incluida por la ley 26.657 (LSM), si bien con ciertos reparos, tal como a continuación sintéticamente señalamos.

2. Interpretación

Como anticipamos, la ley 26.657, tras establecer como principio que el padecimiento mental de una persona no debe considerarse un estado inmodificable, introdujo un verdadero derecho a la revisión de las sentencias dictadas, al incorporar el art. 152 ter al CC. Este reza: "*Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible*".

La interpretación de la norma dio lugar a variadas posturas en relación a la eventual caducidad automática de la sentencia primeramente dictada, prevaleciendo la hermenéutica acorde al espíritu de la norma, que consiste en interpretarla como una exigencia de revisión en el plazo indicado, pero que no importa caducidad, bajo riesgo de dejar a la persona expuesta a estado de mayor desprotección. El término de tres años previsto en la norma debía interpretarse en el sentido de obligar la revisión de la sentencia dictada dentro de ese plazo, a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecuaba a las actuales circunstancias.

El CCyC mejora la redacción: así, el artículo en comentario establece que "*la revisión de la sentencia declarativa puede tener lugar en cualquier momento, a instancias del interesado*".

Se introduce en forma expresa la posibilidad de revisión en cualquier momento —aun previo a los tres años— en favor del acceso a la justicia por la propia persona y del derecho a la defensa de su capacidad jurídica.

Esta facultad, a su turno, se relaciona con el carácter de parte que el CCyC reconoce al interesado en el art. 36.

El art. 40 CCyC habla de "*sentencia declarativa*", lo que resulta coherente con el criterio interdisciplinario propuesto por el Código al entender a la sentencia como declarativa de una situación contextual preexistente, y como algo dinámica y no estática, lo cual posibi-

lita entonces su revisión y modificación acorde el cambio de las circunstancias originarias en relación a la persona.

La exigencia de revisión es coherente con la concepción interdisciplinaria de la salud mental, así como con el modelo social de la discapacidad (CDPD), al tiempo que se erige contraria a la regulación civil tradicional, que ha entendido a la incapacidad desde un concepto biológico-jurídico, consecuencia del cual la modificación de la sentencia originaria solo podía habilitarse en caso de "recuperación": con la rehabilitación.

La norma reformada, en cambio, regula un concreto derecho de revisión, a resultas del cual, por supuesto, puede derivar la rehabilitación de la persona —en términos más acorde, debe decirse "la restitución plena de su capacidad"—, pero no es requisito la comprobación de un determinado estado diverso al originario, ni es necesario invocar ningún justificativo para motorizar esta revisión, siendo suficiente el solo derecho reconocido.

Por lo demás, la revisión no constituye un proceso nuevo sino, exactamente, una revisión de la sentencia dictada. Ello, previo examen interdisciplinario y revisión de las consideraciones y fundamentos tenidos en cuenta al momento de la sentencia originaria, a fin de mantener los estándares de justificación y proporcionalidad de la restricción.

La revisión de la sentencia es, además, un deber para el magistrado. Asimismo, es deber del curador instar dicha revisión; lo es también del Ministerio Público. En tanto que el tradicional proceso de rehabilitación es una facultad a promover por las personas interesadas —siendo posible que una sentencia, entonces, permanezca pétrea en el tiempo si nadie provocaba su modificación—, el artículo en comentario lo impone como deber del juez y del Ministerio Público en su control, amén de prever el derecho a la revisión por el interesado.

Como recaudo al nuevo dictamen interdisciplinario, el CCyC agrega la audiencia personal con el interesado, en forma coherente con el principio de inmediación que campea en la estructura procesal -sustancial incorporada a la norma de fondo.

ARTÍCULO 41.- ***Internación.*** *La internación sin consentimiento de una persona, tenga o no restringida su capacidad, procede sólo si se cumplen los recaudos previstos en la legislación especial y las reglas generales de esta Sección. En particular:*

a. *debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;*
b. *solo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;*
c. *es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;*
d. *debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;*
e. *la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.*

Toda persona con padecimientos mentales, se encuentre o no internada, goza de los derechos fundamentales y sus extensiones.

Infojus

ARTÍCULO 42.- ***Traslado dispuesto por autoridad pública. Evaluación e internación.*** *La autoridad pública puede disponer el traslado de una persona cuyo estado no admita dilaciones y se encuentre en riesgo cierto e inminente de daño para sí o para terceros, a un centro de salud para su evaluación. En este caso, si fuese admitida la internación, debe cumplirse con los plazos y modalidades establecidos en la legislación especial. Las fuerzas de seguridad y servicios públicos de salud deben prestar auxilio inmediato.*

1. Introducción

Se aborda el comentario en conjunto de estas dos normas que regulan los principios generales en materia de tratamiento de salud por internación y el recurso al traslado por autoridad pública en caso de riesgo cierto e inminente de daño, conforme además las especificaciones de la ley especial.

2. Interpretación

2.1. La internación involuntaria de la persona. Ley especial y CCyC

El CCyC incorpora normas concretas relativas a los derechos y garantías de la persona en condición de internación involuntaria por salud mental. Sin perjuicio de la regulación de la ley especial —ley 26.657— determinadas exigencias se han considerado de entidad tal como para ser incluidas en la norma de fondo, acorde el compromiso de derechos fundamentales de la persona en situación de internamiento.

Originariamente, la internación fue prevista por el Código de fondo —art. 482 CC—, siendo dicha normativa luego reformada a través de lo dispuesto por la LSM, ley 26.657. Con dicha modificación, el art. 482 pasó a decir: "*No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. 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. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad*".

El art. 152 ter eliminó la figura de la internación policial por razones de urgencia, sustituyéndola por los traslados dispuestos por autoridades públicas, dejando de lado la estigmatización propia de la intervención de la figura policial. Sin embargo, mantuvo confusiones relativas a las aclaraciones respecto a la persona declarada incapaz, con alguna suerte de asociación entre internamiento —tratamiento de salud— y restricciones a la capacidad jurídica.

El CCyC, en tanto, respeta la regulación específica que rige en nuestro país por ley 26.657. Como ley especial, esta resuelve las cuestiones relativas al internamiento voluntario e involuntario; más aún, la ley especial constituye la norma que reglamenta la atención integral en salud mental, de la cual el internamiento constituye uno de los posibles recursos terapéuticos —el excepcional y restrictivo—, si bien se centra y se hace

estricto el resguardo y contralor en esta cuestión en razón de la vulnerabilidad intrínseca a abusos que la situación genera y a la que expone a la persona.

El CCyC solo se ocupa de la cuestión, con buen criterio, en relación a dos aspectos: por un lado, establece los principios generales en favor de la persona en situación de internamiento **involuntario**; si bien reitera principios de la regulación especial, la insistencia es acorde al compromiso con los derechos humanos, manteniendo aquí la línea que sigue el CC —ya vista también en los principios generales del art. 31—; en segundo lugar, el art. 42 reformula y ajusta el art. 482 CC.

2.2. La internación de personas. Naturaleza y régimen legal aplicable

La ley 26.657 introdujo un giro radical en el abordaje de los tratamientos en salud mental, no solo en razón del ya referido paradigma de interdisciplinariedad, sino también al modificar, acorde con aquel principio y con la concepción del abordaje integral de la salud mental, el modo de determinación o decisión de las internaciones por razón de salud mental.

A partir de la vigencia de dicho régimen, la internación de las personas no puede ser ya ordenada judicialmente, produciéndose una verdadera desjudicialización de la cuestión, en el sentido en que el ingreso de una persona en el ámbito hospitalario para el tratamiento de su afección solo puede ser determinado por el equipo interdisciplinario sanitario, previa evaluación de la existencia de riesgo cierto e inminente —en el caso de las internaciones involuntarias— o previo consentimiento informado del paciente—en caso de internación voluntaria—.

De tal modo, a partir de la ley 26.657 no resulta ya legalmente válido que un juez ordene la internación de una persona a petición de persona interesada, mecanismo que solo es viable, por necesario, en caso de que las autoridades sanitarias se nieguen a recibir a la persona (art. 20 de la ley 26.657).

El rol de la justicia en este nuevo escenario es el control de la internación, que abarca el de su fundamentación o justificación, motivos legítimos, condiciones, duración y revisión periódica.

Según la ley nacional, las internaciones se clasifican en voluntarias e involuntarias, siendo el factor determinante la existencia del consentimiento de la persona y su mantenimiento durante la internación, pues cuando este se pierde, la medida se torna involuntaria. También se torna involuntaria como efecto del tiempo, la internación consentida en su origen, transcurrido el plazo predeterminado por la norma especial.

2.3. Tipos de internación

Como dijimos, la legislación de salud mental reconoce dos tipos de internación: voluntaria e involuntaria.

Con la primera, se valida el consentimiento informado de la propia persona respecto a su decisión de someterse a un internamiento como alternativa eficaz de tratamiento. El art. 16, inc. c) de la ley 26.657 dispone los recaudos que debe cumplir la internación: "*c) Consentimiento informado de la persona o del representante legal cuando corresponda. Solo se considera válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación, y se considerará invalidado si durante el transcurso de la internación dicho estado se pierde, ya sea por el estado de salud de la persona o*

Infojus

por efecto de los medicamentos o terapéuticas aplicadas. En tal caso deberá procederse como si se tratase de una internación involuntaria".

Corresponde, no obstante, aclarar que la sola prestación del consentimiento por el representante legal no es suficiente cuando la persona afectada no pueda expresarse con juicio y válidamente respecto de la cuestión; tal como dice la norma "*solo se considerará válido el consentimiento cuando se presta en estado de lucidez y con comprensión de la situación*". Así, el consentimiento expresado por el representante de la persona durante el curso de una descompensación, no exime a la internación del control judicial propio al internamiento involuntario.

Este consentimiento debe mantenerse durante toda la internación, pues permite a la persona "*en cualquier momento decidir por sí misma el abandono de la internación*". Si el consentimiento informado inicial, prestado en estado de lucidez, desaparece durante la internación, automáticamente esta debe considerarse involuntaria, cumpliéndose con los recaudos de los arts. 20 y ss. de la ley especial.

Por su parte, el factor temporal también modifica el carácter voluntario del internamiento, pues siempre que este se prolongue más allá de 60 días corridos, el equipo de salud a cargo debe comunicarlo al órgano de revisión creado por ley[108] y al juez, a fin de que este evalúe en un plazo no mayor de cinco días de ser notificado "*si la internación continua teniendo carácter voluntario o si la misma debe pasar a considerarse involuntaria, con los requisitos y garantías establecidas para esta última situación*" (art. 18 LSM).

En relación a la internación involuntaria —que es la decidida por el equipo de salud con posterior control judicial—, la LSM regula esta situación a partir del art. 20 y ss.

Las internaciones involuntarias proceden únicamente previa evaluación de equipo interdisciplinario sanitario, quien habrá de determinar, conforme su criterio profesional, la existencia de "*riesgo cierto e inminente para sí o para terceros*" (art. 20 LSM).

La ley 26.657 sienta un estándar primordial en relación al abordaje y al criterio con que deben ser evaluadas las internaciones por causa de crisis mental: "*La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado*" (art. 5° LSM). De este modo, la tradicional determinación de "peligro para sí o terceros" importa la **acreditación** mediante la evaluación técnica interdisciplinaria pertinente, de un **riesgo cierto e inminente**, en los términos de la nueva normativa —ley 26.657 y decreto 603/2013—, que debe ser acreditado con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas (art. 20 LSM), uno de los cuales debe ser necesariamente psicólogo o médico psiquiatra (art. 16 LSM). No alcanza así con el certificado expedido por un psiquiatra decidiendo una internación. La evaluación del riesgo es efectuada primigeniamente por el equipo de salud y, posteriormente, por el juez de control de la internación al momento de verificar la existencia de las condiciones legitimantes de su disposición a efectos de ratificar o no la misma (art. 21 y concs. LSM).

La internación involuntaria de una persona es una medida de carácter excepcional, ya que solo puede ser dispuesta cuando sea de temer que, usando su libertad, esta se dañe a sí mismo o a otros. Por hallarse en juego un derecho constitucional fundamental como

(108) En el funcionamiento actual, la Secretaría Ejecutiva a cargo de la Dra. María Graciela Iglesias, en la esfera de la Defensoría General de la Nación.

es la libertad personal, este carácter excepcional implica que solo se debe recurrir a ella en aquellos casos en que lo exija una necesidad de defensa individual o de terceros —es decir, una necesidad concreta real—, y en previsión probable de daño inminente.

Además de los requisitos comunes a toda internación, la de carácter involuntario exige, según la ley especial: "*a) Dictamen profesional del servicio asistencial que realice la internación. Se debe determinar la situación de riesgo cierto e inminente a que hace referencia el primer párrafo de este artículo, con la firma de dos profesionales de diferentes disciplinas, que no tengan relación de parentesco, amistad o vínculos económicos con la persona, uno de los cuales deberá ser psicólogo o médico psiquiatra. b) Ausencia de otra alternativa eficaz para su tratamiento. c) Informe acerca de las instancias previas implementadas si las hubiera*".

En este nuevo contexto, en el que la internación se admite y define en el ámbito sanitario, el rol del juez opera el control de legalidad del procedimiento, de la decisión internativa y de su mantenimiento, pudiendo sostener la internación aun en oposición del criterio del equipo interdisciplinario, claro está: en tanto cuente con otros informes que científicamente avalen su decisión.

A fin del ejercicio de este control, la internación involuntaria debe notificarse obligatoriamente en un plazo de 10 horas corridas[109] al juez competente y al órgano de revisión, debiendo agregarse a las 48 horas como máximo todas las constancias previstas en el art. 20 de la ley.

El control judicial, como dijimos, es de **legalidad y razonabilidad** de la internación, y su resultado será la decisión judicial a dictarse en el plazo máximo de tres días corridos desde la notificación en el sentido de: "*a) autorizar, si evalúa que están dadas las causales previstas por esta ley, b) requerir informes ampliatorios de los profesionales tratantes o indicar peritajes externos, siempre que no perjudiquen la evolución del tratamiento, tendientes a evaluar si existen los supuestos necesarios que justifiquen la medida extrema de la internación involuntaria, y/o c) denegar, en caso de evaluar que no existen los supuestos necesarios para la medida de internación involuntaria, en cuyo caso debe asegurar la externación de forma inmediata*".

Así como la evaluación y eventual internación es definida por el equipo de salud interdisciplinario, igual suerte corren, según el art. 23 LSM, las altas, externaciones o salidas terapéuticas, que solo deben informarse al juez en caso de internación involuntaria o voluntaria ya informada. Es obligación del equipo de salud la externación ni bien haya cesado la situación de riesgo cierto e inminente.

2.4. Contralor de la internación involuntaria

Una vez avalada la internación involuntaria, continúa la labor de seguimiento del juez interviniente, quien "*debe solicitar informes con una periodicidad no mayor a treinta días corridos a fin de re-evaluar si persisten las razones para la continuidad de dicha medida, y podrá en cualquier momento disponer su inmediata externación*" (art. 24 LSM).

Cumplidos los primeros siete días de la internación involuntaria, debe dar parte al órgano de revisión (art. 25 LSM).

(109) Ver decreto 603/2013.

Infojus

La legislación especial es conteste en todo su articulado con la concepción residual del tratamiento internativo, en razón de lo cual prevé que "*si transcurridos los primeros noventa (90) días y luego del tercer informe continuase la internación involuntaria, el juez deberá pedir al Órgano de Revisión que designe un equipo interdisciplinario que no haya intervenido hasta el momento, y en lo posible independiente del servicio asistencial interviniente, a fin de obtener una nueva evaluación. En caso de diferencia de criterio, optará siempre por la que menos restrinja la libertad de la persona internada*".

La competencia para el control de la internación es la correspondiente al lugar del domicilio y/o residencia de la persona, en función del ya explicado principio de inmediación y como condición imprescindible para posibilitar el control.

2.5. Derechos de la persona internada. Estándares y debido proceso

En el art. 41 en análisis, el CCyC establece una serie de principios generales que surgieron o preexisten desde la ley especial —ley 26.657— como así también desde los estándares internacionales en materia de internamiento —que, por lo demás, hacen parte de la ley según su art. 1°—. Nos detendremos brevemente en ellos.

2.5.1. Análisis de los incisos

a. ***debe estar fundada en una evaluación de un equipo interdisciplinario de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 37, que señale los motivos que la justifican y la ausencia de una alternativa eficaz menos restrictiva de su libertad;***

Ya nos hemos referido a la exigencia de intervenciones interdisciplinarias en materia de salud mental, en razón del nuevo concepto conteste por los organismos internacionales y que surge de la misma ley especial y su reglamentación. En tal sentido, que la internación se funde en la evaluación de un equipo interdisciplinario, no hace más que reiterar la exigencia de la ley especial.

Asimismo, se agrega la inexistencia de una alternativa terapéutica menos restrictiva de la libertad individual, lo que se explica por cuanto la internación es el último recurso terapéutico, última *ratio* a aplicar cuando todos los otros abordajes previos son insuficientes y colocan a la persona en situación de riesgo inmediato y certero.

Esto es acorde con el art. 7°, inc. d) LSM que reconoce como derecho del paciente "*Derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria*".

Por su parte, el principio en comentario concuerda con lo dispuesto por el art. 14 CDPD, "*Libertad y seguridad de la persona: 1. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás: a) Disfruten del derecho a la libertad y seguridad de la persona; b) No se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad. 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables*".

b. ***solo procede ante la existencia de riesgo cierto e inminente de un daño de entidad para la persona protegida o para terceros;***

Como ya adelantamos, la ley nacional especial modificó el anterior criterio de peligrosidad por el más concreto y actual —amén que restrictivo— de "*riesgo cierto e inminente*".

El inciso en comentario va entonces de la mano del art. 20 LSM, que dispone: "*La internación involuntaria de una persona debe concebirse como recurso terapéutico excepcional en caso de que no sean posibles los abordajes ambulatorios, y solo podrá realizarse cuando a criterio del equipo de salud mediare situación de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros…*", sumado a la ausencia de otra alternativa eficaz de tratamiento en relación a las instancias previas implementadas, si las hubiera.

Según el art. 20 del decreto reglamentario se entiende por "*riesgo cierto e inminente a aquella contingencia o proximidad de un daño que ya es conocido como verdadero, seguro e indubitable que amenace o cause perjuicio a la vida o integridad física de la persona o de terceros. Ello deberá ser verificado por medio de una evaluación actual, realizada por el equipo interdisciplinario, cuyo fundamento no deberá reducirse exclusivamente a una clasificación diagnóstica. No se incluyen los riesgos derivados de actitudes o conductas que no estén condicionadas por un padecimiento mental (…) Aún en el marco de una internación involuntaria, deberá procurarse que la persona participe de la decisión que se tome en relación a su tratamiento*".

La internación involuntaria que no cumpla estos recaudos constituye lisa y llanamente una privación ilegal de libertad. En este sentido, el art. 14 CDPD exige que las personas con discapacidad "*no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad*". La excepción al consentimiento informado está constituido justamente por la situación de riesgo cierto e inminente que habilita la internación involuntaria.

c. ***es considerada un recurso terapéutico de carácter restrictivo y por el tiempo más breve posible; debe ser supervisada periódicamente;***

En consonancia con este inciso, el art. 7° de la ley especial prevé entre los derechos de la persona en internamiento el "*... h) derecho a que en el caso de internación involuntaria o voluntaria prolongada, las condiciones de la misma sean supervisadas periódicamente por el órgano de revisión*".

Ya hemos referido que el control de legalidad constituye la función central judicial en el nuevo régimen. La internación debe ser lo más breve posible, en función de criterios terapéuticos interdisciplinarios. Tanto la evolución del paciente como cada una de las intervenciones del equipo interdisciplinario deben registrarse a diario en la historia clínica.

Asimismo, y atendiendo a lamentables prácticas frecuentes, el art. 15 LSM estableció que en ningún caso la internación puede ser indicada o prolongada para resolver problemáticas sociales o de vivienda, para lo cual el Estado debe proveer los recursos adecuados a través de los organismos públicos competentes.

d. ***debe garantizarse el debido proceso, el control judicial inmediato y el derecho de defensa mediante asistencia jurídica;***

Así como al regular el diseño dirigido a la restricción de la capacidad jurídica de las personas, el CCyC se preocupó por la garantía de derechos en su favor, más aún este objetivo

Infojus

se fortalece en los casos en que lo que se halla en juego son los derechos a la libertad personal, dignidad y atención de salud, como ocurre en la internación involuntaria.

De tal modo el CCyC exige cumplimentar las garantías del debido proceso (art. 18 CN) en razón de percibirse ya a la intervención en salud como algo más que ello: como una intervención estatal que afecta derechos constitucionales fundamentales comprometiendo la responsabilidad internacional.[110]

El TEDH ha sostenido que, independientemente de la complejidad —por su naturaleza médica— de estos casos de internación, las autoridades nacionales tienen la obligación sin demora de revisar su legalidad, debiendo organizarse el sistema judicial —o el correspondiente— de tal forma que esta revisión se de en intervalos periódicos, razonables, con fundamento en que la demora en realizarla no solo extiende la duración de la detención sino que puede dar lugar a evaluaciones psiquiátricas equivocadas que no correspondan a la actual situación mental de la persona.[111]

También nuestro Alto Tribunal ha insistido en la importancia del debido proceso en favor de las personas en condición de internamiento, atendiendo a su elevado grado de vulnerabilidad, lo que las coloca en situación de requerir una protección estatal especial. Así, en el caso "Tufano",[112] la Corte Federal sostuvo que "*el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla*".

En el caso "R., M. J.",[113] la CSJN desarrolla los estándares del debido proceso constitucional en relación a la situación de internamiento forzoso. Sostuvo que "*... los pacientes institucionalizados, especialmente cuando son recluidos coactivamente —sin distinción por la razón que motivó su internación—, son titulares de un conjunto de derechos fundamentales, como el derecho a la vida y a la salud, a la defensa y al respeto de la dignidad, a la libertad, al debido proceso, entre tantos otros*". Asimismo, enfatizó que "*... los principios de legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, igualdad y tutela judicial de las condiciones de encierro forzoso —sea por penas, medidas de seguridad o meras internaciones preventivas y cautelares de personas sin conductas delictivas con fundamento muchas veces en la peligrosidad presunta y como una instancia del tratamiento—, actualmente se ven fortalecidos y consolidados en la Constitución Nacional (arts. 16, 17, 19, 33, 41, 43 y 75, incs. 22 y 23), instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 7°, 8° y 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos; arts. 7°, 9°, 10 y 14, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y otros convenios en vigor para el Estado Nacional (Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por ley 25.280 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001)*" (consid. 7).[114]

.....

(110) Corte IDH, "Caso Ximenes Lopes vs. Brasil", 04/07/2005.

(111) TEDH, *X. c. Reino Unido [art. 50]*, 7215/75 -1982, ECHR 8, 18/10/1982; Gostin, L. O. y Gable, L., "*The Human Rights of Persons with Mental Disabilities: A Global Perspective on the Application of Human Rights Principles to Mental Health*", en *Maryland Law Review*, n° 63, 2004, pp. 64/65.

(112) CSJN, "Tufano Ricardo A. s/ internación", 27/12/2005.

(113) CSJN, "R., M. J. s/ insania", 19/02/2008.

(114) CSJN, "R., M. J. s/ insania", fallo cit., consid. 7°.

A partir del entramado normativo nacional e internacional, la CSJN concluye que dicho marco permite fijar un catálogo de derechos mínimos específicos para quienes padezcan trastornos psíquicos, que deben ser respetados rigurosamente. Entre ellos cabe mencionar los siguientes: "*a) derecho a ser informado sobre su diagnóstico y sobre el tratamiento más adecuado y menos riesgoso, b) derecho a un examen médico practicado con arreglo a un procedimiento autorizado por el derecho nacional, c) derecho a negarse a recibir un determinado tratamiento o formatos terapéuticos, d) derecho a recibir los medios adecuados tendientes a la cura o mejoría donde las negligencias o retardos en la prestación de un tratamiento pueden restar justificación a la internación, y volverla ilegítima, e) derecho a la continuidad del tratamiento, f) derecho a la terapia farmacológica adecuada, del que se deriva que la medicación no debe ser suministrada al paciente como castigo o para conveniencia de terceros, sino para atender las necesidades de aquél y con estrictos fines terapéuticos, g) derecho a un registro preciso del proceso terapéutico y acceso a éste, h) derecho a la confidencialidad del tratamiento, incluso después del alta o la externación, i) derecho a la reinserción comunitaria como un eje de la instancia terapéutica, j) derecho al tratamiento menos represivo y limitativo posible, k) derecho a no ser discriminado por su condición*" (consid. 9).[115]

La CSJN enfatiza también en la necesidad de revisión periódica: "*la medida de privación de la libertad del paciente debe ser revisada judicialmente mediante procedimientos simples, expeditivos, dotados de la mayor celeridad y, si correspondiera prolongarla por razones terapéuticas, ello debe ser objeto de un minucioso control periódico jurisdiccional obligatorio de los motivos de la internación, a los efectos de estudiar si las condiciones que determinaron su reclusión se mantienen o se modificaron en el tiempo, y siempre en el marco de los principios y garantías constitucionales mencionados. De no ser así, la internación se convierte en los hechos en una pena privativa de la libertad sin límite de duración*" (consid. 10).[116]

Finalmente, y en concordancia con lo dispuesto por la ley 26.657, el CCyC reconoce el derecho a la defensa técnica de la persona internada involuntariamente, quien por sí o por intermedio de su representante legal, tiene derecho a designar un abogado. Según el art. 22 LSM se dispuso que "*… Si no lo hiciera, el Estado debe proporcionarle uno desde el momento de la internación. El defensor podrá oponerse a la internación y solicitar la externación en cualquier momento. El juzgado deberá permitir al defensor el control de las actuaciones en todo momento*".

e. *la sentencia que aprueba la internación debe especificar su finalidad, duración y periodicidad de la revisión.*

La norma claramente explicita que la sentencia judicial "*aprueba*" la internación; en consonancia con el rol que se otorga al Poder Judicial en el sistema de salud mental reformado, como contralor de legalidad y no decisor de la internación, según ya hemos explicado. Si bien el alta es potestad del equipo médico —lo cual referiría a la "duración" de la internación—, la ley nacional registra normas puntuales dirigidas a controlar y evitar la perpetuación de la internación indefinida en el tiempo, en resguardo de los derechos comprometidos de la persona. Así, apenas hayan cesado las causas que determinaron la internación, el paciente tiene el derecho al egreso, sin que ello implique dar por terminado con su tratamiento ya que él mismo puede optar por continuarlo, conforme es su derecho.

(115) CSJN, "R., M. J. s/ insania", fallo cit., consid. 9°.

(116) CSJN, "R., M. J. s/ insania", fallo cit., consid. 10.

Infojus

El TEDH ha afirmado el derecho de quien se encuentre detenido en un establecimiento psiquiátrico por un período ilimitado o prolongado, en ausencia de control judicial periódico automático, de introducir en intervalos razonables un recurso ante un tribunal para que se pronuncie acerca de la legalidad de su internación, ya sea que esta haya sido dispuesta por una jurisdicción civil o penal o por otra autoridad,(117) con fundamento en que los motivos que justificaban la internación al origen pueden dejar de existir.(118)

Este control se profundiza en estos casos *"en virtud del estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el cual se encuentran frecuentemente quienes son sometidos a tratamientos de esta índole, erigiéndose por ende, como esencial control por parte de los magistrados de las condiciones en que aquélla se desarrolla"*.(119)

Parágrafo 2°

Sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad

ARTÍCULO 43.- ***Concepto. Función. Designación.*** *Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general.*

Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos.

El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

1. Introducción

La norma en comentario se relaciona con la consecuencia que apareja la declaración de restricciones a la capacidad jurídica: ya no la designación de un curador que reemplace a la persona, sino el establecimiento de mecanismos de apoyo cuyo fin es el ejercicio personal de la capacidad jurídica por el propio afectado.

Como ya referimos, la denominación "*apoyos*" proviene del art. 12 CDPD y constituye un término general, a partir del cual cada Estado debe determinar el contenido a imprimir desde su ordenamiento jurídico, con la salvedad de no admitir modelos contrarios al convencional.

2. Interpretación

El primer párrafo del art. 43 CCyC señala que "*se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general*".

(117) TEDH, *X. c. Reino Unido [art. 50]*, 7215/75 -1982, ECHR 8, 18/10/1982 , p. 23, párr. 52.

(118) TEDH, *Megyeri c. Alemania*, 12/05/1992, pp. 11/12, párr. 22; *Magalhaes Pereira c. Portugal*, 26/02/2002, párr. 40.

(119) CSJN, "Hermosa, Luis Alberto s/ insania proceso especial", 12/06/2007, voto en disidencia de los doctores Lorenzetti y Zaffaroni.

2.1. Qué es una medida de apoyo

En primer lugar, cabe delimitar en esta oportunidad qué ha de entenderse por "apoyos". Siendo que la presunción de base es la capacidad que toda persona posee para tomar sus decisiones, pueden observase diferentes niveles de apoyos: un primer nivel es aquel en el que la persona requiere de apoyos mínimos para la toma de sus decisiones, como podrían serlo los relacionados con el lenguaje o con aspectos tecnológicos que puedan facilitar la comunicación. Un segundo nivel consiste en la toma de decisiones asistidas, en donde la persona con discapacidad recibe la asistencia para la toma de sus decisiones de un tercero de su confianza, elegido por la propia persona con discapacidad. Un tercer nivel es la toma de decisiones facilitada, para los casos extremos en que las preferencias y la voluntad no puedan expresarse o conocerse de manera fehaciente, y que debe constituirse en la situación de última instancia.

2.1.1. *"... cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial"*

Las medidas de apoyo se expanden a todas las áreas de desenvolvimiento de la persona con discapacidad. El apoyo es la herramienta; el fin es "*la libertad de tomar las propias decisiones*", que excede el ámbito jurídico (art. 3° CDPD).

El apoyo puede adoptar múltiples formas y actuar en diversos ámbitos: apoyos prestados por la familia —arts. 4°, 5° y 23 CDPD— y el apoyo asistencial en sus diversas áreas (personal, económico, social, de salud, educación, finalmente, jurídica).

Los apoyos constituyen ajustes "*a medida*". Por eso, la CDPD no enumera sus clases y formas; sí impide los sistemas representativos clásicos. Justamente, en virtud del reconocimiento de la diversidad propia a la discapacidad, la toma de decisiones con apoyo adopta numerosas modalidades, debiendo diseñarse a partir de las circunstancias y necesidades concretas de la persona (art. 32 CCyC).

Puede ser singular o plural. Conformarse con familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones, o bien una o varias de estas opciones.

Finalmente, según el grado de afectación de los derechos, las medidas de apoyo podrán tener diferente intensidad.

2.1.2. *"... que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones"*

Más allá de las diversas modalidades que pueda adoptar, lo que define una medida de apoyo es el despliegue de su actuación y finalidad: favorecer la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona.

El objetivo no es la "protección" de la persona sino la "promoción" de sus derechos.

La figura de apoyo no es el anterior curador asistente del declarado inhábil. La actuación del curador, sea sustitutivo o de asistencia, se focaliza en el momento de realización de los actos jurídicos, subrogando o, en el mejor de los casos, coparticipando con la persona en la celebración del acto. El apoyo atiende a instancias previas, tiene como fin que la persona pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informarla, colaborar a su comprensión, razonamiento; incluso, si la persona logró formar decisión razonada, el apoyo podría no ser presente en dicho momento de celebración del acto.

Por otro lado, el apoyo se dirige a favorecer la actuación *"en todos los actos de la vida"* como reza la Convención y no solamente en cuanto a la celebración de actos jurídicos.

Infojus

2.1.3. *"... para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general"*

Como dijimos, las medidas de apoyo tienen una esfera de actuación más amplia. Más allá de que, como es de lógico, un CCyC se ocupa de los efectos jurídicos de las conductas humanas, involucra también la celebración de simples actos lícitos (art. 258 CCyC).

2.1.4. *"Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos"*

En esta referencia se visualiza más claramente el verdadero despliegue o actuación de la figura de apoyo: el apoyo no ejerce esta función en un momento de inflexión de celebración de un acto concreto, sino que favorece el desarrollo de este proceso en el que, a través de los ajustes necesarios de comunicación, se permeabiliza la comunicación y facilita la manifestación de voluntad de la persona: en esto consiste la promoción de la autonomía desprendiendo a la persona de modelos paternalistas sustitutivos y promoviendo sus derechos personales.

Los sistemas de apoyos prevén, entre otros, el allanamiento de barreras comunicacionales para que la persona exprese su propia voluntad y pueda ejercer su capacidad jurídica. Las formas de comunicación no verbal incluyen a la lengua de señas y a la discapacidad auditiva, pero a la vez amplían su radio de acción, puesto que son imprescindibles para la consecución de la comunicación en todos aquellos casos en que no intervenga la comunicación oral, como en personas que por diversas razones —no solo debido a pérdida auditiva— han perdido la posibilidad de expresarse oralmente. Estas formas son estrategias técnicas, que se aplican para alcanzar efectividad en la comunicación y la consiguiente equiparación de derechos. Estas estrategias se aplican también para las personas cuya discapacidad les dificulta la incorporación de las normas sociales no escritas, como reguladoras de conductas interhumanas, que traen por consecuencia el desconocimiento del vocabulario más básico.

En sintonía con lo dicho, el art. 32 CCyC reza "*el o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida*".

2.2. Quién designa al apoyo

Tal como establece la norma, el propio interesado puede proponer la designación de una persona de confianza para que ejerza este rol. En este punto se advierte cómo el esfuerzo por la participación de la persona en el proceso se materializa en su propio interés, pues la actuación personal en el proceso, con la implementación de las medidas de accesibilidad y ajustes razonables a medida, posibilitarán la propuesta de quién ha de constituirse como medida de apoyo de la persona interesada.

El apoyo, como expresa la norma, puede ser prestado por una o varias personas. El CCyC sigue el modelo convencional en cuanto a la permeabilidad cualitativa —es decir, no solo funcional—, sino también cuantitativa. Asimismo, es coherente con la modificación de la anterior regla de unilateralidad de las figuras de tutela y curatela —en el nuevo sistema se admite la pluralidad (arts. 105 y 138 y 139 CCyC)—.

También las personas legitimadas para solicitar la restricción de la capacidad (art. 33) pueden proponer personas de apoyo.

Finalmente, y ante toda falta de propuesta, es el juez quien designa el apoyo.

En todos estos casos, como la designación final recae en el juez, él debe evaluar y diseñar los alcances y límites de la actuación con miras a la protección de la persona, y establecer las salvaguardias adecuadas a fin de evitar eventuales conflictos de intereses o influencia indebida.

En este sentido el art. 12 CDPD exige asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos, por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

También el juez debe establecer la modalidad de actuación del apoyo en relación a los actos jurídicos a realizar: "*... señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación*" (art. 38 CCyC). Estas condiciones incluyen determinar el carácter de la participación: apoyo más o menos intenso —es decir, simple asistencia para la comunicación—, asistencia para la toma de decisiones u otra modalidad con mayor intensidad e, incluso, la realización de actos en representación (concs. arts. 100, 101 inc. c) CCyC)—.

Parágrafo 3º

Actos realizados por persona incapaz o con capacidad restringida

ARTÍCULO 44.- ***Actos posteriores a la inscripción de la sentencia.*** *Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.*

1. Introducción

El art. 44 regula la consecuencia de la realización de actos posteriores a la inscripción de la sentencia que estableció restricciones a la capacidad o que declaró la incapacidad, cuando dichos actos contrarían las disposiciones judiciales allí contenidas.

Los siguientes artículos abordan la posible anulación de los actos anteriores y de los celebrados por la persona ya fallecida.

El régimen mejora la redacción y exigencias de los anteriores arts. 472, 473 y 474 CC.

2. Interpretación

En primer lugar, los actos comprendidos por la sanción de nulidad son los posteriores **a la inscripción registral de la sentencia.** Ello, en razón de que esta inscripción resulta sustancial a los fines de permitir la oponibilidad a terceros, en este caso, oponibilidad de la situación declarada en relación a la persona —capacidad restringida o incapacidad—.

La sentencia deberá haber establecido las condiciones de ejercicio de los actos por la persona con capacidad restringida o incapaz y las contradicciones o violaciones de dichas exigencias, que traen como consecuencia la nulidad.

Infojus

En el caso de la declaración de incapacidad, la situación es más sencilla, pues el efecto es global; en el caso de las restricciones a la capacidad, deberá analizarse sus límites a fin de determinar si la prohibición y/o limitación está contenida en la sentencia y/o cuáles son las condiciones establecidas para su celebración. Ello, en razón de que en los actos no vedados rige la regla o principio general de capacidad. Sea en el caso de declaración de incapacidad o de parciales restricciones, lo trascendente es la contradicción con las condiciones y modalidades impuestas en la sentencia que ha sido inscripta.

La solución actual difiere marcadamente de la preexistente (art. 472 CC), pues allí la declaración de incapacidad fulminaba como "de ningún valor" a los actos posteriores celebrados por la persona incapaz (conc. art. 1041 CC). Si bien la norma refería a actos "*de administración*", la doctrina había aclarado que incluía con más razón aun los actos de disposición.

ARTÍCULO 45.- ***Actos anteriores a la inscripción.*** ***Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos:***

a. ***la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;***
b. ***quien contrató con él era de mala fe;***
c. ***el acto es a título gratuito.***

1. Introducción

La redacción actual es mejor —en mucho— a la que la precediera (art. 473 CC).

El art. 473 CC disponía que los actos "*anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados*". Es decir, la norma establecía la posibilidad de anulación —anulabilidad en relación a— actos anteriores a la sentencia de interdicción, si "*la causa de interdicción*" —la enfermedad mental, en el anterior régimen— existía de modo público o notorio en la época de ejecución del acto.

El art. 45 CCyC, en primer término, establece el punto temporal para determinar los "*actos anteriores*"en relación a la condición la **inscripción** de la sentencia y no solo su dictado, por iguales razones a las arriba explicadas en relación a la oponibilidad a terceros.

Si bien no se aclara, se incluyen las sentencias de ambos procesos —restricción a la capacidad e incapacidad—, tal como establece a continuación la norma al especificar cuál es la persona protegida: la persona incapaz o con capacidad restringida.

2. Interpretación

2.1. Requisitos de la declaración de nulidad

El art. 45 CCyC agrega un recaudo no dicho expresamente en el 473 CC, cual es la existencia de **perjuicio** en relación a la persona incapaz o con restricción a la capacidad —ello, acorde con el carácter relativo de dicha nulidad y su establecimiento con vistas a la protección de la persona (arts. 386, 388 y concs. CCyC)—.

A esto debe sumarse alguno de los requisitos establecidos en los tres incisos de la norma en comentario: uno solo de ellos sería suficiente, tal como lo establece la redacción literal del art. 45, que reza "*si se cumple alguno de los siguientes extremos*".

El art. 473 CC vedaba la declaración de nulidad "*si la demencia no era notoria*", frente a "*contratantes de buena fe y a título oneroso*". En esta hipótesis, al momento de examinar su eventual anulabilidad, la ley consideraba en principio válidos los actos anteriores a la interdicción valorando la notoriedad o publicidad de la enfermedad a la celebración del acto; el objetivo era claro: la preservación de la seguridad y tráfico jurídicos, y la protección de terceros de buena fe y a título oneroso, en razón del sacrificio que para el co-contratante había involucrado dicho acto jurídico. En el viejo régimen la redacción del art. 473 CC exigía la dualidad de condiciones "*buena fe y a título oneroso*" en el co-contratante que repelía la nulidad.

2.2. Análisis de los incisos

a. ***la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto;***

Este recaudo traduce la notoriedad de la situación de salud mental de la persona. El co-contratante no podría alegar su buena fe o desconocimiento de la situación frente a una persona cuya condición de salud mental era notoria o pública a la época de celebración del acto y, por lo tanto, debió ser conocida o advertida por aquel.

La referencia a la "época", y no el "momento" de celebración del acto, provoca consecuencias en relación al régimen de prueba: el artículo comentado no la exige como una notoriedad puntualizada al momento específico del acto, sino en un espacio temporal contemporáneo a su celebración. En cambio, lo relativo a "el momento" o instante de celebración de actos jurídicos guarda relación con la condición del discernimiento y no con el régimen aquí estudiado. En efecto, según el art. 260 CCyC se considera acto voluntario al ejecutado "*con discernimiento, intención y libertad*", a la vez que se califica como involuntario por falta de discernimiento al "*acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón*" —art. 261, inc. a) CCyC—.

El término "*ostensible*" en reemplazo de "*pública*" (art. 473 CC) resulta más adecuado, en alusión a una condición clara, manifiesta, patente. El carácter público no refleja tan adecuadamente la condición manifiesta, palmariamente cognoscible, indudable, a la que alude el nuevo término.

b. ***quien contrató con él era de mala fe;***

Este recaudo se relaciona con el anterior. Quien conoció la situación del afectado, obró en la celebración del acto con mala fe, abusando de la posición del co-contratante. Por ello no merece la protección del ordenamiento (arts. 9° y 10 CCyC).

c. ***el acto es a título gratuito.***

La cláusula se explica fácilmente; tratándose de un acto a título gratuito, no existe sacrificio y/o pérdida para el co-contratante, por lo cual procede la declaración de nulidad. La norma protege al contratante a título oneroso, siendo en este sentido coherente la respuesta del ordenamiento.

La carga de la prueba respecto a las condiciones que sustentan la nulidad incumbirá, conforme los principios generales y sin perjuicio de la aplicación de la teoría moderna de las cargas probatorias dinámicas, a quien alega la nulidad.

La configuración de cada requisito, como dijimos, es independiente. No obstante, estos suelen verse conectados entre ellos: así, el requisito del carácter ostensible de la

Infojus

enfermedad mental aparece conectado con la buena o mala fe del co-contratante toda vez que, si la enfermedad mental era notoria a la época de celebración del acto, hay una fuerte presunción acerca de la actuación de mala fe, invirtiéndose el principio general.

ARTÍCULO 46.- ***Persona fallecida.*** ***Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe.***

1. Introducción

El art. 46 establece, como regla general, la imposibilidad de impugnación de los actos entre vivos anteriores, luego del fallecimiento de la persona. La norma busca impedir que, luego del fallecimiento de la persona, cuando ya es imposible examinar su condición de salud mental en razón de su muerte, pueda discutirse la validez de los actos por ella celebrados. Por su parte, tiene por fin proteger el valor seguridad jurídica; en especial, en relación a quienes contrataron con la persona.

2. Interpretación

2.1. *"... actos entre vivos..."*

En primer lugar, se alude a actos entre vivos, dejando al margen las cuestiones relativas a los actos de última voluntad y al régimen de nulidades en materia testamentaria.

Al respecto, el art. 2467 CCyC diferencia la nulidad del testamento derivada de "*haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar*", cuestión relativa al discernimiento —art. 2467, inc. c)—, de la nulidad provocada "*por haber sido otorgado por persona judicialmente declarada incapaz*" —art. 2467, inc. d)—, estableciendo la excepción de la validez de los actos testamentarios otorgados "*en intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos como para asegurar que la enfermedad ha cesado por entonces*".

2.2. *"... [actos] anteriores a la inscripción de la sentencia..."*

Tal como explicamos en el comentario anterior, la pauta para determinar la condición anterior o posterior de los actos es la inscripción registral de la sentencia, a los fines de su oponibilidad a terceros.

2.3. *"... no pueden impugnarse..."*

La norma protege el principio de seguridad jurídica, al impedir que luego de fallecida una persona puedan juzgarse sus actos ya celebrados, por razón de su condición de su capacidad.

2.4. *"... excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo..."*

Las únicas excepciones son las mencionadas en la norma. No se requiere la conjunción de todas estas condiciones, sino alguna de ellas, tal como surge de la conjunción "o", empleada por el artículo.

Asimismo, se entiende que la situación de afectación mental se deduce del acto mismo, es decir, de las estipulaciones que contiene el negocio jurídico celebrado; no se trata de que

el instrumento de celebración del acto jurídico pruebe la incapacidad, pero sí de que a partir de ello pueda deducirse la condición de salud mental o algún/os indicios relativos a ello.

2.5. *"... que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida..."*

La promoción del proceso, sea el que culmina con la declaración de incapacidad o bien el de capacidad restringida, abre un "período de sospecha" en relación a la validez de los actos que la persona haya celebrado en dicho período, justamente por estar juzgándose su capacidad civil.

Más allá del principio general de capacidad —al que este recaudo no contradice—, lo cierto es que la sentencia finalmente pudo derivar en la declaración de incapacidad o restricción a la capacidad de la persona, solo que no ha podido culminar de juzgarse por el suceso inesperado de su muerte. Si bien es diversa la situación del declarado incapaz y de la persona con capacidad restringida, al no poder arribarse al dictado de sentencia, se esfuma la posibilidad de determinar cuál hubiera sido el régimen aplicable. La estrictez del nuevo régimen de restricciones desdibujaría, de no ser así, la protección del régimen de nulidades.

En este caso, los herederos que pretenden la nulidad deberán demostrar la condición de salud mental, la falta de discernimiento en el momento de celebración del acto.

2.6. *"... que el acto sea a título gratuito..."*

Nuevamente, la protección jurídica se da en favor del contratante a título oneroso, que es quien sufre un sacrificio como consecuencia de la anulación del acto.

2.7. *"... que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe"*

La ley no ampara la actuación de mala fe ni el ejercicio abusivo del derecho (arts. 9° y 10 CCyC). Se trata de comprobar el conocimiento acerca de la afectación mental del privado de razón.

Parágrafo 4°

Cese de la incapacidad y de las restricciones a la capacidad

ARTÍCULO 47.- ***Procedimiento para el cese.*** *El cese de la incapacidad o de la restricción a la capacidad debe decretarse por el juez que la declaró, previo examen de un equipo interdisciplinario integrado conforme a las pautas del artículo 37, que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con la asistencia de su curador o apoyo.

Remisiones: ver arts. 31, 35 y 36 CCyC.

1. Introducción

El "*cese*" de la incapacidad o la capacidad restringida, alude al cese "total" de las restricciones oportunamente impuestas en la sentencia originaria, diferenciándose de las eventuales modificaciones que la sentencia original puede recibir a consecuencia del ejercicio del deber de revisión permanente que regula el art. 40 CCyC.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Procedimiento para obtener el cese

En el CC se hablaba de "*rehabilitación*" para aludir a un proceso que debía tramitarse con intervención de la parte interesada y organismos del proceso, a fin de declarar el cese de su incapacidad civil declarada por sentencia —es decir, la rehabilitación de la persona—.

Bajo la nueva norma, el cese de la incapacidad y/o restricción —es decir, el restablecimiento pleno de la capacidad de la persona— no requeriría un proceso autónomo dirigido a este fin, pudiendo resultar de la re-evaluación interdisciplinaria (arts. 37 y 40 CCyC). Como consecuencia de ello, se advierte la innecesariedad de mantener la restricción y/o la conveniencia de morigerar las restricciones oportunamente impuestas en beneficio de la persona.

A resultas de dicha revisión pueden resolverse modificaciones particulares que restituyan el ejercicio de determinados derechos, o bien el cese absoluto y completo de las restricciones oportunamente impuestas. Por supuesto, también en caso de ser necesario, las posteriores resoluciones dictadas tras la revisión periódica pueden profundizar el régimen de restricción y/o la intensidad de la figura de apoyo o de su reemplazo por un curador.

El recaudo ineludible para la decisión de cese es el examen interdisciplinario, conforme su carácter imprescindible, principio o regla general de intervención según el art. 31 CCyC y y las disposiciones de la ley especial 26.657.

Este examen deberá expedirse sobre el "*restablecimiento de la persona*". No obstante el lenguaje empleado, se interpreta que se alude al restablecimiento de las condiciones personales, sociales, de contexto familiar y/o comunitario, que le permiten la restitución al ejercicio de los actos por sí.

Para que el cese de los efectos de la sentencia de incapacidad o capacidad restringida sea oponible a terceros, la nueva resolución debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas (art. 39 CCyC).

Todo lo explicitado al momento de comentar el art. 40 CCyC y el ejercicio del derecho de revisión de la sentencia resulta de aplicación en el presente; el pedido de cese puede ser planteado por cualquiera de los legitimados en el art. 33 CCyC y, por supuesto, por el propio interesado.

Las pautas del debido proceso ya analizadas —ver arts. 31, 35 y 36 CCyC— son también aquí exigibles; en particular, las relacionadas con la inmediación y el derecho del interesado a ofrecer pruebas y postular su defensa en pos del cese de las restricciones. Remitimos al comentario de dichos artículos.

El último párrafo, finalmente, exterioriza la diferencia entre este régimen de capacidad gradual —o "a medida"— y el anteriormente vigente, de carácter binario —"capaces-incapaces"—. Así, si las condiciones personales y contextuales no permiten el cese o restablecimiento total de la capacidad, sin embargo pueden posibilitar una morigeración de los actos anteriormente restringidos y una amplificación de la actuación de la persona en pos de la promoción de su autonomía.

Parágrafo 5°
Inhabilitados

ARTÍCULO 48.- ***Pródigos.*** *Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes.*

1. Introducción

Acorde el nuevo régimen implementado de restricciones a la capacidad, ya no procede la anterior alternativa de inhabilitación en relación a las personas disminuidas en sus facultades mentales que consignaba el art. 152 bis CC. Por un lado, no hay categorías médicas que califiquen a las personas como incapaces o inhábiles; por el otro, la permeabilidad y flexibilidad del régimen de restricciones posibilita respuestas a medida en el caso de las restricciones puntuales, que conservan la vigencia del principio de capacidad a excepción de los actos limitados o restringidos.

Tampoco procede la declaración de inhabilidad respecto de las personas con trastornos derivados del consumo de sustancias —"*embriaguez habitual o uso de estupefacientes*", conforme el art. 152 bis CC—, pues la situación de la persona afectada por una adicción es también abrazada por el sistema general —art. 32 CCyC—.

Así, la figura de la inhabilitación solo podía mantenerse para uno de los supuestos anteriormente incluidos en el régimen derogado: la situación del pródigo.

2. Interpretación

La norma en comentario exige, a los fines de la eventual declaración de inhabilitación, los siguientes requisitos:

2.1. *"... la prodigalidad en la gestión de sus bienes"*

Se trata de una condición objetiva, que involucra el actuar de la persona, independientemente de cuales sean las causas —psíquicas, mala administración, negligencia, dilapidación— que expongan a la persona al resultado abarcado por la norma.

Se exige asimismo una habitualidad en esta conducta, que surge de la propia redacción del artículo, que contempla el resultado de un actuar objetivo que provoca el resultado descripto: la amenaza de pérdida del patrimonio de las personas protegidas.

2.2. *"... expongan a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o hijos mayores de edad o con discapacidad a la pérdida de patrimonio"*

Las conductas abrazadas bajo la configuración de prodigalidad provocan un perjuicio cierto y gravoso para las personas protegidas por la norma: el grupo familiar del afectado.

Como se observa, la declaración de inhabilitación no tiene por fin amparar a la persona que es así declarada —el pródigo—, sino a los miembros del grupo familiar tutelado, que se ven perjudicados por la dilapidación del pródigo. No obstante, ha de entenderse que

Infojus

también existe un interés jurídico en la protección de la persona (art. 31 CCyC), dado que no es de interés la dilapidación gravosa o ruinosa del patrimonio familiar, que también involucra al propio pródigo.

Las personas protegidas por efecto de la declaración resultan el cónyuge, el conviviente, los hijos menores de edad o hijos mayores con discapacidad.

La protección del cónyuge no requiere mayor justificación, en razón de hallarse en juego el derecho a la ganancialidad, que puede verse severamente afectado por el obrar negligente y dilapidador del pródigo.

La extensión de la protección al conviviente se explica en el contexto de reconocimiento de la protección jurídica a las uniones convivenciales por este Código, en el que existe un piso protectorio mínimo que no distingue entre uniones matrimoniales y convivenciales a los fines de resguardar derechos humanos básicos (art. 509 CCyC y ss.).

Así, cuando la norma refiere al conviviente, alude a quien reúne los requisitos establecidos en los arts. 509 y 510 CCyC, pudiendo probarse la unión convivencial por cualquier medio (art. 512 CCyC).

De la mano del reconocimiento del deber de asistencia y de contribución a los gastos del hogar, y de la protección de la vivienda familiar, resulta coherente la protección familiar dispensada también en favor del conviviente, legitimándolo para el planteo de inhabilitación.

En cuanto a los hijos, la protección ampara a los hijos menores de edad y también a los mayores con discapacidad. Se visualiza aquí cómo la tutela de la persona con discapacidad emerge en el contexto de persona amparada por esta declaración de inhabilitación, en cuanto es perjudicada por el accionar del progenitor pródigo.

La última parte del artículo da una definición de discapacidad, que no recepta literalmente la contenida en la CDPD,[120] siendo su fuente legal la ley 22.431.

2.3. *"La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes"*

Están legitimadas para pedir la declaración de inhabilitación las mismas personas que son beneficiarias también los ascendientes y descendientes en general, en función del interés familiar en la protección del patrimonio.

No obstante la norma no lo dice, indudablemente el mismo pródigo puede pedir su declaración; esto no podría negarse en el caso en que la propia persona, conocedora y advirtiendo su condición, solicitara la declaración de inhabilitación como herramienta de protección para la limitación de sus actos.

ARTÍCULO 49.- ***Efectos.*** ***La declaración de inhabilitación importa la designación de un apoyo, que debe asistir al inhabilitado en el otorgamiento de actos de disposición entre vivos y en los demás actos que el juez fije en la sentencia.***

(120) La CDPD en su art. 1°, párr. 2 refiere que las personas con discapacidad incluyen aquellas con deficiencias físicas, psicosociales, intelectuales y sensoriales que al interactuar con diversas barreras: físicas, actitudinales, socioculturales, comunicacionales pueden suponer restricciones o limitaciones a su inclusión plena y efectiva en la sociedad.

1. Introducción

Desde que la condición del pródigo no es la de una persona incapaz, sino la de una persona cuyos actos son limitados en función de su resultado gravoso, la respuesta jamás podría ser la sustitución en la celebración de los actos jurídicos.

2. Interpretación

El impacto de la declaración solo se extiende hasta la contención o control de aquellos actos perjudiciales que motivan la declaración de inhabilitación, que son los actos de disposición entre vivos. Ello se explica pues son estos los que ponen en riesgo la conservación del patrimonio que la norma protege.

El efecto de la declaración es la designación de una figura de apoyo cuya función es la de asistencia para el otorgamiento de los actos. Esta figura deberá ejercer su rol en el marco de las condiciones que determine el juez en la sentencia de inhabilitación (art. 43, párr. 3).

De ser necesario, el juez puede restringir otros actos, amén que los dispositivos, cuando ellos puedan implicar un compromiso patrimonial que justifique la restricción, dejándolo así establecido en la sentencia.

Por supuesto, la declaración de inhabilitación nunca compromete derechos personales.

Todo lo dicho en relación al alcance, designación y funciones de la figura de apoyo en relación a las personas con restricciones a la capacidad resulta aplicable a este caso —con las salvedades del supuesto diverso—. Remitiendo en consecuencia a lo allí comentado.

ARTÍCULO 50.- ***Cese de la inhabilitación.*** *El cese de la inhabilitación se decreta por el juez que la declaró, previo examen interdisciplinario que dictamine sobre el restablecimiento de la persona.*

Si el restablecimiento no es total, el juez puede ampliar la nómina de actos que la persona puede realizar por sí o con apoyo.

Remisiones: ver comentario al art. 47 CCyC.

1. Introducción

Con las salvedades del caso, en función de la necesidad de adecuación al supuesto fáctico analizado y al tipo de restricción de que se trata —inhabilitación—, son de aplicación los comentarios efectuados al art. 47.

2. Interpretación

El examen interdisciplinario a que refiere la norma no reviste la naturaleza que el relativo a las personas con discapacidad mental, que hemos referido en los comentarios pertinentes. El objetivo de este examen de carácter interdisciplinario es la verificación del cese de los actos de la persona que oportunamente exponían a la misma y/o a los beneficiarios protegidos, al riesgo de daño o pérdida patrimonial.

Como dijimos, la prodigalidad toma en cuenta un resultado objetivo, derivado del accionar de la persona; pero siendo dicho resultado el fruto del actuar humano, será la persona quien deberá ser evaluada para concluir, por intermedio de las ciencias pertinentes, que la situación de riesgo ha cesado.

Infojus

Es de aplicación aquí lo comentado en ocasión del art. 47 CCyC.

La revisión también podrá ser solicitada por el interesado pero por supuesto, el juez deberá evaluar la situación objetiva, no pudiendo guiarse por este pedido al ser los derechos de terceros protegidos —art. 48 CCyC— los que se encuentran involucrados y pueden verse lesionados con la eventual restitución de ejercicio. También cesaría la razón de ser de la restricción ante la inexistencia y/o desaparición de las personas protegidas.

CAPÍTULO 3(*)

Derechos y actos personalísimos

ARTÍCULO 51.- ***Inviolabilidad de la persona humana.*** *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.*

Fuentes: art. 19 del Código Civil del Bajo Canadá, que prevé la inviolabilidad de la persona. Art. 10 del Código Civil de Quebec, que agrega la noción de "integridad". Art. 16 del Código Civil francés, que hace referencia a la dignidad.

1. Introducción

El articulado, dedicado a los derechos personalísimos, comienza —como no podía ser de otra manera— declarando el reconocimiento y respeto de la dignidad. Todos los derechos de la personalidad derivan y se fundan en la noción de dignidad.

Por primera vez, se introduce esta palabra en un Código argentino. Esto implica un cambio de concepción y paradigma.

Se parte de que la persona merece que se le reconozca, respete y, por ende, tutele su dignidad, atento a que esta deriva del hecho de ser, ontológicamente, una persona. En consecuencia, el derecho debe garantizarle esta dignidad, precisamente, por ser tal. El respeto por la dignidad de la persona humana comienza por reconocer su existencia, su autonomía y su individualidad; de allí que el artículo la considere inviolable.

Como ha dicho la Corte Suprema: "*el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*".(121)

Entonces, coincidiendo con el criterio de la gran mayoría de la doctrina y la tendencia actual, se considera a la dignidad como la **fuente**, el fundamento y el sustrato, en el que se asientan y de la que derivan todos los derechos humanos. Es "*precisamente la conexión de un derecho con la dignidad humana la que lo convierte en derecho fundamental*".(122)

La dignidad es algo sustancial. Ella es tan sustancial e inalienable que nadie puede ser esclavo, ni siquiera por voluntad propia o por contrato. De ninguna manera podemos perderla, de modo que, no pudiéndose perder la dignidad humana sustancial en ningún

(*) Comentarios a los arts. 51 a 61 elaborados por Eleonora Lamm.

(121) CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", 06/04/1993.

(122) García Manrique, Ricardo, *Derechos humanos e injusticias cotidianas*, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, n° 31, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 80 y ss.

supuesto, es en ella donde hay que hacer pie para desautorizar la pena de muerte o la tortura y para conceder al más criminal la oportunidad y el derecho a la rehabilitación.[123]

Dicho esto, dignidad humana significa que un individuo siente respeto y se valora a sí mismo mientras es respetado y valorado por los demás.

Esto es precisamente lo que viene a contemplar y procura comprender el artículo tratado.

En definitiva, el CCyC incorpora la dignidad como fuente de todos los derechos. Esto implica un cambio en la concepción de la persona, atento a que ya no se habla de persona o derechos a secas, sino de persona digna y de derechos que contemplan esta dignidad de la persona humana.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones previas

Los derechos personalísimos o de la personalidad *"constituyen una inconfundible categoría de derechos subjetivos esenciales, que pertenecen a la persona por su sola condición humana y que se encuentran respecto de ella en una relación de íntima conexión, casi orgánica e integral"*.[124]

Se trata de derechos extrapatrimoniales, indisponibles, o relativamente indisponibles, que acompañan a la persona a través de su existencia.

Antes de la sanción del CCyC estos derechos se encontraban contemplados en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes complementarias (Ley 24.193 de Trasplantes de órganos y materiales anatómicos; Ley 17.132 del Ejercicio de la Medicina, Odontología y actividad de colaboración de las mismas.; art. 31, Ley 11.723 de Propiedad Intelectual; Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud; y Ley 26.657 de Salud Mental, entre otras) y, en forma diseminada, en el CC. Así por ejemplo, el derecho a la intimidad se protegía en el art. 1071 bis, incorporado por la ley 21.173 o el derecho al honor en los arts. 1089 y 1090. Como se puede advertir, no obstante su relevancia, carecían de un articulado especialmente dedicado a ellos.

Resulta entonces un importante acierto este Capítulo 3 ya que, atendiendo a la importancia de estos derechos y dando así respuesta a la insistente demanda de la doctrina, sistematiza los derechos de la personalidad bajo el nombre: Derechos y actos personalísimos.

Este criterio había sido ya adoptado en importantes antecedentes que, en muchos aspectos, sirvieron de base al CCyC: Anteproyecto Cifuentes y Rivera, el Proyecto de Reforma al CC elaborado por la Comisión designada por decreto 468/1992 y el Proyecto de CCyC de 1998.

2.2. La inviolabilidad de la persona

El artículo en análisis consagra la inviolabilidad de la persona humana. Esta amplia fórmula, por un lado, implica que la integridad de la persona esté expresamente tutelada en todas sus dimensiones, por otro lado, entraña intrínsecamente respeto por su autonomía

(123) Valls, Ramón, "La dignidad humana", en María Casado (coord.), *Sobre la dignidad y los principios. Análisis de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos UNESCO*, Cizur Menor, Civitas, 2009, p. 72.

(124) Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, Cap. XVIII: Derechos Personalísimos, Bs. As., AbeledoPerrot, 2010, § 704.

Infojus

y, consecuentemente, exige su consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos que esta contempla, como se verá en los artículos siguientes.

La inviolabilidad de la dignidad de la persona humana es una garantía que posibilita a todo el mundo, incluso a los interesados, el establecimiento de restricciones a su significado y alcance. La libertad y la dignidad pertenecen a la esfera de lo no negociable, de lo que está fuera del mercado.[125]

De esta manera, el reconocimiento y respeto por la dignidad de la persona humana implica, además, consagrar a la persona como un fin en sí mismo proscribiendo todo trato utilitario. En este sentido, la inviolabilidad de la persona, consagrada en el art. 51 CCyC se relaciona con el art. 17 CCyC que establece el principio de no comercialidad del cuerpo humano y sus partes, negándoles todo valor económico, pudiendo tener solo un valor "*afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social...*".

Es coherente establecer que la propia persona es la que puede disponer del cuerpo y de sus partes integrantes para los fines mencionados, sobre la base del reconocimiento de la dignidad ínsita del art. 51 CCyC.

2.3. Fuentes y reconocimiento legal de la dignidad

Desde una perspectiva filosófica y religiosa, el concepto "dignidad humana" posee una larga trayectoria histórica. No obstante, desde un punto de vista jurídico, la dignidad es un concepto nuevo que surge luego de la Segunda Guerra Mundial, en tanto los textos que la mencionan son de la historia reciente.

Así, la dignidad de la persona humana aparece como núcleo central en importantes documentos internacionales. La expresión "dignidad" se encuentra en: la Conferencia de San Francisco (1945): "*a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana...*"; la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): *"la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana (…) La fe de las Naciones Unidas en la dignidad y el valor de la persona humana"*; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966): *"que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz del mundo tienen por base la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana..."*; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966): *"La educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad"*; la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969): *"Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad"*. También: en la Declaración Universal Sobre Bioética y Derechos Humanos (2005); la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (1997); la Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos (2003); la Convención de Derechos Humanos y Biomedicina (o Convención de Oviedo) del Consejo de Europa (1997), entre otras declaraciones; y en constituciones del s. XX de diferentes países, enumerada entre los "nuevos" derechos fundamentales.

La dignidad no se encuentra mencionada en el texto histórico de nuestra Constitución, ni como derecho ni como principio, pero nadie duda de que está incluida dentro de las previsiones del art. 33 CN.

(125) Rodotá, Stéfano, *La vida y sus reglas: entre el derecho y el no derecho*, Madrid, Trotta, 2010, p. 31.

ARTÍCULO 52.- ***Afectaciones a la dignidad.*** *La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1.*

Fuentes: art. 105 del Proyecto de 1998, inspirado en el art. 110 del Proyecto elaborado por la Comisión del decreto 468/1992.

1. Introducción

La tutela de la dignidad, establecida como fundamento y principio en el art. 51, se extiende a los derechos enumerados en este artículo, que reconoce de forma expresa los derechos personalísimos a la integridad espiritual, denominación utilizada en doctrina para distinguirlos de aquellos que están relacionados con la integridad física, la vida y la libertad de las personas.

El art. 52 establece cuáles son las consecuencias del atentado a una serie de derechos que hacen a la dignidad personal. De esta manera, la dignidad y sus emanaciones o derivaciones, que en su caso lo constituye todo derecho personalísimo, son objeto de tutela, respeto y reconocimiento. El CCyC expresamente prevé que ante su lesión se puede reclamar prevención y reparación.

2. Interpretación

2.1. Los derechos contemplados

En lo que respecta a los derechos contemplados en el art. 52 no es taxativa, pues el texto comprende al menoscabo *"de cualquier modo"* de la *"dignidad personal"*. Todo menoscabo a la dignidad puede ser entonces objeto de prevención y reparación.

Se mantiene, al igual que en el Proyecto de 1998, una regulación abierta. No se mencionan ni regulan cada uno de los derechos personalísimos, sino que se legisla utilizando cláusulas generales; método que además es más acorde a un Código.

2.2. Intimidad

El derecho a la intimidad tiene un ámbito público y otro, privado. Este último podrá estar constituido por una o más personas y responderá a distintas manifestaciones de la intimidad o privacidad.[126]

El artículo contempla el derecho a la intimidad personal o familiar, de modo que se extiende no solo a los aspectos de la propia vida, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como lo es la familiar.

El interés jurídico, tutelado por el derecho a la intimidad, es la posibilidad que tiene toda persona de poder gozar de un sector privado ajeno al conocimiento de terceros.

La tutela de este derecho descansó históricamente en los arts. 18 y 19 CN. El primero, porque establece: "… *el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar*

(126) Saltzer, Anderson, "Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el Proyecto de unificación del Código Civil y Comercial", en *Revista Derecho Privado*, n° 2, año I, Bs. As., Infojus, 2012, p. 39.

Infojus

y los papeles privados". Esta garantía es una clara consecuencia de la protección de la intimidad. Queda en la ley la posibilidad de determinar en qué circunstancias puede procederse a la injerencia del domicilio y de los papeles privados. El art. 19 CN protege la autodeterminación personal al prohibir la intromisión en las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a terceros.

La consagración de este derecho en el CC operó mediante la ley 21.173 que incorporó el art. 1071 bis, que expresamente reconoció el derecho a la intimidad y tipificó diversas manifestaciones —como el resguardo de la vida privada, la correspondencia y la publicación de retratos—. En el art. 1770 CCyC este artículo se reproduce con mejor técnica legislativa y supera las críticas de la doctrina: "*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*".

2.3. Honor

El artículo no define el derecho al honor, por lo que serán aplicables los criterios establecidos por la doctrina y la jurisprudencia que han definido el contenido de este derecho. La protección comprende a la honra o reputación, de modo que se tutela tanto la estima propia como a la fama o estimación ajena. Así se receptan ambas facetas del honor, objetiva y subjetiva.

2.4. Imagen

Al respecto, ver comentario al art. 53 CCyC.

2.5. Identidad

Fernández Sessarego sostiene: "*la identidad de la persona, en tanto inescindible unidad psicosomática, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí de los cuales unos son de carácter predominantemente físico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta psicológica, espiritual, cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, perfilan el ser 'uno mismo', diferente a los demás, no obstante que todos los seres humanos son iguales*".[127]

Entonces, siguiendo a este autor, el derecho a la identidad comprende no solo la identidad estática, sino también la dinámica. El CCyC extiende expresamente el reconocimiento a esta última en la regulación de los derechos personalísimos.

La identidad estática responde a la concepción restrictiva de "identificación" (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, y el nombre de los progenitores, entre otros datos). Por eso, como regla, se construye sobre los datos físicos o, si se quiere, materiales de una persona. La identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida; por lo tanto, comprende su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural.

(127) Fernández Sessarego, Carlos, "El derecho a la identidad personal", en *Revista Jurídica La Ley*, 1990-D, p. 1248.

2.6. Consecuencias de la lesión

Conforme la regla establecida en este artículo, toda afectación a la dignidad, en la medida que reúna los requisitos de la responsabilidad civil, podrá ser objeto de prevención y reparación, conforme a lo dispuesto en el Capítulo 1, Título V, Libro Tercero, que regula todo lo relativo a esta responsabilidad por daños. Es decir, el titular del derecho lesionado tiene derecho a accionar para reclamar la prevención o la reparación de los daños.

El artículo en análisis contempla expresamente la posibilidad de motorizar mecanismos judiciales de prevención o de tutela inhibitoria del daño futuro y previsible en relación a derechos personalísimos. Esto es importante porque en este ámbito el resarcimiento o indemnización nunca logra reparar el perjuicio y no existe reparación en especie.

Por último, cabe destacar que el art. 1738 en consonancia con el art. 52, prevé 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 53.- ***Derecho a la imagen.*** *Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos:*

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.*

En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.

Fuentes: art. 31 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual.

1. Introducción

El derecho a la imagen permite impedir que por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, u otro) se capte, reproduzca, difunda o publique sobre nuestra persona de un modo que permita que se nos identifique sin nuestro consentimiento o el de la ley.

El derecho a la imagen versa sobre un objeto interior de la persona, sin perjuicio de su proyección en el exterior de la misma, que configura su integridad espiritual y que es innato, vitalicio y extrapatrimonial.[128]

El art. 31 de la Ley 11.723 de Propiedad Intelectual es la fuente y base del art. 53. Este art. 31 dispuso: *"El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos, o en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarciendo*

(128) Salvadores De Arzuaga, Carlos I., "Dignidad, intimidad e imagen: la cuestión constitucional", en *LL* 1998-D-43.

Infojus

daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales, o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público".

El CCyC no deroga este art. 31. Los Fundamentos que acompañan el Proyecto explican que el Código no afecta a las leyes que conforman estatutos cerrados y que permanecen vigentes. De modo que, la ley 11.723 está vigente. El CCyC, a través del art. 53, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la imagen. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos, este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el Código; hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego; si es la ley especial, será la ley especial; si es el Código, será el Código. Es por eso que, en este sentido, en los artículos del CCyC que rigen la prelación de normas, la ley general o especial está siempre ubicada en el mismo inciso cuando se trata de leyes imperativas (arts. 963, 1709 y 1094).

2. Interpretación

2.1. Imagen y voz. Formas de registro

El artículo en análisis, a diferencia del art. 31 de la ley 11.723 que se refiere al "*retrato fotográfico*", contempla "*la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga*". Quedando incluida cualquier forma de registro (visual, auditivo o audiovisual) que incluya grabaciones, filmaciones, retratos, caricaturas o esculturas. La tutela apunta entonces, a cualquier forma de registro o reproducción que sirva para identificar a la persona.

De esta manera, el artículo recepta los cambios legales, doctrinales y jurisprudenciales. Así, antes de la modificación realizada por la ley 25.036, que consideró comprendido dentro del ámbito de la ley 11.723 otro tipo de manifestaciones que enumera de manera muy amplia, ya se interpretaba doctrinaria y jurisprudencialmente que la expresión *"retrato fotográfico"* debía asimilarse a otras formas de difusión, como la cinematografía y la televisión.

2.2. Captar o reproducir

El CCyC se refiere a captar y reproducir, de modo que el consentimiento se requiere también para la captación de la imagen de una persona o de su voz, y no solo para su reproducción o publicación. Es decir, al no prever la expresión "*no puede ser puesto en el comercio*" —como lo hace el art. 31 de la ley 11.723— entonces, toda captación de imagen sea puesta o no en el comercio, requiere del consentimiento de su titular. Consecuentemente, toda captación de la imagen es ilícita en la medida en que no se cuente con el consentimiento expreso de la persona o se trate de uno de los supuestos excepcionales de reproducción autorizados.

Pero además, la autorización para captar imágenes de una determinada persona no implica necesariamente la autorización para reproducirlas. Se trata de dos acciones diferentes que suponen consentimientos independientes.

2.3. Consentimiento expreso o tácito

El CCyC no califica el consentimiento para la captación y reproducción de la imagen, de modo que puede ser expreso o tácito, es decir, se puede inferir de las acciones de la persona.

Aunque nada dice sobre la posibilidad de revocar el consentimiento; resulta aplicable el art. 55, que consagra la regla del consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos, señalando que, en todo supuesto, es libremente revocable.

2.4. Excepciones a la exigencia del consentimiento

La publicación es libre en los supuestos previstos en los tres incisos. Los incs. a) y b) ya se encontraban contemplados, aunque con distinta redacción, en el art. 31, ley 11.723 cuando señalaba *"hechos o acontecimientos que se hubieran desarrollado en público"*. En este sentido, el art. 53, inc. a) CCyC dispone *"que la persona participe en actos públicos"*, como por ejemplo, una manifestación; y en el inc. b), si existe un interés científico, cultural o educacional prioritario, agrega: "... *y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario*". Por ejemplo: se toma la foto de una persona para mostrar que tiene lepra a los efectos de demostrar que esta enfermedad todavía está vigente entre nosotros, pero se le cubren los ojos para que no se la identifique.

El inc. c) trae una innovación respecto a la anterior regulación al señalar que será libre la publicación en caso *"que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general"*. El derecho de informar encuentra su base regulatoria en los arts. 14 y 33 CN y en los tratados internacionales.

Ahora bien, para que este derecho de informar permita la libre publicación, debe: en primer lugar, ejercerse en forma **regular**, es decir, conforme a la ley y no abusivamente. Cabe recordar lo afirmado por la Corte IDH en "Kimel"[129] en relación a que tanto la libertad de expresión como el derecho al honor revisten considerable importancia y es necesario garantizar el ejercicio de ambos; en caso de conflicto en el que deba decidirse que tiene que prevalecer uno sobre otro, lo será de acuerdo a las características de cada caso. La CSJN en el caso "Jorge Antonio Vago c/ Ediciones de La Urraca SA y otros",[130] ha resuelto: "*El derecho de prensa no ampara los agravios, la injuria, la calumnia, la difamación. No protege la falsedad ni la mentira, ni la inexactitud cuando es fruto de la total y absoluta despreocupación por verificar la realidad de la información. Ampara, sí, a la prensa cuando la información se refiere a cuestiones públicas, a funcionarios, figuras públicas o particulares involucrados en ella, aún si la noticia tuviera expresiones falsas o inexactas, en cuyo caso los que se consideran afectados deben demostrar que el periodista conocía la falsedad de la noticia y obró con real malicia con el propósito de injuriar o calumniar*". Y, en segundo lugar, tratarse de acontecimientos de interés general. Esto también comprende la difusión de *identikits* de personas buscadas por estar desparecidas o por haber presuntamente delinquido.

2.5. Publicación de la imagen de la persona fallecida

Según el CCyC, en caso de muerte de la persona titular del derecho a la imagen, los herederos pueden prestar el consentimiento. La ley 11.723 enumera al cónyuge e hijos o descendientes directos de estos, o en su defecto, del padre o de la madre, expresiones que pueden ser más restrictivas que la genérica "los herederos" o más extensa, si se piensa, por ejemplo, en un descendiente directo, un nieto, que sin embargo no es heredero porque su padre vive. De todos modos, el causante puede designar por disposición de última voluntad a una persona para que preste el consentimiento, es decir, la persona en vida puede decidir quién tendrá la potestad de decidir sobre la utilización de su imagen posterior a su fallecimiento, pudiendo designar a cualquier persona.

El CCyC aclara que, en caso de desacuerdo entre herederos de un mismo grado, el juez resuelve.

(129) Corte IDH, "Caso Kimel vs. Argentina" (Fondo, Reparaciones y Costas), 02/05/2008, Serie C N° 177.

(130) CSJN, "Jorge Antonio Vago c/ Ediciones de La Urraca SA y otros", 19/11/1991.

Infojus

2.6. Publicación transcurridos 20 años

La publicación es libre, luego de 20 años del fallecimiento, siempre que la reproducción no sea ofensiva. Esto quiere decir que la reproducción ofensiva está siempre vedada, antes y después de transcurridos los 20 años.

Idéntico plazo ya se encontraba contemplado en el art. 35 de la ley 11.723. Cabe destacar que, de ser ofensiva, afectaría el derecho al honor del difunto y/o de su familia.

2.7. Reparaciones

Ya se vio que el art. 52 dispone que la persona lesionada en su imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos.

ARTÍCULO 54.- ***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.*

Fuentes: art. 115 del Proyecto de 1998. Código Civil peruano.

1. Introducción

La prohibición de actos peligrosos constituye una forma de respeto a la dignidad e integridad. El respeto por la integridad y dignidad de la persona humana, ínsito en todo este Capítulo, conlleva garantizar que no se puede exigir el cumplimiento de un contrato que tenga por objeto la realización de un acto que implica un peligro para la vida, integridad o salud de la persona.

De esta manera, aunque la persona se pueda comprometer a través de un contrato a hacer algo que implica un peligro para su propio ser, aun siendo válido ese contrato, este no es exigible y no existe acción de cumplimiento. Nadie puede ser compelido a poner en peligro su vida o la integridad de su persona y esta negativa no genera responsabilidad.

Entonces, sobre la base del respeto a la integridad y dignidad de la persona humana, este artículo supone una excepción a la regla del efecto vinculante de los contratos (art. 961). Es decir, frente a la regla general inherente a toda obligación de que debe ser cumplida, este articulo permite que el deudor de esa obligación pueda no cumplir sin que ello genere responsabilidad, si esa obligación conlleva riegos para su vida o integridad.

2. Interpretación

2.1. La excepción

La excepción a la regla establecida en este artículo la constituye la circunstancia de que la actividad habitual de la persona implique ese peligro —por ejemplo: ser torero, trapecista, circense, motociclista de carrera, entre otras (es imposible enumerar de modo exhaustivo las actividades que puede encerrar este supuesto)—, pero siempre que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias.

Es decir, la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación está supeditada al cumplimiento de dos condiciones: 1) que esa actividad sea la habitual —profesional o no de la persona— y, 2) que se tomen las medidas de prevención y seguridad adecuadas.

Si se cumplen estas dos condiciones y la persona se rehúsa a cumplir con la obligación, incurrirá en responsabilidad civil, es decir, su incumplimiento generará las consecuencias patrimoniales de cualquier obligación no cumplida.

Si, por el contrario, no es su actividad habitual, o lo es pero no se adoptaron medidas de prevención y seguridad, puede, conforme la autoriza este artículo, rehusarse a cumplir sin que ello genere responsabilidad civil.

ARTÍCULO 55.- ***Disposición de derechos personalísimos.*** *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.*

1. Introducción

El art. 55 sienta el principio universal de disposición de los derechos personalísimos pero, como plasmación de la misma humanidad y por la propia esencia de esos derechos, queda reservado a la persona misma y debe ser manifestado en un acto de voluntad que no puede presumirse y, ante la duda, debe interpretarse en forma restrictiva.

Entonces, la regla es que la persona, como titular, puede disponer de su derecho a la imagen, a la intimidad, al cuidado de su cuerpo y demás derechos personalísimos mas por su misma naturaleza y por ser y hacer a la dignidad de la persona, solo se admite el consentimiento si no es contrario a la ley, a la moral o a las buenas costumbres y solo la propia persona puede consentir esta disposición, que no podrá presumirse y será siempre interpretada de manera restrictiva. El artículo en análisis, mediante la fórmula expuesta, procura equilibrar dos cuestiones: por un lado, la posibilidad de disponer de derechos propios de una persona y, por el otro, la necesidad de establecer límites a esa disposición, precisamente por la naturaleza y esencia de esos derechos.

2. Interpretación

2.1. La relatividad. Límites a la posibilidad de disponer

Del artículo en análisis se desprende que los derechos personalísimos son relativamente indisponibles. De modo que, en principio, se puede disponer de ellos. Así, una persona puede, por contrato: obligarse a la participación en una pelea de boxeo disponiendo de su integridad física; disponer de su privacidad para protagonizar un *reality show*; mediante un acto de disposición material o jurídica, permitir la intromisión en su vida privada, que se difunda su imagen, que se tatúe su cuerpo, o que se le adose un piercing.

La regla es la libertad. Sin embargo, siguiendo a De Lorenzo,[131] el límite de libertad de actuación individual o de autodeterminación está en que no se perjudique intolerablemente la dignidad de la persona humana. Por eso, el límite a la posibilidad de disponer lo constituye que el consentimiento no sea contrario a la ley, la moral o las buenas costumbres. Son casos en los que la justificación del paternalismo es particularmente fuerte y ampliamente compartida en nuestra sociedad.

Conforme se desprende del art. 51, que sirve de sustento a todo este Capítulo, la dignidad constituye un principio material de interpretación de los derechos fundamentales. La

(131) De Lorenzo, Miguel F., "Contratos, derechos fundamentales y dignidad de la persona humana", en *LL* 2011-E, p. 1258.

Infojus

disposición de un derecho personalísimo (por ejemplo: imagen, libertad, integridad física, privacidad, u otro) en el marco de un contrato es siempre, por así decirlo, *ad referendum* del orden público humanista que enerva cualquier acuerdo que implique la deshumanización o cosificación de la persona humana involucrada. Por ejemplo: no se puede aceptar que una persona capaz "decida" someterse a un trabajo esclavo por contrato.

Está claro que una persona adulta es soberana para tomar decisiones libres sobre el estilo de vida que desea (art. 19 CN). Como también es claro que el negocio jurídico, al ser un instrumento de autodeterminación, es —por naturaleza— un medio de expresión de las preferencias subjetivas, de la libertad emocional y de sentimientos discrecionales jurídicamente no controlables por criterios de razonabilidad. Pero esa libertad deja de justificarse cuando su ejercicio atenta intolerablemente contra la dignidad humana. Sucede que esta dignidad es un valor objetivo sustraído a la disponibilidad de la persona interesada. Por otro lado, en una sociedad con tendencias inocultables a la mercantilización de la persona humana, dejar solo en el consentimiento contractual la legitimación de la disposición de un derecho fundamental o personalísimo equivaldría, en la gran mayoría de los casos, a poner a los vulnerables al servicio de los fuertes, a los pobres al servicio de los ricos.

Entonces, la norma circunscribe los actos de disposición que se hallan prohibidos a límites éticos conformados por principios generales, como el de dignidad, autonomía, beneficencia, etc. Fuera de este marco de prohibición cobra su vitalidad la facultad general dispositiva.[132]

2.2. El consentimiento

Precisamente, por tratarse de la disposición de un derecho personalísimo, el consentimiento no se presume y debe interpretarse de forma restrictiva. En caso de duda, se entenderá que este no ha sido otorgado.

Además, por su particularidad, la disposición de estos derechos personales admite siempre la modificación de la voluntad, incluso su revocación. Es decir, este consentimiento es libremente revocable de modo que no puede dar lugar a resarcir los daños causados, salvo disposición legal en contrario.

ARTÍCULO 56.- ***Actos de disposición sobre el propio cuerpo.*** *Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo 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.*

La ablación de órganos para ser implantados en otras personas se rige por la legislación especial.

El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo no puede ser suplido, y es libremente revocable.

Fuentes: art. 5º del Código Civil italiano.[133] Norma pionera que luego se reprodujo, aunque con variantes, en numerosos códigos civiles (Perú, Costa Rica, Francia, Quebec, entre otros).

(132) Cantafio, Fabio F., "La salud y los derechos personalísimos en el Proyecto de Código", en *LL* 2012-F, p. 988, AR/DOC/3744/2012.

(133) Según él: *"los actos de disposición sobre el propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionan una disminución permanente de la integridad física o cuando sean de otro modo contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres"*.

Infojus

1. Introducción

Este artículo extiende la regla de la indisponibilidad relativa de los derechos personalísimos a los relacionados con el propio cuerpo.

En principio, conforme lo establecido en los arts. 26, 55, 58 y 59 CCyC y lo prescripto en la ley 26.529 y su reglamentación, toda persona competente puede disponer del propio cuerpo a través de un acto de voluntad, libre y revocable.

Ahora bien, a los efectos de establecer límites en resguardo de la dignidad de la persona humana, el art. 56 establece que no se puede disponer del propio cuerpo en dos circunstancias: 1) cuando esa disposición causa una disminución permanente de la integridad que no tiene una razón de salud, de modo que no se permiten, por ejemplo, los actos de automutilación que no responden a razones médicas, o 2) cuando esa disposición es contraria a la ley, a la moral o a las buenas costumbres.

Entonces, el mero deseo de un individuo de disponer de partes de su cuerpo como si se tratase de simples objetos, no basta para legitimar tales actos, si esto causa una disminución permanente de su integridad. Así por ejemplo, ni la voluntad de vender un riñón, ni el deseo de verse amputado un miembro sano sin ninguna necesidad terapéutica, se consideran compatibles con la dignidad humana.[134]

Con esta norma se procura proteger el derecho a la integridad, estableciendo que cede ante los límites legales y morales que se imponen por el respeto a la dignidad humana. En otras palabras, como toda disposición de un derecho personalísimo, el límite de autodeterminación, en lo que respecta a la disposición sobre el propio cuerpo, está constituido por que no afecte la dignidad de la persona humana.

2. Interpretación

2.1. La excepción

Sin perjuicio del principio general de libre disposición, sentado en el art. 59 y en la ley 26.529, la norma sí permite disponer del propio cuerpo, aun cuando ello ocasione una disminución permanente de su integridad, si se justifica o es requerido para el mejoramiento de la salud de la persona (por ejemplo, si se requiere amputar una pierna gangrenada) o excepcionalmente la salud de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, la donación de un órgano).

Es decir, este derecho de disposición, sentado en el artículo anterior, se extiende a los actos que afectan al propio cuerpo de la persona y que producen una disminución permanente de su integridad, si son requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona o excepcionalmente al mejoramiento de la salud de otra persona.

2.2. El consentimiento

El CCyC aclara que el consentimiento para disponer de los actos sobre el propio cuerpo que no quedan comprendidos en la prohibición, es decir, los actos que aunque importen una disminución permanente de la integridad, responden a cuestiones de salud, no puede ser suplido, de modo que no puede ser otorgado por representación. Se trata entonces de un consentimiento específico de la persona y libremente revocable, de modo que su revocación no genera responsabilidad.

(134) Andorno, Roberto, "La persona humana en el proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", *Revista de Derecho de Familia de las Personas*, año IV, nº 7, 2012, p. 232.

Infojus

2.3. Disminución permanente de la integridad

Como se vio, para que opere la prohibición, el CCyC exige que los actos de disposición generen una disminución permanente de la integridad que no se justifique por una razón de salud. Consecuentemente, esta prohibición no alcanza a las partes renovables del cuerpo, como pelo, óvulos, semen, sangre, leche materna, u otra, porque su disposición no ocasiona una disminución permanente de la integridad corporal.

No obstante, aunque sí se puede disponer de estas partes renovables, se aplica respecto de estas, en consonancia con lo dicho en este Capítulo, el art. 17 CCyC.

En el art. 17 CCyC se extiende el reconocimiento de la dignidad atribuida al cuerpo como soporte de la persona a las partes del mismo, asegurando un trato diferenciado respecto de estas. Este trato diferenciado se asienta primordialmente en la prevalencia del principio de no comercialidad. Tomar una parte separada del cuerpo vivo como una cosa e importa autorizar a que entre en el tráfico mercantil, desvirtuando la consideración y el respeto por la dignidad humana, respeto que necesariamente debe transmitirse a las partes separadas del cuerpo. Existe aquí una representación simbólica: todo lo humano participa de un mismo régimen. Que esté integrado a la unidad corporal o que esté separado no tiene a estos fines ninguna relevancia.

Otorgarle al sujeto del cual se separó una parte, un derecho de propiedad sobre ella importa al mismo tiempo dejar al mercado la posibilidad de apropiarla, al margen de toda consideración de orden humanista.

Entonces, el art. 17 CCyC parte del presupuesto de que el derecho a la integridad personal se extiende tanto al cuerpo como a las piezas anatómicas una vez extraídas del cuerpo y mientras sea posible la identificación de estas con dicha persona.

El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), es terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), es científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), y social (tiene valor para el conjunto de la sociedad).[135]

2.4. La ablación de órganos

En lo que respecta a todo lo concerniente a la ablación de órganos para ser implantados en otras personas, el artículo remite a la legislación especial, es decir, a la ley 24.193 modificada por la ley 26.066, que se funda en los mismos lineamientos que el art. 56.

ARTÍCULO 57.- ***Prácticas prohibidas.*** ***Está prohibida toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia.***

1. Introducción

El artículo en análisis, mediante una regla general, prohíbe las prácticas que tengan por fin o consecuencia producir una alteración genética del embrión cuando esa alteración, precisamente por afectar al embrión, se transmite a la descendencia.

(135) Lorenzetti, Ricardo L., "Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación", en *LL* 06/10/2014, p. 1, AR/DOC/3561/2014.

Aunque en materia terminológica se utiliza una fórmula amplia a los efectos de no quedar obsoleta, atento al rápido avance de la ciencia, lo cierto es que la prohibición estipulada en el art. 57 contempla exclusivamente a las intervenciones que alteran el genoma del cigoto o del embrión temprano y están destinadas a producir mutaciones que se transmitirán a la descendencia.

2. Interpretación

2.1. Alteraciones genéticas

La norma prohíbe alterar o producir una alteración genética —no seleccionar, que es lo que sucede precisamente en el diagnóstico genético preimplantacional (DGP)—. En otros términos, el art. 57 no prohíbe los diagnósticos de genes tales como el diagnóstico genético pre-implantacional en los que se aplican técnicas que no afectan al cigoto.

El DGP consiste en una técnica que se lleva a cabo durante un ciclo de fecundación in vitro y que permite, mediante una biopsia embrionaria, detectar alteraciones específicas, genéticas, estructurales, y/o cromosómicas de un embrión antes de su implantación en el útero de la persona. Su objetivo es asegurar una descendencia sana y acabar con la transmisión de una determinada patología mediante la selección del embrión no afectado.

Consecuentemente, siguiendo este criterio, la norma tampoco prohíbe, por ejemplo, la selección de sexo de los embriones a implantarse en un tratamiento de reproducción asistida. En otras palabras, la norma procura que no se altere la especie humana, pero no impide evitar enfermedades o seleccionar embriones con fines terapéuticos. Tampoco pone límites a la terapia génica de células somáticas ni a otras técnicas terapéuticas que no están orientadas al reemplazo del núcleo del óvulo.[136] Es decir, no prohíbe alteraciones genéticas en personas humanas que no provoquen consecuencias en la descendencia, sino que sus efectos se limitan a la persona destinataria.

Teniendo en cuenta lo dicho, conforme el estado actual de la ciencia y atendiendo a la modificación efectuada a la redacción originaria del artículo en cuestión,[137] se entiende que la prohibición abarca técnicas como la terapia génica germinal o *in ovo*.

2.2. La terapia génica

La terapia génica, en general, consiste en la búsqueda de cura y/o prevención de enfermedades a nivel genético. Cuando se trata de la terapia germinal o *in ovo*, se refiere a las intervenciones genéticas en células germinales, es decir, células reproductoras (óvulos o espermatozoides) o embriones. Dichas intervenciones modifican el genoma de estas células, ya sea potenciando, silenciando o disminuyendo los genes defectuosos, por lo que tendrán consecuencias y repercusión tanto en el individuo como en su descendencia.

(136) Ver CECTE, *Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado*, 2014.

(137) El art. 57 en su versión presentada por la comisión reformadora prohibida toda alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia, exceptuando las que tiendan a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas. Es decir, por ejemplo, permitía la terapia génica in ovo cuando se trata de modificar genes patológicos. Tal como lo hace España conforme su ley 14-2006 en el art. 13, inc. 2 c).

Infojus

Dicha terapia germinal se diferencia de la terapia génica somática por cuanto esta última modifica células somáticas, es decir, tejidos del cuerpo u órganos no reproductores (hígado, pulmones, músculos, sangre o nervios del paciente); por lo tanto, los efectos de esta terapia solo son visibles para el paciente intervenido y no modifican su genoma a nivel germinal o reproductivo.

2.3. Las razones de la prohibición

La prohibición se funda en que la terapia génica germinal, y en general, cualquier alteración genética del embrión que se transmita a la descendencia, encuentra una fuerte oposición en la comunidad científica.

Actuar a nivel celular modificando los genes de los individuos significa actuar sobre el patrón genético de la humanidad, es decir, hacer intervenciones técnicas que son poco seguras en un ámbito de riesgo que nos hace ignorar totalmente las consecuencias derivadas de este tipo de intervención. También comprende cuestiones como la integridad personal, la identidad de las personas y del género humano en general.

Sobre la base de estas consideraciones se puede remitir a la Recomendación 934/1982 de 26/01/1982 del Consejo de Europa, que solicitó incluir en el listado de los derechos humanos la intangibilidad de la herencia genética de la humanidad, para protegerla de cualquier intervención artificial de la ciencia o la técnica. O también, los arts. 27 y 28 de la Resolución sobre los Problemas Éticos y Jurídicos de la Manipulación Genética del Parlamento Europeo, que pidió prohibir los intentos de reprogramar genéticamente a los seres humanos y la penalización de cualquier transferencia de genes a células germinales humanas. Por su parte, el art. 13 del Convenio de Derechos Humanos y Bioética *"prohíbe cualquier intervención genética que no sea preventiva, diagnóstica o terapéutica y a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia"*. La Declaración de la UNESCO sobre la Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con la Generaciones Futuras (1997) también expresa la necesidad de proteger el genoma humano en virtud de la dignidad humana, de los derechos humanos y de la necesidad de preservar la diversidad biológica.

Esta prevención que inspiran los mencionados instrumentos, no solo se debe a dificultades técnicas transitorias, sino a riesgos biológicos propios de los procesos de mutación. Las alteraciones provocadas por la interacción entre genes (efectos epistáticos); por modificaciones de la cromatina, es decir, del conjunto de la información genética que se encuentra en el núcleo celular (efectos epigenéticos), o por cambios relacionados con el sitio en el que se insertó el gen foráneo en el genoma blanco, son en todos los casos eventos producidos al azar. Asimismo, las mutaciones pueden resultar beneficiosas en la primera generación que las porta, pero perjudiciales para las siguientes, tal como se ha comprobado en todas las especies estudiadas.

Por último, las terapias génicas *in ovo* —en cigotos o embriones tempranos— tampoco serían justificables para corregir enfermedades hereditarias en el marco de las técnicas de reproducción asistida. Este tipo de enfermedades, causadas por mutaciones recesivas, están asociadas en un 25% de probabilidad de generar un embrión portador de la misma enfermedad. En el caso de que dos padres portadores de tales mutaciones se sometieran a un protocolo de fecundación in vitro, se generarían simultáneamente tanto embriones portadores como no portadores de la enfermedad. Resulta mucho más seguro realizar un diagnóstico genético preimplantacional, que permite identificar a los embriones sanos antes de transferirlos, que corregir a los embriones enfermos.

ARTÍCULO 58.- ***Investigaciones en seres humanos.*** *La investigación médica en seres humanos mediante intervenciones, tales como tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente, sólo puede ser realizada si se cumple con los siguientes requisitos:*

a. *describir claramente el proyecto y el método que se aplicará en un protocolo de investigación;*

b. *ser realizada por personas con la formación y calificaciones científicas y profesionales apropiadas;*

c. *contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación;*

d. *contar con la autorización previa del organismo público correspondiente;*

e. *estar fundamentada en una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga;*

f. *contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios; dicho consentimiento es revocable;*

g. *no implicar para el participante riesgos y molestias desproporcionados en relación con los beneficios que se espera obtener de la investigación;*

h. *resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal;*

i. *asegurar que la participación de los sujetos de la investigación no les resulte onerosa a éstos y que tengan acceso a la atención médica apropiada en caso de eventos adversos relacionados con la investigación, la que debe estar disponible cuando sea requerida;*

j. *asegurar a los participantes de la investigación la disponibilidad y accesibilidad a los tratamientos que la investigación haya demostrado beneficiosos.*

Fuentes: a nivel internacional: Declaración de Helsinki; Código de Nüremberg (1948); Declaración sobre el Uso de Animales en la Investigación Biomédica; Convención referida a los Derechos Humanos y la Biomedicina; Pautas Éticas CIOMS; Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos; Documento de las Américas sobre Buenas Prácticas Clínicas de la OPS; y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, incorporados en art. 75, inc. 22 CN.

A nivel nacional: Ley 11.044 sobre Investigación en Salud de la Provincia de Buenos Aires; Ley Básica de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; la Disposición ANMAT 6677/2010 —que aprueba el Régimen de Buena Práctica Clínica para Estudios de Farmacología Clínica—; y la Resolución MS 1480/2011 —que aprueba la Guía para Investigación con seres humanos.

Infojus

1. Introducción

Esta norma es una extensión de la protección de la dignidad humana prevista en el art. 51 atento a que la participación de un ser humano en una investigación médica genera una potencial situación de vulnerabilidad en la que sus derechos deben ser claramente protegidos.

Regular la investigación en seres humanos en este Capítulo, destinado a los derechos personalísimos, es fundamental a los efectos de proteger, principalmente, la dignidad, la integridad, la autonomía y la salud de las personas. Así, al ubicar la investigación en seres humanos en este marco, el legislador muestra la interrelación que guarda el tema con los derechos humanos.

Cabe destacar que, pese a la importancia de esta norma, ninguno de los ocho proyectos anteriores de reformas del CC argentino había incorporado reglas sobre este asunto.

2. Interpretación

2.1. Alcance nacional

Hasta la sanción del CCyC, no existía en nuestro país una ley con alcance nacional que regule la investigación en seres humanos, sino disposiciones de carácter local y reglamentaciones específicas de las autoridades de contralor, generalmente circunscriptas a ciertos tipos de investigación. Esta falta de precisiones sobre el tema había dado lugar a que se lo considerara de incumbencia provincial, como un derecho no delegado, lo que en la práctica hubiera ocasionado problemas por la multiplicidad de soluciones que se podrían generar. Ahora, con esta legislación sobre investigación con seres humanos, queda en claro que pertenece a la órbita nacional.

Entonces, por su alcance, el art. 58 va a regular en todo el país los requisitos indispensables, mínimos y esenciales para la investigación en seres. Se trata de regular un núcleo duro que sirva de base mínima de protección y que permita armonizar la normativa existente a nivel nacional y la legislación de todas las jurisdicciones en beneficio de la protección de los derechos de los sujetos.

2.2. Investigación en seres humanos

El artículo en análisis habla expresamente de investigación médica en **seres humanos**, de modo que se limita a este tipo de investigaciones, que se diferencian de otras que, aunque vinculadas con la salud de las personas humanas, no se realizan en seres humanos o personas humanas.

2.3. Tipos de investigación

Atento al avance de la ciencia y conforme se desprende de la expresión "tales como", los métodos o tipos de investigación no están enumerados de forma taxativa, sino que comprenden diferentes intervenciones, tratamientos, métodos de prevención, pruebas diagnósticas o predictivas, cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente. La limitación no está en el tipo de investigación, sino en el cumplimiento de los requisitos previstos por la norma. Así, aunque no se mencionan expresamente, también quedan comprendidas, por ejemplo, las investigaciones que tienen un propósito de indagación etiológica, es decir, las que procuran determinar la causa de una enfermedad.

2.4. Requisitos

El art. 58, a través de sus incisos, consagra los requisitos y principios centrales, fundamentales y mínimos que legitiman la investigación en seres humanos.

Cabe destacarse que el inc. c) exige contar con la aprobación previa de un comité acreditado de evaluación de ética en la investigación debiendo entonces este constituirse y regularse. De esta manera, se institucionaliza en la órbita del derecho civil a los comités de ética de investigación, llamados a dar su aprobación previa a tales investigaciones. Además, el inciso exige que este comité esté acreditado, de modo que debe existir una instancia superior que haya aprobado su constitución.

El inc. e) requiere que medie una cuidadosa comparación de los riesgos y las cargas en relación con los beneficios previsibles que representan para las personas que participan en la investigación y para otras personas afectadas por el tema que se investiga, conforme lo dispuesto en el punto 18 de la Declaración de Helsinki.

El inc. f) exige contar con el consentimiento previo, libre, escrito, informado y específico —no se admite entonces, el consentimiento por representación— de la persona que participa en la investigación, a quien se le debe explicar, en términos comprensibles, los objetivos y la metodología de la investigación, sus riesgos y posibles beneficios. Dicho consentimiento es revocable. Estas exigencias se justifican por la complejidad de la materia, atento a las aristas bioéticas que la envuelven. A su vez, la revocabilidad del consentimiento refuerza los derechos de los sujetos intervinientes, al autorizarlos a retirarse de la investigación en cualquier momento del ensayo.

El inc. g) se funda en la Declaración de Helsinki que prevé *"En investigación médica en seres humanos, el bienestar de la persona que participa en la investigación debe tener siempre primacía sobre todos los otros intereses"*. En similar sentido, el art. 3.2 de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (DUBDH) establece claramente que "*Los intereses y el bienestar de la persona deberían tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad*". Es decir, se debe cumplir con el principio de que los avances en las investigaciones con seres humanos —que buscan acrecentar el conocimiento generalizable— no pueden perjudicar a las personas que participan en una de investigación.

El inc. h) exige resguardar la intimidad de la persona que participa en la investigación y la confidencialidad de su información personal, en consonancia con el inc. c) y d) art. 2° de la ley 26.529 y del art. 8° de la ley 25.326 —Ley de Protección de Datos Personales—.

El inc. i) consagra el principio de no onerosidad para los sujetos de la investigación y privilegia los derechos del participante. Establece, para el promotor de la investigación, la obligación de asegurarle la atención médica pertinente y apropiada en todo momento, no solo durante, sino también una vez finalizada la investigación, cuando se trate de efectos adversos relacionados con ella.

El inc. j) prevé la pauta de aprovechamiento compartido de los beneficios, contenida en la DUBDH de la Unesco cuyo art. 15 prescribe la *"asistencia especial y duradera a las personas y los grupos que hayan tomado parte en la actividad de investigación y reconocimiento de los mismos; y acceso a una atención médica de calidad"*. Indudablemente, los sujetos de investigación merecen que se les asegure el acceso al beneficio post-ensayo, pero la responsabilidad de esta garantía no puede recaer sobre el investigador, sino sobre quien se beneficiará de la patente del medicamento.

ARTÍCULO 59.- ***Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud.*** *El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud 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.*

Ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.

Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. 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.

Fuentes: art. 5° de ley 26.529, sustituido por ley 26.742.

1. Introducción

El principio sentado en el artículo en análisis es que ningún acto médico o investigación en salud puede llevarse a cabo sin el previo consentimiento libre e informado del paciente o la persona competente.

Al igual que la investigación en seres humanos, la regulación del consentimiento informado en el Capítulo destinado a los derechos personalísimos es una muestra de su relevancia e importancia dada su íntima relación con la dignidad, integridad y autonomía de la persona.

La regulación del consentimiento informado, en lo que se refiere a la actuación médica, ya había sido abordada en Capítulo 3 de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, no así en lo referente a la investigación en seres humanos. Así, la fuente directa de este artículo la constituye el art. 5° de la ley 26.529 sustituido por la ley 26.742. Tal es así que, en cuanto al contenido de la información, el CCyC reproduce textualmente lo dicho en esa ley.

Ahora bien, el CCyC no deroga la ley 26.529 y, como se dijo, los Fundamentos que acompañan el Proyecto explican que el CCyC no afecta las leyes que conforman estatutos cerrados, que permanecen vigentes. El CCyC, a través de los arts. 58, 59 y 60, procura regular e incorporar el núcleo duro del derecho a la salud. Este núcleo duro significa que no se puede proteger menos de lo que protege el CCyC. Consecuentemente, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos —el CCyC y la ley— hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego; si es la ley especial, será la ley especial; si es el Código, será el Código (arts. 963, 1709 y 1094).

2. Interpretación

2.1. El consentimiento informado

Sin perjuicio de las múltiples definiciones existentes, puede afirmarse que el consentimiento informado consiste en la aceptación (o rechazo) por parte de una persona competente de un procedimiento diagnóstico o terapéutico, una vez esta ha sido adecuadamente informada acerca de aquello que se le propone consentir. Su finalidad es que la persona pueda implicarse de manera suficiente en la relación clínica y pueda tomar decisiones que le afectan con conocimiento de causa. Los requisitos básicos son, por lo tanto, libertad, competencia e información suficientes.

La finalidad principal de los documentos de consentimiento informado es entonces, favorecer la participación de las personas en el proceso asistencial que les atañe y promover su corresponsabilidad en la toma de decisiones clínicas.

Ahora bien, el consentir significa también no consentir, de modo que así como un paciente puede consentir un tratamiento, también puede rechazarlo. Y esto es lo que expresamente prevé el texto al sostener que, 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 paciente tiene derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, de alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable. Precisamente, al permitir este rechazo, consagra expresamente el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento.

2.2. Tipos de consentimiento informado

El artículo en análisis contempla dos tipos de consentimiento informado: el otorgado para la atención médica del individuo y el dado para someterse a una investigación en seres humanos, es decir, para lo regulado en el art. 58, de modo que el consentimiento previsto en el inc. f) de ese artículo debe, no solo cumplir con lo que específicamente se prevé allí, sino también reunir los requisitos generales que se contemplan en esta norma.

Infojus

2.3. La información

El CCyC, al igual que la ley 26.529, exige que la información sea: clara, precisa y adecuada, siguiendo la línea fijada por las convenciones internacionales, como la DUBDH o el Convenio sobre los Derechos del Hombre y la Biomedicina.

La adecuación se proyecta en la esfera subjetiva, objetiva, cuantitativa, cualitativa y temporal. La información debe ser adecuada a las circunstancias personales del paciente (edad, estado de ánimo, gravedad, tipo de enfermedad, etc.). Ella debe adecuarse a su finalidad (dar a conocer el estado de salud, obtener el consentimiento, conseguir la colaboración activa, etc.). La cantidad de información a suministrar está dada por la finalidad citada y por lo que demande el paciente. Es imprescindible un análisis personalizado y prudente, es decir, adecuado a cada situación, con el fin de respetar las necesidades de cada persona y las preferencias de cada una en cada momento. La información no será nunca dirigida a buscar una decisión determinada del paciente, debiendo evitar cualquier tipo de manipulación.

2.4. El consentimiento por representación

El CCyC regula expresamente el consentimiento por representación. Tanto la ley 26.529 y el decreto 1089/1212, como el CCyC precisan en qué supuestos es posible sustituir la decisión del paciente. Sin embargo, la regulación no es uniforme. Para la ley 26.529 se aplica el mecanismo de sustitución de la decisión para los casos de: 1) los pacientes con incapacidad, y 2) aquellas personas imposibilitadas de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico. Según el decreto 1089/2012 tienen que ser sustituidos: 1) los pacientes que no sean capaces de tomar decisiones según criterio del profesional tratante, o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación; 2) los pacientes incapacitados legalmente; y 3) los pacientes menores de edad.

Por su parte, para el CCyC, la decisión puede ser solo por sustitución si el paciente se encuentra absolutamente imposibilitado para expresar su voluntad.

Este criterio —la imposibilidad absoluta del paciente para tomar una decisión— respeta las prescripciones de las convenciones internacionales que obligan a los Estados a suprimir, o limitar al máximo posible, los sistemas de sustitución en la toma de decisión y además, es coherente con la idea misma de competencia, cuya finalidad es ampliar la participación del paciente en la toma de decisiones y no limitarla. La premisa del CCyC es que si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, tiene habilidades para tomar una decisión y puede comunicar su voluntad, el paciente es "competente" para consentir por sí mismo un tratamiento médico sin la intervención de un "representante".[138]

Entonces, solo por excepción, en circunstancias muy acotadas y en exclusivo beneficio del sujeto, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que guarda con aquel una relación de afecto humano/familiar que lo habilita a "decidir por" el otro.

Atento a su naturaleza, este consentimiento por representación solo es aplicable a la atención médica y no a las investigaciones en seres humanos, conforme además lo dicho en el artículo anterior, que exige el consentimiento específico de la persona. Además, y en consonancia con esto último, el art. 59 prevé que ninguna persona con discapacidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite.

(138) Frisicale, María L.; Girotti Blanco, Sofía, "Decisiones por sustitución en la relación médico-paciente. Apostillas sobre la Ley 26.529, el Decreto 1089/12 y el Nuevo Código Civil y Comercial", MJ-DOC-7008-AR | MJD7008.

Respecto a las personas menores de edad, se aplica el art. 26 CCyC. Como regla, para los niños, prestarán consentimiento los padres o tutores, excepto que sean los actos para los cuales consideramos que tienen autonomía, conforme el principio de capacidad o autonomía progresiva.

2.5. Representantes

2.5.1. Consideraciones generales

El art. 59 CCyC estipula que pueden emitir el consentimiento por representación el representante legal, el apoyo (regulada en el art. 43 que dispone: "*Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, (...) Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos; en cumplimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*"), el cónyuge, el conviviente, el pariente (sin limitación de grados) o el allegado que acompañe al paciente.

También se encuentra facultado para decidir por el paciente, el tutor, el curador (destacando que el art. 139 prevé que "*La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela*"), los progenitores de una persona menor de edad (art. 26) o la persona designada por el propio paciente antes de encontrarse en tal situación (mediante un documento de directiva anticipada).

La amplitud de la disposición se adecua a la realidad de las situaciones que la riqueza de la vida y los cambios en los núcleos familiares y de contención, crean.

2.5.2. Requisitos de procedencia del consentimiento por representación

El CCyC no solo exige que la persona esté absolutamente imposibilitada de consentir, sino también que medie una situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o salud. Es decir, debe tratarse de una situación que exige una decisión que no puede esperar, so pena de ocasionar un mal grave en la vida o salud del paciente.

Finalmente, si no existe persona que pueda brindar el consentimiento por representación, situación excepcional atento a la amplitud de la norma, y si además el paciente no ha expresado su voluntad anticipadamente, el médico podrá proceder sin que medie consentimiento, siempre que su actuación sea urgente y tenga por objeto evitar un mal grave al paciente.

ARTÍCULO 60.- ***Directivas médicas anticipadas.*** *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 y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.*

Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

1. Introducción

Las directivas anticipadas constituyen un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con el objeto de que surta efecto cuando no pueda expresar su voluntad. En otras palabras, se trata de una

Infojus

declaración de voluntad que hace un individuo para que se respete su voluntad cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida.

Consiste, entonces en un consentimiento informado por anticipación. Estos documentos deben entenderse como un consentimiento informado y realizado con anterioridad al supuesto o supuestos en los que debería entrar en vigor.

En el orden nacional, aun antes de la entrada en vigencia del CCyC, la ley 26.529 las receptaba en el art. 11, en los siguientes términos: *"Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó"*.

Como se dijo, el CCyC regula un núcleo duro en la materia y no deroga esta ley; por lo que, en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos —el Código y la ley— hay que buscar, pues, la norma más protectoria de los derechos en juego.

En materia jurisprudencial, el respeto por las directivas anticipadas se refleja, entre otros casos, en "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias".[139] En él, el más Alto Tribunal nacional no hace lugar al pedido del padre del paciente a que se realice una transfusión de sangre en virtud de que el paciente la rechazó en una directiva anticipada.

2. Interpretación

2.1. Modalidades contempladas

El CCyC contempla dos modalidades: 1) otorgar directivas anticipadas que impliquen dejar instrucciones por escrito; y 2) "*designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer la curatela*". Cuestión que es reiterada en el citado art. 139 en los siguientes términos: "*La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela*".

Este agregado es sumamente útil ya que el sujeto, al momento de redactar las directivas anticipadas, solo puede prever algunas de las situaciones en las que eventualmente pueda verse comprometido. En cambio, si designa a una persona para que exprese el consentimiento, se abre un espectro de posibilidades, permitiendo que decida sobre la salud de la persona sobre la base del conocimiento real del incapaz, una relación de afecto y de acuerdo a la posibilidades de la ciencia médica al momento de la decisión.

2.2. Persona plenamente capaz

El CCyC, a los efectos de poder otorgar directivas anticipadas, requiere "*plena capacidad*". Ello exige ser mayor de edad, en un todo de acuerdo con lo previsto por la ley 26.529 y su reglamentación.

Entonces, aunque el art. 26 reconoce la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y permite que con 16 años su consentimiento informado vincule al médico; en esos supuestos, se trata de actos actuales que se diferencian de la posibilidad de emitir consentimientos anticipados vinculantes.

(139) CSJN, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias", 01/06/2012.

Infojus

2.3. Revocación

La legislación civil y comercial, al igual que la ley 26.529, prevé la posibilidad de revocar las directivas otorgadas, reafirmando el respeto por la autonomía de las personas. Ahora bien, mientras la reglamentación de la ley establece que la revocación debe cumplir con la misma modalidad con que se las otorgó o las demás habilitadas a tal fin y si ello no fuere posible se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional actuante, el Código establece que puede ser libremente revocada en todo momento. Consecuentemente, se debe respetar la voluntad de una persona que ha dejado instrucciones previas pero que al momento de ingresar a un centro de salud, encontrándose lúcido y capaz, decide dejarlas sin efecto o establecer otras, aun cuando no tenga delante un escribano y dos testigos.

2.4. Límite: prácticas eutanásicas

El artículo en análisis prevé que las directivas anticipadas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. En similar sentido se pronuncia la ley 26.529 y a los fines de disipar cualquier duda, la reglamentación aclara que si *"el médico a cargo considera que la misma implica desarrollar prácticas eutanásicas, previa consulta al Comité de Ética de la institución respectiva y, si no lo hubiera, de otro establecimiento, podrá invocar la imposibilidad legal de cumplir con tales directivas anticipadas"*.

Conforme el texto del art. 59 y del art. 5° de la ley 26.529, según especificaciones introducidas por la ley 26.742 denominada de "muerte digna", actualmente en nuestro país está permitido el rechazo de todo tratamiento, incluida la hidratación y alimentación. Sobre esta base, la limitación prevista en el art. 60 es solo para la eutanasia activa directa, es decir, la acción positiva, directa e intencional tendiente a la terminación de la vida de una persona, realizada por un médico, ante el pedido expreso y voluntario del paciente, que, como tal, solo está permitida en unas pocas legislaciones en el derecho comparado (Holanda, Bélgica o Luxemburgo).

2.5. Formas

A diferencia de la ley 26.529, el CCyC no legisla sobre los aspectos instrumentales de la disposición de voluntad. En este aspecto, se aplica supletoriamente lo dispuesto en esa ley y su reglamentación, excepto lo dicho respecto de la revocación.

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 ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente 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.***

1. Introducción

En el artículo en análisis, el legislador se ocupó de regular un derecho que, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley de trasplantes —que en su art. 19 y ss. regula la posibilidad de disponer de los órganos después de la muerte—, no se encontraba contemplado hasta el

Infojus

momento en nuestro país: la posibilidad de disponer de los restos mortales de la persona, es decir, el destino que se le dará al cuerpo una vez que la persona fallece.

Así, en este art. 61, como una emanación del derecho a la integridad corporal, autonomía y dignidad, se reconoce expresamente la posibilidad de disponer, por un lado, la forma, modo o circunstancias de las exequias e inhumación y, por el otro, la posibilidad de disponer del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar.

2. Interpretación

2.1. Persona plenamente capaz

Solo la *"persona plenamente capaz"* puede disponer de su cadáver. Es decir, en consonancia con la ley de trasplante de órganos (salvo la excepción prevista en materia de médula ósea), la persona —para dejar instrucciones en cuanto al destino de sus restos mortales— deberá contar con la edad de 18 años.

2.2. La forma

El artículo en análisis establece que la persona puede disponer de sus restos por cualquier forma, es decir, no necesariamente tiene que ser por escritura pública ni cumplir con ninguna otra exigencia formal. Pero además, conforme surge de la letra del artículo, la voluntad no solo puede manifestarse de forma expresa, sino también presumirse de forma tácita.

2.3. La disposición

Por un lado, la persona puede decidir el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, es decir, puede decidir las circunstancias de su sepelio, si quiere o no velatorio, si quiere ser cremado, inhumado, enterrado, etc. En otras palabras, la persona podrá en vida dejar directivas o instrucciones acerca del lugar, modo y rituales de sus exequias, y el destino de sus restos ya sea entierro, inhumación o cremación. Claro está, siempre que no atente contra los principios impuestos por la ley, la moral y los usos y costumbres, pues en estos casos se encuentran también involucradas razones de higiene y salubridad pública.[140]

Por otro lado, la persona puede disponer la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos (trasplante), científicos (donarlo para investigación), pedagógicos (donarlo por ejemplo, a una facultad de medicina) o de índole similar.

2.4. Quiénes pueden disponer

En principio, la propia persona es la que puede disponer de sus restos mortales. Si esta no ha dejado manifestada su voluntad de forma expresa, entonces podrá presumirse. Esta presunción consiste en inferir su voluntad, interpretarla a través de los actos, comportamientos y decisiones desarrolladas durante su vida.

Si la voluntad no puede presumirse, entonces la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y, en su defecto, a los parientes según el orden sucesorio, quienes al disponer, no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad. En este punto, acertadamente, la norma es más amplia que la contenida en el Proyecto de 1998, que preveía que los parientes no podían dar al cadáver un destino "*contrario a los principios religiosos del difunto*". Todas las personas,

(140) Kilgelmann, María R., "El derecho a disponer de los restos mortales de la persona humana", RC D 1077/2014.

no solo las que profesan alguna religión, pueden querer un destino específico para sus restos mortales.

Por último, si en ausencia de voluntad expresa o presunta del causante, dos personas en idéntico grado (por ejemplo, los padres con respecto al hijo fallecido) señalan un destino distinto para el cadáver, el artículo no expresa cómo solucionar esta controversia. Será el juez quien decidirá en última instancia el destino, procurando respetar lo que hubiera sido la voluntad del difunto. Esto abre la puerta a la posibilidad de controvertir judicialmente cuál habría sido la voluntad de la persona, pudiendo dar lugar a acreditar sus creencias, ideologías, etc.

CAPÍTULO 4(*)
Nombre

ARTÍCULO 62.- ***Derecho y deber.*** *La persona humana tiene el derecho y el deber de usar el prenombre y el apellido que le corresponden.*

1. Introducción

La regulación del nombre de las personas deja de estar comprendida en una ley específica —como lo era la ley 18.248, derogada por la ley 26.994—. Su contenido —como se explica en los Fundamentos— actualizado y adecuado a principios constitucionales que otorgan preponderancia al derecho a la identidad, a la autonomía de la voluntad y a la igualdad, pasa a integrar el CCyC. La temática tiene su tratamiento en el Libro Primero, Parte General, Título I, Capítulo 4 (Nombre). Como el resto del articulado —y el título del que forma parte— se reemplaza en este precepto el vocablo "natural" que acompaña a persona por "humana". De este modo, se le agrega al concepto "persona", que postula la individualidad de cada sujeto, la naturaleza humana, por oposición a la jurídica, y los animales —particularmente los orangutanes— a los que reciente jurisprudencia les ha reconocido el carácter de sujetos no humanos.

2. Interpretación

2.1. Naturaleza jurídica

Al igual que su predecesora, la norma es categórica en punto a que el uso del prenombre y del apellido es, a la vez, un derecho y un deber que tiene cada persona humana. De este modo, continúa la línea ya trazada por la ley 18.248 y se acopló la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria aceptando que el nombre, por tratarse de una institución compleja, cumple una doble función ya que protege intereses individuales y sociales. Entre ellos: a) es un atributo de la personalidad, y en ese sentido, al ser un elemento esencial, quien lo porta tiene derecho a usarlo y protegerlo de injerencias de terceros; y b) es una institución de policía civil en la que tiene incumbencia el Estado para permitir la efectiva identificación de las personas dentro de la sociedad. Sin desconocer ambas funciones, la doctrina es conteste en que el nombre es un derecho humano autónomo emparentado con el derecho a la identidad. De acuerdo con ello, distintos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22) receptan expresamente el derecho a tener un nombre. Aludiendo a todas las personas y sin distinción de edad, se refiere la CADH (art. 18). El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 24, inc. 2) y la Convención sobre

(*) Comentarios a los arts. 62 a 72 elaborados por Luz María Pagano.

Infojus

los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 18, inc. 2) contemplan a las personas menores de edad, desde el momento de su nacimiento. Específicamente, la CDN, en su art. 8°, garantiza a todo niño el compromiso de los Estados partes de respetar el derecho *"a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas"*. Si el niño fuera privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad, o de todos ellos, debe prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad. El orden público se cuela en el aspecto identificatorio, otorgándole potestad para su regulación, aunque con un amplio margen a la autonomía de la voluntad, como se verá más adelante.

2.2. Caracteres

Según la doctrina, el nombre, que engloba al prenombre —nombre propio, nombre individual o nombre de pila— y al apellido, tiene, por las razones apuntadas previamente, las siguientes características: a) obligatoriedad: conforme el art. 62 toda persona tiene —además del derecho— el deber de llevar un nombre; b) inmutabilidad o, con mayor precisión, estabilidad o fijeza: por principio, ninguna persona se encuentra facultada para cambiar su nombre excepto en aquellos supuestos contemplados por la ley; c) unidad: ningún sujeto puede tener más de un nombre; d) indisponibilidad: al ser un elemento de la personalidad se encuentra fuera del comercio, en consecuencia, nadie puede enajenar, ceder ni donar su nombre; e) irrenunciabilidad: de igual forma no se puede renunciar al nombre; y f) imprescriptibilidad: el nombre no se puede adquirir o perder por prescripción; empero, en determinadas circunstancias, habiéndolo utilizado durante un largo tiempo, el sujeto puede lograr, a través de una acción judicial, que se le reconozca en forma legal ese nombre.

ARTÍCULO 63.- ***Reglas concernientes al prenombre.*** *La elección del prenombre está sujeta a las reglas siguientes:*

a. *corresponde a los padres o a las personas a quienes ellos den su autorización para tal fin; a falta o impedimento de uno de los padres, corresponde la elección o dar la autorización al otro; en defecto de todos, debe hacerse por los guardadores, el Ministerio Público o el funcionario del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas;*

b. *no pueden inscribirse más de tres prenombres, apellidos como prenombres, primeros prenombres idénticos a primeros prenombres de hermanos vivos; tampoco pueden inscribirse prenombres extravagantes;*

c. *pueden inscribirse nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas.*

1. Introducción

En este artículo se sintetizan y actualizan las pautas sobre el prenombre (vocablo al que se recurre en la normativa), que se encontraban disgregadas en los arts. 2°, 3° y 3° bis de la ley 18.248.

2. Interpretación

2.1. Elección del prenombre: sujetos habilitados

En primer término, indiscutiblemente, en ejercicio de la responsabilidad parental, ambos padres, o quienes ellos autorizan, son a los que les corresponde decidir qué prenombres portarán sus hijos. En caso que falte uno de ellos o tenga algún impedimento, la elección

o autorización a un tercero recae sobre el otro. Se elimina el supuesto de ausencia que no difiere del de falta.

Tratándose de un acto tan relevante en la vida de las personas, la autorización debe cumplir con ciertos recaudos formales que permitan acreditar fehacientemente que quien concurre a inscribir al recién nacido se encuentra autorizado por el o los padres. Para imponerle determinado nombre, una autorización verbal es insuficiente.

En defecto de los mencionados, se mantiene la misma enunciación que brindaba el art. 2° de la ley 18.248. No se advierte disenso en que el orden en que se encuentran mencionados revela la prelación que existe entre ellos, encontrándose en último lugar los funcionarios del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

2.2. Restricciones

Aunque el artículo no lo dice expresamente, se advierte que rige el principio de libertad en la elección del prenombre, con las limitaciones enunciadas en el inc. b), que siempre deben interpretarse con criterio restrictivo a fin de no afectar el derecho que le asiste a los progenitores.

Perdura la prohibición de inscribir más de 3 prenombres. Aun cuando no ha faltado alguna voz discordante que entendió que nadie puede quitarle el derecho a un padre de imponerle a su hijo el número de nombres que desee, subsiste el criterio que sostiene que un número mayor dificultaría la individualización de la persona. Se trata de un tope sensato y tiene relevancia para la celebración de los actos jurídicos y públicos, independientemente de cómo se la denomine en su círculo íntimo o social. Repárese que en el derecho comparado, hay legislaciones aún más restrictivas. Por ejemplo, en España, el art. 51, inc. 1° de la ley 20/2011 del 21 de julio del Registro Civil dispone que *"No podrán consignarse más de dos nombres simples o uno compuesto"*.

Afín temperamento se observa respecto a la veda de utilizar apellidos como prenombres. Cierto es que hay muchos prenombres que a su vez son apellidos o viceversa. Empero, lo que se busca es que no pueda sortearse sin más la prohibición legal que, como se ha señalado, tiene por finalidad evitar confusiones entre ambos elementos que componen la designación, individualización e identificación de las personas. Corresponderá, en última instancia, decidir a los jueces si el prenombre elegido encuadra en la restricción. Así, cabe recordar un pronunciamiento de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil —con dictamen del Asesor de Menores de Cámara en contra y de conformidad con el del Fiscal de Alzada— que revocó la decisión del Registro Civil en el entendimiento de que el carácter extranjero asignado al prenombre "Agostino" y de que además, este pudiera figurar en la guía telefónica como apellido, resultaba insuficiente para cercenar el principio de libertad de elección consagrado en la ley, toda vez que no se trataba de un supuesto que pudiera inducir a equívocos o confusiones.[141]

Con el mismo objetivo no se permite que se impongan primeros prenombres iguales a los de hermanos vivos. En muchas familias se conserva la tradición de que el hijo primogénito sea denominado como su antecesor. Este supuesto, si bien no está prohibido, puede dar lugar a posibles casos de homonimia. De allí que, para diferenciar, se agregue en las distintas generaciones, luego del prenombre, el vocablo hijo, nieto, o bien Segundo, Tercero,

(141) CNac. Apel. Civ., Sala A, "Patrone, Daniel A.", 04/08/1987, en *LL* 1988-B, p. 190; en *DJ* 1988-2, p. 238.

Infojus

u otro. Pero tratándose de hermanos, es inconcebible que ambos tengan idénticos prenombres. La ley lo circunscribe al primer prenombre y acepta que los otros prenombres coincidan entre ellos, lo que ha dado lugar a algunas críticas al considerar insuficiente la previsión atendiendo a que portan el mismo apellido y responden a una misma filiación. Por lo demás, hay una costumbre consolidada que no encuentra obstáculo registral en designar en determinados supuestos a los hijos con el mismo primer prenombre. Tal es el caso de varias hijas mujeres cuyo primer nombre de pila es María seguido de otro que lo diferencia. Allí, se ha señalado, con acierto, que el prenombre María conforma uno de los elementos del primer nombre de pila junto con el siguiente, siendo el segundo el que otorga la cualidad identificatoria (por ejemplo, María Florencia, María de las Mercedes). Aun cuando el mandato es claro en que no puede darse la coincidencia de primeros prenombres entre hermanos vivos, cabe esgrimir el siguiente reparo cuando un hijo fallece y los padres pretendan imponer el o los mismos prenombres a otro hijo nacido con posterioridad. Aquí no solo se presenta un caso de homonimia que puede prestarse a serias confusiones, sino que desde la óptica psicológica Jorge Llano ha señalado la inconveniencia en tal proceder mediante el cual se lo está invitando "*a que ocupe el lugar del otro*" quien tuvo su propia historia, siendo probable que "*ese niño acabe identificándose con el destino de ese nombre*".(142)

Finalmente, se proscribe la inscripción de prenombres extravagantes. Según las dos primeras acepciones que brinda el *Diccionario de la lengua española* (DRAE) se la utiliza: 1) "*cuando se hace o se dice fuera del orden o común modo de obrar*"; y 2) implica "*raro, extraño, desacostumbrado, excesivamente peculiar u original*". Ha de admitirse que un prenombre será extravagante o no de acuerdo con el crisol con que se mire. Es decir, entra en juego la subjetividad de quien está llamado a decidir si el mismo es o no extravagante. Una pauta objetiva puede encontrarse pensando si este daría lugar a humillaciones o burlas que perturben a la persona que lo porta. La extravagancia no guarda mayor diferencia con los nombres "ridículos". De allí que resulta adecuado haber eliminado del listado de restricciones a este adjetivo. Cabe puntualizar, sin embargo, que los progenitores tienen derecho a elegir nombres originales o incluso nuevos para sus hijos siempre que aquellos no los hagan sentirse avergonzados frente a los otros.

2.3. Supuestos expresamente permitidos

Con idénticas palabras a las contenidas en el art. 3° bis de la ley 18.248, incorporado por la ley 23.162 (BO 30/10/1984), y en palabras de los Fundamentos, en consonancia con el respeto por las minorías y la creencia en el carácter pedagógico de la ley, se permite inscribir nombres aborígenes o derivados de voces aborígenes autóctonas y latinoamericanas. Es una de las tantas formas de reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas avalada por la Constitución Nacional en el art. 75, incs. 17 y 18. En este caso, a diferencia de lo que acontecía con el mencionado art. 3° bis, no rige la limitación del número de prenombres.

2.4. Restricciones eliminadas

Difiere con el temperamento adoptado en la ley derogada, que condicionaba la inscripción de un prenombre foráneo a que estuviera castellanizado por el uso o se tratara de los nombres de los padres del nacido, que fuesen de fácil pronunciación y que no tuvieran

(142) Llano, Jorge, "El riesgo de poner a los hijos el nombre de los padres", en diario *El mundo*, 28/11/2011, [en línea] http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/26/espana/1322304818.html, consultado el 26/01/2015.

traducción en el idioma nacional. Sostener la unidad nacional, finalidad que encerraba este mandato, ya no tiene razón de ser. Siguiendo la línea jurisprudencial, que sostenía que resultaba inaceptable considerar que nuestra nacionalidad pudiera verse debilitada o menoscabada por el simple uso de un prenombre extranjero y receptando el principio de igualdad basado en un paradigma no discriminatorio, una vez más se observa cómo se privilegia la elección de los padres buscando que la intrusión del Estado sea en la menor medida posible. La jurisprudencia existente sobre la materia, sumamente restrictiva, se vuelve ahora prescindible, así como ya no tiene sentido mantener la excepción que solo permitía imponer nombres extranjeros a los hijos de los funcionarios o empleados extranjeros de las representaciones diplomáticas o consulares acreditadas ante nuestro país y de los miembros de misiones públicas o privadas que tuvieran residencia transitoria en el territorio de nuestro país.

A su vez, se excluye de la prohibición poner prenombres contrarios a nuestras costumbres, que expresen o signifiquen tendencias políticas o ideológicas. Es sensato que, aunque el prenombre no esté dentro de nuestras costumbres, siempre que el elegido no resulte extravagante se encuentra dentro de la esfera de libertad de los progenitores, lo mismo que prenombres que pudieran indicar una tendencia política o ideológica.

Por último, el CCyC guarda silencio respecto a la imposición de prenombres que pudieran suscitar equívocos respecto del sexo de la persona a quien se impone. Esta omisión ha sido pasible de críticas apuntando a que se concebiría a la sexualidad como una pura construcción cultural, habilitando comportamientos de los padres contrarios al interés superior de sus hijos, en tanto la elección, basada exclusivamente en los deseos de los adultos, podría incidir gravemente en su desarrollo.[143] Esto condujo al interrogante si con esta reserva se consulta el interés superior del niño o se subordinan sus derechos a los deseos e intereses de los adultos. Desde una perspectiva incluyente, respetuosa de la igualdad, dignidad y autonomía personal, pilares del nuevo CCyC, la respuesta podría encontrarse en la necesidad de reconocer otras formas de identidades que no son ni de sexo femenino ni masculino sino que pertenecen a un tercer género y, como tal, se propende a que los prenombres sean neutros.

En consecuencia, en la actualidad, no habría inconvenientes en imponer a los hijos prenombres que otrora fueron rechazados, tales como: Junior, Dalen, Latimer, Ashok, Iron, Julen, Shalom, Marlitt Katrin Helma; o cuya autorización estuvo en manos de la justicia: Evita, Paco, Antono, Connie, Donna, Jean Michel, Nicola, Nuit, Ryan, Kionnah Valentine, Kika, Manu, Nelson.

En suma, la autonomía de la voluntad de los progenitores o su derecho a inventar el prenombre o prenombres de sus hijos prima en la elección con la salvedad que no pueden ser extravagantes, ni superar el número de tres, a excepción de los prenombres aborígenes o sus derivados. En la otra vereda, son los jueces los que poseen la facultad para admitir la introducción de nuevos prenombres, incumbiéndole dentro la subjetividad que le es propia a cada uno, establecer el adjetivo de extravagancia del prenombre elegido. Sin embargo, basándonos en el paradigma de la autonomía de la voluntad todo hace presumir que los criterios de interpretación serán más flexibles admitiendo diminutivos o apócopes como nombres.

(143) Tobias, José W., "La persona humana en el Proyecto", en *LL* 2012-D, p. 743; en *DFyP*, julio, 2012, 01/07/2012, p. 261, AR/DOC/2764/2012.

Infojus

ARTÍCULO 64.- ***Apellido de los hijos.*** *El hijo matrimonial lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges; en caso de no haber acuerdo, se determina por sorteo realizado en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. A pedido de los padres, o del interesado con edad y madurez suficiente, se puede agregar el apellido del otro.*

Todos los hijos de un mismo matrimonio deben llevar el apellido y la integración compuesta que se haya decidido para el primero de los hijos.

El hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial lleva el apellido de ese progenitor. Si la filiación de ambos padres se determina simultáneamente, se aplica el primer párrafo de este artículo. Si la segunda filiación se determina después, los padres acuerdan el orden; a falta de acuerdo, el juez dispone el orden de los apellidos, según el interés superior del niño.

1. Introducción

Con la sanción de la ley 26.618, que incorpora el matrimonio igualitario o entre personas del mismo sexo, se introdujeron modificaciones a varios artículos del CC y de algunas leyes complementarias como la Ley 18.248 del Nombre. La celeridad en su sanción trajo, como contrapartida, modificaciones parciales e insuficientes que derivaron en visibles diferencias en las normas relativas al apellido según se tratara de hijos de personas de distinto o de igual sexo. Asimismo, quedaron temas importantes sin regular. Estos problemas han sido enmendados en el CCyC.

2. Interpretación

2.1. Filiación

Como principio general, la filiación determina el apellido. Ella puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción. La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos. La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, con las excepciones indicadas en el CCyC. Por su parte, la adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª del Capítulo 5.

2.2. Hijos matrimoniales

La reforma más palmaria que introduce el CCyC consiste en dejar de lado la diferencia existente entre los progenitores de un mismo sexo, quienes tenían el derecho de elegir el apellido de alguno de ellos, y los progenitores de distinto sexo, cuyos hijos siempre debían llevar el apellido paterno. Esta incompatibilidad dio lugar a diferentes pronunciamientos de inconstitucionalidad. Empero, la jurisprudencia no fue unánime. Y, en muchos casos, desde una mirada netamente patriarcal, algunos tribunales defendieron su constitucionalidad alegando que, por tratarse de supuestos diferentes, debían recibir respuestas disímiles rechazando así, los planteos de inconstitucionalidad planteados. El CCyC culmina con con esta solución, primacía del apellido paterno, y privilegiando la autonomía de los progenitores, se permite para todos los hijos matrimoniales la elección del apellido de uno de los cónyuges y la adición del apellido del otro si ambos están de acuerdo.

Por oposición al art. 4° de la ley 26.618, alineada con algunos proyectos de ley que postulaban el orden alfabético en caso de disenso entre los progenitores, se establece como

sistema de resolución de conflicto o falta de acuerdo el sorteo, a realizarse en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, favoreciendo la aleatoriedad ínsita en el azar una mayor igualdad de elección entre los progenitores.

Recordando junto a Pliner que el apellido *"... es la designación común de los miembros de una familia o de una estirpe, y cada individuo lleva el que le corresponde en razón de su integración en el grupo que se distingue por ese apelativo..."*,(144) se mantiene el criterio de que una vez acordado —o impuesto por sorteo, si hubo desacuerdo— la determinación y orden de los apellidos del primer hijo, instaura el orden para la inscripción de los posteriores nacimientos de hijos con igual filiación. La tendencia, como se advierte en la norma en análisis, es la opción voluntaria consistente en un mismo apellido de familia o apellido familiar; pudiendo radicar en el apellido paterno, en el apellido materno o en una mixtura de ambos apellidos de progenitores de uno u otro sexo. Se elimina el vocablo "compuesto" que era utilizado erróneamente para aludir al apellido materno del padre. Su adición en los matrimonios heterosexuales, al igual que la del apellido paterno de la madre, tenía igual jerarquía pudiendo agregarse uno u otro en forma indistinta. Se subsana, de este modo, un defecto apuntado en diversas ocasiones y se pone en cabeza de ambos progenitores la elección de un único apellido familiar o el apellido de cada uno en el orden que estos elijan. A diferencia de lo que ocurre con la elección del prenombre, el derecho de los progenitores a la adición del apellido del otro no se encuentra restringido al momento de la inscripción. Su ejercicio les corresponde durante el lapso comprendido entre el acto de inscripción del hijo y hasta sus dieciocho años de edad.

En el régimen derogado, si el hijo deseaba llevar el apellido compuesto de aquel cónyuge del cual tuviera el primer apellido o el del otro cónyuge podía solicitarlo ante el Registro del Estado Civil desde los 18 años, es decir, desde su mayoría de edad. En cambio, en el CCyC, el hijo que cuenta con edad y madurez suficiente, puede solicitar la agregación del apellido del otro progenitor. De este modo, se incorpora el principio de capacidad gradual de los niños y adolescentes, consagrado en el art. 12 CDN. En él se garantiza que los niños que estén en condiciones de formarse un juicio propio gozan del derecho a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que los afectan, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Además, ello guarda coherencia con el último párrafo del art. 26 CCyC que, a partir de los dieciséis años, considera al adolescente como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, por lo que no se observaría impedimento alguno en entender que, en el tópico en tratamiento, los adolescentes gozan —a partir de dicha edad— de edad y madurez suficientes. Estaríamos en presencia de una presunción *iuris tantum*, que solo debería dejarse de lado cuando se considere que el joven que peticiona la adición carece de tal madurez. Si se acepta que el hijo con edad y madurez suficientes puede agregar el apellido del otro progenitor, con mayor razón esta previsión alcanza a los hijos mayores de edad. En síntesis, la agregación del apellido del otro progenitor puede ser realizada: a) en forma concurrente por ambos progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental; b) por el hijo mayor de edad; y c) por el hijo menor de edad que tenga suficiente madurez.

Respecto a si continúa permitida la adición por vía administrativa del apellido del otro progenitor, la formulación actual —que establece quiénes pueden solicitar la agregación del apellido del otro progenitor aunque no frente a quién— permite dos interpretaciones

(144) Pliner, Adolfo, *El nombre de las personas. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia. Derecho comparado*, 2ª ed., Bs. As., Astrea, 1989, p. 43.

Infojus

posibles: 1) que, en sintonía con la mayor libertad y autonomía que aporta a las personas el CCyC, el art. 64, primer párrafo consiente en que todos los supuestos allí previstos pueden realizarse mediante trámite administrativo; y 2) que, con fundamento en que la adición de un apellido es una alteración en el estado civil de la persona, que como tal importante doctrina fue sumamente crítica en que la mentada añadidura pudiera formularse ante funcionarios del Registro Civil sin la debida publicidad, siempre que medie una solicitud de cambio de prenombre o apellido, debe intervenir un juez.

Finalmente, se elimina la frase que prohibía suprimir el apellido una vez añadido. Resulta atinado toda vez que la regla de la inmutabilidad o estabilidad del nombre no es absoluta permitiendo ciertos cambios si se reúnen los requisitos exigidos por la normativa.

2.3. Hijos extramatrimoniales

El mismo precepto, en su tercer párrafo, se ocupa del apellido de los hijos extramatrimoniales. Si el hijo tiene un solo vínculo filial, porta el apellido de ese progenitor. Si el hijo detenta la filiación de ambos progenitores en forma simultánea, se procede del mismo modo que el dispuesto para los hijos matrimoniales.

Cuando la segunda filiación se determina con posterioridad, compete a ambos padres convenir el apellido. Si no lo pudieran acordar, será el juez quien disponga el orden, siempre teniendo en consideración el superior interés del niño. Este superior interés del niño es mucho más amplio que la excepción legal que permitía al hijo conservar el apellido por el que era públicamente conocido.

El art. 5° de la ley 18.248 facultaba al hijo, con autorización judicial, a realizar la opción dentro de los dos años siguientes de haber cumplido los 18 años, de su emancipación o del reconocimiento paterno, si fuese posterior. Conforme la norma que la reemplaza, no se le exige al hijo plazo alguno para ejercer la opción.

A su vez, dicho precepto en su párrafo final disponía que, si la madre fuese viuda, el hijo debía llevar su apellido de soltera. El remedio era correcto en tanto el hijo fuera fruto de una relación extramatrimonial. No obstante, el estado de viudez resultaba insuficiente por sí solo para la aplicación de esta norma, pues bien podía acontecer que se estuviera en presencia de un hijo matrimonial cuya madre había enviudado durante la gestación. Tal supuesto tornaba inaplicable la solución legal proporcionada. Consecuentemente, resulta correcta la supresión de este enunciado.

ARTÍCULO 65.- ***Apellido de persona menor de edad sin filiación determinada.*** ***La persona menor de edad sin filiación determinada debe ser anotada por el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas con el apellido que está usando, o en su defecto, con un apellido común.***

1. Introducción

Sabido es que tener un apellido constituye un derecho humano de cada persona y, a su vez, un deber, puesto que es el medio de identificación por excelencia. Por ello el presente artículo brinda una solución para aquellos niños o adolescentes que carecen de filiación determinada, en concordancia con lo dispuesto por la CADH, cuyo art. 18 *in fine* reza "*La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario*".

2. Interpretación

La norma en análisis, junto con la siguiente, regula aquellos supuestos en los que el apellido no concuerda con ninguna filiación. Se trata de una forma de adquisición originaria por oposición a la derivada. Al igual que la norma que sustituye, se coloca en cabeza del oficial del Registro Civil y Capacidad de las Personas la obligación de inscribir a toda persona menor de edad que no tuviere filiación. También se mantienen las dos posibilidades con que contaba dicho funcionario. A saber, en primer término, si aquella venía usando cierto apellido se debe inscribir con el mismo respetando, de este modo, la identidad dinámica que ha forjado el interesado. En caso contrario, corresponde su inscripción con un apellido común. La jurisdicción ha puntualizado que el nombre no se articula inevitablemente, con el nexo biológico que posee su propia autonomía, debiendo tenerse en cuenta la cara dinámica de la identidad, es decir, su uso en los distintos ámbitos de la vida social y familiar recordando: "*el derecho al nombre consagrado en tratados internacionales, que en nuestro país tiene rango constitucional, no puede ser entendido de manera limitada, o sea, exclusivamente ligado a la faz estática asociada al emplazamiento filial*".[145]

La doctrina autoral enuncia dos supuestos en los que puede acontecer esta excepción: 1) cuando no se ha inscripto el nacimiento de una persona y ella es hija de padres desconocidos; y 2) cuando la persona posee una partida de nacimiento y el Oficial del Registro Civil ha omitido consignar el apellido.

Dos características le son propias al supuesto en análisis: 1) la subsidiariedad: solo se recurre a este tipo de inscripción cuando quien carece de filiación no ha estado usando un apellido determinado; y 2) la provisionalidad: podrá solicitarse el reemplazo del apellido seleccionado por vía administrativa cuando queda establecida la real filiación de quien lo portaba, siempre que ello no suponga ir contra la identidad dinámica del interesado.

ARTÍCULO 66.- *Casos especiales.* *La persona con edad y grado de madurez suficiente que carezca de apellido inscripto puede pedir la inscripción del que está usando.*

Interpretación

En un todo coherente con lo preceptuado en el art. 64 CCyC, se reemplaza la mayoría de edad por la edad y grado de madurez suficiente y se habilita a quien la tenga a solicitar la inscripción del apellido que estuviere usando cuando no tuviera uno.

ARTÍCULO 67.- *Cónyuges.* *Cualquiera de los cónyuges puede optar por usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella.*

La persona divorciada o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo no puede usar el apellido del otro cónyuge, excepto que, por motivos razonables, el juez la autorice a conservarlo.

El cónyuge viudo puede seguir usando el apellido del otro cónyuge mientras no contraiga nuevas nupcias, ni constituya unión convivencial.

1. Introducción

Al igual que en el caso de los hijos matrimoniales se elimina toda diferencia entre los cónyuges de distinto sexo y del mismo sexo. Que la opción solo la tuvieran los matrimonios homosexuales resultaba claramente discriminatoria para los matrimonios hetero-

(145) CApel. Civ. y Com., Mar del Plata, Sala 3, "S., M. C.", 19/02/2013, AR/JUR/47/2013.

Infojus

sexuales pues aunque ambos, esposa y esposo, quisieran portar el apellido de la mujer no estaba legalmente permitido.

2. Interpretación

2.1. Durante el matrimonio

El precepto ya *aggiornado* por la ley 26.618 contemplaba en dos párrafos —según se tratare de matrimonios de diferente o de igual sexo— la posibilidad de agregar el apellido conyugal precedido por el vocablo "de". Estos párrafos tenían como característica compartida que la adición era siempre optativa. Lo que ocurría es que tratándose de matrimonios entre varón y mujer la opción solo la tenía la mujer, mientras que en el caso de cónyuges de igual sexo era discrecional para cada miembro del matrimonio agregar el apellido de su consorte. Englobando a todos los matrimonios, sin tener en cuenta su orientación sexual, se equipara el derecho que le asiste a cada pareja conyugal a decidir si portarán el apellido de su consorte. Elección que se traslada a eliminar el vocablo "de" o a seguir utilizándolo. Más de dos décadas atrás fue ácidamente reprobado un proyecto de ley que propendía a que el uso del apellido marital fuese optativo para la mujer y, en su caso, sin que estuviera precedido por la preposición "de". Eran, claramente, otras épocas. Prevalecían costumbres añejas mediante las cuales un sector de la sociedad ponía bajo "sospecha" a la mujer que no utilizara su apellido de casada. Recuérdese que, salvo situaciones excepcionales que lo ameritaran (por ejemplo, la utilización de su apellido de soltera por ser conocida en determinados ámbitos: laborales, artísticos, culturales, etc.), omitir el apellido del marido podía ser considerado una causal subjetiva, la de injurias graves contra el marido, dando lugar a una sentencia de divorcio "culpable". Cabe puntualizar que, aun cuando en sus orígenes, la preposición "de" involucraba una connotación de dependencia respecto de la mujer casada que otrora fue incluida entre los incapaces de hecho relativos, tal pensamiento no puede permanecer inalterable. En primer lugar, porque la utilización es siempre optativa y, en segundo término, puesto que la elección la tienen por igual, hombres y mujeres.

2.2. Disolución o nulidad de matrimonio

La norma contempla una sola excepción para continuar usando el apellido del otro cónyuge, para quien se divorcia o se le declara la nulidad de su matrimonio. Al respecto, vale resaltar algunas breves observaciones. Se establece una causa genérica y abierta, los motivos razonables, correspondiéndole al juez evaluar si las circunstancias aducidas y probadas ameritan que el o la requirente continúe utilizando el apellido de quien fuera su consorte. Ante su amplitud, ya no tiene razón de ser el supuesto que brindaba el art. 11 de la ley 18.248, que permitía a la mujer, a su requerimiento y previa autorización judicial, continuar usando el apellido del marido cuando tuviera hijos y fuese cónyuge de buena fe. Solo se alude al divorcio sin añadir el vocablo "vincular" en correcta sintonía con la eliminación de la separación personal y la regulación de una única figura que lleva consigo la ruptura del vínculo matrimonial. Se omite la posibilidad de acuerdo entre los ex cónyuges para continuar utilizando el apellido del otro. Empero, en una materia donde prima la autonomía de la voluntad, puede sostenerse que solo se habrá de acudir a la instancia judicial en caso de disenso.

2.3. Viudez

A tono con el reconocimiento jurídico que se otorga a las uniones convivenciales no solo el o la cónyuge que contraiga nuevas nupcias, sino también quien constituya una unión convivencial pierde el derecho a continuar usando el apellido de su consorte. De haber celebrado nuevo matrimonio, puede, sin embargo, optar por utilizar el del actual cónyuge.

ARTÍCULO 68.- *Nombre del hijo adoptivo.* *El nombre del hijo adoptivo se rige por lo dispuesto en el Capítulo 5, Título VI del Libro Segundo de este Código.*

Remisiones: ver Capítulo 5 CCyC dedicado a la filiación adoptiva: art. 623, Prenombre del adoptado; art. 626, apellido en la adopción plena; art. 627, inc. d), apellido en la adopción simple; art. 629, pérdida del apellido si se revoca la adopción simple salvo que se encuentre comprometido el derecho a la identidad; y art. 631, incs. a) y b), apellido en la adopción de integración de persona con un solo o con doble vínculo filial, respectivamente.

ARTÍCULO 69.- *Cambio de nombre.* *El cambio de prenombre o apellido sólo procede si existen justos motivos a criterio del juez.*

Se considera justo motivo, de acuerdo a las particularidades del caso, entre otros, a:

a. *el seudónimo, cuando hubiese adquirido notoriedad;*
b. *la raigambre cultural, étnica o religiosa;*
c. *la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada.*

Se consideran justos motivos, y no requieren intervención judicial, el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad.

1. Introducción

En virtud de la función individualizadora que cumple el nombre, la regla es su inmutabilidad, entendida —ha puntualizado la jurisprudencia— como prohibición de modificarlo por acto voluntario y autónomo del individuo. Sin embargo, tal restricción no es absoluta y la excepción viene de la mano del art. 69 que estipula que solo es posible modificar el prenombre o el apellido si median justos motivos, cualidad que ha de evaluar el juez. Se mantiene el mismo principio sentado, con anterioridad, en el art. 15 de la ley 18.248. Por lo tanto, dada la trascendencia que importa modificar el nombre, siempre se requiere de intervención judicial. La ley 26.413 del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas es categórica respecto a que las inscripciones solo pueden ser modificadas por orden judicial, con las salvedades contempladas en su articulado. Al respecto, el art. 85 habilita a "*La dirección general cuando compruebe la existencia de omisiones o errores materiales en las inscripciones de sus libros, que surjan evidentes del propio texto o de su cotejo con otros instrumentos públicos, (…) de oficio o a petición de parte interesada, (a) ordenar la modificación de dichas inscripciones previo dictamen letrado y mediante resolución o disposición fundada*".

2. Interpretación

2.1. Justos motivos

La enunciación de los justos motivos que brinda el precepto no es taxativa. De allí la utilización de los vocablos "entre otros", previo a enunciar algunos supuestos que dan lugar al cambio, debiendo siempre valorarse las particularidades fácticas. Por tanto, la misma es meramente ilustrativa. En orden a la valoración de su existencia, el juez se encuentra facultado para examinar con amplitud de criterio las distintas situaciones propuestas, para

Infojus

luego decidir si se ven afectados los principios de orden y seguridad o si existen razones que inciden en menoscabo de quien lo lleva y las circunstancias de hecho justifican el cambio pretendido. También se ha considerado que el criterio para apreciar los justos motivos debe ser particularmente benévolo si se trata de niños que, por su corta edad, aún no pueden haber extendido sus actividades fuera del ámbito familiar, puesto que tales cambios no podrían perjudicar de ninguna manera el interés social de la inmutabilidad. Y, que siempre, deberán ser apreciados aquellos invocados por el interesado y no los que, en abstracto, considere tales el magistrado.

La expresión "justos motivos" carece de una definición legal. No obstante, la jurisprudencia ha plasmado una interesante casuística en la materia, delineada por las circunstancias fácticas propias de cada caso. Como ejemplos, cabe mencionar: 1) el reconocimiento social y profesional del individuo que no perjudique a terceros; 2) todas aquellas razones serias y fundadas en situaciones tanto materiales como morales que merecen una detenida valoración jurisdiccional; 3) aquellos que derivan en serio agravio material o espiritual para los interesados, o por lo menos aquellos en los que la dificultad alegada reúna tanta razonabilidad que, a simple vista, sea susceptible de comprobación; 4) cuando su misma enunciación convoque a un significado despreciado o problemático, de modo evidente, en el ámbito social en que se desarrolla la vida de la persona; y 5) a fin de no desdibujar las razones de orden y seguridad que inspiran dicho principio, solo será posible cuando existan otros valores no menos atendibles, aunque respondan a motivaciones particulares, siempre que sean serios y justificados. En fin, se ha dicho que los justos motivos son aquellas causas graves, razonables y poderosas capaces de violentar el principio de estabilidad del nombre.

A su vez, se ha considerado que no configuran justos motivos: 1) toda razón frívola, toda causa intrascendente, toda justificación que no se funde en hechos que agravien seriamente intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que pretende la modificación; 2) razones de orden sentimental, gusto, placer o capricho, ya que realizada su anotación en la respectiva partida, pasa a integrar los atributos de la personalidad del inscripto y se independiza automáticamente de las motivaciones que pudieron tener quienes estaban investidos de la responsabilidad parental en aquel momento; 3) la privación de la responsabilidad parental tiene carácter reversible, razón por la cual no puede admitirse la supresión del apellido como consecuencia actual de esa sanción, a menos que el uso del apellido paterno comprometa el equilibrio psíquico o emocional de los hijos; en medida tal que justifique el cambio de nombre.

2.2. Supuestos expresamente contemplados

Se trata de casos que muestran más que suficiente justificación, sin perjuicio que la solicitud formulada deberá pasar por el tamiz judicial. Así, se considera justo motivo el haber utilizado el seudónimo, siempre que hubiera adquirido notoriedad. Se conceptualiza al seudónimo como la designación que una persona se da a sí misma, sea con el objeto de ocultar su verdadera personalidad o de darle realce en el ejercicio de su actividad especial. A su respecto, se ha dicho que este adquiere relevancia no por su origen, sino por el conocimiento público que alcance en el medio en el que se desenvuelve la persona que lo utilice. O, dicho en otras palabras, no es suficiente, para autorizar el cambio del nombre, la costumbre de usar un nombre distinto del propio. Es necesario que él trascienda la opinión pública, identificándose con la persona y, fundamentalmente, que de ello emerjan resultados materiales significativos. Bajo esos parámetros la jurisprudencia ha aceptado que se configuraban los justos motivos exigidos por la ley para adicionar el

seudónimo, en tanto las razones que llevaron al peticionante a utilizarlo como apellido radicaban en el extenso uso por parte de su padre, que públicamente fue conocido durante largos años en su esfera de actividades con el mismo, por eso no parece caprichoso que su hijo resultara igualmente identificado en esa forma en ese medio y que, por esa causa, haya continuado el uso del seudónimo en el ámbito personal y profesional, a punto tal que el seudónimo era identificado como el verdadero apellido del peticionante en su actividad profesional y en su vida de relación.

En relación a la raigambre cultural, étnica o religiosa, la jurisprudencia ya había admitido que configura un **"justo motivo",** a los efectos de autorizar la adición del término "Sayurial", nombre de pila con el que fue anotada la hija de los actores de familia japonesa, por ser conocida públicamente de esa manera y responder el mismo a los valores que adhiere por herencia genética y cultural, pues ello contribuye a reafirmar su identidad en los ámbitos familiar y social. En similar sendero, se aceptó que el motivo de índole religiosa invocado por los accionantes era, per se, justificado no solo para ellos sino también para la ley y los organismos estatales en cuanto no se advirtió ninguna otra circunstancia verdaderamente impeditiva para acoger el reclamo.

Otro tanto ocurre con la afectación de la personalidad de la persona interesada, cualquiera sea su causa, siempre que se encuentre acreditada. En esta línea, es dable mencionar a: 1) la supresión de apellido paterno por causar agravio moral o comprometer el equilibrio psíquico o emocional de los hijos en medida que justifique el cambio; 2) el carácter vejatorio del prenombre o apellido para el interesado; y 3) que alguno de ellos agravie seriamente los intereses materiales, morales o espirituales del sujeto que aspira a obtener su modificación o cuando menos aquellos en los que la dificultad alegada reúna tanta razonabilidad que a simple vista sea susceptible de comprobación.

Por último, el articulado menciona dos tópicos a los que, por su seriedad y gravedad, respectivamente, califica como de justos motivos y no requieren intervención judicial. Estos son: el cambio de prenombre por razón de identidad de género y el cambio de prenombre y apellido por haber sido víctima de desaparición forzada, apropiación ilegal o alteración o supresión del estado civil o de la identidad. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 1°, inc. c) de la ley 26.743, uno de los derechos que conlleva la identidad de género consiste en *"ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad respecto de el/los nombre/s de pila, imagen y sexo con los que allí es registrada"*. En razón de este derecho, el art. 3° de la mencionada ley admite que "*Toda persona podrá solicitar la rectificación registral del sexo, y el cambio de nombre de pila e imagen, cuando no coincidan con su identidad de género autopercibida*" correspondiéndole —conforme el art. 6° de dicha ley— entre otros requisitos, a quien solicite la rectificación registral expresar el nuevo nombre de pila elegido. Por consiguiente, con esta solución se refuerza la innecesariedad de cualquier trámite judicial ya sentada por la ley 26.743.

Finalmente, procede el cambio de prenombre y apellido de quien ha sido víctima de graves violaciones a los derechos humanos tales como la desaparición forzada, la apropiación ilegal o la alteración o supresión del estado civil o de la identidad. La Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas —suscripta y ratificada por nuestro país— define a la primera como "*la privación de la libertad a una o más personas, cualquiera que fuere su forma, cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la aquiescencia del Estado, seguida de la falta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de libertad*

Infojus

o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes". En relación a la sustracción y apropiación ilícita de niños y niñas, la jurisprudencia argentina ha señalado que ello "*afectaba el derecho a la identidad de las víctimas, toda vez que se había alterado el estado civil de los niños y se habían atribuido datos filiatorios que impidieron conocer la verdadera identidad de los mismos, quedando eliminado cualquier indicio relativo a su verdadero origen y evitando el contacto con la verdadera familia*".(146) La enunciación es taxativa y pueden darse otros casos no mencionados vinculados con la represión ilegal. Tal fue el pedido de supresión del apellido paterno formulado por la hija de un integrante de "grupos de tareas" que actuó en diversos centros clandestinos. El ejemplo propuesto no puede ser incluido en el último párrafo del artículo en comentario. Sin embargo, aunque con intervención judicial, pues deberá ser probado, no existe duda que se está en presencia de un caso de afectación de la personalidad en lo que respecta a la honra y reputación de la peticionante.

En suma, a partir de la concepción del nombre como un derecho humano que ha incorporado al análisis de las cuestiones que al mismo se refieran las pautas hermenéuticas propias de este tipo de derechos, las mismas habrán de evaluarse a la luz del principio *pro homine* que rige la materia. Admitida esta perspectiva, el principio de inmutabilidad del nombre que muchos han considerado irrefutable, no solo no será absoluto, sino que ha de ser reinterpretado de acuerdo al mencionado principio. Ello, y la elasticidad en el nuevo régimen, hacen presumir que la apreciación judicial se efectuará con un criterio amplio en vez del restrictivo que prevalecía hasta ahora.

ARTÍCULO 70.- ***Proceso.*** ***Todos los cambios de prenombre o apellido deben tramitar por el proceso más abreviado que prevea la ley local, con intervención del Ministerio Público. El pedido debe publicarse en el diario oficial una vez por mes, en el lapso de dos meses. Puede formularse oposición dentro de los quince días hábiles contados desde la última publicación. Debe requerirse información sobre medidas precautorias existentes respecto del interesado. La sentencia es oponible a terceros desde su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios.***

1. Introducción

Respetando el régimen procesal de cada provincia, en una única norma se establece cuáles requisitos se han de cumplir para que proceda el cambio, palabra que engloba a la adición, sustitución, supresión o modificación. No se observan mayores diferencias con su homólogo art. 17 de la ley 18.248. Por lo demás, en este tema no hay un precepto que establezca la competencia territorial, dejando dicha cuestión dentro de la órbita de cada uno de los respectivos códigos procesales. Como principio general cabe recurrir al art. 78 CCyC, que señala que el domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. Tampoco se traslada a este articulado el contenido del art. 18 de la ley 18.248, lo que se considera acertado ya que su contenido se encuentra en el art. 85 de la ley 26.413, ya transcripto.

(146) Trib. Oral Crim. N° 6 Capital Federal, "Rei, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de diez años", Causa n° 1278, citado en Corte IDH, "Gelman vs. Uruguay", 24/02/2011, en *LL*, AR/JUR/99929/2011.

2. Interpretación

Se alude al procedimiento más abreviado reemplazando estos vocablos al procedimiento sumarísimo previsto con anterioridad. La sustitución es correcta, toda vez que no en todas las provincias se encuentra regulado el proceso sumarísimo (por ejemplo, Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba). Pero además, se otorga la razón a destacada doctrina que entendía que el término sumarísimo significaba procedimiento rápido y ágil y; no la expresión técnica con la que se alude al mencionado proceso.

La petición ha de tener la debida publicidad, para que quien quiera cuestionar el cambio tenga posibilidades de tomar conocimiento y plantear la oposición que considere pertinente en el plazo de 15 días hábiles a contar de la segunda publicación. No hay ninguna divergencia con su antecesor respecto al número de publicaciones, el lapso en que han de realizarse y el diario donde deben publicarse. En ese proceso, corresponde al interesado aportar las probanzas que acrediten los justos motivos que invoca en orden a justificar la modificación reclamada y, al juez anoticiarse de las medidas cautelares decretadas respecto a la persona que peticiona el cambio. Ello, en razón de que la mentada modificación no puede, de ninguna manera, perjudicar los intereses de terceros acreedores. Se exige la intervención del Ministerio Público que, de acuerdo con el art. 103 del Código de Fondo, abarcará los pedidos en que se encuentren involucradas las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; y aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos. También se exigirá siempre la intervención del Fiscal, debiendo invariablemente correrse vista a la dirección general que corresponda. Por su parte, una vez firme, la sentencia debe ser notificada al Registro de origen de la inscripción para su registro, recién con su inscripción será oponible a terceros. En lugar de referirse a la rectificación simultánea *"de las partidas de los hijos menores y la de matrimonio, si correspondiere"* de modo general, la última oración prescribe que deben rectificarse todas las partidas, títulos y asientos registrales que sean necesarios. Incluye, por tanto, el documento nacional de identidad y toda documentación de reparticiones públicas o instituciones privadas, documentación académica, política-electoral, u otra.

ARTÍCULO 71.- ***Acciones de protección del nombre.*** *Puede ejercer acciones en defensa de su nombre:*

a. *aquel a quien le es desconocido el uso de su nombre, para que le sea reconocido y se prohíba toda futura impugnación por quien lo niega; se debe ordenar la publicación de la sentencia a costa del demandado;*

b. *aquel cuyo nombre es indebidamente usado por otro, para que cese en ese uso;*

c. *aquel cuyo nombre es usado para la designación de cosas o personajes de fantasía, si ello le causa perjuicio material o moral, para que cese el uso.*

En todos los casos puede demandarse la reparación de los daños y el juez puede disponer la publicación de la sentencia.

Las acciones pueden ser ejercidas exclusivamente por el interesado; si ha fallecido, por sus descendientes, cónyuge o conviviente, y a falta de éstos, por los ascendientes o hermanos.

Infojus

1. Introducción

Como se ha visto, es un derecho y, a su vez un deber, tener un nombre. En consecuencia, su portador tiene determinadas acciones para protegerlo de quien lo desconoce o lo utiliza sin corresponderle. Las diferentes acciones se encuentran enunciadas en este precepto y su contenido se corresponde con el de los arts. 20, 21 y 22 de la ley 18.248.

2. Interpretación

2.1. Acciones

En primer término, se encuentra prevista la acción de reclamación o reconocimiento, que es aquella que tiene la persona a quien se le ha desconocido o negado su nombre para que se le reconozca, prohibiéndose su ulterior impugnación. Se requiere, por tanto, que el demandado haya desconocido el nombre de quien lo porta legalmente. Este desconocimiento implica la necesidad de publicidad, que puede darse a través de publicaciones, radio, televisión o en forma verbal. Su redacción es equivalente a la del art. 20 de la derogada ley 18.248, con la salvedad de que en él los verbos se encontraban mencionados en tiempo condicional y actualmente se los consigna en modo imperativo. Otra diferencia consiste en que la decisión de publicar la sentencia, que antes era discrecional para el juez, ahora siempre debe ser publicada, a costa del demandado.

En segundo lugar, se contempla la acción de contestación o usurpación del nombre, mediante la que se habilita a su portador a accionar contra quien emplea indebidamente su nombre para que cese en esa conducta o también —como nos recuerda Pliner— cuando se utiliza el nombre ajeno para designar a terceras personas que no son sus titulares. Se está en presencia de una persona que, sin derecho, esgrime un nombre que le corresponde a quien acciona o a otro tercero. Es decir, se apodera o usurpa un nombre que no le pertenece.

La tercera y última acción que prevé la norma, es la denominada acción por uso ilícito o impropio del nombre o acción de defensa del buen nombre. Se está en presencia de alguien que utiliza el nombre de una persona para denominar a alguna cosa, personaje ficticio, marca o producto y ella —o, en su defecto, sus herederos— requieren la supresión del uso con el cual se identifica a una cosa o a un personaje ficticio porque tal comportamiento provoca al actor daño material o no material. Esa utilización, establecía el segundo párrafo del art. 21 de la ley 18.248, debía ser maliciosa y causar un perjuicio moral o material. Actualmente se elimina la exigencia de maliciosidad, que fuera objeto de críticas por su dificultad probatoria, y se mantiene el recaudo de que su portador debe haber padecido algún daño moral o material por haberse utilizado su nombre para designar a una cosa, personaje de fantasía, u otro. Se clarifica que la conducta no exige ser dolosa siendo suficiente que haya negligencia o culpabilidad.

En los tres supuestos que enuncia el art. 71 la acción principal tiene por objeto que se reconozca el nombre de aquel a quien se le ha desconocido o el cese del uso de un nombre por parte de un tercero que no le corresponde. Además, en todos los casos su legítimo portador se encuentra legitimado para reclamar y obtener el resarcimiento de los daños y perjuicios que hubiera sufrido siempre que se encuentren configurados los presupuestos generadores de la responsabilidad civil: 1) antijuridicidad; 2) daño; 3) nexo de causalidad entre el daño y el hecho productor; y 4) factores de imputabilidad o atribución legal de responsabilidad, temática que, específicamente, se encuentra regulada en el Libro Tercero, Título V, Capítulo 1 - CCyC.

En las dos últimas, o sea en las acciones de usurpación del nombre y en las de uso impropio, la publicación de la sentencia queda a criterio del juez. Asimismo, no se encuentra prevista, como con anterioridad, la imposición de sanciones conminatorias. Esto no impide que el juez las imponga si se cumple con el supuesto general previsto en el art. 804 CCyC que otorga a los jueces potestad para *"...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 aquél desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder"*.

Un caso bastante común de usurpación se presenta cuando quien ha convivido utiliza el apellido de su pareja o así es denominada por su círculo social sin corregir el error. Al respecto, la jurisprudencia ha considerado que la utilización del apellido del causante con el que la demandada hiciera vida marital, precedido de la partícula "de" implica adquirir una apariencia de pertenencia al grupo familiar creando una confusión de personas o familias y es allí donde radica el interés de la accionante, no resultando necesario que este fuera utilizado en actos jurídicos bastando que haya hecho un uso meramente social del mismo.

No obstante, quedan fuera los casos de espontaneidad social como el acontecido con María Kodama, compañera del escritor Jorge Luis Borges. En tal sentido, la justicia nacional civil fue contundente en que "*la acción de usurpación de apellido intentada por la accionante debe ser rechazada por cuanto excede lo jurídico, toda vez que, —sumado a no haberse acreditado acción de usurpación alguna por parte de la accionada ni interés moral o jurídico de quien así acciona— lo contrario implicaría obligar a la demandada a negar lo que pública y espontáneamente la prensa nacional e internacional como el público en general le ha reconocido —amén de la propia voluntad del causante— esto es su trato marital con él. Su consideración y su carácter de musa inspiradora. Si en virtud de esta realidad social, a la accionada, los medios culturales y periodísticos la identifican con el apellido del causante —viuda de Borges, madame Borges o María Kodama-Borges— ninguna sentencia podrá torcer esa realidad por exceder la misma el marco de lo estrictamente jurídico*".(147)

En relación al uso indebido del nombre se ha entendido que la simple inserción del nombre de una persona en una tarjeta incluida en la publicidad de una empresa sin otro dato que permitiera identificarla no implicaba usurpación en los términos de la normativa aplicable.

Como elementos a ponderar a la hora de fijar la indemnización cabe enunciar a: 1) la demora en accionar por quien se siente agraviado por el uso indebido de su nombre; 2) la existencia de doble analogía entre persona y personaje, es decir, no solo del nombre sino además de idéntica o parecida profesión, aunque la jurisprudencia haya aceptado que basta la sola utilización del nombre para el progreso de la acción siempre que este no fuera común o reiterado; y 3) la extensión cuantitativa de la difusión indebida del nombre.

2.2. Legitimación

A diferencia de la ley 18.248, que otorgaba legitimación para demandar al interesado, a su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, sin efectuar distinción alguna entre ellos, en vida solo la tiene el damnificado directo. A su muerte, tienen el ejercicio

(147) Juzgado en lo Civil N° 81, 4/09/1991, "Borges de Torre, Leonor F. c/ Kodama, María", en *ED*, 12/03/1992.

Infojus

de la acción sus descendientes, su cónyuge o conviviente; y solo en ausencia de ellos, los ascendientes o hermanos.

Respecto al apellido conyugal, su uso le otorga al consorte que lo utiliza legitimación para incoar cualquiera de la acciones tendientes a hacer cesar un uso incorrecto del mismo.

ARTÍCULO 72.- ***Seudónimo.*** *El seudónimo notorio goza de la tutela del nombre.*

1. Introducción

Este artículo posee redacción similar al art. 23 de la ley 18.248 y, al igual que este, otorga al seudónimo, que posea el calificativo de notoriedad, las mismas acciones de protección que al nombre. Los jueces, por su parte, han precisado, en punto a la notoriedad, que para obtener la protección del derecho, quien emplea un seudónimo debe haber trascendido relativamente en su actividad a través de él, de modo tal que, al anunciárselo, se evoque a esta persona y no exista una posibilidad de confusión con otra. En consecuencia, la tutela judicial del seudónimo es equiparada en forma total a la del nombre. Se advierte entonces que, aun cuando no puedan configurarse a criterio del juzgador los justos motivos que permitirían autorizar el cambio de nombre por el del seudónimo notorio, esta característica sí resulta suficiente para que su uso sea protegido.

2. Interpretación

Por no existir diferencias, puesto que el seudónimo se beneficia de la misma tutela que el nombre, cabe remitirse a lo expuesto en el art. 71.

Sobre el particular, la Corte Suprema de la Nación ha admitido, si bien en materia marcaria, la asimilación del seudónimo al nombre de las personas a los efectos del art. 4° de la —hoy derogada— ley 3975, cuando aquel hubiere adquirido notoriedad suficiente para merecer la protección legal. Dicha acción reconoce su origen en el derecho que toda persona tiene a preservar su nombre del uso indebido, constituyendo el supuesto del art. 4° un caso particular de tal uso, lo que justifica su inclusión en la ley de marcas. En esa dirección, concedido el recurso extraordinario interpuesto, entendió nuestro más Alto Tribunal, por unanimidad, que el seudónimo del actor Pelé constituyó un verdadero sustituto de su nombre auténtico en torno del cual había desarrollado la actividad por la que adquirió fama y que, al haberse extendido de tal modo esa identificación, era solo a través del seudónimo como se lo individualizaba en el conocimiento del público.[148]

CAPÍTULO 5[*]

Domicilio

ARTÍCULO 73.- ***Domicilio real.*** *La persona humana tiene domicilio real 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.

(148) CSJN, "Do Nascimento, Edson A. c/ Pistolare, Roberto A. y otros", 03/09/1981, en *LL* 1981-D, p. 544, AR/JUR/3194/1981.

(*) Comentarios a los arts. 73 a 75 elaborados por Gustavo Luis Gaibrois.
Comentarios a los arts. 76 a 78 elaborados por Diego Tachella.

1. Introducción

La existencia del ser humano resulta amparada por el derecho. Esa protección comprende diversos aspectos; uno de ellos es la tutela jurídica que recae sobre el atributo jurídico denominado domicilio. El domicilio es un lugar dentro del ámbito geográfico territorial que la ley atribuye como asiento jurídico de la persona para la producción de determinados efectos jurídicos.

Esta imposición legal resulta necesaria a fin de que las personas puedan ser localizadas para el cumplimiento de sus obligaciones y el ejercicio de sus derechos. Es decir, toda persona física tiene el deber y el derecho de tener un domicilio, para así garantizar el funcionamiento del estado de derecho. Así es que el domicilio, en cuanto calidad personal que individualiza al sujeto, implica que es posible ubicar a la persona en el domicilio real o legal, atribuidos legalmente, a los efectos generales de la ley.

2. Interpretación

2.1. Domicilio real. Concepto

El Código asigna a la persona su domicilio real en base a la circunstancia de tratarse del lugar donde ella reside habitualmente. La connotación principal de este tipo de domicilio está dada por la habitualidad en la residencia, que es definida por el *Diccionario de la lengua española (DRAE)* como lo *"que se hace con continuación o por hábito"*. Se trata del lugar donde la persona desarrolla su vida en sentido amplio, en el ámbito donde centra y despliega sus actividades familiares, culturales, sociales, deportivas, de esparcimiento u otras; es decir, el lugar que el individuo elige para vivir con demostrada intención.

La palabra "domicilio" deriva del latín *domicilium*; de *domus*, es decir, casa. Desde el punto de vista jurídico se aplica al lugar de residencia al que refiere el artículo, considerada esa casa en sentido genérico de vivienda, donde la persona habita con intención de permanecer y afincar su sede para realizar dichas actividades. Este hecho jurídico y la conducta mantenida por el sujeto son los elementos a los que la ley le otorga determinados efectos jurídicos.

Aun en los casos excepcionales en que la persona no tenga un lugar de residencia habitual, sea porque se trate de un viajero constante, o se encuentre en estado de indigencia, o haya sufrido una catástrofe, o por otro motivo; nada obsta a que jurídicamente se considere que la persona tiene domicilio, pues a dichos supuestos se aplican las previsiones del art. 74, inc. c), o eventualmente las del art. 76 CCyC, en cuanto disponen en definitiva que la persona tiene su domicilio *"en el lugar de su residencia actual"* o *"en el lugar donde se encuentre"*.

Este tipo de domicilio resulta de aplicación general a la universalidad de derechos y obligaciones de la persona física, como asimismo ante la falta de un domicilio de excepción, sea legal o especial.

2.2. Elementos

De la conexión de los arts. 73 y 77 CCyC se sigue que el domicilio real se conforma por dos elementos: uno de tipo objetivo, que es la residencia habitual, y el otro de carácter subjetivo, que consiste en la intención de permanecer en él.

Si bien conceptualmente ambos pueden distinguirse, en definitiva, tanto el elemento objetivo como el subjetivo, remiten en la práctica a la demostración de dos hechos jurídicos unívocos: comprobar la residencia y la conducta que permita inferir la voluntad

Infojus

de permanecer en dicho sitio para vivir, lo cual queda supeditado a disposiciones de tipo procesal o administrativas a fin de dirimir la cuestión.

2.3. Prueba del domicilio

Tratándose de la comprobación de una situación de hecho, cuya afectación puede ir en desmedro de importantes principios constitucionales (como los de defensa en juicio y debido proceso) y derivar en perjuicios graves al patrimonio de la persona, debe permitirse la mayor amplitud probatoria posible, de manera tal que se permita acreditar en forma fehaciente dónde reside efectivamente una persona en forma habitual; claro que lo dicho también rige para su refutación.

Es así que el domicilio puede probarse por constancias de documentos públicos (como los documentos de identidad, partidas, inscripción de los registros cívicos y otros) por declaraciones testimoniales, por documentos privados (cartas, postales y otros) y demás medios que los ordenamientos procesales u otras leyes especiales pongan a disposición de las partes.

2.4. Caracteres

Al igual que sucede con los demás atributos de la personalidad, en este supuesto también se presenta el fenómeno de la unicidad, es decir, que la persona física no puede tener más que un solo domicilio, pues los efectos generales que dimanan de él no admiten la coexistencia de varios domicilios reales, ya que dicha indeterminación generaría un caos jurídico.

En este sentido, cabe acotar que, si bien el CCyC prevé la existencia de cuatro tipos de domicilios diferentes para las personas físicas, debe atenderse a la extensión de los efectos asignados a cada uno de ellos: si son de carácter general, un solo domicilio puede tener virtualidad jurídica, sea el real o el legal; en cambio, si los efectos rigen para determinadas situaciones jurídicas particulares, no existe contradicción entre ellos y pueden subsistir válidamente en forma conjunta uno comercial o profesional y otro especial, junto al real o al legal.

Asimismo, cabe indicar que la persona puede ser centro de imputación jurídica en domicilios de otro tipo que haya consignado, conforme otras normas ajenas al CCyC, como la ley procesal en relación al domicilio constituido en juicio, o la ley administrativa en cuanto prevé la constitución de domicilio fiscal, que incluso, en ambos casos, pueden ser de carácter electrónico.

Otra característica que presenta el domicilio es su voluntariedad, pues depende del arbitrio de las personas. También se trata de un atributo mutable, ya que el domicilio puede modificarse de un lugar a otro, lo cual garantiza la libertad humana y resulta concordante con los principios constitucionales que la instituyen (arts. 14, 19, 33 CN y conc.), así como con las disposiciones de este Código en cuanto establece que no puede ser coartada dicha facultad ni por contrato ni por disposición de última voluntad (art. 77 CCyC).

El domicilio real, además, resulta inviolable en los términos del art. 18 CN, es decir, solo fundado en ley puede determinarse en qué casos y con qué justificativos puede procederse al allanamiento y ocupación del mismo.

En este sentido, dicho principio encuentra tutela similar en los tratados internacionales con jerarquía constitucional, como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 9°), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 12), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 17), el Pacto de San José de Costa Rica (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 16).

2.5. Domicilio comercial o profesional

En los casos en que una persona física ejerza el comercio por sí, o alguna actividad profesional, o más ampliamente alguna actividad económica, el artículo dispone que, a los fines del cumplimiento de las obligaciones de quienes hayan contratado con él o que deriven de dicha actividad, su domicilio se sitúa en el lugar donde se desarrollan dichas tareas.

Tal solución, que da preferencia a este domicilio por sobre el domicilio real de la persona, resulta de toda justicia, pues no obliga a realizar averiguaciones o investigaciones respecto de la residencia habitual del agente económico para reclamar por eventuales incumplimientos y permite producir efectos jurídicos en el lugar donde se desempeña la actividad, lo cual concuerda con los efectos del domicilio que regula el art. 78 CCyC.

ARTÍCULO 74.- ***Domicilio legal.*** *El domicilio legal es el lugar donde 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. Sólo la ley puede establecerlo, y sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales:*

a. *los funcionarios públicos, tienen su domicilio en el lugar en que deben cumplir sus funciones, no siendo éstas 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 actual;*
d. *las personas incapaces lo tienen en el domicilio de sus representantes.*

Remisiones: ver art. 74 inc. d, y comentario al art. 76 CCyC.

1. Introducción

Se denomina "domicilio legal" al lugar fijado por la ley para el cumplimiento de efectos jurídicos en general, tal como se establece para el domicilio real, aunque atendiendo a circunstancias que pueden ser distintas de la residencia habitual.

En estos casos la ley atiende a situaciones jurídicas especiales, y en virtud de ellas, asigna el domicilio legal a la persona. Tiene carácter forzoso, lo cual implica que su elección y modificación no pueden ser realizadas libremente por la persona y, en esto, se diferencia del domicilio real.

2. Interpretación

2.1. Domicilio legal de los funcionarios públicos

En doctrina se discute qué debe entenderse por funcionario público, variando desde el criterio más estricto, que entiende que son solo aquellos que no están sujetos a las órdenes de superiores jerárquicos, hasta otro, más amplio, que abarca a los funcionarios y empleados públicos, e incluso a los escribanos con registro.

Como no existe un criterio único para dilucidar la cuestión resulta necesario tomar las circunstancias del caso particular y analizarlas conforme los principios de este Código; y así, establecer si el supuesto encuadra en el concepto de funcionario público.

Infojus

Para establecer el domicilio legal, en este caso, la ley tiene en mira la habitualidad de las tareas laborales que desarrolla la persona, que en los casos de empleo público, generalmente importa que el empleado deba permanecer en el lugar en que cumple sus funciones, y es allí donde la ley supone que se encuentra la persona. Por eso excluye otorgar domicilio legal a quienes cumplen tareas temporarias, periódicas o de simple comisión.

El domicilio legal de los funcionarios públicos produce los efectos propios del domicilio general y es allí donde deben practicarse las notificaciones judiciales, no obstante las notificaciones practicadas en el domicilio real sean igualmente válidas.

Este domicilio mantiene su vigencia mientras dure el motivo que determinó su fijación legal y, una vez finalizada la función pública, renace la validez del domicilio real.

2.2. Militares en servicio activo

Comprende a todos los miembros de los tres cuerpos de las Fuerzas Armadas: ejército, marina y aeronáutica. Su domicilio legal se establece en el lugar en el cual están destinados a prestar servicios.

Si bien se los menciona en un apartado especial, en razón de tratarse de funcionarios públicos, también quedan incluidos en el inc. a) del presente artículo.

Al igual que en el caso de los funcionarios públicos, este domicilio mantiene su vigencia mientras dure el motivo que determinó su fijación legal y una vez finalizado el servicio activo, el domicilio real vuelve a tener validez.

2.3. Domicilio legal de los transeúntes o personas de ejercicio ambulante

Esta disposición se origina en el principio de necesidad de domicilio. Por ello se atribuye un domicilio incluso a las personas que no tienen un asiento principal conocido.

Este supuesto concuerda con el previsto en el art. 76 CCyC, a cuyo comentario cabe remitirse.

2.4. Domicilio legal de los incapaces

Este inciso abarca a todas las personas incapaces de ejercicio, en los términos del art. 24 CCyC. Es decir, las personas por nacer, las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente y la persona declarada incapaz por sentencia judicial; extremos cuyos matices se estudian en el art. 31 CCyC y ss.

Como regla general, el Código establece en los arts. 100 y 101 CCyC que las personas incapaces ejercen, por medio de sus representantes, los derechos que no pueden ejercer por sí. Son los representantes: de las personas por nacer, sus padres; de los menores de edad no emancipados, sus padres o tutor; y de las personas con capacidad restringida, el curador que se les nombre.

2.5. El domicilio de origen

Este tipo de domicilio, que regulaba el art. 89 CC y que instituía como domicilio del recién nacido el lugar del domicilio del padre, no constituía sino un supuesto más de domicilio legal. En el Código desaparece como categoría, debiendo remitirse a la regla establecida en el art. 74, inc. d) CCyC, que dispone que los incapaces tienen su domicilio en el de sus representantes.

ARTÍCULO 75.- *Domicilio especial.* *Las partes de un contrato pueden elegir un domicilio para el ejercicio de los derechos y obligaciones que de él emanan.*

1. Introducción

Se denomina "domicilio especial" al lugar que una persona pacta en un contrato para la producción de efectos jurídicos que dimanan del mismo.

Es de carácter voluntario y facultativo, y no está sujeto a formalidad alguna, conforme al principio de libertad de formas que rige el ámbito contractual. No obstante, en cuanto a su constitución y modificación, debe seguir la forma que se hubiera establecido para cada contrato en particular, de acuerdo al Libro Tercero, Título II, Capítulo 7 CCyC.

Cabe señalar que la constitución de domicilio especial tiene por efecto principal prorrogar la competencia jurisdiccional del territorio, es decir, ya no es más competente el juez que hubiera correspondido de acuerdo a las reglas procesales generales (art. 5° CCyC, para la jurisdicción federal y nacional), sino el juez que correspondiere al domicilio convenido.

Debe tenerse presente que la fijación de un domicilio especial en los contratos de adhesión a cláusulas generales predispuestas o en los contratos de consumo puede llegar a constituir una cláusula o práctica abusiva, en caso que la prórroga de jurisdicción deje en situación de indefensión a la contraparte o vulnere indebidamente sus derechos, es decir, que provoque un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de la partes, en perjuicio del consumidor, conforme los términos de los arts. 988 y 1119 CCyC.

En caso de presentarse dicha situación, que afecta al orden público, los jueces se encuentran facultados para modificar esta estipulación y declarar su nulidad parcial, con sustento en las previsiones de los arts. 960, 989, 1094 y 1095 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Notificación judicial practicada en el domicilio especial

La doctrina y jurisprudencia formulan un distingo en esta cuestión, según que el domicilio especial contractual haya sido estipulado en instrumento privado o público. En el primer supuesto, mientras la rúbrica de quien suscribe el documento no haya sido reconocida, el mismo carece de validez y no puede atribuirse efectos al domicilio allí consignado, hasta tanto la persona a la cual se le atribuye la firma haya sido citada en debida forma, esto es, en su domicilio real o legal; y se tenga por reconocido el instrumento.

Distinta solución corresponde aplicar si el domicilio especial se encuentra constituido en instrumento público, pues, dado que dichos instrumentos gozan de presunción de autenticidad, resulta válida la notificación judicial que se practique en dicho domicilio especial.

ARTÍCULO 76.- *Domicilio ignorado.* *La persona cuyo domicilio no es conocido lo tiene en el lugar donde se encuentra; y si éste también se ignora en el último domicilio conocido.*

1. Introducción

El Código, tal como lo previó Vélez Sarsfield, adopta el criterio de la vigencia del último domicilio conocido, para el supuesto de desconocerse el actual de la persona humana en cuestión.

Infojus

Ello emana del principio de que ninguna persona puede carecer de domicilio, por ser este uno de los atributos de la personalidad. Así pues, como se dijo en el análisis del art. 73 CCyC, es necesario que las personas cuenten indefectiblemente con aquel, a fin de poder ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones.

2. Interpretación

Conforme lo establece la norma en análisis, mientras no se acredite la existencia de un nuevo domicilio, subsiste el último conocido, dado que el mismo se conserva con la sola intención de no modificarlo.

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, ya que de lo contrario, si se mantiene la intención de regresar al anterior, aquel permanece vigente.

Es de suma importancia señalar que en el Código, a los fines del presente artículo y tal como se explicó en el comentario al art. 73, el régimen del domicilio se simplifica notablemente, ya que se elimina la categoría del domicilio de origen.

Por último, debe decirse que, a los efectos procesales, si el domicilio de alguna de las partes es desconocido y se han agotado todas las posibilidades de averiguarlo, corresponde notificar al interesado por edictos de acuerdo a las pautas que establezca el código de procedimientos pertinente (por ejemplo, conforme lo previsto por art. 145 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CPCCN).

ARTÍCULO 77.- ***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.***

1. Introducción

La norma en estudio, al igual que su antecesora (art. 97 CC), adopta la postura de la posibilidad de cambiar el domicilio libremente por la simple voluntad de la persona humana. Esta facultad no puede ser cercenada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad.

Dicha circunstancia obedece a la concepción de uno de los derechos personalísimos por excelencia, como es la libertad, y por ende, en nuestro país tiene raigambre constitucional (arts. 17 a 19 de la Carta Magna y art. 22 del Pacto de San José de Costa Rica). De ahí que uno de los caracteres del atributo de la personalidad en estudio es su variabilidad.

2. Interpretación

Debe entenderse que la intención de mutar el domicilio no se presume, sino que debe emanar de una manifestación expresa de la persona o de los acontecimientos particulares del supuesto concreto que se estudie.

Así pues, el cambio de domicilio opera de manera instantánea cuando coexisten un elemento objetivo —consistente en el cambio de la residencia— y uno subjetivo —representado por la intención de permanecer en el nuevo domicilio—. Es decir, el traspaso del domicilio de la persona humana se da cuando ella toma una nueva residencia y tiene la intención de permanecer en la misma.

Por ende, la simple intención, sin ser acompañada por el objetivo hecho del traslado, no implica cambio de domicilio. En esa inteligencia, el mero abandono material de la residencia no implica el cambio del domicilio, como así tampoco el traslado de la residencia por cuestiones de enfermedad; excepto que, en este último caso, la intención definitiva sea permanecer en aquella. Además, el fin de cambiar el domicilio debe ser veraz, no con el solo ánimo de evadir obligaciones, perjudicar intereses de terceros o burlar la jurisdicción correspondiente a su efectivo domicilio o, en otros términos, que haya habido ejercicio abusivo de la facultad de cambiar domicilio.(149)

En cuanto a la prueba del cambio de domicilio, debe apuntarse que dicha circunstancia puede ser acreditada mediante cualquiera de las probanzas establecidas por los códigos procesales, inclusive por medio de presunciones.

A su vez cabe resaltar que, en tanto no se acredite su mudanza definitiva a otro punto, debe considerarse subsistente el domicilio anterior, que se conserva con la sola intención de no cambiarlo.(150)

ARTÍCULO 78.- ***Efecto.*** ***El domicilio determina la competencia de las autoridades en las relaciones jurídicas. La elección de un domicilio produce la prórroga de la competencia.***

1. Introducción

La normativa en estudio continúa la tesitura seguida oportunamente por Vélez Sarsfield, en el sentido de que el domicilio —real, legal o especial— determina la competencia judicial. Asimismo, el texto en estudio también admite la prórroga de aquella, para el supuesto de que se haya elegido un domicilio.

Conforme lo establece la norma en cuestión, el domicilio de la persona humana establece la competencia del órgano jurisdiccional correspondiente, debiendo remitirse en los casos no previstos por el CCyC, a la reglamentación prevista en los diversos códigos procesales o en leyes particulares (por ejemplo, art. 3° de la ley 24.552).

Por lo demás, el domicilio del deudor establece el lugar de pago en el cumplimiento de las obligaciones, para el supuesto de no haberse indicado nada al respecto en un contrato.

2. Interpretación

2.1. Competencia

El CCyC determina expresamente algunas cuestiones de competencia tomando en consideración el domicilio de las personas humanas involucradas en el litigio.

En efecto, se establece que en los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, concretamente en las cuestiones referidas *"... a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la*

(149) CSJN, "Dorn, Carlos", 13/07/1953, Fallos: 226:1953, entre otros.

(150) CSJN, "Himmelspacher, Carlos s/ sucesión", 31/06/1968, Fallos: 271:170.

Infojus

persona menor de edad tiene su centro de vida" (art. 716 CCyC). Cabe resaltar que dicha normativa importa la modificación de algunos de los supuestos enumerados en el artículo en análisis en el CC (por ejemplo, art. 400 CC relativo a la tutela).

A su vez, dicha norma ha seguido la tónica fijada al respecto por el Alto Tribunal desde hace ya un tiempo en numerosas oportunidades, en el sentido de que debe entender el magistrado de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los menores en todas aquellas acciones que la protección de aquellos se vea comprometida, dado que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable mayor inmediación del juez de la causa con la situación de estos.[151]

El texto del artículo citado atiende asimismo al "*interés superior del niño*" (art. 3° CDN), principio que debe velar en todas las cuestiones que se vean involucrados menores, debido a su condición de vulnerabilidad.

Además, en el cuerpo legal en estudio se establece: "*En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo*" (art. 717 CCyC).

En lo que atañe a los conflictos derivados de las uniones convivenciales, el texto legal en análisis dispone que es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor (art. 718 CCyC).

Con respecto a las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes, se dispone que *"es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor"* (art. 719 CCyC).

"*En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida*", se establece que "*es competente el juez del domicilio del demandado*" (art. 720 CCyC).

A su vez, se fija que "*la competencia para entender en el juicio sucesorio corresponde al juez del último domicilio del causante, sin perjuicio de lo dispuesto*" con respecto a las sucesiones en que se vean comprometidas cuestiones de derecho internacional privado, cuestión zanjada en la Sección 9ª, Capítulo 3, Título IV del Libro Sexto, a la cual cabe remitirse (art. 2336 CCyC).

En torno a ello debe decirse que, si al iniciarse el juicio sucesorio se invoca un domicilio distinto del que figura en la partida o certificado de defunción, corresponde al juez que haya sido sorteado expedirse al respecto, conforme a la prueba producida sobre ello, dado que se trata de una cuestión de hecho que debe ser cabalmente demostrada, resultando válidos todos los elementos categóricos de prueba.

Asimismo, y conforme lo previsto en el mencionado artículo, el mismo juez conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las

.....

(151) CSJN, "Albornoz, Zulma Elizabeth c/ Lorenzatti Santagostino, Gustavo Alberto s/ tenencia", 20/04/2010, Fallos: 333:498, entre otros.

operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los copartícipes y de la reforma y nulidad de la partición.

Si el causante deja solo un heredero, las acciones personales de los acreedores del causante pueden dirigirse, a su opción, ante el juez del último domicilio del causante o ante el que corresponde al domicilio del heredero único.

En torno al juicio de ausencia, se dispone que "*es competente el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya prevenido*" (art. 81 CCyC).

En materia de concursos, el domicilio de la persona humana determina la competencia territorial, ya que conforme lo previsto por el art. 3° de la ley 24.552 corresponde intervenir al juez con competencia ordinaria; si se trata de personas de existencia visible, al del lugar de la sede de la administración de sus negocios; a falta de este, al del lugar del domicilio; y si el deudor tuviere varias administraciones al juez del lugar de la sede de la administración del establecimiento principal; si no pudiere determinarse esta calidad, lo es el juez que hubiere prevenido.

2.2. Lugar de pago

Otro efecto de suma importancia relativo al domicilio tiene que ver con el lugar de pago en el cumplimiento de las obligaciones. En el particular debe decirse que, si las partes pactaron en un contrato que el o los pagos se efectúen en el domicilio de alguna de las ellas, debe estarse a lo acordado por las mismas (art. 958 CCyC).

Por el contrario, si nada se ha establecido al respecto, el art. 874 CCyC determina que el lugar de pago es el domicilio del deudor al tiempo del nacimiento de la obligación y, si el deudor se muda, el acreedor tiene derecho a exigir el pago en el domicilio actual o en el anterior. Igual opción corresponde al deudor, cuando el lugar de pago sea el domicilio del acreedor.

Cabe señalar que el mentado texto legal prevé que dicha regla no se aplica a las obligaciones de dar cosa cierta y a las obligaciones bilaterales de cumplimiento simultáneo.

2.3. Notificaciones

Otra cuestión de gran trascendencia con respecto al domicilio de las personas humanas es el de las notificaciones, ya sean extrajudiciales, de la instancia previa de mediación, o judiciales.

Por un lado, y para el supuesto que no se haya constituido domicilio procesal, las notificaciones judiciales deben practicarse en el domicilio de la persona interesada (real, legal o especial, según corresponda), debiéndose respetar los principios constitucionales del debido proceso y del derecho de defensa en juicio, sobre todo en el caso del traslado de la demanda.

Por otro lado, las notificaciones de carácter extrajudicial y las correspondientes a la etapa de mediación previa deben practicarse en el domicilio de las partes.

2.4. Prórroga de la competencia

El efecto sobresaliente de la elección de un domicilio especial es conferir competencia a los jueces con jurisdicción en el domicilio elegido. Es decir, la elección de un domicilio

Infojus

especial importa la prórroga de la competencia territorial. Por ende, mediante la elección de un domicilio constituido, las partes pueden someter el procedimiento a un magistrado que, de acuerdo a las normas procesales que rigen la competencia territorial, carecería de competencia para entender en el proceso, siempre y cuando no se vea afectado el orden público.

Ahora bien, debe señalarse que la prórroga de la competencia producida por la elección de un domicilio no se puede admitir cuando aquella no pueda ser atribuida en virtud de la materia en cuestión. Cabe citar, como ejemplo, aquellas cuestiones en que indefectiblemente deba entender la Justicia Federal.

Empero, debe apuntarse que la prórroga de la competencia pierde virtualidad cuando existe fuero de atracción por sucesión, concurso o quiebra, ya que, por lo general, los procesos son atraídos por el juez que entiende en el juicio universal.

A su vez, también puede perder eficacia la prórroga de competencia frente a cuestiones procesales que determinen el desplazamiento de aquella, como se presenta en supuestos de conexidad y acumulación de procesos.

CAPÍTULO 6(*)

Ausencia

ARTÍCULO 79.- ***Ausencia simple.*** ***Si una persona ha desaparecido de su domicilio, sin tenerse noticias de ella, y sin haber dejado apoderado, puede designarse un curador a sus bienes si el cuidado de éstos lo exige. La misma regla se debe aplicar si existe apoderado, pero sus poderes son insuficientes o no desempeña convenientemente el mandato.***

1. Introducción

El principio general que emana del art. 93 CCyC establece que la existencia de la persona humana termina por su muerte. Esta circunstancia deberá ser comprobada de acuerdo a los estándares médicos aceptados.

Ahora bien, existen supuestos particulares que se presentan cuando una persona se ausenta de su domicilio sin dar noticia alguna de su existencia. Frente a ello, nuestro ordenamiento contaba con la regulación que establecía la ley 14.394 (arts. 15 a 21), como antecedente normativo más inmediato, y que había reemplazado los arts. 110 a 125 CC.

Con la sanción del Código se derogó la norma mencionada —art. 3°, inc. a) de la ley 26.994— y se incorporó definitivamente al cuerpo orgánico, más precisamente en el Título I, Capítulos 6 y 7, lo atinente a la ausencia simple y a la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 79 a 92 CCyC). Esta circunstancia constituye un acierto, dado que permite concentrar, en forma uniforme y metodológica, lo atinente al fin de la existencia de la persona humana.

2. Interpretación

Los supuestos a los que refieren los arts. 79 a 84 CCyC se verifican cuando una persona se ausenta de su domicilio o del lugar habitual de su residencia o actividades sin que se tenga noticia alguna de ella y no pueda deducirse, *prima facie*, que la persona haya

(*) Comentarios a los arts. 79 a 84 elaborados por Aldo M. Di Vito.

fallecido. Esta es la ausencia simple que, en realidad, supone una situación de incertidumbre sobre el estado de la persona.

El significado técnico de la palabra "ausencia" corresponde a la persona humana que no está presente y de la que no se tienen noticias, sin que pueda inferirse que la persona haya fallecido. En dicho supuesto, se habilita la posibilidad de peticionar ante el juez competente.

Dentro de la situación descripta pueden darse distintos casos, dado que la persona ausente pudo o no dejar apoderado o indicar paradero y, en cada supuesto, el sistema jurídico interviene en defensa del ausente como objetivo primario de esta regulación. Función tuitiva que tiene importancia en aquellas relaciones jurídicas pendientes del ausente, en las demandas que puedan interponerse en su contra y cuando existen bienes que deban conservarse.

ARTÍCULO 80.- ***Legitimados.*** *Pueden pedir la declaración de ausencia, el Ministerio Público y toda persona que tenga interés legítimo respecto de los bienes del ausente.*

1. Introducción

La legitimación —en este tema— consiste en la cualidad que tiene una persona en relación con el ausente y que le otorga la posibilidad de promover el proceso. La legitimación alcanza no solo a todo aquel que tenga interés legítimo respecto de los bienes del causante, sino también al Ministerio Público. Esta participación resulta acertada, dado que la ausencia simple no solo se promueve en defensa del patrimonio del causante y de su familia, si la tuviere; sino de la sociedad en su conjunto.

2. Interpretación

El interés legítimo debe invocarse y verificarse de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso concreto y, de mediar urgencia, puede solicitarse la adopción de distintas medidas conservatorias del patrimonio del ausente.

En algunos casos, ese interés estará dado por lo vínculos familiares y/o el parentesco; en otros, por motivos estrictamente patrimoniales como la acción que pudieren promover el mandatario o el administrador o el socio dejado por el ausente, entre otros.

De la cualidad que invoque la persona requirente con relación al ausente surgirá la aptitud para estar en juicio como parte actora a fin de lograr un pronunciamiento favorable.

ARTÍCULO 81.- ***Juez competente.*** *Es competente el juez del domicilio del ausente. Si éste no lo tuvo en el país, o no es conocido, es competente el juez del lugar en donde existan bienes cuyo cuidado es necesario; si existen bienes en distintas jurisdicciones, el que haya prevenido.*

1. Introducción

Por la importancia del tema que afecta el desenvolvimiento regular de la persona dentro del sistema jurídico y por las consecuencias de la decisión que se adopte, el juicio de ausencia tramita con intervención de los jueces como garantía que su participación acarrea para el ausente.

Infojus

2. Interpretación

La competencia del juez se establece a partir de considerar el domicilio del ausente como principio general y, si este no lo tuvo o no se conoce, en el lugar donde existan bienes cuyo mantenimiento y cuidado se torna imperioso. Esto es lógico y facilita el acceso para concurrir ante los Tribunales, siendo un típico caso civil y voluntario y el principio aplicado resulta concordante con la inmediación que debe existir entre el juzgador y los hechos del caso investigado.

ARTÍCULO 82.- ***Procedimiento.*** *El presunto ausente debe ser citado por edictos durante cinco días, y si vencido el plazo no comparece, se debe dar intervención al defensor oficial o en su defecto, nombrarse defensor al ausente. El Ministerio Público es parte necesaria en el juicio.*

Si antes de la declaración de ausencia se promueven acciones contra el ausente, debe representarlo el defensor.

En caso de urgencia, el juez puede designar un administrador provisional o adoptar las medidas que las circunstancias aconsejan.

1. Introducción

Se trata de un juicio en sede judicial que, en resguardo del ausente, se ordena su citación por edictos con el apercibimiento de que si no lo hiciere, se declarará su ausencia, se le designará un curador de sus bienes e intervendrá un defensor oficial. La publicación se ordenará en el Boletín Oficial y en otro diario de circulación de la zona del domicilio del ausente o del lugar donde razonablemente pueda ubicarse.

Al día siguiente de la última publicación comienza a correr el plazo de la citación que contiene el edicto. Ello no obsta a que el juez, en determinados casos, pueda disponer de oficio o a pedido del interesado que la citación se realice además, por otros medios, como la televisión o la radiodifusión.

El Ministerio Público es parte necesaria; su intervención se encuentra regulada genéricamente en el art. 60 de la ley 24.946.

2. Interpretación

2.1. De las medidas conservatorias

Es sabido que la resolución del proceso puede insumir un tiempo, mayor o menor según distintos factores, hasta el dictado de la sentencia declarativa. En ese lapso pueden ocurrir hechos que afecten los bienes del causante o sus relaciones jurídicas en curso. Por tal motivo, se habilita al requirente a pedir la designación de un administrador provisional o a adoptar las medidas que las circunstancias del caso concreto aconsejen, de eminente carácter conservatorio, y que tiendan a impedir la pérdida o destrucción de los bienes del causante.

El examen de la concurrencia del requisito de urgencia guarda cierta similitud, para el análisis de su procedencia, con el requisito de las medidas cautelares, en cuanto al denominado peligro en la demora. Ello exige una apreciación atenta de la realidad de las cosas, que debe resultar del estudio sobre los hechos que concurren en el caso.

Bastará demostrar o advertir —sumariamente— el perjuicio que se sufre o que se podrá sufrir si no se otorga la medida solicitada y para conservar los bienes de que se trate. En

caso de que el ausente no hubiere dejado apoderado o si el poder fuese insuficiente o hubiese caducado, podrá requerirse la designación de un administrador.

No cabe duda de que hoy en día, toda vez que se cuente con la apariencia de un derecho y exista riesgo en la demora, se ha impuesto un criterio amplio para la admisión de estas medidas urgentes. Por otra parte, más allá de la citación por edictos que prevé el artículo y desde una óptica estrictamente procesal, no pueden perderse de vista los medios tecnológicos actuales para ubicar el domicilio y el paradero de las personas.

ARTÍCULO 83.- ***Sentencia.*** *Oído el defensor, si concurren los extremos legales, se debe declarar la ausencia y nombrar curador. Para la designación se debe estar a lo previsto para el discernimiento de curatela.*

El curador sólo 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 sólo en caso de necesidad evidente e impostergable.

Los frutos de los bienes administrados deben ser utilizados para el sostenimiento de los descendientes, cónyuge, conviviente y ascendientes del ausente.

1. Introducción

La sentencia hará mérito a las circunstancias que surjan de la prueba producida en el expediente y, en su caso, declarará la ausencia. Se habilitará, de ese modo, la designación de un curador, siguiéndose las pautas del art. 139 CCyC. Seguramente el efecto más trascedente de esta decisión es la designación del curador, su correcto y regular desempeño durante el tiempo que dure su tarea. Esto asegurará la eficacia tuitiva de la norma aquí comentada.

2. Interpretación

Aquellos actos que excedan la conservación y/o administración de los bienes deberán ser autorizados por el juez y la solicitud deberá realizarse con expresa mención de los fundamentos que habilitarían su procedencia, ya que en este juicio dichas medidas se analizarán estrictamente, al no conocerse con certeza la suerte del ausente, sin perjuicio de disponer de los frutos de los bienes administrados en beneficio del sostén familiar.

ARTÍCULO 84.- ***Conclusión de la curatela.*** *Termina la curatela del ausente por:*

a. *la presentación del ausente, personalmente o por apoderado;*
b. *su muerte;*
c. *su fallecimiento presunto judicialmente declarado.*

1. Introducción

La norma describe las causas sobrevinientes a la promoción del proceso, que dan lugar a la conclusión de la curatela. Puede ocurrir que, durante la tramitación de la simple ausencia, se tome conocimiento certero del estado de la persona, lo que tendrá implicancias en el desarrollo del proceso.

Infojus

2. Interpretación

La presentación del ausente, personalmente o por apoderado, supone la reinserción del sujeto en el sistema jurídico. Cesa, de esta manera, aquella imposibilidad de conservar su patrimonio y, por ende, considerar abstracta la continuidad del proceso.

Tanto la muerte como el fallecimiento presunto judicialmente declarado, dan cuenta del cambio de estado de la persona por el fin acreditado de su existencia, quedando subordinada la cuestión bajo otro orden legal.

CAPÍTULO 7(*)
Presunción de fallecimiento

ARTÍCULO 85.- ***Caso ordinario.*** *La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado.*

El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente.

1. Introducción

El Código contiene la regulación de los efectos y las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales para los casos de personas ausentes.

El concepto de ausencia (no presencia) de una persona, en sentido técnico jurídico, incluye la incertidumbre acerca de su existencia con vida, que se acentúa en la medida que transcurre mayor tiempo.

La ausencia de una persona puede ser simple o calificada. La ausencia simple consiste en la desaparición de una persona de su domicilio, sin tener noticias de ella, ni haber dejado apoderado o, en caso de existir apoderado, que aquel cuente con poder insuficiente o no desempeñe el mandato convenientemente. La ausencia simple no debería generar, en principio, sospechas de fallecimiento ni adoptar medidas sobre sus bienes en tanto la ausencia no se prolongue en el tiempo. Se encuentra regulada por los arts. 79 al 84 CCyC. En cambio, la ausencia calificada ocurre cuando, en virtud del transcurso prolongado del tiempo (caso ordinario) o de las circunstancias de la desaparición —como un naufragio o un accidente aéreo— (caso extraordinario), cabe presumir que la persona ausente se encuentra fallecida. En estos últimos supuestos no hay certezas de la muerte de la persona ausente, por lo que puede aparecer posteriormente con vida. Sin embargo, se le atribuye el efecto de la presunción de fallecimiento por reunir determinados elementos que revisten interés para el orden jurídico.

En los casos denominados "ordinarios", la presunción de fallecimiento deriva del prolongado transcurso del plazo o del término previsto por la ley. Para que se configuren esos supuestos se requieren tres requisitos: 1) el hecho de que la persona se encuentre ausente de su domicilio; 2) la falta de noticias sobre la existencia de esa persona; y 3) el transcurso del término o plazo de tres años.

Por otro lado, existen los casos denominados "extraordinarios", que según lo dispuesto por el art. 86 CCyC, son aquellos supuestos en los que la persona ausente se encontraba

(*) Comentarios a los arts. 85 a 92 elaborados por Germán Hiralde Vega.

en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (caso extraordinario genérico). Lo mismo ocurre en el caso que, encontrándose en un buque o aeronave naufragado o perdido no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (caso extraordinario específico).

Las circunstancias invocadas para configurar tanto los casos ordinarios como los extraordinarios deberán ser acreditadas en un juicio, de conformidad con el procedimiento establecido por el CCyC. Se trata de un proceso en el que los interesados deberán realizar las diligencias que ordene el juez para intentar conocer el paradero de la persona ausente. De esa forma, el nuevo texto civil y comercial incluye aspectos procesales en su regulación.

A diferencia de la ausencia simple, regulada en los arts. 79 al 84 CCyC, el procedimiento ante la ausencia con presunción de fallecimiento no se limita a resolver los conflictos de bienes sin administrador, sino que tiende a equiparar al ausente con una persona probadamente fallecida. Las diferencias entre estas últimas son básicamente la necesidad del inventario y la falta de legitimación de los herederos y legatarios para disponer de los bienes durante la prenotación (ver comentario al art. 91 CCyC).

En esta materia, el Código adoptó en lo sustancial las disposiciones previstas en los arts. 22 al 32 de la ley 14.394 de 1954, pues el CC no regulaba expresamente la ausencia con presunción de fallecimiento.

La finalidad del instituto es proteger los intereses pecuniarios del ausente, de su familia, de sus eventuales herederos y de todos aquellos que tengan algún derecho sobre sus bienes supeditados a la condición de su muerte.

Este instituto no debe confundirse con aquellos casos en que existe certeza sobre la muerte de una persona, pero no se ha podido encontrar o identificar su cadáver. Estos últimos constituyen un supuesto distinto al analizado en este Capítulo y se encuentra regido en el segundo párrafo del art. 98 CCyC.

Por último, a fin de tener presente la historia de nuestro país, conviene aclarar que los casos de personas desaparecidas entre 1975 y 1983 tuvieron un procedimiento especial establecido por la ley 24.321 de 1994. Se trata de un estatus legal distinto a la persona viva, fallecida o ausente con presunción de fallecimiento, constituido por la persona "*ausente por desaparición forzada*". Mediante esa configuración de gran trascendencia histórica e institucional para nuestro país, la ley no presume que la persona falleció sino que fue ilegítimamente privada de su libertad y nunca apareció, ni viva ni muerta.

2. Interpretación

2.1. Presupuestos para los casos ordinarios

En el art. 85 CCyC establece los tres presupuestos para que se configure el caso ordinario de ausencia con presunción de fallecimiento. En tal supuesto, no inciden las circunstancias en las cuales se produjo la desaparición, propias de los casos extraordinarios, sino que resulta definitorio —como primer requisito— que haya transcurrido un tiempo prolongado.

Infojus

Los tres presupuestos de procedencia para la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento son:

a. El hecho de que la persona se encuentre ausente de su domicilio. El domicilio debe ser en la República Argentina, de lo contrario los tribunales argentinos no tendrían competencia.

b. La falta de noticias sobre la existencia de esa persona. Debe existir incertidumbre acerca del estado de vida de la persona, ignorando su suerte.

c. El transcurso del término o plazo de tres años. El cómputo del plazo comienza con la última noticia del ausente y el término de tres años es el mínimo que debe haber transcurrido desde esa oportunidad.

Estas tres circunstancias deberán ser acreditadas en juicio, conforme el procedimiento determinado por el CCyC.

2.2. La irrelevancia de la existencia de apoderado

El Código no distingue los supuestos en que se haya dejado o no apoderado. De ese modo, se simplifica la regla. Cabe recordar que la ausencia simple no procede en el caso de que se dejase apoderado con mandato suficiente.

Resulta irrelevante esa circunstancia porque el acento no está puesto en determinar con certeza si la persona está fallecida, sino en establecer si se la puede considerar presuntivamente fallecida, con los efectos que ello implica.

ARTÍCULO 86.- ***Casos extraordinarios.*** *Se presume también el fallecimiento de un ausente:*

a. *si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido;*

b. *si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese noticia de su existencia por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.*

1. Introducción

El artículo regula los casos extraordinarios de ausencia con presunción de fallecimiento. Se contemplan dos supuestos, el primero ocurre cuando la ausencia sucede en circunstancia de encontrarse la persona en el lugar donde ocurrió un incendio, un terremoto, una acción de guerra u otro suceso semejante. El segundo caso extraordinario se configura cuando la persona ausente se hallaba en un buque o una aeronave naufragado o perdido. En ambos casos debe cumplirse con un requisito temporal, que es menor al exigido para los casos ordinarios, por las circunstancias fácticas en las que se encontraría la persona al momento de la última noticia de su existencia.

La clasificación de los incs. a) y b) es acorde a la categorización efectuada por los académicos hace algunos años, entre el supuesto extraordinario "genérico" y el "específico".

2. Interpretación

2.1. Incendio, terremoto, acción de guerra o suceso semejante

El primero de los casos, denominado por los académicos **supuestos extraordinarios genéricos**, comprende a todos aquellos sucesos susceptibles de ocasionar la muerte de una persona. A su vez, se refiere —también en forma genérica— a las actividades en que el ausente haya participado y que impliquen ese riesgo.

La enumeración del artículo es meramente enunciativa, no taxativa. Así, quedan incluidos en esta categoría todos los tipos de desastres naturales, tales como: incendios, terremotos, acciones de guerra, inundaciones, *tsunamis*, deslizamiento de tierra, huracanes y pestes. Inclusive, las lluvias, vientos, entre otros, pueden convertirse en desastres cuando superan los límites de la normalidad.

Sin embargo, la norma no se limita a desastres naturales. En tal sentido, comprende también cualquier actividad que produzca un riesgo de muerte y, obviamente, conlleve dificultades para tener certeza del fallecimiento. Entre ellas, pueden mencionarse actividades como alpinismo, *trekking* de alto riesgo, entre otras.

La norma establece como requisito que no se debe haber tenido noticia del ausente por el término de 2 años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido. De este modo, se establece un plazo menor a los 3 años requeridos para los casos ordinarios de ausencia con presunción de fallecimiento. El plazo se reduce por tratarse de casos en los que existen circunstancias fácticas objetivas que incrementan las probabilidades de muerte a raíz de los riesgos propios de la actividad que la persona ausente se encontraba desarrollando.

2.2. Buques o aeronaves naufragados o perdidos

El segundo supuesto prevé los casos **específicos** en que no se tuviesen noticias de la existencia de una persona, que se encontraba en un buque o aeronave naufragados o perdidos, por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

En este supuesto, el plazo requerido es menor que el establecido para los casos ordinarios (3 años) y los extraordinarios genéricos (2 años). La solución resulta adecuada, en tanto las posibilidades de sobrevivir a un naufragio o pérdida de un buque o aeronave son sumamente reducidas, aumentando notablemente las probabilidades de muerte.

Cabe señalar que, para que se configure el supuesto, debe probarse el naufragio o la pérdida del buque o aeronave. De lo contrario, el caso será juzgado conforme las disposiciones atinentes a los supuestos extraordinarios genéricos regulados en el primer inciso del mismo artículo. Por ejemplo, la ausencia de un pasajero que se encontraba a bordo de un barco no constituye el caso previsto en este artículo si no hubo naufragio de la embarcación. En esa hipótesis, suponiendo que el pasajero se hubiese arrojado en solitario al agua, quedará comprendido en el supuesto previsto en el primer inciso (caso extraordinario genérico).

ARTÍCULO 87.- ***Legitimados.*** *Cualquiera que tenga algún derecho subordinado a la muerte de la persona de que se trate, puede pedir la declaración de fallecimiento presunto, justificando los extremos legales y la realización de diligencias tendientes a la averiguación de la existencia del ausente.*

Es competente el juez del domicilio del ausente.

Infojus

1. Introducción

El Código adopta un criterio amplio de legitimidad activa. Es decir, cualquier persona que acredite tener algún derecho derivado de la muerte de la persona ausente puede peticionar judicialmente la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. La norma no distingue entre los casos ordinarios ni extraordinarios previstos en los arts. 85 y 86 CCyC, respectivamente.

Cabe destacar que la acción no se limita a quienes tienen vocación hereditaria o son eventuales herederos testamentarios o legatarios. La posibilidad de que toda persona que tenga algún derecho subordinado a la muerte del ausente pueda iniciar el proceso resulta razonable en tanto pueden ser personas interesadas: un ex cónyuge aun cuando estuvieren divorciados, los acreedores cuando tengan subordinada la posibilidad de exigir la prestación a plazo o condición de muerte, los socios, condóminos, el representante del Fisco, el Ministerio Público de la Defensa, el beneficiario de un seguro de vida, el mandatario, el progenitor que comparta la responsabilidad paternal de un niño, etc.

2. Interpretación: juez competente

En la última parte del artículo, el Código incluye un agregado de contenido procesal al establecer que el juez/a competente para conocer en los procesos por ausencia con presunción de fallecimiento son los correspondientes al domicilio del ausente.

Si bien la norma no lo aclara expresamente, conforme las reglas procesales, se trata del último domicilio del ausente. Para determinarlo, esta norma debe ser interpretada conjuntamente con las reglas establecidas en el art. 76 y ss. CCyC.

La norma tiene fundamento en el hecho de que es el tribunal de ese lugar el que se encuentra mejor situado para indagar en las circunstancias de su desaparición, como también que suele ser en ese lugar donde se localizan los bienes de esa persona, lo cual facilita las medidas que se adopten.

Cabe señalar que el art. 16 de la ley 14.394 derogada, al cual remitía el art. 24 de dicha ley, establecía la competencia del juez del domicilio o, en su defecto, el de la última residencia del ausente. A su vez, en caso que el ausente no hubiere tenido domicilio o residencia en el país o no fuesen conocidos, lo sería el del lugar en que existiesen bienes abandonados, o el que hubiese prevenido cuando dichos bienes se encontrasen en diversas jurisdicciones.

El CCyC suprime esas distinciones simplificando todos los supuestos en el domicilio del ausente. De ese modo, puso fin a las distintas interpretaciones acerca de las disputas entre el domicilio o el lugar de residencia del ausente.

En el ámbito nacional, el Tribunal de Superintendencia de la Cámara Nacional en lo Civil ha considerado que la ausencia con presunción de fallecimiento es materia que no se encuentra comprendida en ninguno de los supuestos contemplados en los incisos del art. 4° de la ley 23.637 (que atribuye competencia en forma exclusiva y excluyente en los juzgados de familia), por lo que deben tramitar ante los juzgados patrimoniales.

ARTÍCULO 88.- ***Procedimiento. Curador a los bienes.*** *El juez debe nombrar defensor al ausente o dar intervención al defensor oficial, y citar a aquél por edictos una vez por mes durante seis meses. También debe designar un curador a sus bienes, si no hay mandatario con poderes suficientes, o si por cualquier causa aquél no desempeña correctamente el mandato.*

La declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente.

1. Introducción

El Código establece un procedimiento para intentar hallar a la persona ausente. A esos fines, una vez iniciado el proceso, el juez/a deberá necesariamente designar un defensor de la lista de abogados o dar intervención al defensor/a oficial que corresponda, quienes cumplen el rol de representar los intereses del ausente hasta la declaración de fallecimiento. No surge expresamente de la norma que hubiese orden de preferencia en la designación de un defensor para el caso o del defensor oficial, por lo que quedaría librado a criterio del magistrado.

La citación por edictos debe realizarse una vez por mes durante seis meses. La publicación debe efectuarse con el apercibimiento de declararse presumido el fallecimiento, si el ausente no se presenta.

En la actualidad, la citación por edictos puede resultar vetusta. No obstante, el texto no impide que la publicación de edictos se lleve a cabo por otros medios además del Boletín Oficial. No hay obstáculos, por ejemplo, para que en un tiempo próximo se realice también mediante redes sociales.

Como puede observarse, el Código prevé un procedimiento similar al de las ausencias simples, sin embargo, presenta algunas notas distintivas. En este aspecto, en las ausencias con presunción de fallecimiento la designación del defensor es previa a la citación por edictos, mientras que en la ausencia simple solo se realiza si la persona no comparece luego de la publicación de edictos.

2. Interpretación

2.1. Designación del curador

Para los casos en que haya bienes que deben ser cuidados, la designación del curador posee una utilidad indispensable. Su nombramiento recaerá en la persona que el juez/a elija.

En tal sentido, el Código no limita la designación de un curador/a en los casos en que no haya apoderado con poder suficiente para administrar los bienes, sino también prevé para los supuestos en que se considere que el apoderado no está cumpliendo con su mandato correctamente.

En este último supuesto, la designación de un curador debe efectuarse a petición del defensor oficial o del tercero que tenga algún interés en que los bienes sean administrados en forma adecuada. No obstante, tampoco habría impedimento para que el juez/a del proceso lo hagan oficiosamente, en la medida que los códigos procesales les confieren facultades ordenatorias como el art. 36 CPCCN.

A diferencia de lo previsto en el art. 79 CCyC respecto de las ausencias simples, en que la designación del curador es facultativa, en estos supuestos la designación del curador es obligatoria para los casos en que no haya mandatario o que no desempeñe correctamente su cometido.

En caso de que el mandatario desempeñe incorrectamente su tarea, resulta conveniente darle la posibilidad a esa persona de que brinde su versión antes de decidir acerca de la designación de un curador.

Infojus

2.2. La relación con la declaración de simple ausencia

En forma expresa, el Código establece que la declaración de simple ausencia no constituye presupuesto necesario para la declaración de fallecimiento presunto, ni suple la comprobación de las diligencias realizadas para conocer la existencia del ausente. Se trata de dos procedimientos autónomos, aunque resulten conexos entre sí, por lo que de empalmarse ambos, tramitarían ante un mismo juzgado.

Es decir, la simple ausencia no es un paso previo a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento. Más aún, ni siquiera reemplaza la comprobación de las medidas destinadas a hallar al ausente.

En todos los casos es necesaria la demostración de que se han realizado diligencias tendientes a averiguar la existencia y la falta de noticias del ausente. La trascendencia de los efectos de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento impide que sea dictada en forma mecánica por la sola concurrencia de los presupuestos establecidos. Deben evaluarse todas las circunstancias de hecho que sean idóneas para generar en el juzgador la convicción de una probabilidad fundada de muerte.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud del principio de economía procesal que prevalece en el derecho procesal, los elementos de prueba aportados en el proceso de ausencia simple podrán ser valorados conjuntamente con los demás elementos aportados al juzgar la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento.

ARTÍCULO 89.- ***Declaración del fallecimiento presunto.*** ***Pasados los seis meses, recibida la prueba y oído el defensor, el juez debe declarar el fallecimiento presunto si están acreditados los extremos legales, fijar el día presuntivo del fallecimiento y disponer la inscripción de la sentencia.***

1. Introducción

Se dispone que una vez transcurrido el plazo de seis meses, recibida la prueba y luego de que el defensor/a haya emitido su dictamen, el juez debe —en caso de que la búsqueda haya arrojado resultado negativo— dictar sentencia declarando si correspondiese la ausencia con presunción de fallecimiento de la persona que no ha podido ser hallada.

2. Interpretación

Es necesaria la realización de diligencias conducentes a conocer el paradero del causante y la acreditación suficiente de esa circunstancia ante el juez, como consecuencia de la trascendencia de la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento de la persona.

Si bien el Código no lo menciona expresamente, cabe razonablemente inferir que el plazo de seis meses es el previsto para la publicación de edictos. En ese lapso deberán producirse los medios de prueba ordenados, que una vez aportados deben ser controlados por la defensora.

La sentencia, además de declarar la ausencia, debe determinar el día presuntivo del fallecimiento, conforme las pautas que establece el art. 90 CCyC. A su vez, el art. 90 dispone que también deba fijarse, si fuese posible, la hora presuntiva de la muerte.

La sentencia tiene, por lo tanto, efectos retroactivos al día y la hora indicados como presuntivos del fallecimiento, produciendo los efectos personales y patrimoniales desde ese momento.

Respecto de la eficacia de los actos realizados en el ínterin entre la fecha presuntiva de fallecimiento y su declaración, habrá de resolverse según cada caso analizando los efectos

que puedan producirse, en cuanto puedan retrotraerse al estado de situación existente al día de la presunta muerte.

Según establece el art. 435 CCyC, una vez que el juez firme la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento se produce la disolución del matrimonio, equiparándolo con la muerte de uno de los cónyuges. En este aspecto, el Código se aparta del régimen anterior, por el cual la sentencia también habilitaba a contraer nuevas nupcias, pero la disolución del matrimonio solo se producía en caso de que efectivamente se contrajeran nuevas nupcias.

Por otro lado, según dispone expresamente el art. 702 CCyC, el ejercicio de la responsabilidad parental es causal de suspensión. Consecuentemente, si el ausente tuviera hijos menores de edad, la responsabilidad parental quedará a cargo del otro progenitor.

En la esfera patrimonial, la sentencia habilita la apertura de la sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley, según lo dispone el art. 2277 CCyC. En este aspecto, los efectos de la ausencia con presunción de fallecimiento no resultan idénticos a los de la muerte probada, sino que presentan algunas características propias como la formación de un inventario y la prenotación de los bienes inmuebles y muebles registrables.

La declaración de fallecimiento presunto pone fin también, a la representación del ausente, según lo establece el art. 380, inc. e) CCyC.

A los fines de su publicidad para terceras personas, el juez debe ordenar la inscripción de la sentencia mediante oficio judicial en el correspondiente Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La declaración de ausencia con presunción de fallecimiento tiene efectos respecto de las demás personas, incluidas todas aquellas que no hayan participado en el proceso *(erga omnes).*

Sin embargo, cabe destacar que la sentencia no causa cosa juzgada material respecto de la muerte del ausente, por lo que puede ser modificado si se prueba lo contrario. Obviamente, la presunción concluye en caso de reaparición del ausente.

ARTÍCULO 90.- ***Día presuntivo del fallecimiento.*** *Debe fijarse como día presuntivo del fallecimiento:*

a. *en el caso ordinario, el último día del primer año y medio;*
b. *en el primero de los casos extraordinarios, el día del suceso, y si no está determinado, el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido;*
c. *en el segundo caso extraordinario, el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdidos;*
d. *si es posible, la sentencia debe determinar también la hora presuntiva del fallecimiento; en caso contrario, se tiene por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento.*

1. Introducción

En este artículo, el Código establece las pautas para fijar el día presuntivo del fallecimiento, según se trate de casos ordinarios —art. 85 CCyC—, extraordinarios genéricos —art. 86, inc. a) CCyC— o específicos —art. 86, inc. b) CCyC—. Esas pautas se establecen teniendo en cuenta las circunstancias fácticas en las que habría ocurrido la muerte. Además, se determinan las pautas para fijar la hora presuntiva del hecho.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Casos ordinarios

En los casos ordinarios, en que se exige el transcurso mínimo de tres años desde la última noticia del ausente, conforme se dispone en el art. 85 CCyC, el juez debe establecer la fecha presuntiva del fallecimiento calculando el último día del primer año y medio.

Si bien no surgen las razones de ese modo de efectuar el cálculo, se optó por la fecha que corresponde al término medio del plazo de tres años de ausencia requerido en el art. 85 CCyC. En este aspecto, aun cuando una decisión judicial que se pronuncia acerca de la presunta fecha del fallecimiento constituye una ficción, lo cierto es que se trata de una solución necesaria para decidir sobre las consecuencias del presunto fallecido. Por ejemplo, para determinar el orden sucesorio.

2.2. Casos extraordinarios

En los casos extraordinarios genéricos —aquellos en los que la ausencia sucede en circunstancias de encontrarse la persona en el lugar donde ocurrió un incendio, un terremoto, una acción de guerra u otro suceso semejante (art. 86 CCyC)— deberá fijarse como fecha presuntiva del fallecimiento el día del suceso. En caso de que el acontecimiento no esté determinado, será el día del término medio de la época en que ocurrió o pudo haber ocurrido.

Además, para los supuestos de casos extraordinarios específicos en que no se tuviesen noticias de la existencia de una persona que se encontraba en un buque o aeronave naufragado o perdido, por el término de seis meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido (art. 86 CCyC), el juez determinará el día del presunto fallecimiento el último día en que se tuvo noticia del buque o aeronave perdido.

2.3. La hora presuntiva del fallecimiento

El juez/a deberá —en la medida de lo posible— fijar en la sentencia no solo el día, sino también la presuntiva hora del fallecimiento, lo cual tiene trascendencia práctica.

Para el caso de imposibilidad de esa determinación, se tendrá por sucedido a la expiración del día declarado como presuntivo del fallecimiento. Es decir, a la hora 24 de la fecha presuntiva de la muerte. En tal sentido, si bien debiera resultar una tarea sencilla establecer el horario de acontecimientos tales como un terremoto o un bombardeo, es lógico presumir la imposibilidad para calcular el horario en el caso de la eventual caída de una alpinista o el naufragio de una embarcación. Por otro lado, este criterio para estimar el horario es compatible con la regla general prescripta por el art. 6° CCyC, que establece que los plazos vencen a la hora 24 del día del respectivo vencimiento.

ARTÍCULO 91.- ***Entrega de los bienes. Inventario.*** *Los herederos y los legatarios deben recibir los bienes del declarado presuntamente fallecido, previa formación de inventario. El dominio debe inscribirse en el registro correspondiente con la prenotación del caso; puede hacerse la partición de los bienes, pero no enajenarlos ni gravarlos sin autorización judicial.*

Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento, procediéndose a la devolución de aquéllos a petición del interesado.

1. Introducción

El Código establece el procedimiento para entregar los bienes del declarado ausente a sus herederos y legatarios. En tal sentido dispone que, con carácter previo, deba formarse un inventario de todos los bienes. Si bien no surge expresamente de la norma, la doctrina mayoritaria sostiene que el inventario debe realizarse por escritura pública y con citación de todos los interesados, aunque no es necesario realizar un avalúo. En el caso de los bienes inmuebles y muebles registrables, ellos deben anotarse en el respectivo registro con un preaviso o constancia que el Código denomina "prenotación".

2. Interpretación

La prenotación consiste en la anotación marginal en el folio del registro correspondiente al bien inmueble o mueble registrable de que el transmitente es una persona que ha sido declarada ausente con presunción de fallecimiento. Los sucesores del ausente declarado son titulares de un dominio que es revocable ante la reaparición del ausente o por la existencia de noticias de aquel. Por ello, el dominio así inscripto es un dominio imperfecto.

Desde la fecha de ese registro comienza a computarse un plazo de cinco años o hasta que el presunto ausente cumpliese 80 años (art. 92 CCyC), durante el cual no podrá enajenarse ni gravarse, sin la previa autorización judicial.

Es decir, podrán realizarse actos de administración, e inclusive de partición del bien prenotado (con la salvedad de estar sujeta a la eventualidad de que reaparezca el ausente). Pero únicamente podrá enajenarse o gravarse mediante orden judicial. El motivo de esa prohibición consiste en que la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento puede proceder aun cuando existiesen sospechas de que la persona está viva y, en caso de que la persona aparezca, podría pedir la devolución de la cosa.

Si entregados los bienes se presenta el ausente o se tiene noticia cierta de su existencia, queda sin efecto la declaración de fallecimiento. En tal caso, el interesado podrá solicitar que le sean reintegrados todos los bienes. Sucede que la declaración de fallecimiento presunto no causa cosa juzgada material, esto quiere decir, que puede ser modificado en caso de pruebas en contrario.

Una vez concluido el período de prenotación por las causas previstas en el art. 92 CCyC (es decir, que transcurriesen 5 años desde la fecha presuntiva de fallecimiento u 80 años desde el nacimiento de la persona) o si reaparece el presunto ausente, se ordenará el levantamiento de la prenotación en el respectivo registro.

Ahora bien, en la hipótesis de que al momento de la inscripción de la declaración de presunción de fallecimiento ya hubieren transcurrido los 5 años u 80 años desde el nacimiento del ausente (art. 92 CCyC), no habría impedimento para que se otorgue el dominio pleno a los herederos, sin necesidad de la prenotación.

A diferencia del régimen anterior, establecido por la ley 14.394, no se distingue el caso de sucesión testamentaria o intestada. Por ello resulta implícito que, si existiese testamento, deberá procederse a su apertura.

ARTÍCULO 92.- ***Conclusión de la prenotación.*** *La prenotación queda sin efecto transcurridos cinco años desde la fecha presuntiva del fallecimiento u ochenta años desde el nacimiento de la persona. Desde ese momento puede disponerse libremente de los bienes.*

Infojus

Si el ausente reaparece puede reclamar:

a. *la entrega de los bienes que existen en el estado en que se encuentran;*
b. *los adquiridos con el valor de los que faltan;*
c. *el precio adeudado de los enajenados;*
d. *los frutos no consumidos.*

1. Introducción

El Código establece dos supuestos de conclusión de la prenotación. Por un lado, una vez transcurridos 5 años desde la presuntiva fecha del fallecimiento sin que haya habido noticias del presunto ausente. Y, por otro, en caso que el presunto ausente alcanzase 80 años antes de que transcurriesen los 5 años desde la presuntiva fecha del fallecimiento.

2. Interpretación

El término de 5 años es el plazo que muchas normas procesales consideran razonable para que una medida quede firme, tal como sucede con los embargos y la inhibición general de bienes.

En el caso del ausente octogenario, la norma prescinde del transcurso del término de 5 años ya que, a la presunción derivada del plazo previsto para configurar el caso ordinario o extraordinario (arts. 85 y 86), se le suma la edad avanzada de esa persona. La conclusión no es automática, sino que debe peticionarse ante el juez, quien deberá ordenarla.

Una vez transcurrido uno u otro plazo se equiparan en gran medida los efectos del presunto fallecimiento con el de la muerte cierta. En ese caso, la inscripción de bienes inmuebles y muebles registrables no estará sujeta a restricciones de dominio, como tampoco resultará necesario el inventario de bienes para su entrega a herederos y legatarios.

En el caso de que el presunto ausente aparezca, puede peticionar la entrega de los bienes, en el estado en que se encuentren, y los adquiridos con el valor de los que faltan o en precio de los que fueron enajenados. Los frutos percibidos hasta la reaparición son del poseedor de buena fe, cuya propiedad deriva de su percepción, salvo que aún no hayan sido consumidos.

En cuanto a los efectos del matrimonio, el Código prevé expresamente que la sentencia firme de declaración de ausencia con presunción de fallecimiento produce su disolución. En la hipótesis de reaparición del ausente, para continuar la vida en común, deberán optar por volver a contraer nupcias o, si prefiriesen, ingresar al régimen de uniones convivenciales.

CAPÍTULO 8(*)

Fin de la existencia de las personas

ARTÍCULO 93.- ***Principio general.*** *La existencia de la persona humana termina por su muerte.*

1. Introducción

Así como a la legislación civil le interesa el comienzo de la persona humana, también le interesa lo relativo a su extinción, ya que el fin de la existencia de la persona trae consigo el cese de la personalidad e importantes consecuencias jurídicas en el campo del derecho en general; y en el civil, de manera particular. Por citar una modificación sustancial, pasa a

(*) Comentarios a los arts. 93 a 99 elaborados por Marisa Herrera.

regir un plexo normativo propio como lo son las disposiciones referidas al derecho sucesorio que se encuentran concentradas en el Libro V, Transmisión de derechos por causa de muerte. El fin de la existencia de la persona humana se relaciona con un hecho biológico: la muerte o fallecimiento.

2. Interpretación

El Código Civil y Comercial introduce algunas modificaciones, a título de mejoras, del Código Civil.

Si bien en ambos, el Título en el CC y el Capítulo en el CCyC, se refieren al fin de la existencia de las personas, lo cierto es que en el texto de las disposiciones que integran el segundo instrumento legal se alude siempre a la persona humana y no a la persona a secas. Esto se condice con el cambio terminológico general que introduce el CCyC al referirse a la persona física como persona humana, es decir, adicionándosele el calificativo de "humana", ya que no solo la persona física es centro de imputación de derechos y deberes civiles sino que, por su condición de persona humana, se le reconoce una gran cantidad de derechos humanos, debiendo la legislación civil respetar, afianzar y consolidar tales derechos en total consonancia con la *"constitucionalización del derecho civil"*, uno de los valores axiológicos básicos sobre el cual se edifica el CCyC.

Desde la perspectiva comparativa, para destacar los cambios entre el CCyC y el CC, cabe recordar que el entonces art. 103 CC expresaba: *"Termina la existencia de las personas por la muerte natural de ellas. La muerte civil no tendrá lugar en ningún caso, ni por pena, ni por profesión en las comunidades religiosas"*.

Aludir a la muerte civil o natural no se condice con el desarrollo legislativo vigente y el lenguaje jurídico actual y más moderno, que observa el derecho civil contemporáneo. Justamente, si ya en la época de Vélez Sarsfield la muerte civil (en las legislaciones antiguas se producía cuando una persona ingresaba en una comunidad religiosa o era condenada por un delito que tuviera una sanción grave) no tenía lugar y, por eso, así se hacía saber en el Código Civil; más aún en la actualidad, entendiéndose que no era necesario mantener esa aclaración.

De este modo, de manera clara, sencilla y elocuente, el CCyC establece que el fin de la existencia de la persona humana se produce con el acaecimiento de la muerte. Así, la categoría jurídica de persona supone *"la existencia de un sustrato real que es el soporte de la personalidad"*. Y, de esta manera, la extinción de la vida humana determina la desaparición de ese requisito esencial de la personalidad jurídica.[152]

También el CCyC quita toda referencia a la muerte "natural", ya que el fin de la existencia de la persona humana sucede con total independencia de cuál haya sido la principal causa del deceso: si muerte natural, un accidente o un hecho violento. Así, es la muerte —cualquiera sea su causa— lo que le interesa al derecho civil como hecho extintivo de la persona, y consigo, de la personalidad. Ello se establece de manera precisa en la disposición en análisis.

En otras palabras, con la muerte se produce el fin de la existencia de la persona humana y pasa a ser considerado un cadáver; ostentando otra naturaleza y otras consecuencias jurídicas.

(152) Comentario al art. 103 en Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1-A, 1ra reimp., Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 598.

Infojus

ARTÍCULO 94.- ***Comprobación de la muerte.*** ***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.***

1. Introducción

Siendo la muerte un hecho biológico de carácter gradual, es decir, que no acontece en un momento determinado sino que reconoce diferentes connotaciones y etapas, la cuestión de su comprobación constituye una cuestión de relevancia. Por lo tanto, establecer cuándo o en qué momento de todo ese proceso se produce la muerte, desde el punto de vista jurídico, es una de las principales consideraciones que la ley manda a desentrañar. Para ello se tiene en cuenta que se está ante una decisión de índole médica y sobre la cual ya otras legislaciones se han interesado de manera particular como la Ley de Trasplante de Órganos regulada en la ley 24.193 de 1993, modificada por las leyes 25.281 y 26.066.

Este respeto por el momento en que se produce la muerte de una persona y su correspondiente comprobación, se deriva de la necesidad de unificar el criterio para la determinación de un hecho biológico de tanta trascendencia en el plano jurídico como lo es la muerte, y consigo, el fin de la existencia de la persona humana. Es decir, la legislación civil sigue la determinación jurídica de la muerte, que siguen otras legislaciones que la anteceden, a los fines de que haya un solo modo de establecerla. De allí la expresa remisión a la regulación relativa a la ablación de órganos del cadáver, denominada Ley de Trasplante de Órganos.

2. Interpretación

Como se ha adelantado, la muerte es un proceso y no un momento específico y determinado. Por ende, podría estar sujeta a cambios en su determinación, de conformidad con el avance de la ciencia médica. Es por ello que el Código adopta una regulación flexible al disponer que la comprobación de la muerte queda sujeta a estándares médicos aceptados que pueden ir variando en el tiempo.

Además, con el objeto de mantener unidad en la determinación y comprobación de la muerte, de manera expresa se remite a los estándares médicos que prevé la legislación especializada, es decir, la referida a los trasplantes de órganos cadavéricos, ya que ello es posible solo después de producida la muerte.

Al respecto, la ley 21.541 dispone en el art. 23: *"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".*

De este modo, el CCyC mantiene el sistema de comprobación de la muerte de una persona, que se relaciona con las tres funciones vitales: cardiocirculatorias, respiratorias y neurológicas. Ellas están debidamente reflejadas en la Ley de Trasplante de Órganos, siendo un elemento central para dicha normativa que acontezca el fallecimiento de una persona.

El CCyC, a diferencia de su antecesor, no brinda reglas acerca de cómo se prueba la muerte de determinadas personas. Por ejemplo, el art. 104 CC sentaba un principio obvio en términos de igualdad: que el fallecimiento de las personas ocurrido en el país, en alta mar o en el extranjero, se prueba igual que como el nacimiento *"en iguales casos"*. Tras esta regla general, el CC se interesaba por regular situaciones excepcionales, que eran más corrientes en la época en que se sancionó el CC, pero que distan de serlo en el contexto actual como sucede en el caso de *"los militares muertos en combate"* (art. 105 CC); *"los fallecidos en conventos, cuarteles, prisiones, fortalezas, hospitales o lazaretos"* (art. 106 CC); *"los militares dentro de la República o en campaña, y la de los empleados en servicio del ejército"* (art. 107 CC).

Asimismo, todo lo relativo a la prueba del fallecimiento se regula conjuntamente con la prueba de otros hechos relevantes en lo atinente con la persona humana: el nacimiento y la edad (Capítulo 9).

ARTÍCULO 95.- *Conmoriencia.* ***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.***

1. Introducción

Es posible que dos o más personas fallezcan en un mismo desastre común, como dice la norma en análisis, como género de diferentes situaciones de extrema gravedad que pueden ocasionar la muerte de dos o más personas (lo más común suelen ser los accidentes de tránsito). A la vez, otro dato de relevancia, es que entre estas personas podría haber vínculo de parentesco, causa fuente del derecho a heredar, o que exista transmisión de derechos hereditarios por testamento. El CCyC —como su antecesor— resuelve este conflicto al disponer —salvo prueba en contrario— que la muerte de todas las personas involucradas ocurrió en el mismo momento y, por lo tanto, no hay transmisión hereditaria entre ellos. El CCyC también sintetiza la regulación del caso de conmoriencia mediante un texto más sencillo, el mismo que proponía la reforma del CC y su unificación con el Comercial de 1998 en su art 133.

2. Interpretación

La conmoriencia es: *"la situación jurídica que se crea por la muerte de dos o más personas, vinculadas entre sí por la posible adquisición recíproca o unilateral de un derecho, ya hayan acaecido tales decesos en un mismo acontecimiento o evento, o no, resultándole consustancial la proximidad cronológica de los fallecimientos, sin poderse determinar científicamente su prelación, motivo por el cual el Derecho recurre a la presunción relativa (iuris tantum) de que las muertes ocurrieron con carácter simultáneo, a menos que se pruebe lo contrario"*. Y agrega: *"las técnicas de investigación médico-forenses no pueden determinar con extrema exactitud el instante del fallecimiento de una persona, lo cual resulta hartamente complejo cuando varias personas han fallecido, conjuntamente o no, distando el momento del óbito de una y otra, pocos minutos, pero los suficientes como para desviar el causa de la adquisición de un derecho a favor de unos u otros de los sucesores mortis causa de cada uno de los conmorientes"*.[153]

(153) Pérez Gallardo, Leonardo B., "La regulación jurídica de la muerte en Iberoamérica", Zaragoza, Reus, 2009, p. 11.

Infojus

Cabe recordar que el art. 109 CC expresaba: *"Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquier otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas"*.

El CCyC simplifica la redacción, dando por supuesto que lo que interesa aquí es el supuesto particular de que el fallecimiento de dos o más personas comprometa el derecho sucesorio de estos, ya que, de lo contrario, no sería relevante indagar quién falleció primero y quién sobrevivió instantes más. Esto está en total consonancia con una de las tantas finalidades que se propone la nueva normativa civil y comercial: facilitar el lenguaje, lo cual se logra no solo utilizando conceptos o construcciones gramaticales de fácil comprensión, sino también quitando del texto aquellas cuestiones reiterativas u obvias como acontece, en este caso especial, con la conmoriencia.

El CCyC mantiene la idea de presunción al comenzar la redacción de la disposición en análisis *"Se presume…"*. Al respecto, entiende la doctrina, que no se trataría de una presunción en sentido técnico sino que mediante ella *"la ley suple los elementos que no pueden probar por otros medios más fáciles de demostrar, obteniéndose de ese modo un alivio al lograr la posibilidad de acreditar un hecho de más fácil comprobación"*.(154)

En síntesis, el CCyC mantiene la línea legislativa adoptada por el CC que regulaba el supuesto de conmoriencia (no de premoriencia como lo hacía el *Code* francés, que presumía el fallecimiento en primer lugar del más débil o vulnerable) y, por lo tanto, regula la situación especial cuando se presentan los siguientes requisitos: 1) fallecimiento múltiple (dos o más personas); 2) no se pueda determinar con certeza quién falleció primero; y 3) vinculadas entre sí por transmisión hereditaria —fueren herederos *ab intestato* o testamentarios—.

CAPÍTULO 9
Prueba del nacimiento, de la muerte y de la edad

ARTÍCULO 96.- *Medio de prueba.* ***El nacimiento ocurrido en la República, sus circunstancias de tiempo y lugar, el sexo, el nombre y la filiación de las personas nacidas, se prueba con las partidas del Registro Civil.***

Del mismo modo se prueba la muerte de las personas fallecidas en la República.

La rectificación de las partidas se hace conforme a lo dispuesto en la legislación especial.

1. Introducción

El CCyC simplifica la regulación referida a la prueba de dos hechos biológicos de suma relevancia, como lo son el nacimiento y la muerte. Es decir, el que hace a la existencia de la persona humana, ya que el nacimiento con vida permite consolidar los derechos y deberes que se encontraban latentes o pendientes a este hecho (art. 21 CCyC) y la muerte de la persona humana, hecho con el cual se extingue la persona humana y consigo, la personalidad jurídica.

Esta simplificación se funda, principalmente, en la remisión expresa que se hace a la legislación especial que, en el contexto legal vigente, se refiere a la ley 26.413 que regula el

(154) Comentario al art. 109, Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 1-A, 1ra reimp., Bs. As., Hammurabi, 2001, p. 623.

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que se ocupa de inscribir y así dejar registro, tanto de los nacimientos como de las defunciones. Agregándose que ambas situaciones se prueban con la correspondiente partida (de nacimiento y de defunción) que, a su vez, ambas pueden ser rectificadas de conformidad con el procedimiento que se indica en la regulación especial pertinente.

2. Interpretación

La ley 26.413 regula el Registro Civil y Capacidad de las Personas. En su art. 1° dispone: *"Todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas, deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"*. El nacimiento da origen al estado civil y capacidad de las personas humanas y, por su parte, es claro que la muerte de una persona no solo "altera" el estado civil y capacidad de una persona, sino que directamente, extingue su personalidad. Por ello ambos acontecimientos deben quedar asentados tanto en el correspondiente libro de nacimientos como de defunciones, en conformidad con lo dispuesto en el art. 5° de la ley 26.413 al disponer, en su parte pertinente: *"Los nacimientos, matrimonios, defunciones o incapacidades se registrarán en libros por separado, sin perjuicio de que por vía administrativa, se habiliten otros para el asiento de hechos cuyo registro resulte necesario"*.

Esta ley especial dedica el Capítulo VII a regular los nacimientos. Al respecto, el art. 27 enumera cuáles son los nacimientos que deben inscribir los registros civiles del país: "*a) Todos los que ocurran en el territorio de la Nación. Dicha inscripción deberá registrarse ante el oficial público que corresponda al lugar de nacimiento; b) Aquellos cuyo registro sea ordenado por juez competente; c) Los que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina ante el oficial público del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo. Los que ocurran en lugares bajo jurisdicción nacional; d) Las nuevas inscripciones dispuestas como consecuencia de una adopción plena; e) Los reconocimientos*".

También se establece el plazo para las inscripciones de nacimiento, introduciéndose como novedad la inscripción de oficio por parte del directivo del centro de salud interviniente cuando los obligados a realizarlo no lo hagan. El art. 28 de la ley establece que el plazo máximo para la inscripción de los nacimientos es de un total de cuarenta días corridos contados desde el día del nacimiento. Vencido ese plazo, se dispone la inscripción de oficio dentro de los siguientes veinte días corridos. En el supuesto especial de nacimientos ocurridos fuera de establecimientos médico-asistenciales sin intervención de profesional médico, el registro civil puede por disposición o resolución motivada, admitir la inscripción cuando existan causas justificadas fehacientemente hasta el plazo máximo de un año, previa intervención del Ministerio Público. Vencidos estos plazos, el art. 29 dispone como regla que la inscripción debe efectuarse por resolución judicial *"para cuyo dictado los jueces deberán cumplimentar los siguientes recaudos: a) Certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento; b) Certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento; c) Informe del Registro Nacional de las Personas, en su caso, donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está o no identificada, matriculada o enrolada; determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; d) Declaración bajo juramento de DOS (2) testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente; e) Otras pruebas que se crea conveniente exigir en cada caso"*.

Infojus

La inscripción judicial, a la cual se refiere el art. 29 de la ley 26.413, ha sido modificada por decretos que prorrogan la inscripción de carácter administrativo al considerar que son más sencillas y efectivas las inscripciones administrativas que judiciales. Esto ha sido regulado por el decreto 90/2009 y después fue prorrogado por sucesivos decretos que regulan: *"un régimen administrativo para la inscripción de nacimientos de niños de un (1) año a doce (12) años de edad, en los casos en que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 26.413, no hubiese sido inscripto su nacimiento o cuya inscripción estuviese aún en trámite"* (art. 1°: del decreto 90/2009). Los considerandos del decreto expresan que esta decisión está *"en consonancia con la política de Estado de incentivar y posibilitar el acceso al derecho a la identidad, es que resulta impostergable establecer una línea de acción, con carácter excepcional, a fin de asegurar el pleno goce y ejercicio del derecho a la identidad y la identificación de las personas. Que debe tenerse en cuenta que, si bien es cierto que la inscripción de los nacimientos dentro de un corto plazo, contribuye entre otras cuestiones, a tener una estadística de la situación poblacional existente, no es menos cierto que la vigencia de plazos acotados conllevan a la obligación de recurrir a la vía judicial para obtener la inscripción de un nacimiento, en desmedro del derecho a la identidad del menor, dado que la falta de identificación oportuna priva al niño de un derecho subjetivo y personalísimo como es desarrollarse en su medio familiar y acceder, entre otros derechos, a la educación, la salud y la vivienda. Que también debe contemplarse la situación de aquellos niños de más de UN (1) año de edad, respecto de los cuales aún no se ha iniciado el trámite de inscripción de nacimiento, en atención a la oportuna derogación del régimen subsidiario del art. 29 del Decreto - Ley 8204/63, ratificado por Ley 16.478 y sus modificatorias. Que desde un aspecto normativo y valorativo, debe propenderse a la facilitación y remoción de obstáculos para la procedencia de la inscripción de nacimientos, con el fin de salvaguardar el derecho a la identidad de las personas, reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico"*. Este tipo de normativa es la legislación especial a la cual hace referencia la disposición en análisis, por lo tanto, en materia de prueba del nacimiento, se debe tener en cuenta no solo la ley 26.413, sino también todas aquellas normativas que la modifican.

El art. 30 de la ley 26.413 enumera a las personas obligadas a notificar el hecho del nacimiento. Se afirma que ello debe ser *"en forma inmediata"* mediante la remisión al registro civil del lugar el certificado médico de nacimiento, y son: "*a) Los directores, administradores, o persona designada por autoridad competente del establecimiento asistencial, hospicios, cárceles u otros establecimientos análogos de gestión pública o privada, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos; y b) La autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo, mediante copia certificada de libro de abordo que deberá presentar al registro civil del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo, dentro de los cinco (5) días hábiles*". En el art. 31 se ocupa de enumerar quiénes son las personas obligadas a solicitar la inscripción de nacimiento: "*a) El padre y/o la madre; b) A falta de ellos, los parientes directos de la madre o cónyuge en primer grado ascendente o colateral; c) El Ministerio Público de Menores en el caso de recién nacidos que hubieran sido expuestos*".

En lo que se refiere propiamente a la prueba del nacimiento, tema de particular interés en la normativa en análisis del CCyC, el art. 32 regula diferentes supuestos: a) los nacimientos ocurridos en establecimientos médicos asistenciales de gestión pública o privada se prueban con el certificado médico que debe cumplir ciertos requisitos o recabar determinada información (arts. 33 y 34 de la ley 26.413), suscripto por el médico, obstétrica o agente

sanitario habilitado al efecto que hubiere atendido el parto; b) los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, con atención médica, del mismo modo que lo previsto para los casos en que sí ocurrieron allí; y c) los nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, sin atención médica, se prueba con certificado médico emitido por establecimiento médico asistencial público con determinación de edad presunta y sexo, y en su caso un certificado médico del estado puerperal de la madre y los elementos probatorios que la autoridad local determine, siendo necesario contar con la declaración de dos testigos que acrediten el lugar de nacimiento en la jurisdicción de que se trate, el estado de gravidez de la madre y haber visto con vida al recién nacido, los que suscribirán el acta de nacimiento.

Por su parte, el art. 33 explicita la información que debe constar en los correspondientes formularios del Certificado Médico de Nacimiento. Los datos necesarios son: "*a) De la madre: nombre; apellido, tipo y número de documento nacional de identidad, edad, nacionalidad, domicilio, la impresión dígito pulgar derecha; b) Del recién nacido: nombre con el que se lo inscribirá, sexo, edad gestacional, peso al nacer e impresión plantal derecha si el nacimiento ha sido con vida; c) Tipo de parto: simple, doble o múltiple; d) Nombre, apellido, firma, sello y matrícula del profesional médico u obstétrica o el agente sanitario habilitado que atendió el parto; e) Fecha, hora y lugar del nacimiento y de la confección del formulario; f) Datos del establecimiento médico asistencial: nombre y domicilio completos; g) Observaciones*". El art. 36 se refiere de manera puntual a los datos que debe contener toda inscripción de nacimiento: "*a) El nombre, apellido y sexo del recién nacido; b) Localidad y provincia, hora, día, mes y año en que haya ocurrido el nacimiento; c) El nombre y apellido del padre y de la madre o, en el caso de hijos de matrimonios entre personas del mismo sexo, el nombre y apellido de la madre y su cónyuge, y tipo y número de los respectivos documentos de identidad. En caso de que carecieren de estos últimos, se dejará constancia de edad y nacionalidad, circunstancia que deberá acreditarse con la declaración de dos (2) testigos de conocimiento, debidamente identificados, quienes suscribirán el acta (este inciso ha sido modificado por el art. 36 de la ley 26.618 que extiende el matrimonio a las parejas del mismo sexo); d) Nombre, apellido, documento y domicilio del declarante; e) Marginalmente se consignará el número del documento nacional de identidad del inscripto*". Esta previsión se relaciona con la información básica que se debe contar para proceder a las inscripciones de nacimiento ocurridas en el país y que el CCyC menciona de manera expresa: a) tiempo y lugar del nacimiento; b) sexo; c) nombre; y d) filiación de la persona nacida. Estos son los datos mínimos que debe contener toda inscripción de nacimiento y que se encuentran regulados con mayor extensión en la legislación especial a la que esta normativa remite.

Además, la ley especial 26.413, en su art. 39, refiere al supuesto de nacimientos múltiples. Se dispone que, en ese caso: *"los nacimientos se registrarán en inscripciones separadas y correlativas, haciéndose constar en cada una de ellas que de ese parto nacieron otras criaturas"*.

Por último, en lo relativo a la inscripción de los nacimientos, la ley 26.413 también regula otra situación especial, como lo es el caso de defunción fetal. En este supuesto, cuando surja del correspondiente certificado médico que se trata de una defunción fetal, en su art. 40 dispone: *"se registrará la inscripción en el libro de defunciones; si del mismo surgiere que ha nacido con vida, aunque fallezca inmediatamente, se asentarán ambos hechos en los libros de nacimientos y de defunciones, respectivamente"*.

Asimismo, la ley destina el Capítulo XII a las defunciones. En él se establecen algunas de las cuestiones formales que rodean a la muerte como hecho extintivo de la personalidad.

Infojus

En primer lugar, el art. 59 establece cuáles son los fallecimientos que se deben inscribir en los libros de defunciones que deben llevar los registros civiles del país. Ellos son: *"a) Todas las que ocurran en el territorio de la Nación; b) Todas aquellas cuyo registro sea ordenado por juez competente; c) Las sentencias sobre ausencia con presunción de fallecimiento; d) Las sentencias que declaren la desaparición forzada de personas; e) Las que ocurran en buques o aeronaves de bandera argentina, ante el oficial público del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo y f) Las que ocurran en lugares bajo jurisdicción nacional"*.

El título que prueba la muerte de una persona es el correspondiente certificado o partida de defunción. Al respecto, el art. 60 de la ley dispone: *"Dentro de los dos (2) días hábiles del fallecimiento, deberá hacerse su inscripción ante el oficial público que corresponda al lugar en que ocurrió la defunción. Transcurrido este plazo y hasta el plazo máximo de sesenta (60) días podrá por resolución o disposición de la dirección general autorizarse su inscripción, cuando existieren motivos fundados. Vencido dicho plazo la inscripción deberá ser ordenada judicialmente"*.

En total consonancia con la importancia de inscribir en el libro correspondiente la muerte de una persona, la ley 26.413 en su art. 61 establece la obligatoriedad de solicitar dicha inscripción, la cual recae en: *"a) El cónyuge del fallecido, sus descendientes, sus ascendientes, sus parientes y en defecto de ellos, toda persona capaz que hubiere visto el cadáver o en cuyo domicilio hubiere ocurrido la defunción; b) Los administradores de hospitales, cárceles, o de cualquier otro establecimiento público o privado, respecto de las defunciones ocurridas en ellos; y c) La autoridad encargada de llevar el registro de los hechos acaecidos a bordo a que se refiere el art. 59, inc. e), mediante copia de la inscripción que deberá hacerse dentro de los dos (2) días hábiles posteriores al arribo al primer puerto o aeropuerto argentino"*.

De manera precisa, el art. 62 establece que la defunción se prueba con el certificado de defunción extendido por el médico que haya asistido al fallecido en su última enfermedad. A falta de él, por otro médico o agente sanitario habilitado al efecto que, en forma personal, hubiere constatado la defunción y sus causas, y el de la obstétrica, en el caso del art. 40. Agrega: *"El certificado de defunción extendido por agente sanitario deberá ser certificado por la autoridad sanitaria de la jurisdicción respectiva"*.

Por último, el art. 63 enumera los datos que debe contener o constar en la inscripción de la defunción: *"a) Nombre, apellido, sexo, nacionalidad, domicilio real, tipo y número de documento de identidad del fallecido. A falta de la presentación de este documento, se procederá en la forma prevista en el artículo 46 de la ley 17.671; b) Lugar, día, hora, mes y año en que hubiere ocurrido la defunción y la causa de fallecimiento; c) Nombre y apellido de los padres; d) Lugar y fecha del nacimiento; y e) Nombre y apellido y número de matrícula del profesional que extendió el certificado de defunción"*. La norma en análisis solicita información similar para la inscripción de nacimientos, y de fallecimientos.

En definitiva, dos hechos biológicos, como lo son el nacimiento y la muerte, de gran relevancia para el comienzo y fin de la existencia de la persona humana, ocupan un lugar en el CCyC pero con menor grado de atención legislativa que en el CC.

En primer lugar, el CC solo regulaba con especial atención la inscripción y prueba del nacimiento, no así del fallecimiento. Así, destinaba varias disposiciones a la prueba del nacimiento de las personas (arts. 79 a 88 CC), en la que se regulaban situaciones extraordinarias que no escaparían a las reglas generales y que, ya en la actualidad, serían

aún más de excepción que en la época del Código Civil. Nos referimos a los nacidos en alta mar, a los militares de campaña fuera de la República, o a empleados en servicio del ejército. Asimismo, se regulaban cuestiones especiales (como el parto múltiple) que son materia de incumbencia de la legislación especial y, por ende, con la correspondiente remisión expresa que se hace en el artículo en comentario ya estarían cubiertas.

Por último, en consonancia con la postura que adopta el CCyC de remitir a legislaciones especiales para acentuar la perspectiva integral y general de todo el ordenamiento jurídico, se afirma que todo lo relativo a la rectificación de las partidas, que prueban la inscripción de nacimientos como de defunciones, se rigen por lo dispuesto en la ley 26.413.

ARTÍCULO 97.- ***Nacimiento o muerte ocurridos en el extranjero.*** *El nacimiento o la muerte ocurridos en el extranjero se prueban con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar donde se producen, legalizados o autenticados del modo que disponen las convenciones internacionales, y a falta de convenciones, por las disposiciones consulares de la República.*

Los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para probar el nacimiento de los hijos de argentinos y para acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos.

1. Introducción

El CCyC se interesa de manera precisa —al igual que su antecesor— en las inscripciones de nacimientos y defunciones ocurridas en el extranjero, en especial, de los nacimientos de hijos de argentinos y de fallecimientos de argentinos acontecidos en el extranjero.

Como regla, las inscripciones de nacimientos y decesos ocurridos en el extranjero se prueban con los instrumentos otorgados según las leyes del lugar en el que se produjo el nacimiento o el fallecimiento. Ellos deben estar debidamente legalizados o autenticados según las convenciones internacionales. Si por alguna razón se carece de convención que regule la cuestión, supletoriamente, se hará según las disposiciones consulares del país.

Con el objetivo de reafirmar la validez de las disposiciones consulares, se asevera que los certificados de los asientos practicados en los registros consulares argentinos son suficientes para probar el nacimiento de los hijos de argentinos y para acreditar la muerte de los ciudadanos argentinos.

2. Interpretación

El CCyC introduce algunas modificaciones a la postura legislativa que seguía el CC en el art. 82, que establecía *"De los nacionales nacidos en país extranjero, por certificados de los registros consulares, o por los instrumentos hechos en el lugar, según las respectivas leyes, legalizados por los agentes consulares o diplomáticos de la República"*; y en el art. 83: *"De los extranjeros en el país de su nacionalidad, o en otro país extranjero, por el modo del artículo anterior"*.

El CCyC coloca en primer lugar, para regir la inscripción de nacimientos y defunciones, las leyes del lugar en los que aconteció el nacimiento y el fallecimiento. Para su legalización y autenticidad se apela, en primer lugar, a las convenciones internacionales y, después, en su defecto o si se carece de ello, a disposiciones consulares. La prioridad de las convenciones internacionales deriva de lo dispuesto en el art. 2594 CCyC con el que se inaugura

Infojus

el Título IV, Libro VI, dedicado al derecho internacional privado que expresa: *"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"*. De allí esta prioridad a las convenciones internacionales por sobre cualquier otra normativa, dejando en segundo lugar a las disposiciones consulares.

El CCyC se interesa por los hijos de argentinos nacidos en el exterior, como así también, de los argentinos que fallecen en el extranjero, no así de la inscripción de nacimientos y defunciones de extranjeros en general, como lo hacía el CC en el art. 83. En este caso, se aplica la ley del lugar en el que ocurrió. Esto es coherente con lo dispuesto en el art. 27, inc. c) de la ley 26.413 cuando, al referirse a los nacimientos, señala que los registros nacionales deben inscribir los nacimientos ocurridos en buques o aeronaves de bandera, justamente, porque es este el lugar en el que ocurrió el nacimiento. Misma línea legislativa se sigue al regular las defunciones cuyo art. 59 de la ley 26.413 establece que deben inscribirse los fallecimientos ocurridos *"en buques o aeronaves de bandera argentina, ante el oficial público del primer puerto o aeropuerto argentino de arribo"* (inc. e); o de manera más general, los que ocurran *"en lugares bajo jurisdicción nacional"* (inc. f).

La nueva legislación civil y comercial dispone que los certificados de los asientos practicados en los registros consulares valen por sí solos para probar el nacimiento como la defunción de una persona. Sucede que los registros consulares otorgan la misma fe pública que los registros civiles. Se trata de una presunción de validez que puede ser desvirtuada por prueba en contrario, como surge de lo dispuesto en el artículo siguiente.

En definitiva, el CCyC simplifica la regulación en torno a la inscripción de nacimientos y defunciones de manera conjunta, como así también de su prueba, considerando que los argentinos nacidos o fallecidos en el extranjero que se inscriben en el correspondiente registro consular del país, a los efectos probatorios, valen como si fueran asentados en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, pudiendo extraerse de ellos las partidas correspondientes.[155]

ARTÍCULO 98.- ***Falta de registro o nulidad del asiento.*** ***Si no hay registro público o falta o es nulo el asiento, el nacimiento y la muerte pueden acreditarse por otros medios de prueba.***

Si el cadáver de una persona no es hallado o no puede ser identificado, el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta.

1. Introducción

El CCyC regula supuestos de excepción, como lo es la falta de registro del nacimiento y fallecimiento de una persona o también la nulidad del asiento respectivo por diversas razones que no explicita o enumera con el objetivo de dejarlo abierto a diferentes situaciones que se podrían presentar. Ante ambos casos (falta de registro o nulidad del asiento),

(155) Comentario al art. 97 en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, t. I, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni Editores, 2014, p. 413.

el nacimiento o el fallecimiento puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, es decir, se recepta el principio de amplitud probatoria.

También se regula un supuesto de excepción que involucra la inscripción del fallecimiento: cuando el cadáver no puede ser hallado o identificado. En este caso, se faculta al juez a tener por comprobada la muerte y, por lo tanto, disponer la pertinente inscripción en el registro correspondiente.

2. Interpretación

Una vez más, el CCyC simplifica la redacción y la regulación de situaciones excepcionales, como lo es la falta de registro público para inscribir el nacimiento o fallecimiento de una persona o la nulidad del asiento por cualquier razón sin explicitar cuáles pueden ser las causas de ello.

Veamos, el art. 86 CC reconocía a todo interesado un **derecho de impugnar,** en todo o en parte, las declaraciones contenidas en los asientos o certificados resultantes de las correspondientes inscripciones de nacimientos y/o fallecimientos; o cuando se trataba de la identidad de la persona de que esos documentos tratasen. El CCyC solo establece que el asiento en el que consta o se inscribe el nacimiento o defunción de una persona puede ser nulo. Por lo cual, deberían aplicarse reglas generales en materia de nulidades de los actos jurídicos. Por otra parte, el CC establecía en el art. 85: *"No habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba"*. El CCyC sigue en la postura legislativa de simplificar y flexibilizar a la vez, la regulación civil y comercial, al permitir que ante la falta de registro o nulidad del asiento, el nacimiento o el fallecimiento puedan acreditarse por cualquier medio de prueba.

Más allá de este principio general de amplitud probatoria sobre dos hechos biológicos, como lo son el nacimiento y el fallecimiento de una persona, se regula un supuesto especial referido a este último. Al respecto, la norma en análisis establece que si no se cuenta con el cadáver de una persona porque este no puede ser hallado o identificado en el ámbito judicial, *"el juez puede tener por comprobada la muerte y disponer la pertinente inscripción en el registro, si la desaparición se produjo en circunstancias tales que la muerte debe ser tenida como cierta"*. De este modo, se mantiene la comprobación judicial en términos similares a los que introdujo la ley 14.394 en 1954 sobre la desaparición de personas.

ARTÍCULO 99.- ***Determinación de la edad.*** ***Si no es posible establecer la edad de las personas por los medios indicados en el presente Capítulo, se la debe determinar judicialmente previo dictamen de peritos.***

1. Introducción

El CCyC simplifica y mejora la redacción de otro supuesto excepcional que involucra la inscripción de nacimiento: la determinación de la edad de la persona para, justamente, procederse a la correspondiente inscripción. Se trata de un proceso judicial en el que deben expedirse peritos, al tratarse de una cuestión de índole médica o científica como lo es conocer la edad presunta de una persona; de allí el valor de la prueba morfológica.

Tal como está regulado en el CCyC, la intervención judicial es supletoria, al afirmarse que debe intervenir la justicia cuando la edad no pueda determinarse por otros medios probatorios, permitiéndose cualquier tipo de medios, tal como surge de lo dispuesto en el art. 98 CCyC.

Infojus

2. Interpretación

El CC en el Título V referido únicamente a De las pruebas del nacimiento de las personas se interesaba también por la determinación de la edad. Al respecto, el art. 87 CC decía: *"A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los modos declarados, y cuando su determinación fuere indispensable se decidirá por la fisonomía, a juicio de facultativos, nombrados por el juez"*.

La determinación de la edad es otra situación de excepción debido a la falta de inscripción de nacimiento de una persona que, a medida que el tiempo pasa, es más difícil poder contar con prueba fehaciente sobre el nacimiento y, con ello, la edad (al menos presuntiva) que ostenta la persona para proceder a determinarla e inscribir el correspondiente nacimiento y expedición del pertinente certificado con el cual se podrá emitir el documento nacional de identidad, todos estos instrumentos que hacen a la identidad de una persona y que son básicos para desarrollarse en la vida en sociedad.

Para poder determinar la edad de una persona es necesario contar con estudios médicos. Por ello, en la norma en análisis se alude de manera expresa a la participación de peritos (pericia morfológica para la determinación de la edad), siendo de suma relevancia contar con informes especializados elaborados en el marco de un proceso judicial.

Como se dispone en el art. 98, el CCyC adopta el principio de amplitud probatoria a los fines de la determinación de la edad de una persona que carece de la correspondiente inscripción y que, justamente, para ello es necesario determinar la edad. Esta misma línea era seguida por el CC con otra redacción, al establecer en el art. 85: *"No habiendo registros públicos, o por falta de asiento en ellos, o no estando los asientos en la debida forma, puede probarse el día del nacimiento, o por lo menos el mes o el año, por otros documentos o por otros medios de prueba"*. Así, tanto en el CC como en el CCyC, tratándose de un hecho de suma relevancia, como lo es determinar la edad de una persona que carece de inscripción, se puede utilizar cualquier medio de prueba (amplitud probatoria) más allá de que la prueba pericial morfológica sea el medio probatorio de mayor peso dado el carácter médico o científico de la información que se pretende relevar. Esta misma postura amplia recepta la ley 26.413 al regular, en su art. 29, que vencidos los plazos de inscripción de nacimiento que prevé esta normativa, la inscripción solo puede efectuarse por resolución judicial, para lo cual los jueces deben cumplir ciertos recaudos como: *"a) Certificado negativo de inscripción de nacimiento emitido por el registro civil del lugar de nacimiento; b) Certificado expedido por médico oficial en el que se determine la edad y la fecha presunta de nacimiento; c) Informe del Registro Nacional de las Personas, en su caso, donde conste si la persona cuyo nacimiento se pretende inscribir está o no identificada, matriculada o enrolada; determinándose mediante qué instrumento se justificó su nacimiento; d) Declaración bajo juramento de dos testigos respecto del lugar y fecha de nacimiento y el nombre y apellido con que la persona es conocida públicamente; y e) Otras pruebas que se crea conveniente exigir en cada caso"*.

El CCyC mantiene el principio de amplitud probatoria para la determinación de la edad de una persona que carece de la correspondiente inscripción de su nacimiento, postura que responde a la entidad e importancia del derecho humano que está involucrado en estas situaciones excepcionales: el derecho a la identidad.

CAPÍTULO 10(*)
Representación y asistencia. Tutela y curatela

SECCIÓN 1ª
Representación y asistencia

ARTÍCULO 100.- ***Regla general.*** *Las personas incapaces ejercen por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí.*

1. Introducción

El Código establece en su art. 24 quiénes son las personas incapaces de ejercicio: *"a) la persona por nacer, b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª (...)* [del Capítulo Segundo]*; y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión"*.(156)

2. Interpretación

2.1. Sistema de protección

Las personas vulnerables, cuya capacidad de obrar sus derechos se encuentra limitada por la ley, se encuentran resguardadas por un sistema de protección denominado "representación".

2.2. Alcance de la representación

El CCyC introduce una nueva presunción sobre la capacidad de ejercicio, la de obrar, la jurídica y la de hecho del sujeto vulnerable, que varía en cada supuesto. Dicha capacidad se presume en plenitud para todos los sujetos en igualdad de condiciones. Las limitaciones al ejercicio de la capacidad son, por tanto, excepcionales. El CCyC prevé distintas formas de compensación a dichas limitaciones a través de la figura del representante, cuyas funciones son, asimismo, establecidas. Las limitaciones a la capacidad de obrar y sus motivaciones son establecidas en favor de la persona y deben ser revisadas periódicamente, al igual que la función representativa. La representación, como función, es proporcional, adecuada y flexible a la extensión de la limitación a la capacidad en cada caso en particular. El binomio representante-representado ya no implica una relación de poder del primero "sobre" el segundo, sino que el actuar del representante debe ser exclusivamente "para" los intereses y la persona del representado. Por tanto, la voluntad del representado pasa a tener una importancia primordial, el sistema de la representación no la excluye ni la reemplaza. Y, a mayor autonomía del sujeto, menor será la representación.

Los principios para la capacidad de obrar de los niños, niñas y adolescentes se encuentran comprendidos en el art. 26 CCyC. Así, el principio general es que las personas menores de edad ejerzan sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, aquellos que cuentan con edad y grado de madurez suficiente pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. Asimismo, pueden intervenir con asistencia letrada en aquellas situaciones en las que medie algún conflicto de intereses con sus

(*) Comentarios a los arts. 100 a 137 elaborados por Ángeles Baliero de Burundarena.

(156) El inc. c) del art. 24 se refiere a aquellas personas que se encuentran absolutamente imposibilitadas de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz (art. 32 CCyC).

Infojus

representantes. Se reconoce el principio de la capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes, según su edad y grado de madurez. En la misma línea, el art. 707 CCyC reconoce el derecho de los niños, niñas y adolescentes y las personas con capacidad restringida a participar en todos los procesos que los afecten directamente mediante el ejercicio de su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta. Igual criterio debe considerarse para la función representativa en los supuestos de las personas declaradas incapaces y aquellas con capacidad restringida para la celebración de determinados actos jurídicos a celebrarse por el curador o por el apoyo cuando el juez le otorga facultades de representación, para supuestos necesarios. El sistema de representación debe, por tanto, adaptarse al principio general del art. 31 CCyC, el que establece que *"la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial"*.

2.3. Actos no alcanzados por la representación

Las decisiones sobre los derechos personalísimos o de la personalidad del representado quedan fuera de la órbita de las funciones del representante, por tratarse de derechos de carácter estrictamente personales y que, por tanto, no pueden ser suplidos por su representante.

2.4. Caracteres de la representación

2.4.1. Requisitos

La representación es necesaria para todas aquellas personas enumeradas taxativamente en el art. 24 CCyC. Los supuestos previstos en la ley para otorgar la representación necesaria son:

a. En el art. 103, inc. b), párr. 3 CCyC, se le impone al Ministerio Público, proveer la representación cuando carecen de representante legal. Se sobreentiende que dicha obligación corresponde a todos los magistrados del Ministerio Público en cualquiera de las instancias o fueros donde actúen, ya que es indispensable que todas las personas puedan ejercer sus derechos cuando la ley expresamente regula que ese ejercicio lo practican —por los motivos que la ley expresa— a través de sus representantes. Deben pedir ante juez competente la designación de tales representantes legales para las personas menores de edad y para las personas con capacidad restringida, en tanto la sentencia que ha limitado la capacidad de ejercicio de una persona le tenga prohibido la realización de un acto jurídico por sí misma y a las personas declaradas excepcionalmente incapaces.

b. En el art. 104 CCyC se reconoce a la guarda como una institución similar a la tutela y se amplía el alcance de la representación necesaria a los niños cuya guarda el juez otorgue a terceros por razones graves; o a la guarda delegada por los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental, estableciendo: "*En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial*".

c. En el art. 109 CCyC —Tutela especial— se establece cuándo corresponde la designación judicial de *"tutores especiales"* detallando varios supuestos.

d. El art. 111 CCyC establece quiénes son las personas obligadas a denunciar la ausencia, falta o carencia de representación de un niño/a o adolescente. Ellas son: *"Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o*

quienes han sido designados tutores por sus padres o éstos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente". Y también: *"... los oficiales públicos encargados del Registro Civil y Capacidad de las Personas y otros funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de tutela"*.

e. En el párr. 3 del mismo artículo, el Código determina: *"el juez debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela"*.

f. El art. 135, inc. b), párr. 2 (referido a las causas de terminación de la tutela) dice: *"En caso de muerte del tutor, el albacea, heredero o el otro tutor si lo hubiere, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez de la tutela. En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y de los bienes del pupilo"*.

g. El art. 139 introduce la figura de la directiva anticipada, disponiendo que la persona capaz puede designar (de manera anticipada) a aquella persona que ejercerá su curatela; eligiendo, de este modo, a su representante. Asimismo, establece que "*Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente*". A falta de las previsiones mencionadas para dar representante a los sujetos más débiles de las relaciones jurídicas que se traben, *"el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica"*.

h. El art. 140 CCyC determina: *"el curador de la persona incapaz* [y con capacidad restringida] *es tutor de los hijos menores de éste"* en relación a la persona protegida con hijos.

i. La enumeración de los deberes de los progenitores está contenida en el inc. f), art. 646 CCyC. Se hace alusión al deber de "*representarlo y administrar el patrimonio del hijo*".

j. El art. 657 CCyC se refiere al otorgamiento de la guarda a un tercero. La norma establece: *"En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código"*.

k. El art. 696 CCyC —referido a la remoción de la administración— expresa: *"Removido uno de los progenitores de la administración de los bienes, ésta corresponde al otro. Si ambos son removidos, el juez debe nombrar un tutor especial"*.

l. El art. 703 CCyC regula los casos de privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental. Establece: *"Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente"*.

Infojus

De esta manera, el CCyC reconoce las distintas circunstancias en que los niños, niñas y adolescentes, y las personas declaradas excepcionalmente incapaces por sentencia, o aquellas con capacidad restringida y asistidas por el sistema de apoyos para la toma de decisiones con función representativa deben ser necesariamente representados. Sea por los progenitores, por los tutores, por los guardadores, por los curadores o por los apoyos con facultad representativa en aquellos casos que el juez decida —art. 101, inc. c) CCyC—.

La representación, como sistema legal de protección, siempre se instituye en beneficio de la persona. La función primordial de los representantes es favorecer la autonomía personal de la persona, promover sus habilidades y aptitudes, respetar sus deseos y preferencias.

2.4.2. La guarda del progenitor afín. Representación legal

La guarda del progenitor afín es un supuesto no contemplado por la ley, que debe asimilarse a la finalidad de la norma del art. 104 CCyC. En efecto, el art. 674 CCyC (Delegación en el progenitor afín) establece: *"El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, de enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere de homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo fehacientemente"*.

Para este Código la finalidad de la norma es fundamental y no se advierten motivos contrarios para que el juez, al homologar la delegación establecida por ambos cónyuges o convivientes o por el propio juez ante los supuestos que la norma enuncia, designe como guardador —por el plazo que perdure dicha delegación del ejercicio de la responsabilidad parental— al progenitor afín. Por otro lado, si el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, tiene que realizar los actos propios de la formación en su crianza y adoptar decisiones en caso de urgencia, razón más que importante para que se lo invista del carácter de "guardador".

Si a ello le sumamos que, en el lapso conferido como "guardador", debe otorgar, en favor de los hijos del cónyuge, un acto jurídico que les resulte ventajoso y de toda necesidad, es de toda realidad investirlo de la representación suficiente para que pueda celebrarlo. Además, si relacionamos la finalidad de esta norma con el art. 104 CCyC, que reconoce expresamente el carácter de representante legal del guardador *"en todas aquellas cuestiones de índole patrimonial"* y reúne los supuestos de los arts. 643 y 657 CCyC (delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de los progenitores en un tercero, y otorgamiento de guarda a un tercero por el juez), es de toda lógica derivar en que el progenitor afín es el guardador y, por ende, representante legal de los hijos del otro cónyuge, pendiente la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental que se le hubiere homologado judicialmente.

La doctrina del art. 104 CCyC resume los dos supuestos contemplados en los arts. 643 y 657 CCyC y concluye con contundencia en la frase: *"En ambos supuestos, el guardador es el representante legal para todas aquellas cuestiones de índole patrimonial"*. Este supuesto de delegación de la responsabilidad parental del art. 674 CCyC debe ser asimilado y tenerse al progenitor afín como guardador de los hijos del cónyuge o conviviente porque ello facilitará, sin duda, el cumplimiento de los deberes que por ley se le imponen en el art. 673 CCyC. Hay más razones para pensar sobre la probidad en designarse

al progenitor afín como guardador, en tanto la ley prevé el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental con él y le determina obligación alimentaria de carácter subsidiaria. En efecto, si ya en los hechos el progenitor afín viene exhibiendo su rol de guardador en los supuestos del art. 674 CCyC, y este Código parte de la realidad de vida de las personas, ello constituye razón de peso para que obtenga el reconocimiento de guardador y representante legal en los supuestos previstos, por el plazo necesario y con las exigencias que la norma requiere conforme la doctrina del art. 104 CCyC.

2.4.3. Características de la representación

La representación es:

a. **Gradual y revisable** mediante sentencia judicial.

b. **Flexible y proporcional,** de acuerdo con la extensión de la limitación a la capacidad del sujeto.

c. **Excepcional** cuando se trata de personas mayores de 13 años de edad declaradas incapaces por sentencia judicial y reservada esta para supuestos extremos.

d. **Legal,** ya que es determinada por medio de la ley.

e. **Doble.** El Ministerio Público interviene en el ámbito judicial respecto de personas menores de edad, personas declaradas excepcionalmente incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de la capacidad jurídica requiera un sistema de apoyos de manera complementaria o principal.

   Por una parte, la actuación es complementaria a la de los progenitores en todos los procesos en los que se encuentren involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes, personas declaradas excepcionalmente incapaces y personas con capacidad restringida. La falta de intervención del Ministerio Público acarrea la nulidad relativa del acto.

   Por otra parte, la actuación es principal cuando existe inacción de los representantes legales y se encuentran comprometidos los derechos de los representados, cuando dichas personas carecen de representante y, por lo tanto, el Ministerio Público debe proveer su representación.

   El Ministerio Público también interviene en los procesos de capacidad restringida cuando el/los apoyo/s tengan funciones representativas establecidas por el juez en la sentencia, en los juicios de tutela (art. 105 CCyC), en los procesos de adopción (arts. 603, 608, 617 CCyC), delegación del ejercicio de la guarda (art. 643 CCyC), otorgamiento de la guarda a un tercero (art. 657 CCyC), en los reclamos alimentarios (art. 661 CCyC), en las autorizaciones para estar en juicio (art. 678 CCyC), en los expedientes sucesorios cuando existan herederos que sean personas menores de edad, y en los reclamos por daños y perjuicios, etc.

f. **La representación está sujeta en parte a contralor judicial**. Así, tanto los actos de disposición de bienes de los hijos menores de edad como los actos para la disposición de los bienes de las personas tuteladas o aquellos actos de administración extraordinaria que realice el tutor, requieren la debida autorización judicial. Asimismo, los actos de disposición que realice el curador o curadores de los bienes del representado o los actos de disposición que realicen los apoyos con función representativa de las personas con capacidad restringida, requieren contralor judicial. Además, los actos que se realicen en beneficio de los representados en extraña jurisdicción.

Infojus

En la tutela, los actos que por su complejidad y especificidad de los bienes administrados exijan la designación de uno o varios tutores especiales con funciones diversas a las del tutor general, requieren autorización judicial.

Es fundamental el debido respeto a las preferencias o deseos de las personas representadas.

2.4.4. Nuevos efectos, nuevos paradigmas

Se busca adecuar el derecho positivo a la CDN y a la CDPD. De allí, la transformación de un sistema estático de protección, a otro representativo, elástico y proporcional a la extensión de la limitación y a la capacidad del sujeto. Se distingue, de este modo, la capacidad de derecho (aptitud para la mera titularidad de las relaciones jurídicas) de la capacidad de ejercicio (aptitud de ejercer por sí los derechos). Se intenta *aggiornar* las normas referentes a los niños, niñas y adolescentes y a las personas con discapacidades a la cambiante sociedad y a la multiplicidad de realidades. Por ello se hace alusión reiteradamente a términos como "edad y grado de madurez", "capacidad progresiva" y "derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta". Asimismo, se da cuenta que la representación ya no resulta un sistema rígido y hermético, como sí lo era en el Código Civil; el representante no puede tomar las decisiones únicamente basándose en su iniciativa sino que debe atender a los deseos de la persona por quien actúa. El sistema se establece en beneficio exclusivo de la persona representada.

ARTÍCULO 101.- ***Enumeración.*** *Son representantes:*

a. *de las personas por nacer, sus padres;*
b. *de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;*
c. *de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.*

1. Introducción

El Código define de manera precisa quiénes son las personas que deben actuar por aquellas que resultan incapaces de ejercicio (art. 24 CCyC). Así, la representación legal de dichas personas se desarrolla a través de distintas instituciones: la responsabilidad parental (para personas por nacer y niños/as o adolescentes), la tutela (para personas menores de edad que no estén bajo el régimen de la responsabilidad parental o carezcan de adulto responsable), y los apoyos con facultades representativas, reconocidos como "apoyos intensos" en el inc. j), Preámbulo CDPD.

Dicho sistema de protección —la representación— es instituido únicamente en beneficio de las mencionadas personas para determinadas situaciones. Tiene origen legal y no puede ser sustituido por la voluntad de las partes. Además, es necesaria ya que está conformada por normas de carácter imperativo que acarrean nulidades si son soslayadas; y, es doble ya que existe una actuación integrada entre el representante legal de la persona menor de edad, aquella con capacidad de ejercicio restringida o declarada excepcionalmente incapaz y la representación complementaria o principal del Ministerio Público. La

actividad de los representantes está sometida a contralor judicial, el juez debe resolver atendiendo a lo que resulte más beneficioso a los intereses y la persona del representado.

2. Interpretación

2.1. Comienzo de la personalidad

El art. 19 CCyC establece el comienzo de la existencia de la persona.[157] Sin embargo, la personalidad del por nacer está supeditada a una condición resolutoria: si el niño nace muerto queda cumplida la condición y extinguida retroactivamente la personalidad. Por el contrario, si nace vivo, la condición no se cumple y, por lo tanto, la resolución (extinción retroactiva) no se produce, es decir, la personalidad que había comenzado desde la concepción o implantación del embrión continúa.

2.2. Comienzo de la protección jurídica de la persona por nacer

La protección jurídica, según art. 75, inc. 23 CN, comienza *"… desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia"*. Así lo entendió la CSJN en una sentencia de fecha 24/04/2012.[158] Es decir, que a partir del embarazo de la mujer, existe una persona por nacer que es titular de derechos, si bien es incapaz de ejercer por sí misma acto jurídico alguno y, por lo tanto, tiene necesidad de un representante. Como se dijo anteriormente, dicha personalidad es condicional debido a que su existencia está supeditada a un hecho futuro o incierto: el nacimiento.

2.3. Representación del por nacer

Los concebidos son titulares de derechos en general. Sin embargo, la representación se instituye solamente ante la necesidad del ejercicio de algún acto jurídico en particular. Los representantes de las personas por nacer son sus progenitores y su ejercicio no necesita ser conferido por el juez. En los supuestos de celebración de actos jurídicos trascendentales, se debe dar intervención al Ministerio Público. Cuando se realice una donación a favor de la persona por nacer, basta con que el representante la acepte mediante escritura y, en el caso de un beneficio social a obtenerse por la vía administrativa, basta con que se presenten ante la administración.

2.4. Fin de la representación de la persona por nacer

La representación se termina al momento del nacimiento (si es que el niño nace con vida) y pasa a ser inmediatamente reemplazada por la responsabilidad parental para los hijos menores de edad, que recae en ambos progenitores.

2.5. Representación de las personas menores de edad. Responsabilidad parental y tutela

Las reglas de los arts. 24 y 100 CCyC están en línea con el art. 75, inc. 22 CN, la CDN, la ley 26.061 y el Libro Segundo de este cuerpo legal. Por ello, a mayor autonomía de la persona en vías de desarrollo menor resulta la representación sustitutiva de los progenitores. Dicho principio es conocido como la "capacidad progresiva". Los principios generales aplicables a la responsabilidad parental se encuentran contenidos en el art. 639 CCyC.

(157) "La existencia de la persona humana comienza con la concepción".

(158) CSJN, "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo", 24/04/2012. Recurso de hecho Q. 64. XLVI.

Infojus

Ellos son: el interés superior del niño,[159] la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta.

El Código establece tres rangos etarios: niños (aquellos que no hubiesen cumplido los 13 años de edad), adolescentes (aquellos que han cumplido los 13 años de edad, pero no han alcanzado los 18 años de edad aún) y mayores de edad (aquellos que superen los 18 años, a quienes se les asigna capacidad jurídica plena).

Las disposiciones de los arts. 24 y 100 CCyC, en relación a los niños, niñas y adolescentes, tienen un propósito esencialmente tuitivo, ya que la finalidad última de esta norma es la protección de dicho grupo etario. Se busca, de esta manera, evitar que terceras personas puedan influenciar negativamente o aprovecharse de la inexperiencia de los niños, niñas y adolescentes. Asimismo, para reforzar esta protección, el Código incluye la figura del abogado del niño (para aquellos que contaran con un grado de madurez suficiente) que importa un medio legal e independiente para acceder a la justicia (art. 26 CCyC). Es una figura ligada al principio de la capacidad progresiva, que se da a raíz de la madurez y el grado de desarrollo del niño, niña o adolescente. El Código permite a la persona menor de edad con un grado de madurez suficiente que se presente por sí y con asistencia letrada y que actúe en forma autónoma o conjunta con sus padres o tutores (arts. 677 a 679 CCyC). El desempeño del abogado debe ser acorde a las instrucciones y deseos del representado. No debe, bajo ningún punto, sustituir su voluntad. Generalmente, la figura del abogado del niño aparece ante situaciones de conflicto del adolescente con su representante legal. Ahora bien, la normativa estima que el desarrollo y madurez se alcanza a los trece años, momento en el que se comienza a ser adolescente. Antes de los trece, el Código entiende que se está ante la presencia de un niño, que debe estar a derecho por medio de un tutor especial que el juez le designe. Dicha designación puede ser solicitada al juez o al Ministerio Público por el interesado, o por el Ministerio Público en tanto ha observado situaciones de conflicto entre representantes y representados.

2.6. Sistema de apoyos

Las funciones representativas del apoyo son excepcionales y deben otorgarse para determinados actos en beneficio del representado —art. 101, inc. c) CCyC—. El juez las establece en la sentencia que restringe la capacidad de la persona. Posiblemente, otras situaciones que puedan sobrevenir a una persona con capacidad restringida y bajo el sistema de apoyos (como resulta, por ejemplo, el otorgamiento de un acto jurídico complejo que requiere especialidad profesional para su realización) deban requerir también del apoyo una función representativa. Ello en línea con el denominado "apoyo intenso"[160] de la CDPD.

(159) Entendiéndose por tal *"… la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"* (ley 26.061).

(160) Preámbulo de la CDPD, inc. j): "Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso". Aún con función representativa, el apoyo debe "… promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida" (Pagano, Luz M., "Los Apoyos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en Nora Lloveras y Marisa Herrera (dirs.), *El Derecho de Familia en Latinoamérica 2. Las familias y los desarrollos sociales.* vol. 1, Bs. As., Nuevo Enfoque Jurídico, 2012, pp. 139/152).

2.7. Curatela

El Código establece que el representante de las personas incapaces (último párrafo del art. 32 CCyC) es el curador que el juez designe. El art. 32 CCyC establece: *"Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador"*. De esto se desprende que la función del curador es representativa y sustitutiva de la voluntad de la persona; no obstante, debe promover la autonomía personal y la posibilidad de recuperar en ella la interacción con su entorno y la exteriorización de su voluntad.[161] El juez debe fijar en la sentencia la extensión de la incapacidad de la persona y asimismo, el alcance de la función representativa del curador, que debe ser proporcional a la extensión de la incapacidad del representado —art. 24, inc. c) y art. 38 CCyC—. El actuar del curador debe ser acorde con los principios establecidos en el art. 639 CCyC, responsabilidad parental.

2.8. Incidencia del CCyC

Se reconoce al niño como sujeto de derecho. Se receptan, de esta manera, las disposiciones contenidas en la CDN y la ley 26.061. Asimismo, se reconoce el derecho del niño, niña y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en función de su desarrollo y grado de madurez. El representante que se le designe al niño debe acompañar y propender a su autonomía personal y desarrollo integral. A mayor autonomía, menor será la representación.

La representación parental deber ser gradual y flexible y promover, en todo momento, la participación y la escucha de los niños, niñas y adolescentes en los procesos que los involucren.

Se introduce la figura de los apoyos para situaciones de excepción. Los apoyos actúan como representantes de la persona con capacidad restringida para aquellos actos que el juez determine en la sentencia.

La declaración de incapacidad de una persona se establece para supuestos muy excepcionales (art. 32 CCyC). El curador que el juez designe para dichos casos debe actuar de manera proporcional a la extensión de la limitación de la capacidad de su representado, que fuera fijada en la sentencia. Debe, asimismo, tomar todas aquellas medidas que favorezcan la autonomía personal y respeten la dignidad de la persona.

El Código establece que el desempeño y el actuar de los representantes de las personas con capacidad restringida o incapaces, en los términos del art. 32 CCyC (última parte), debe ser conforme a los principios del ejercicio de la responsabilidad parental.

ARTÍCULO 102.- ***Asistencia.*** ***Las personas con capacidad restringida y las inhabilitadas son asistidas por los apoyos designados en la sentencia respectiva y en otras leyes especiales.***

(161) Fama, M. Victoria; Herrera, Marisa; Pagano, Luz M., *Salud Mental en Derecho de Familia*, 1ª ed., Bs. As., Hammurabi, 2008, pp. 653/656.

Infojus

1. Introducción

La capacidad restringida supone que la persona conserva su capacidad limitada para determinados actos. El Código prevé un acompañamiento para dichas personas y aquellas inhabilitadas, en razón de la prodigalidad (art. 48 CCyC), mediante los denominados sistemas de apoyo para la toma de decisiones (SATD).

La normativa solo mantiene un único supuesto de inhabilitación: la prodigalidad. Para que se configure deben concurrir dos presupuestos: a) la prodigalidad en la gestión de sus bienes (negocios, administración de sus bienes y/o actos de disposición habituales que constituyan dilapidación) como elemento objetivo; y b) la exposición a la pérdida del patrimonio a su cónyuge, conviviente, hijos menores de edad o hijos mayores de edad con discapacidad. La declaración de inhabilitación, por lo tanto, le impone ciertas restricciones al otorgamiento de determinados actos pero no modifica su condición de persona capaz para el ejercicio de sus derechos. La función del apoyo es la asistencia en la realización de dichos actos (determinados mediante una sentencia judicial). Este artículo constituye una excepción al inciso b) del artículo 31 CCyC, en razón de que la limitación a la capacidad no se instituye en beneficio de la persona sino que, en este caso, el interés jurídico tutelado es la protección de la familia del inhabilitado.

2. Interpretación

2.1. La asistencia y los apoyos

Se entiende por apoyo la asistencia requerida por las personas con discapacidad para actuar de forma inclusiva dentro de la sociedad, desarrollando sus habilidades para lograr su funcionalidad y un mejor desempeño, y propiciando su autonomía en la ejecución de sus actividades principales y regulares. Entre ellos: la asistencia personal, equipos y dispositivos tecnológicos y recursos auxiliares, que permiten habilitar, rehabilitar o compensar una o más limitaciones funcionales, motrices, sensoriales o intelectuales de las personas con discapacidad.[162]

El Código admite un amplio espectro de opciones al referirse a los sujetos u organizaciones que pueden prestar el apoyo. Así, el apoyo puede ser desde una única persona a una red o una asociación u organización comunitaria. Se debe establecer con precisión cuál constituye su función: puede ser la de asesor, consejero o asistente. El magistrado debe establecer en la sentencia qué modalidad resulta conveniente para el caso en particular y cuál es o son las funciones a desempeñar.

2.2. Los apoyos. Funciones, alcance y designación

"Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general" (art. 43 CCyC). Esta incorporación está en línea con los postulados de la CDPD, que reconoce a las personas con discapacidad la importancia de su autonomía e independencia individual, incluida la libertad para realizar sus aspiraciones. Ello se desprende del art. 12, párr. 4 CDPD que impone a los Estados partes la obligación de asegurar *"… que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad*

(162) Pagano, Luz M., "Los Apoyos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en Nora Lloveras y Marisa Herrera (dirs.), *El Derecho de Familia en Latinoamérica 2. Las familias y los desarrollos sociales*, vol. 1, Bs. As., Nuevo Enfoque Jurídico, 2012, pp. 139/152.

jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial". El Código busca proteger a la persona sin incapacitarla, es decir, limitando lo menos posible su capacidad de actuar (arts. 32 y 43 CCyC) y brindándole los apoyos necesarios para asistirla en el desarrollo de las funciones de la vida cotidiana.

El juez debe fijar en la sentencia las funciones y modalidades de los apoyos de acuerdo a las circunstancias particulares de cada persona, es decir, estos deben ser proporcionales a la extensión de la limitación a la capacidad. El magistrado debe determinar cuáles son los actos que requieran asistencia del apoyo para poder otorgarse. No debe quitarle más capacidades que las necesarias para garantizarle la protección de sus intereses personales y patrimoniales. La persona cuya capacidad se restringe conserva la capacidad de actuar para aquellos actos que no estuvieran contenidos en la sentencia. No así sobre aquellos actos que sí estuvieran contenidos en la misma, para los que requerirá de la asistencia del apoyo bajo pena de nulidad de los actos que realice. La resolución debe establecer la condición y calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, aquella también debe ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas. Las medidas deben aplicarse durante el menor tiempo posible y existe la obligación de verificar regularmente la actualidad y utilidad de las mismas.

No obstante, el apoyo debe propiciar la capacidad natural y fomentar la autonomía personal de la persona en todo momento. Los apoyos están destinados a fomentar, y no a deprimir la activación de las capacidades naturales; sea permitiendo a la persona con capacidad restringida una participación gradual y controlada en la gestión de sus intereses patrimoniales, sea reconociéndole la facultad de autodeterminación para que ejerza sus derechos personalísimos, comprendidos los actos de naturaleza familiar.

El sistema de apoyos debe entenderse siempre como un instrumento elástico, modelado a medida de las exigencias del sujeto concreto. También debe tenerse en cuenta que las facultades representativas —art. 101, inc. c)—, sustitutivas de la voluntad del sujeto, están reservadas para situaciones particularmente graves y excepcionales (como cuando existen patologías sobrevinientes o temporales) que, de no intervenir, importarían un daño patrimonial o en la persona.

Cabe destacar que, con anterioridad a la sanción de este Código, se han dictado sentencias que reconocen las premisas del art. 12 CDPD y se corresponden con ellas.[163]

2.3. Los apoyos con facultades representativas

Cuando el SATD resulte insuficiente, el Código reconoce la posibilidad de otorgarle facultades representativas a los apoyos —art. 24, inc. c) y art. 101, inc. c) CCyC—. Se le otorga al apoyo la representación de la persona con capacidad restringida. El juez debe determinarlo en la sentencia. Se trata de un supuesto de tipo excepcional en el cual se

(163) Al respecto cabe mencionar un fallo del Tribunal de Familia n° 1 Mar del Plata, "B. L. s/ inhabilitación", 06/05/2009, en *LL* 21/10/2009. En él se declaró la inconstitucionalidad de esta norma. En primer término, se resolvió que el Sr. B. L., en ejercicio pleno de su personalidad jurídica, debería, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 12 CDPD, tomar toda decisión relativa a la administración y disposición de su patrimonio con el apoyo para tales actos de su abuela y de su hermano. A su vez, se instauró un completo sistema de salvaguardias donde los familiares debían rendir cuentas de su actuación cada seis meses ante ese Tribunal e informar sobre los actos de disposición.

Infojus

considera que la sentencia debe inscribirse en el Registro Civil. En consonancia con ello, el Manual de Buenas Prácticas de los Servicios Especializados del Ministerio Fiscal —presentado en Alcalá de Henares, España el 20 y 21/09/2010— admite la función representativa del apoyo en coincidencia con la CDPD —inc. j), Preámbulo— cuando se refiere al "*apoyo más intenso*". Es decir, se le otorga al apoyo la representación de la persona con capacidad restringida cuando el juez lo determine en la sentencia porque el SATD resulte insuficiente para realizar determinados actos.[164] Es preciso comprender que para que el SATD resulte efectivo, debe adaptarse a las diferentes situaciones personales y sociales, y diferenciar diferentes tipos de "apoyos".

2.4. La importancia de haberse introducido un nuevo sistema de protección para las personas vulnerables

Se introduce una nueva figura para ampliar el sistema de protección de las personas con capacidad restringida: los apoyos. Este sistema (SATD) no sustituye a la persona sino que la asiste en aquellos actos que determine la sentencia. La finalidad de este instituto es la protección de la persona cuya capacidad se restringe por sentencia. El SATD es un sistema flexible y maleable, que busca adaptarse a las distintas situaciones de vulnerabilidad y debilidad de las distintas personas. Es un sistema temporal que debe ser permanentemente revisado y actualizado. La facultad representativa o "*apoyo intenso*" se prevé de manera excepcional para determinados supuestos —art. 24, inc. c) y art. 101, inc. c) CCyC— previa designación judicial y mediando intervención del Ministerio Público.

ARTÍCULO 103.- ***Actuación del Ministerio Público.*** *La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.*

a. *Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.*
b. *Es principal:*
   i. *cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;*
   ii. *cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;*
   iii. *cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.*

En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

1. Introducción

En este artículo, el Código establece en qué supuestos debe intervenir el Ministerio Público cuando se encuentran involucrados determinados sujetos. La función esencial del Ministerio Público es la de representar con todas las facultades y los deberes que le impone la

(164) Pagano Luz, M., "Los Apoyos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", *op. cit.*, pp. 139/152.

Infojus

ley, no la de asistir a la persona vulnerable. En esto radica la esencial diferencia con el abogado defensor de la persona. Como se trata de "representar" a los sujetos que la ley imperativamente establece que no pueden ejercer por sí sus derechos, ello perdura mientras persista la incapacidad de la persona o mientras que los niños no alcancen la mayoría de edad. Es más, la representación del Ministerio Público cesa de pleno derecho al momento que las personas menores de edad alcanzan los 18 años (art. 1° CDN) o cuando se rehabilitó a la persona declarada incapaz.

La intervención puede ser judicial o extrajudicial. A su vez, la intervención judicial puede ser complementaria o principal. Es complementaria cuando el Ministerio Público interviene de forma conjunta con los progenitores y/o los tutores y curadores (en el caso de los procesos en que se encuentren involucrados intereses de las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida). Es principal cuando se encuentren comprometidos los derechos de los representados y haya inacción de sus representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; cuando las personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. La actuación extrajudicial se prevé para los casos en que se encuentren comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida ante la ausencia, carencia o inacción de sus representantes legales. Las nulidades solo pueden declararse a instancias de las personas en cuyo beneficio se establecen.

2. Interpretación

2.1. Naturaleza

El Ministerio Público es un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera. Tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República. Está conformado por un procurador general, un defensor general de la Nación y demás miembros que la ley establezca. Sus miembros son magistrados/as que gozan de inmunidades funcionales e intangibilidad de remuneraciones.

El Ministerio Público es el representante de los niños/as y adolescentes y actúa conjuntamente con sus progenitores para la mejor defensa de sus derechos. Si no los tiene, debe proveerles de representante legal por imperio de la ley como primera función, y acudir a las instituciones propias del derecho de fondo. Representa a las personas declaradas excepcionalmente incapaces (art. 32, segunda parte, CCyC), a aquellas con capacidad restringida por sentencia judicial (art. 32, primera parte, CCyC), y de los inhabilitados por prodigalidad hasta el momento de la sentencia, salvo que posteriormente exista conflicto judicial entre los sistemas de apoyos para la toma de decisiones y la persona inhabilitada.

Se han receptado principios internacionales en materia de niñez como el de "capacidad progresiva"; el de la participación de los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo a su desarrollo y grado de madurez; el derecho a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; el derecho a estar informada de la persona con capacidad restringida —art 31, inc. d) CCyC—; el derecho a participar en el proceso judicial de restricción y declaración de incapacidad con asistencia letrada —art. 31, inc. e) CCyC—. Todo ello en estrecha consonancia con la CDN y la CDPD.

Se reconoce un rol más participativo y protagónico de los niños, niñas y adolescentes. A mayor autonomía de ellos, menor será la representación. Los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y no objeto, como se entendía anteriormente. Ello se desprende de

Infojus

la OC 17/2002 Corte IDH, sobre condición jurídica y derechos humanos del niño, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), que reza: "*Los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa' sino sujetos de pleno derecho, deben recibir protección integral y gozar de todas los derechos que tienen las personas adultas, además de un grupo de derechos específicos que se les otorgan por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo...*". Los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ejercer su "*defensa activa*" y participar en el proceso del que son parte mediante la figura del abogado del niño —art. 27, inc. c, de la ley 26.061—.

Asimismo, se busca lograr mayor articulación entre los órganos del Ministerio Público y los de protección de derechos del Poder Ejecutivo, para así coordinar esfuerzos en pos del "*interés superior de los niños*".

2.2. Carácter de actuación complementaria

La intervención del Ministerio Público es necesaria, representativa, de orden legal, y requiere de control judicial. En el inc. a) del artículo, la intervención del Ministerio Público es complementaria a la de los representantes legales individuales. Es decir, su actuación se integra y complementa con la que ejerce el representante individual. La actuación es complementaria cuando se den los siguientes supuestos: *"… en todos los procesos en los que se encuentren involucrados los intereses de personas menores de edad, personas declaradas excepcionalmente incapaces y personas con capacidad restringida…"*. Por tanto, su representación es complementaria a la de los progenitores, tutores, guardadores o curadores, o apoyos de las personas con capacidad restringida con facultades representativas.

2.3. La sanción de nulidad por falta de intervención del Ministerio Público

La sanción de nulidad ante la falta de intervención del Ministerio Público es de carácter relativo; ello, en razón de que puede ser confirmada. Cuando hubieren sucedido actos disvaliosos en detrimento del representado, debe invocarse la nulidad. Estas nulidades solo pueden declarase a instancias de las personas en cuyo beneficio se establecen, que son las personas incapaces de ejercer sus derechos.

En el caso de que el Ministerio Público tome conocimiento posterior de la realización de determinados actos sin su debida intervención, deberá invocar la nulidad de lo actuado, siempre y cuando el acto haya sido en detrimento de los intereses de la persona que se busca proteger y lo perjudiquen. Por el contrario, si las actuaciones hubiesen sido favorables a los intereses de dicha persona, no cabe oponer la nulidad de lo actuado, ya que la finalidad de la nulidad es proteger al representado y, en este caso, no se lo ha perjudicado. De ahí que, al tomar conocimiento sobre el estado de las actuaciones, la intervención posterior del Ministerio Público convalida, por efecto de lo dispuesto en el art. 388 CCyC, todos los actos anteriores, favorables y no perjudiciales a los intereses del representado.

2.4. Actuación principal en el proceso judicial

En el inciso b) del art. 103 CCyC se enumeran los supuestos en los que la actuación del Ministerio Público se torna principal. Ellos son: *"…cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación"*. Por ejemplo, si se trata de los progenitores, el Ministerio Público deberá promover el cumplimiento de los deberes a su cargo o interponer recursos y ofrecer prueba si dentro de

una causa judicial el niño/a está indefenso; si se trata de la inacción del tutor/es, debe responsabilizarlo por los daños que cause al tutelado y debe solicitar las medidas necesarias (art. 118 CCyC), solicitar la remoción del tutor (art. 136 CCyC); si existen diferencias de criterio entre los tutores, debe intervenir (art. 105 CCyC); si se trata de la inacción de los curadores, puede pedir su remoción (art. 136 CCyC), también que rinda cuentas (art. 130 CCyC). Además, tiene la obligación de exigir los alimentos a los progenitores cuando estos incumplieran con dicho deber y de requerirles que cumplan con cualquier otro deber que les competa (art. 646 CCyC). Cuando se trate del incumplimiento de los deberes del curador debe instarlo a que cumpla con las reglas generales del art. 31 CCyC, responsabilizarlo por los daños que ocasione (art. 118 CCyC) y solicitar la designación de un curador provisorio, mientras se designa otro nuevo —art. 109, inc. g) CCyC—, como también solicitar la suspensión provisoria del curador (art. 137 CCyC). Asimismo, puede solicitar su remoción (art. 136 CCyC) y exigirle la rendición de las cuentas (art.130 CCyC).

El Ministerio Público se encuentra obligado a exigirles a los representantes de las personas con capacidad restringida o que se encuentren en el supuesto del art. 32 CCyC (segunda parte) que se adecuen a los estándares internacionales en materia de derechos humanos y a las reglas del art. 31 CCyC. Debe garantizarle, a los representados, diversos derechos: su participación en el proceso, las condiciones de accesibilidad universal, la adopción de ajustes razonables, la interdisciplinariedad, el derecho a la información sobre el estado del representado y los cuidados que se toman sobre él.

2.5. Actuación judicial y extrajudicial

El Código admite tanto la intervención judicial como la extrajudicial del Ministerio Público. Para que la actuación sea extrajudicial deben concurrir dos presupuestos:

- debe estarse ante un caso de ausencia, carencia o inacción de los representantes legales;
- deben encontrarse comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de los niños/as y adolescentes, las personas incapaces y con capacidad restringida.

2.6. Nuevas modificaciones a las instituciones

Se modifica el concepto de "representación promiscua" y se promueven las intervenciones en general para el ámbito judicial.

Asimismo, se mantiene la doble representación como garantía de protección para las personas que lo necesitan. La primera corresponde a los progenitores (art. 639 CCyC), tutores (art. 104 CCyC), guardadores (arts. 104, 643, 657 y 674 CCyC), curadores (art. 138 CCyC), o apoyos para la toma de decisiones con facultad representativa —art. 43 y art. 101, inc. c), CCyC—. La segunda representación es la del Ministerio Público, ya sea "principal" o "complementaria", según el caso, enmarcada en un proceso judicial.

Por otra parte, se establece la actuación extrajudicial del Ministerio Público cuando estuvieren comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales de las personas menores de edad, con capacidad restringida o incapaces en los términos del art. 32 CCyC (segunda parte) y existiera inacción, carencia o ausencia de los representantes legales.

Se intenta darle una mirada más humanitaria a los sistemas de protección. Las personas a proteger pasan a ser el centro de todo esfuerzo, adecuándose así a los cambios de paradigmas reinantes a nivel internacional.

SECCIÓN 2ª
Tutela

Parágrafo 1°
Disposiciones generales

ARTÍCULO 104.- ***Concepto y principios generales.*** *La tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental.*

Se aplican los principios generales enumerados en el Título VII del Libro Segundo.

Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

1. Introducción

El Código mantiene la regulación de la tutela como una institución del derecho de familia, de carácter subsidiaria y destinada a darle protección al niño, niña o adolescente cuyos progenitores no pueden ejercer la responsabilidad parental —porque han fallecido o se ha declarado su ausencia—, designándoles la debida representación legal a uno o más tutores. Ellos, en tal carácter y como adultos responsables, asumen su crianza, prestándoles educación, asistencia alimentaria, vivienda, salud y esparcimiento. También cuidan de su patrimonio, si lo hubiere, con la debida rendición de cuentas. La mención al guardador obedece a la recepción de la figura de la guarda por un tercero, sea por delegación del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los padres o por disposición judicial en supuestos de gravedad. El guardador puede ser investido con las funciones reguladas para el tutor. Esta coordinación de la figura de la tutela con la del guardador queda determinada en la disposición de la norma.

La definición de la tutela se modifica enfatizando que se trata de una figura tendiente a otorgar cuidado, asistencia y participación, promoviendo la autonomía personal, a la persona y bienes de un niño/a o adolescente que no ha alcanzado la plena capacidad civil.

La tutela y sus disposiciones generales consagran, para una correcta interpretación del instituto, la necesaria aplicación de los principios generales que rigen la responsabilidad parental (enumerados en el art. 639 CCyC): el interés superior del niño; la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez. También se le reconoce su derecho a participar en todos los procesos que le atañen (art. 707 CCyC).

Desde el comienzo de esta Sección se utiliza lenguaje convencional para referirse a los niños/as o adolescentes en consonancia con la CDN, hoy CN, y la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños/as y Adolescentes.

Es esencial a la función del tutor promover la autonomía personal del niño/a y favorecer, en consonancia con sus facultades, la toma de decisiones para sus propios asuntos personales y patrimoniales.

La tutela conserva la estructura tradicional en orden a las inhabilidades para ser tutor, las personas que no pueden ser tutores, el discernimiento, el ejercicio de la tutela, los actos prohibidos, los actos que requieren autorización judicial, la retribución del tutor, las cuentas y la terminación de la tutela; pero su regulación ha sido considerablemente aligerada del casuismo que la caracterizaba. Sin embargo, se ha reconocido en este Título la figura legal derivada de la responsabilidad parental al receptarse la guarda otorgada por el juez a un tercero y la guarda delegada por los progenitores, en el interés del hijo, y, por razones justificadas a un tercero idóneo y siempre que el interés del niño lo amerite. En ambos casos, este guardador es el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial. Debe incluirse, por analogía, y dándose especial consideración en el otorgamiento de la tutela, a la figura del progenitor afín, ya que el Código también lo tiene previsto al habérsele asignado, en los art. 674 CCyC (y su presupueso legal, el art. 673 CCyC), los deberes y responsabilidades análogos a los de la tutela en los supuestos que allí se describen. Por ende, debe incluirse entre los pretensos referentes adultos responsables a desempeñarse como tutores para asumir la crianza, el cuidado de los niños, y la preservación de su patrimonio, a los progenitores afines siempre que se den los supuestos regulados por este Código.

El reconocimiento del guardador como representante legal es novedoso y necesario, porque facilita y agiliza la dinámica de la vida diaria del niño para el acceso de sus derechos a la salud, a la educación, a la estabilidad familiar, a su esparcimiento, y a todos los demás derechos que se le deban restituir en tanto los mismos resulten afectados.

Asimismo: a) el juez que otorgó la guarda puede decidir que el niño/a o adolescente quede a cargo del guardador para su protección y crianza, resultando su representante legal; b) el juez que homologó la delegación de ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero guardador elegido por los padres es quien puede otorgarle las funciones de protección de la persona y bienes del niño/a o adolescente, y en este segundo supuesto, también es guardador con facultades de representación.

Aun cuando no esté previsto puntualmente en este artículo bajo comentario, nada obsta, según surge de los arts. 673 y 674 CCyC, a que se otorgue al progenitor afín la representación legal de los hijos menores de edad del cónyuge o conviviente bajo la modalidad de la institución de la tutela —siempre que se den los presupuestos fácticos para su designación— o de la guarda, porque esta novedosa reforma en materia de representación legal se ha decidido en base a la realidad de vida que acontece en nuestra sociedad. Los progenitores afines, (arts. 672, 673, 674 y 675 CCyC) son, generalmente, parte activa en la crianza diaria de los hijos del cónyuge o conviviente, promoviendo su autonomía, y brindándoles afecto, y por ello, en el superior interés de las personas que no han alcanzado la plenitud de su capacidad civil, se les debe reconocer el carácter de representante legal en los supuestos antes mencionados.

2. Interpretación

2.1. Concepto

La tutela, como institución del derecho de familia, es de naturaleza tuitiva —*tuere*, del latín proteger, defender, amparar—. Está destinada a otorgar protección a la persona y a los bienes de un niño/a adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y no tenga persona/s que ejerzan la responsabilidad parental para él.

Infojus

2.2. Criterios de aplicación

Son aplicables a esta institución los principios generales regulados para la responsabilidad parental en el art. 639 CCyC a saber:

a. el interés superior del niño;
b. la autonomía progresiva del tutelado conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía de los niños, niñas y adolescentes, disminuye la representación del tutor/guardador en el ejercicio de los derechos de los niños/as o adolescentes;
c. el derecho de los niños a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Aun cuando la naturaleza de la tutela sea civil, y la de la responsabilidad parental tenga como fundamento los vínculos de la sangre, el Código reúne a ambas instituciones en la equiparación de sus funciones remitiéndonos, de este modo, al Título VII del Libro Segundo —Responsabilidad parental—; así, se determina que al tutor y al guardador les corresponden los mismos deberes que a los progenitores.

2.3. Caracteres y funciones

Es representativa, subsidiaria, obligatoria e irrenunciable, tal como surge del artículo 101, inc. b):. Los padres son los representantes *"de las personas menores de edad no emancipadas (...) Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe"*. Dicha representación debe ser siempre discernida por un juez. La tutela cumple las funciones que se enumeran a continuación.

2.3.1. Cuidado de la persona

Es función primordial del tutor o tutores el cuidado de la persona del niño/a o adolescente promoviendo integralmente el reconocimiento de sus derechos, garantizándole el ejercicio pleno, efectivo y permanente. En este particular, para la interpretación, cobra especial relevancia la CDN, el art 75, inc. 22 CN, que tiene un contenido valorativo relevante, y la ley 26.061. El vínculo que se establece importa promover integralmente el desarrollo psicofísico del niño, niña o adolescente (art. 639 CCyC).

2.3.2. Cuidado de los bienes

El tutor o tutores es/son el administrador de los bienes del niño/a o adolescente y quien debe ejercer sus funciones a este respecto de acuerdo con las limitaciones y prohibiciones legales bajo el estricto contralor judicial y con la intervención del Ministerio Público.

2.3.3. Representación

El sistema de la representación de origen legal consiste en designar judicialmente a otra persona idónea, en este caso al tutor o guardador, para que realice en nombre y por cuenta de la persona tutelada menor de edad y en consonancia con el art. 639 de este Código, los actos jurídicos convenientes para su cuidado y para la gestión de su patrimonio.

La representación es:

- legal, porque la investidura del tutor o tutores emana de la ley (arts. 100 y 101, inc. b) CCyC) y desde el discernimiento (art. 112 CCyC);

- necesaria, ya que toda persona menor de edad que no pueda ejercer por sí sus derechos debe tener un representante legal, en este caso, un tutor o tutores;
- sujeta a control judicial para los actos expresamente mencionados en la Sección 2ª —Tutela— y, en especial, aquellos del art. 121 CCyC, en cuyos casos el representante debe requerir la autorización judicial.

2.4. La figura de la guarda y su reconocimiento normativo en el Código. El progenitor afín como guardador

La norma prevé dos supuestos para el otorgamiento de la guarda a un tercero para su protección, y en función de su interés superior aplicable y determinado al caso concreto.

Por el primero (art. 643 CCyC), en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir con una tercera persona la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental. Este acuerdo debe ser homologado judicialmente previa audición del niño y tienen como duración el plazo máximo de un año, pudiéndose este renovar por un período igual cuando haya razones suficientes que lo justifiquen. Por el segundo (art. 657 CCyC), y en supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero pariente o no, por el plazo de un año que será prorrogable por razones fundadas en un tiempo de igual período. Vencidos estos plazos, el juez debe resolver la situación del niño/a o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.

En el primer supuesto, el juez que homologó la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental otorgada por los progenitores, podrá otorgar al guardador el cuidado personal del niño/a o adolescente.

En ambos supuestos, la ley determina que el guardador es el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.

Teniendo en consideración que este Código propone dar soluciones para las "realidades" que se viven en cada familia y además facilitar la convivencia de todos ellos, entendemos que el progenitor afín, cuando se le ha delegado el ejercicio de la responsabilidad parental por su cónyuge (art. 674 CCyC), y ello es homologado judicialmente, es también "guardador" de los hijos del cónyuge y, por ende, su representante legal, aun cuando este supuesto no esté contemplado expresamente en este artículo bajo comentario ya que no existe obstáculo legal alguno para que su reconocimiento resulte asimilable a esta norma.

Dicho carácter de guardador, del que es investido en los hechos (aunque la ley no exprese directamente) conlleva a invocar tal representación cuando la situación lo amerite y mientras dure tal delegación.

Téngase en cuenta que el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico, y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

En consecuencia, no se advierte por qué, ante situaciones similares a las contempladas por los arts. 104, 643 y 657 CCyC, en esta norma, no se ha contemplado la calidad de guardador al progenitor afín. No obstante, lo que interesa al intérprete es la finalidad de la delegación y las atribuciones que se han desplegado para el guardador. De ahí que ningún óbice aparece para extender a esta situación no contemplada, todos los alcances y efectos de los artículos mencionados. Se considera que el progenitor afín es también guardador y representante legal mientras dure la delegación del ejercicio de responsabilidad parental

Infojus

de los hijos menores de edad del otro cónyuge o conviviente. No parece razonable —en miras a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos del otro cónyuge o conviviente al progenitor afín— que sea excluido de la investidura de guardador de los hijos del otro cónyuge o conviviente, y representarlos legalmente en aquellos casos que resulte menester y cumplidos los recaudos de la ley, sino todo lo contrario.

Tratándose los tres supuestos apuntados, de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en favor de los intereses de los hijos por circunstancias ajenas a ellos, es la ley la que facilita el transcurso de la cotidianeidad, el cuidado personal y las medidas urgentes derivadas de las personas en vías de desarrollo, como son los niños, y por ello inviste a los guardadores como representantes legales de las personas menores de edad. El progenitor afín resulta también guardador por vía de interpretación y por la analogía de las instituciones, y de conformidad a lo regulado en el art. 674 CCyC, sosteniéndose que este detenta la representación legal de los hijos del cónyuge o conviviente mientras perdure esta delegación homologada judicialmente (ver comentario al art. 307 CCyC).

ARTÍCULO 105.- ***Caracteres.*** *La tutela puede ser ejercida por una o más personas, conforme aquello que más beneficie al niño, niña o adolescente.*

Si es ejercida por más de una persona, las diferencias de criterio, deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela, con la debida intervención del Ministerio Público.

El cargo de tutor es intransmisible; el Ministerio Público interviene según lo dispuesto en el artículo 103.

1. Introducción

La norma reconoce la tutela pluripersonal en los supuestos en que esa opción beneficie al niño/a o adolescente. Si el ejercicio de la responsabilidad derivada de la filiación es conjunto e igualitario, parece razonable que el ejercicio de la tutela para el cumplimiento de idénticos deberes, como la formación integral, pueda también ser desempeñada por más de una persona. La norma atiende las voces doctrinales y jurisprudenciales que han criticado la obligatoriedad de que la tutela fuera unipersonal. Como se trata de una figura que reemplaza las funciones que se derivan de la responsabilidad parental, que es ejercida generalmente por dos personas, la tutela debe coincidir con este principio y ser ejercida de manera conjunta por una o más personas, siempre y cuando el interés superior del niño y su exclusivo beneficio así lo requieran.

En síntesis, la tutela puede ser unipersonal o pluripersonal, según sea más beneficioso para el niño/a o adolescente. El ejercicio plural de la tutela puede generar diferencias de criterio ante situaciones puntuales que deben ser dirimidas ante el juez que haya discernido la tutela con la debida intervención del Ministerio Público.

Asimismo, el cargo de tutor es intransmisible, y el Ministerio Público interviene de modo principal ya que debe exigir el cumplimiento de los deberes a cargo del tutor.

2. Interpretación

2.1. Unidad o pluralidad de la tutela

El Código prevé el nombramiento de un solo tutor o de varios tutores atendiendo lo que sea más beneficioso para el niño/a o adolescente. Se ha superado la antigua concepción sobre la imprudencia de confiar a varias personas, simultáneamente, la educación del

niño/a y la administración de sus bienes, ante el posible conflicto que podría suscitarse por la diversidad de criterios para cumplir los actos derivados de la tutela, y el posible daño que pudiera irrogarse al niño. En la actualidad, quien debe dar solución es el juez, porque al consagrar los principios enumerados en la responsabilidad parental como determinantes para el buen desempeño de la tutela, se armoniza y coordina la interpretación de las diferencias de criterio y de las funciones del tutor/tutores con los actos del ejercicio de la responsabilidad parental.

"Parece justo, entonces, reconocer en el derecho lo que en los hechos se ejerce: si los guardadores pueden ejercer sus cargos en forma conjunta e indistinta; si la dedicación y la protección de los progenitores que ejercen la patria potestad sobre sus hijos es también solidaria; si es cada vez más creciente el reconocimiento jurídico de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia; el derecho debe hacer un esfuerzo por reconciliarse con esa realidad concreta, cediendo su rigidez formal para dar entrada a un derecho proteccional más adecuado y funcional".(165)

2.2. Intransmisibilidad

La tutela es un cargo personal, pues no se transmite a los herederos del tutor o tutores. No puede ser delegada o cedida, ni por actos entre vivos ni de última voluntad. No obstante, el/los tutor/es puede nombrar, bajo su responsabilidad, un mandatario para la celebración de determinados actos. También podrá delegar, a favor de un tercero con autorización judicial, la guarda del niño de quien el primero desempeña la tutela (arts. 104, 643 y 657 CCyC).

2.3. Intervención del Ministerio Público

La intervención del Ministerio Público es de contralor de los actos que realicen los tutores porque su función es la de garantizar el reconocimiento de los derechos del tutelado, y proveerles su representación en caso inexistencia de representación, o por haber cesado la tutela para el niño o por haberse removido o suspendido al tutor de sus funciones (art. 103, inc. b.iii) CCyC).

ARTÍCULO 106.- ***Tutor designado por los padres.*** *Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente. Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor de hacer inventario, lo autorizan a recibir los bienes sin cumplir ese requisito, o lo liberan del deber de rendir cuentas.*

Si los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, se presume la voluntad de que se lo nombre tutor de sus hijos menores de edad, designación que debe ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente.

Si existen disposiciones de ambos progenitores, se aplican unas y otras conjuntamente en cuanto sean compatibles. De no serlo, el juez debe adoptar las que considere fundadamente más convenientes para el tutelado.

(165) Trib. Coleg. Flia. N° 2, Mar del Plata, "N., D. A. s/ Inhabilitación", 26/12/2006.

Infojus

1. Introducción

Se mantiene la facultad por la cual los progenitores designan al tutor de sus hijos. En este marco, se derogó el trato desigual de la legislación anterior entre padre y madre en los supuestos de posterior matrimonio de la madre.

A los fines de compatibilizar la guarda con la tutela se dispone que, si los progenitores han delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero, se presume la voluntad de que se nombre a dicho tutor/es, designación que debe ser discernida por el juez que homologó dicha delegación, o por el que sea competente según el centro de vida del niño/a o adolescente. Puede quedar a criterio del tercero, o persona delegada en el ejercicio la elección del juez competente para solicitar el discernimiento de la tutela. Si existen disposiciones de ambos progenitores en orden a la designación de tutores, debe armonizarse la aplicación de unas y otras en cuanto sean compatibles. De resultar imposible, es el juez quien debe decidir por aquella disposición que considere fundadamente más conveniente para el tutelado.

Los progenitores pueden elegir tutor/es y designarlos, pero no los pueden eximir de hacer el inventario, ni autorizarlos a recibir los bienes sin que se cumpla ese requisito esencial, ni tampoco liberarlos de rendir debida cuenta de su gestión.

Otra de las innovaciones de este Código es la derogación de la tutela legal. El discernimiento de la tutela es siempre judicial y cualquier persona, pariente o no —también los progenitores afines—, con idoneidad, puede estar en condiciones de desempeñarse como tutor. Carece de todo sentido práctico que la ley, en sentido abstracto —y *a priori*—, realice una enumeración preferente para el discernimiento de la tutela.

Los parientes más cercanos no son siempre las personas más adecuadas para el cuidado de un niño/a o adolescente, sea porque hay otras personas con un vínculo afectivo más sólido, sea por problemas relativos a la edad del tutor y el tutelado, por la salud de alguno de ellos, o su situación laboral, entendiéndose como mejor supuesto para la designación, la realización de una evaluación judicial y, sin condicionamientos, decidir aquello que resulte más beneficioso para el niño/a o adolescente en cada situación concreta.

La designación de tutor o tutores para los hijos menores de edad se atribuye a cualquiera de los progenitores que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental. La designación puede ser realizada por testamento o por escritura pública. Esta designación tendrá efectos con posterioridad al fallecimiento de los progenitores, dado que al tiempo de morir el primero de ellos, los hijos quedan bajo la responsabilidad parental del sobreviviente. La designación debe ser aprobada judicialmente.

2. Interpretación

2.1. La designación de la tutela. Facultad de los padres

La designación del tutor/es testamentarios emana de la responsabilidad parental; en virtud de ella, solo los progenitores están facultados para nombrar a la persona o personas que, con posterioridad a su fallecimiento, deban ejercer la tutela de sus hijos menores de edad.

2.2. Forma de designación

El nombramiento del tutor puede realizarse por medio de testamento o escritura pública, o por presunción de la ley, en tanto hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero.

Cuando la designación del tutor o tutores se encuentre en un testamento, debe admitirse que la misma designación constituye una parte de ese acto jurídico solemne, y que por tanto puede quedar sin efecto cuando aquel fuere atacado con éxito.

La designación por medio de escritura pública debe reunir los requisitos, caracteres y efectos de dicho instrumento público.

Para que opere la presunción sobre la designación de un tutor en aquella/s persona/s en que los padres hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, deberá acreditarse la previa homologación judicial de la delegación. En este caso, el juez designará tutor/res a ese/os tercero/s a quien/es los padres han confiado el cuidado y protección de su hijo/s, y les será discernida la tutela en tanto resulte beneficiosa para los intereses del tutelado y los designados para ejercer la tutela tengan idoneidad y aptitud. Además, el niño debe ser escuchado si cuenta con edad y madurez suficiente para interesarse y prestar su opinión sobre un asunto tan personalísimo como la elección del tutor o guardador (arts. 3° y 5° CDN). Esta normativa, que prevé la tutela testamentaria, está impregnada de la normativa constitucional mencionada, porque aun cuando los padres hayan testado sobre la tutela para sus hijos, es menester que el juez escuche a los niños, se provea de toda la información probatoria que considere pertinente, y revise las cualidades del tutor designado por los padres en actos de última voluntad. Ello porque este Código parte de la realidad de vida de cada uno de los sujetos destinatarios de los derechos reconocidos, y, en ocasiones, desde la designación del tutor o tutores por los padres en testamento o por escritura pública ha transcurrido cierto tiempo, y eso debe confrontarse con la actualidad de vida de los niños, con sus pareceres, sus deseos, sus opiniones. Por ello es que el juez debe escucharlos y proveer o no a la manda testamentaria, ya que toda decisión en materia de personas menores de edad es provisoria, circunstancial y variable, de acuerdo al interés superior del niño, como resume el art. 3° CDN, instrumento con rango constitucional según art. 75, inc. 22 CN.

A tenor de lo expuesto, todas las designaciones realizadas en las distintas formas previstas quedan sujetas a revisión judicial, atendiendo a lo que resulte más conveniente según el interés superior del niño, según los principios enumerados por el art. 639 CCyC.

2.3. Disposiciones que se tienen por no escritas

Las cláusulas que dispensen al tutor de la rendición de cuentas o que lo eximan de hacer el inventario de los bienes y lo autoricen a recibirlos sin necesidad de aquellos se tienen por no escritas. Dicho inventario debe comprender necesariamente tanto los bienes que el tutelado tuviera al tiempo en que se designa al tutor como los que adquiera posteriormente.

ARTÍCULO 107.- ***Tutela dativa.*** ***Ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados, el juez debe otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección al niño, niña o adolescente, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad.***

1. Introducción

El Código Civil y Comercial mantiene el carácter subsidiario de la tutela dativa que se encuentra subordinada a la responsabilidad parental y a la tutela dada por los padres aunque suprime la tutela legal. Deben aplicarse también a la apertura de la tutela dativa los principios generales que rigen la responsabilidad parental (art. 639 CCyC).

Infojus

La tutela dativa es la designación, por parte del juez, de un tutor o tutores ante la ausencia, rechazo o imposibilidad de los encargados del ejercicio de la responsabilidad parental, o de aquellos en quienes hubiese sido delegada. Esta tutela evita que el niño quede sin protección alguna y, por tanto, faculta al juez a nombrar a aquella/s persona/s que estime más idónea/s para que desempeñen el cargo de tutor o tutores, debiendo fundar razonablemente los motivos que justifican dicha idoneidad.

Los presupuestos esenciales para que el juez pueda otorgar este tipo de tutela son:

a. la ausencia de designación por parte de los progenitores de tutor o tutores;
b. excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio del tutor/es designados por los progenitores.

Las personas jurídicas no pueden ser tutores, solo las personas humanas ejercen la función de crianza de un niño. La norma pone énfasis en la elección del tutor a designarse cuando establece *"otorgar la tutela a la persona que sea más idónea para brindar protección"*. Lo cual importa tener un conocimiento acabado sobre las aptitudes, habilidades y competencias del adulto para establecer un vínculo de relación con el tutelado, promoviendo su autonomía y la satisfacción de los derechos reconocidos en el ordenamiento (art. 3° CDN).

Cabe señalar que se observa un cambio en la terminología usada al reemplazar el término *"menor"* por el de *"niño, niña o adolescente"* en concordancia con la CDN y la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

2. Interpretación

2.1. Subsidiariedad

La tutela dativa procede ante la ausencia de los progenitores o de la imposibilidad o rechazo de aquellos que hubieren sido designados para ejercerla. El juez tiene amplitud de facultades para elegir al tutor.

2.2. Idoneidad

La idoneidad, en este caso, consiste en la aptitud de una persona para el cuidado personal del tutelado y para el desempeño del cargo. Cuando el juez ha valorado la idoneidad para ser tutor de una o más personas, designará a aquella/s que, en virtud de su aptitud, habilidad, competencia, y capacidad —según su edad y sus circunstancias personales—, sea la más idónea para el ejercicio del cargo. El juez debe considerar las garantías de responsabilidad que ofrezca el pretenso tutor/es. En especial, debe observar si el pretenso tutor es competente para respetar y alentar la autonomía del niño y el efectivo reconocimiento de la capacidad progresiva del tutelado y su ejercicio. Debe observar si es consciente de la necesidad de proveer a la independencia del niño/a o adolescente, según su edad, y a formarlo en responsabilidades. Es básico, para la evaluación del sujeto a designar, la aptitud que tenga para promover al desarrollo integral y al reconocimiento de los derechos de la persona menor de edad, respetándole su condición de sujeto y su capacidad de tomar decisiones. Hace a la idoneidad del tutor para el desempeño de la tutela la presentación de un plan de tutela análogo al plan de parentalidad de los progenitores para el cuidado del hijo. El fin de esta institución es evitar que el niño/a o adolescente, por su corta edad, quede en un estado de desprotección y que se agrave su situación de vulnerabilidad al carecer de representantes.

2.3. Participación del niño, niña y adolescente

El niño/a o adolescente, según su edad o grado de madurez suficiente, debe ser oído y tiene derecho a que su opinión sea tenida en cuenta por el juez con anterioridad a la apertura de la tutela dativa y/o durante su tramitación con la intervención del Ministerio Público. El adolescente puede observar la designación de tutor/es, y el juez puede tomar en cuenta tal observación como un elemento relevante para apreciar la idoneidad del tutor/es. El adolescente puede presentarse por sí, con asistencia letrada, y reclamarle al juez de la tutela las providencias que sean necesarias cuando advierta que la actuación del tutor no le es beneficiosa para sus intereses.

En las mismas condiciones, puede proponer al juez la designación de un adulto significativo, de un progenitor afín, o de un allegado afectivo por su superior interés dando cuenta de los motivos por los cuales pretende el reconocimiento de su preferencia. Si bien la norma expresamente no lo regula, atento lo que surge de los art. 109, inc. c) —Tutela especial—; 113; 673 y 674 CCyC; y del art. 27 de la ley 26.061, no existen óbices legales para admitir este comportamiento. El niño, se insiste, también puede invocar su derecho a ser oído cuando lo considere y expresar sus diferencias con la designación de su tutor, aun cuando no tenga la edad pero resulte de toda necesidad para él expresarlo y lo materialice a través del Ministerio Público en atención a la doble representación que dicho magistrado inviste para los intereses del niño/a (arts. 12 CDN y art. 707 CCyC).

2.4. Juez competente

El juez competente es el del centro de vida del niño/a o adolescente. Sus obligaciones son:

a. el juez está obligado a otorgar la tutela de un niño/a o adolescente a aquella persona que sea "más idónea" para darle protección porque se encuentra en una situación de desvalimiento frente al mundo adulto;
b. debe fundar razonablemente su decisión;
c. debe motivar la decisión justificando la idoneidad de la persona que cumplirá para el futuro con las funciones propias de la tutela y análogas al ejercicio de la responsabilidad parental.

ARTÍCULO 108.- ***Prohibiciones para ser tutor dativo.*** *El juez no puede conferir la tutela dativa:*

a. *a su cónyuge, conviviente, o parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;*
b. *a las personas con quienes mantiene amistad íntima ni a los parientes dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;*
c. *a las personas con quienes tiene intereses comunes;*
d. *a sus deudores o acreedores;*
e. *a los integrantes de los tribunales nacionales o provinciales que ejercen sus funciones en el lugar del nombramiento; ni a los que tienen con ellos intereses comunes, ni a sus amigos íntimos o los parientes de éstos, dentro del cuarto grado, o segundo por afinidad;*
f. *a quien es tutor de otro menor de edad, a menos que se trate de hermanos menores de edad, o existan causas que lo justifiquen.*

Infojus

1. Introducción

Este artículo encuentra a los jueces como los únicos autorizados para conferir la tutela dativa. Por lo tanto, se establece una serie de inhabilidades o restricciones al judicante impidiendo que este designe a sus parientes o a personas vinculadas a él, con un nuevo presupuesto impeditivo: la designación del conviviente del juez. De esta forma, se trata de evitar una designación que pueda resultar perjudicial a los intereses del niño/a o adolescente y, además, obture la imparcialidad que todo juez debe mantener en el ejercicio de sus funciones.

La norma opera como contralor de la discrecionalidad del juez; para la designación de tutor/tutores ante la ausencia de designación por parte de los progenitores o ante el rechazo o la imposibilidad de ejercicio de aquellos designados para hacerlo y posibilita que la persona designada para el desempeño de la tutela dativa pueda atender a más de un niño/a o adolescente cuando se trate de hermanos menores de edad, o cuando exista una razón que lo justifique. Se observa, una vez más, el interés del plexo normativo para proteger y privilegiar el interés superior del niño al sostener la unión de la familia y de los hermanos entre sí, en concordancia con la CDN y las leyes de protección integral.

2. Interpretación

2.1. Facultad exclusiva de los jueces

La facultad para conferir la tutela dativa reside únicamente en la autoridad de los jueces. Entendiéndose por "juez" no solo a los magistrados de primera instancia sino también a los jueces de tribunales superiores.

2.2. Alcances de la atribución judicial

La elección del tutor dativo, al tratarse de una potestad exclusivamente judicial, debe tener ciertos límites para evitar que se distorsione la naturaleza del instituto. Se busca así privilegiar los intereses reales de los niños/as o adolescentes, se establece entonces una limitación de las personas a quienes los jueces pueden conferir la tutela dativa. La designación no puede recaer en el cónyuge, conviviente o cualquier pariente dentro del cuarto grado de parentesco del magistrado o de los miembros de los tribunales del lugar; tampoco sobre sus amigos íntimos o socios. Asimismo, no se puede proveer la tutela a quien ya es tutor de otro menor de edad, salvo que se trate de hermanos menores de edad o existan causas que lo justifiquen. El criterio que impera en la norma es el de evitar que el magistrado se aparte de la consideración de la idoneidad como requisito esencial para la elección del tutor/es, buscando así lo mejor para los intereses del niño/a o adolescente.

Estas disposiciones equivalen a otras tantas prohibiciones establecidas en este Código y que resultan análogas para bien otorgar la tutela dativa. La norma guarda estrecha relación con la anterior, ya que ambas tienen por finalidad evitar la discrecionalidad del juez en la elección del tutor/es. El bien jurídico protegido en esta norma es la persona del niño/a o adolescente en situación de indefensión. En consecuencia, los operadores intervinientes, y en especial el juez, deben extremar la ponderación de la persona del tutor/es para cumplir con el mandato legal.

ARTÍCULO 109.- ***Tutela especial.*** *Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos:*

a. *cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes; si el representado es un adolescente puede actuar por sí, con asistencia letrada, en cuyo caso el juez puede decidir que no es necesaria la designación del tutor especial;*

b. *cuando los padres no tienen la administración de los bienes de los hijos menores de edad;*
c. *cuando existe oposición de intereses entre diversas personas incapaces que tienen un mismo representante legal, sea padre, madre, tutor o curador; si las personas incapaces son adolescentes, rige lo dispuesto en el inciso a);*
d. *cuando la persona sujeta a tutela hubiera adquirido bienes con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor;*
e. *cuando existe necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción al juez de la tutela y no pueden ser convenientemente administrados por el tutor;*
f. *cuando se requieren conocimientos específicos o particulares para un adecuado ejercicio de la administración por las características propias del bien a administrar;*
g. *cuando existen razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda.*

1. Introducción

En concordancia con la CDN y la ley 26.061, la nueva norma admite, en el inc. a), la posibilidad de que el adolescente pueda actuar por sí mismo, con asistencia letrada, sin la necesidad de designación de un tutor especial. Se reconoce así el principio de capacidad o autonomía progresiva del niño/a para determinados asuntos, teniendo en cuenta la evolución de sus facultades, edad y grado de madurez, entre otras. En ese caso, no es necesaria la designación de un tutor especial, aun cuando hubiere un conflicto de intereses.

En la misma línea, se regula el supuesto de conflicto de intereses entre diversos representados de un mismo representante. Además se prevé la posibilidad de designar un tutor especial cuando medien situaciones de urgencia que lo ameriten, y hasta tanto se tramite la designación del tutor definitivo. El adolescente puede presentarse por sí y con asistencia letrada en virtud del inc. a) del presente artículo y por lo dispuesto en el art. 677 primer párrafo, aplicable por analogía a la institución de la tutela. Con ello se evitará la designación de un tutor especial para que lo represente.

La tutela especial reviste carácter excepcional y está prevista para los supuestos contemplados en este artículo. A diferencia de la tutela general, la tutela especial no tiene como objetivo la representación general, el cuidado de la persona, y la administración de los bienes del niño, sino que es concebida para aquellos asuntos específicos en los cuales se suscita algún conflicto de intereses o de otras circunstancias puntuales que ponen en evidencia la necesidad de designar un tercero imparcial para mejor cumplir con la finalidad protectoria de los intereses del niño. Coexiste con la tutela general o con la responsabilidad parental sin perjuicio de la existencia de conflictos de diversa índole en el cual el tutor especial actuará como representante del niño/a o adolescente.

2. Interpretación

2.1. Nombramiento del tutor especial

El nombramiento del tutor especial es una atribución del juez para designar a aquel o aquellas personas que represente/n al niño/a o adolescente cuando medie un conflicto de intereses entre los representantes y representados o ante cualquier situación específica que requiera la intervención de un tercero.

Infojus

También puede designarlo el juez a pedido del niño/a o adolescente, del Ministerio Público, de los padres, guardador/es, o del tutor general o del curador.

2.2. Interés superior del niño

Se insiste que el principio fundamental transversal a todo el régimen de la tutela es el interés superior del niño y, por ende, el beneficio exclusivo de aquel/aquellos. De ahí que la designación de un tutor especial solo procederá cuando exista una indiscutida conveniencia para la atención de sus intereses.

2.3. Caracteres de la tutela especial

Es excepcional, es dativa, es retributiva; es representativa.

2.4. Oposición de intereses entre el menor y su representante legal

Oposición alude a un interés evidentemente contrario entre el representado y el representante y no a una simple divergencia de criterios. La determinación de si existe o no esa oposición de intereses constituye en definitiva una cuestión de hecho librada a la apreciación judicial. El conflicto debe ser cierto; la incompatibilidad debe existir efectivamente. No basta la mera posibilidad de que pueda llegar a producirse un conflicto.

El art. 109 CCyC menciona dos supuestos de oposición de intereses entre el niño menor de edad representado y sus representantes: son los que el niño/a o adolescente puede llegar a tener con alguno de ellos, ya sean sus progenitores, sus tutor/es, o curador/es (inc. a) o con algún otro niño menor de edad con el que se comparte el representante (inc. c). Si bien la norma no alude al guardador/es, no se encuentra motivo para que, en caso de conflicto entre el guardador y la persona menor de edad, también deba serle designado un tutor especial.

Las oposiciones de intereses no son taxativas sino enunciativas, dado que por el inc. g) se posibilita que, ante situaciones de urgencia, el juez proceda de oficio a la designación de un tutor.

Cuando la tutela especial ha sido motivada por una actitud omisiva/abandónica del progenitor, corresponde que sea este quien cargue con los honorarios del tutor especial.

Cuando haya una omisión parental en solicitar la designación de un tutor especial, no obstante la existencia de intereses contrapuestos, y cuando estos puedan cristalizarse en una reparación de daños, el niño/a o adolescente puede solicitar la nulidad de los actos que se hubieren celebrado sin la intervención del tutor especial.

2.5. Privación de la administración

Los progenitores pueden perder la administración de los bienes de sus hijos menores (art. 109, inc. b, CCyC) en los supuestos previstos en el art. 694 CCyC: por su propia ineptitud, porque sean sujetos de concurso o quiebra, o porque la administración sea ruinosa. Asimismo, los progenitores pierden la administración de los bienes cuando sean privados del ejercicio de la responsabilidad parental. Además, la privación de la administración también procede cuando los niños/as adquieren bienes con la condición de que no sean administrados por su tutor o que deban ser administrados por persona designada específicamente (art. 109, inc. d, CCyC).

2.5. Otros supuestos

La designación de un tutor especial también procede en los siguientes casos: cuando existan bienes fuera de la jurisdicción y, por tanto no puedan ser administrados adecuadamente

por el tutor (inc. e); cuando se requiera la intervención de una persona con conocimientos específicos dada la naturaleza de los bienes a administrar (inc. f); o cuando medien situaciones de urgencia (inc. g).

2.7. Alcance de las funciones del tutor especial

La tutela especial excluye toda injerencia sobre la persona del niño/a o adolescente refiriéndose la norma principalmente a los bienes y a la representación de éstos.

En cuanto a los bienes, la administración puede referirse a la totalidad de ellos, o a algún bien en particular, o a una universalidad de bienes.

2.8. Tutela especial: actos jurídicos

Con relación a esos bienes, el tutor especial representa al niño en los actos jurídicos que deban realizarse. En los casos del inc. a) y c), la representación se refiere a cualquier clase de actos y siempre que se manifieste oposición de intereses.

ARTÍCULO 110.- ***Personas excluidas.*** *No pueden ser tutores las personas:*

a. *que no tienen domicilio en la República;*
b. *quebradas no rehabilitadas;*
c. *que han sido privadas o suspendidas en el ejercicio de la responsabilidad parental, o han sido removidas de la tutela o curatela o apoyo de otra persona incapaz o con capacidad restringida, por causa que les era atribuible;*
d. *que deben ejercer por largo tiempo o plazo indefinido un cargo o comisión fuera del país;*
e. *que no tienen oficio, profesión o modo de vivir conocido, o tienen mala conducta notoria;*
f. *condenadas por delito doloso a penas privativas de la libertad;*
g. *deudoras o acreedoras por sumas considerables respecto de la persona sujeta a tutela;*
h. *que tienen pleitos con quien requiere la designación de un tutor. La prohibición se extiende a su cónyuge, conviviente, padres o hijos;*
i. *que, estando obligadas, omiten la denuncia de los hechos que dan lugar a la apertura de la tutela;*
j. *inhabilitadas, incapaces o con capacidad restringida;*
k. *que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o la madre de quien requiere la tutela, excepto que según el criterio del juez resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente.*

1. Introducción

El Código Civil y Comercial deroga la prohibición para ser tutores de los *"mudos"* y los *"que hubiesen hecho profesión religiosa"*. Si bien el principio general es que no se puede ser tutor de más de una persona, el Código recepta la excepción, para que se desempeñen como tutor de más de una persona, dándose primordial interés a la no separación de los hermanos, o ante razones suficientes que así lo justifiquen.

Se reafirma que la tutela es una institución de resguardo de los intereses de las personas menores de edad en etapa de crecimiento y desarrollo. Por tanto, es el juez quien debe

Infojus

designar al tutor en el beneficio exclusivo de la persona menor de edad, y aun cuando sus progenitores hubiesen excluido expresamente a una persona para el ejercicio del cargo, por el interés del niño y valorando las circunstancias del caso así lo decida.

La tutela es una función confiada a personas físicas. La regla para su ejercicio es la capacidad. Por ende, este artículo establece una serie de inhabilidades para la administración de los bienes del tutelado, que generan la remoción del tutor y la nulidad del acto si son advertidas posteriormente por el juez de la tutela. Entre las inhabilidades mencionadas, podemos advertir algunas de orden ético (incs. c, e, f, i, k), referidas a personas inhabilitadas, personas declaradas incapaces o personas con capacidad restringida (inc. j), por razones que no garantizan una buena administración (incs. a, b y d); o porque medien conflictos de intereses entre los representados y los posibles tutores (incs. g y h). Todos estos supuestos generan una falta de idoneidad en la persona que la convierte en inadecuada para el ejercicio de la tutela.

2. Interpretación

2.1. Incapacidades de orden ético

2.1.1. Privación o suspensión de la responsabilidad parental (inc. c, primera parte)

Las causales de la privación de la responsabilidad parental resultan: ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata; abandonar al hijo, dejándolo en un total estado de desprotección; poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo; o haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo (art. 700, incs. a), b), c) y d) CCyC). Las causales de suspensión de la responsabilidad parental son la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento; el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres (3) años; la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio; la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves (art. 702 CCyC).

Parece lógico que se excluya a aquellos progenitores que han sido privados o suspendidos en el ejercicio de la responsabilidad parental de la posibilidad de ser tutores, ya que si no han desempeñado adecuadamente su función en lo atinente a la responsabilidad parental, es probable que tampoco desempeñen de modo útil la función como tutores. Cabe preguntarse si esta prohibición subsiste una vez que los progenitores han sido restituidos en el ejercicio de la responsabilidad parental.

La privación puede ser dejada sin efecto si se ha demostrado que la restitución se justifica en interés del hijo. En tal caso, por desaparición de la causa que determina el inc. c) de la presente, puede ser superada la exclusión de la negativa a desempeñarse como tutor.

2.1.2. Mala conducta o falta de profesión, oficio o modo conocido de vida (inc. e)

Estos son elementos que de estar presentes configuran la falta de idoneidad, cualidad esencial a reconocer en un tutor para el adecuado ejercicio de la tutela.

2.1.3. Estar condenado a pena privativa de la libertad (inc. f)

Parece comprensible que aquel que ha sido condenado por un delito doloso sea inidóneo para ejercer el cargo de tutor.

2.1.4. Aquellos que han sido removidos de la tutela o curatela de otra persona incapaz por cualquier causa que les era atribuible (inc. c, segunda parte)

Aquella persona que fue removida de la tutela o curatela de otro incapaz no puede ser designada nuevamente como tutor ya que no ha sabido desempeñar anteriormente el cargo encomendado.

2.1.5. No pedir tutor para el menor que no lo tuviere (inc. i)

Aquella persona que no hubiere solicitado oportunamente el discernimiento de la tutela para un pariente que careciere de representación también quedará impedido para ser tutor de dicho menor de edad.

2.2. Personas inhabilitadas, declaradas incapaces o con capacidad restringida

Va de suyo que aquellas personas que cuentan, para su mejor desempeño en las circunstancias de su vida y para la celebración de actos jurídicos válidos, con el auxilio del sistema de representación o del sistema de asistencia o con apoyos para la toma de decisiones, no resultan las adecuadas para desempeñarse como tutores de personas menores de edad.

2.3. Por razones que no garantizan una buena administración

2.3.1. Los que no tienen domicilio en la República (inc. a), o que deben ejercer, por largo tiempo o plazo indefinido, un cargo o comisión fuera del país (inc. d)

Por no tener domicilio en el país o estar ausente del mismo por un tiempo considerable, se reputa dificultoso el normal desenvolvimiento de la tutela.

2.3.2. Los quebrados no rehabilitados (inc. b)

Los concursados o declarados en quiebra no son idóneos para ejercer el cargo de la tutela, ya que muestran una ineptitud para el manejo de bienes y, además, se corre el riesgo de que puedan utilizar los fondos de la tutela para la cancelación de sus propias deudas.

2.4. Intereses contrapuestos

Se evidencia un claro y efectivo conflicto de intereses en los siguientes supuestos:

a. si se tienen pleitos contra el niño/a o adolescente o alguno de sus parientes (inc. h);
b. si se mantienen deudas o créditos con el tutelado siempre y cuando estas sean por sumas considerables (inc. g).

ARTÍCULO 111.- ***Obligados a denunciar.*** *Los parientes obligados a prestar alimentos al niño, niña o adolescente, el guardador o quienes han sido designados tutores por sus padres o éstos les hayan delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, deben denunciar a la autoridad competente que el niño, niña o adolescente no tiene referente adulto que lo proteja, dentro de los diez días de haber conocido esta circunstancia, bajo pena de ser privados de la posibilidad de ser designados tutores y ser responsables de los daños y perjuicios que su omisión de denunciar le ocasione al niño, niña o adolescente.*

Tienen la misma obligación los oficiales públicos encargados del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas y otros funcionarios públicos

Infojus

que, en ejercicio de su cargo, tengan conocimiento de cualquier hecho que dé lugar a la necesidad de la tutela.

El juez debe proveer de oficio lo que corresponda, cuando tenga conocimiento de un hecho que motive la apertura de una tutela.

1. Introducción

La norma pone en cabeza de los parientes con obligación alimentaria, y de los funcionarios públicos que conozcan la situación de ausencia de representante legal de un niño/a o adolescente, la obligación de denunciar dicha situación. Es claro el mandato legal en cuanto afirma la necesidad de los niños en contar con un representante que lo promueva en el ejercicio de sus derechos y peticione con él o para él aquello que sea más conveniente para sus intereses.

El CCyC amplía la obligación de denunciar hacia los guardadores o hacia aquellos en quienes se hubiere delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, incluidos, como se observa, a los progenitores afines. Además, son obligados a denunciar ante el juez competente los funcionarios públicos que conozcan la necesidad de proveerles la debida representación.

Asimismo, al establecerse un plazo para realizar la denuncia —10 días— y no hacerlo, son pasibles de ser sancionados y atribuida su responsabilidad por los daños y perjuicios que la omisión de denuncia ocasione al niño/a o adolescente. La perentoriedad de dicho plazo para denunciar no sólo agiliza el proceso sino que se logra que el niño/a o adolescente resulte el menor tiempo posible expuesto a una situación de desprotección.

El CCyC obliga al juez que conozca esta situación a proveer de oficio todas aquellas medidas que considere adecuadas y necesarias para motivar la apertura de una tutela.

2. Interpretación

2.1. Obligados a denunciar

La norma consagra en aquellas personas, parientes, que deben prestar alimentos, la obligatoriedad de denunciar la falta de un referente adulto para el niño/a. Entre ellos, están obligados, preferentemente, los más próximos en grado, y los hermanos bilaterales y unilaterales. También se establecen como sujetos obligados a denunciar dicha situación de vida del niño/a al guardador o a aquellos en quien se hubiese delegado el ejercicio de la responsabilidad parental, como pueden resultar los progenitores afines.

La obligación de denuncia se extiende también al Ministerio Público y a los funcionarios públicos que, en ejercicio de su cargo, pudieran conocer situaciones que dieran lugar a la tutela.

2.2. Plazo

Se establece un plazo de 10 días desde que se conocieron las circunstancias para que los "obligados" lleven a cabo la denuncia. De esta manera, se pretende poner en rápido conocimiento del juez la situación de desprotección del niño/a o adolescente, y otorgarle en breve plazo la representación que les cabe por mandato de la ley, para que así ejerzan aquellos actos que requieran igualdad de condiciones respecto de los adultos que no necesitan de representación.

2.3. Sanciones

La falta de denuncia en el plazo determinado —10 días— resultará para los "obligados", en la privación de la posibilidad de ser designado/s como tutor/es, atribuyéndoseles la responsabilidad por los daños y perjuicios que su omisión de denuncia le hubieren ocasionado al niño/a. El propósito de estas sanciones aplicables a los adultos obligados a denunciar se traduce en la exclusión de ser futuros tutores. Ello porque estos adultos parientes o los progenitores afines y funcionarios públicos han actuado en forma omisiva, negligente e irresponsable al silenciar la situación de indefensión del niño en orden al ejercicio de sus derechos, privándolo del cuidado necesario.

2.4. Juez competente

Es juez competente para intervenir en la denuncia aquel del centro de vida del niño/a o adolescente. Se entiende por tal *"el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia"* (ley 26.061).

Parágrafo 2°
Discernimiento de la tutela

ARTÍCULO 112.- ***Discernimiento judicial. Competencia.*** *La tutela es siempre discernida judicialmente. Para el discernimiento de la tutela es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida.*

1. Introducción

Tratándose la tutela de una institución del derecho de familia, el procedimiento a seguir para la designación de tutor por sentencia judicial coincide con los procesos relativos a los de reconocimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, de ahí que se encuentren modificadas las reglas de competencia para el inicio del proceso resultando en la actualidad como juez competente el del centro de vida del niño, niña y adolescente, y no el del último domicilio de los padres. Ello, de conformidad con el art. 716 CCyC.

El discernimiento de la tutela es el acto jurisdiccional por medio del cual se coloca al tutor designado en posesión de su cargo. La tutela, al tratarse de una institución pública, está sujeta a controles judiciales; por ende, el discernimiento judicial debe ser cumplido en todas las clases de tutela.

2. Interpretación

2.1. Pautas sobre el discernimiento

2.1.1. Juez competente

El discernimiento debe ser otorgado por juez competente. El juez competente para la tutela es el del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida. Se entiende por centro de vida *"el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia"* (ley 26.061).

2.1.2. Entrega de los bienes del niño o adolescente

Una vez discernida la tutela, podrá procederse a la entrega de los bienes del niño/a, previo inventario y avalúo de aquellos.

Infojus

2.1.3. Actos anteriores al discernimiento de la tutela

El discernimiento judicial de la tutela importa la confirmación de todos los actos realizados por el tutor con anterioridad al discernimiento, e importa la ratificación de todo aquello actuado por el tutor.

2.1.4. Forma del discernimiento

El discernimiento se confiere en el expediente judicial donde tramita la tutela con posterioridad a la sentencia judicial que ha designado a una persona idónea como tutor. El discernimiento es el juramento que realiza el tutor ante el juez para desempeñar fielmente el cometido encargado en legal forma y de acuerdo al mandato de la ley. A partir del discernimiento, el tutor entra en posesión del cargo de tutor.

A fin de acreditar la condición de tutor, es necesario otorgarle un testimonio de la sentencia judicial que lo nombró como tal y del juramento que ha prestado ante el juez de la tutela.

2.1.5. Impugnación del discernimiento

La designación y el discernimiento deben ser objetados en el tiempo de su realización; en caso contrario, se tendrá por consentida dicha designación.

Los niños/as y adolescentes pueden observar la designación y el discernimiento de la tutela con la intervención del Ministerio Público. Para el caso del adolescente, puede impugnar la designación por sí y con asistencia letrada. Si en cambio se trata de un niño, debe el Ministerio Público hacerse cargo de la objeción expresada y realizar el planteo recursivo ante el juez competente.

ARTÍCULO 113.- ***Audiencia con la persona menor de edad.*** *Para el discernimiento de la tutela, y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe:*

a. *oír previamente al niño, niña o adolescente;*
b. *tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez;*
c. *decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.*

1. Introducción

El CCyC otorga el rol central y protagónico al niño/a o adolescente. En el derogado, el tutor tomaba las decisiones sin atender a los deseos y opiniones del niño. El tutor tenía la exclusiva iniciativa para proponer y ejecutar aquellos actos que consideraba convenientes para el mejor ejercicio de la tutela. En este artículo, es el niño/a el que tiene que ser escuchado y cuyas manifestaciones tienen que ser tenidas en cuenta por el juez, según su edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio sobre las cuestiones que le atañen. De esta forma, se incorpora el principio de capacidad progresiva (art. 5° CDN).

El tutor es, en principio, el que llevará a cabo los trabajos de gestión de índole patrimonial. Toda la actuación del tutor representante tiene que ser en consonancia con la normativa de la responsabilidad parental.

Para el discernimiento de la tutela y cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, deben aplicarse los principios establecidos para los procesos de familia. Es aplicable al proceso de tutela el art. 707 CCyC, que coincide con lo establecido en la presente normativa.

2. Interpretación

2.1. Principios aplicables

El artículo remite a los principios generales de la responsabilidad parental y el juez debe regirse por aquellos. Es decir, el interés superior del niño, la autonomía progresiva del niño, y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Se entiende que el interés superior del niño es *"la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos..."* (ley 26.061). Es comprensivo entonces del reconocimiento y condición del niño/a como sujeto de derecho, del respeto a su pleno desarrollo personal, de sus derechos a un medio familiar, social y cultural. Ante cualquier conflicto de derechos que pueda suscitarse con la aplicación de esta norma, prevalecerán los intereses del niño/a por sobre los demás.

2.1.1. Derecho a ser oído

Es la afirmación legal de que el niño/a o adolescente participe y exprese libremente su opinión en los asuntos que les conciernan en cualquiera de los ámbitos en que se desenvuelvan (art. 24 de la ley 26.061 y art. 12 CDN). El juez, para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, debe tener en cuenta estos preceptos y hacerlos efectivos.

2.1.2. Capacidad progresiva

Las opiniones de los niño/as o adolescentes deben ser tenidas en cuenta conforme a su madurez y grado de desarrollo. Esto resulta de la CDN: *"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"* y del art. 26 de la ley 26.061.

2.1.3. Decisiones respecto a la salud del niño

En esta institución de la tutela, el CCyC centra su atención en la persona y en los derechos del niño, interesándose por sus competencias y habilidades para el ejercicio de sus derechos. El tutor debe respetar y promover la autonomía del tutelado en el sentido que, a partir de los 13 años, se presume que el adolescente tiene la aptitud para decidir por sí cuestiones respecto a su salud y a su propio cuerpo (art. 26 CCyC).

Puede decidir sobre aquellos tratamientos que no le resulten invasivos ni que comprometan su estado de salud, o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física.

A partir de los 16 años, es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, y podrá, respecto de ello, decidir por sí solo —sin la autorización de su tutor— aun cuando se encuentre bajo el régimen de tutela.

Ahora bien, si el niño/a o adolescente debe someterse a tratamientos invasivos debe prestar su consentimiento con la asistencia de su tutor. En este particular caso, ante un conflicto entre ambos, el adolescente con madurez suficiente puede designar su propia asistencia letrada. Como pauta de interpretación, el conflicto se resuelve teniendo en cuenta el interés superior del niño/a o adolescente con sustento en la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

ARTÍCULO 114.- ***Actos anteriores al discernimiento de la tutela.*** *Los actos del tutor anteriores al discernimiento de la tutela quedan confirmados por el nombramiento, si de ello no resulta perjuicio para el niño, niña o adolescente.*

1. Introducción

El contenido del artículo que presume la validez de los actos aún sin el cumplimiento de las formas, refleja la humanización de esta institución subsidiaria y legal al remitirla a los principios generales de la responsabilidad parental.

El discernimiento es el juramento ante el órgano judicial realizado por el tutor en forma consecutiva a la designación, y es el acto a través del cual se pone al designado como tutor en posesión del cargo. A partir de ese momento, el tutor se encuentra autorizado para ejercer sus funciones. Es el poder que el juez confiere al tutor para que lleve a cabo sus funciones y gestione los intereses del niño/a o adolescente tutelado.

Si el discernimiento es el acto que habilita para el desempeño del cargo, quien no haya sido formalmente puesto en funciones —se encuentre en posesión del cargo— pero ha sido designado/nombrado por el juez pudo haber realizado ciertos actos con anterioridad a su juramento y a la efectiva posesión del cargo.

Estos actos quedan, de acuerdo al texto legal, confirmados por el solo hecho de la designación, si de ello no resulta perjuicio alguno para el niño/a o adolescente, siempre con el contralor del Ministerio Público, quien actúa como salvaguarda de los intereses del niño/a representado y su actuación en este supuesto es principal (art. 103 CCyC). Dichos actos jurídicos resultan válidos y producen los efectos jurídicos propios de su realización.

2. Interpretación

La norma establece la validez de los actos realizados por el tutor anteriores al discernimiento y posesión del cargo, y quedan confirmados si de ello no resulta perjuicio para el niño/a o adolescente. No obstante la presunción de validez que la norma otorga a los actos anteriores al discernimiento de la tutela, si son perjudiciales, podrá peticionarse su nulidad por el Ministerio Público, el propio tutelado o cualquier interesado, excepto por la parte que invoque su propia torpeza.

También podrá presentarse el adolescente tutelado con asistencia letrada para impugnar la validez de los actos que le resultan disvaliosos para sus intereses patrimoniales. Por lo demás, a petición del Ministerio Público o de oficio por el juez, puede designarse un tutor especial para que evalúe sobre la conveniencia o no de los actos realizados por el tutor general.

ARTÍCULO 115.- ***Inventario y avalúo.*** *Discernida la tutela, los bienes del tutelado deben ser entregados al tutor, previo inventario y avalúo que realiza quien el juez designa.*

Si el tutor tiene un crédito contra la persona sujeta a tutela, debe hacerlo constar en el inventario; si no lo hace, no puede reclamarlo luego, excepto que al omitirlo haya ignorado su existencia.

Hasta tanto se haga el inventario, el tutor sólo puede tomar las medidas que sean urgentes y necesarias.

Los bienes que el niño, niña o adolescente adquiera por sucesión u otro título deben inventariarse y tasarse de la misma forma.

1. Introducción

El CCyC mantiene idéntico criterio que el CC sobre la necesidad de la realización de un inventario y avalúo como mecanismo de individualización de los bienes del tutelado y como condición previa a su entrega, cumpliéndose así una función protectora y garantizadora de su patrimonio.

De esta manera, se busca proteger al niño/a de posibles sustracciones por parte del tutor; y, además, determinar el ámbito de actuación del tutor sobre el cual deberá recaer su administración y sobre el cual ha de rendir debida cuenta. Hasta tanto no se realice el inventario, el tutor solo puede tomar medidas conservatorias y de urgencia. Todos los bienes que el niño/a adquiera por sucesión u otro título también están sujetos a las mismas solemnidades. Asimismo, el tutor o tutores deberá dejar constancia al confeccionarse el inventario si posee algún crédito contra el tutelado.

2. Interpretación

2.1. Designación y plazo para el inventario

El juez es quien debe requerir la confección del inventario y fijar el plazo para su realización. Hasta tanto no se lo realice, el tutor solo puede tomar aquellas medidas conservatorias y de urgencia sobre los bienes del patrimonio del niño/a. El concepto de bienes abarca tanto las cosas muebles como las inmuebles.

2.2. Omisión del inventario

Hasta tanto no se realice el inventario, el juez no puede poner al tutor en posesión de los bienes del niño/a o adolescente. La falta de confección del inventario por parte del tutor es considerada como una causal de su remoción (art. 136, inc. b, CCyC).

2.3. Avalúo

La tasación debe ser llevada a cabo por un perito tasador designado por el juez, que está sujeto a las mismas formalidades que el inventariador. Las condiciones del tasador dependen de la naturaleza de los bienes sujetos a la valuación.

2.4. Bienes ingresados por sucesión u otro título

Estos bienes ingresan al patrimonio del tutelado con posterioridad a la celebración del inventario inicial y, por tanto, deben ser objeto de un inventario ulterior que debe cumplir con las mismas solemnidades que el primero. El tutor debe solicitarlo al juez ya que, de no hacerlo, puede ser removido de su cargo. El juez de la tutela fija el plazo para su realización.

2.5. Oportunidad de efectuar la denuncia de créditos

La oportunidad para realizar la denuncia de créditos que pueda tener el tutor contra el niño/a o adolescente es al momento de realizarse el inventario. Estos créditos no pueden exceder cantidades razonables; de otro modo, se está ante una causal de exclusión para ser designado como tutor (art. 110, inc. g, CCyC).

2.6. Sanción por la falta de denuncia

En el supuesto de que el tutor omitiere denunciar la existencia de un crédito contra su tutelado al realizar el inventario, no puede hacerlo posteriormente. Por tanto, la omisión

Infojus

de la denuncia en la oportunidad mencionada acarrea la caducidad del crédito existente, siempre y cuando este fuere conocido por el tutor al momento de realizar el inventario. También se puede evaluar la posible remoción en el ejercicio de la tutela.

ARTÍCULO 116.- ***Rendición de cuentas.*** *Si el tutor sucede a alguno de los padres o a otro tutor anterior, debe pedir inmediatamente, al sustituido o a sus herederos, rendición judicial de cuentas y entrega de los bienes del tutelado.*

1. Introducción

Se mantiene el criterio del CC acerca de la necesidad que el nuevo tutor exija al anterior/es la rendición judicial de cuentas y la entrega inmediata de los bienes, para fiscalizar tal actuación, lograr la continuidad de la administración, y evitarle mayores perjuicios al niño/a o adolescente.

2. Interpretación

2.1. Obligaciones del nuevo tutor

Constituyen obligaciones del nuevo tutor instar a los padres, tutores o herederos a quienes ha sustituido a realizar en tiempo y forma la rendición de las cuentas de su administración, y la entrega inmediata de los bienes que conforman el patrimonio de la persona menor de edad. El fin de esta medida es comprobar la transparencia de la gestión anterior y establecer el ámbito de actuación y la responsabilidad del nuevo tutor.

2.2. Incumplimiento de las obligaciones

El incumplimiento de estas obligaciones por parte del nuevo tutor le acarrea la responsabilidad por los daños que por su omisión se causen al niño/a o adolescente (art. 118 CCyC).

Parágrafo 3°

Ejercicio de la tutela

ARTÍCULO 117.- ***Ejercicio.*** *Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.*

1. Introducción

El CCyC circunscribe la actuación del tutor al ámbito patrimonial dejando todas aquellas cuestiones vinculadas a los derechos personalísimos del niño/a o adolescente a su propia decisión.

La reforma introduce el respeto y el reconocimiento como sujeto de derechos del tutelado ya que la obligación del tutor es favorecer la autonomía y la toma de decisiones del niño/a o adolescente en las cuestiones que le atañen, teniendo en cuenta su edad, grado de madurez y la naturaleza de los actos que en su exclusivo beneficio deben disponerse por parte del tutor. En la primera edad de un niño existe mayor representación del

tutor/es o guardadores, consolidándose en la adolescencia la celebración por parte de éste de distintos actos jurídicos que podrá realizar por sí solo o con el asentimiento de su tutor.

El CC excluía al tutelado de cualquier toma de decisiones. Se establecía que *"todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad"* (art. 411 CC). Se establece, por tanto, una nueva modalidad de vinculación tutor-tutelado.

2. Interpretación

El tutor es el representante del niño/a o adolescente en todos aquellos actos de carácter patrimonial que puedan presentarse. Esta representación es otorgada en virtud de la ley y es imprescindible dado que el niño como sujeto en vías de desarrollo, aún no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil. Además, la representación del tutor o de los tutores tiene varias salvaguardas, ya que los actos de la tutela deben ser aprobados judicialmente y el Ministerio Público con su actuación interviene como contralor o salvaguarda. El tutor es el encargado de la gestión/administración de los bienes del tutelado, y se aplican en lo pertinente las disposiciones de la responsabilidad parental.

El tutor o guardador es el representante necesario en todos los actos que el tutelado no puede realizar por sí mismo. El ejercicio de esta función importa que el tutor/es, guardador/es realiza actos civiles en nombre del tutelado atendiendo particularmente los principios que surgen del art. 639 CCyC, es decir, teniendo en cuenta su interés superior, su autonomía progresiva, y el derecho a ser oído. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Debe entenderse que disminuye la representación legal de los tutores, o guardadores, según la finalidad prescripta en la norma mencionada y asimilable a la que se comenta.

Asimismo, el tutor puede delegar a un tercero idóneo el ejercicio de la guarda, en virtud del interés del tutelado y por razones suficientemente justificadas. El acuerdo con la persona que acepta la delegación de la guarda —algún pariente del tutelado, el progenitor afín o un allegado afectivo para el niño—, debe ser homologado judicialmente por el juez de la tutela debiendo oírse al niño.

Conforme lo establecido en los arts. 555 y 556 CCyC, el tutor debe favorecer el derecho a la comunicación del tutelado con sus parientes, hermanos y otras personas que justifiquen un interés afectivo legítimo.

Tratándose de un niño de edad menor a los 13 años de edad (art. 25 CCyC), es el tutor quien debe representarlo para adquirir la vivienda propia como también obtener las rentas, pagar los gastos de subsistencia, de educación, y de crianza. Asimismo, a los efectos de disponer de bienes del tutelado, el tutor pendiente la niñez, debe solicitar autorización judicial con el debido contralor del Ministerio Pupilar.

Sin perjuicio de los actos patrimoniales que el niño no puede realizar por sí, cabe destacar que la ley ha reservado la obligatoriedad del juez de entrevistarse con los niños de 10 años, a fin de que presten su consentimiento en el procedimiento de su propia adopción.

Asimismo, el niño también adquiere, voluntariamente, una relación de poder sobre una cosa a partir de los 10 años (art. 1922 CCyC).

Dado que la ley establece una nueva modalidad de vinculación entre el tutor y el niño a su cargo —en clave convencional, porque atiende la escucha del niño/a o adolescente,

establece con ellos un diálogo para las decisiones de la vida cotidiana, y promueve la reflexión conjunta—, ningún óbice resulta el reconocimiento de los contratos que a diario realice el tutelado como, por ejemplo, adquirir productos alimenticios por el sistema de *delivery*, el uso de internet con la apertura de casillas de correo electrónico, y la obtención de un usuario en las redes sociales, entendiéndose que cuenta con la autorización de su tutor para realizar estas contrataciones, sin perjuicio de la responsabilidad que le cabe al tutor ante eventuales reclamos de los cuales deberá hacerse cargo.

ARTÍCULO 118.- ***Responsabilidad.*** *El tutor es responsable del daño causado al tutelado por su culpa, por acción u omisión, en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. El tutelado, cualquiera de sus parientes, o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio.*

1. Introducción

Se mantiene la atribución de la responsabilidad hacia el tutor por el perjuicio que le cause a la persona menor de edad a raíz de haber incumplido los deberes y obligaciones a su cargo en el ejercicio y ocasión de sus funciones. También es responsable de los excesos y abusos del mandato conferido que pudieran suscitarse sobre actos de cualquier naturaleza que causen daño a la persona o al patrimonio del tutelado.

La ley legitima tanto al tutelado como a sus parientes o al Ministerio Público a solicitar al juez todas aquellas medidas que consideren adecuadas para subsanar la situación. Incluso, se autoriza al juez a adoptar estas medidas de oficio.

2. Interpretación

2.1. Daños causados por el tutor

El tutor es responsable de todos aquellos daños de índole patrimonial o extrapatrimonial que se causaren al niño en el ejercicio y en ocasión de sus funciones. Esto tiene su fundamento en que la institución de la tutela tiene un fin tuitivo de la persona y de los bienes del niño, favoreciendo su autonomía y desarrollo; por tanto, resulta lógico considerar responsable a aquel tutor que, con su actuación, ocasione daños físicos, psíquicos o patrimoniales al niño/a o adolescente. El tutor tiene una obligación de medios, por lo que el factor de atribución de la responsabilidad es subjetivo.

Es decir, el desempeño del tutor en el patrimonio de su representado se encuentra limitado a los actos de administración principalmente, por tanto, el tutor es responsable civilmente por los daños y perjuicios derivados de la falta de cumplimiento de sus deberes. La administración se ejerce bajo la responsabilidad del tutor/es, previo inventario y avalúo. Los actos de administración son los ordinarios, ya que para la realización de los actos de administración extraordinaria es necesaria la autorización judicial y la intervención del Ministerio Público.

El tutor debe requerir autorización del juez de la tutela para la enajenación de los bienes muebles o inmuebles del tutelado. Entonces, el abuso o exceso del tutor en el ejercicio de su cargo puede ser de índole variada y comprender actos de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial.

Por tratarse de un cargo sujeto a control judicial y con intervención del Ministerio Público, es explicable que en cualquier momento el tutelado, o sus parientes, puedan pedir judicialmente las providencias necesarias para remediar el abuso o el exceso en el ejercicio del mandato, y se le atribuya la consiguiente responsabilidad por el mal desempeño de la función o el daño que ha ocasionado a su tutelado.

2.2. Legitimados

El niño/a o adolescente, y cualquiera de sus parientes, están legitimados para solicitarle al juez la adopción de las medidas que crean necesarias para remediar la incuria del tutor. También el Ministerio Público está legitimado para hacerlo: la tutela es un cargo público sujeto a control. Asimismo, el juez podrá aplicar de oficio aquellas medidas que considere óptimas para remediar la situación del niño menor de edad.

2.3. Suspensión y remoción del tutor

Cuando la actuación del tutor sea perjudicial para el bienestar del niño/a o adolescente, y le cause daños en su persona o en sus bienes, se podrá proceder a la suspensión o remoción del tutoren concordancia con lo establecido para los progenitores en el Capítulo que regula la responsabilidad parental (arts. 700 a 703 CCyC). El juez podrá designar a un tutor provisorio mientras dure el proceso de remoción del tutor que haya causado los daños al niño/a o adolescente.

El tutor no puede, ni con autorización judicial, celebrar con el pupilo los actos prohibidos a los progenitores respecto de sus hijos menores de edad.

2.4. Responsabilidad por los daños ocasionados por el tutelado

Por el art. 1756 CCyC, los tutores y los curadores son responsables, como los padres, por el daño causado de quienes están a su cargo. Sin embargo, se liberan si acreditan que les ha sido imposible evitar el daño. Tal imposibilidad no resulta de la mera circunstancia de haber sucedido el hecho fuera de su presencia.

ARTÍCULO 119.- ***Educación y alimentos.*** *El juez debe fijar las sumas requeridas para la educación y alimentos del niño, niña o adolescente, ponderando la cuantía de sus bienes y la renta que producen, sin perjuicio de su adecuación conforme a las circunstancias.*

Si los recursos de la persona sujeta a tutela no son suficientes para atender a su cuidado y educación, el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos.

1. Introducción

El CCyC regula con detenimiento el modo en que se satisface la obligación alimentaria del tutelado cuyos derechos —a ser respetado, a tener una vida digna, a encontrarse instalado en una familia— no pueden ser soslayados ni estar sujetos a la improvisación. De ahí que el tutor deba presentar al juez un plan anual de los gastos a realizar para el niño/a y de ser insuficientes, prever la posibilidad en deducir las acciones correspondientes para obtenerlos de sus parientes próximos en grado, los hermanos bilaterales y unilaterales. Se tiene en cuenta la cuantía del patrimonio de los obligados como también las cargas familiares de cada uno de ellos.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Determinación judicial de una suma anual para la educación y subsistencia del niño, niña o adolescente

Se debe fijar judicialmente una suma anual destinada a satisfacer los derechos del niño/a y adolescente a una vida digna, atendiendo las necesidades integrales de las personas menores de edad en tutela. Debe tenerse en cuenta para ello los mismos principios y reglas que se establecen en este Código para los hijos cuyos padres son los responsables de la crianza y educación integral. La suma anual debe comprender los ingentes requerimientos del niño/a o adolescente para alimentación, educación en derechos, capacitación, atención a sus habilidades, aptitudes y fortalezas, teniendo en cuenta sus preferencias, puntos de vista y opiniones considerando su superior interés.

La suma debe comprender la cobertura de salud, la locación o el gasto de manutención de la vivienda, vestuario, las actividades educativas curriculares y extracurriculares, las deportivas que debe llevar a cabo el niño/a, y las de otra índole que fueran adecuadas para su formación integral.

Esta suma debe determinarse de acuerdo a las necesidades de la persona menor de edad y a la renta de los bienes que posee. Sin embargo, teniéndose en cuenta la especial naturaleza de la obligación alimentaria en tanto circunstancial y variable —como la vida cotidiana y dinámica del niño en desarrollo— el juez puede modificar la suma establecida originalmente atendiendo a las modificaciones de situaciones ulteriores y sobrevinientes en la vida del niño/a o adolescente. Debe estarse a la amplitud de las reglas establecidas con respecto a los deberes de los progenitores y al contenido de la obligación alimentaria establecida en el Código (arts. 658 y 659 CCyC).

2.2. Acciones judiciales deducibles para la prestación de alimentos

En el supuesto que los recursos económicos del niño/a o adolescente sean insuficientes para atender las expensas de la subsistencia, es decir, alimentos de boca propiamente dichos, educación, salud, vivienda y esparcimiento, el tutor puede demandar los alimentos a los parientes del niño/a obligados a prestarlos.

Entre ellos, están obligados preferentemente, los más próximos en grado, los ascendientes abuelos y los hermanos bilaterales y unilaterales, conforme lo dispuesto por el art. 537 CCyC.

Es decir la cuantificación de la suma destinada para los alimentos de la persona tutelada a prestarse por los parientes se relaciona con los siguientes presupuestos: a) cuál de los parientes obligados está en mejores condiciones para sufragarlos, b) si son varios los que están en condiciones, deben sufragarlos por partes iguales entre todos ellos, c) el juez puede fijar cuotas diferentes según la cuantía de los bienes y las cargas familiares de cada obligado.

Es obligación del tutor interponer pretensiones contra los parientes a quienes la ley impone prestación alimentaria.

ARTÍCULO 120.- ***Actos prohibidos.*** *Quien ejerce la tutela no puede, ni con autorización judicial, celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad.*

Antes de aprobada judicialmente la cuenta final, el tutor no puede celebrar contrato alguno con el pupilo, aunque haya cesado la incapacidad.

1. Introducción

El desempeño del o los tutores como administradores de los bienes de las personas menores de edad —a quienes deben promoverles la mayor autonomía posible para su desarrollo integral y para la toma de sus propias decisiones—, debe realizarse con el máximo nivel de claridad, de contralor judicial, y con apego a todas las garantías que la ley ha otorgado a la persona menor de edad que no tiene progenitores.

La norma nos remite al Título VII, Responsabilidad parental, del Libro Segundo, para establecer cuáles son los actos prohibidos para el tutor con respecto al niño/a o adolescente a quien representa. Se instituye un marcado paralelismo entre ambas instituciones a lo largo de todo el Código procurando resaltar la importancia de una actuación por el tutor dirigida a acompañar al niño/a o adolescente en su etapa de crecimiento, apoyándolo en el ejercicio de su autonomía, dotándolo de una educación en derechos y haciéndolo participar en los asuntos que le conciernen de acuerdo a su edad y grado de madurez. La representación del tutor será proporcional a la gradualidad de las competencias que el niño muestre en cada una de las etapas de la vida por las que transcurre hasta alcanzar la plena capacidad a los 18 años. Además, y en la óptica del desempeño de la tutela conforme a las reglas de la responsabilidad parental, los actos que se celebren en exclusivo beneficio del tutelado deben resultarle necesarios, convenientes y ventajosos. Por esta razón, la ley al respecto es escrupulosa y limita la discrecionalidad del tutor en la realización de determinados actos, que además le son prohibidos aun cuando indebidamente hubieran sido autorizados por la autoridad judicial.

2. Interpretación

2.1. Actos prohibidos al tutor e inhabilidades especiales para otorgarlos

El principio general que rige en esta materia es que el tutor no puede realizar, con el niño/a o adolescente que este bajo su protección, ningún tipo de contrato. La prohibición de contratar se extiende incluso hasta tanto el juez de la tutela no apruebe la rendición final de cuentas presentada por el tutor, aun cuando el niño/a o adolescente hubiere alcanzado la mayoría de edad.

Además, se remite al art. 689 CCyC en el que se establece que *los progenitores "No pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros".*

Por tanto, el tutor no puede realizar ninguno de estos actos respecto del niño/a o adolescente a quien representa. Con la remisión a esta norma, se procura evitar que se genere una colisión entre los intereses del tutor y los del niño/a o adolescente; que se exponga al tutelado a un riesgo inútil, ya que no le aprovechará ningún beneficio; o que el tutor, valiéndose de su posición, celebre contratos que lo beneficien a él en desmedro de la persona menor de edad a su cuidado.

Asimismo, es prohibido al tutor y al curador celebrar contrato de comodato respecto de los bienes de las personas incapaces o con capacidad restringida (art. 1535, inc. a) CCyC) .

Le es prohibido contratar por interés propio o ajeno, o por interpósita persona, respecto de los bienes cuya administración/enajenación se le ha confiado judicialmente pendiente

Infojus

el desempeño de la tutela. Otra inhabilidad especial o incapacidad de derecho que tiene el tutor de una persona menor de edad, y también el curador de una persona declarada excepcionalmente incapaz, es la de recibir donaciones de las personas que son o han sido representadas por ellos antes de la rendición de cuentas o del cese de la curatela y del pago de cualquier suma de dinero que hayan quedado adeudándoles.

Por el art. 1646 CCyC, los tutores, y tampoco los guardadores, no pueden hacer transacciones —les es vedado también a los padres, y a los curadores— respecto de las cuentas de su gestión, ni aun con autorización judicial.

En materia de inhabilidades especiales (art. 2482, inc. a, CCyC) el tutor es una persona que no puede suceder por testamento a la persona tutelada si esta muere pendiente el ejercicio de la tutela y antes de haber sido aprobadas las cuentas definitivas de la administración.

ARTÍCULO 121.- ***Actos que requieren autorización judicial.*** *Además de los actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial, el tutor debe requerirla para los siguientes:*

a. *adquirir inmuebles o cualquier bien que no sea útil para satisfacer los requerimientos alimentarios del tutelado;*
b. *prestar dinero de su tutelado. La autorización sólo debe ser concedida si existen garantías reales suficientes;*
c. *dar en locación los bienes del tutelado o celebrar contratos con finalidad análoga por plazo superior a tres años. En todos los casos, estos contratos concluyen cuando el tutelado alcanza la mayoría de edad;*
d. *tomar en locación inmuebles que no sean la casa habitación;*
e. *contraer deudas, repudiar herencias o donaciones, hacer transacciones y remitir créditos aunque el deudor sea insolvente;*
f. *hacer gastos extraordinarios que no sean de reparación o conservación de los bienes;*
g. *realizar todos aquellos actos en los que los parientes del tutor dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, o sus socios o amigos íntimos están directa o indirectamente interesados.*

1. Introducción

El Código extiende la necesidad de autorización judicial a todos aquellos actos para los cuales los progenitores también la requieren, es decir, para realizar cualquier acto de disposición sobre los bienes de los hijos conforme a lo establecido en el art. 692 CCyC: *"Se necesita autorización judicial para disponer los bienes del hijo"*; siendo los mismos pasibles de nulidad cuando causaren un perjuicio al niño/a o adolescente. Además, en este artículo se suprime el tratamiento de las sociedades, pasando a tratarse exclusivamente en los arts. 126 y 127 CCyC. El art. 443, inc. 1 CCyC regula la necesidad de solicitar autorización judicial para poder llevar a cabo cualquier tipo de acto de disposición.

Asimismo, el CCyC reduce de 5 a 3 años el plazo para dar en locación los bienes del menor de edad, sin que sea necesaria una autorización judicial cuando el plazo sea inferior a los 3 años. Se busca, de esta manera, aumentar el control judicial sobre aquellos actos que, por ser de mayor duración, puedan repercutir en el patrimonio del niño/a o adolescente de manera negativa.

Es de mayor importancia destacar, como significado de la reforma, que la tutela y la gestión del patrimonio del tutelado debe hacerse conforme al art. 707 CCyC, que expresa: los niños/as 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". Tan es así que el adolescente por no haber sido escuchado y no compartir los actos realizados por el tutor, una vez suscitado un conflicto de intereses entre ambos, puede presentarse al juez de la tutela por sí y con asistencia letrada y reclamar para sí (art. 109, inc. a, CCyC). Por esta razón y para evitarse el tutor los reclamos y acciones que pudieran plantearse por el adolescente (art. 680 CCyC), es menester que se cumpla con la manda legal (art. 707 CCyC).

Los actos enunciados en este artículo son, en su gran mayoría, actos de disposición y, por tanto, van a requerir siempre de autorización judicial para ser realizados. Su fundamento radica en que, por ser actos de tal naturaleza —disposición—, son susceptibles de comprometer el patrimonio del niño/a o adolescente. Asimismo, hay ciertos actos de administración importantes que también requieren de autorización judicial para poder ser ejecutados.

La enumeración realizada es de carácter meramente enunciativo; también requieren autorización del juez de la tutela todos aquellos actos para los cuales los progenitores necesitan autorización judicial.

2. Interpretación

2.1. Sanción

La falta de autorización judicial puede acarrear la nulidad relativa del acto si perjudicare al tutelado (arts. 388 y 692 CCyC). No obstante, el acto puede ser posteriormente confirmado por el niño/a o adolescente cuando alcance la mayoría de edad, toda vez que las nulidades han sido instituidas en su exclusivo beneficio (art. 388, CCyC última parte).

2.2. Compra de inmuebles u otros bienes

El tutor necesita autorización judicial para la adquisición de inmuebles o cualquier otro tipo de bienes que no sean útiles para satisfacer los requerimientos alimentarios del tutelado. Ello sin perjuicio de la autorización judicial que requieren tanto el tutor como los padres para la celebración de los actos de disposición regulados por el art. 692 CCyC.

El juez de la tutela, con carácter previo al otorgamiento de la autorización, debe contar con una o más tasaciones del bien. Estas —si se trata de inmuebles— pueden ser confeccionadas por profesionales arquitectos, ingenieros, corredores inmobiliarios, martilleros y/o las empresas inmobiliarias de reconocida trayectoria en el mercado y/o por profesionales de empresas desarrolladoras de emprendimientos inmobiliarios de trayectoria en el mercado local.

Actualmente, para demostrarle al juez de la tutela la conveniencia de la inversión para la compraventa de inmuebles o muebles registrables con dinero del tutelado, no debería agotarse la prueba con la sola tasación, sino que esta puede ser acompañada por otros indicadores e información específica que traigan certeza a la conveniencia de la operación. No se trata de demostrar el valor o el precio por el que se adquiere o se enajena un inmueble, sino cuál será el sentido de la inversión (si es rentable para el tutelado, o si lo podrá mantener con sus propios ingresos derivados de otras rentas). De otro lado, si los gastos de mantenimiento del bien son elevados, debe indicarse cómo se resuelve el impacto de los nuevos gastos en el giro normal del patrimonio. Debe demostrarse que el inmueble es de fácil ubicación locativa en el mercado, y cuál es el valor de reventa a corto

Infojus

y a largo plazo. Si, por ejemplo, se tratase de la compra de una cochera, aun cuando el precio resulte conveniente, es necesario comprobar el monto de los gastos de expensas e impuestos de ese bien, dado que ello incidirá en menos sobre el canon locativo que pudiera obtenerse. Asimismo, resultará prudente, según la edad y grado de madurez suficiente del joven para quien invierte el tutor al adquirirse un bien, que se tenga en cuenta su opinión y darle explicación cierta sobre la gestión de los negocios que se está realizando para sus intereses.

No debe olvidarse que el plazo de la adolescencia, para el Código, va de los 13 a los 18 años (art. 25 CCyC) Entonces, no quedan dudas sobre el alcance de cualquier inversión que se realice con fondos, dinero u otros bienes del joven en su exclusivo beneficio, dado que en muy poco tiempo deberá ser administrado y gestionado por él. Es conveniente entonces, siempre que este cuente con la madurez suficiente, escucharlo, traerle a su consideración una explicación sobre la probidad del negocio, reflexionando sobre la necesidad, y conveniencia en realizarlo (art. 707 CCyC). Ni al CC, ni a la jurisprudencia les resultaba adecuada la participación dominial de la persona menor de edad en un bien inmueble adquirido como condómino de otros (ver art. 436 CC). De ahí que, tratándose de una inversión que no resulta útil a la satisfacción de los requerimientos alimentarios del tutelado, deba realizarse en su solo y exclusivo beneficio para el presente y futuro de su patrimonio. También debe demostrarse si es necesaria la conveniencia del negocio con la confección de informes que lo evidencien, como también de las ventajas que acarrea dicha inversión, y los beneficios que pueda traer al tutelado. También deben tenerse en cuenta las necesidades actuales de vida del tutelado para la adquisición de otros bienes y, de acuerdo con ello, autorizar la posible inversión planteada.

2.3. Préstamos con garantías reales suficientes

El tutor puede prestar dinero del pupilo siempre que existan garantías reales suficientes. Esta condición es inexcusable y sin ella no puede concederse la autorización judicial.

2.4. Locaciones

Se necesita autorización judicial para dar en locación los bienes del tutelado cuando el plazo es superior a tres años. No obstante, estos contratos siempre concluyen cuando el niño/a o adolescente alcanza la mayoría de edad (en concordancia con lo establecido para los progenitores, art. 691 CCyC). Con esto se pretende que el tutelado pueda disponer libremente de ellos cuando alcance la mayoría de edad (art. 25 CCyC) Asimismo, se requiere autorización del juez de la tutela para arrendar cualquier otro inmueble distinto al que se utiliza como casa, habitación de la persona menor de edad. Siempre que el tutelado cuente con edad y grado de madurez suficiente, el tutor debe dar noticia y cuenta sobre la conveniencia de la locación, y escuchar su opinión (art. 707 CCyC).

2.5. Repudiar herencias o donaciones

También se exige autorización judicial para estos actos. La aceptación o renuncia de una herencia o donación pueden ocasionarle un perjuicio al menor (art. 2297 CCyC). Por tanto, el juez debe evaluar las circunstancias y, en base a ello, decidir lo más beneficioso para el tutelado.

2.6. Contraer deudas y realizar transacciones

Para que el tutor pueda contraer deudas en nombre del niño/a o adolescente, siempre se requiere autorización judicial. Estas deudas deben ser contraídas únicamente cuando medie absoluta necesidad. Asimismo, el tutor solo puede realizar transacciones sobre

derechos del niño/a o adolescente cuando medie autorización del juez de la tutela. El adolescente que se encuentre necesitado de satisfacer requerimientos alimentarios u otros rubros urgentes para la subsistencia, y estuviese alejado de su domicilio, no debe solicitar autorización al juez de la tutela, sino que puede contraer las deudas con el asentimiento del adulto responsable, es decir, el tutor (art. 667 CCyC).

2.7. Gastos extraordinarios

Todos aquellos gastos que no sean destinados a la reparación o conservación de los bienes de la persona menor de edad deben ser aprobados por el juez. Naturalmente, el tutor debe justificar la necesidad de estos gastos. No obstante, si el adolescente se encuentra alejado de su lugar de residencia y tiene necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes extraordinarios, no requiere la autorización del juez de la tutela, sino solo el asentimiento del adulto responsable, es decir, el tutor (art. 667 CCyC).

2.8. Actos en que tenga interés un pariente o socio del tutor

Se requiere también autorización judicial para estos actos ya que puede generarse en estos casos una contradicción entre los intereses del niño/a o adolescente y los parientes o socios del tutor. El juez de la tutela debe evaluar si aquel acto resulta beneficioso y conveniente para el tutelado. De otra forma, no debe permitir su realización. Es prudente controlar esos negocios para evitar que los parientes o socios se valgan de su condición de tales para obtener pautas que aparezcan no ventajosas para el menor de edad.

ARTÍCULO 122.- ***Derechos reales sobre bienes del tutelado.*** *El juez puede autorizar la transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes del niño, niña o adolescente sólo si media conveniencia evidente.*

Los bienes que tienen valor afectivo o cultural sólo pueden ser vendidos en caso de absoluta necesidad.

1. Introducción

El CCyC sintetiza en un artículo lo que el CC contenía en varias normas (arts. 435, 436, 437 CC). Supedita la constitución, modificación o transmisión de los derechos reales sobre los bienes de la persona menor de edad a la autorización del juez, siempre y cuando medie conveniencia, sea necesaria, y constituya una ventaja suficiente para los intereses patrimoniales del niño/a o adolescente. Asimismo, apunta a proteger aquellos bienes relacionados con la propia historia personal y la identidad del tutelado. Este cuidado que la regla propone aparece como un elemento fundamental para promover un desarrollo íntegro y que favorezca la preservación de la identidad del niño acorde a sus raíces y origen familiar.

Es dable señalar la propuesta normativa del art. 707 CCyC: si la persona menor de edad cuenta con grado de madurez suficiente, para ser oída, y escuchada su opinión, y el adolescente exprese los motivos por los cuales quiere o no desprenderse de ciertos bienes que hacen a su historia personal.

Este artículo evidencia la necesidad de la autorización judicial para transmitir, constituir o modificar los derechos reales existentes sobre los bienes de las personas menores de edad por tratarse de actos de disposición susceptibles de modificar la composición del patrimonio del tutelado.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Constitución, modificación o transmisión de derechos reales

El juez de la tutela es el encargado de regular las relaciones entre el tutelado con sus cosas. El tutor solo puede gravar o enajenar bienes cuando medie autorización judicial que lo posibilite. El juez debe autorizar dichas medidas únicamente cuando su ejecución sea en beneficio del tutelado y de sus intereses patrimoniales —es decir, cuando se compruebe su conveniencia—.

2.2. Necesidad

Los bienes que sean parte del patrimonio del niño, niña o adolescente, y tengan un valor cultural o afectivo, solo pueden ser vendidos —previa autorización judicial— cuando se presenten circunstancias excepcionales de absoluta necesidad que lo justifiquen. Esta norma encuentra su fundamento en la necesidad de preservar la intimidad familiar y aquello que pueda incidir en la identidad del niño/a o adolescente.

ARTÍCULO 123.- ***Forma de la venta.*** *La venta debe hacerse en subasta pública, excepto que se trate de muebles de escaso valor, o si a juicio del juez, la venta extrajudicial puede ser más conveniente y el precio que se ofrece es superior al de la tasación.*

1. Introducción

El Código mantiene el criterio imperante anteriormente en cuanto a la necesidad de la subasta pública como medio para llevar a cabo la venta de los bienes del tutelado. Se protegen de esta manera los intereses del niño/a o adolescente, al procurarse el mayor precio posible mediando la puja en las ofertas y la mayor transparencia del acto al realizarse bajo el contralor judicial.

Sin embargo, fija también una excepción al principio general para los supuestos en que los bienes muebles sean de exiguo valor y se ofrezca por los mismos un precio razonable o superior a las tasaciones realizadas de aquellos.

2. Interpretación

2.1. Venta de los bienes. Forma

Los bienes muebles o inmuebles del niño/a o adolescente deben ser vendidos, como regla general, mediante pública subasta. Puede prescindirse de la realización de un remate público cuando los bienes muebles en cuestión revistan escaso valor o se ofrezca por ellos un precio razonable o superior a la tasación que se hubiera efectuado. En estos supuestos, la forma de la venta será privada o en subasta privada.

2.2. Dispensa del remate público

Además de la excepción prevista para los bienes muebles de escaso valor, el magistrado también puede dispensar la venta mediante subasta pública cuando se evidencie la conveniencia de la venta extrajudicial, siempre y cuando se supere el valor impuesto como base en la tasación.

2.3. Tasación

Cuando se trata de la venta de un inmueble que es propiedad de un niño/a o adolescente, la tasación previa del mismo es indispensable. Esta debe ser llevada por un perito tasador, entendiéndose por perito tasador un profesional matriculado, martillero, corredor inmobiliario, ingeniero o arquitecto, designado de oficio por el juez de la tutela, con experiencia suficiente en el rubro compra venta de inmuebles. A los mismos fines, podrá designarse a un profesional integrante de una empresa inmobiliaria de conocida trayectoria y con experiencia suficiente en el lugar donde se encuentre ubicado el inmueble cuya venta se promueva.

ARTÍCULO 124.- ***Dinero.*** ***Luego de ser cubiertos los gastos de la tutela, el dinero del tutelado debe ser colocado a interés en bancos de reconocida solvencia, o invertido en títulos públicos, a su nombre y a la orden del juez con referencia a los autos a que pertenece. El tutor no puede retirar fondos, títulos o valores sin autorización judicial.***

1. Introducción

La norma sintetiza en un artículo los deberes del tutor ante el dinero restante y líquido del tutelado para una mejor gestión del patrimonio y su administración. Se procura obtener la mayor productividad posible de los bienes del niño, niña o adolescente, imponiéndole al tutor la obligación de invertir el dinero sobrante. Se agrega la expresión de "*reconocida solvencia*" cuando se alude a las entidades bancarias, requisito exigido actualmente para procurar la mayor protección de los intereses patrimoniales del niño/a o adolescente.

El CCyC facilita el giro administrativo del tutor en tanto posibilita la elección de la mejor inversión a plazo para el dinero del tutelado rodeando la inversión de las garantías posibles para evitar su depreciación. El CCyC no establece plazos para las inversiones, dejándose a criterio del tutor administrador la conveniencia del plazo para la imposición del dinero. El tutor es responsable, según el art. 118 CCyC, por la gestión de estos bienes y debe también responder al tutelado por el lucro cesante sufrido en caso de no haber dado a su dinero un destino productivo.

El tutor requiere de autorización judicial para tomar cualquier tipo de decisión sobre el dinero invertido.

2. Interpretación

2.1. Inversión del sobrante

El tutor tiene la obligación de invertir todo el dinero que sobrase luego de cubrir los gastos de la tutela, entre los que se encuentran los alimentos y la educación de la persona menor de edad. La ley obliga al tutor a depositar este dinero en bancos, colocándolo a interés o en títulos públicos. Se exige que las entidades en las que se vayan a depositar los fondos sean de reconocida solvencia a fin de otorgarle la mayor protección al patrimonio del niño/a o adolescente.

2.2. Formalidades de los depósitos e inversiones

Los depósitos y las inversiones realizadas deben quedar a nombre del tutelado y a la orden del juez de la causa.

Infojus

2.3. Autorización para disponer de los depósitos e inversiones

Esta exigencia constituye una garantía para el niño/a o adolescente ya que se lo rodea de mayores protecciones al someter cada disposición o entrega de dinero al contralor judicial. El tutor no puede realizar actos de disposición sobre los depósitos e inversiones sin previa autorización del juez de la tutela.

2.4. Necesidad y conveniencia del uso de los depósitos e inversiones

El juez debe ponderar las circunstancias que se presentan y, de acuerdo a ellas, evaluar si es necesario y conveniente el retiro de los fondos, ya sea porque son precisos para atender a determinados gastos o porque haya otro destino más provechoso para su inversión.

Respecto a la responsabilidad, el tutor es responsable por el daño causado al tutelado por su culpa, acción u omisión en el ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 118 CCyC). El tutelado, cualquiera de sus parientes o el Ministerio Público pueden solicitar judicialmente las providencias necesarias para remediarlo, sin perjuicio de que sean adoptadas de oficio.

ARTÍCULO 125.- ***Fideicomiso y otras inversiones seguras.*** *El juez también puede autorizar que los bienes sean transmitidos en fideicomiso a una entidad autorizada para ofrecerse públicamente como fiduciario, siempre que el tutelado sea el beneficiario. Asimismo, puede disponer otro tipo de inversiones seguras, previo dictamen técnico.*

1. Introducción

El plexo normativo establece tanto la inversión de la renta sobrante del niño/a o adolescente en bancos de reconocida trayectoria o en bonos/títulos públicos, como en el contrato de fideicomiso. Esto es, habilita al tutor para que, en nombre y representación del tutelado, y con la debida autorización judicial, posibilite la transmisión de los bienes a una entidad fiduciaria, por medio del contrato de fideicomiso, para que dicha entidad administre los bienes en cuestión y luego otorgue lo producido por esos bienes, según las pautas contractuales, al tutelado. Este tipo contractual acuerda con las nuevas modalidades de la sociedad para resolver los negocios, dotándose a las inversiones de mayores garantías.

La inclusión de este nuevo contrato en el Código redunda en esta institución del derecho de familia como es la tutela y el beneficiario, la persona menor de edad y la gestión del patrimonio por el tutor. Asimismo, el Código amplía las posibilidades del juez para autorizar otro tipo de inversiones que pueden ser bancarias, financieras, inmobiliarias, emprendimientos y desarrollos, bursátiles o de "otro tipo" siempre que resulten ventajosas, necesarias y convenientes a la naturaleza de los bienes de la persona menor de edad, a la entidad de su patrimonio y a las circunstancias de vida del niño/a y adolescente.

2. Interpretación

2.1. Transmisión de los bienes del tutelado en fideicomiso

El fideicomiso es un contrato por medio del cual se le transmite la propiedad fiduciaria de determinados bienes a una entidad (fiduciario), que los recibe y se obliga a administrarlos, y a darle los frutos de lo recibido al beneficiario,por un determinado plazo, a cambio de un precio por su trabajo. El juez de la tutela puede autorizar que los bienes del niño/a o

adolescente sean transmitidos en fideicomiso a una entidad instituida con tales fines si resultare conveniente de acuerdo a la naturaleza del patrimonio del tutelado.

2.2. Beneficiario

El contrato de fideicomiso es solo posible en tanto se instituya a la persona menor de edad como beneficiaria del mismo, es decir, que este sea el único que se beneficie con lo producido por la administración y explotación de esos bienes.

2.3. Otras inversiones

El juez puede también disponer la realización de otro tipo de inversiones siempre y cuando estas resulten seguras, sean de absoluta necesidad y configuren una ventaja evidente para los intereses patrimoniales del tutelado.

ARTÍCULO 126.- ***Sociedad.*** *Si el tutelado tiene parte en una sociedad, el tutor está facultado para ejercer los derechos que corresponden al socio a quien el tutelado ha sucedido. Si tiene que optar entre la continuación y la disolución de la sociedad, el juez debe decidir previo informe del tutor.*

1. Introducción

La norma reúne y sintetiza lo expuesto en los arts. 444 al 449 CC. Se mantiene el criterio imperante en cuanto a que se debe optar por la continuación o disolución de la sociedad según lo que resulte más beneficioso para el tutelado y en función de su interés superior.

Si la persona menor de edad tiene parte en una sociedad, el tutor hace las veces del socio fallecido del cual el tutelado es sucesor. El tutor debe informar al juez, fundadamente y con respaldo técnico, sobre la conveniencia de continuar o disolver la sociedad, quedando la decisión definitiva a criterio del magistrado. El juez debe estarse por la solución que sea más conveniente a los intereses personales y patrimoniales del niño/a o adolescente.

En caso de estarse judicialmente por la continuación de la sociedad, el tutor, por la representación que inviste de su tutelado, sustituye a la persona menor de edad en su calidad de socio sucesor y por tanto goza de todas aquellas facultades inherentes al socio mismo. Si se estuviese por la disolución autorizada judicialmente, el tutor está facultado para vender o ceder la cuota social del niño/a o adolescente, y recibe en nombre del tutelado el producido de la venta para ser depositado en el expediente de tutela con el control del Ministerio Público y la oportuna rendición de cuentas.

2. Interpretación

2.1. Sociedades

El tutor debe informar al juez sobre la conveniencia o no de continuar con la sociedad, siempre atendiendo a los intereses del niño/a o adolescente. Luego de evaluar los motivos expuestos por el tutor, es el juez quien decide por la continuación o la disolución de la sociedad.

2.2. Continuación o disolución de la sociedad

La norma habilita, desde el inicio, al tutor para ocupar el lugar del socio fallecido y ejercer los derechos que le correspondían. No obstante la actuación del tutor, es por la representación que inviste de la persona tutelada que ha sucedido al socio prefallecido. El tutor

Infojus

debe tomar todas las decisiones que resulten convenientes. Si el tutor evalúa y propone la continuidad societaria, el juez requerirá prueba respaldatoria que acredite la conveniencia de dicha continuidad. Si se decide judicialmente por la disolución, el tutor goza de amplias facultades, entre las que se encuentran la venta o la cesión de la cuota social del tutelado.

De no resultar ello posible, puede promover la liquidación final y percibir lo que le corresponda al tutelado con el control del Ministerio Público. Asimismo, el juez puede autorizar al tutor para que, de acuerdo con los demás interesados, ejecute la venta o cesión de la cuota social del tutelado a otro/s socio/s o a un tercero, percibiendo lo que corresponda al niño/a o adolescente con el control e intervención del Ministerio Público. Si el tutor, pendientes las negociaciones de liquidación societaria, obrase como si fuera un negocio propio y no del tutelado que sucedió a un socio fallecido, es responsable de los daños y perjuicios que le haya irrogado, no obstante sea irrevocable la liquidación de la sociedad. El tutelado solo tiene acción contra su tutor para resarcirse del reclamo.

ARTÍCULO 127.- ***Fondo de comercio.*** *Si el tutelado es propietario de un fondo de comercio, el tutor está autorizado para ejecutar todos los actos de administración ordinaria propios del establecimiento. Los actos que exceden de aquélla, deben ser autorizados judicialmente.*

Si la continuación de la explotación resulta perjudicial, el juez debe autorizar el cese del negocio facultando al tutor para enajenarlo, previa tasación, en subasta pública o venta privada, según sea más conveniente. Mientras no se venda, el tutor está autorizado para proceder como mejor convenga a los intereses del tutelado.

1. Introducción

El artículo bajo comentario habilita, por su amplitud, y tiende a facilitar la actividad de administración del tutor. Asimismo, acorde a la vida comunitaria que exige corregir y actuar situaciones del giro comercial que se puedan presentar, desformalizando la tramitación de la tutela.

El Código determina la responsabilidad del tutor (art. 118 CCyC) y faculta al juez para que, oficiosamente, disponga medidas en remedio del daño causado al tutelado, en ocasión del ejercicio de sus funciones.

Al tutor se le permite, por la ley, la realización de actos de administración ordinaria respecto del fondo de comercio. Es necesaria la autorización judicial para aquellos actos que excedan la administración ordinaria. La normativa también es amplia: permite la realización de evaluación por el tutor y puede determinarse cuál es la forma más ventajosa para el interés del tutelado en la enajenación del fondo de comercio.

El artículo comentado determina con criterio de realidad la elección de las formas más convenientes tanto para que se continúe con el negocio o se concluya con la actividad comercial (subasta pública/venta privada).

Cuando el niño/a o adolescente fuese propietario de un fondo de comercio, el tutor está facultado para realizar todos aquellos actos ordinarios de administración del comercio. Cuando evalúe la necesidad de tomar una medida extraordinaria de administración, debe requerir autorización al juez de la tutela.

En caso de que no fuera conveniente continuar con la explotación del fondo de comercio, el tutor debe solicitar al juez una autorización de venta. Hasta tanto no se perfeccione la

enajenación del mismo, el tutor está facultado para disponer todas aquellas medidas que juzgue adecuadas conforme a los intereses del niño/a o adolescente.

El principio que debe regir en todas las realizaciones patrimoniales es el del interés superior del niño/a o adolescente, el de proporcionarle adecuada información para su edad, debe tenerse en cuenta su opinión —si tiene edad y madurez suficiente—, su participación en la toma de este tipo de decisiones, y se valore la conservación de los bienes en tanto sean rentables o puedan serlo al momento en que el joven alcance la mayoría de edad y pueda trabajar en la propia administración de sus bienes.

2. Interpretación

2.1. Facultades del tutor

El tutor se encuentra autorizado para ejecutar todos los actos de administración ordinaria con respecto al fondo de comercio, es decir, todos aquellos actos de conservación y propios del giro comercial que sean necesarios dada la particular naturaleza del establecimiento. En el supuesto de que tuviese que tomar alguna medida que exceda la administración ordinaria, el tutor debe solicitar autorización al juez. Se entiende que puede abrir o cerrar cuentas bancarias, contratar con proveedores, instalar servicios de informática, presentarse ante los organismo públicos correspondientes para tramitar/renovar la habilitación del negocio, el cambio de rubro o la ampliación del mismo a otros afines, contratar seguros, pagar las cuentas por los servicios de luz, gas y teléfono del fondo de comercio, pagar sueldos de empleados si los tuviere, sus cargas previsionales y cuantos más actos conservatorios y de administración le correspondan para el normal del desenvolvimiento del fondo de comercio.

2.2. Continuación perjudicial. Cese del establecimiento. Necesidad de tasación

Si el establecimiento fuera de propiedad de la persona menor de edad tutelada, a propuesta del tutor, el juez puede decidir el cese del negocio facultando al tutor para su enajenación, según convenga a los intereses del tutelado. En dicho caso, el tutor debe manifestar, con el respaldo técnico pertinente, las consecuencias perjudiciales que trae aparejada la continuación del giro del comercio para la persona tutelada.

Es presupuesto de la venta del comercio la previa tasación, la autorización del juez de la tutela, y la forma en que se realiza, ya sea por subasta pública o venta privada, siempre teniéndose en consideración el mayor beneficio y conveniencia de la persona menor de edad. Hasta tanto no se opere la enajenación del bien, el tutor está facultado para tomar todas las decisiones que el mejor interés del tutelado aconseje en aras para proteger los intereses del niño/a o adolescente.

El art. 123 CCyC establece que la venta debe realizarse por remate público siempre y cuando no resultare más beneficiosa la venta extrajudicial o privada.

ARTÍCULO 128.- ***Retribución del tutor.*** *El tutor tiene derecho a la retribución que se fije judicialmente teniendo en cuenta la importancia de los bienes del tutelado y el trabajo que ha demandado su administración en cada período. En caso de tratarse de tutela ejercida por dos personas, la remuneración debe ser única y distribuida entre ellos según criterio judicial. La remuneración única no puede exceder de la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del menor de edad.*

Infojus

El guardador que ejerce funciones de tutela también tiene derecho a la retribución.

Los frutos pendientes al comienzo de la tutela y a su finalización deben computarse a los efectos de la retribución, en la medida en que la gestión haya sido útil para su percepción.

1. Introducción

El Código contempla el derecho del tutor/es a percibir una remuneración por el trabajo que realizó sobre la administración de los bienes del niño/a o adolescente, y lo atinente al cuidado, si tuvo al niño/a o adolescente consigo y no delegó el juez la guarda a un tercero. Se extiende el derecho de retribución al guardador, que también pudo haber actuado como representante del tutelado, de la persona y de la administración de los bienes. Por tanto, este artículo prevé la posibilidad de otorgarle una remuneración al guardador por la protección y el cuidado que le brinda al niño/a o adolescente en el ejercicio de sus funciones, correspondiéndole entonces todos aquellos beneficios propios del tutor por su calidad de representante.

Asimismo, se fija la necesidad de que el juez establezca la distribución de la remuneración única entre los tutores cuando la tutela fuera ejercida por más de una persona. La retribución única no puede exceder la décima parte de los frutos líquidos de los bienes del niño/a o adolescente. A estos efectos, se computarán los frutos pendientes al comienzo y a la terminación de la tutela siempre y cuando la gestión del tutor haya resultado beneficiosa para la obtención de los mismos. Si bien el art. 452 CC excluía del cálculo de la décima los frutos pendientes al momento de la extinción de la tutela en consuno con la normativa del usufructo, lo cierto es que la norma bajo comentario en este Código no los excluye, pero condiciona su inclusión en tanto *"la gestión del tutor haya resultado útil para su percepción"*. Por el contrario, en el art. 2141 CCyC, los frutos pendientes al momento de la extinción del usufructo pertenecen al nudo propietario. El CCyC varía el modo de cálculo de la retribución del tutor, diferenciándola del usufructuario, ya que permite incluir los frutos pendientes bajo la condición de que el tutor haya realizado una gestión útil para que sean percibidos.

2. Interpretación

2.1. Remuneración del tutor

El tutor tiene derecho a retribución por su trabajo en la administración y gestión de los bienes del niño, niña o adolescente en cada período, en tanto no se configuren los supuestos previstos en el art. 129 CCyC. La remuneración se establece atendiendo a la importancia del patrimonio del tutelado y del trabajo que la administración de los bienes requiere. Cuando la tutela es ejercida por más de una persona, la retribución también es única, y es el juez quien decide el criterio de distribución entre los tutores. Al incorporarse la figura del guardador con facultades de representación, necesariamente debe reconocerse el derecho que le asiste a una retribución por el ejercicio de sus funciones en beneficio de la persona menor de edad a su cuidado. La remuneración es periódica y se regula en la práctica al finalizar cada año calendario, previa rendición de cuentas y aprobación de estas por el juez de la tutela.

2.2. Los trabajos efectuados

Son aquellos trabajos que demande la administración del patrimonio del tutelado y los cuidados de su persona. La remuneración fijada para el/los tutor/es como retribución por

el trabajo realizado en la administración de los bienes del tutelado nunca puede superar la décima parte del total de los frutos líquidos de los bienes del niño/a o adolescente. Se toma en cuenta, para la liquidación de los trabajos y cuidados, los gastos invertidos en la producción de los frutos, todas las pensiones, contribuciones públicas o cargas usufructuarias a que esté sujeto el patrimonio del tutelado. Se persigue la finalidad de proteger el patrimonio de la persona menor de edad evitando el posible menoscabo económico que este pudiere sufrir si no se fijase un *quantum* máximo de remuneración.

El cálculo debe hacerse sobre los bienes existentes y el trabajo realizado en cada período de gestión, previa rendición de las cuentas y su consecuente aprobación. Es de práctica que la regulación de la retribución se peticione por el tutor anualmente, no obstante el juez puede fijar a partir de la segunda rendición otros plazos para la presentación de la rendición de acuerdo a la naturaleza de la gestión. Pueden, la persona menor de edad y el Ministerio Público, solicitar al juez la rendición de cuentas por el tutor. También puede ordenarla, de oficio, el juez.

2.3. Frutos pendientes

De conformidad con la norma, los frutos que estuvieren pendientes al comenzar la tutela o al finalizar la misma, deben ser tenidos en cuenta al fijarse la retribución del tutor, en la medida en que la gestión haya sido útil para su percepción. Al contrario, el art. 2141 CCyC, expresa: "*... frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo. Los pendientes al tiempo de su extinción pertenecen al nudo propietario*".

ARTÍCULO 129.- ***Cese del derecho a la retribución.*** *El tutor no tiene derecho a retribución:*

a. *si nombrado por un testador, éste ha dejado algún legado que puede estimarse remuneratorio de su gestión. Puede optar por renunciar al legado o devolverlo, percibiendo la retribución legal;*
b. *si las rentas del pupilo no alcanzan para satisfacer los gastos de sus alimentos y educación;*
c. *si fue removido de la tutela por causa atribuible a su culpa o dolo, caso en el cual debe también restituir lo percibido, sin perjuicio de las responsabilidades por los daños que cause;*
d. *si contrae matrimonio con el tutelado sin la debida dispensa judicial.*

1. Introducción

El Código individualiza claramente cuáles son los cuatro supuestos que generan la pérdida del derecho de retribución del tutor:

- existencia de un legado remuneratorio instituido por testamento del/los progenitores del tutelado. En este caso se le concede al tutor la facultad de elección entre la retribución legal o el legado remuneratorio;
- insuficiencia de las rentas del tutelado;
- remoción del tutor en el cargo encomendado por su culpa o dolo;
- el tutor contrajere matrimonio con la persona menor de edad para quien desempeña la tutela, sin la debida dispensa del juez de la tutela.

Ante la falta de edad legal para casarse —18 años— puede, no obstante, contraerse matrimonio válido si previamente se obtiene la dispensa judicial (art. 404 CCyC).

Infojus

La tutela se acaba cuando el tutelado alcanza, los 18 años (art. 135, inc. a, CCyC) y por ende es mayor de edad, alcanzando la edad legal para contraer matrimonio. Pueden ocurrir tres supuestos:

- que el tutor y el tutelado que alcanzó los 18 años contraigan matrimonio sin que se hubieran aprobado previamente las cuentas de la tutela. De ser así, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo;
- si el tutelado adolescente menor de 18 años y su tutor quieren contraer matrimonio, deben aprobarse previamente las cuentas de la tutela y luego solicitar la dispensa judicial para la celebración del matrimonio, y realizarse los presupuestos del art. 404 CCyC, a saber: mantener el juez mantendrá una entrevista personal con los futuros contrayentes y evaluar la edad, el grado de madurez y la comprensión del menor sobre las consecuencias jurídicas del acto matrimonial. La persona tutelada puede presentarse con asistencia letrada (art. 677 CCyC);
- que el tutelado y el descendiente del tutor se dispongan a contraer matrimonio. En tal caso, deberán aprobarse previamente las cuentas de la gestión del tutor y luego solicitar la dispensa judicial. Si no se cumplen los recaudos antedichos e igualmente se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponde por la gestión administrativa de las rentas del tutelado. Igual criterio debe aplicarse a la pérdida de la retribución en tanto tutor y tutelado se encuentren en unión convivencial, aunque el CCyC no lo ha previsto, por razones éticas y de transparencia al momento de concluir la gestión de administración.

Asimismo, se elimina el término *"culpa grave"* del art. 453 CC. El tutor es responsable del daño causado al tutelado *"por su culpa"*, por acción u omisión en el ejercicio o en ocasión de sus funciones. La persona menor de edad, sus parientes o el Ministerio Público pueden solicitar la adopción de providencias para remediar con urgencia el daño que, con su actuación, el tutor le haya causado a la persona menor de edad para quien desempeña la tutela. El juez que entiende en la tutela puede de oficio dictar medidas con dicha finalidad.

2. Interpretación

2.1. Legado remuneratorio

Si el tutor recibe de los padres del tutelado un legado remuneratorio por la gestión realizada, no tiene derecho a la retribución. La ley otorga al tutor un derecho de opción entre el legado remuneratorio y la retribución legal. Puede elegir, entonces, entre aceptar el legado o bien renunciarlo con el objeto de percibir la remuneración que establece la ley. Esta opción reconocida a la persona del tutor se configura únicamente en la tutela dada por los padres por testamento.

2.2. Insuficiencia de las rentas del niño/a o adolescente

La retribución no es intangible y solo debe satisfacerse si las rentas del niño/a o adolescente excedieran las necesidades de su educación y alimentos. El tutor pierde el derecho a la retribución legal cuando la satisfacción de dichas necesidades insume la totalidad de las rentas de los bienes del tutelado; y, si por cualquier circunstancia hubiese fondos con posterioridad, no puede hacer efectiva sobre ellos la retribución impaga por los servicios anteriores.

2.3. Culpa o dolo

El tutor también pierde el derecho a la retribución legal cuando incurre en culpa o en dolo, determinándose una causal de su remoción. La remoción del tutor puede configurarse por cualquiera de las causales del art. 136 CCyC. En estos casos, el tutor debe, además, restituir aquello que ya percibió; sin perjuicio de que se le atribuya responsabilidad por los daños ocasionados a la persona menor de edad por su actuar culposo (art. 118 CCyC). La función resarcitoria, para el supuesto del daño causado al tutelado por su tutor en ocasión o en ejercicio de sus funciones, se basa en un factor subjetivo de atribución del daño como es la culpa, que 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. Al deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas por parte del tutor, le corresponde una mayor diligencia en la administración del patrimonio del tutelado y una valoración sobre la previsibilidad de las consecuencias que su actuación pueda generar (arts. 1724 y 1725 CCyC).

2.4. Matrimonio con el tutelado sin dispensa

El tutor no puede contraer matrimonio con el adolescente para quien desempeña la tutela sin la debida dispensa judicial. Puede otorgarse la dispensa judicial para contraer matrimonio entre el tutor y tutelado en el supuesto previo de haberse aprobado las cuentas. De no respetarse esta prohibición, contraer matrimonio sin dispensa, el tutor es susceptible de remoción y pierde el derecho a la retribución por su actividad de gestión en la administración de los bienes del tutelado que le acuerda la ley.

Parágrafo 4°
Cuentas de la tutela

ARTÍCULO 130.- ***Deber de rendir cuentas. Periodicidad.*** *Quien ejerce la tutela debe llevar cuenta fiel y documentada de las entradas y gastos de su gestión. Debe rendir cuentas: al término de cada año, al cesar en el cargo, y cuando el juez lo ordena, de oficio, o a petición del Ministerio Público. La obligación de rendición de cuentas es individual y su aprobación sólo libera a quien da cumplimiento a la misma.*

Aprobada la cuenta del primer año, puede disponerse que las posteriores se rindan en otros plazos, cuando la naturaleza de la administración así lo justifique.

1. Introducción

El tutor, como todo mandatario, está obligado a rendir cuentas sobre los ingresos y gastos que se realizan bajo su administración. Al estar de por medio la defensa y resguardo de los intereses de un niño/a o adolescente, la ley se ocupa de prever una serie de medidas tuitivas para garantizar dicha protección. En primer término, ni el testador, ni el propio tutelado pueden dispensar al tutor de la obligación de rendir cuentas: en concordancia con lo establecido en el art. 106 CCyC *"Se tienen por no escritas las disposiciones que eximen al tutor (...) o lo liberan del deber de rendir cuentas"*. En segundo término, la rendición debe ser documentada y aprobada por el juez de la tutela.

Además, se fija un plazo de un año para que el tutor presente la cuenta periódicamente, sin perjuicio de que el plazo puede ser posteriormente modificado por el juez para adaptarse a la naturaleza de la administración. De esta manera, se ejerce un mayor control sobre los actos realizados por el tutor. El Código prevé que, ante un conflicto de intereses entre representante y representado, el último, si es adolescente, puede presentarse por sí

Infojus

y con asistencia letrada (art. 109, inc. a, CCyC), sin que sea menester la designación de un tutor especial. Si es un niño/a, el representado, ante una situación de conflicto con su tutor, igualmente tiene derecho a ser oído según su edad y grado de madurez por el Ministerio Público o por el juez de la tutela, y procederse a la designación de un tutor especial para que lo represente y dé solución a ese conflicto que se ha suscitado (art. 109 CCyC). Por aplicación del art. 862 CCyC, si la rendición de cuentas del último período de la tutela es aprobada, se presume que también lo fueron las rendiciones anteriores al último período.

2. Interpretación

2.1. Rendición de cuentas

Por aplicación del art. 858 CCyC se entiende por "*cuenta*" la descripción de los antecedentes, hechos y resultados pecuniarios de un negocio aunque consista en un acto singular. Entre las principales obligaciones del tutor figura la de rendir cuentas sobre los ingresos y egresos del patrimonio del tutelado que tienen lugar durante su administración. La cuenta debe ser llevada de manera regular y detallada y presentarse al juez de la tutela para su aprobación con intervención del Ministerio Público.

De esta manera, se procura el ejercicio de un mayor control sobre el tutor para evitar situaciones disvaliosas que puedan perjudicar los intereses patrimoniales de los niños/as y adolescentes cuya representación inviste. La obligación de rendir cuentas es individual, es decir, recae únicamente en la persona del tutor, quien debe someterlas a la aprobación judicial, con la conformidad del Ministerio Público, para tenerlas por bien rendidas y por cumplido su desempeño por el período transcurrido en oportunidad de la decisión judicial que las impone. Si hay pluralidad de tutores (art. 105 CCyC) la rendición de cuentas será por cuenta de cada uno de ellos. La rendición de las cuentas debe ser judicial por cuanto son efectuadas pendiente la menor edad del tutelado. Ello, para garantizarle al niño/a o adolescente tutelado la protección necesaria por ser un sujeto en vías de desarrollo y el debido contralor del giro de su patrimonio administrado por el tutor.

2.2. Personas que pueden pedirla. Plazos

El juez de la tutela, el propio tutelado con asistencia letrada (art. 109, inc. a, CCyC) o el Ministerio Público tienen la facultad de exigir una rendición de cuentas anticipada al tutor, o que este último les exhiba las cuentas siempre que existan circunstancias que justifiquen tal pedido. Asimismo, la rendición de cuentas debe realizarse al cesar el tutor en su cargo y una vez por año. Sin embargo, cuando la primera rendición de cuentas fuere aprobada, el juez puede fijar distintos plazos al establecido en la norma (de un año) siempre que lo amerite la naturaleza de los negocios del tutelado.

ARTÍCULO 131.- ***Rendición final.*** ***Terminada la tutela, quien la ejerza o sus herederos deben entregar los bienes de inmediato, e informar de la gestión dentro del plazo que el juez señale, aunque el tutelado en su testamento lo exima de ese deber. Las cuentas deben rendirse judicialmente con intervención del Ministerio Público.***

1. Introducción

La norma establece que las cuentas deben rendirse judicialmente una vez finalizada la tutela, para el niño/a o adolescente que haya alcanzado la mayoría de edad. Ellas deben ser rendidas por el tutor o por sus herederos cuando este hubiere fallecido. Asimismo, el

tutor debe entregarle inmediatamente al tutelado todos aquellos bienes que forman parte de su patrimonio. La demora en rendir las cuentas no puede ser pretexto para postergar la entrega de los bienes. Todo ello se desprende también del art. 116 CCyC *"… debe pedir inmediatamente, al sustituido o a sus herederos, rendición judicial de cuentas y entrega de los bienes del tutelado"*. *"Inmediatamente"* puede importar el plazo de diez días previsto para el pago del saldo de las cuentas una vez aprobadas (art. 864 CCyC).

Se estipula específicamente que todos estos actos deben ser realizados con la necesaria intervención del Ministerio Público.

2. Interpretación

2.1. Tiempo de realizar la rendición

La cuenta final debe realizarse al acabar la tutela, sin perjuicio de todas aquellas rendiciones que se exijan a lo largo de los años o cuando el juez o Ministerio Público lo estimen necesario. La norma no establece plazo para realizar la rendición de las cuentas, sino que lo deja librado a criterio del juez. Según sea la modalidad de la gestión, el juez, en cada caso particular, determina el plazo de la rendición de las cuentas (art. 861 CCyC).

2.2. Personas que pueden rendirla

Son el tutor o sus herederos en caso de que este hubiere fallecido. Están obligados a hacerlo incluso cuando el tutelado lo hubiera eximido de hacerlo (arts. 106 y 116 CCyC).

2.3. Forma de rendición

La cuenta final debe rendirse judicialmente y siempre dando intervención al Ministerio Público (art. 103 CCyC). La falta de intervención de este órgano causa la nulidad relativa del acto. La rendición de cuentas debe ser hecha de modo descriptivo y documentado. Deben incluirse las referencias y explicaciones razonablemente necesarias para su comprensión. Debe acompañar el tutor toda la documentación respaldatoria de su gestión (art. 860 CCyC).

2.4. Plazo para la rendición

Las cuentas deben rendirse en el plazo que fije el juez de la tutela. Al no fijarse un plazo determinado, se autoriza al juez a determinarlo atendiendo a las modalidades que se presenten en cada caso en concreto. Por aplicación analógica del art. 861 CCyC, las cuentas son rendidas en la oportunidad que establece la ley; en su defecto, la rendición de cuentas debe ser hecha al concluir el negocio, y si el negocio es de ejecución continuada, también al concluir cada uno de los períodos o al final del año calendario.

2.5. Entrega de los bienes

Una vez acabada la tutela, el tutor o sus herederos, si este hubiera fallecido, deben entregar de manera inmediata los bienes del niño/a o adolescente que estuvieron bajo su administración y de propiedad del tutelado. No puede el/los tutor/es oponerse a la entrega porque no se encuentran rendidas o aprobadas las cuentas de la tutela, ni porque exista a su favor un saldo y pretenda ejercitar el derecho de retención. Por el art. 864 CCyC una vez aprobadas las cuentas, el saldo debe ser pagado en el plazo dispuesto por el juez de la tutela o, en su defecto, en el plazo de 10 días. Además, el obligado a rendirlas debe devolver al interesado los títulos y documentos que le hayan sido entregados, excepto las instrucciones de carácter personal.

ARTÍCULO 132.- ***Gastos de la rendición.*** *Los gastos de la rendición de cuentas deben ser adelantados por quien ejerce la tutela y deben ser reembolsados por el tutelado si son rendidas en debida forma.*

1. Introducción

La norma establece que los gastos de las cuentas deben ser anticipados por el tutor, y le serán rembolsados por el tutelado al momento de tener dichas cuentas por bien rendidas ante el juez de la tutela. Se procura así que no se tenga excusa alguna para dilatar la presentación de las cuentas. Por aplicación analógica del art. 2530 CCyC, que trata de la remuneración y los gastos del albacea, también debe rembolsarse al tutor de los gastos en que incurra para llenar su cometido y pagársele por separado la remuneración que le corresponda.

2. Interpretación

2.1. Gastos de la rendición de cuentas

Todos los gastos que realice el tutor para llevar a cabo la rendición de cuentas sobre la gestión administrativa realizada sobre los bienes del niño/a o adolescente deben ser adelantados por él. Sin embargo, los gastos podrán serle rembolsados por el tutelado una vez que el juez compruebe que las cuentas fueron rendidas en la forma adecuada.

Este rembolso es independiente de la retribución que corresponde al tutor por la gestión realizada en la administración de los bienes de la persona menor de edad (art. 128 CCyC).

ARTÍCULO 133.- ***Gastos de la gestión.*** *Quien ejerce la tutela tiene derecho a la restitución de los gastos razonables hechos en la gestión, aunque de ellos no resulte utilidad al tutelado. Los saldos de la cuenta devengan intereses.*

1. Introducción

Son abonados al tutor todos aquellos gastos que hubiere efectuado razonablemente para cumplir con el ejercicio de sus funciones, aunque de ellos no hubiese resultado utilidad al niño/a o adolescente. El criterio para la aprobación de cuentas no es la "*utilidad*" que reciba el tutelado, sino la *"prudencia y razonabilidad"* del gasto. Se reemplaza la expresión *"gastos debidamente hechos*" por la de *"gastos razonables*", entendiéndose por ellos todos aquellos gastos que sean necesarios acorde a la naturaleza de los negocios y el cuidado adecuado del niño/a o adolescente.

Los saldos que resulten de las cuentas del tutor producen intereses sin la necesidad de constitución en mora y se pueden computar desde la aprobación de la rendición de las cuentas.

2. Interpretación

2.1. Gastos razonablemente efectuados

Son reembolsables al tutor aquellos gastos razonablemente efectuados durante la gestión de la tutela, criterio que aparece privilegiado sobre la utilidad del gasto. Por ende, la aprobación de las cuentas quedará sujeta a la razonabilidad del gasto y no a la utilidad que este pudo haberle traído a la persona menor de edad.

Los gastos que el tutor hubiere realizado indebidamente le son reembolsables siempre y cuando estos hubieren importado un beneficio económico para el tutelado.

Por aplicación analógica del art. 1328 CCyC referido a las obligaciones del mandante, este debe suministrar al mandatario y compensarle, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que hubiera incurrido para la ejecución del mandato. También, cuando el art. 1785 CCyC refiere a la gestión conducida útilmente por el gestor, establece que el dueño del negocio debe rembolsarle el valor de los gastos necesarios y útiles con los intereses legales desde el día en que fueron hechos. Se colige que el tutor que ha realizado por sí gastos que no mejoran el patrimonio del tutelado, pero que han sido razonables y realizados necesariamente para cumplir con el ejercicio de la tutela —como lo es la rendición de las cuentas—, deben serle rembolsados.

2.2. Mora ex lege

Se establece un interés legal para los saldos que queden de las cuentas sin que sea necesaria la constitución en mora. Cabe preguntarse desde cuando comienzan a correr los intereses. Parece adecuado que se computen a partir de la aprobación de la rendición de cuentas.

ARTÍCULO 134.- ***Daños.*** ***Si el tutor no rinde cuentas, no lo hace debidamente o se comprueba su mala administración atribuible a dolo o culpa, debe indemnizar el daño causado a su tutelado. La indemnización no debe ser inferior a lo que los bienes han podido razonablemente producir.***

1. Introducción

Los tutores tienen responsabilidad por los daños causados al niño/a o adolescente para quienes ejercen la tutela cuando medie mala administración atribuible a título de dolo o culpa, cuando no se han rendido las cuentas, o cuando estas resulten deficientemente rendidas. No es necesario que se someta la cuestión a la apreciación del tutelado, para que este preste bajo juramento el perjuicio recibido, como regulaba el art. 461 CC. Basta comprobar la existencia del daño para que se someta la cuestión a criterio judicial y el juez fije una suma en concepto de los daños ocasionados al tutelado, la cual no debe ser inferior a lo que los bienes de los niños/as han podido razonablemente producir de haber sido eficientemente administrados.

2. Interpretación

2.1. Daños

Los daños que el tutor cause al niño/a o adolescente por omitir la rendición de cuentas, por no hacerla en la forma debida, o por desempeñar una deficiente administración (atribuible a título de dolo o culpa) deben ser reparados por el mismo tutor.

2.2. Indemnización

El juez debe fijar la indemnización que estime correspondiente por los daños causados al tutelado, que nunca puede ser inferior a lo que los bienes del niño/a o adolescente podrían haber producido razonablemente en ese tiempo de haberse administrado con eficiencia.

Infojus

Parágrafo 5°
Terminación de la tutela

ARTÍCULO 135.- ***Causas de terminación de la tutela.*** *La tutela termina:*

a. *por la muerte del tutelado, su emancipación o la desaparición de la causa que dio lugar a la tutela;*

b. *por la muerte, incapacidad, declaración de capacidad restringida, remoción o renuncia aceptada por el juez, de quien ejerce la tutela. En caso de haber sido discernida a dos personas, la causa de terminación de una de ellas no afecta a la otra, que se debe mantener en su cargo, excepto que el juez estime conveniente su cese, por motivos fundados.*

En caso de muerte del tutor, el albacea, heredero o el otro tutor si lo hubiera, debe ponerlo en conocimiento inmediato del juez de la tutela. En su caso, debe adoptar las medidas urgentes para la protección de la persona y de los bienes del pupilo.

1. Introducción

El Código reúne, en este artículo, todas las causas que dan lugar a la terminación de la tutela. Algunas de ellas giran alrededor del niño/a o adolescente: muerte de la persona menor de edad sujeta a tutela, mayoría de edad alcanzada, emancipación por matrimonio o desaparición de la causa que dio origen a la tutela. Las otras, en cambio, giran en torno a la persona del tutor: su muerte, la declaración de su incapacidad o capacidad restringida, y su remoción o renuncia del cargo. Asimismo, se completa el concepto en cuanto al supuesto de la tutela compartida, figura que se incorpora con esta ley en virtud de su acabado reconocimiento jurisprudencial y doctrinario. Por tanto, establece que la causa de cesación de uno de los tutores no afecta al otro, que debe mantenerse en su cargo a menos que el juez no lo estime conveniente a los intereses del niño/a o adolescente.

Del mismo modo, la norma impone a determinadas personas —albacea, herederos del tutor o al otro tutor— el deber de informarle al juez acerca de la muerte del tutor si ella ocurriere. Asimismo, debe tomar todas aquellas medidas que estimen adecuadas y pertinentes para la protección de la persona y de los bienes del niño/a o adolescente sujeto a tutela. Se procura, de esta manera, evitar la exposición del niño/a o adolescente a una situación de desamparo y desprotección; y es aplicable, por analogía, lo dispuesto en el art. 111 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Conclusión y cesación de la tutela

La diferencia entre estas dos categorías reviste en que la primera supone que la tutela no es necesaria cuando se dan determinadas circunstancias, mientras que en la segunda hay una mera sustitución de un tutor por otro.

2.2. Causales de conclusión

Son causales de conclusión de la institución tutelar:

- muerte de la persona menor de edad tutelada;
- desaparición de la causa que dio lugar a la tutela;
- mayoría de edad alcanzada por el tutelado/a;
- emancipación del tutelado por matrimonio.

2.3. Causales de cesación

Son causales de cesación del tutor en su cargo:

- muerte del tutor;
- declaración de su incapacidad o capacidad restringida del tutor;
- remoción del tutor;
- renuncia del tutor.

2.4. Tutela compartida

En el caso de que la tutela estuviese ejercida por más de un tutor, la causa de cesación de uno de ellos no afecta al otro, que debe mantenerse en el cargo a menos que el juez estime conveniente a los intereses del niño/a o adolescente hacerlo cesar en sus funciones.

2.5. Muerte del tutor

La norma impone al albacea, a los herederos o al otro tutor —en caso de tutela compartida— el deber de informar al juez el acaecimiento de esta circunstancia a fin de evitar el desamparo, aunque sea momentáneo, del niño/a o adolescente debido a la muerte del tutor.

Estas personas están legitimadas para tomar todas aquellas decisiones que estimen necesarias y adecuadas hasta tanto el juez adopte las medidas requeridas para el caso.

ARTÍCULO 136.- ***Remoción del tutor.*** *Son causas de remoción del tutor:*

a. *quedar comprendido en alguna de las causales que impide ser tutor;*
b. *no hacer el inventario de los bienes del tutelado, o no hacerlo fielmente;*
c. *no cumplir debidamente con sus deberes o tener graves y continuados problemas de convivencia.*

Están legitimados para demandar la remoción el tutelado y el Ministerio Público.

También puede disponerla el juez de oficio.

1. Introducción

Las causales de remoción del tutor son: la configuración de alguna de las causales que impiden ser tutor, la no realización del inventario de los bienes del niño/a o adolescente en el término y forma establecidos en la ley, el incumplimiento de los deberes a su cargo, o si tuviera reiterados conflictos de convivencia con la persona menor de edad. La posibilidad de remover al tutor encuentra su fundamento en la necesidad de otorgar al niño/a o adolescente las mayores garantías para que pueda alimentarse, desarrollarse integralmente, favorecer su autonomía, ser escuchado según su edad y grado de madurez, y obtener la satisfacción para sus derechos personales y patrimonio.

Se establecen causas generales de remoción de los tutores quedando a la interpretación judicial la determinación sobre el encuadre legal que comprenden los supuestos del presente artículo, respecto de las conductas alegadas.

La norma autoriza tanto al tutelado (art.109, inc. a, CCyC) como al Ministerio Público (art. 103 CCyC) a solicitar la remoción del tutor cuando se configure alguno de los

Infojus

supuestos enumerados anteriormente. Esto resulta concordante con lo establecido en el art. 26 CCyC: *"… la [persona] 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 con asistencia letrada"*. El juez también puede disponer de oficio la remoción del tutor si lo encontrare necesario.

2. Interpretación

2.1. Causales que impiden ser tutor

Se encuentran enumeradas en el art. 110 CCyC y, de configurarse alguna, pueden dar lugar a la remoción del tutor de su cargo por ser contrarias a los intereses personales y patrimoniales del niño/a o adolescente para quien el tutor desempeña la tutela.

2.2. No haber realizado el inventario

Configura esta una causal de remoción expresa del tutor cuando se omite la realización del inventario o no se lo haga fielmente.

2.3. Incumplimiento de sus deberes

El tutor también es removido de su cargo cuando no cumpla con los deberes que estuvieren a su cargo respecto a la persona menor de edad y a sus bienes. Asimismo, opera como causal de remoción mantener continuados conflictos de convivencia con el niño/a o adolescente si viven juntos.

2.4. Legitimados

Están autorizados para demandar la remoción del tutor: el tutelado y el Ministerio Público (art. 103 CCyC). También el juez de la tutela puede removerlo de oficio. La remoción debe tramitarse por la vía judicial.

2.5. Suspensión del tutor

Mientras se tramita el proceso de remoción, el tutor puede ser suspendido y nombrarse en su lugar otro tutor provisional.

ARTÍCULO 137.- ***Suspensión provisoria.*** *Durante la tramitación del proceso de remoción, el juez puede suspender al tutor y nombrar provisoriamente a otro.*

1. Introducción

La norma consagra expresamente la figura de la suspensión provisoria del tutor, que no estaba explícitamente señalada en el CC. Se busca evitar que la oposición de intereses entre el tutelado y tutor —ya que es sometido a un proceso de remoción— cause mayores perjuicios a los intereses del niño/a o adolescente.

Mientras dure el proceso de remoción, el juez puede suspender al tutor en el ejercicio de sus funciones y designar a otro tutor provisional para que lo sustituya hasta tanto la nueva tutela sea discernida o el tutor original sea reincorporado en su cargo.

2. Interpretación

La norma autoriza al juez para que suspenda al tutor en el ejercicio de sus funciones cuando al mismo tiempo se tramita el proceso de remoción. El Código lo autoriza a designar

un tutor provisional para que desempeñe el cargo en su lugar. Esta medida encuentra su razón en la protección del niño/a o adolescente, ya que si el objeto del proceso es remover al tutor del cargo, es lógico que puedan suscitarse conflictos de intereses entre el niño/a o adolescente y el tutor. A fin de que la persona menor de edad no se vea perjudicada por las circunstancias, el juez puede nombrar un tutor provisional mientras dure el trámite del proceso de remoción.

SECCIÓN 3ª(*)

Curatela

ARTÍCULO 138.- ***Normas aplicables.*** *La curatela se rige por las reglas de la tutela no modificadas en esta Sección.*

La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin.

Remisiones: ver arts. 32, 38, 103, 104, 105, 109 y 117 CCyC y ss.

1. Introducción

En esta Sección se regula lo referente a la representación de las personas declaradas incapaces por sentencia en el supuesto excepcional del art. 32, parte final, CCyC, representación que opera a través del instituto de la curatela (arts. 32 y 38 CCyC). Esta regulación se determina, en principio, por remisión a las normas de la tutela (art. 104 CCyC y ss.), tal como establecía el art. 475 CC. La remisión opera en tanto no se disponga en sentido contrario en esta Sección.

Se menciona expresamente la que se califica como función central del curador, en el interés de la persona incapaz protegida, y se determina el destino congruente de las rentas provenientes de sus bienes.

2. Interpretación

2.1. Remisión

Son en principio aplicables las normas relativas a la tutela, a excepción de disposición en contrario obrante en esta Sección 3ª.

En particular, rigen las especificaciones relativas a la finalidad de la tutela —en razón del fin protectorio de ambos institutos (art. 104 CCyC)— y los caracteres comunes, a saber: la cualidad unipersonal o plural según el mejor interés y conveniencia en favor de la persona protegida; la intransmisibilidad del cargo; la solución ante conflicto de intereses con intervención del juez y Ministerio Público (art. 105 CCyC). La actuación de este último organismo se determina conforme lo dispuesto por el art. 103 CCyC, a cuyo comentario remitimos.

Por su parte, la selección y designación de los eventuales curadores no se rige por la remisión del artículo en comentario a las normas de la tutela —en el caso, art. 106 CCyC y ss.—, ya que en este aspecto la solución está específicamente diseñada para la curatela en el

(*) Comentarios a los arts. 138 a 140 elaborados por Silvia E. Fernández.

Infojus

art. 139 CCyC. Ello, sin perjuicio de varias facetas en común que se observan en ambos casos. Así, por ejemplo, los padres pueden designar tutores para sus hijos menores de edad (art. 106 CCyC) y también pueden nombrar curador/es y/o figura/s de apoyo (art. 139 CCyC). En ambos casos, ello está sujeto a posterior aprobación y discernimiento judicial (art. 112 CCyC).

En cuanto a la designación de una representación especial (tutela especial) en los supuestos enumerados en el art. 109 CCyC, esta norma es trasladable al caso de la curatela por efecto de la remisión mencionada, siendo posible —y de hecho ocurre así en la práctica— que se configure la necesidad de designar curadores especiales ante situaciones que así lo ameritan, en particular las que tengan que ver con conflictos de intereses entre los diversos asistidos y/o en casos de administraciones complejas, que requieren conocimientos especiales, sea por el número de bienes o sus cualidades. Desde otra perspectiva, un supuesto particular de curatela especial tiene lugar durante el mismo proceso de restricción a la capacidad jurídica, en que procede la designación de un curador especial o curador *ad bona* en los casos de existencia de bienes que deban ser preservados y/o administrados, como así también a los fines de la representación provisoria de la persona en juicios o procesos con contenido patrimonial.

En relación a la designación del curador, ella es tratada en forma expresa por el art. 139 CCyC, al que remitimos, en forma coincidente con lo dispuesto en el art. 112 CCyC.

Finalmente resultan también de aplicación los artículos incorporados —a partir del artículo 117 y ss. CCyC—, en relación al ejercicio de la tutela, su función de representación legal, el régimen de responsabilidad, los actos prohibidos y aquellos que requieren autorización judicial, la rendición de cuentas, remoción y causales del cese de la función. A dichas normas corresponde remitir.

2.2. Competencia

La competencia para la designación del curador corresponde al juez del proceso de restricción de la capacidad civil, por tratarse de la consecuencia resultante de esta decisión. En efecto, en la sentencia en que el juez decide declarar la incapacidad de la persona —supuesto excepcionalísimo, art. 32, parte final, CCyC—, debe designar quién/es ejercerán el rol de curador/es de la persona incapaz. Del mismo modo, en la sentencia que decreta restricciones a la capacidad, el juez debe establecer quién/es se constituyen como figuras de apoyo de la persona, diseñando el régimen de actuación y fijando las condiciones de validez de los actos jurídicos en relación a la actuación de la persona y su apoyo (arts. 32, 38, 43 y concs. CCyC).

En caso de necesidad de cambios de curador posteriores —por muerte, renuncia, remoción, mudanza de domicilio, imposibilidad de continuar ejerciendo el cargo u otros—, la competencia corresponde al mismo juez del proceso principal, pues hasta el fallecimiento y/o rehabilitación plena de la persona, dicho magistrado continúa ejerciendo el control y seguimiento en protección del asistido. En caso de eventual cambio de domicilio de la persona protegida, corresponde asumir la competencia del proceso de restricción a la capacidad —y, por ende, resolver en su caso cualquier eventual cambio de curador— al juez del lugar en que aquella tenga su residencia actual, en razón del principio de inmediatez. Así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

Así, el conocido caso "Duarte", en relación a la protección de las personas en situación de internamiento involuntario, la CSJN dijo que *"resulta imperioso —atento su vulnerabilidad y desprotección—, extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo*

de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección";[166] mientras que en el caso "Tufano"[167] sentenció que *"el juez del lugar donde se encuentre el centro de internación es el más indicado para adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla"*.

En coherencia con esta línea, el CCyC incorporó el principio de inmediación, tanto en el proceso de restricción de la capacidad (arts. 31 y 35 CCyC) como en los procesos de familia en general (art. 706 y concs. CCyC). Remitimos a los comentarios formulados a dichas normas.

2.3. El supuesto de las figuras de apoyo

A partir del art. 139, el CCyC aborda la actuación de las llamadas figuras de apoyo, cuya designación corresponde en caso de restricciones parciales al ejercicio de la capacidad (arts. 32, 43 y concs., CCyC). Así, si bien lo establecido en el segundo párrafo de este art. 138 aparece referido a la figura del curador, cabe aclarar que es función de la persona o personas de apoyo procurar la asistencia de la persona protegida para la toma de decisiones, facilitando la comunicación y comprensión, y posibilitar su manifestación de voluntad promoviendo su autonomía en el ejercicio de sus derechos. En tal sentido, la referencia del art. 138 al deber del curador de "*cuidar*" de los bienes y persona del asistido involucra o abarca también a la actuación de las personas de apoyo: el "*modo*" de ejercer dicho "*cuidado*" resulta el de la promoción de la autonomía, diseñado como función central y caracterizante de la figura de apoyo. Dice así el art. 43 CCyC en su parte pertinente: "*… Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos…"*.

2.4. Función del curador, y también de la figura de apoyo

El artículo en comentario señala que *"La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud"*.

Esta referencia señalada como rol del curador, pero también extensible a la figura de apoyo, debe alejarse de toda interpretación puramente médica o sanitaria. La expresión apunta a la dedicación de la persona que ejerza la curatela o que opere como figura de apoyo, en pos de garantizar el acceso al mayor nivel de salud y calidad de vida de su asistido. Involucra la responsabilidad por parte del curador como también de la figura de apoyo, en relación al cuidado integral de la persona amparada.

Recordamos que si bien el concepto de "*salud*" en su llana descripción gramatical parece referir a un aspecto puramente médico, desde una perspectiva holística ha sido definido por la Organización Mundial de la Salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades"*.[168] Al amparo de esta misma visión ecológica e integral, la salud, en cuanto derecho, excede una noción acotada o restringida a la necesidad de atención y prestación de servicios relacionados con la persona "*en situación de enfermedad*".

(166) CSJN, "Duarte", 05/02/2008, consid. 3.

(167) CSJN, "Tufano Ricardo A. s/ internación", 27/12/2005, *La Ley*, 4/56161. Doctrina que sería reiterada luego en "R., M. J", 19/02/2008, en *JA* 2008-II-113.

(168) OMS, "Preámbulo", Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Conferencia Sanitaria Internacional, Nueva York, 19/06 al 22/07/1946, vigente desde el 07/04/1948, sin modificaciones.

Infojus

Esta concepción amplificada es plenamente aplicable en el caso de las personas con discapacidad, más adecuadamente contextualizadas en la época actual desde la noción de "*diversidad funcional*", luego de superar la percepción que confunde los conceptos de diversidad funcional y enfermedad, confusión derivada de la fuerte implantación del modelo médico-rehabilitador.

Por el contrario, a la luz del modelo social de la discapacidad, la CDPD (aprobada por ley 26.378) dice: *"Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud…"* (art. 25).

Así, desde la perspectiva convencional —que ha sido receptada en la Ley nacional 26.657 de Salud Mental—, el derecho a la salud se interpreta como un derecho de contenido polisémico, acorde a la revisión del término "salud" explicitado; el correlativo derecho avanza más allá de su focalización en prestaciones exigibles para la atención sanitaria o para paliar la enfermedad, e incluye aspectos más amplios como prestaciones de habilitación, rehabilitación integral (art. 26 CDPD), ayudas técnicas, tecnologías de la información y, más ampliamente, todos aquellos ajustes razonables y mecanismos de apoyo que operen como herramientas útiles para garantizar el derecho central de accesibilidad universal, en este caso, del derecho a la salud.

Asimismo, y siguiendo también a la OMS, el derecho a la salud se relaciona con todo aquello que reafirme el derecho a la calidad de vida, en cuanto percepción personal de la vida digna o de calidad, según el contexto cultural y de valores en que se desenvuelve la persona. En esto ancla, nada menos, que el respeto a la dignidad personal, amparado en la Convención como "*Principio general*": la Convención promueve *"el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas"* (art. 3° inc. a, CDPD).

Corresponde asimismo considerar el papel central que ejercen las personas del entorno familiar en su rol de integrantes de la red de apoyo de la persona, en la implementación y coordinación de medidas de sostén, en especial en todo lo relacionado con el control del tratamiento y acompañamiento en el suministro de la medicación, uno de los aspectos centrales de la "atención de salud" que garantiza un menor riesgo de posibilidad de descompensación de la persona. En efecto, una de las principales causas que provocan la falta de autocuidado y la pérdida de referencia, y generan el riesgo de crisis de las personas con discapacidad psicosocial, es justamente un inadecuado seguimiento ambulatorio del plan de medicación y/o terapéutico indicado por el equipo interdisciplinario que atienda al usuario.

De allí que la "*recuperación de la salud*" a la que alude el artículo del CCyC aquí en comentario no puede entenderse en otro sentido que no sea la garantía del mejor nivel de salud integral, en consonancia con las disposiciones de la Ley nacional de Salud Mental y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Finalmente, la referencia a la aplicación de las rentas de los bienes de la persona ha de interpretarse en armónico sentido. El primer destino de inversión de los fondos debe guardar relación con la prestación de una mejor calidad de atención y, así, por ejemplo, favorecer el tratamiento de salud en ámbitos privados que garanticen un seguimiento más frecuente, mayor facilidad o celeridad en el acceso y amplitud de prestaciones.

ARTÍCULO 139.- ***Personas que pueden ser curadores.*** *La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.*

Los padres pueden nombrar curadores y apoyos de sus hijos incapaces o con capacidad restringida, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente.

A falta de estas previsiones el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 32 y 43 CCyC.

1. Introducción

En esta norma, el CCyC regula la designación de curadores, aplicable también a la elección de figura de apoyos, con las particularidades del caso, tal como a continuación veremos. Si bien el artículo se titula "*Personas que pueden ser curadores*", de la lectura del mismo se deriva que deviene aplicable para ambos supuestos de asistencia.

Con esta norma se modifica la regulación anterior que establecía determinadas preferencias en virtud del vínculo de parentesco con la persona amparada, en una suerte de orden preestablecido, obviando u olvidando que la realidad muchas veces aparece divorciada de las presunciones legales acerca de quiénes pueden ejercer un mejor cuidado o atención de la persona. El concepto definitorio en el CCyC no es ya el mero dato del parentesco y sus grados —más cercanos o más lejanos—, sino prioritariamente la idoneidad del designado.

No son aplicables, entonces, las normas de la tutela, pues existe aquí una norma especial que regula la cuestión.

Finalmente, el CCyC unificado introduce una novedad, la posibilidad de designación de curador y/o figura de apoyo por la propia persona interesada. Como a continuación veremos, es esta, en realidad, la primera pauta a seguir para la elección y, recién a falta de ella se procede a designar conforme las especificaciones del artículo.

2. Interpretación

2.1. La autodesignación mediante directiva anticipada

En primer término, el CCyC incluye en forma expresa la posibilidad de que el interesado designe, mediante una directiva anticipada, quién ha de ejercer el cargo de su curador o apoyo.

Genéricamente, podemos hablar de un derecho al auto dictado de estipulaciones previsoras de la futura incapacidad. Bajo este término se incluyen todas las diversas manifestaciones de voluntad efectuadas por la persona en ejercicio de su capacidad que son dirigidas a asegurar, prever o anticipar su situación de futura imposibilidad de autoejercicio de sus derechos. Se las ha denominado de diversas maneras: *"directivas anticipadas"*, *"estipulaciones para la futura incapacidad"*, *"voluntad anticipada"*, *"actos de autoprotección"*, entre otros.

Infojus

Los derechos comprendidos en la estipulación pueden comprender los relativos a tratamientos en salud como también lo referido al ejercicio de los derechos civiles, tanto personales como patrimoniales. Así, y a simple título ejemplificativo, estipulaciones sanitarias, autotutela o autocuratela —según la denominación del ordenamiento jurídico que corresponda—, mandatos para protección futura, conformación de patrimonio protegido o fideicomisos sucesorios.

Estas estipulaciones son actos jurídicos unilaterales, pues no dependen de la conformidad o aceptación de persona alguna al momento de su dictado. Son vinculantes para quien debe ejecutar la directiva —sea profesional sanitario, familiares, juez en caso de convalidación de autodesignación de curador— ya que debe seguir las condiciones establecidas por el estipulante. Son revocables y de ejercicio personalísimo.

El reconocimiento y convalidación de las directivas anticipadas se basan en el respeto al ejercicio de la autonomía personal, derecho afincado en la dignidad personal y que como dijera mucho tiempo atrás la misma Corte Federal, forma parte del "señorío" que la persona ejerce en relación a su propia vida y cuerpo.[169] En este *leading case*, la Corte dijo que *"… cualquiera sea el carácter jurídico que se le asigne al derecho a la vida, al cuerpo, a la libertad, a la dignidad, al honor, al nombre, a la intimidad, a la identidad personal, a la preservación de la fe religiosa, debe reconocerse que en nuestro tiempo encierran cuestiones de magnitud relacionadas con la esencia de cada ser humano y su naturaleza individual y social. El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente—, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. (…) Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato —derechos reales, derechos de crédito y de familia—, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre"*.

El CCyC introdujo en forma expresa una norma que regula el otorgamiento de directivas anticipadas en materia de salud. Esta facultad había sido previamente reconocida mediante la modificación —por ley 26.742—, de la Ley 26.529 de Derechos del Paciente, que dice: *"Directivas anticipadas. Toda persona capaz mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes. La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá de la presencia de dos (2) testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó"* (art. 11).

Ahora, el CCyC —art. 60— dispone *"Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que ha de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las*

(169) CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", 06/04/1993, en *La Ley*, 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagüés; posición que fue posteriormente convalidada en "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias", 01/06/2012.

directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento".

Dicho artículo regula la facultad de la persona comprometida de disponer, mediante las llamadas directivas anticipadas o estipulaciones anticipatorias de la futura incapacidad, todas aquellas cuestiones relacionadas con la toma de decisiones referidas a su tratamiento en salud, actos médicos y tratamientos admisibles o no admisibles, dictadas en la época actual y en previsión de su futura incapacidad.

La norma mejora y amplifica la previsión de la ley 26.529 —art. 11—, al incorporar la facultad de designación de un mandatario para la toma de decisiones médicas en situación de futura incapacidad, así como para el ejercicio de su curatela. Omite lo relativo al modo de otorgamiento de la directiva, que en la Ley de Salud se impone mediante escribano público o juzgados de primera instancia, formalización desacertada por la improcedencia de derivar estas cuestiones a ámbitos ajenos a los estrictamente sanitarios, sin perjuicio de la necesidad de garantizar, en caso de celebración en estos escenarios de salud, todos los recaudos necesarios que impidan la mecanización o burocratización del proceso de otorgamiento del acto, tal como ocurre con el consentimiento informado, lamentablemente realizable, en la mayor parte de los casos, mediante la entrega al paciente de un formulario pre-impreso cuya firma se le exige sin mayor información ni explicación.

En el caso de la designación mediante escritura pública, esta forma impone a la persona gastos onerosos de confección que no siempre podrán ser asumidos. En cuanto a la designación ante juez competente, se observa una judicialización innecesaria de las cuestiones relativas a la autodeterminación sanitaria, que no resulta justificada tratándose de la determinación en ejercicio de la autonomía personal y estando ausente cualquier "conflicto de intereses" que deba ser dirimido por un juez. En este sentido, puede verse el fallo "R. R. T.",[170] donde se entendió que *"… podría resultar asimismo conveniente, en especial para personas sin recursos económicos con atención sanitaria a través de hospitales públicos, que una futura modificación legislativa, o reglamentación en su caso, previera también la posibilidad de instrumentar las directivas anticipadas, con todas las garantías del caso, a través de la propia institución de salud en la cual el paciente pudiera atenderse o encontrarse internado"*.

Volviendo al art. 139 CCyC, aquí se regula la posibilidad de designación del propio curador mediante directiva anticipada. Ello coincide con el art. 60 CCyC ya citado, que prevé, como mencionamos *"… puede también designar la persona o personas que han de (…) ejercer su curatela…"*.

En el derecho comparado, podemos citar la Ley de Protección Patrimonial de Personas con Discapacidad, de España, que dispone: *"cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor"* (art. 223).

Finalmente, debemos advertir que, sin perjuicio que el CCyC refiere en el artículo en análisis a la facultad de designar, mediante directiva anticipada, a quien ha de ejercer la curatela, esta facultad comprende la de designar una figura de apoyo para el acompañamiento y despliegue del proceso de toma de decisiones. En efecto, la actuación de la figura de

(170) JTran n° 4, Mar del Plata, "R. R. T", 05/07/2012, en *LLBA* 2012, 1068, con nota de Luz María Pagano; *DFyP* 2012, 229, con nota de Nelly A. Taiana de Brandi.

Infojus

apoyo opera en caso que la persona se encuentre en una situación de disminución de su capacidad, que le impida la toma de decisiones plena y libre en relación a las cuestiones que la involucran, requiriendo la intervención de un apoyo que favorezca el proceso de información, comprensión y manifestación de voluntad (art. 43 CCyC); ello teniendo en consideración que la restricción a la capacidad es variable en función de la variabilidad propia de la condición de salud mental y la eventual afectación al cuidado de su persona y/o bienes; así, la naturaleza maleable o graduable de las funciones de la figura de apoyo posibilita incluir la asistencia o integración para la toma de determinadas decisiones futuras. Por su parte, la figura del curador opera en el caso severo de imposibilidad de manifestación de la voluntad. Así, entonces, la persona podría prever perfectamente ambas situaciones en su directiva anticipada, a cargo de una o diversas personas, procediendo luego la actuación de una u otra en función del grado de deterioro que su situación futura presente.

Se advierte que, en el caso de declaración de incapacidad prevista en el Código como supuesto excepcional aplicable al caso en que la persona se ve impedida de manifestar voluntad por cualquier medio, modo, o formato adecuado (art. 32, parte final, CCyC), la previa designación mediante directiva anticipada puede resultar una variante útil a fin de garantizar el respeto futuro de la voluntad de la persona. En cambio, en el caso de la designación de la figura de apoyo como consecuencia propia de la restricción de la capacidad, la persona tiene, además, la posibilidad de manifestar su voluntad en el propio proceso de restricción ante el juez de su causa (arts. 32, 35 y 43 CCyC).

2.2. La designación del curador y/o la figura de apoyo por los padres

En sentido similar a lo previsto en relación a la tutela —"tutela designada por los padres", art. 106 CCyC—, se prevé la posibilidad de que los padres designen la/s persona/s que han de ejercer la curatela y/o desempeñen el rol de figura de apoyo. Esta norma sería aplicable, asimismo, en razón de la remisión del art. 138 CCyC. Rige así lo relativo a la forma de la designación —escritura pública o testamento—, designación que debe ser aprobada judicialmente.

Son de ningún valor las disposiciones que dispensen de la obligación de rendir cuentas o de las prohibiciones respecto a actos vedados al curador; ello, en protección de la persona incapaz, tal como ocurre en el caso de las personas menores de edad.

Esta facultad de designación en relación a la tutela preexistía en el derecho derogado (art. 383 CC), como también en relación a la curatela, según art. 479 CC: *"En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos"*.

La designación puede serlo tanto para el nombramiento de curador/es como de apoyo/s, ello según el supuesto que se trate: incapacidad —el excepcional del art. 32, parte final, CCyC—; o bien los casos de restricciones a la capacidad, con la consecuencia de la designación de la figura de apoyo (arts. 32 y 43 CCyC).

Recordamos que el art. 43 CCyC define la figura de apoyo del siguiente modo: *"… Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos…"*.

El apoyo puede ser singular o plural. Puede integrarse por familiares, operadores externos, trabajadores sociales, instituciones, o bien una o varias de estas opciones. El Código sigue

el modelo convencional en cuanto a la permeabilidad no solo funcional —cualitativa—, sino también en la dimensión cuantitativa —número de personas—. Asimismo, esto es coherente con la modificación de la anterior regla de la unilateralidad de las figuras de tutela y curatela, que en el nuevo sistema admiten la pluralidad (arts. 105, 138 y 139 CCyC).

Según el grado de afectación de los derechos, las medidas de apoyo podrán tener diferente intensidad. Pero, más allá de las diversas modalidades que pueda adoptar, lo que define una medida de apoyo es el despliegue de su actuación y finalidad: favorecer la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona. El objetivo no es la "protección" de la persona sino la "promoción" de sus derechos. Remitimos al comentario de los arts. 32 y 43 CCyC a los fines de dimensionar lo relativo al alcance y función de estas figuras.

2.3. Elección por la propia persona interesada, en el proceso judicial

Aunque el artículo en comentario no lo menciona en forma expresa, la propia persona interesada —es decir, quien está sometido a proceso de restricción de su capacidad— puede manifestar su preferencia en relación a quién ejercerá el rol de figura de apoyo, durante el proceso judicial. Elección que debe ser valorada por el magistrado y, en caso de ser favorable a la persona —en relación con el rol de promoción de la autonomía y cuidado de sus derechos—, proceder a su designación.

Esta facultad surge no solo como derivación del artículo en análisis, pues si la persona puede designar figura de apoyo mediante directiva anticipada, como explicamos en el subtítulo 2.1, podría designarlo mediante acto válido judicial. La facultad se establece, además, en forma expresa en el CCyC, al regular lo atiente a la figura de apoyo y sus funciones. La norma, expresamente, prevé que *"… El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida…"* (art. 43) . Así, es la persona quien propone el apoyo y, de ser favorable a su interés, el juez la convalida.

Se observa cómo el esfuerzo por la participación de la persona en el proceso se materializa aquí en su propio interés, pues la actuación personal en el proceso, con la implementación de las medidas de accesibilidad y ajustes razonables, posibilitarán la propuesta de quien ha de constituirse como medida de apoyo de la persona interesada. Considerando el grado de profunda confianza y vinculación que debe existir entre la persona y quien preste el apoyo —en razón de la función de "favorecer la toma de decisiones"—, resulta justificado que, primeramente, se procure convalidar la decisión del propio interesado, que habrá de ser el que, en forma más personal y directa, conoce a quien o quienes se constituyen como sus figuras de confianza y sostén.

La referencia que en mayor medida efectuamos respecto de la designación de la figura de apoyo se fundamenta en que, en el caso de la incapacidad —supuesto excepcionalísimo, que motoriza el nombramiento de un curador—, la condición de la persona *"absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad"* (art. 32, parte final, CCyC) le impedirá la elección de apoyo en ese momento —sin perjuicio de la posibilidad de haber designado previamente dicha figura mediante directiva anticipada conforme ya analizamos—.

2.4. Designación judicial supletoria

A falta de los supuestos anteriores —designación mediante directiva anticipada, nombramiento por los padres o propuesta por la persona interesada— es el juez quien designa la figura de apoyo o el curador, según el caso.

Infojus

En el supuesto de la curatela, como dijimos, la posibilidad de designación por la propia persona se diluye en gran medida, según lo explicado en el párrafo final del punto precedente, por lo cual opera aquí la elección judicial en mayor medida, desde ya en caso de que los padres no hayan previsto quién ejercerá tal función.

El CCyC modifica la redacción del CC, que establecía una serie de preferencias según el vínculo de parentesco —abstractamente considerado y predeterminado— con la persona protegida. Así, se disponía que *"El cónyuge es el curador legítimo y necesario de su consorte, declarado incapaz"* (art. 476 CC) y *"Los hijos mayores de edad, son curadores de su padre o madre viudo declarado incapaz. Si hubiera dos o más hijos, el juez elegirá el que deba ejercer la curatela"* (art. 477 CC). Las soluciones aparecían excluyentes y, por lo demás, no permitían actuaciones conjuntas, conforme al sistema de unilateralidad vigente. Continuaba la antigua normativa diciendo que *"Cualquiera de los padres es curador de sus hijos solteros, divorciados o viudos que no tengan hijos mayores de edad, que puedan desempeñar la curatela"* —(art. 478 CC), nuevamente la solución era unilateral— y excluía el caso de los hijos casados en que la curatela correspondía al cónyuge (art. 476 CC). *"En todos los casos en que el padre o madre puede dar tutor a sus hijos menores de edad, podrá también nombrar curadores por testamento a los mayores de edad, dementes o sordomudos"* (art. 479 CC).

Según el CCyC, en cambio, y en caso de inexistencia de designación de curador por la propia persona en directiva anticipada y ausencia de designación por parte de los padres, corresponde que el juez efectúe la elección del curador, la que recae en el cónyuge no separado de hecho, el conviviente, los hijos, padres o hermanos de la persona. El criterio de selección se apoya en la acreditación de la idoneidad, que no es exclusivamente económica sino "moral", entendiendo que dicha calificación comprende la evaluación respecto a la aptitud de la persona para cumplir el rol central del curador (art. 138 CCyC). Esta idoneidad es valorada por el juez con el apoyo de los informes interdisciplinarios que meritúen, por un lado, la idoneidad de la persona, y por el otro, su vinculación con la persona protegida.

Asimismo, y aunque no haya hecho uso de su facultad de designar curador ni haya propuesto durante el proceso quién debería constituirse como su persona/s de apoyo, el juez debe oír a la persona y consultarla en forma expresa sobre la eventual designación, por ser trascendente el vínculo de confianza que debe existir, a los fines del cumplimiento del rol, entre la persona y su apoyo (art. 35 CCyC).

Por otro lado, la designación no debe ser necesariamente unipersonal. El CCyC admite el ejercicio conjunto de la tutela y curatela, receptando así una creciente jurisprudencia que promovía, durante la vigencia del CC, el apartamiento del criterio de unipersonalidad y la aceptación de la curatela conjunta, cuando ello satisfacía en mejor medida el interés de la persona protegida y el ejercicio de la función.

ARTÍCULO 140.- ***Persona protegida con hijos.*** ***El curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales.***

1. Introducción

La norma refiere al supuesto de declaración de incapacidad (regulada en el art. 32, parte final, CCyC), su consecuencia —designación de curador— y su efecto frente a la existencia de hijos menores de edad de la persona protegida. Así, desde que la incapacidad —si

bien excepcional en el nuevo régimen— excede la restricción parcial de actos e involucra la totalidad de actos jurídicos a cargo de la persona, se considera que ella se encuentra impedida de ejercer la responsabilidad parental en relación a sus hijos menores de edad. Como consecuencia, se dispone la actuación de dicho curador en doble carácter: como curador del asistido y tutor del hijo menor de edad de este.

2. Interpretación

2.1. El supuesto normativo

La solución de este artículo es inicialmente similar a la que preveía el art. 480 CC.

El supuesto abarcado es el de la declaración de incapacidad, no así el de la restricción al ejercicio de la capacidad (art. 32 CCyC). En este último caso, la respuesta jurídica se constituye en la implementación de un sistema de apoyos (arts. 32 y 43 CCyC) a designar por el juez en pos del ejercicio personal de derechos, el favorecimiento de la comunicación y la toma de decisiones personales, respetando la autonomía de la persona. Este sistema no es sustitutivo, por lo cual la persona —progenitor de los hijos menores en el caso— ejerce la responsabilidad parental, sin perjuicio de la asistencia de la figura de apoyo. Ello, a excepción de que en la sentencia se hubiese restringido el ejercicio de la responsabilidad parental en la extensión fijada en esa decisión (art. 38 CCyC), en el marco del principio central de la Reforma, que sostiene la capacidad como regla y la restricción a la autonomía de la persona en la menor medida posible (arts. 31, 38 y concs., CCyC).

Recordemos, además, que en el CCyC la valoración a los fines de la restricción a la capacidad no es el resultado de un criterio puramente objetivo —la existencia de *"enfermedad mental"* o *"adicción"*—, sino de su confrontación con el requisito determinante, que es la posibilidad de daño a la persona o bienes del afectado. De tal modo, la hipótesis de restricción al ejercicio de la responsabilidad parental se configuraría cuando estos perjuicios puedan preverse en relación a los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, es decir, ante su ejercicio por el progenitor cuya capacidad está en juego. Así, la sentencia que declara restricciones a la capacidad puede no haberlas establecido en relación a este aspecto, subsistiendo entonces allí el principio general de capacidad. Incluso puede pensarse en la opción que la sentencia solo restrinja el ejercicio de actos patrimoniales relativos a los bienes del hijo menor de edad —por razón de su mayor complejidad—, y no así el ejercicio de la responsabilidad parental en sus aspectos de contenido personal —cuidado del hijo, derecho-deber de comunicación, entre otros—.

En todos los casos, el juez, al sentenciar, debe medir el grado de afectación del ejercicio de la capacidad jurídica, determinando cuáles son los actos que la persona no puede realizar por sí: *"La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible"* (art. 38 CCyC). De tal modo, todo acto cuyo ejercicio personal se pretenda restringir, ha de ser así determinado en la sentencia, pues en caso contrario el principio es la capacidad jurídica (conforme lo dispuesto en el art. 31 CCyC; y art. 12 y concs. CDPD).

El art. 23 CPCD, instrumento internacional con rango constitucional, dispone: *"Respeto del hogar y de la familia. 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con*

Infojus

discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. (…) 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos…".

En el supuesto de capacidad restringida, entonces, por principio, el progenitor ejerce la responsabilidad parental siendo asistido por el apoyo. Solo en caso de declaración de incapacidad —supuesto excepcional, art. 32, parte final, CCyC—, corresponde la designación de curador y, en consecuencia, este asumirá el rol de tutor del hijo menor de edad.

Antes de la modificación legislativa impuesta por el CCyC, la jurisprudencia había dado muestras de soluciones ajustadas a la situación particular de las personas, reconociendo el ejercicio de la responsabilidad parental aun frente a personas en tránsito de procesos de "incapacidad" y/o aun con el dictado de la correspondiente sentencia de "incapacidad civil" o "insania".(171)

Debe aquí aclararse especialmente que la situación de dificultad o imposibilidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en el caso de una persona con discapacidad, nunca puede habilitar como su efecto la privación de la responsabilidad a su respecto, siendo la consecuencia prevista —en caso de imposibilidad de ejercicio de esta función concreta—, la suspensión. Ello así pues la causa que imposibilita un adecuado ejercicio de la función no guarda conexión con conductas o actitudes desplegadas por el progenitor en perjuicio del hijo, sino simplemente en una imposibilidad fáctica de ejercicio en razón de las propias limitaciones dadas por la condición de salud del progenitor y que le impiden el ejercicio del rol parental en tal medida. En este sentido, en un fallo clarificador, ya en vigencia del derogado CC, se sostuvo que *"Conforme la normativa expresa del art. 309 CC no corresponde aplicar el instituto de privación de la patria potestad para restringir el contacto de las personas con padecimientos mentales con sus hijos menores de edad, aun cuando se verifiquen algunos de los supuestos previstos en el art. 307 CC pues ellas son conductas que derivan de la propia condición de enfermedad del progenitor"*.(172)

(171) Trib. Coleg. Flia. N° 1 Mar del Plata, "F., C. A.", 01/02/2008; Trib. Coleg. Flia. N° 2 Mar del Plata, "G., L. M.", 10/12/2010; entre otros.

(172) Trib. Coleg. Flia. N° 2 Mar del Plata, "G., L. M.", fallo cit., en *Revista de Derecho de Familia. Doctrina y jurisprudencia*, n° IV, AbeledoPerrot, 2011, p. 105, con nota de Luz María Pagano.

2.2. La consecuencia: la actuación del curador como tutor del hijo menor de edad

El sistema opera del modo descripto por el artículo —el curador del incapaz es tutor de los hijos menores de este—. Sin embargo, corresponde aclarar que esta es la consecuencia en caso de inexistencia del otro progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental: es decir, si el hijo tiene doble vínculo filial, el supuesto de incapacidad provoca la suspensión al ejercicio de la responsabilidad parental del progenitor incapaz o limitado en relación a dicho ejercicio —art. 702, inc. c, CCyC— y el ejercicio de la responsabilidad parental se concentra en el otro progenitor —art. 641, inc. c, y art. 703 CCyC—. En efecto, *"El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure: (…) c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio…"* (art. 702, inc.c, CCyC).

El art. 703 CCyC agrega la solución derivada: *"Casos de privación o suspensión de ejercicio. Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente".*

Finalmente, el art. 641 CCyC dice: "*Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde: (…) c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro…".*

2.3. La opción: delegación de guarda a un tercero

El principio sentado en la primera oración del artículo en análisis registra una opción alternativa aplicable en el caso concreto, en función de lo que resulte mejor en interés del hijo menor.

El juez puede evaluar que la persona designada como curador, sin embargo, no resulta funcional o conveniente para el mejor cuidado del hijo menor de edad de su asistido, decidiendo en tal caso el otorgamiento de la guarda a un tercero. Se trata de una situación previsible en razón del cuidado especial y dedicado que requiere una persona con discapacidad a quien le ha sido restringida su capacidad, y pueden verse excedidas las posibilidades del curador para asumir también el rol del tutor.

No necesariamente el otorgamiento de guarda a un tercero implicará la no convivencia con el progenitor protegido: es posible que la persona designada guardador conviva con dicho progenitor —por ejemplo, en razón del vínculo familiar—.

La designación como guardador, en el caso, apunta a la protección de la persona y bienes del hijo menor de edad, es decir, al aspecto personal. En relación a las cuestiones patrimoniales, corresponderá, conforme expresa el artículo, su designación como tutor a los fines de la representación en las cuestiones patrimoniales.

Esta aclaración y posibilidad de maximización de las funciones tradicionales del guardador, a los fines de la protección de los intereses patrimoniales del menor de edad a su cargo, aparece coherente con la que también el Código prevé en los supuestos de delegación de guarda a un tercero —pariente—, en el que el juez puede designar a dicho guardador como el representante legal del niño/a o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial. El art. 104 CCyC, luego de definir al instituto de la

Infojus

tutela, dice: "… *Si se hubiera otorgado la guarda a un pariente de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un pariente. En este caso el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en toda aquellas cuestiones de carácter patrimonial*".

TÍTULO II (*)
Persona jurídica

CAPÍTULO 1
Parte general

SECCIÓN 1ª
Personalidad. Composición

ARTÍCULO 141.- *Definición.* ***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. Introducción

Con este artículo comienza la regulación de las personas jurídicas en el CCyC. En esta Sección 1ª se establecen los ejes de la regulación y sistematización de la persona jurídica. En tal sentido: 1) se la define, 2) se regula el comienzo de su existencia, 3) se consagra la personalidad jurídica diferenciada —como rasgo esencial de la persona jurídica— en relación a sus miembros, y 4) se estatuye con vocación general —para todas las personas jurídicas y no solo para las sociedades (art. 54, párr. 3 de la ley 19.550)— la teoría de la inoponibilidad de la personalidad jurídica.

2. Interpretación

La persona jurídica —llamada "*persona de existencia ideal*" en la redacción del CC— es un ente que normalmente recibe de las personas físicas, miembros o integrantes que la componen, el sustrato indispensable para poder existir como tal. En efecto, en el orden jurídico, la personalidad corresponde, como regla, a los individuos humanos. Sin embargo, también es conferida a los núcleos o grupos humanos constituidos por apetencia de sociabilidad, propia de la naturaleza humana, cuando tales núcleos reúnen las exigencias requeridas por el ordenamiento.

Como puede apreciarse, el CCyC ha terminado con la confusión que generaba el CC en cuanto a las diferentes denominaciones que utilizaba: "*personas jurídicas*" y "*personas de existencia ideal*". Así, la terminología se ha unificado desde que —excluidas las personas humanas— solo existen las personas jurídicas.

(*) Comentarios a los arts. 141 a 224 elaborados por Mauricio Boretto.

Infojus

La existencia concomitante de **individuos humanos** dotados de personalidad, que con su actividad contribuyen a realizar actos que el orden jurídico imputa al **grupo**, presenta la delicada cuestión de distinguir la personalidad del **grupo**, de la personalidad de los **individuos humanos** que lo conforman.

En el artículo que analizamos, la persona jurídica es definida como un ente (va de suyo que no es persona humana) al cual el ordenamiento jurídico le otorga aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones *"para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación"*.

De este modo, el CCyC reglamenta la garantía constitucional de asociarse con fines útiles (arts. 14 y 75, inc. 22, CN; art. 16 CADH; art. 22 PIDCYP), aclarando que el reconocimiento de la persona jurídica como ente con capacidad de derecho (según terminología del art. 22 CCyC) es para *"el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación"*. Consagra así claramente la "regla de la especialidad".

Recordemos que el art. 41 CC establecía que: *"Respecto de los terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su* ***capacidad de derecho,*** *acciones civiles o criminales"*.

Sin embargo, en manera alguna esta disposición legal importó equiparar —desde el punto de vista de la capacidad jurídica— a la persona humana con la persona jurídica. En efecto, a continuación, el art. 53 CC (ubicado en el Título II, Persona de existencia visible) aclaraba que a la persona humana: *"Les son permitidos todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política"*. Es que, para el ser humano, **todo lo que no está prohibido está permitido** (principio de legalidad y principio de reserva, art. 19 CN).

Sin embargo, y si bien esta regla de libertad y de capacidad que rige para las personas físicas también opera para las personas jurídicas, existe una importante salvedad: ellas pueden adquirir todos los derechos y ejercer todos los actos que no les sean prohibidos y que se ajusten al **principio de especialidad**.

El principio de especialidad indica que la capacidad de la persona jurídica solo puede ejercerse en orden a los fines de su constitución, es decir, de acuerdo a aquellos objetivos que, en su momento, el Estado computó como conducentes y en vista de los cuales reconoció al ente como sujeto de derecho. Al margen de esos fines, la persona jurídica está privada de toda capacidad porque, en verdad, también carece de personalidad.

Según la opinión doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, la interpretación sobre la determinación de la actividad autorizada a la persona jurídica debe ser realizada con **prudencial amplitud**; en tal sentido, se ha resuelto que es necesario apreciar los fines de la entidad de modo tal que, además de los actos jurídicos correspondientes a su **objeto**, se entienda que ella también está capacitada para practicar los actos que, por implicancia, sean requeridos para la mejor consecución de tales **fines**.

Por aplicación de este criterio, debe considerarse que la persona jurídica está habilitada para encarar toda actividad más o menos relacionada con el fin de su creación, desde que son sus autoridades las que deben elegir los medios adecuados para el logro de ese fin y,

Infojus

en orden a ese propósito, realizar los actos jurídicos consecuentes. Por ejemplo, una sociedad, aunque su actividad no sea adquirir bienes automotores, tiene capacidad para adquirir un automotor para la distribución de los productos que fabrica. De igual modo, puede realizar actos jurídicos encaminados a la organización de centros culturales para su personal y otorgarles préstamos para la construcción de la vivienda propia, porque ello contribuye al bienestar de los empleados y redunda en un mayor rendimiento en la producción.

Por el contrario, el principio de la especialidad impide que se desvirtúe el objeto para el cual la persona jurídica se ha constituido. Por ejemplo, una sociedad anónima constituida para explotar una mina no puede realizar actividad financiera; una asociación cultural no puede dedicarse a ejercer el negocio inmobiliario.

En suma, mientras que a la persona humana le son permitidos todos los actos y puede ejercer todos los derechos que no le estén expresamente vedados, la persona jurídica solo goza de capacidad jurídica para todo lo que está comprendido en sus **fines propios**: *"para los fines de la institución"*, en la terminología del CC (art. 35); y —con mejor factura— *"para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación"*, en el CCyC (art. 141).

ARTÍCULO 142.- ***Comienzo de la existencia.*** ***La existencia de la persona jurídica privada comienza desde su constitución. No necesita autorización legal para funcionar, excepto disposición legal en contrario. En los casos en que se requiere autorización estatal, la persona jurídica no puede funcionar antes de obtenerla.***

1. Introducción

El reconocimiento de la persona jurídica como ente con capacidad de derecho puede ir desde el otorgamiento formal de la personalidad jurídica, mediante autorización y aprobación del Estado, hasta la simple consideración de la entidad como sujeto de derecho sin necesidad de autorización estatal expresa.

La fuerza jurígena de la voluntad en la creación de las personas jurídicas privadas dentro del marco de las formas admitidas, adopta como principio general aquel según el cual —excepto disposición en contrario— la personalidad jurídica nace con el acuerdo de voluntades.

El CCyC establece, de este modo, el principio de la libre constitución de las personas jurídicas: nacen desde el acto de su constitución y fruto de la libre voluntad de las partes, sin otro recaudo, excepto que la ley exija un requisito adicional.

A decir verdad, el reconocimiento estatal y el registro —en su caso— son elementos formales necesarios para la personificación de una entidad, aunque el carácter decisivo es la **voluntad privada**. La intervención estatal es un reconocimiento meramente complementario y en función de policía de la entidad creada por los particulares. Ello no obsta a que, cuando expresamente se requiere autorización estatal, la personalidad quede condicionada a ese acto de la administración pública.

2. Interpretación

Nuestro sistema legal (tanto en el CC como en el CCyC) contiene diferentes regulaciones según el tipo de persona jurídica, aunque la pauta general es el sistema de libre constitución.

2.1. Sistema de concesión o autorización estatal

El poder de policía del Estado constituye un acto mixto de autorización de la personería y aprobación de los estatutos de la entidad. Es el caso de las asociaciones y fundaciones (art. 45 CC y art. 169 CCyC).

2.2. Sistema de disposiciones normativas o sistema de registro

Es un sistema intermedio en el cual no se llega a la plena libertad en materia de constitución de las personas jurídicas privadas, sino que se la reglamenta en base al cumplimiento de recaudos legales por parte de los fundadores. Es el supuesto actual de las sociedades comerciales, ley 19.550 —cuya denominación a partir del 1° de agosto de 2015 será Ley General de Sociedades, conforme al anexo II de la ley 26.994—, según el cual los socios fundadores pueden elegir entre varios tipos sociales preestablecidos legalmente, cada uno de los cuales —a su vez— tiene requisitos esenciales tipificantes que lo caracterizan como tal (por ejemplo, la sociedad anónima) y lo diferencian de los otros (por ejemplo, la sociedad de responsabilidad limitada), debiendo inscribirse además en el registro público correspondiente.

2.3. Sistema de constitución libre

Sin perjuicio de observar ciertas formas legales, la libertad en materia de constitución de personas jurídicas es mayor. Es lo que ocurre con las sociedades civiles (art. 1184 CC), que desaparecen en el CCyC, y las simples asociaciones (art. 46 CC y art. 187 CCyC).

Desde antiguo, se formularon críticas al sistema de autorización estatal:

- que constituye una restricción al derecho de asociación, al otorgar al poder público facultades para hacer de la consideración del objeto de bien común una cuestión política;
- que el derecho de asociarse con fines útiles lleva implícito el derecho de obtener la autorización estatal a favor de las personas jurídicas que, como consecuencia de esa asociación, fueren constituidas.

Sin embargo, a favor del sistema de autorización estatal —que hoy impera en el derecho argentino y lo hará en la era del CCyC para algunos tipos de personas jurídicas—, se ha contestado las críticas afirmando que *"el derecho de asociarse que garantiza la Constitución Nacional no genera el derecho subjetivo de acceder a la personería jurídica. De donde no hay agravio a ningún derecho subjetivo cuando no se concede la autorización para funcionar en los términos del art. 33 Cód. Civil puesto que los interesados pueden funcionar como simples asociaciones del art. 46 Cód. Civil que son sujetos de derecho aunque no tengan existencia legal como personas jurídicas"*.[173]

Siguiendo esta última línea de razonamiento, si bien hoy los sujetos de derechos que no son personas humanas son personas jurídicas —no hay otra alternativa—, una entidad que no obtiene autorización estatal para funcionar como "asociación civil" podrá hacerlo como "simple asociación" (arg. art. 169 CCyC) bajo un régimen jurídico distinto, sin perjuicio de recurrir judicialmente la decisión que deniega la autorización.

Por lo demás, el ejercicio del poder de policía por parte del Estado no implica concebir que la persona jurídica es una ficción, ni tampoco que la personalidad sea un favor o concesión

(173) CSJN, "Comunidad Homosexual Argentina c/ Resolución Inspección General de Justicia s/ personas jurídicas", 22/11/1991, Fallos: 314:1531, voto del juez Belluscio.

Infojus

"discrecional" de la Administración Pública. Por el contrario, se trata del contralor que debe ejercer el Estado —encargado de preservar el orden público— verificando que las personas jurídicas que autoriza para funcionar como tales sean coherentes o compatibles con aquel.

ARTÍCULO 143.- ***Personalidad diferenciada.*** *La persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus miembros.*

Los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente se prevén en este Título y lo que disponga la ley especial.

1. Introducción

La diversa personalidad de la entidad y de sus miembros componentes es esencial para la comprensión del tema: cada entidad es un sujeto de derecho independiente y, por eso, es titular exclusivo de las relaciones jurídicas en que interviene. Cuando una entidad dotada de personalidad jurídica contrata y adquiere bienes, resulta obligada o favorecida por las consecuencias del contrato y propietaria de los bienes que adquiere. Así, por ejemplo, las instalaciones existentes en un club deportivo (asociación civil) son de la entidad y no de los socios o asociados, que no tienen sobre ellas ni siquiera un virtual condominio sino solamente la posibilidad de usarlas conforme a la reglamentación interna establecida por la propietaria de los bienes, o sea la entidad.

Por aplicación de la **regla de la distinta personalidad**, dado un conflicto que requiere intervención judicial, corresponde demandar a la persona jurídica como tal y no a los miembros que la componen, ni a los individuos que integran sus organismos directivos (comisión directiva, directorio, gerencia, entre otros), aun cuando la notificación de la demanda deba hacerse en la persona de quien ejerce la representación de la entidad.

Se satisface, así, la finalidad principal perseguida por quienes constituyen una persona jurídica: crear un nuevo sujeto de derecho con distinto patrimonio y distinta responsabilidad.

2. Interpretación

Desde la óptica constitucional, la libertad de asociación (arts. 14 y 75, inc. 22 CN; art. 16 CADH; art. 22 PIDCYP) —cuya titularidad ostentan cada uno de los habitantes de la Nación argentina— tiene un perfil bifronte.

2.1. Como derecho individual

Implica un reconocimiento a las personas físicas de:

a. la libertad de asociarse o no. El art. 16 CADH, como el art. 22 PIDCYP y el art. 75, inc. 22 CN —que también reconoce la libertad de asociación de una persona, expresa que: *"1. Todas las personas tienen derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquiera otra índole. 2. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. 3. Lo dispuesto en este artículo no impide la imposición de restricciones legales, y*

aun la privación del ejercicio del derecho de asociación, a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía";

b. formar una asociación (o persona jurídica);

c. no ingresar a una asociación (o persona jurídica) determinada o no ingresar a ninguna;

d. dejar de pertenecer a una asociación (o persona jurídica) de la que se es socio o asociado.

Muchas veces, el interés general lleva a limitar este ejercicio negativo del derecho asociativo, como ocurre, por ejemplo, con la colegiación obligatoria para el ejercicio de una profesión, en los supuestos de "asociaciones impuestas o forzosas". El Estado, en estas circunstancias, y a fin de asegurar el cumplimiento de ciertos fines públicos, puede restringir la regla básica de la libertad negativa de asociación. En este sentido, se ha dicho que no es constitucional cualquier forma coactiva de asociación.(174)

Como regla, el ingreso a una asociación debe ser voluntario. No puede compelerse a nadie a incorporarse a una asociación determinada, o a una cualquiera entre varias existentes, sean de derecho privado o derecho público.

En el caso "Ferrari", la CSJN sostuvo la constitucionalidad de la ley que, en la Ciudad de Buenos Aires, estableció la colegiación obligatoria de los abogados (personas jurídicas públicas no estatales), estimando que el Colegio Público de Abogados, dada su naturaleza, no es una asociación que se integre con la adhesión libre y espontánea de cada componente y que, por no serlo, tampoco se viola el derecho a no ser compelido a ingresar a una asociación por la circunstancia de que los abogados tengan que matricularse forzosamente en ese Colegio para ejercer su profesión.(175)

Los Colegios tienen potestades de gobierno de las respectivas matrículas, las que no pueden ser asimiladas a las facultades sancionatorias de las asociaciones.

2.2. Como derecho de la asociación

Se le reconoce un estatus jurídico distinto del de sus miembros.

Por lo tanto, la persona jurídica tiene una personalidad distinta de la de sus socios o asociados, y los miembros no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos que expresamente prevé la ley (socios de una sociedad colectiva; art. 125 de la Ley General de Sociedades, 19.550).

De este modo, se le reconoce a la entidad una zona de libertad jurídicamente relevante en la que no se produzcan interferencias arbitrarias del Estado. Como dijimos, dicho reconocimiento puede ir desde el otorgamiento formal de la personalidad jurídica mediante autorización y aprobación del Estado, hasta la simple consideración de la entidad como sujeto de derecho sin necesidad de autorización estatal expresa.

Así las cosas, la personalidad diferenciada de las "personas jurídicas" se traduce en una "porción" de libertad jurídica de la que son titulares las entidades y que implica reconocerles, en general:

a. un estatus jurídico en virtud del cual se les concede cierta capacidad de derecho;

(174) Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución Reformada*, t. II, Bs. As., Ediar, 2006, p. 54.

(175) CSJN, "Ferrari, Alejandro Melitón c/ Nación Argentina (P.E.N.)", 1986, Fallos: 308:987.

Infojus

b. un poder de disposición para realizar actos jurídicamente relevantes dentro del fin propio de la asociación. Es decir, rige el principio de legalidad constitucional (art. 19 CN), pero a tenor de la **regla de la especialidad**;

c. un área de libertad inofensiva para regir con autonomía la órbita propia de la entidad. Así, por ejemplo, en materia de poder disciplinario de la persona jurídica sobre sus miembros no debe interferir el Estado (no controla medidas ni sanciones) y, en su caso, las sanciones solo se revisan judicialmente en caso de violación del derecho de defensa del afectado o en caso de arbitrariedad manifiesta.

2.3. Distinción y efectos

Por su parte, en concreto, de la neta distinción entre la personalidad del ente y la de sus miembros, surgen importantes consecuencias prácticas, que son:

a. la existencia de distintos patrimonios: el de la entidad y el de los individuos que con su actividad humana nutren la actividad de la entidad;

b. la distinta titularidad de derechos a que da lugar la actividad de la entidad, de manera que los bienes pertenecientes a ella no pertenecen a los individuos integrantes de la misma, y viceversa;

c. la diversa responsabilidad a que da lugar la aludida actividad que, en principio, solo compromete la de la entidad actuante;

d. la posibilidad de alterar la composición humana del núcleo sin que se modifique la situación jurídica de la entidad;

e. la posibilidad de que la entidad rija su propio orden interno y establezca los derechos y deberes de los individuos que componen la persona jurídica (corporación) o que se benefician de su actividad (fundación).

ARTÍCULO 144.- ***Inoponibilidad de la personalidad jurídica.*** *La actuación que 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, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.*

Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados.

1. Introducción

En la actualidad, este instituto se halla expresamente contemplado en la Ley General de Sociedades 19.550 (art. 54, párr. 3) bajo el rótulo "inoponibilidad de la personalidad jurídica".

Se trata de la desestimación, prescindencia o inoponibilidad de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación entre la entidad y sus miembros. La nueva normativa consagra, así, el principio de relatividad de la persona jurídica cuando es usada con fines *contra legem* o para perjudicar a terceros.

2. Interpretación

En efecto, el principio de separación de la personalidad no es absoluto. Cuando la persona jurídica es usada para obtener finalidades distintas de aquella para la cual ha sido

creada, y ello provoca perjuicio a un tercero, resulta lícito indagar qué hay detrás del ente creado e imputar la responsabilidad directamente a sus integrantes (socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos):

a. si se trata de una persona jurídica constituida con causa ilícita o simulada;
b. si la persona jurídica es un mero recurso para violar la ley, esto es, si con su actuación se transgrede la norma jurídica;
c. si a través de la persona jurídica se evita o elude fraudulentamente la aplicación de la norma imperativa correspondiente.

Esta tesis ha sido ampliamente desarrollada en el ámbito societario y laboral (art. 54 de la ley 19.550), con abundante doctrina y jurisprudencia.[176]

La novedad del CCyC es que hace extensiva esta teoría a cualquier persona jurídica privada, ya que el abuso en su constitución y la desvirtuación de su finalidad —tanto genética 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.[177]

SECCIÓN 2ª

Clasificación

ARTÍCULO 145.- ***Clases.*** ***Las personas jurídicas son públicas o privadas.***

1. Introducción

Según el CCyC —al igual que el CC—, las personas jurídicas pueden ser públicas o privadas.

Para ubicarlas en uno u otro sector, la doctrina ha tenido en consideración diversos elementos. Entre los más importantes se pueden mencionar:

a. el origen estatal;
b. la finalidad pública o el interés público;
c. el control del Estado;
d. la afectación de rentas públicas para el logro de su actividad;
e. la atribución de potestad de imperio.

2. Interpretación

Según los "Fundamentos del Anteproyecto" del CCyC "*No pasa desapercibido que, tratándose de la formulación de un código de derecho privado, podría prescindirse de la referencia a personas jurídicas públicas. No obstante la mención de ellas, a la cual se limita lo proyectado (la regulación en sí es propia del derecho público nacional e internacional), tiene su tradición en el Código Civil vigente y por otra parte se hacen diversas referencias*

(176) A título de ejemplo, CSJN, "Palomeque, Aldo René c/ Benemeth S.A. y otro", 03/04/2003, Fallos: 326:1062; CNac. Apel. Trab., Sala III, "Delgadillo Linares, Adela c/ Shatell SA y otros s/ Despido", 11/04/1997, en *LL online*, AR/JUR/5968/1997.

(177) Borda, Guillermo J., "La doctrina del 'disgregard' en materia de asociaciones y fundaciones. Estado actual de la cuestión", en *RDPC*, 2004-3, p. 201.

Infojus

a ellas, principalmente al Estado nacional, las provincias y los municipios, en otras de sus partes y será sin duda necesario repetirlo en alguna medida en el texto en proyecto. Por esas razones, se considera apropiada la enumeración, en parte como consta en el código vigente pero agregando otras, como personas jurídicas de derecho internacional público. Asimismo, la referencia a partir del Proyecto de 1998 a "las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter", sirve para contemplar a las empresas del Estado y también a las denominadas personas jurídicas públicas no estatales, regidas por leyes especiales (como los partidos políticos, las asociaciones sindicales y diversas entidades profesionales)". (178)

De esta manera, si bien la regulación de las personas jurídicas públicas resulta ajena al derecho civil, dichas entidades intervienen en las relaciones jurídicas de derecho privado. El CCyC debe captar este fenómeno desde que pueden erigirse en posibles sujetos o parte de esos vínculos jurídicos.

ARTÍCULO 146.- ***Personas jurídicas públicas.*** *Son personas jurídicas públicas:*

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;*
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;*
c. *la Iglesia Católica.*

ARTÍCULO 147.- ***Ley aplicable.*** *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.*

1. Introducción

El Estado ha sido definido por algunos autores como la realidad social y política integrada por un conjunto de hombres, con asiento en un determinado ámbito territorial, potestad soberana en lo interior, e independencia en sus relaciones internacionales.

2. Interpretación

2.1. El Estado nacional, provincial, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios

Conforme al sistema federal de la organización política de la República Argentina —que descentraliza el poder con base territorial (arts. 1° y 5° CN)— el CC y el CCyC reconocen personalidad jurídica al Estado nacional, a los Estados provinciales, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a los Estados municipales.

(178) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, pp. 551/552.

La personería jurídica del Estado nacional surge de los arts. 1°, 9°, 10, 14 a 18, 20, 21, 23, 31, 44, 87, 99, 108 y 128 CN, normativas que suponen su capacidad para las relaciones jurídicas, tanto en el derecho interno como en el internacional. La personalidad jurídica de las provincias se infiere del mismo ordenamiento (arts. 6°, 31, 121 a 127 CN). Por su parte, el municipio es un organismo político de raíz constitucional cuya creación la Carta Magna impone a las provincias (art. 5° CN). Lo propio ocurre con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 129 CN).

En síntesis, el ordenamiento jurídico otorga al Estado una personalidad jurídica suficiente para obligarse y para adquirir derechos, tanto en sus relaciones con los individuos físicos como respecto de otras personas jurídicas.

El reconocimiento de la personalidad jurídica del Estado produce importantes consecuencias jurídicas, entre otras:

a. resuelve el problema de la continuidad jurídica del Estado, no obstante los sucesivos cambios de formas de gobierno o regímenes políticos;

b. explica las relaciones patrimoniales entre la Administración Pública y los ciudadanos (por ejemplo, creación de tributos y potestades para su cobro compulsivo);

c. hace posible las distintas formas jurídicas del obrar administrativo: acto administrativo, decretos y contratos administrativos, entre otros;

d. legitima las acciones de responsabilidad contra el Estado, quien responde con sus propios bienes;

e. da lugar a las relaciones entre "distintos Estados entre sí" (por ejemplo, relaciones entre municipios, provincias, nación u otras personas jurídicas públicas); y

f. posibilita que el Estado pueda estar en juicio, sea como actor o demandado.

2.2. Entidades autárquicas

Las entidades autárquicas son núcleos desprendidos de la organización administrativa del Estado a las que este encomienda funciones públicas específicas para lo cual las dota de un patrimonio propio y de las atribuciones necesarias para su administración. Como toda persona jurídica, las entidades autárquicas tienen los atributos de la personalidad, es decir, nombre, domicilio, capacidad y patrimonio. Son ejemplos de entidades autárquicas el Banco Central de la República Argentina (BCRA), que ejerce la superintendencia de las entidades financieras y fija las políticas monetarias; y las universidades nacionales, que prestan un servicio educativo consistente en la preparación de profesionales en las distintas áreas científicas, entre otras.

2.3. La Iglesia Católica

En opinión de algunos autores, la Iglesia Católica es un ente público no estatal de jerarquía constitucional. Esta doctrina tiene apoyo en el art. 2° CN según el cual *"el gobierno federal sostiene el culto católico, apostólico y romano"*. La personalidad jurídica pública reconocida a la Iglesia Católica —cuya justificación se encuentra en razones históricas y con base en el derecho canónico— se extiende a cada una de sus extensiones territoriales (diócesis y parroquias). En cambio, las corporaciones religiosas tienen carácter privado (art. 148 CCyC), pudiéndose organizar como personas jurídicas privadas (art. 33, 2da parte, CC, o art. 168 CCyC) o como simples sujetos de derecho (art. 46 CC o art. 187 CCyC).

Infojus

Del mismo modo que el Estado, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia produce los siguientes efectos:

a. legitima las acciones de responsabilidad contra la Iglesia, quien responde con sus propios bienes, aunque su embargabilidad puede sufrir limitaciones;
b. goza de capacidad para contratar en el tráfico negocial;
c. posibilita que pueda estar en juicio, ya sea como actora o demandada.

2.4. Otras personas jurídicas públicas no estatales (art. 146, inc. a) última parte, CCyC)

La doctrina del derecho administrativo ha impuesto la noción de ente público no estatal para explicar la naturaleza de algunas personas que, aunque ejercen algún tipo de función pública, están integradas por particulares y, en su constitución, el Estado puede o no haber tenido injerencia decisiva. Estas personas desempeñan funciones que, directa o indirectamente, se vinculan con los fines del Estado, y este carácter "público" las distingue de las entidades que se rigen exclusivamente por el derecho privado. No están enumeradas en el CC, pero su existencia está fuera de toda duda.

En esta categoría se encuentran, entre otros:

a. los colegios profesionales, que tienen potestades de gobierno de las respectivas matrículas de los profesionales;
b. los sindicatos, que tienen facultades para establecer convenciones colectivas de trabajo y aportes obligatorios para los trabajadores afiliados; y
c. las obras sociales del Estado nacional, empresas y sociedades del Estado, entre otras.

2.5. La personalidad jurídica de los entes extranjeros

La idea central que explica este reconocimiento de los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconoce personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero —cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable— se basa en que son tales para el derecho argentino, por el solo hecho de existir en otro. En nuestro derecho, es principio consagrado en el art. 20 CN, reglamentado tanto en el CC (arts. 7°, 30 y 33) como en la ley 19.550 (art. 118).[179] En el CCyC, la reglamentación del dispositivo constitucional precitado emana de la propia norma en comentario.

Entre las personas jurídicas internacionales podemos mencionar: la Organización de las Naciones Unidas y la UNESCO, entre muchas otras.

2.6. Ley aplicable

Según el art. 147 CCyC, tratándose de personas jurídicas públicas, la regulación en sí es propia del derecho público nacional e internacional, según los casos.

ARTÍCULO 148.- ***Personas jurídicas privadas.*** *Son personas jurídicas privadas:*

a. *las sociedades;*
b. *las asociaciones civiles;*
c. *las simples asociaciones;*
d. *las fundaciones;*

(179) Roca, Eduardo A., "Orientación en el confuso campo de la sociedad extranjera no inscripta", en *RDPC*, 2003-I, concursos II, p. 36; y *La sociedad extranjera no inscripta*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1997, p. 16.

e. *las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas;*
f. *las mutuales;*
g. *las cooperativas;*
h. *el consorcio de propiedad horizontal;*
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.*

1. Introducción

En este artículo se enumeran, de manera no taxativa, las personas jurídicas privadas, confiriéndole personalidad jurídica a entes que eran objeto de discusión doctrinaria y jurisprudencial, como es el caso del consorcio de propiedad horizontal.

2. Interpretación

En efecto, con la sanción de la ley 13.512 (1948), se autorizó la división horizontal de la propiedad hasta entonces prohibida por el art. 2617 CC. Según dicha normativa: a) se preveía la propiedad exclusiva sobre las unidades funcionales y el condominio sobre las partes comunes; y b) se autorizaba la constitución del consorcio de propietarios, que debía redactar un reglamento, que debía contener un representante de los propietarios.

A pesar de la ley 13.512, hubo quienes negaron enfáticamente que el consorcio constituyera una persona jurídica. Se sostuvo, en lo sustancial, que los propietarios lo son sobre las partes propias de manera exclusiva y sobre las comunes respecto de las cuales se establece un condominio con indivisión forzosa. En consecuencia, el consorcio carece de patrimonio y aun de la posibilidad de adquirirlo. Se dijo que se estaba en presencia de una comunidad de derechos (género del participan el condominio, la comunidad hereditaria, la sociedad conyugal, por ejemplo) en la que hay derechos que pertenecen a una pluralidad de sujetos, sin que esa pluralidad se llegue a personificar.[180]

Otros, por el contrario, entendieron que sí era persona jurídica —con apoyo en la reforma del art. 33 CC por la ley 17.711— al aludir a "otras entidades" (aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar).

Hoy la discusión está zanjada: el consorcio de propietarios es una persona jurídica. Más aún, el art. 2044 CCyC 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"*.

A mayor abundamiento, puede observarse que la nueva normativa unificadora incorpora en el artículo como personas jurídicas privadas a entidades que, con anterioridad, si bien eran consideradas como tales, no eran mencionadas expresamente en el art. 33 CC, como las mutuales, regidas por las leyes 20.321 y 19.331, y las cooperativas, reguladas por la ley 20.337.

ARTÍCULO 149.- ***Participación del Estado.*** *La participación del Estado en personas jurídicas privadas no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación.*

(180) CNac. Apel. Civ., Sala A, "Consorcio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c/ Arminfé, SA", 05/06/1984, *LL* 1985-A-541.

Infojus

1. Introducción

De acuerdo al artículo en análisis, no cambia el carácter privado de una persona jurídica (aquellas enumeradas en el art. 148 CCyC) el hecho de que el Estado tenga algún tipo de participación.

2. Interpretación

En efecto, puede ocurrir que el Estado tome participación activa en empresas en cuyo desarrollo existe primordialmente un interés público. Es el caso, por ejemplo, de EDEMSA —Empresa Distribuidora de Energía Mendoza SA—, que es la concesionaria (privatizada oportunamente) de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica en gran parte de la provincia de Mendoza. En dicha sociedad anónima son socios personas jurídicas privadas y, además, el Estado provincial.

Con la solución legal propuesta por el CCyC queda claro entonces que el régimen jurídico aplicable a la entidad será de derecho privado (conforme a la normativa pertinente) y no de derecho público.

Sin perjuicio de lo expuesto, y si bien la participación estatal no transforma en público el carácter privado de la persona jurídica participada, ponderando el "interés público" comprometido en la participación estatal se le puede conferir —vía legal o estatutaria— derechos al propio Estado o, incluso, obligaciones diferenciadas.

ARTÍCULO 150.- ***Leyes aplicables.*** *Las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República, se rigen:*

a. *por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código;*

b. *por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia;*

c. *por las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las de este Título.*

Las personas jurídicas privadas que se constituyen en el extranjero se rigen por lo dispuesto en la ley general de sociedades.

1. Introducción

Con esta norma, y según los "Fundamentos del Anteproyecto" del CCyC, se establece un orden de prelación, en la aplicación de principios y normativas, a las personas jurídicas privadas nacionales. Esto viene requerido en virtud de la existencia de diversos ordenamientos especiales y de la fuerza jurígena de la voluntad de sus miembros en la creación y funcionamiento de las personas jurídicas.

2. Interpretación

Como las personas jurídicas privadas son de diversa especie, en primer término serán de aplicación las normas imperativas del estatuto particular que la regule (por ejemplo, la Ley General de Sociedades, ley 19.550) o, en su defecto, las imperativas del propio CCyC. En segundo lugar, y en mérito a la libertad constitucional de asociación, la persona jurídica

se regirá por las propias normas fundacionales, esto es, por el acto constitutivo en tanto negocio jurídico creacional de la entidad y en virtud del cual todos los suscriptos quedan obligados a constituirla. Asimismo, y con el mismo rango de prelación, será de aplicación el estatuto como verdadero acto voluntario el que, una vez autorizado estatalmente, se erige en norma jurídica fundamental que gobierna la entidad y bajo la cual están sometidos los miembros de la misma. Por último, serán de aplicación las leyes supletorias previstas en los estatutos especiales o en el propio CCyC.

En cuanto a la personas jurídicas constituidas en el extranjero, el CCyC remite a la ley 19.550. Por lo tanto, en estos casos, habrá que echar mano a los arts. 118 al 124 del cuerpo normativo precitado, que contienen verdaderas normas de derecho internacional privado.

SECCIÓN 3ª
Persona jurídica privada

Parágrafo 1°
Atributos y efectos de la personalidad jurídica

ARTÍCULO 151.- *Nombre.* *La persona jurídica debe tener un nombre que la identifique como tal, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. La persona jurídica en liquidación debe aclarar esta circunstancia en la utilización de su nombre.*

El nombre debe satisfacer recaudos de veracidad, novedad y aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica.

No puede contener términos o expresiones contrarios a la ley, el orden público o las buenas costumbres ni inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica. La inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de personas humanas requiere la conformidad de éstas, que se presume si son miembros. Sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales.

1. Introducción

Como consecuencia de la distinta personalidad de la entidad y sus miembros, surge la necesidad de su identificación bajo una denominación propia, con el aditamento indicativo de la forma jurídica adoptada. Por eso, se reconoce a la persona jurídica un nombre, como un atributo inherente a ella —incluso si se encuentra en liquidación debe aclarar esta circunstancia en la utilización del nombre— que la individualiza y la distingue de los socios. Así las cosas, la persona jurídica queda obligada cuando quien la representa lo hace bajo la designación de su nombre social.

2. Interpretación

El nombre de la persona jurídica es de libre elección (a diferencia de la persona humana en la cual los nombres de pila pueden repetirse sin problemas).

El nombre social, para ser distintivo, debe cumplir con ciertos recaudos:

a. ser veraz, o sea, no contener enunciaciones o indicaciones capaces de engañar al público —por ejemplo, no puede contener términos o expresiones capaces de inducir a error sobre la clase u objeto de la persona jurídica—.

b. Ser lícito, esto es, no estar compuesto de expresiones inmorales, contrarias a las buenas costumbres, etc.

c. Ser original, es decir, no consistir en palabras que por su generalidad o imprecisión no cumplan con la función de identificar a la entidad.

d. Ser novedoso, en el sentido de que no debe repetir expresiones o denominaciones ya empleadas por otra persona jurídica del mismo ramo en el ámbito donde aquel alcanza con sus actividades sociales, mercantiles, etc.

e. Gozar de aptitud distintiva, tanto respecto de otros nombres, como de marcas, nombres de fantasía u otras formas de referencia a bienes o servicios, se relacionen o no con el objeto de la persona jurídica.

Para coadyuvar en el cumplimiento de estos recaudos, la autoridad administrativa de control suele dictar regulaciones en las cuales se establecen pautas para la elección del nombre y así evitar la elección de nombres repetidos o contrarios a la ley (por ejemplo, la resolución 7/2005 IGJ). Asimismo, el organismo de control suele llevar un sistema de registro de nombre para evitar nombres iguales que luego generen confusión en el tráfico negocial.

2.1. Conflictos de homonimia

Hemos dicho que una de las características básicas que debe reunir el nombre social es su novedad o inconfundibilidad. El CCyC exige expresamente este requisito. Es evidente la necesidad de proteger el interés de los terceros y del comercio en general, interés que puede verse perjudicado con la actuación de dos personas jurídicas de nombre idéntico o análogo.

El control de la inconfundibilidad del nombre social, especialmente en el ámbito societario, comenzó en la esfera registral, impidiéndose la inscripción de las denominaciones sociales en situación de homonimia. Sin embargo, como ninguna norma legal autoriza a sostener que la inexistencia de observaciones u oposiciones durante el trámite inscriptorio impide un reclamo posterior, nada impedía que la cuestión se replanteara después de inscripta la nueva persona jurídica; de esta forma, el control de homonimia terminó funcionando dentro de la órbita jurisdiccional como acción judicial autónoma e independientemente de que hayan existido cuestionamientos del ente homónimo durante el trámite registral.

Los criterios para resolver los conflictos de homonimia son los siguientes:

a. se debe priorizar el interés del tráfico y de los terceros en general sobre los intereses del opositor;

b. la oposición no debe limitarse a la identidad gráfica o fonética de los nombres de ambas entidades; basta la existencia de un vocablo dominante susceptible de originar confusión a los terceros.

El conflicto entre personas jurídicas homónimas puede existir aunque las entidades tengan diferente objeto o tipo social (si se trata de sociedades). En efecto, el objeto no tiene exteriorización pública; además, con posterioridad, una persona jurídica puede cambiar su objeto y, en caso de sociedades, además, transformar su tipo.

A mayor abundamiento, el nombre de la persona jurídica no debe ser confundido con el nombre comercial.

El nombre comercial es un elemento del fondo de comercio que identifica el establecimiento comercial en el ámbito del tráfico comercial; es un medio de atracción de la

clientela y, como tal, constituye un derecho patrimonial del empresario (se encuentra regulado por la Ley 22.362 de Marcas y Designaciones). En cambio, el nombre social es un atributo de la personalidad del que la persona jurídica goza por expresa directiva legal, revela la incorporación de la entidad a la tipología de persona jurídica de que se trate y a la consecuente regulación positiva que corresponda. Por ello, el CCyC expresa que la **persona jurídica debe tener un nombre con el aditamento indicado de la forma jurídica adoptada (incluso debe aclararse si el ente está en liquidación)**.

Además, ambos conceptos se diferencian porque:

a. la propiedad del nombre comercial se adquiere por el uso, solo con relación al ramo en el que se utiliza, un uso que debe ser público, para que llegue al conocimiento del consumidor. Por el contrario, el nombre social es inherente a la persona jurídica, y constituye una estipulación necesaria del contrato constitutivo a los efectos de la identificación de la entidad;
b. el nombre comercial es transmisible con el fondo de comercio; en cambio, por su propia naturaleza, el nombre social es intransmisible.

Finalmente, la norma en comentario aclara que la inclusión en el nombre de la persona jurídica del nombre de personas humanas requiere su conformidad, que se presume si son miembros. Sin embargo, sus herederos pueden oponerse a la continuación del uso, si acreditan perjuicios materiales o morales (art. 358, resolución 7/2005 IGJ, para las asociaciones y fundaciones).

ARTÍCULO 152.- ***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 sólo para la ejecución de las obligaciones allí contraídas. 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.*

1. Introducción

Como todo sujeto de derecho, la persona jurídica tiene un domicilio general, que es el fijado en el lugar indicado por sus estatutos, o subsidiariamente, donde se ubica la sede de su dirección o administración.

Independientemente del domicilio general, las sucursales de la casa matriz tienen un domicilio especial, en el lugar del respectivo establecimiento, solo "*para la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales*".

2. Interpretación

Véase el siguiente ejemplo: la sociedad "La Esperanza" es titular de un fondo de comercio dedicado a la explotación de un supermercado. Tiene su casa central en la ciudad de Buenos Aires y una sucursal en Mendoza. La sociedad decide tomar un préstamo bancario en la provincia de Mendoza; vencido el plazo concedido, "La Esperanza" no devuelve al banco el dinero prestado. Pues bien, salvo pacto expreso en contrario en el contrato de mutuo, la entidad financiera puede reclamar judicialmente el pago de la deuda a la sociedad ante los tribunales porteños, o bien, ante los tribunales mendocinos, aún cuando el domicilio en Mendoza no sea el general. En efecto, el domicilio ubicado en Buenos Aires

Infojus

es el domicilio general en el cual la sociedad puede ser demandada por cualquier tipo de deuda que haya concertado, incluso las contraídas a través de las sucursales. El domicilio situado en Mendoza es un domicilio especial y la sociedad solo puede ser demandada ahí con motivo de las obligaciones contraídas en esta provincia, como ocurre con el préstamo bancario mencionado. Por el incumplimiento del resto de las obligaciones, debe ser demandada en Buenos Aires.

Continúa diciendo el artículo comentado que "*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 este sentido, debe aclararse que el **domicilio social** no es la dirección precisa (calle y número) de una determinada ciudad o población (propiamente domicilio social). Esa dirección precisa es lo que se conoce como **sede social**. De esta manera, si los miembros no quieren que la dirección constituya una cláusula del estatuto, el mismo puede limitarse a expresar la ciudad o población en que la sociedad tiene su domicilio. De cualquier modo, la mención o no de la dirección precisa en el estatuto social no es una circunstancia irrelevante: si esa dirección figura como una cláusula del documento social, su cambio implicará la reforma de tales instrumentos; en cambio, el estatuto social se limita a expresar la jurisdicción (ciudad o población) donde la entidad tiene su domicilio, y la sede se ha fijado por instrumento separado, la mudanza dentro de la misma jurisdicción decidida por el órgano de administración no exigirá reformar esos instrumentos.

ARTÍCULO 153.- ***Alcance del domicilio. Notificaciones.*** *Se tienen por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta.*

1. Introducción

Para la tutela de terceros se requiere que se haga conocer —inscripción registral mediante— la dirección precisa de la persona jurídica, dato de fundamental importancia para aquellos, pues es allí donde deben realizarse las diligencias o intimaciones, judiciales o extrajudiciales, a la entidad (por ejemplo, notificarle una demanda o reclamarle extrajudicialmente el pago de una deuda a través de una carta documento).

Por ello, el CCyC dispone que **se tendrán por válidas y vinculantes para la persona jurídica todas las notificaciones efectuadas en la sede inscripta**. En otras palabras, la ley presume, sin admitir prueba en contrario, que la entidad tiene su domicilio en ese lugar (aunque no funcione en la misma la administración) y que este **subsiste hasta tanto se modifique y se proceda a la correspondiente inscripción registral**.

2. Interpretación

Todo lo expuesto implica que, frente a la notificación en la sede social inscripta, de una demanda judicial, o de una carta documento para intimar un pago o para resolver un contrato, la persona jurídica que pretende discutir la validez de esa notificación no puede argumentar eficazmente que su sede se hallaba en otro lugar.

El problema se presenta cuando el tercero interesado sabe que la persona jurídica tiene su sede social en un lugar diferente al inscripto (por ejemplo, por haber contratado en la nueva dirección). ¿Puede ese tercero sostener que es válida la notificación judicial realizada en la vieja sede, que aún continúa inscripta registralmente, pero donde sabe que no existen

rastros de la administración? La respuesta es negativa, pues ese tercero no puede alegar buena fe, noción que presupone un obrar diligente y cuidadoso, desde que él conoce la realidad extraregistral; sabe que la persona jurídica opera en la nueva sede (no registrada) y no en la antigua (aún registrada). En este caso, la entidad podrá impugnar esa notificación.

En cambio, si el tercero ignora la realidad extraregistral y se guía por los datos obrantes en el Registro Público correspondiente, órgano jurídico que precisamente sirve para dar publicidad a terceros, actúa como persona diligente y de buena fe; en ese caso, la notificación practicada en el lugar registrado es válida.

ARTÍCULO 154.- ***Patrimonio.*** *La persona jurídica debe tener un patrimonio.*

La persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables.

1. Introducción

Como todo sujeto de derecho, la persona jurídica tiene un patrimonio que no se confunde con el de los individuos que concurren a conformar el sustrato material de la entidad. En efecto, dado que para el derecho argentino el patrimonio es un atributo de la persona, si la persona jurídica careciese de todo patrimonio, se le estaría negando su propia personalidad.

2. Interpretación

El patrimonio de la entidad sirve para el cumplimiento de sus fines y es distinto del de cada uno de sus miembros, pudiendo soportar sus propias deudas y responsabilidades. Es una consecuencia, claro está, del principio de personalidad diferenciada (art. 143 CCyC).

Por consiguiente, los bienes de la entidad figuran en su propio patrimonio y no en el de los individuos que la integran. Por aplicación de la dualidad patrimonial comentada, los inmuebles que adquiere una persona jurídica deben inscribirse a su nombre en el Registro de la Propiedad Inmobiliaria, y otro tanto ocurre con los automotores en el Registro de la Propiedad del Automotor.

Finalmente, aclara la norma en comentario, que "*la persona jurídica en formación puede inscribir preventivamente a su nombre los bienes registrables*". Similar disposición hallamos en el art. 38, *in fine*, de la Ley General de Sociedades 19.550, hasta que el trámite de la constitución se encuentre terminado. De esta manera, la entidad en formación no solo puede contar con los aportes iniciales, sino también ponerlos a resguardo de la acción de los acreedores del disponente, una vez realizado el acto de dotación.

ARTÍCULO 155.- ***Duración.*** *La duración de la persona jurídica es ilimitada en el tiempo, excepto que la ley o el estatuto dispongan lo contrario.*

Interpretación

Con esta disposición se aclara el tiempo durante el cual tendrá vigencia la persona jurídica como sujeto de derechos. En términos generales, podríamos afirmar que el límite temporal de actuación lo establecen sus fundadores en el acto de creación, sus integrantes

Infojus

si deciden disolverla, o el Estado, en los casos en que se le retire la autorización para funcionar o cuando se decrete su quiebra.

La regla es que su duración es ilimitada (por ejemplo, asociaciones civiles, art. 170 CCyC). No es obligatorio para los fundadores fijar estatutariamente un plazo cierto que sirva de tope temporal. Sin embargo, la vigencia puede limitarse:

a. por el pacto en contrario en el estatuto; o

b. por disposición legal expresa que así lo disponga (por ejemplo, las fundaciones, art. 195, inc. e, CCyC).

ARTÍCULO 156.- ***Objeto.*** *El objeto de la persona jurídica debe ser preciso y determinado.*

1. Introducción

La exigencia de la presente disposición normativa es coherente con el régimen de la capacidad de las personas jurídicas y el principio de especialidad. De allí la necesidad de determinación precisa del objeto.

Recordemos que el **objeto social** es el conjunto de actos o categorías de actos que, de acuerdo con el contrato constitutivo o el estatuto, la entidad se propone realizar. Se diferencia de la **actividad**, identificada con el ejercicio efectivo de actos por la persona jurídica ya en funcionamiento.

2. Interpretación

El objeto (propósito declarado en el estatuto) es un elemento esencial que determina la capacidad y, por ende, los límites a la actividad de la persona jurídica y de sus administradores y representantes. Existe una vinculación entre el objeto social y la medida de la personalidad jurídica de la entidad.

Por ejemplo, si una sociedad anónima tiene por objeto la compra y venta de ropa de vestir, y el representante legal compra un inmueble para instalar el fondo de comercio donde va a funcionar la casa de ventas, ¿queda obligada la sociedad por la compra de ese inmueble? o, en otras palabras, ¿tiene capacidad para adquirir el derecho de dominio sobre ese inmueble y la obligación de pagar el precio por esa compra?, ¿ha actuado dentro de los límites del poder representativo (fijado por el objeto social) el representante legal de la sociedad?

Todas estas preguntas tienen respuesta afirmativa, pues el acto jurídico ejecutado por el representante legal no es extraño al objeto social. Por el contrario, lo facilita, pues sin inmueble en el que se ubique el establecimiento mercantil, a la sociedad le resultaría muy difícil llevar a cabo su actividad empresaria. Con mayor razón, si el representante legal compró una partida de telas para la confección de camisas para venderlas, actuó en el ámbito del objeto social, y obligó válidamente a la sociedad.

En cambio, dado el ejemplo, si el objeto social no prevé ni autoriza expresamente el otorgamiento de garantías a favor de terceros, la fianza constituida por ese representante sobre un inmueble social para garantizar obligaciones ajenas es un acto ajeno al objeto social.

Lo ajeno del acto con respecto al objeto social constituye una cuestión de hecho que debe ser analizada cuidadosamente en cada situación concreta, y en caso de duda, se entiende que el acto queda comprendido dentro de las facultades del representante social y obliga a la entidad. Esta regla interpretativa es la que mejor consulta el interés de los terceros de buena fe que contratan con el ente social.

El análisis que debe efectuarse para determinar si el acto ejecutado por el administrador queda comprendido o no en el objeto social (y, por ende, si la persona jurídica queda obligada) debe llevarse a cabo teniendo en consideración que:

a. es importante que el objeto social designado en el contrato sea específico y determinado; por lo que, en primer lugar, ha de estarse al modo en el que el objeto ha sido enunciado en el estatuto;

b. se está habilitado para realizar aquellos actos complementarios o útiles o conexos para desarrollar su objeto (por ejemplo la compra del inmueble referenciada precedentemente para instalar el fondo de comercio);

c. la ajenidad de la operación ejecutada por el representante social no está ligada a la naturaleza de las actividades de la sociedad, sino, primordialmente, a las categorías de actos que de manera alguna tienden a beneficiar a la entidad.

Parágrafo 2°
Funcionamiento

ARTÍCULO 157.- ***Modificación del estatuto.*** *El estatuto de las personas jurídicas puede ser modificado en la forma que el mismo o la ley establezcan.*

La modificación del estatuto produce efectos desde su otorgamiento. Si requiere inscripción es oponible a terceros a partir de ésta, excepto que el tercero la conozca.

1. Introducción

Las normas consagradas en el parágrafo que abordamos trazan, en general, los lineamientos que informan el funcionamiento de cualquier persona jurídica.

2. Interpretación

Comienza refiriéndose a la modificación del estatuto, que es el alma de la entidad, que contiene los elementos esenciales que rigen los destinos de la misma, su organización y funcionamiento (por ejemplo, identificación de los constituyentes; el nombre; el objeto; la sede social; las causales de extinción; el régimen de administración y representación; el régimen de ingreso, admisión, renuncia, sanciones disciplinarias, exclusión de asociados y recursos contra las decisiones; los órganos sociales de gobierno, administración y representación; el procedimiento de liquidación). En cuanto a su modificación, aclara que el mismo puede ser modificado en la forma que el propio estatuto o la ley establezcan. Produce efectos desde su otorgamiento (simples asociaciones), salvo que requiera inscripción (asociaciones civiles) en cuyo caso es oponible a terceros a partir de esta, excepto que el tercero conozca la modificación no inscripta, o sea, la realidad extraregistral. Se trata de una aplicación del principio de la buena fe (art. 9° CCyC) parámetro conforme al cual deben ejercerse los derechos.

Infojus

ARTÍCULO 158.- ***Gobierno, administración y fiscalización.*** *El estatuto debe contener normas sobre el gobierno, la administración y representación y, si la ley la exige, sobre la fiscalización interna de la persona jurídica.*

En ausencia de previsiones especiales rigen las siguientes reglas:

a. *si todos los que deben participar del acto lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.*

b. *los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.*

1. Introducción

El CCyC delega, en la autonomía de la voluntad de quienes constituyen la persona jurídica, la creación del régimen de gobierno, la administración y la representación de la entidad y, si la ley la exige, también sobre la fiscalización interna de la persona jurídica (por ejemplo, asociaciones civiles, art. 172 CCyC).

2. Interpretación

Solo para el caso de ausencia de previsiones convencionales especiales, el CCyC fija las siguientes reglas:

a. *si todos los que deben participar del acto, lo consienten, pueden participar en una asamblea o reunión del órgano de gobierno, utilizando medios que les permitan a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos. El acta debe ser suscripta por el presidente y otro administrador, indicándose la modalidad adoptada, debiendo guardarse las constancias, de acuerdo al medio utilizado para comunicarse.*

La disposición en comentario constituye un avance importante para agilizar la actuación de los órganos de gobierno y administración de las personas jurídicas: las llamadas **reuniones no presenciales**, lo que permite concretarlas a través de cualquier medio que posibilite a los participantes comunicarse simultáneamente entre ellos (sin presencia "física"). En efecto, en este sentido, se dice que la presencia puede ser física o virtual, que lo que importa es que la participación sea real, a través de medios que aseguren la intersubjetividad y simultaneidad, esto es, que hagan factible que cada individuo emita su voto o mensaje, y dirigirlos a otros, y que estos pueden recibirlo simultáneamente, al mismo tiempo (por teleconferencia o videoconferencia, entre otros). Además, este nuevo sistema, permite el ahorro de costos de traslado, hospedaje, viáticos, etc.

b. *los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden* autoconvocarse *para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.*

Esta disposición normativa del CCyC es coherente con la Ley General de Sociedades 19.550, que recepta el fenómeno de la asamblea unánime, que permite agilizar la dinámica societaria sin acarrear perjuicio alguno para los socios, pues resulta evidente que la presencia

de todos los accionistas torna irrelevante la necesidad de convocatoria del órgano competente o la autoridad legitimada; habilitando la posibilidad de la **autoconvocatoria**.

Con disposiciones legales como esta, ante la eventual ausencia de reglas estatutarias claras, se evita que el funcionamiento de la persona jurídica quede trunco o se torne dificultoso o, lo que es más grave aún, pueda erigirse en una segura fuente de futuros conflictos.

ARTÍCULO 159.- ***Deber de lealtad y diligencia. Interés contrario.*** *Los administradores de la persona jurídica deben obrar con lealtad y diligencia.*

No pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica. Si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o en su caso al órgano de gobierno y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación.

Les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica.

1. Introducción

Las funciones del administrador abarcan la gestión operativa de los negocios sociales, la organización y la dirección de la persona jurídica, el cumplimiento del estatuto, la participación en el funcionamiento interno de la entidad y la representación de la misma frente a terceros. Esto se explica desde la llamada "teoría del órgano".

Sostener que los administradores de la persona jurídica son órganos de esta significa que son portadores de la voluntad de la entidad, como si el ente social obrara por sí, sin el auxilio de la representación. Constituyen el vehículo de la voluntad única de la persona jurídica.

2. Interpretación

Para explicarnos mejor, a diferencia del mandato, no hay dos voluntades —la del representante y representado— sino una sola: la de la persona jurídica. De esta manera, los administradores son funcionarios de la entidad y es esta última la que actúa frente a terceros a través de aquellos.

Es así que cuando una persona jurídica participa de la celebración de un acto jurídico por medio de un órgano calificado para ello, la figura del órgano absorbe la del representante y el negocio estipulado por la persona jurídica a nombre propio, a diferencia de lo que ocurre cuando la persona jurídica se vale de un representante diverso del órgano investido del respectivo poder, en cuyo caso el negocio lo estipula dicho representante en nombre de otro, es decir, la persona jurídica.

En conclusión, el ordenamiento jurídico argentino sigue la llamada "teoría del órgano". Para esta teoría, las personas jurídicas expresan su voluntad a través de sus agentes, y no hay un dualismo entre estos y la entidad como polos opuestos. Entre la entidad y sus dirigentes **no hay un vínculo contractual sino una relación institucional**, que proviene de la constitución y organización de la persona jurídica. Los administradores no están fuera de la persona jurídica sino dentro de ella, y actúan como órganos suyos. De esta manera, lo actuado jurídicamente por los administradores se imputa (o sea, se atribuye) a la persona

jurídica. Las normas constitutivas de la persona jurídica señalan la órbita de funcionamiento de los órganos, de manera que cuando la actividad de quien se desempeña en aquel carácter se desorbita, el exceso no es obra del órgano en cuanto tal, sino del individuo que ha determinado esa irregularidad y, por eso —en principio—, el acto "notoriamente" extraño al objeto social **no puede ponerse a cargo de la entidad** (art. 58 de la Ley General de Sociedades 19.550).

En el CC, la doctrina supo hallar el fundamento normativo de la teoría del órgano para las personas jurídicas, en general, en el art. 36, que dice: *"Se reputan actos de las personas jurídicas las de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios"*.

Explicaba Llambías que, salvo la frase final, que importó un enrolamiento del codificador en la teoría de la representación,(181) el precepto sienta un principio justo, enteramente defendible, aun aceptando la teoría del órgano, puesto que el exceso obrado más allá de los límites de la función del órgano de la persona jurídica que desempeñan sus dirigentes ya no es dable atribuirlo al ejercicio de la función en cuanto tal, desde que la excede. En otros términos, el órgano tiene señalado, en las normas constitutivas de la persona jurídica, la órbita de su funcionamiento, de manera que cuando la actividad de quien se desempeña en aquel carácter se desorbita, el exceso no es obra del órgano en cuanto tal, sino del individuo humano que ha determinado esa irregularidad, que no puede ponerse a cargo de la entidad, que queda extraña a la desorbitación.(182)

Por lo demás, esta teoría orgánica viene a explicar también la responsabilidad de las personas jurídicas por los actos ilícitos de sus administradores —órganos de ellas— cometidos en el desempeño funcional (art. 43 CC y art. 1763 CCyC).

En efecto, la responsabilidad de la persona jurídica depende del contenido de la "relación orgánica", "interna", del actor material con la persona jurídica. Es decir que, para poder atribuir responsabilidad a la persona jurídica, será necesario que el "órgano" haya actuado en su carácter de tal, y esta circunstancia —precisamente— es la que permite establecer una responsabilidad del ente.

Según el art. 1763 CCyC: "*La persona jurídica responde por los daños que causen quienes las dirigen o administran en ejercicio o con ocasión de sus funciones*".

Se ha criticado esta disposición. Se habla de imprecisión del criterio legal acerca de las personas cuyos actos implicaran la responsabilidad de las entidades, pues no aclara la

.....

(181) Para esta teoría, las personas jurídicas carecen de voluntad, por lo que deben ser asimiladas a las personas humanas también carentes de voluntad (los dementes). Por ello, para que puedan actuar, la ley les provee representantes legales que actúan en nombre de ellos. Todo cuanto realicen en los límites de su representación, obliga a la entidad. Sin embargo, esta postura —que bien puede explicar la responsabilidad contractual del ente— no puede explicar satisfactoriamente la responsabilidad extracontractual de la persona jurídica, pues a los administradores no se les puede conferir facultades para cometer ilícitos. En consecuencia, se concluye que las personas jurídicas son irresponsables en materia aquiliana. El antiguo art. 43 CC, anterior a la reforma de la ley 17.711, se enrolaba en esta línea de pensamiento, pues vedaba la posibilidad de ejercer acciones criminales o civiles contra las personas jurídicas por indemnización de daños, aunque sus miembros en común o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas. Uno de los exponentes de esta corriente de pensamiento fue Savigny.

(182) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho civil. Parte General*, t. 2, 15ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 1993, p. 71.

situación de los cuerpos colegiados ni tampoco si los administradores o directores a que se refiere son aquellos que tengan el carácter de representantes legales.

Se ha contestado la crítica afirmando que, en el caso de los cuerpos colegiados de administración o dirección, la responsabilidad se extiende al hecho de cualquiera de los integrantes, realizado en ejercicio u ocasión de sus funciones, fueren o no representantes legales de la entidad.

2.1. Carácter de la responsabilidad de la persona jurídica

Es directa: se explica por cuanto —precisamente— se aplica la teoría del órgano según la cual los daños causados por los directores y administradores del ente, al ser "órganos", y sin perjuicio de su responsabilidad personal, se entienden como si actuara la propia persona jurídica. Implica además la existencia de una responsabilidad directa (y personal) del representante, director o administrador.

Presupuestos: Deben verificarse, respecto del acto del órgano, todos los requisitos de la responsabilidad por daños.

a. El daño causado debe ser imputable al autor del hecho, es decir, que el acto debe ser voluntario;
b. antijurídico;
c. atribuible en virtud de un factor de atribución
d. conectado con el daño por un nexo de causalidad.
e. Debe existir una **relación entre la función y el daño causado:**
   - *ejercicio de la función:* implica el desarrollo de los actos previstos en el estatuto y, por ello, el daño es imputable a la persona jurídica;
   - *ocasión de la función:* debe existir una relación "razonable" —causalidad directa e inequívoca— entre las funciones y el daño. No hay responsabilidad si la función de quien dirige y/o administra solo ha facilitado el hecho dañoso pero no resulta indispensable para su comisión. Solo hay responsabilidad si el hecho dañoso no hubiera podido realizarse, de ninguna forma, de no mediar la función.[183]

2.2. La responsabilidad de los administradores

El art. 159 CCyC que comentamos contiene una norma imperativa dirigida a los administradores de la persona jurídica sobre cómo deben actuar en su función.

En primer término, deben obrar con cuidado y previsión, adoptando las medidas que sean necesarias —según las circunstancias de persona, tiempo y lugar— a la hora de tomar sus decisiones. En el caso concreto, para apreciar la responsabilidad del administrador se deben tener en cuenta, entre otros factores:

a. dimensión de la entidad;
b. su objeto;
c. las funciones genéricas que le incumban, como administrador, y las específicas que se le hubieren confiado;
d. circunstancias en que debió actuar (urgencia, acopio de datos, antecedentes e informaciones) y cómo cumplió con su deber de diligencia.

(183) CSJN, "Rabanillo, Fernando, y otra c/ Gobierno de la Nación", 10/10/1945, Fallos: 203:30.

Infojus

En segundo término, en caso de conflicto de intereses, los administradores deben priorizar, en su función, el **interés social** con respecto al propio, evitando aprovechar en su beneficio oportunidades que favorecen y corresponden a la entidad que administran. El deber de lealtad proscribe todas aquellas conductas de los administradores que, ante una situación de conflicto entre el interés de la sociedad y el suyo propio, supongan la obtención de ventajas a expensas de la sociedad (por ejemplo: prohibición de realizar transacciones con la sociedad, prohibición de explotar la posición de administrador, prohibición de utilizar activos sociales, prohibición de utilizar información confidencial, prohibición de obtener ventajas de terceros, prohibición de aprovechar oportunidades de negocio, prohibición de entrar en competencia con la sociedad). Por ello:

a. no pueden perseguir ni favorecer intereses contrarios a los de la persona jurídica;
b. si en determinada operación los tuvieran por sí o por interpósita persona, deben hacerlo saber a los demás miembros del órgano de administración o, en su caso, al órgano de gobierno, y abstenerse de cualquier intervención relacionada con dicha operación;
c. les corresponde implementar sistemas y medios preventivos que reduzcan el riesgo de conflictos de intereses en sus relaciones con la persona jurídica. Esto permitiría o facilitaría a los administradores el cumplimiento del deber de fidelidad y lealtad hacia la entidad, así como la valoración de actuaciones contrarias a los intereses de la misma. Por ejemplo, en caso de producirse un conflicto de intereses entre el administrador y la sociedad, el primero debe cumplir con las siguientes obligaciones:
    - comunicar al órgano de administración —o, en su caso, del órgano de gobierno—, el conflicto en cuestión; y
    - abstenerse de intervenir en la operación a que el conflicto se refiera.

La obligación de comunicar la existencia del conflicto debe entenderse que afecta, también, a cualquiera del resto de administradores, a partir del momento que tengan conocimiento del mismo, puesto que así lo exige la diligencia debida de su actuar.

Esta obligación implica también que aquellas decisiones que se sometan a deliberación sobre cuestiones en las que un administrador pueda incurrir en conflicto de intereses, deberán ser manifestadas por este, quien deberá abstenerse en la votación concreta. Por ejemplo, en supuestos de contratación con entidades gestionadas o dirigidas en alguna área relevante por personas vinculadas a un administrador, este deberá manifestarlo y abstenerse de votar, sin perjuicio de poder dar su punto de vista sobre la cuestión.

ARTÍCULO 160.- ***Responsabilidad de los administradores.*** ***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.***

1. Introducción

Es paradójico que siendo los administradores órganos de la sociedad, resulten responsables de sus actos funcionales. En efecto, por la teoría del órgano, lo lógico es que los actos ejecutados por aquellos se imputen directamente a la persona jurídica.

Sin embargo, como bien explica la doctrina, la teoría orgánica no descarta la responsabilidad personal de los directivos frente a la sociedad, sus socios o terceros. El elemento

psicológico que la persona física aporta al órgano de la sociedad que integra constituye el fundamento de la responsabilidad personal de los administradores por los comportamientos dañinos de su actuación funcional. A todo evento, podrá verificarse una responsabilidad coexistente entre integrantes del órgano de administración y la sociedad administrada.[184]

De esta manera, la naturaleza de la relación entre la sociedad y el administrador permite comprender la naturaleza de la responsabilidad de los administradores.

2. Interpretación

En la presente norma del CCyC se consagran los lineamientos esenciales de la responsabilidad de los administradores —como órgano del ente social— por el daño que injustamente causen en su desempeño a la persona jurídica, sus miembros y a los terceros.

A tal efecto, se deben verificar todos y cada uno de los presupuestos del deber de reparar, según la teoría general del derecho de daños:

a. **autoría:** el daño debe haber sido causado por acción u omisión del o de los administradores. Es decir, para que sea responsable un administrador es necesario que su acción u omisión hayan provocado el daño, en tanto este no se habría producido si aquel no hubiera actuado como lo hizo, o por el contrario, hubiese actuado en vez de haber omitido la conducta debida. Aunque parezca obvio, por los actos dañosos de los administradores no existe una responsabilidad del órgano de administración que integran. Este carece de personalidad jurídica, no es un sujeto de derecho, por tanto no es factible que le sea atribuible algún tipo de responsabilidad como tal. Así las cosas, mal puede ser autor de un daño la "comisión directiva" de la asociación civil (obviamente que sí lo serán sus "miembros");

b. **antijuridicidad:** proviene de la actuación del administrador contraria a la ley, al estatuto, al reglamento o a las decisiones del órgano de gobierno que causan un daño a otro, si no está justificada;

c. **factor de atribución subjetivo: la culpa**. Como se trata —fundamentalmente— de una actividad reglada por el estatuto, la culpa del administrador se configurará normalmente como consecuencia de la inobservancia de las diligencias prescriptas por la ley o el estatuto para la actividad reglada desplegada —administración del ente social—, lo que configura uno de los rostros de la culpa: **inobservancia de los reglamentos o deberes a su cargo** (*"impericia en la profesión"*; arg. art. 1724 CCyC; y art. 84 CP). En este sentido, recordemos que la inobservancia de los reglamentos o deberes a cargo del administrador consiste en no observar las diligencias prescriptas por las normas jurídicas para una actividad reglada; y, por ello, es fácil confundir esta forma de la culpa con la antijuridicidad pues dicho "rostro de la culpa" se configura por no observar una diligencia que el orden jurídico impone (en nuestro caso, el marco normativo lo impone el estatuto y la ley);

d. **relación de causalidad:** es necesario que —según el curso natural y ordinario de las cosas— exista cierta vinculación entre la conducta del administrador y el daño. En otras palabras, hay que acreditar que la acción u omisión del administrador aparece como causa adecuada del daño según las reglas de la experiencia y razonables criterios de probabilidad y habitualidad (art. 1726 CCyC).

(184) Nissen, Ricardo, *Curso de derecho societario*, Bs. As., Ad-Hoc, 1998, p. 478.

Infojus

e. **daño**: la conducta del administrador debe haber lesionado un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio o un derecho de incidencia colectiva (arg. art. 1737 CCyC). El daño, para responsabilizar a los administradores como administradores y ante la persona jurídica, sus miembros o terceros, debe haber sido causado en ejercicio o en ocasión de sus funciones:
   - *ejercicio de la función:* implica el desarrollo de los actos previstos en el estatuto;
   - *ocasión de la función:* debe existir una relación "razonable" —causalidad directa e inequívoca— entre las funciones y el daño. No hay responsabilidad si la función de quien dirige y/o administra solo ha facilitado el hecho dañoso pero no resulta indispensable para su comisión. Solo hay responsabilidad si el hecho dañoso no hubiera podido realizarse de ninguna forma, de no mediar la función.

2.1. Contornos de la obligación de indemnizar de los administradores

El art. 160 CCyC concluye que los administradores, si componen un órgano plural, responden en forma solidaria ante la víctima y, además, ilimitadamente, es decir, con todo su patrimonio.

2.2. La situación en el CC

Sin perjuicio de lo expuesto, bueno es recordar que, para el CC, la responsabilidad de los administradores era analizada desde una óptica diferente. No se la explicaba tanto desde la teoría del órgano cuanto desde la tesis del mandato. Sin embargo, la doctrina, con posterioridad —tal como lo indicamos en el comentario al art. 159 CCyC— fue fundamentando dicha responsabilidad también a la luz de la teoría del órgano.

Así las cosas, para Vélez Sarsfield se debían invocar dos normas a estos efectos:

- Art. 36: *"Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios"*.
- Art. 37: "*Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato"*.

Por lo tanto, si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la teoría del mandato nos decía que el acto era nulo y que existía, además, una acción contra el representante, siempre que el tercero "*desconociera la extensión de los poderes"* (arts. 1931, 1935, 1936 y concs. CC).

2.3. Administración societaria

Desde otro punto de vista, tratándose de una sociedad "comercial", (hoy Ley General de Sociedades 19.550, conforme la nueva terminología) el régimen de representación está reglado en el art. 58 de dicha ley —según las pautas que se exponen a continuación—, que sirven también de marco normativo para el resto de las personas jurídicas, a fin de determinar cuándo el administrador desorbita su actuación.

a. el administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a esta por todos los actos que **no sean notoriamente extraños al objeto social;**

b. este régimen se aplica aun en infracción de la **organización plural**, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausentes, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la **representación plural**;

c. estas facultades legales de los administradores o representantes respecto de los terceros no afectan la validez interna de las restricciones contractuales y la responsabilidad por su infracción.

2.4. Responsabilidad de los administradores societarios

El art. 59 de la Ley General de Sociedades 19.550 regula la responsabilidad del administrador y la diligencia que el mismo debe observar, prescribiendo que: *"Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión"*.

Como podemos apreciar, para el ámbito societario, la actuación diligente del administrador es más exigente, desde que debe hacerlo como *"buen hombre de negocios"*, cartabón o parámetro que no menciona el art. 160 CCyC y que, como veremos, tiene sus consecuencias jurídicas.

El "*buen hombre de negocios*", recordemos, supone que el deber de previsibilidad del administrador social se ve agravado por los conocimientos especiales que se requieren —y que se supone tiene— para su desempeño como tal. Es razonable apreciar, objetivamente, que el sujeto "profesional" está —o debe estar— dotado de conocimientos especiales que le hacen prever lo que el hombre medio no puede anticipar mentalmente.

Estamos en presencia de un "hombre de negocios" que —se supone— sabe y conoce lo que hace y ello lo dota de una mayor previsibilidad objetiva de las consecuencias posibles de su actuar.

Por ello, las consecuencias que puede —o debe prever— el "experto" (por ejemplo, un administrador societario) no necesariamente son previsibles —ni deben serlo— para el "profano" (por ejemplo, un socio).

Esta idea conduce a la siguiente conclusión: es mayor la responsabilidad del administrador societario **—que debe actuar como buen hombre de negocios—** que la del administrador de cualquier otra persona jurídica **—que no tiene ese parámetro de actuación—** por cuanto deberá hacerse cargo de aquellas consecuencias dañosas de su obrar que **—por sus conocimientos especiales (*rectius:* su profesionalidad)—** debió prever, aunque en el caso concreto no las haya previsto y aunque alguien que no sea profesional, o propiamente administrador **no** societario, no tuviese el deber de preverlas (arg. art. 1725 CCyC y art. 902 CC).

Lo expuesto anteriormente no importa desentenderse de las particulares circunstancias de persona, tiempo y lugar que han contextualizado la actuación del administrador (societario o no), para concluir si este último fue o no diligente (arg. art. 512 CC y art. 1724 CCyC).

Sin embargo, el aserto de los párrafos anteriores no implica que los administradores de personas jurídicas **no** societarias serán juzgados a la luz del parámetro del "buen padre de familia". Este último administra su "hogar" y una "economía doméstica", sin los riesgos del tráfico negocial, mientras que aquel administra un sujeto de derecho distinto, con patrimonio propio, que actúa en el mercado y que no se compara con una familia.

Infojus

En suma, los administradores de las personas jurídicas **no societarias** no tienen como parámetro de actuación al "buen hombre de negocios" **—propio de los administradores societarios—** pero tampoco al "buen padre de familia": constituyen un punto intermedio que les exige prever aquellas consecuencias que deben ser previstas por quien administra un patrimonio ajeno (el de la entidad) en el tráfico negocial, aunque sin la profesionalidad del administrador societario, a quien se le exige coordinar los factores de la producción de manera ordenada, en un mercado de riesgo agravado, que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos especiales propios del tráfico mercantil.

En suma, lleva razón Dobson cuando afirma que *"... la diligencia requerida a un administrador es una diligencia que se adecua al tiempo y lugar, y si bien se le puede reclamar éxito en su gestión, jurídicamente el éxito o fracaso no es un parámetro de conducta; por el contrario, al director se le exige coordinar los factores de la producción de manera ordenada; el beneficio o pérdida no es relevante para el orden jurídico. En tal sentido, el deber de diligencia es adecuado a un modelo de conducta a seguir, que nuestra doctrina ha establecido en el llamado 'buen hombre de negocios'; diferenciándose así del 'standard' jurídico del 'buen padre de familia', utilizado en el ámbito civilista. El factor 'riesgo agravado' que se encuentra en la actividad comercial es lo que distingue al 'buen hombre de negocios' del 'buen pater familiae'. De esta forma, el hombre común representado por el 'pater familiae' no actúa y no debe actuar en un mercado de riesgo agravado, sino que por el contrario, es un deber de prudencia del hombre común el evitar los riesgos agravados. La noción de 'buen hombre de negocios' establece una auténtica responsabilidad profesional ya que implica capacidad técnica, experiencia y conocimientos..."*.[185]

Desde esta óptica, los administradores societarios son profesionales pues son expertos en tanto y en cuanto se supone que conocen y poseen la experiencia, la idoneidad y la solvencia técnica necesarias para el cumplimiento y el desarrollo del objeto de la sociedad administrada.

La actuación diligente del directivo de la sociedad no será juzgada, entonces, conforme a la previsibilidad y a la pericia del hombre común. Por el contrario, lo será con respecto a la de un hombre de negocios medio con todas sus implicancias.

ARTÍCULO 161.- ***Obstáculos que impiden adoptar decisiones.*** *Si como consecuencia de la oposición u omisión sistemáticas en el desempeño de las funciones del administrador, o de los administradores si los hubiera, la persona jurídica no puede adoptar decisiones válidas, se debe proceder de la siguiente forma:*

a. *el presidente, o alguno de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;*
b. *los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto dentro de los diez días de comenzada su ejecución;*
c. *la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador.*

(185) Dobson, Juan I., "El interés social como protección del objeto social", en suplemento especial *Sociedades comerciales*, Bs. As., *La Ley*, 2004, p. 54.

1. Introducción

Con muy buen criterio, y con el objetivo de evitar la "paralización" o "dificultades" en el funcionamiento de la persona jurídica al obstruirse el desempeño del órgano administrativo —ante la oposición u omisión sistemática en el desempeño de las funciones del administrador—, el CCyC establece pautas claras que deben ser observadas por los diferentes órganos sociales para que no quede trunco el giro del ente, con las nefastas consecuencias que ello le puede acarrear al no poder cumplir con su objeto.

2. Interpretación

En tal sentido:

a. el presidente, o alguno de los coadministradores, si los hay, pueden ejecutar los actos conservatorios;

b. los actos así ejecutados deben ser puestos en conocimiento de la asamblea que se convoque al efecto, dentro de los 10 días de comenzada su ejecución;

c. la asamblea puede conferir facultades extraordinarias al presidente, o a la minoría, para realizar actos urgentes o necesarios; también puede remover al administrador.

Si bien la norma está ubicada dentro de las disposiciones generales a todas las personas jurídicas, debe entenderse que solo es aplicable a las entidades que tengan como órgano de gobierno una asamblea. En el ámbito de las asociaciones civiles, los estatutos deben asegurar la participación democrática de sus asociados y el pluralismo dentro de la entidad, que puede manifestarse en cuanto a las modalidades, procedimientos o medios para realizar los fines de la asociación, no para alterarlos. Los asociados que no estén de acuerdo con los fines tendrán siempre la oportunidad de fundar otra asociación con la finalidad que decidan. Estos principios básicos llevan a considerar el respeto a la pluralidad en todos los órganos de la entidad, de allí la necesidad de preservar la inacción de la administración cuando una oposición sistemática impide a la asociación cumplir su objeto estatutario. En lo relativo a las sociedades, el juego de la representación de mayorías y minorías dentro de los órganos de conducción debe conducir a un equilibrio de fuerzas, pero nunca a la imposibilidad permanente de tomar decisiones necesarias para el curso de los negocios.

ARTÍCULO 162.- ***Transformación. Fusión. Escisión.*** *Las personas jurídicas pueden transformarse, fusionarse o escindirse en los casos previstos por este Código o por la ley especial.*

En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto.

1. Introducción

La norma en comentario regula diversos supuestos de reorganización empresaria ya consagrados en la Ley General de Sociedades 19.550, aplicándolos a las personas jurídicas en general, en la medida que la ley lo autorice (por ejemplo, como ya dijimos, para las sociedades, el art. 74 y ss. de la ley 19.550, se prevén la transformación, la fusión y la escisión para las sociedades; y el art. 223 CCyC, los casos de fusión para las fundaciones).

Infojus

2. Interpretación

Hay **transformación** cuando una persona jurídica adopta otra de las formas jurídicas previstas legalmente (por ejemplo, cuando una sociedad adopta un nuevo tipo social). No se disuelve la entidad ni se alteran sus derechos y obligaciones.

La Ley General de Sociedades 19.550 regula la transformación de las sociedades, autorizando la modificación del tipo social adoptado originalmente por los socios (arts. 74 a 81). Las fundaciones no pueden ser objeto de una transformación porque carecen de un órgano soberano que pueda decidir; son simplemente un patrimonio de afectación que no tiene voluntad por sí para transformarse, pues la única voluntad es la del fundador, estratificada en el estatuto. Es diferente en las asociaciones, pues ellas sí tienen su voluntad, que se forma en la asamblea y podrá incluso resolver, transformar la asociación en una fundación. En cambio, la fundación no puede alterarse ya que carece de sustrato subjetivo.

Hay **fusión** cuando dos o más personas jurídicas se disuelven sin liquidarse para constituir una nueva; o cuando una ya existente incorpora a una u otras que, sin liquidarse, son disueltas. La nueva entidad o la incorporante adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las personas jurídicas disueltas, produciéndose la transferencia total de sus respectivos patrimonios en la forma y en el momento que dispone la ley.

La Ley General de Sociedades 19.550 regula este instituto en los arts. 82 a 87. Lo propio ocurre con las fundaciones (art. 223, inc. b, CCyC).

Hay **escisión** cuando:

a. una persona jurídica, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para fusionarse con otras entidades existentes o para participar con ellas en la creación de una nueva persona;
b. una entidad, sin disolverse, destina parte de su patrimonio para constituir una o varias personas jurídicas nuevas;
c. una persona jurídica se disuelve sin liquidarse para constituir, con la totalidad de su patrimonio, nuevas entidades.

Este instituto es utilizado, particularmente, en materia societaria (art. 88 de la ley 19.550).

En todos los casos es necesaria la conformidad unánime de los miembros de la persona o personas jurídicas, excepto disposición especial o estipulación en contrario del estatuto. Así, por ejemplo, según la Ley Orgánica de Asociaciones Mutuales 20.321, *"Las asociaciones mutuales podrán fusionarse entre sí. Para ello se requerirá: a) Haber sido aprobada previamente la fusión en Asamblea de socios y b) Aprobación del Instituto Nacional de Acción Mutual"* (art. 30).

Parágrafo 3°
Disolución. Liquidación

ARTÍCULO 163.- ***Causales.*** *La persona jurídica se disuelve por:*

a. *la decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o por la mayoría establecida por el estatuto o disposición especial;*
b. *el cumplimiento de la condición resolutoria a la que el acto constitutivo subordinó su existencia;*

c. *la consecución del objeto para el cual la persona jurídica se formó, o la imposibilidad sobreviniente de cumplirlo;*

d. *el vencimiento del plazo;*

e. *la declaración de quiebra; la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto;*

f. *la fusión respecto de las personas jurídicas que se fusionan o la persona o personas jurídicas cuyo patrimonio es absorbido; y la escisión respecto de la persona jurídica que se divide y destina todo su patrimonio;*

g. *la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres meses;*

h. *la denegatoria o revocación firmes de la autorización estatal para funcionar, cuando ésta sea requerida;*

i. *el agotamiento de los bienes destinados a sostenerla;*

j. *cualquier otra causa prevista en el estatuto o en otras disposiciones de este Título o de ley especial.*

1. Introducción

En el artículo en comentario se mencionan las causales de disolución de las personas jurídicas en general.

Disuelta una entidad, se impone el cese de la actividad normal de la misma para iniciar otra etapa, la de la liquidación, que comporta satisfacer el pasivo social y distribuir el remanente entre los miembros (en los casos en que sea posible legalmente), para desaparecer como persona jurídica una vez extinguidas todas las relaciones jurídicas que la justificaron.

2. Interpretación

Muchas de las causales mencionadas en la presente norma están reguladas en el art. 94 de la ley 19.550, actualizándose en algunos casos. Por ejemplo, en cuanto a la causal de declaración de quiebra, "*la disolución queda sin efecto si la quiebra concluye por avenimiento o se dispone la conversión del trámite en concurso preventivo, o si la ley especial prevé un régimen distinto*" (por ejemplo, la Ley 25.284 de Salvataje de Entidades Deportivas); eliminándose el instituto del concordato resolutorio de la vieja Ley 19.551 de Concursos y Quiebras.

Se prevén también algunas nuevas situaciones, como "*la reducción a uno del número de miembros, si la ley especial exige pluralidad de ellos y ésta no es restablecida dentro de los tres (3) meses*", presuponiendo implícitamente este inciso el caso de las sociedades anónimas unipersonales (art. 1° de la ley 19.550).

ARTÍCULO 164.- ***Revocación de la autorización estatal.*** *La revocación de la autorización estatal debe fundarse en la comisión de actos graves que importen la violación de la ley, el estatuto y el reglamento.*

La revocación debe disponerse por resolución fundada y conforme a un procedimiento reglado que garantice el derecho de defensa de la persona jurídica. La resolución es apelable, pudiendo el juez disponer la suspensión provisional de sus efectos.

Infojus

Interpretación

Tanto en este como en los próximos artículos, se regulan especialmente algunas causales de disolución en particular.

Aquí se reglamenta la *"revocación de la autorización estatal"*, oportunamente concedida, siendo una directiva dirigida fundamentalmente a las "policías administrativas" que detentan el control y el poder de policía respecto de las personas jurídicas, según las diferentes especies. También es una directiva para el juez quien, en última instancia, hará el control de legalidad correspondiente.

En tal sentido, se aclara que la revocación del permiso estatal:

a. debe sustentarse en la comisión de actos graves (la vara para medir esa gravedad radica en que los actos ejecutados por la entidad deben importar una violación de la ley, el estatuto y el reglamento);

b. debe adoptarse la decisión una vez culminado un procedimiento en el cual se garantice que la persona jurídica ha podido defenderse;

c. la resolución debe ser "fundada", es decir, motivada so pena de tildarse de arbitraria;

d. se aclara que la resolución administrativa que revoca la autorización estatal:
   - es recurrible a través del recurso de apelación (generalmente las leyes orgánicas de las distintas autoridades administrativas suelen regular el sistema recursivo contra las resoluciones que dictan. En el caso de la Inspección General de Justicia, por ejemplo, la ley 22.315 establece que las resoluciones son recurribles ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil o Comercial —según los casos— de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires);
   - mientras se tramita el recurso, se puede disponer, judicialmente, la suspensión provisional de la resolución administrativa impugnada.

ARTÍCULO 165.- ***Prórroga.*** *El plazo determinado de duración de las personas jurídicas puede ser prorrogado. Se requiere:*

a. *decisión de sus miembros, adoptada de acuerdo con la previsión legal o estatutaria;*

b. *presentación ante la autoridad de contralor que corresponda, antes del vencimiento del plazo.*

Interpretación

En la presente norma se regula el instituto de la prórroga en virtud del cual, para el caso de que el estatuto haya limitado el tiempo de duración de la persona jurídica fijando un plazo, el mismo se pueda posponer, evitando así el acaecimiento de una causal de disolución con todas sus implicancias.

Para que la prórroga produzca sus efectos es indispensable:

a. la decisión de sus miembros, adoptada de acuerdo con la previsión legal o estatutaria;

b. la presentación ante la autoridad de contralor que corresponda del pedido de prórroga; que se efectúe antes del vencimiento del plazo estatutario.

ARTÍCULO 166.- *Reconducción.* *La persona jurídica puede ser reconducida mientras no haya concluido su liquidación, por decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, siempre que la causa de su disolución pueda quedar removida por decisión de los miembros o en virtud de la ley.*

Interpretación

Este artículo es relevante en tanto y en cuanto permite evitar la extinción de la persona jurídica una vez acaecida una causal de disolución, removiendo, en los casos en los que ello es posible, los efectos propios de la etapa liquidatoria que se inicia tras la disolución.

Para que opere la reconducción es necesario:

a. que no haya concluido la liquidación de la entidad;
b. que exista una decisión de sus miembros adoptada por unanimidad o la mayoría requerida por la ley o el estatuto, según los casos;
c. que la causal de disolución sea susceptible de ser removida por voluntad de los miembros o por imperio de la ley (por ejemplo, por vencimiento del plazo). Sin embargo, no sería viable cuando la causal de disolución que se pretende "remover" tenga carácter sancionatorio.

ARTÍCULO 167.- *Liquidación y responsabilidades.* *Vencido el plazo de duración, resuelta la disolución u ocurrida otra causa y declarada en su caso por los miembros, la persona jurídica no puede realizar operaciones, debiendo en su liquidación concluir las pendientes.*

La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero. Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.

En caso de infracción responden ilimitada y solidariamente sus administradores y aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omiten adoptar las medidas necesarias al efecto.

1. Introducción

Una vez que la persona jurídica entró en la etapa liquidatoria, no puede realizar operaciones que impliquen el cumplimiento normal de su objeto, debiendo concluir las pendientes y encaminar la realización del activo para cancelar el pasivo social.

2. Interpretación

A partir de la disolución, la administración y representación orgánica de la persona jurídica puede ser desempeñada por el órgano de administración existente en el instante disolutorio o por el órgano de liquidación específico designado de acuerdo con las disposiciones respectivas.

Para evitar confusión, se define el instituto de la liquidación y se fijan los pasos a seguir. En tal sentido se prevé que:

a. La liquidación consiste en el cumplimiento de las obligaciones pendientes con los bienes del activo del patrimonio de la persona jurídica o su producido en dinero.

Infojus

Se le reconoce a las personas jurídicas en liquidación una personalidad y capacidad limitada a los actos de liquidación del patrimonio. Por ello, la persona jurídica en liquidación solo puede realizar los actos tendientes al cumplimiento de las operaciones pendientes y cancelar las obligaciones adeudadas.

b. **Previo pago de los gastos de liquidación y de las obligaciones fiscales, el remanente, si lo hay, se entrega a sus miembros o a terceros, conforme lo establece el estatuto o lo exige la ley.** Sin embargo, recordemos que no todo proceso liquidatorio lleva a distribución de un remanente entre los miembros de una persona jurídica. Las asociaciones deben destinar el remanente de sus bienes a los fines previstos por el art. 185 CCyC, y las fundaciones deben adecuarse a lo establecido en el art. 217 CCyC.

La infracción de las pautas precedentes durante la liquidación del ente social —por continuar, por ejemplo, desempeñando la actividad normal de la persona jurídica, o bien, por entregar remanente a los miembros sin pago previo de obligaciones fiscales— hace responsables ilimitada y solidariamente a los administradores y a aquellos miembros que, conociendo o debiendo conocer la situación y contando con el poder de decisión necesario para ponerle fin, omitan adoptar las medidas necesarias al efecto.

CAPÍTULO 2
Asociaciones civiles

SECCIÓN 1ª
Asociaciones civiles

ARTÍCULO 168.- ***Objeto.*** *La asociación civil debe tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común. El interés general 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.*

No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros.

1. Introducción

"Las asociaciones civiles son personas de existencia ideal que nacen de la unión estable de un grupo de personas físicas que persiguen la realización de un fin de bien común no lucrativo".[186]

Si la asociación se realiza entre personas jurídicas, también con una finalidad de bien común no lucrativo, estamos en presencia de asociaciones de segundo grado. Es el caso de las federaciones, que nuclean asociaciones de primer grado (por ejemplo, la AFA —Asociación del Fútbol Argentino—, que se forma con las asociaciones civiles —clubes— que practican fútbol).

2. Interpretación

En otras palabras, la asociación surge de la unión, con cierto grado de estabilidad, de un grupo de personas (miembros) que la integran, en virtud de un vínculo jurídico que les

(186) Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t. II, 2ª ed. actual., Bs. As., AbeledoPerrot, 2000, p. 307.

confiere esa posición, ya sea por haber participado en el acto constitutivo o por incorporación posterior.

La asociación tiene sus propios atributos de la personalidad, y su existencia es independiente del cambio de sus miembros, que pueden ingresar y egresar de la misma en virtud de la libertad de asociación (art. 14 CN y art. 143 CCyC).

Según los "Fundamentos del Anteproyecto..." del CCyC, las asociaciones civiles se caracterizan como "*personas jurídicas privadas que se constituyen con un objeto de interés y utilidad general para la comunidad, del que también participan y se benefician sus miembros*".[187] Deben tener, además, un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común.

Según el CCyC, el "*interés general 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. No puede perseguir el lucro como fin principal, ni puede tener por fin el lucro para sus miembros o terceros*".

Por su parte, para el art. 33 CC, de manera similar y aunque con otra terminología, *"las asociaciones deben tener como fin el bien común"*.

En suma, ¿qué debe entenderse por bien común en materia de asociaciones?. Dificultades que plantea el tema:

Las fundaciones no tienen miembros ni benefician a su fundador, por lo que sus **fines deben ser necesariamente altruistas**. Las asociaciones, **por el contrario**, pueden tener fines altruistas, mixtos o beneficiar exclusivamente a sus miembros. Así las cosas, en la práctica, en las asociaciones civiles se observa que:

a. aun cuando el fin de la entidad persigue el interés general, puede beneficiar a los propios asociados, como ocurre con un club deportivo;
b. cuando decimos que la utilidad debe ser general, debe entenderse en el sentido de que el fin de la asociación no solo debe ser útil para los miembros que componen la entidad, sino que debe trascender mas allá de ellos y extenderse a la comunidad en la que se desarrollan en conjunto;
c. por ello, se ha considerado que la normativa debe interpretarse en el sentido de que es suficiente que el fin sea "lícito" para considerarlo de "utilidad general" (por ejemplo, la creación de la entidad "club", si bien beneficia a sus socios, fomenta la práctica del deporte, por lo que el interés general se encuentra satisfecho);
d. la interpretación del bien común, según la CSJN en relación al art. 33 CC, fue que:
    - el bien común debe interpretarse como integrante del orden público de los Estados democráticos, y que es posible entenderlo como un concepto referente a las condiciones de vida social que permite a los integrantes de la comunidad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de valores democráticos;
    - con relación a la garantía constitucional del art. 14 CN, la trascendencia del pluralismo, la tolerancia y la comprensión llevan a concluir que todo derecho de asociarse es constitucionalmente útil. Solo la ilicitud de promover la asociación un

(187) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012, p. 553.

Infojus

objeto común que desconozca o violente las exigencias que para la protección a la dignidad de las personas establece el art. 19 CN o que, elíptica o derechamente, persiga la destrucción de las cláusulas inmutables del Pacto Fundacional de la República vigente desde 1853, podría justificar una restricción al derecho de asociación.(188)

En conclusión, tal como dice el CCyC, las asociaciones puede constituirse con fines artísticos, asistenciales, políticos, culturales, deportivos, educacionales, mutualistas, religiosos, científicos, gremiales, de defensa de sectores empresariales, de fomento edilicio, profesionales, etc.

Como vemos se recepta el concepto actual de bien común en función de lo establecido por nuestra CSJN. Así, la esencia de la asociación es el bien común. No hay una interpretación única.

En la práctica, puede plantearse un conflicto entre "el derecho de asociarse" y "la incidencia de su objeto sobre la comunidad, el orden y la moral pública (por los que debe bregar el Estado)".

El Estado debe hacer un uso medido de sus facultades discrecionales y de contralor al autorizar el funcionamiento de la entidad; y la negación de la personería a un grupo debe ejercerse con criterio restrictivo (se ha rechazado el pedido de personería de un grupo que pretendía fundar una asociación de "espiritismo", pues no es conducente al bien común ni redunda en beneficio de la comunidad; de igual modo que se ha negado la personería a una agrupación *swinger* pues choca contra el deber de fidelidad que media entre cónyuges impuesto en el art. 198 CC).(189)

A todo evento, y en vista a la nueva normativa, destacamos que el art. 431 CCyC dice que *"los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad"*, lo que daría a entender que actualmente, un nuevo pedido de personería en este sentido, sería igualmente rechazado.

Debe estar ausente el lucro, aunque ello no obsta a que la entidad despliegue actividades que le permitan obtener ganancias para cumplir con su finalidad específica (por ejemplo, el club que organiza una rifa para ampliar las instalaciones con los fondos recaudados). Coherentemente con ello, se explica en los "Fundamentos del Anteproyecto" que *"El punto determinante de su conformación es que no pueden perseguir fines de lucro ni distribuir bienes o dinero entre sus miembros durante su funcionamiento ni en la liquidación. Si para el cumplimiento de su objeto realizan actividades por las que obtienen algún resultado económico positivo, éste debe aplicarse a la prosecución, incremento o perfeccionamiento del desarrollo de aquél"*.(190)

Asimismo, el art. 168 CCyC aclara que la asociación no puede tener por fin "*el lucro para sus miembros o terceros*". A los terceros que se vinculan con la entidad no se les puede exigir un fin altruista, pero el legislador ha querido vedar la obtención de ganancias por parte de los integrantes de los órganos de administración o fiscalización que no formen parte de la asociación, como así también de los miembros del voluntariado cuando actúan

.....

(188) CSJN, "Asociación Lucha por la Identidad Travesti-Transexual c/ Estado Nacional", 21/11/2006, Fallos: 329:5266.

(189) CNac. Apel. Civ., Sala A, "Asociación Argentina de Swingers c/ Insp. Gral. Justicia", 17/03/2003, en *RDPC 2004-3*.

(190) "Fundamentos...", en *Proyecto..., op. cit.*

Infojus

en beneficio de una entidad en la cual no son socios. Por ello, existe también una **diferencia con la sociedad**. Esta última se organiza con la finalidad de obtener utilidades apreciables en "dinero", lo que implica obtener un beneficio propio (arg. art. 1° de la ley 19.550).

Existen 2 tipos de asociaciones:

a. asociaciones civiles con personería jurídica —requieren autorización estatal e inscripción registral, por ejemplo: Inspección General de Justicia o Dirección de Personas Jurídicas, en Pcia. de Mendoza— (arts. 169 y 174 CCyC); y
b. simples asociaciones (art. 187 CCyC).

Cada asociación goza de personalidad jurídica en tanto ente al cual el ordenamiento jurídico le confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (art. 141 CCyC y art. 32 CC).

Para lograr sus fines, y siendo una persona distinta de sus miembros, cuenta con patrimonio propio (art. 154 CCyC). En este sentido, el acto constitutivo debe contener las contribuciones que conforman el patrimonio inicial de la asociación civil y el valor que se les asigna. Los aportes se consideran transferidos en propiedad si no consta expresamente su aporte de uso y goce (art. 170, inc. g, CCyC).

Por último, debe existir una desvinculación patrimonial del Estado. Expresamente, lo dice el art. 33 CC: "*las asociaciones no deben subsistir exclusivamente de asignaciones del Estado*". Es decir que el Estado puede subvencionar parcialmente actividades de la asociación. Sin embargo, si la institución depende exclusivamente de los aportes estatales, deja de ser una persona jurídica privada y pasa a pertenecer a la órbita de la Administración Pública.

ARTÍCULO 169.- *Forma del acto constitutivo.* ***El acto constitutivo de la asociación civil debe ser otorgado por instrumento público y ser inscripto en el registro correspondiente una vez otorgada la autorización estatal para funcionar. Hasta la inscripción se aplican las normas de la simple asociación.***

Interpretación

Las asociaciones civiles para surtir los efectos de tales y no de las simples asociaciones (como veremos), deben cumplir con ciertos recaudos formales de mayor rigor:

a. el acto constitutivo debe instrumentarse en instrumento público (queda descartada la posibilidad de hacerlo —como hasta ahora— por instrumento privado con firmas certificadas ante escribano público);
b. contar con autorización estatal para funcionar (en la provincia de Mendoza, por ejemplo, a cargo de la Dirección de Personas Jurídicas dependiente del Poder Ejecutivo local);
c. inscribirse en el Registro Público respectivo (en el lugar antedicho, en Mendoza, o en el Registro Nacional de Asociaciones Civiles y Fundaciones, según ley 22.315, a cargo de la IGJ). Lo anterior no obsta a que cada asociación deba cumplir con el sistema de registro previsto para su tipo (por ejemplo, las asociaciones de consumidores están reguladas en los arts. 55 a 58 de la ley 24.240, que imponen un registro y autorización de la autoridad de aplicación, como ocurre con la Subsecretaría de Defensa del Consumidor dependiente del Ministerio de Economía de la Nación).

De no cumplir con estos requisitos, hasta la inscripción, se aplican las normas de la **simple asociación,** con un régimen jurídico parcialmente distinto.

Infojus

ARTÍCULO 170.- *Contenido.* *El acto constitutivo debe contener:*

a. *la identificación de los constituyentes;*
b. *el nombre de la asociación con el aditamento "Asociación Civil" antepuesto o pospuesto;*
c. *el objeto;*
d. *el domicilio social;*
e. *el plazo de duración o si la asociación es a perpetuidad;*
f. *las causales de disolución;*
g. *las contribuciones que conforman el patrimonio inicial de la asociación civil y el valor que se les asigna. Los aportes se consideran transferidos en propiedad, si no consta expresamente su aporte de uso y goce;*
h. *el régimen de administración y representación;*
i. *la fecha de cierre del ejercicio económico anual;*
j. *en su caso, las clases o categorías de asociados, y prerrogativas y deberes de cada una;*
k. *el régimen de ingreso, admisión, renuncia, sanciones disciplinarias, exclusión de asociados y recursos contra las decisiones;*
l. *los órganos sociales de gobierno, administración y representación. Deben preverse la comisión directiva, las asambleas y el órgano de fiscalización interna, regulándose su composición, requisitos de integración, duración de sus integrantes, competencias, funciones, atribuciones y funcionamiento en cuanto a convocatoria, constitución, deliberación, decisiones y documentación;*
m. *el procedimiento de liquidación;*
n. *el destino de los bienes después de la liquidación, pudiendo atribuirlos a una entidad de bien común, pública o privada, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República.*

Interpretación

La asociación cuenta con una normativa interna que regula su funcionamiento y organización, y rige los derechos y deberes de los asociados: el estatuto.

Además, cada asociación tiene por base fundacional un "acto constitutivo", que es el negocio jurídico que da creación a la entidad y por el cual todos los suscriptos quedan obligados a constituirla.

Estatuto y acto constitutivo, actos jurídicos diferentes, son necesarios para el nacimiento y posterior vida de la asociación (arts. 150 y 157 CCyC).

El artículo en comentario regula minuciosamente los requisitos que debe reunir el acto constitutivo de la asociación civil.

ARTÍCULO 171.- *Administradores.* *Los integrantes de la comisión directiva deben ser asociados. El derecho de los asociados a participar en la comisión directiva no puede ser restringido abusivamente. El estatuto debe prever los siguientes cargos y, sin perjuicio de la actuación colegiada en el órgano, definir las funciones de cada uno de ellos: presidente, secretario y tesorero. Los demás miembros de la comisión directiva tienen carácter de vocales. A los efectos de esta Sección, se denomina directivos a todos los miembros titulares de la comisión directiva. En el acto constitutivo se debe designar a los integrantes de la primera comisión directiva.*

1. Introducción

El presente artículo comienza con la regulación de los órganos de la asociación civil. A través de ellos, la entidad manifiesta su voluntad y dirige sus acciones en el aspecto interno y en el aspecto externo. Ellos son: a) asamblea: órgano de gobierno; b) comisión directiva: órgano ejecutivo; c) comisión revisora de cuentas: órgano de vigilancia.

El acto constitutivo debe contener (art. 170, inc. l, CCyC): los órganos sociales de gobierno, administración y representación. Deben preverse la comisión directiva, las asambleas y el órgano de fiscalización interna, regulándose su composición, requisitos de integración, duración de sus integrantes, competencias, funciones, atribuciones y funcionamiento en cuanto a convocatoria, constitución, deliberación, decisiones y documentación.

2. Interpretación

"*Los integrantes de la comisión directiva deben ser asociados. El derecho de los asociados a participar en la comisión directiva no puede ser restringido abusivamente*" (art. 171 CCyC).

Por lo general, el estatuto establece una determinada antigüedad para acceder al cargo de consejero o miembro de la comisión directiva.

El procedimiento para elegir y ser elegido debe estar previsto en el estatuto en forma clara y precisa: *"las estipulaciones estatutarias deben garantizar la plena y democrática participación de los asociados para lo cual deberá estatuirse el sistema electoral elegido, el órgano a cargo de la ejecución de actos pre y poselectorales, la confección de padrones y los plazos para su rectificación, la oficialización de listas, impugnación de candidatos y subsanaciones, el escrutinio y la proclamación de los electos"* (art. 428, resolución 7/2005 IGJ).

El estatuto debe prever los siguientes cargos —presidente, secretario y tesorero— y, sin perjuicio de la actuación colegiada en el órgano, definir las funciones de cada uno de ellos. Los demás miembros de la comisión directiva tienen carácter de vocales.

Se aclara que se denomina directivos a todos los miembros "*titulares*" de la comisión directiva.

En el acto constitutivo, además, se debe designar a los integrantes de la primera comisión directiva.

Entre las funciones de la comisión directiva, podemos mencionar:

a. administra la entidad;
b. ejecuta las decisiones de la asamblea;
c. representa a la asociación frente a terceros;
d. sus miembros son designados por la asamblea;
e. puede actuar como cuerpo colegiado (comisión directiva) o en forma unipersonal (secretario general).

El estatuto debe definir si el cargo de administrador es honorario o remunerado. Las normas de los organismos de control suelen admitir el pago de una remuneración, la que debe ser fijada por la asamblea. Sin embargo, esta última puede delegar la fijación de la remuneración en el propio órgano de administración siempre que establezca con precisión las modalidades y límites a que ello se sujetara (art. 425, resolución 7/2005 IGJ).

ARTÍCULO 172.- ***Fiscalización.*** *El estatuto puede prever que la designación de los integrantes del órgano de fiscalización recaiga en personas no asociadas. En el acto constitutivo se debe consignar a los integrantes del primer órgano de fiscalización.*

La fiscalización privada de la asociación está a cargo de uno o más revisores de cuentas. La comisión revisora de cuentas es obligatoria en las asociaciones con más de cien asociados.

Interpretación

En cuanto al órgano de control, podemos mencionar la "comisión revisora de cuentas", que puede ser un cuerpo colegiado o unipersonal —en cuyo caso se llama "síndico"—, y cuya función principal es vigilar al órgano ejecutivo y fiscalizar el manejo patrimonial de la entidad.

El estatuto puede prever que la designación de los integrantes del órgano de fiscalización recaiga en personas asociadas o no (suele ser lo óptimo como garantía de imparcialidad). En el acto constitutivo se debe consignar a los integrantes del primer órgano de fiscalización. Su designación está a cargo de la asamblea. La fiscalización privada de la asociación está a cargo de uno o más revisores de cuentas, y este órgano es obligatorio en las asociaciones con más de cien asociados.

ARTÍCULO 173.- ***Integrantes del órgano de fiscalización.*** *Los integrantes del órgano de fiscalización no pueden ser al mismo tiempo integrantes de la comisión, ni certificantes de los estados contables de la asociación. Estas incompatibilidades se extienden a los cónyuges, convivientes, parientes, aun por afinidad, en línea recta en todos los grados, y colaterales dentro del cuarto grado.*

En las asociaciones civiles que establezcan la necesidad de una profesión u oficio específico para adquirir la calidad de socio, los integrantes del órgano de fiscalización no necesariamente deben contar con título habilitante. En tales supuestos la comisión fiscalizadora debe contratar profesionales independientes para su asesoramiento.

1. Introducción

Los integrantes del órgano de fiscalización **no pueden ser**, al mismo tiempo, integrantes de la comisión, ni certificantes de los estados contables de la asociación, pues desvirtuarían su objetividad en la función de control.

2. Interpretación

Estas incompatibilidades se extienden a los cónyuges, convivientes, parientes, aun por afinidad, en línea recta en todos los grados y colaterales dentro del cuarto grado.

En las asociaciones civiles que establezcan la necesidad de una profesión u oficio específico para adquirir la calidad de socio, los integrantes del órgano de fiscalización no necesariamente deben contar con ese título habilitante. Por ello, en tales supuestos, la comisión fiscalizadora podrá contratar otros profesionales (con la misma profesión y oficio de los socios) para su asesoramiento. Además de los órganos ya mencionados, a opción de los asociados, el estatuto puede prever la creación de un "tribunal de disciplina" que:

a. mantiene la disciplina interna en la entidad;
b. vela porque se cumpla el estatuto por lo miembros de los otros órganos y por los propios asociados;

c. sus integrantes son elegidos por la asamblea;
d. ejerce el poder disciplinario de la asociación;
e. cuando no está previsto como órgano autónomo, el poder disciplinario suele ejercerlo la comisión directiva.

ARTÍCULO 174.- ***Contralor estatal.*** ***Las asociaciones civiles requieren autorización para funcionar y se encuentran sujetas a contralor permanente de la autoridad competente, nacional o local, según corresponda.***

1. Introducción

La presente norma se refiere al poder de policía del Estado en el funcionamiento de las personas jurídicas, en este caso en particular, de las asociaciones civiles.

Se trata de una facultad reservada por la Constitución Nacional a los Estados provinciales (a través de la "Dirección de personas jurídicas") para las entidades domiciliadas en sus respectivos territorios. En la Ciudad de Buenos Aires se ejerce a través de la IGJ (dependiente del Ministerio de Justicia de la Nación).

2. Interpretación

La labor de control se lleva a cabo durante la constitución, funcionamiento y disolución de la persona jurídica, hallándose sujeto, claro está, a los recursos judiciales que la ley prevé.

El Estado no se limita a conceder (o no) la "personería jurídica", apreciando si el objeto de la asociación se presenta como un fin de bien común no lucrativo. Vigila, además, el funcionamiento de la entidad, si esta se ajusta a las pautas legales y estatutarias vigentes, y puede enviar veedores a las asambleas, pedir informes, disponer su intervención en caso de graves irregularidades e, incluso, ordenar el retiro de la "personaría jurídica".

En suma, el derecho de asociación no es absoluto; por el contrario, encuentra límites en el poder de policía del Estado sobre las asociaciones, respecto de la autorización de la personería jurídica.

El poder de policía del Estado se traduce en la autorización o reconocimiento de una calidad social. Es el reconocimiento estatal frente a toda la sociedad, relativo a que la asociación lleva a cabo los fines que el mismo Estado jerarquiza como propios, es decir, directamente vinculados al bien común.

Así las cosas, la libertad de asociación, como todo derecho constitucional, está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio: estas no deben alterar su sustancia y deben guiarse por el principio de razonabilidad.

En materia de asociaciones civiles, el CCyC adopta, recordemos, el sistema de concesión o autorización estatal. Se requiere la aprobación de sus estatutos, previo a otorgársele la "personería jurídica". La existencia de las asociaciones civiles está subordinada a un acto administrativo del Estado que las habilite para funcionar regularmente como tales.

En el CC (arts. 45 y 48) el poder de policía en general, y sobre las asociaciones en particular, tiene los siguientes matices:

a. comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc. con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los

Infojus

prelados en la parte religiosa. Las decisiones administrativas en esta materia podrán ser revocadas judicialmente por vía sumaria, en caso de ilegitimidad o arbitrariedad (art. 45 CC);

b. termina la existencia de las personas jurídicas que necesitan autorización expresa estatal para funcionar:
   1. por su disolución, en virtud de la decisión de sus miembros, aprobada por la autoridad competente;
   2. por disolución en virtud de la ley, no obstante la voluntad de sus miembros, o por haberse abusado o incurrido en transgresiones a las condiciones o cláusulas de la respectiva autorización, o porque sea imposible el cumplimiento de sus estatutos, o porque su disolución fuese necesaria o conveniente a los intereses públicos;
   3. por la conclusión de los bienes destinados a sostenerlas.

La decisión administrativa sobre retiro de la personería o intervención a la entidad, dará lugar a los recursos previstos en el propio art. 45 CC (control de legitimidad y arbitrariedad del acto administrativo). El juez podrá disponer la suspensión provisional de los efectos de la resolución recurrida (art. 48 CC).

ARTÍCULO 175.- ***Participación en los actos de gobierno.*** *El estatuto puede imponer condiciones para que los asociados participen en los actos de gobierno, tales como antigüedad o pago de cuotas sociales. La cláusula que importe restricción total del ejercicio de los derechos del asociado es de ningún valor.*

1. Introducción

Quien ejerce el gobierno de la asociación es la asamblea, conformada por la reunión de los miembros de la asociación. Es, además, el órgano soberano en sus decisiones y presupone deliberación de los temas a tratar entre sus miembros. El estatuto puede restringir y/o excluir el derecho de voto de ciertos miembros (por ejemplo, asociados suspendidos).

2. Interpretación

A través de la asamblea los asociados participan en los actos de gobierno; sin embargo:

a. el estatuto puede imponer condiciones para que los asociados participen en los actos de gobierno, tales como antigüedad o el pago de cuotas sociales. La cláusula que importe restricción total del ejercicio de los derechos del asociado es de ningún valor.
b. 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 (art. 178 CCyC).

La asamblea debe ser convocada conforme al procedimiento fijado en el estatuto, que debe fijar el quórum necesario para las deliberaciones y debe fijar las mayorías necesarias para aprobar sus resoluciones.

Entre sus funciones de gobierno, podemos destacar las siguientes:

a. nombrar y remover comisión directiva;
b. aprobar su gestión;
c. modificar el estatuto;

d. establecer la forma y orientación que debe tener la actividad de la asociación;
e. toda otra función no delegada a otro órgano por el estatuto.

Entre las clases de asamblea, podemos mencionar dos:

a. **Ordinaria:** se reúne periódicamente para tratar asuntos de rutina en la vida de la asociación, como por ejemplo, la designación directivos o la aprobación balances.
b. **Extraordinaria:** se reúne excepcionalmente para tratar asuntos especiales o de gravedad, como por ejemplo, la disolución anticipada o la remoción directivos por mal desempeño.

ARTÍCULO 176.- ***Cesación en el cargo.*** *Los directivos cesan en sus cargos por muerte, declaración de incapacidad o capacidad restringida, inhabilitación, vencimiento del lapso para el cual fueron designados, renuncia, remoción y cualquier otra causal establecida en el estatuto.*

El estatuto no puede restringir la remoción ni la renuncia; la cláusula en contrario es de ningún valor. No obstante, la renuncia no puede afectar el funcionamiento de la comisión directiva o la ejecución de actos previamente resueltos por ésta, supuestos en los cuales debe ser rechazada y el renunciante permanecer en el cargo hasta que la asamblea ordinaria se pronuncie. Si no concurren tales circunstancias, la renuncia comunicada por escrito al presidente de la comisión directiva o a quien estatutariamente lo reemplace o a cualquiera de los directivos, se tiene por aceptada si no es expresamente rechazada dentro de los diez días contados desde su recepción.

Interpretación

La norma comentada regula la cesación en el cargo de los administradores, comprendiendo varios supuestos. En tal sentido, los directivos cesan en sus cargos por:

a. muerte;
b. declaración de incapacidad o capacidad restringida;
c. inhabilitación;
d. vencimiento del lapso para el cual fueron designados;
e. renuncia;
f. remoción; y
g. cualquier otra causal establecida en el estatuto.

También se fijan límites inderogables —por vía estatutaria— con respecto a algunas de las causales mencionadas. De este modo, el estatuto no puede restringir la remoción ni la renuncia al cargo; más aun, la cláusula en contrario es de ningún valor.

En cuanto a la causal de remoción en particular, debe respetarse el derecho de defensa del administrador removido, desde que se trata de una medida correccional equiparable a una sanción.

Finalmente, para evitar daños a la persona jurídica ante un supuesto de vacancia, la nueva normativa expresa que la renuncia no puede afectar el funcionamiento de la comisión directiva o la ejecución de actos previamente resueltos por esta, supuestos en los cuales debe ser rechazada y el renunciante permanecer en el cargo hasta que la asamblea ordinaria se pronuncie.

Infojus

Solo para el supuesto en que no concurran tales circunstancias, la renuncia comunicada por escrito al presidente de la comisión directiva o a quien estatutariamente lo reemplace o a cualquiera de los directivos, se tiene por aceptada si no es expresamente rechazada dentro de los diez días contados desde su recepción. Es un supuesto en el cual la ley impone el "deber de expedirse", convirtiendo al silencio en manifestación positiva de la voluntad (art. 263 CCyC).

ARTÍCULO 177.- ***Extinción de la responsabilidad.*** *La responsabilidad de los directivos se extingue por la aprobación de su gestión, por renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria.*

No se extingue:

a. *si la responsabilidad deriva de la infracción a normas imperativas;*
b. *si en la asamblea hubo oposición expresa y fundada de asociados con derecho a voto en cantidad no menor al diez por ciento del total. En este caso quienes se opusieron pueden ejercer la acción social de responsabilidad prevista para las sociedades en la ley especial.*

1. Introducción

La presente norma regula los supuestos de extinción de la responsabilidad de los administradores —resueltos por el órgano de gobierno del ente— respecto de los daños injustamente sufridos por la persona jurídica en su patrimonio.

En efecto, entendemos que los asociados y terceros conservan siempre sus acciones individuales de responsabilidad contra los directivos cuando se verifica un daño en su patrimonio por el actuar antijurídico de aquellos. En otras palabras, el supuesto de "extinción" de responsabilidad consagrado en este norma inmuniza a los administradores, neutralizando exclusivamente la acción "social" de responsabilidad (remisión a la ley 19.550, según art. 177 CCyC, *in fine*).

2. Interpretación

El artículo que comentamos parte de la premisa de que el administrador incurrió en responsabilidad, la cual, si se verifica alguno de los supuestos normativos, se extingue.

Los diversos casos de extinción de responsabilidad consagrados en la norma (aprobación de la gestión, renuncia o transacción aprobada por la asamblea ordinaria) operan y extinguen la responsabilidad contraída por los administradores, siempre y cuando esa responsabilidad no importe violación de normas imperativas y/o no medie oposición expresa y fundada en la asamblea de asociados con derecho a voto, en cantidad no menor al 10% del total. Por ejemplo, si hay transacción resuelta por la asamblea, pero la responsabilidad del administrador importa trasgresión de normas imperativas legales o estatutarias y/o existe por lo menos un 10 % de oposición de asociados con derecho a voto en cantidad no menor al diez por ciento (10%) del total; la mentada responsabilidad no se extingue.

El primer supuesto de extinción de responsabilidad de los administradores consiste en la aprobación de su gestión —durante la cual ocurrieron los actos dañosos— por el órgano de gobierno de la asociación.

El asunto debe ser expresamente tratado por la asamblea. La aprobación de la gestión no puede ser inferida indirecta o tácitamente de la aprobación o el tratamiento de una cuestión distinta.

En los casos de renuncia o transacción resueltas por la asamblea ordinaria, ambos actos jurídicos deben ser resueltos por el órgano de gobierno. Carece de legitimación para ello el órgano de representación o el órgano de administración.

Si se trata de una renuncia, estamos en presencia de un acto jurídico unilateral en virtud del cual la persona jurídica, a través del órgano de gobierno, en forma clara, exterioriza su voluntad de abdicar del derecho de reclamar a los administradores los daños y perjuicios que los mismos han ocasionado al ente en virtud de su obrar dañoso. La renuncia puede ser expresa o tácita. En el primer caso, el ente social por intermedio de la asamblea se desprende manifiestamente —a través de la respectiva resolución social— del derecho. En el segundo supuesto, la persona jurídica se abstiene por su sola voluntad de reclamar el pago de la deuda y posibilita así que opere la prescripción.

En otro orden, en virtud del art. 875 CC y de los arts. 946 y 947 CCyC, la renuncia debe ser aceptada por el deudor —*rectius*: administradores—, aunque no por ello deja de ser unilateral. El efecto de la aceptación es que quedan establecidos en forma "irrevocable" los efectos de la renuncia que, hasta entonces, puede ser retractada por el renunciante.

Si se trata de una transacción, nos encontramos frente a un acto jurídico bilateral por el cual las partes hacen concesiones recíprocas, extinguiendo en consecuencia obligaciones litigiosas o dudosas.

Recordemos, finalmente, que los arts. 276 a 279 de la Ley General de Sociedades 19.550 regulan el ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los directores de las sociedades anónimas, perfectamente aplicables a los demás administradores de las personas jurídicas.

Lo hacen de la siguiente manera:

a. acción **social** de responsabilidad (arts. 276 a 278 de la ley 19.550);
b. acción **individual** de responsabilidad (art. 279 de la ley 19.550).

El criterio de distinción de las acciones responde a dos elementos fundamentales:

a. causa de la acción: permite distinguir la naturaleza del derecho afectado por los actos de los administradores de la persona jurídica como ente colectivo (acción social), o de los socios y/o terceros considerados individualmente (acción individual);
b. objeto de la acción: delimita el alcance del daño sufrido, ya sea que abarque al patrimonio social (acción social) o individual de los socios y/o terceros (acción individual).

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.*

1. Introducción

En el presente artículo, y en los siguientes, se regulan diversos aspectos de la situación jurídica del asociado.

Partimos de la premisa según la cual el acto constitutivo debe contener:

a. *"en su caso, las clases o categorías de asociados, y prerrogativas y deberes de cada una"* (art. 170, inc. j) CCyC);

Infojus

b. *"el régimen de ingreso, admisión, renuncia, sanciones disciplinarias, exclusión de asociados y recursos contras las decisiones"* (art. 170, inc. k) CCyC).

Como vemos, el estatuto es la principal fuente de los derechos y deberes de los miembros de una asociación.

2. Interpretación

El presente artículo regula el derecho del asociado a participar en las asambleas estableciendo una condición para ello: **el pago de las cuotas y contribuciones correspondientes al mes inmediato anterior.** Es decir, el asociado moroso tiene un impedimento para el ejercicio de este derecho.

Recordemos que el estatuto puede imponer condiciones para que los asociados participen en los actos de gobierno, tales como antigüedad o pago de cuotas sociales (art. 175 CCyC).

Sin embargo, si con antelación al inicio de la asamblea, el asociado purga la mora, no puede impedirse su participación en el órgano de gobierno. Una cláusula estatutaria que desconociera lo expuesto sería nula, pues la cláusula que impone restricción total del ejercicio de los derechos del asociado es de ningún valor (art. 175 CCyC).

La cuota social es fijada por la asamblea o por la comisión directiva, y está destinada a soportar el mantenimiento de las instalaciones de la entidad, pagar sueldos de sus empleados y otros gastos que requiera el funcionamiento de la entidad. Sin embargo, por vía estatutaria se pueden consagrar excepciones a la regla general que obliga a todo socio a pagar la cuota social, como ocurre con los "socios vitalicios", por ejemplo.

El incumplimiento de esta obligación le puede acarrear al asociado sanciones económicas (intereses punitorios) o sanciones institucionales (imposibilidad de participar en las asambleas o, incluso, la expulsión).

2.1. Otros derechos del asociado

a. participación en los otros órganos de la entidad, el asociado puede ser elegido como integrante de los demás órganos de la institución conforme al procedimiento establecido en el estatuto. Este derecho también puede ser reglamentado estatutariamente (por ejemplo, estableciendo una antigüedad mínima en la entidad);

b. gozar de los beneficios de la asociación, que se tuvieron en miras al ingresar a la institución. Cada miembro goza de los beneficios en igualdad de condiciones con los demás integrantes. Si, por el estatuto, hay diferentes categorías de socios, debe respetarse el trato igualitario dentro de cada categoría;

c. impugnación de las decisiones inválidas de los órganos. Cuando un órgano se extralimita en sus funciones o contradice la normativa vigente, el asociado puede —de acuerdo al estatuto— formular la denuncia al organismo estatal de contralor, impugnar las decisiones tomadas y solicitar su anulación. Este derecho puede ser reglamentado, fijando formas y plazos para su ejercicio (por ejemplo, estableciendo términos de caducidad);

d. fiscalización de libros y documentación. Este derecho puede reglamentarse en el estatuto, de modo que su ejercicio no perturbe el normal desenvolvimiento de la entidad. Puede sustituirse este derecho por el de *"pedido de informes a los órganos de control"* (sindicatura o comisión revisora de cuentas, arg. art. 55 de la ley 19.550). Según art. 186 CCyC: *"Se aplican supletoriamente las disposiciones sobre sociedades, en lo pertinente"*.

ARTÍCULO 179.- ***Renuncia.*** *El derecho de renunciar a la condición de asociado no puede ser limitado. El renunciante debe en todos los casos las cuotas y contribuciones devengadas hasta la fecha de la notificación de su renuncia.*

Interpretación

En esta norma se regula el derecho de receso del asociado. Es aplicación de la garantía constitucional de asociarse (art. 14 CN): permite el ingreso y el egreso de la asociación.

El estatuto no puede cercenar este derecho. La entidad no queda afectada en su personalidad desde que la fungibilidad de los miembros es una característica esencial de la asociación.

Sí puede quedar sujeto a ciertas condiciones que reglamenten su ejercicio, como el pago de cuotas adeudas.

De este modo, el derecho de renunciar a la condición de asociado no puede ser limitado; debiendo el renunciante abonar en todos los casos las cuotas y contribuciones devengadas hasta la fecha de la notificación de su renuncia.

ARTÍCULO 180.- ***Exclusión.*** *Los asociados sólo pueden ser excluidos por causas graves previstas en el estatuto. El procedimiento debe asegurar el derecho de defensa del afectado. Si la decisión de exclusión es adoptada por la comisión directiva, el asociado tiene derecho a la revisión por la asamblea que debe convocarse en el menor plazo legal o estatutariamente posible. El incumplimiento de estos requisitos compromete la responsabilidad de la comisión directiva.*

1. Introducción

Los asociados no solo tienen derechos; también tienen deberes. Estos se traducen en obligaciones impuestas en el estatuto que hacen a la vida interna de la institución cuyo contenido puede ser de carácter patrimonial (pago de cuotas) o extrapatrimonial (comportarse correctamente dentro de las instalaciones). Para hacer cumplir los deberes de los asociados, la asociación cuenta con un poder disciplinario.

2. Interpretación

Para asegurar el eficaz cumplimiento de los deberes del asociado, la asociación puede juzgar y penar a los miembros sin recurrir a la instancia judicial, potestad que es considerada derecho implícito de toda asociación, figure o no expresamente en el estatuto. *"Toda organización comunitaria posee espontáneamente, por el solo hecho de su existencia, un derecho disciplinario sobre sus miembros; derecho que la autoridad pública no crea, sino que reconoce y sanciona bajo pena de contrariar la vida normal del mismo grupo".*[191]

En el derecho asociativo no rige la máxima *nulla poena sine lege* que se aplica al derecho penal. La asociación puede carecer, en sus estatutos, de disposiciones sobre la previsión de sanciones, pero sin embargo contará al menos con la posibilidad de "expulsar" a un socio, pues esta sanción se considera una "cláusula sobreentendida".[192] Sin esta potestad sancionatoria, la asociación no podría cumplir con su objeto. El acto constitutivo

(191) SCJ Buenos Aires, "Colegio de Farmacéuticos de Morón", 09/05/1972, en *ED* 42-679.

(192) Crovi, Daniel, "Comentario al artículo 180", en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014, p. 674.

Infojus

debe contener *"… sanciones disciplinarias, exclusión de asociados y recursos contra las decisiones"* (art. 170, inc. k) CCyC).

El poder disciplinario debe respetar la garantía constitucional del debido proceso. Se habla del "debido proceso disciplinario".

En efecto, el asociado debe haber podido defenderse lo que implica que el sancionado debe ser notificado del hecho que se le impute con antelación; debe ser escuchado en su defensa; debe poder producir pruebas y de controlar las ofrecidas en el sumario que se forme en su contra; debe ser notificado de la sanción impuesta y debe poder recurrirla; y debe poder contar con asistencia letrada.

2.1. Sanciones

Entre las especies de sanciones más comunes podemos mencionar las siguientes:

a. llamado al orden-amonestación (sanción moral);
b. multa (sanción pecuniaria);
c. privación de ciertos beneficios inherentes a la calidad de asociado;
d. suspensión;
e. exclusión (art. 180 CCyC), que procede solo por causas graves previstas en el estatuto, debiendo tramitarse un "procedimiento disciplinario" que asegure el derecho de defensa del afectado.
   - Si la decisión de exclusión es adoptada por la comisión directiva, el asociado tiene derecho a la revisión por la asamblea que debe convocarse en el menor plazo legal o estatutariamente posible.
   - El incumplimiento de estos requisitos compromete la responsabilidad de la comisión directiva.

2.2. Órgano que aplica la sanción

Lo fija el estatuto. Normalmente, es la comisión directiva, aunque también puede ser la asamblea, que es quien impone las sanciones cuando nada dice el estatuto. Se puede crear un órgano especial: el tribunal de honor o disciplinario.

2.3. Revisión judicial de la sanción

La decisión disciplinaria de la entidad puede ser revisada por la justicia. Los principios que informan la revisión judicial son los siguientes:

a. agotamiento de los recursos internos (ello siempre y cuando un riguroso apego a ese principio no conduzca a una infundada denegación de justicia);[193]
b. invalidez de las cláusulas estatutarias limitativas de los recursos judiciales.

2.4. Alcance de la revisión judicial

Dicha revisión no abre una instancia de alzada. La acción judicial implica impugnar lo actuado por la asociación controlándose la legalidad y la arbitrariedad de la decisión.

2.5. Legalidad de la sanción

Se constata el cumplimiento de las formalidades estatutarias, su correcta interpretación, el respeto del derecho de defensa y la interpretación de las normas legales.

.....

(193) CNac. Apel. Civ., Sala C, "Fiorentini, Jorge c/ Asociación Argentina de Golf", 06/05/1982, en *ED* 100-327.

Infojus

2.6. Arbitrariedad de la sanción

¿Puede el juez juzgar la "justicia interna" (el fondo) de la decisión disciplinaria?

La **regla** establece que solo la asociación puede apreciar la gravedad de la inconducta de sus miembros y fijar la medida de la sanción que pudiere corresponderle.

Como **excepción**, los jueces pueden revisar las decisiones en este aspecto cuando son arbitrarias, es decir:

a. Ostentan injusticia notoria.

b. Son el resultado del ejercicio arbitrario del poder.

c. Existe un abuso de derecho. Así, se resolvió que: *"… el denominado poder disciplinario de las asociaciones supone una necesaria subordinación del interés personal o particular del asociado al interés de la asociación, que es un interés común o colectivo. Esta subordinación está implícita, ínsita, en la naturaleza de las relaciones asociativas y organizativas (…) la subordinación de intereses personales al interés general o colectivo presuponen el poder disciplinario que integrado en el 'poder interior', constituye el derecho de reglamentar por medio del estatuto las relaciones del grupo y de aplicar estos estatutos a los miembros y a los organismos del grupo (…) los tribunales están siempre llamados a ejercer el denominado control de legalidad de las decisiones de la asociación, es decir, el análisis de los procedimientos seguidos en orden a su adecuación a las disposiciones estatutarias las que deberán, a su vez, conformar el derecho sustantivo, y particularmente el derecho del asociado de ejercer su defensa (…) para analizar el mérito de la decisión, que en el caso implica pronunciarse sobre el fondo de la sanción aplicada a un asociado por la Sociedad Rural Argentina en ejercicio del poder disciplinario, es imprescindible visualizar claramente los intereses comprometidos por la conducta del asociado. Sólo así podrá cabalmente aprehenderse si la decisión de expulsarlo es injusta, o de injusticia notoria como dice la doctrina alemanda, o si ha implicado el ejercicio de un poder arbitrario, o desviación de poder, como prefiere la doctrina francesa, o si es abusiva …".*[194]

d. Resultan discriminatorias por haber aplicado un criterio distinto frente a hechos semejantes, en relación a lo que se concluyó: *"… en el supuesto que los integrantes de una persona de existencia ideal se sientan lesionados por una decisión del ente, antes de acudir a la vía judicial, es menester que ejerciten los procedimientos internos previstos en los respectivos estatutos, ello siempre y cuando un riguroso apego a ese principio no conduzca a una infundada denegación de justicia; una vez cumplimentados los mecanismos internos previstos, se abre la vía judicial incluso cuando los estatutos excluyen la intervención judicial (…) la facultad de la autoridad interna de la asociación de aplicar una sanción es de decisión; la facultad del órgano jurisdiccional es de control de legalidad de la decisión. El órgano jurisdiccional no se suplanta a la autoridad de la entidad, simplemente supervisa que sus actos se ajusten a la legalidad (…) queda al margen de la revisión jurisdiccional de los jueces todo lo relativo a los criterios que dentro de un marco de legalidad pueden haber inspirado la decisión de aplicar una sanción por parte de la asociación; tal como sería juzgar si es conveniente o inconveniente a la entidad el seguir una política de rigidez o flexibilidad en las sanciones porque una apreciación tal incumbe exclusivamente a sus autoridades, siempre que dicha decisión no sea arbitraria (…) la revisión judicial de una decisión de la entidad imponiendo una sanción que satisfaga el control de*

……. .

(194) CNac. Apel. Civ., Sala A, "Sebasti, Francisco c/ Sociedad Rural Argentina", 17/10/1984, *LL* 1985-A-272.

Infojus

legalidad, sólo cabe en el supuesto de que sea arbitraria, importe un abuso de derecho, configurare una injusticia notoria o un criterio no igualitario frente a hechos semejantes (…) la severidad de las sanciones aplicadas por la Asociación Argentina de Golf —en el caso una suspensión de 20 años para intervenir en torneos oficiales por haber adulterado la tarjeta en la que se registraba el marcador pues aparecía un numero de golpes inferior al verdadero— encuentra adecuado fundamento en las características propias del juego, donde en gran medida los controles dependen de un rígido apego a las normas éticas por parte de los jugadores, atento a los aislamientos de sus intervenciones. No sólo la buena fe es una impronta que debe prolongarse en todas las actividades de la comunidad, sino que las peculiaridades del juego del golf determina que se extreme su vigencia".[195]

Por último, la doctrina se ha preguntado si "*la pertenencia a una asociación importa un* ***deber de fidelidad*** *hacia ella cuya violación sería susceptible de generar una sanción disciplinaria*".[196]

En el caso de una cámara empresaria que amonestó a una de las sociedades miembro por haber participado en una exposición organizada por otra institución, el tribunal entendió que el hecho de estar asociado a una entidad determinada importa restringir voluntariamente, en cierta medida, el ámbito de la libertad individual en beneficio del interés o finalidad común, que se persigue a través de la asociación y que, en esa limitación, debían considerarse comprendidas las actividades que pudiesen constituir una interferencia con las que desarrolla la asociación.[197]

En el caso de un asociado de la Sociedad Rural Argentina que publicó un artículo que criticaba a los jurados de la exposición ganadera y, como consecuencia de ello, fue expulsado de la asociación, el tribunal consideró legítima la sanción por dos razones. En primer lugar, había un interés personal del asociado cuyos animales participaban en el evento cuestionado, interés que, al estar limitado por la pertenencia al grupo, debía ceder frente al interés común de la asociación. En segundo término, si bien cualquier ciudadano tiene derecho a la crítica y de expresar libremente sus ideas (art. 14 de la CN), no es el caso del asociado, pues este está limitado por el interés general de la asociación el que, al cabo, representa también el de todos y cada uno de los asociados individualmente, cuya defensa se logra a través de la persona jurídica mediante la consecución de los fines que le son propios. Por lo tanto, si las diferencias entre asociado e institución son tan grandes, el asociado ha dejado de compartir tales intereses, por lo que, lo lógico y razonable, es que se desvincule de la asociación y readquiera el derecho de crítica.[198]

ARTÍCULO 181.- ***Responsabilidad.*** ***Los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil. Su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados.***

(195) CNac. Apel. Civ., Sala C, "Fiorentini...", fallo cit.

(196) Rivera, Julio C., *Instituciones de Derecho Civil. Parte General*, t. 2, 2ª ed., Bs. As., AbeledoPerrot, 2000, p. 319.

(197) CNac. Apel. Com., Sala C, "Monzart SA c/ Cámara de Empresarios Madereros y Afines", 07/03/1977, en *LL* 1978-C-292.

(198) CNac. Apel. Civ., Sala A, "Sebasti...", fallo cit.

Interpretación

El presente dispositivo legal regula la responsabilidad patrimonial de los asociados por las deudas de la asociación civil y es coherente con el principio de personalidad diferenciada previsto en el art. 143 CCyC. Existe, por lo tanto, una distinta responsabilidad patrimonial entre la asociación y sus integrantes.

En tal sentido, tal como surge de la norma en cuestión, los asociados gozan de una responsabilidad limitada. No responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la asociación civil y su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente, y al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados.

ARTÍCULO 182.- ***Intransmisibilidad.*** *La calidad de asociado es intransmisible.*

Interpretación

El asociado no está obligado a formar parte eternamente de la entidad que integra. En efecto, el miembro de la persona jurídica tiene el derecho de renunciar a la condición de asociado, el que no puede ser limitado estatutariamente.

Sin embargo, si quiere "desprenderse" o "desvincularse" de la entidad sin renunciar, ello le está vedado desde que no puede transmitir su calidad de asociado a través de actos jurídicos entre vivos. Vale destacar que tampoco es transmisible *mortis causa.*

Desde esta óptica, la condición de asociado es, tanto para la entidad cuanto para el resto de sus miembros, una calidad *intuitu personae.* En efecto, para la asociación, las cualidades del asociado no son generalmente indiferentes. El miembro de una asociación civil debe compartir el ideario del grupo y es precisamente esa circunstancia la que lleva, en muchas ocasiones, a la necesidad de que un socio sea presentado por otros socios y que su ingreso deba ser aceptado por el grupo.

ARTÍCULO 183.- ***Disolución.*** *Las asociaciones civiles se disuelven por las causales generales de disolución de las personas jurídicas privadas y también por la reducción de su cantidad de asociados a un número inferior al total de miembros titulares y suplentes de su comisión directiva y órgano de fiscalización, si dentro de los seis meses no se restablece ese mínimo.*

Interpretación

A las causales de disolución para las personas jurídicas en general, que regula el art. 163 CCyC y que —obviamente— son aplicables a la asociación civil, la nueva normativa agrega una más, propia de las asociaciones: "*la reducción de su cantidad de asociados a un número inferior al total de miembros titulares y suplentes de su comisión directiva y órgano de fiscalización, si dentro de los seis meses no se restablece ese mínimo*".

Por lo tanto, la cantidad de asociados debe ser la suficiente como para cubrir los cargos en los órganos de conducción y fiscalización de la entidad. El requisito guarda lógica pues la asociación no puede funcionar sin las personas necesarias para dirigirla y fiscalizarla.

Infojus

ARTÍCULO 184.- ***Liquidador.*** *El liquidador debe ser designado por la asamblea extraordinaria y de acuerdo a lo establecido en el estatuto, excepto en casos especiales en que procede la designación judicial o por la autoridad de contralor. Puede designarse más de uno, estableciéndose su actuación conjunta o como órgano colegiado.*

La disolución y el nombramiento del liquidador deben inscribirse y publicarse.

Interpretación

Una vez disuelta la asociación civil y comenzada la etapa de liquidación, la asamblea extraordinaria debe designar un liquidador —que estará a cargo de dicha tarea— según las pautas estatutarias, excepto en casos especiales en que procede la designación judicial o por la autoridad de contralor, como podría ocurrir, por ejemplo, en caso de quiebra con la designación judicial del síndico concursal, que tendrá a su cargo la tarea liquidativa.

El órgano liquidador puede ser unipersonal o plural (comisión liquidadora). En este último caso, puede establecerse una actuación conjunta o como órgano colegiado. Si es un órgano plural de actuación conjunta, un liquidador no puede actuar sin la firma del otro. Si es colegiado, la colegiatura importa que todos los integrantes del órgano de fiscalización deben sesionar y tomar decisiones por mayoría con relación a los diversos actos relativos a la liquidación.

Por último, la disolución y el nombramiento del liquidador deben inscribirse en el Registro Público correspondiente y publicarse legalmente (por ejemplo, en el BO).

ARTÍCULO 185.- ***Procedimiento de liquidación.*** *El procedimiento de liquidación se rige por las disposiciones del estatuto y se lleva a cabo bajo la vigilancia del órgano de fiscalización.*

Cualquiera sea la causal de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados. En todos los casos debe darse el destino previsto en el estatuto y, a falta de previsión, el remanente debe destinarse a otra asociación civil domiciliada en la República de objeto igual o similar a la liquidada.

Interpretación

En la presente norma se regula el procedimiento liquidativo fijando varias pautas a tener en cuenta:

a. se rige por las disposiciones del estatuto salvo casos excepcionales, como ocurre con la quiebra, en la cual deberán observarse también las disposiciones de la Ley de Concursos y Quiebras 24.522;
b. el liquidador deberá cancelar las deudas, cobrar los créditos pendientes y realizar todas las operaciones pendientes de la entidad;
c. se lleva a cabo bajo la vigilancia del órgano de fiscalización de la entidad;
d. cualquiera sea la causal de disolución, el patrimonio resultante de la liquidación no se distribuye entre los asociados —desde que se trata de una entidad de "bien común"—;
e. por el contrario, debe dársele el destino previsto en el estatuto;
f. a falta de previsión estatutaria, el remanente debe destinarse a otra asociación civil, domiciliada en la República, de objeto igual o similar a la liquidada (generalmente se formalizará a través de una donación).

ARTÍCULO 186.- ***Normas supletorias.*** *Se aplican supletoriamente las disposiciones sobre sociedades, en lo pertinente.*

Interpretación

Con este artículo, el juez podrá echar mano a la Ley General de Sociedades 19.550 para encontrar solución a aquellos casos no contemplados en el propio CCyC o que no tienen una adecuada regulación (por ejemplo, con respecto al funcionamiento de las asambleas como órgano de gobierno de la asociación, suele aplicarse la normativa sobre asambleas de las sociedades anónimas de la Ley General de Sociedades).

Claro está que la aplicación será supletoria y en lo pertinente, debiendo ponderarse especialmente las circunstancias del caso, pues debe tenerse en cuenta que se trata de personas jurídicas diferentes: las asociaciones no tienen fin de lucro, pero las sociedades sí; a su vez, los miembros de las primeras no son beneficiarios del producto de una actividad comercial ni son favorecidos por la utilidades que pueda generar la actividad mercantil, como ocurre con el ente societario.

SECCIÓN 2ª

Simples asociaciones

ARTÍCULO 187.- ***Forma del acto constitutivo.*** *El acto constitutivo de la simple asociación debe ser otorgado por instrumento público o por instrumento privado con firma certificada por escribano público. Al nombre debe agregársele, antepuesto o pospuesto, el aditamento "simple asociación" o "asociación simple".*

1. Introducción

A partir de esta Sección se regula la simple asociación o asociación simple, que constituye una especie de asociación, erigiéndose en una verdadera persona jurídica y, por lo tanto, en un sujeto de derechos aunque con formalidades más sencillas para su constitución y un régimen de responsabilidad patrimonial agravada para los administradores de la entidad —de hecho y de derecho— en caso de insolvencia.

2. Interpretación

En efecto, además de las asociaciones civiles que requieren autorización del Estado para funcionar (art. 169 CCyC), existen en la realidad estas otras entidades que —por la escasa importancia de sus actividades o de su patrimonio— no gestionan la autorización estatal.

Con mejor factura técnica, estas entidades a que se refiere el art. 187 CCyC se corresponden a las simples asociaciones del art. 46 CC, que expresaba que: *"Las asociaciones que no tienen existencia legal como personas jurídicas, serán consideradas como simples asociaciones civiles o religiosas, según el fin de su instituto. Son sujetos de derecho, siempre que la constitución y designación de autoridades se acredite por escritura pública o instrumentos privados de autenticidad certificada por escribano público. De lo contrario, todos los miembros fundadores de la asociación y sus administradores asumen responsabilidad solidaria por los actos de ésta. Supletoriamente regirán a las asociaciones a que este artículo se refiere las normas de la sociedad civil".*

Según la nueva normativa unificada, el acto constitutivo de la simple asociación "*debe ser otorgado por instrumento público o por instrumento privado con firma certificada por*

Infojus

escribano público" —recordemos que las "asociaciones civiles", art. 169 CCyC, solo pueden constituirse por instrumento público— y "*al nombre debe agregársele, antepuesto o pospuesto, el aditamento 'simple asociación' o 'asociación simple'*", para diferenciarlas de las "asociaciones civiles" del art. 169 CCyC.

ARTÍCULO 188.- ***Ley aplicable. Reenvío.*** ***Las simples asociaciones se rigen en cuanto a su acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento por lo dispuesto para las asociaciones civiles y las disposiciones especiales de este Capítulo.***

Interpretación

El régimen jurídico aplicable a las simples asociaciones es mixto. Por un lado, deben ponderarse las disposiciones especiales de esta Sección 2ª, referidas exclusivamente a esta especie de persona jurídica; por el otro, y subsidiariamente, se debe tener en cuenta también la normativa de las asociaciones civiles (art. 169 CCyC) en lo relativo al acto constitutivo, gobierno, administración, socios, órgano de fiscalización y funcionamiento de ellas.

ARTÍCULO 189.- ***Existencia.*** ***La simple asociación comienza su existencia como persona jurídica a partir de la fecha del acto constitutivo.***

Interpretación

Esta disposición legal es coherente con la regla general consagrada en el art. 142 CCyC para todas las personas jurídicas: la simple asociación comienza su existencia como persona jurídica a partir de la fecha del acto constitutivo, sin necesidad de autorización estatal ni registración.

ARTÍCULO 190.- ***Prescindencia de órgano de fiscalización.*** ***Las simples asociaciones con menos de veinte asociados pueden prescindir del órgano de fiscalización; subsiste la obligación de certificación de sus estados contables.***

Si se prescinde del órgano de fiscalización, todo miembro, aun excluido de la gestión, tiene derecho a informarse sobre el estado de los asuntos y de consultar sus libros y registros. La cláusula en contrario se tiene por no escrita.

Interpretación

De acuerdo al reenvío que realiza el art. 188 CCyC, la simple asociación debe contar con un órgano de fiscalización (comisión revisora de cuentas). Sus integrantes deben contar con el título profesional que los habilite para ejercer el cargo y desempeñar la función que le es inherente. Rigen las incompatibilidades propias del art. 173 CCyC.

Sin embargo, el CCyC —simplificando también las exigencias formales para su funcionamiento— prevé que las simples asociaciones de menos de 20 asociados pueden prescindir de la comisión revisora de cuentas.

En este caso, y a fin de resguardar un adecuado ejercicio del derecho de información que le corresponde a todo asociado sobre los asuntos sociales, se le permite ejercerlo de manera individual —sin intermediarios—, informándose sobre el estado de los asuntos, y de

consultar los libros y registros de la asociación, fulminándose con la nulidad la prohibición estatutaria en tal sentido.

La prescindencia del órgano de fiscalización no obsta en manera alguna a la obligación de la entidad de certificar sus estados contables. Es una manera de dar seriedad al estado de situación patrimonial de la asociación.

ARTÍCULO 191.- ***Insolvencia.*** *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.*

Los bienes personales de cada una de esas personas no pueden ser afectados al pago de las deudas de la asociación, sino después de haber satisfecho a sus acreedores individuales.

1. Introducción

Al igual que la asociación civil, los asociados no responden en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la simple asociación. Su responsabilidad se limita al cumplimiento de los aportes comprometidos al constituirla o posteriormente y, al de las cuotas y contribuciones a que estén obligados (art. 192 CCyC).

2. Interpretación

Sin embargo, para los casos de "insolvencia" de la simple asociación, el CCyC ha diseñado un régimen de responsabilidad por las deudas de la entidad, con las siguientes connotaciones:

a. **dicho régimen opera solo en caso de insolvencia de la asociación simple** entendida como "insuficiencia" de bienes sociales. Es decir: no basta el mero incumplimiento individual para activar los efectos del dispositivo legal; es necesario que los bienes sociales sean escasos o insuficientes y no alcancen a satisfacer las deudas sociales. No necesariamente debe haber cesación de pagos. Sin embargo, en dicho supuesto, sin perjuicio del concursamiento de la asociación simple y los efectos particulares de este instituto (ley 24.522), los acreedores sociales podrán ir contra los administradores acreditando que son obligaciones de la entidad fruto de decisiones suscriptas por ellos;
b. hace pasibles de responsabilidad por las deudas sociales al administrador y todo miembro que administró de hecho los asuntos de la asociación;
c. establece un régimen de responsabilidad solidaria de los administradores de hecho y derecho con la simple asociación por las obligaciones de estas, siempre que se trate de obligaciones que resultan de decisiones de la entidad que han sido suscriptas durante la administración de aquellos.

Sin embargo, el acreedor de la entidad no puede ejecutar directamente los bienes de los administradores: primero deben ser satisfechos los acreedores personales de estos últimos y, solo con el patrimonio personal remanente, el administrador responderá por las deudas sociales. Se crea una suerte de "privilegio" a favor del acreedor personal del administrador respecto del acreedor social de la entidad.

Infojus

ARTÍCULO 192.- ***Responsabilidad de los miembros.*** *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 cuotas impagas.*

Interpretación

Coherentemente con el régimen general de las asociaciones civiles, el fundador o miembro de la simple asociación que no la administró, no responde en forma directa ni subsidiaria por las deudas de la entidad sino hasta la concurrencia de la contribución prometida o de las cuotas impagas, según lo dispuesto en el estatuto o posteriormente.

CAPÍTULO 3
Fundaciones

Consideraciones previas

Cuando el tema de las fundaciones se analiza desde la perspectiva de la legalidad, es frecuente tratarlo juntamente con las asociaciones. En el ámbito constitucional, en cambio, mientras existe uniformidad normativa respecto a la introducción de la libertad constitucional de asociarse, son escasas las constituciones que contienen expresas disposiciones referidas a las fundaciones (el art. 34 de la Constitución española, por ejemplo, reconoce el derecho de fundación para fines de interés general con arreglo a la ley).

Desde la óptica constitucional, se extraen las siguientes consecuencias:

El derecho a fundar implica excluir la idea de que la fundación constituye un negocio bilateral donde el Estado interviene como contrayente. Por el contrario, se trata de un negocio unilateral en un sistema de amplia libertad.

Al igual que en materia asociativa, el derecho de fundar, verdadero derecho subjetivo, supone dos aspectos:

a. **positivo:** derecho de crear una persona jurídica y derecho de la persona jurídica ya creada, que no podrá ser disuelta ni suspendida sin resolución judicial, siendo insuficiente la decisión administrativa.

b. **negativo:** nadie puede ser obligado a fundar ni a incluir cosas que están autónomamente fuera de lo que él resolvió fundar.

La fundación debe constituirse para fines de interés general, y el derecho a crear una fundación está sujeto a la reglamentación legal.

SECCIÓN 1ª
Concepto, objeto, modo de constitución y patrimonio

ARTÍCULO 193.- ***Concepto.*** *Las fundaciones son personas jurídicas que se constituyen con una finalidad de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posibles sus fines.*

Para existir como tales requieren necesariamente constituirse mediante instrumento público y solicitar y obtener autorización del Estado para funcionar.

Si el fundador es una persona humana, puede disponer su constitución por acto de última voluntad.

1. Introducción

Las fundaciones a que se refiere el art. 33 CC son personas jurídicas que se constituyen con un objeto de bien común, sin propósito de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines. Deben obtener —para actuar como tales— la autorización estatal prevista en el art. 45 CC. Actualmente, están reguladas, además, por la ley 19.836.

2. Interpretación

La fundación es una persona jurídica que se constituye con un objeto de bien común, sin fin de lucro, mediante el aporte patrimonial de una o más personas, destinado a hacer posible sus fines.

Este tipo de entidad resulta necesaria cuando sus miembros deciden agruparse para realizar actividades y obras de bien común, para las cuales el Estado prevé un régimen especial con beneficios exclusivos, particularmente en materia fiscal.

2.1. Caracteres tipificantes de este sujeto de derecho

Es una **persona jurídica** que nace de un **acto jurídico unilateral** del fundador, que, a su vez, puede ser una persona física o jurídica. En este aspecto, la fundación tiene diferencias con otras personas jurídicas:

a. no requiere el concurso de varias voluntades;

b. no tiene miembros —no necesita de la unión estable o transitoria de un grupo de personas—;

c. el fundador pasa a ser un tercero extraño a la entidad una vez que el Estado la autoriza a funcionar como tal.

Tiene **órganos de conducción** y **beneficiarios**. Los beneficiarios no forman parte de ella, sin embargo constituyen la razón de su existencia. A tal efecto, es necesario que el estatuto —y el plan de acción fundacional— los identifique. Existen distintos "grados" de individualización, a saber:

a. Individualización precisa: por ejemplo, "Fundación para sostener el Colegio Primario San Expedito", ubicada en la Villa "las Tablitas" en la provincia de Buenos Aires.

b. Individualización por pertenencia a un grupo: por ejemplo, "Fundación para ayudar a los pobres".

La doctrina discute si los beneficiarios pueden reclamar a la fundación el cumplimiento de su finalidad y, concretamente, obtener personalmente los beneficios previstos. La respuesta, se dice, depende del grado de individualización del beneficiario:

a. si la individualización es precisa, parecería existir una suerte de "derecho subjetivo" y se reconoce amparo judicial a los beneficiarios si los administradores de la entidad no cumplen la manda del fundador;

Infojus

b. si la individualización no es tal, aunque haya un "interés legítimo", no habría acción judicial para reclamar el beneficio, lo que no obsta a denunciar ante la autoridad de contralor el incumplimiento de las finalidades de la fundación.

2.2. Constitución

Se constituyen por **instrumento público**, de tal modo que el fundador tenga la posibilidad de reflexionar sobre la entidad del acto jurídico que va a celebrar. Queda descartada la posibilidad de constituir fundaciones mediante instrumento privado con firmas certificadas por escribano público.

2.3. Objeto

Tiene un fin **de bien común no lucrativo (fin altruista)**. No puede pretenderse un beneficio económico a distribuir directamente entre los integrantes de los órganos que dirigen y administran la fundación. Además, la tarea de la fundación está destinada a personas ajenas a la entidad —los llamados, como vimos, "beneficiarios"—.

Los beneficiarios pueden recibir "ventajas" mensurables económicamente —por ejemplo, atención médica— (va de suyo que deben estar autorizadas por el fundador en el acto fundacional). Sin embargo, y desde el punto de vista de la entidad, la IGJ ha establecido que la mera atención médica de pacientes mediante el pago de una suma de dinero, sin cumplirse con tareas de investigación o estudio, no encuadra dentro del objeto de "bien común", sino que encubre una sociedad comercial destinada a explotar una clínica o consultorio médico.

La fundación puede encarar actividades lucrativas para conservar su patrimonio y obtener nuevos recursos, por ejemplo, si lo permite el estatuto, puede adquirir títulos públicos, acciones de sociedades anónimas.

A su vez, **debe ser autorizada y controlada por el Estado** para que no se desvíe el cumplimiento del fin altruista, de modo que no se utilice la estructura fundacional para, por ejemplo, desgravar impuestos.

Es necesario un *"acto de dotación"*. Mediante acto unilateral entre vivos —donación—, o *mortis causa* —legado o testamento—, se afecta la totalidad o parte de los bienes del fundador, que pasan a constituir el peculio de la fundación.

ARTÍCULO 194.- ***Patrimonio inicial.*** *Un patrimonio inicial que posibilite razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos estatutariamente es requisito indispensable para obtener la autorización estatal. A estos efectos, además de los bienes donados efectivamente en el acto constitutivo, se tienen en cuenta los que provengan de compromisos de aportes de integración futura, contraídos por los fundadores o terceros.*

Sin perjuicio de ello, la autoridad de contralor puede resolver favorablemente los pedidos de autorización si de los antecedentes de los fundadores o de los servidores de la voluntad fundacional comprometidos por la entidad a crearse, y además de las características del programa a desarrollar, resulta la aptitud potencial para el cumplimiento de los objetivos previstos en los estatutos.

1. Introducción

La entidad, para poder actuar como fundación —y obtener la autorización estatal indispensable a tal efecto—, necesita de un patrimonio inicial que posibilite razonablemente

el cumplimiento de los fines propuestos estatutariamente. Es necesario, para ello, un acto de dotación de bienes (vía donación o testamento).

2. Interpretación

La autoridad de control (Inspección General de Justicia en la Nación y la Dirección de Personas Jurídicas en Mendoza y otras provincias) es la encargada de evaluar si la dotación de bienes efectuada por el fundador permite, "razonablemente", cumplir con el fin altruista de la entidad. Deben ponderarse, a tal efecto, los bienes donados o dejados por testamento efectivamente en el acto constitutivo; y los bienes que provengan de compromisos de aportes de integración futura contraídos por los fundadores o terceros (donaciones a través de empresas, instituciones, personas humanas, etc.).

Sin embargo, la autoridad de control, haciendo un análisis más laxo del "patrimonio inicial", puede resolver favorablemente los pedidos de autorización para el funcionamiento de una fundación cuyos "bienes donados o legados" inicialmente, en el acto constitutivo, no sean de gran envergadura en atención al fin altruista que se persigue, siempre y cuando la **aptitud potencial** de la entidad en formación para el cumplimiento de los objetivos previstos en los estatutos resulte:

a. de los **antecedentes** de los fundadores o de los servidores de la voluntad fundacional comprometidos por la entidad a crearse; y
b. de las **características del programa** a desarrollar.

De este modo, el CCyC deja en manos de la autoridad de control la posibilidad de evaluar la capacidad potencial de la fundación para obtener los recursos económicos que requiera su proyecto de bien común.

SECCIÓN 2ª

Constitución y autorización

ARTÍCULO 195.- ***Acto constitutivo. Estatuto.*** *El acto constitutivo de la fundación debe ser otorgado por el o los fundadores o apoderado con poder especial, si se lo hace por acto entre vivos; o por el autorizado por el juez del sucesorio, si lo es por disposición de última voluntad.*

El instrumento debe ser presentado ante la autoridad de contralor para su aprobación, y contener:

a. *los siguientes datos del o de los fundadores:*
   i. *cuando se trate de personas humanas, su nombre, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y número de documento de identidad y, en su caso, el de los apoderados o autorizados;*
   ii. *cuando se trate de personas jurídicas, la razón social o denominación y el domicilio, acreditándose la existencia de la entidad fundadora, su inscripción registral y la representación de quienes comparecen por ella;*

En cualquier caso, cuando se invoca mandato debe dejarse constancia del documento que lo acredita;

b. *nombre y domicilio de la fundación;*
c. *designación del objeto, que debe ser preciso y determinado;*

Infojus

d. *patrimonio inicial, integración y recursos futuros, lo que debe ser expresado en moneda nacional;*

e. *plazo de duración;*

f. *organización del consejo de administración, duración de los cargos, régimen de reuniones y procedimiento para la designación de sus miembros;*

g. *cláusulas atinentes al funcionamiento de la entidad;*

h. *procedimiento y régimen para la reforma del estatuto;*

i. *fecha del cierre del ejercicio anual;*

j. *cláusulas de disolución y procedimiento atinentes a la liquidación y destino de los bienes;*

k. *plan trienal de acción.*

En el mismo instrumento se deben designar los integrantes del primer consejo de administración y las personas facultadas para gestionar la autorización para funcionar.

1. Introducción

Con motivo de la constitución y creación de una fundación —a través del acto fundacional— debemos distinguir dos tipos de actos jurídicos interconectados necesariamente entre sí:

a. el acto constitutivo es el acto jurídico en el cual el fundador se identifica y asume las obligaciones necesarias para dotar de fondos suficientes a la entidad;

b. el estatuto es el instrumento que rige para siempre la vida interna de la fundación.

2. Interpretación

2.1. Acto fundacional

La doctrina ha caracterizado al acto fundacional como un acto jurídico unilateral, no recepticio y revocable, cuyos efectos están supeditados a la necesaria autorización estatal ulterior.

El acto fundacional puede materializarse a través de un **acto entre vivos** bajo el ropaje de una donación:

a. para su validez, el fundador (donante) debe gozar de capacidad jurídica y de hecho;

b. el acto de dotación de bienes —que determina el nacimiento de la fundación— suele hacerse antes de que el Estado autorice su funcionamiento. Por lo tanto, estamos en presencia de una donación a una persona jurídica futura con el fin de crearla y requerir luego la autorización correspondiente (art. 1806 CC; art 5° de la ley 19.836; y art. 197 CCyC);

c. Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. Si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos, a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica (art. 197 CCyC).

También puede instrumentarse el acto fundacional a través de **actos *mortis causa*** (testamento o legado). En este caso, el fundador puede —mediante institución hereditaria— afectar sus bienes, en todo o en parte, a la creación de un ente —aunque carezca de personería jurídica—, siempre y cuando:

a. no lesione la legítima de herederos forzosos;
b. la dotación de bienes se haga con el fin de crear la entidad; y
c. se requiera, luego, la autorización estatal (y finalmente obtenga la personería jurídica, art. 3735 CC).

Si el testador dispone de bienes con destino a la creación de una fundación, incumbe al Ministerio Público asegurar la efectividad de su propósito, en forma coadyuvante con los herederos y el albacea testamentario si lo hubiera (art. 219 CCyC). Si los herederos no se ponen de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y del acta constitutiva, las diferencias son resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al Ministerio Público y a la autoridad de contralor (art. 220 CCyC).

2.2. El estatuto

El estatuto es el instrumento público que crea la fundación que debe ser otorgado por el o los fundadores o apoderado con poder especial. Se lo hace por acto entre vivos; o por el autorizado por el juez del sucesorio, si lo es por disposición de última voluntad. Dicho instrumento debe ser presentado ante la autoridad de contralor para su aprobación.

2.2.1. Contenido

a. identificación de los fundadores;
b. nombre y domicilio de la fundación;
c. determinación del objeto, asociado a la finalidad de bien común. De esta manera, se protege la voluntad del fundador, debiendo el órgano de control velar porque se respete la misma. Por otra parte, el objeto puede ser diverso:
    1. asistir económica, sanitaria, espiritualmente a determinadas personas o instituciones;
    2. alentar y difundir determinados conocimientos científicos o valores morales (otorgando becas, realizando conferencias, congresos, etc.);
d. patrimonio inicial (art. 194 CCyC). La fundación debe tener patrimonio propio. No puede depender exclusivamente de asignaciones del Estado (art. 33 CC). Debe posibilitar razonablemente el cumplimiento de los fines propuestos estatutariamente:
    1. a estos efectos, además de los bienes donados efectivamente en el acto constitutivo, se tienen en cuenta los que provengan de compromisos de aportes de integración futura, contraídos por los fundadores o terceros;
    2. sin perjuicio de ello, como vimos, la autoridad de contralor puede resolver favorablemente los pedidos de autorización de los antecedentes de los fundadores, o de los servidores de la voluntad fundacional comprometidos por la entidad a crearse. Además, del programa a desarrollar resulta la aptitud potencial para el cumplimiento de los objetivos previstos en los estatutos —en virtud de ello, se analizan, entre otras cosas, los antecedentes de los fundadores, el personal contratado por la entidad y las características del programa a desarrollar, etc.—;

Infojus

e. plazo de duración. No se aplica la excepción prevista en el art. 155 CCyC, por lo que las fundaciones no pueden constituirse a perpetuidad (con lo que se diferencian de la asociación civil, art. 170 CCyC). Las fundaciones necesitan un plazo de duración;

f. organización del consejo administración. Los integrantes del primer consejo de administración son designados en el acto constitutivo. También debe/n mencionarse a la/s persona/s autorizada/s para realizar el trámite ante el órgano de control para obtener la autorización estatal para funcionar;

g. funcionamiento de la entidad. Se refiere a las cláusulas estatutarias que fijan el régimen de reuniones de los órganos de la entidad; el quórum y las funciones, deberes y atribuciones;

h. procedimiento para la reforma del estatuto. Este recaudo es importante pues importa modificar la voluntad del fundador. Por ello, deben establecerse con precisión los pasos a seguir a tal efecto;

i. fecha de cierre del ejercicio anual;

j. régimen de disolución y liquidación;

k. plan trienal (plan de acción). Es el plan de actividad de la fundación para los primeros 3 años. Allí se describen los actos a realizar (reuniones, conferencias, asistencia económica o espiritual, otorgamiento de becas, entre otros). Con la solicitud de otorgamiento de personería jurídica deben acompañarse tanto los planes que proyecta ejecutar la entidad en el primer trienio, con indicación precisa de la naturaleza, características y desarrollo de las actividades necesarias para su cumplimiento, como también las bases presupuestarias para su realización. Cumplido el plazo, se debe proponer lo inherente al trienio siguiente, con idénticas exigencias (art. 199 CCyC).

ARTÍCULO 196.- ***Aportes.*** *El dinero en efectivo o los títulos valores que integran el patrimonio inicial deben ser depositados durante el trámite de autorización en el banco habilitado por la autoridad de contralor de la jurisdicción en que se constituye la fundación. Los aportes no dinerarios deben constar en un inventario con sus respectivas valuaciones, suscripto por contador público nacional.*

Interpretación

El patrimonio de la fundación se conforma con los aportes respectivos, fruto del acto de dotación. Pueden ser dinerarios o no. En el primer caso, el dinero en efectivo o los títulos valores que integran el patrimonio inicial deben ser depositados durante el trámite de autorización en el banco habilitado por la autoridad de contralor de la jurisdicción en que se constituye la fundación. Una vez obtenida la personería, los administradores de la entidad deben concurrir al banco oficial con el estatuto aprobado para obtener la liberación y el reintegro de los fondos. En el segundo caso, los aportes no dinerarios deben constar en un inventario con sus respectivas valuaciones, suscripto por contador público nacional. De esta manera, la autoridad de control puede asegurarse de la existencia del "patrimonio inicial".

ARTÍCULO 197.- ***Promesas de donación.*** *Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para*

funcionar como persona jurídica. Si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos, a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica.

Interpretación

El patrimonio de la fundación y los aportes correspondientes pueden instrumentarse a través de donaciones realizadas por el fundador. A fin de asegurarle a la entidad su funcionamiento, y toda vez que el trámite de autorización estatal puede demorarse, para evitar que las promesas de donación realizadas en el acto constitutivo con el fin de crear la fundación sean dejadas sin efecto —con el consiguiente impedimento para el funcionamiento de la futura persona jurídica (que carecerá de "patrimonio inicial", arg. art. 194 CCyC)—, el nuevo cuerpo normativo dispone de ciertos límites a la facultad de revocación:

a. Las promesas de donación hechas por los fundadores en el acto constitutivo son irrevocables a partir de la resolución de la autoridad de contralor que autorice a la entidad para funcionar como persona jurídica. Ello se explica desde que la fundación, al obtener la personería jurídica, se convierte en un sujeto de derecho completamente distinto de su creador, y los bienes donados pasan a formar parte de manera definitiva del patrimonio de la entidad, convirtiendo en irrevocable la donación.

b. Si el fundador fallece después de firmar el acto constitutivo, las promesas de donación no podrán ser revocadas por sus herederos a partir de la presentación a la autoridad de contralor solicitando la autorización para funcionar como persona jurídica. De lo contrario, los herederos estarían desautorizando la voluntad del fundador.

ARTÍCULO 198.- ***Cumplimiento de las promesas.*** *La fundación constituida tiene todas las acciones legales para demandar por el cumplimiento de las promesas de donación hechas a su favor por el fundador o por terceros, no siéndoles oponible la defensa vinculada a la revocación hecha antes de la aceptación, ni la relativa al objeto de la donación si constituye todo el patrimonio del donante o una parte indivisa de él, o si el donante no tenía la titularidad dominial de lo comprometido.*

Interpretación

Con el mismo fundamento expuesto al comentar el artículo anterior, y a fin de resguardar el patrimonio de la entidad —esencial para cumplir con los fines estatutarios—, la ley confiere a la propia fundación legitimación para demandar el cumplimiento de las promesas de donación hechas a su favor por parte del fundador o terceros, disponiendo que no le serán oponibles las defensas vinculadas a la revocación hecha antes de la aceptación (de la oferta de donación) ni la relativa al objeto de la donación, si constituye todo el patrimonio del donante o una parte indivisa del él, o si el donante no tiene la titularidad dominial de lo comprometido. En este último caso, debemos remitirnos al art. 1551 CCyC, que establece que: *"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 éste, sólo es válida si el donante se reserva su usufructo o si cuenta con otros medios suficientes para su subsistencia"*.

Infojus

ARTÍCULO 199.- ***Planes de acción.*** *Con la solicitud de otorgamiento de personería jurídica deben acompañarse los planes que proyecta ejecutar la entidad en el primer trienio, con indicación precisa de la naturaleza, características y desarrollo de las actividades necesarias para su cumplimiento, como también las bases presupuestarias para su realización. Cumplido el plazo, se debe proponer lo inherente al trienio subsiguiente, con idénticas exigencias.*

Interpretación

También llamado plan trienal, y erigiéndose en uno de los recaudos del estatuto que debe ser evaluado por la autoridad de control, se trata del plan de actividades de la fundación para los primeros 3 años. Allí debe indicarse, de manera precisa, la naturaleza, características y desarrollo de las actividades necesarias para su cumplimiento (en él se describen los actos a realizar: reuniones, conferencias, asistencia económica o espiritual, otorgamiento de becas, etc.), como también las bases presupuestarias para su realización, con un cuadro de ingresos y egresos previstos para ese período. Cumplido el plazo de 3 años, se debe proponer, ante la autoridad de control, lo inherente al trienio siguiente, con idénticas exigencias. De esta manera, el CCyC ha procurado establecer un mayor control sobre la efectividad de la obra de las fundaciones; debiendo presentarse los planes trianuales sucesivamente cada vez que vence el plazo de 3 años.

ARTÍCULO 200.- ***Responsabilidad de los fundadores y administradores durante la etapa de gestación.*** *Los fundadores y administradores de la fundación son solidariamente responsables frente a terceros por las obligaciones contraídas hasta el momento en que se obtiene la autorización para funcionar. Los bienes personales de cada uno de ellos pueden ser afectados al pago de esas deudas sólo después de haber sido satisfechos sus acreedores individuales.*

1. Introducción

El artículo que comentamos tiene como objetivo resguardar los derechos de terceros acreedores generados con motivo de la actividad desplegada por los administradores y fundadores de la "fundación en formación", procurando instar al fundador a cumplir el trámite de autorización.

2. Interpretación

Recordemos que, para existir y funcionar como tales, las fundaciones requieren necesariamente constituirse mediante instrumento público, y solicitar y obtener, a su vez, autorización del Estado. Ello prueba el carácter constitutivo de la autorización estatal, tanto para fundaciones cuanto —cabe aclararlo— para las asociaciones civiles, **que no pueden actuar como entidades en formación**, lo que constituye una diferencia importante respecto de las sociedades comerciales, que sí gozan de aptitud en tal sentido (arg. arts. 38, 182 y 183 de la ley 19.550).

Por lo tanto, hasta tanto la entidad obtenga la autorización estatal que le permita funcionar como fundación, los acreedores no tendrán "persona jurídica" (ni patrimonio) para reclamar la satisfacción de sus acreencias. Así las cosas, la ley confiere legitimación sustancial como deudores solidarios, para responder por dichas obligaciones contraídas durante el período en formación de la entidad, a sus propios fundadores y administradores por las deudas que hayan contraído en el carácter de tales.

Sin perjuicio de ello, y para no perjudicar a los acreedores "personales" de los administradores y fundadores (que no lo son en razón de la actividad de la fundación en formación),

el CCyC dispone que los bienes personales de cada uno de los administradores y fundadores pueden ser afectados al pago de las deudas sociales "*sólo después de haber sido satisfechos los acreedores individuales*".

SECCIÓN 3ª

Gobierno y administración

ARTÍCULO 201.- *Consejo de administración.* ***El gobierno y administración de las fundaciones está a cargo de un consejo de administración, integrado por un mínimo de tres personas humanas. Tiene todas las facultades necesarias para el cumplimiento del objeto de la fundación, dentro de las condiciones que establezca el estatuto.***

Interpretación

El consejo de administración es el órgano máximo de la fundación a cuyo cargo está el gobierno y la administración de la entidad según las funciones estatutarias. Puede realizar actos de administración y de disposición de bienes, tanto como decidir la reforma de los estatutos, la fusión y hasta la disolución de la entidad.

Está integrado por un mínimo de tres (3) personas humanas (quedan excluidas las personas jurídicas), cuyo cargo es personal e indelegable.

Normalmente se distribuyen los cargos de presidente (que representa legalmente la entidad), secretario y tesorero, contando además con el número de vocales que desee el fundador. El número máximo de integrantes también debe ser establecido por el estatuto.

Si bien el CCyC no prevé expresamente una norma sobre incompatibilidades o prohibiciones para ocupar el cargo de consejero, la doctrina ha propiciado la aplicación analógica del art. 264 de la Ley General de Sociedades 19.550, que dice: "*No pueden ser directores ni gerentes: 1º) Quienes no pueden ejercer el comercio; 2º) Los fallidos por quiebra culpable o fraudulenta hasta diez (10) años después de su rehabilitación, los fallidos por quiebra casual o los concursados hasta cinco (5) años después de su rehabilitación; los directores y administradores de sociedad cuya conducta se calificare de culpable o fraudulenta, hasta diez (10) años después de su rehabilitación. 3º) Los condenados con accesoria de inhabilitación de ejercer cargos públicos; los condenados por hurto, robo, defraudación, cohecho, emisión de cheques sin fondos y delitos contra la fe pública; los condenados por delitos cometidos en la constitución, funcionamiento y liquidación de sociedades. En todos los casos hasta después de diez (10) años de cumplida la condena; 4º) Los funcionarios de la administración pública cuyo desempeño se relacione con el objeto de la sociedad, hasta dos (2) años del cese de sus funciones*".

ARTÍCULO 202.- *Derecho de los fundadores.* ***Los fundadores pueden reservarse por disposición expresa del estatuto la facultad de ocupar cargos en el consejo de administración, así como también la de designar los consejeros cuando se produzca el vencimiento de los plazos de designación o la vacancia de alguno de ellos.***

Interpretación

En el acto constitutivo de la fundación deben ser designadas las autoridades que se harán cargo del gobierno y administración de la entidad por el período inicial del funcionamiento de la persona jurídica. Dicha designación, que promueve normalmente el fundador

Infojus

(aunque puede ser delegada a instituciones públicas y a entidades privadas sin fines de lucro, arg. art. 202 CCyC), puede recaer sobre el propio fundador o fundadores, o bien sobre terceras personas.

Con esta norma se les asegura a los fundadores un lugar en el órgano de administración y gobierno de la entidad cuando así lo hayan estipulado y reservado en el estatuto.

De igual modo, es decir, por disposición expresa estatutaria, los fundadores pueden reservarse el derecho de designar los consejeros que integraran el órgano administrativo cuando se produzca el vencimiento de los plazos estatutarios de nombramiento o la vacancia de alguno de ellos en el cargo.

ARTÍCULO 203.- ***Designación de los consejeros.*** *La designación de los integrantes del consejo de administración puede además ser conferida a instituciones públicas y a entidades privadas sin fines de lucro.*

Interpretación

Sin perjuicio de la facultad de designar a los consejeros, la que pueden reservarse los fundadores en el estatuto, este artículo del CCyC aclara que dicha potestad puede ser también conferida estatutariamente a instituciones públicas y a entidades privadas sin fines de lucro.

ARTÍCULO 204.- ***Carácter de los consejeros.*** *Los miembros del consejo de administración pueden ser permanentes o temporarios. El estatuto puede establecer que determinadas decisiones requieran siempre el voto favorable de los primeros, como que también quede reservada a éstos la designación de los segundos.*

Interpretación

A través de esta disposición normativa se distinguen dos tipos de consejeros: **permanentes** —duran en el cargo hasta su muerte o hasta que venza el plazo de duración de la fundación— y **temporarios** —ejercen el cargo por el plazo estatutario—.

Por vía estatutaria, y solo tratándose de consejeros permanentes, puede estipularse que determinadas decisiones del consejo de administración requieran siempre el voto favorable de su parte para su validez —suelen vincularse a cuestiones trascendentales de la institución, como disolución de la entidad—, y que solo los consejeros permanentes tienen la facultad de designar a los consejeros temporarios.

ARTÍCULO 205.- ***Comité ejecutivo.*** *El estatuto puede prever la delegación de facultades de administración y gobierno a favor de un comité ejecutivo integrado por miembros del consejo de administración o por terceros, el cual debe ejercer sus funciones entre los períodos de reunión del consejo, y con rendición de cuentas a él. Puede también delegar facultades ejecutivas en una o más personas humanas, sean o no miembros del consejo de administración.*

De acuerdo con la entidad de las labores encomendadas, el estatuto puede prever alguna forma de retribución pecuniaria a favor de los miembros del comité ejecutivo.

Interpretación

Excepcionalmente, y siempre que lo autorice el estatuto, el consejo de administración puede delegar funciones de gobierno y administración a un **comité ejecutivo,** que estará compuesto por consejeros o terceras personas ajenas a dicho órgano.

Debe ejercer sus funciones entre los períodos de reunión del consejo de administración y rendir cuentas ante él. Ello se explica por cuanto el comité ejecutivo es un desmembramiento del consejo de administración y obrará siguiendo sus lineamientos. Su función principal es encargarse diariamente de las necesidades de la entidad.

Asimismo, el consejo de administración puede delegar facultades ejecutivas a **una o más personas humanas**, que pueden o no ser miembros del consejo de administración. Normalmente ostentan el cargo de "gerentes" o "apoderados". Se trata, en lo esencial, de personas contratadas por la entidad. De acuerdo con la clase de labores encomendadas, el estatuto puede prever alguna forma de retribución pecuniaria a favor de los miembros del comité ejecutivo.

Aunque el CCyC nada dice, es frecuente que existan —cuando la magnitud de la fundación lo requiera— diversas comisiones para atender a cada una de las actividades propuestas en el plan de acción de la entidad. Es el caso de los "consejos de asesores" que asesoran al consejo sobre temas específicos, pudiendo el estatuto autorizarlos a emitir informes y a concurrir con voz pero sin voto a las reuniones del consejo de administración.

ARTÍCULO 206.- ***Carácter honorario del cargo.*** *Los miembros del consejo de administración no pueden recibir retribuciones por el ejercicio de su cargo, excepto el reembolso de gastos, siendo su cometido de carácter honorario.*

Interpretación

El cargo de consejero es honorario y no puede percibir retribución alguna. La norma es coherente con el fin altruista de la fundación: se le pide a los consejeros que adopten la misma actitud imponiendo la gratuidad en el cargo. Por ello, el consejero solo tiene derecho al reembolso de los gastos en que haya incurrido con motivo del ejercicio de la función. Solo los miembros del comité ejecutivo pueden cobrar, excepcionalmente, una retribución pecuniaria, siempre que lo autorice el estatuto y de acuerdo a la entidad de las labores encomendadas. Así, los consejeros pueden cumplir dentro de la fundación tareas diferentes a las propias de dirección y gobierno. Por ejemplo, el consejero de una fundación a cargo de una escuela secundaria de enseñanza formal y de gestión privada ubicada en un barrio de escasos recursos, que dicta clases y ejerce la docencia.

ARTÍCULO 207.- ***Reuniones, convocatorias, mayorías, decisiones y actas.*** *El estatuto debe prever el régimen de reuniones ordinarias y extraordinarias del consejo de administración, y en su caso, del comité ejecutivo si es pluripersonal, así como el procedimiento de convocatoria. El quórum debe ser el de la mitad más uno de sus integrantes. Debe labrarse en libro especial acta de las deliberaciones de los entes mencionados, en la que se resuma lo que resulte de cada convocatoria con todos los detalles más relevantes de lo actuado.*

Las decisiones se toman por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes, excepto que la ley o el estatuto requieran mayorías calificadas.

Infojus

En caso de empate, el presidente del consejo de administración o del comité ejecutivo tiene doble voto.

1. Introducción

El consejo de administración y el comité ejecutivo, si no es unipersonal, deben llevar a cabo reuniones a fin de tomar las decisiones a través de las cuales la fundación desarrolla su actividad estatutaria.

2. Interpretación

A tal efecto, el estatuto debe prever el régimen de reuniones ordinarias y extraordinarias.

Las **sesiones ordinarias** se celebran periódicamente para atender asuntos corrientes de la marcha de la entidad, como por ejemplo, la inversión de los fondos recibidos o la evaluación de las actividades realizadas.

Las **sesiones extraordinarias** son citadas por el presidente por propia decisión o a pedido de los consejeros para tratar cuestiones de importancia institucional, como por ejemplo, una reforma estatutaria, la disolución de la entidad o el cambio del plan de actividades.

El estatuto, además, debe regular el procedimiento de convocatoria. El quórum necesario para que comience a sesionar el consejo debe ser el de la mitad más uno de sus integrantes.

Debe labrarse en libro especial acta de las deliberaciones de los entes mencionados, en la que se resuma lo que resulte de cada convocatoria con todos los detalles más relevantes de lo actuado.

Las decisiones orgánicas se toman por mayoría absoluta de votos de los miembros presentes, excepto que la ley o el estatuto requieran mayorías calificadas.

A todo evento, y a fin de no entorpecer el funcionamiento del consejo de administración o del comité ejecutivo, se aclara que —en caso de empate— el presidente tiene doble voto.

ARTÍCULO 208.- ***Quórum especial.*** *Las mayorías establecidas en el artículo 207 no se requieren para la designación de nuevos integrantes del consejo de administración cuando su concurrencia se ha tornado imposible.*

Interpretación

Cuando el consejo de administración no puede reunirse por no poder formar el quórum estatutario, se consagra una excepción a la regla del quórum fijada en la norma anterior. Se trata de un quórum especial en virtud del cual las mayorías establecidas en el art. 207 CCyC no son requeridas para la designación de nuevos integrantes del consejo de administración cuando su concurrencia se ha tornado imposible. De esta forma se evita que el órgano de administración de la entidad, y la entidad misma, queden paralizados al no poderse tomar las decisiones orgánicas respectivas por falta de quórum estatutario ante la vacancia de los cargos. Así, serán los consejeros que concurran a la reunión —**aunque no sean la mitad más uno de sus integrantes**— los que designen a los nuevos miembros del consejo de administración.

ARTÍCULO 209.- ***Remoción del consejo de administración.*** *Los miembros del consejo de administración pueden ser removidos con el voto de por lo menos las dos terceras partes de los integrantes del cuerpo.*

El estatuto puede prever la caducidad automática de los mandatos por ausencias injustificadas y reiteradas a las reuniones del consejo.

Interpretación

En la norma que comentamos se regula el instituto de la remoción en el cargo de los consejeros. La remoción puede acontecer en dos circunstancias: por el voto de, por lo menos, las dos terceras partes de los integrantes del cuerpo —requiere de una decisión orgánica del propio consejo de administración—, o cuando lo prevé el estatuto, por caducidad automática de los mandatos debido a ausencias injustificadas y reiteradas a las reuniones del consejo. En este último caso, al implicar en los hechos una verdadera sanción, deben respetarse los principios que informan el ejercicio del poder disciplinario de la entidad: debe, previamente, comunicarse la inconducta al presunto infractor; debe brindársele la oportunidad para que ejerza su derecho de defensa, sea oído y ofrezca prueba; debe mediar resolución expresa, debidamente fundada, emanada del consejo de administración y notificada correctamente al sancionado. Esta resolución, a su turno, es susceptible de revisión judicial en caso de arbitrariedad manifiesta.

ARTÍCULO 210.- ***Acefalía del consejo de administración.*** *Cuando existan cargos vacantes en el consejo de administración en grado tal que su funcionamiento se torne imposible, y no pueda tener lugar la designación de nuevos miembros conforme al estatuto, o éstos rehúsen aceptar los cargos, la autoridad de contralor debe proceder a reorganizar la administración de la fundación, a designar sus nuevas autoridades, y a modificar el estatuto en las partes pertinentes.*

Interpretación

Para evitar el entorpecimiento en el funcionamiento de la entidad, con el consiguiente incumplimiento de su actividad social y, eventualmente, producción del perjuicio que ello puede traer aparejado a los beneficiarios de aquella, ante la existencia de cargos vacantes en el consejo de administración que impidan su funcionamiento orgánico, y ante la imposibilidad de activar el mecanismo estatutario para designar a los nuevos consejeros (o que los designados no acepten el cargo), la norma que analizamos delega en la autoridad de control la reorganización de la administración de la fundación, la designación de sus nuevas autoridades y, en su caso, la modificación del estatuto en las partes pertinentes.

ARTÍCULO 211.- ***Derechos y obligaciones de los integrantes del consejo de administración.*** *Los integrantes del consejo de administración se rigen, respecto de sus derechos y obligaciones, por la ley, por las normas reglamentarias en vigor, por los estatutos, y, subsidiariamente, por las reglas del mandato. En caso de violación por su parte de normas legales, reglamentarias o estatutarias, son pasibles de la acción por responsabilidad que pueden promover tanto la fundación como la autoridad de contralor, sin perjuicio de las sanciones de índole administrativa y las medidas que esta última pueda adoptar respecto de la fundación y de los integrantes del consejo.*

1. Introducción

El artículo que comentamos consagra el marco normativo que determina los derechos y obligaciones de los consejeros, y las consecuencias jurídicas de su incumplimiento.

Infojus

2. Interpretación

Aclara, en primer término, que los consejeros se rigen, respecto de sus derechos y obligaciones, por las siguientes normas jurídicas:

a. la ley (*rectius:* el CCyC);
b. las normas reglamentarias en vigor (emanadas de la propia autoridad de control);
c. el estatuto; y, subsidiariamente;
d. las reglas del mandato (arts. 1319 a 1334 CCyC).

Como podemos apreciar, la labor desplegada por los miembros del consejo de administración es una actividad reglada que definirá los contornos de su responsabilidad funcional. En efecto, la culpa del administrador se configurará, normalmente, como consecuencia de la inobservancia de las diligencias prescriptas por la ley o el estatuto para la actividad reglada que despliegan —administración del ente social—, lo que configura uno de los rostros de la culpa: inobservancia de los reglamentos *o deberes a su cargo* (*"impericia en la profesión"*; arg. art. 1724 CCyC y art. 84 CP).

La imputación de responsabilidad se hace considerando la actuación personal de cada integrante del cuerpo. Ante la irregularidad de un consejero, los otros administradores pueden removerlo del cargo de acuerdo a las mayorías estatutarias e iniciar la acción de responsabilidad respectiva, o bien formular la denuncia pertinente ante la autoridad de control —que, de acuerdo a las normas administrativas que rigen su función, podrá disponer la intervención de la entidad u otras sanciones de índole administrativa, para que sean investigadas las irregularidades y/o delitos cometidos por el consejero, e iniciar, en su caso, en nombre de la propia autoridad administrativa, las acciones civiles y/o penales correspondientes—.

ARTÍCULO 212.- ***Contrato con el fundador o sus herederos.*** *Todo contrato entre la fundación y los fundadores o sus herederos, con excepción de las donaciones que éstos hacen a aquélla, debe ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor, y es ineficaz de pleno derecho sin esa aprobación. Esta norma se aplica a toda resolución del consejo de administración que directa o indirectamente origina en favor del fundador o sus herederos un beneficio que no está previsto en el estatuto.*

Interpretación

Para evitar un conflicto de intereses entre la entidad y su fundador que redunde en perjuicio de la fundación (de su patrimonio y de sus actividades), todo contrato entre esta y los fundadores —y hasta con sus herederos— debe ser sometido a la aprobación de la autoridad de contralor: sin la autorización del ente de contralor, el negocio jurídico celebrado en esas condiciones es ineficaz de pleno derecho.

Recordemos que, una vez constituida la fundación, y obtenida la personería jurídica, el fundador pasa a ser un tercero con relación a la entidad, por lo que debe procurar desempeñar su labor de manera independiente.

Por excepción, están exentas del contralor de la entidad administrativa las donaciones que los fundadores hacen a la fundación y que nutren su peculio.

Sin embargo, el CCyC no circunscribe exclusivamente el contralor de la autoridad administrativa a los contratos celebrados entre la fundación y el fundador. Por el contrario, lo hace extensivo —excediendo el mero "ámbito negocial" que los pueda involucrar— a

toda resolución del consejo de administración que, directa o indirectamente, origina en favor del fundador o sus herederos un beneficio que no está previsto en el estatuto.

ARTÍCULO 213.- ***Destino de los ingresos.*** *Las fundaciones deben destinar la mayor parte de sus ingresos al cumplimiento de sus fines. La acumulación de fondos debe llevarse a cabo únicamente con objetos precisos, tales como la formación de un capital suficiente para el cumplimiento de programas futuros de mayor envergadura, siempre relacionados al objeto estatutariamente previsto. En estos casos debe informarse a la autoridad de contralor, en forma clara y concreta, sobre esos objetivos buscados y la factibilidad material de su cumplimiento. De igual manera, las fundaciones deben informar de inmediato a la autoridad de contralor la realización de gastos que importen una disminución apreciable de su patrimonio.*

1. Introducción

La presente disposición legal es de fundamental importancia pues fija las pautas que deben observar los administradores de la entidad al emplear los ingresos que recibe la fundación, con el objetivo prioritario de alcanzar los fines que justificaron su creación.

2. Interpretación

Las fundaciones deben destinar *"la mayor parte"* de sus ingresos al cumplimiento de sus fines. Si decide *"acumular fondos"* (y no destinarlos al cumplimiento de los objetivos estatutarios), solo puede hacerlo con un fin determinado, por ejemplo, la formación de un capital suficiente para el cumplimiento de programas futuros de mayor envergadura, siempre relacionados al objeto estatutariamente previsto (por ejemplo, depósitos bancarios, adquisición de acciones de sociedades anónimas, títulos públicos, compra de bienes muebles e inmuebles). En este caso, la fundación debe informar a la autoridad de contralor, en forma clara y concreta, sobre esos objetivos buscados y la factibilidad material de su cumplimiento. Desde esta óptica, cabe aclarar que, si bien no hay incompatibilidad entre fundación y realización de negocios jurídicos que impliquen obtención de ingresos, estos últimos deben estar destinados a reforzar el cumplimiento de los fines estatutarios, y nunca a una intención especulativa o con el ánimo de obtener un lucro o una ganancia. Si los ingresos fueron destinados a la realización de gastos que menoscaban de manera importante el patrimonio social, deben informar de inmediato a la autoridad de contralor dichas erogaciones.

SECCIÓN 4ª

Información y contralor

ARTÍCULO 214.- ***Deber de información.*** *Las fundaciones deben proporcionar a la autoridad de contralor de su jurisdicción toda la información que ella les requiera.*

Interpretación

Recordemos que la fundación no tiene miembros; solo beneficiarios. Ello explica el control estatal reforzado sobre el funcionamiento de la entidad, que es vigilada y fiscalizada por la autoridad administrativa. La norma en comentario impone a las fundaciones el deber de informar a la autoridad de control todos los datos que esta le requiera.

Además, y si bien la ley no lo prevé, los fundadores, en el acto fundacional, pueden crear órganos internos de control, regulándolos en el propio estatuto. Es el caso de la sindicatura

Infojus

o la comisión revisora de cuentas, compuestas por miembros del consejo de administración o terceros, quienes fiscalizan las cuentas de la entidad y el correcto empleo de los fondos; y pueden, además, formular denuncias al organismo de control, lo que es de relevancia dado que las fundaciones carecen de miembros —como dijimos— que activen la intervención de la autoridad administrativa ante irregularidades de la entidad.

ARTÍCULO 215.- ***Colaboración de las reparticiones oficiales.*** *Las reparticiones oficiales deben suministrar directamente a la autoridad de contralor la información y asesoramiento que ésta les requiera para una mejor apreciación de los programas proyectados por las fundaciones.*

Interpretación

Con el objetivo de ejercer un adecuado control sobre la factibilidad y ejecución de los planes de acción presentados por las fundaciones, la autoridad de control puede solicitar asesoramiento a las reparticiones oficiales correspondientes. Así, por ejemplo, una fundación cuyo fin es asistir a niños con problemas de desnutrición infantil, puede motivar que la autoridad de control se haga asesorar sobre ciertos aspectos del plan de acción a través del Ministerio de Salud, quien debe suministrarle la información necesaria.

SECCIÓN 5ª

Reforma del estatuto y disolución

ARTÍCULO 216.- ***Mayoría necesaria. Cambio de objeto.*** *Excepto disposición contraria del estatuto, las reformas requieren por lo menos el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del consejo de administración y de los dos tercios en los supuestos de modificación del objeto, fusión con entidades similares y disolución. La modificación del objeto sólo es procedente cuando lo establecido por el fundador ha llegado a ser de cumplimiento imposible.*

1. Introducción

El presente artículo regula el procedimiento —según los casos— para reformar el estatuto.

2. Interpretación

Excepto disposición contraria del estatuto, las **reformas** requieren, por lo menos, el voto favorable de la mayoría absoluta de los integrantes del consejo de administración y de los dos tercios en los supuestos específicos de modificación del objeto, fusión con entidades similares y disolución.

Estos últimos casos, particularmente el de la modificación del objeto, constituyen actos de gran trascendencia institucional, pues importan modificar la voluntad del fundador, la que debe respetarse hasta el último momento, tanto por el consejo de administración cuanto por la propia autoridad administrativa.

Sin embargo, la reforma estatutaria por modificación del objeto solo es procedente cuando lo establecido por el fundador ha llegado a ser de **cumplimiento imposible** (por ejemplo, por falta de recursos necesarios). Por este mismo motivo, las fundaciones, en lugar de reformar el estatuto, pueden optar también por fusionarse con otras de objeto similar o, incluso, llegar a disolverse.

Corresponde, a su vez, a la autoridad de contralor —tras haberse expedido el consejo de administración— fijar el nuevo objeto de la fundación cuando el establecido por el o los fundadores es de cumplimiento imposible o ha desaparecido, procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de aquellos. En tal caso, la entidad administrativa tiene las atribuciones necesarias para modificar los estatutos de conformidad con ese cambio (art. 223, inc. a) CCyC).

ARTÍCULO 217.- ***Destino de los bienes.*** *En caso de disolución, el remanente de los bienes debe destinarse a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República. Esta disposición no se aplica a las fundaciones extranjeras.*

Las decisiones que se adopten en lo relativo al traspaso del remanente de los bienes requieren la previa aprobación de la autoridad de contralor.

1. Introducción

El presente artículo fija las pautas que deben observarse cuando la fundación se disuelve, en cuanto al destino de los bienes.

Recordemos, a todo evento que, una vez disuelta la entidad, se impone el cese de su actividad normal para iniciar otra etapa, la de liquidación hasta desaparecer como persona jurídica —se cancela su existencia como tal— y la entrega del remanente al beneficiario, previa aprobación por el órgano de control.

2. Interpretación

La disolución puede ser resuelta por el consejo de administración, resolviéndose la liquidación y nombrándose un liquidador a tal efecto, quien realizará el activo y cancelará el pasivo, entregando el remanente al beneficiario previo control de la autoridad administrativa.

De igual modo, la autoridad de control puede también disponer la disolución, la que normalmente está precedida por una investigación o intervención previa, tras detectar irregularidades en virtud de las cuales se resuelve que la entidad no está cumpliendo con el objeto previsto por el fundador.

En cualquiera de los dos casos, sin embargo, al tratarse de una fundación y al no haber típicamente "socios" o "asociados", luego de satisfacerse el pasivo social, no hay distribución de remanente entre los "miembros".

De ahí la importancia de la norma que analizamos, que establece el "destino de los bienes" de la fundación disuelta. En tal sentido:

a. el remanente de los bienes debe destinarse a una entidad de carácter público, o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común (no cualquier persona jurídica privada), que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República. Esta disposición no se aplica a las fundaciones extranjeras, es decir que, en este caso, disuelta la fundación, la misma se liquida y el remanente puede volver a su casa matriz;
b. las decisiones que se adopten en lo relativo al traspaso del remanente de los bienes requieren la previa aprobación de la autoridad de contralor.

Infojus

ARTÍCULO 218.- ***Revocación de las donaciones.*** *La reforma del estatuto o la disolución y traspaso de los bienes de la fundación, motivados por cambios en las circunstancias que hayan tornado imposible el cumplimiento de su objeto conforme a lo previsto al tiempo de la creación del ente y del otorgamiento de su personería jurídica, no da lugar a la acción de revocación de las donaciones por parte de los donantes o sus herederos, a menos que en el acto de celebración de tales donaciones se haya establecido expresamente como condición resolutoria el cambio de objeto.*

1. Introducción

La presente disposición legal es de suma importancia para la subsistencia de la fundación en aquellos casos en los cuales se decidió la reforma del estatuto ante el cambio en las circunstancias (económicas, sociales, culturales, etc.) propias de la entidad o que la rodean, que imposibilitaron el cumplimiento de su objeto conforme a lo previsto al tiempo de la creación del ente y del otorgamiento de su personería jurídica.

2. Interpretación

Según la norma en cuestión, los fundadores donantes, o sus herederos, no pueden revocar las donaciones efectuadas a favor de la fundación —cuyos bienes ingresaron al patrimonio social—, so pretexto de que el objeto estatutario inicial —que fue el que motivó las donaciones para la creación de la entidad— ahora es de imposible cumplimiento. Debe aceptar que lo donado se destinará a la nueva finalidad del ente.

Igual prohibición rige para aquellos casos en los cuales la entidad debió disolverse ante la imposibilidad de cumplir el objeto, pues en ese supuesto es importante respetar y materializar el destino de los bienes remanentes a que se refiere el art. 217 CCyC, cual es beneficiar a una entidad de carácter público o a una persona jurídica de carácter privado cuyo objeto sea de utilidad pública o de bien común, que no tenga fin de lucro y que esté domiciliada en la República.

Sin embargo, existe una excepción a la regla antes mencionada, de tal modo que el fundador, o sus herederos, podrán revocar la donación: cuando en el acto de celebración de tales donaciones se haya establecido expresamente, como condición resolutoria, el cambio de objeto, es decir, cuando la donación se concretó bajo la condición de afectarla únicamente a la finalidad que luego se ha vuelto de realización imposible.

SECCIÓN 6ª

Fundaciones creadas por disposición testamentaria

ARTÍCULO 219.- ***Intervención del Ministerio Público.*** *Si el testador dispone de bienes con destino a la creación de una fundación, incumbe al Ministerio Público asegurar la efectividad de su propósito, en forma coadyuvante con los herederos y el albacea testamentario, si lo hubiera.*

Interpretación

La fundación también puede crearse vía testamentaria. Recordemos que, para la creación de la entidad, es necesario un "acto de dotación", el cual se materializa a través de un acto unilateral entre vivos (donación) o *mortis causa* (legado o testamento), afectando la totalidad o parte de los bienes del fundador —siempre que no afecte la porción legítima de sus herederos forzosos—, que pasan a constituir el peculio de la fundación.

El artículo que comentamos es relevante pues aclara que es necesaria la intervención del Ministerio Público para asegurar la efectividad del propósito del testador y la creación de la entidad, todo ello en forma coadyuvante con los herederos y el albacea testamentario, si lo hubiera.

ARTÍCULO 220.- ***Facultades del juez.*** *Si los herederos no se ponen de acuerdo entre sí o con el albacea en la redacción del estatuto y del acta constitutiva, las diferencias son resueltas por el juez de la sucesión, previa vista al Ministerio Público y a la autoridad de contralor.*

Interpretación

La presente norma reconoce, en cabeza de los herederos testamentarios y el albacea, en su caso, la facultad de redactar el estatuto y el acta constitutiva de la futura fundación.

Sin embargo, si no logran acordar las pautas para elaborar ambos actos jurídicos, es el juez del proceso sucesorio del causante fundador quien debe resolver la controversia, dando intervención al Ministerio Público —por la legitimación que le confiere el art. 219 CCyC— y a la propia autoridad de control.

Con esta norma se trata de evitar que el desacuerdo entre los herederos o el mal desempeño del albacea demoren o frustren el nacimiento de la fundación.

SECCIÓN 7ª

Autoridad de contralor

ARTÍCULO 221.- ***Atribuciones.*** *La autoridad de contralor aprueba los estatutos de la fundación y su reforma; fiscaliza su funcionamiento y el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias a que se halla sujeta, incluso la disolución y liquidación.*

1. Introducción

Aquí se regulan las atribuciones de la autoridad de control (Inspección General de Justicia en la Nación y la Dirección de Personas Jurídicas, por ejemplo, en Mendoza y otras provincias) en materia de fundaciones, las que se extienden a lo largo de toda la vida de la entidad. La entidad, al no tener miembros, carece de quienes puedan controlar la concreción del fin fundacional; por ello, aparece en escena el Estado a través de la autoridad de control.

2. Interpretación

La autoridad de control estatal es quien aprueba los estatutos de la fundación y su reforma, fiscaliza su funcionamiento y el cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias a que se halla sujeta, y controla la disolución y liquidación de la entidad.

ARTÍCULO 222.- ***Otras facultades.*** *Además de las atribuciones señaladas en otras disposiciones de este Código, corresponde a la autoridad de contralor:*

a. *solicitar de las autoridades judiciales la designación de administradores interinos de las fundaciones cuando no se llenan las vacantes de*

Infojus

sus órganos de gobierno con perjuicio del desenvolvimiento normal de la entidad o cuando carecen temporariamente de tales órganos;

b. *suspender, en caso de urgencia, el cumplimiento de las deliberaciones o resoluciones contrarias a las leyes o los estatutos, y solicitar a las autoridades judiciales la nulidad de esos actos;*

c. *solicitar a las autoridades la suspensión o remoción de los administradores que hubieran violado los deberes de su cargo, y la designación de administradores provisorios;*

d. *convocar al consejo de administración a petición de alguno de sus miembros, o cuando se compruebe la existencia de irregularidades graves.*

Interpretación

Puntualmente, en lo que respecta a la labor de fiscalización del funcionamiento de la fundación, el CCyC le reconoce importantes potestades a la autoridad de control en virtud de las cuales puede ser:

a. Con intervención judicial:
   - solicitar la designación de administradores interinos en caso de acefalia de la entidad, para evitarle daños ante la imposibilidad de desenvolverse normalmente;
   - pedir la nulidad de las resoluciones del consejo de administración contrarias a las leyes o los estatutos;
   - reclamar la suspensión o remoción de los administradores que hubieran violado los deberes de su cargo;
   - solicitar la designación de administradores provisorios.

b. Sin intervención judicial:
   - suspender directamente la ejecución de las resoluciones del consejo de administración contrarias a las leyes o los estatutos;
   - convocar al consejo de administración a petición de alguno de sus miembros, o cuando se compruebe la existencia de irregularidades graves.

ARTÍCULO 223.- ***Cambio de objeto, fusión y coordinación de actividades.*** *Corresponde también a la autoridad de contralor:*

a. *fijar el nuevo objeto de la fundación cuando el establecido por el o los fundadores es de cumplimiento imposible o ha desaparecido, procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de aquéllos. En tal caso, tiene las atribuciones necesarias para modificar los estatutos de conformidad con ese cambio;*

b. *disponer la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones cuando se den las circunstancias señaladas en el inciso a) de este artículo, o cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hacen aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y sea manifiesto el mayor beneficio público.*

Interpretación

En materia de reforma estatutaria, la autoridad de control puede modificar el objeto de la fundación bajo ciertas condiciones excepcionales. En tal sentido, puede fijar el nuevo objeto de la fundación cuando el establecido por el o los fundadores es de cumplimiento

imposible o ha desaparecido, procurando respetar en la mayor medida posible la voluntad de aquellos. En tal caso, tiene las atribuciones necesarias para modificar los estatutos de conformidad con ese cambio.

Asimismo, cuando el objeto establecido por el o los fundadores es de cumplimiento imposible o ha desaparecido, la autoridad de control pude ordenar la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones. También pude disponerlo cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hace aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y sea manifiesto el mayor beneficio público.

La finalidad del legislador, con esta norma, es que la función de fiscalización y control de la autoridad administrativa no sea meramente formal y rígida; por el contrario, debe tender a fomentar las actividades de las fundaciones procurando mantenerlas "activas" y evitando en la mayor medida posible su desaparición.

ARTÍCULO 224.- ***Recursos.*** *Las decisiones administrativas que denieguen la autorización para la constitución de la fundación o retiren la personería jurídica acordada pueden recurrirse judicialmente en los casos de ilegitimidad y arbitrariedad.*

Igual recurso cabe si se trata de fundación extranjera y se deniegue la aprobación requerida por ella o, habiendo sido concedida, sea luego revocada.

El recurso debe sustanciar con arreglo al trámite más breve que rija en la jurisdicción que corresponda, por ante el tribunal de apelación con competencia en lo civil, correspondiente al domicilio de la fundación.

Los órganos de la fundación pueden deducir igual recurso contra las resoluciones que dicte la autoridad de contralor en la situación prevista en el inciso b) del artículo 223.

1. Introducción

Las decisiones administrativas que denieguen la autorización para la constitución de la fundación o retiren la personería jurídica acordada, incluso si se trata de una fundación extranjera, pueden ser revisadas judicialmente en los casos de ilegitimidad y arbitrariedad (también lo son las resoluciones que disponen la nulidad de las decisiones del consejo de administración, las que fijan nuevo objeto de la entidad, las que disponen la fusión o coordinación de dos o más fundaciones, etc.).

2. Interpretación

La revisión judicial de la actividad administrativa de la autoridad de control comprende:

a. la actividad administrativa "reglada" que se ha desplegado, es decir, se analiza si la autoridad de control —al denegar o retirar la personería jurídica— se ha apartado de las normas jurídicas que preestablecen en forma concreta las conductas jurídicas que dicha entidad administrativa debe seguir en su labor institucional (piénsese que cada organismo cuenta con una reglamentación propia de sus facultades, como, por ejemplo, la Ley 22.315 Orgánica de la IGJ de la Ciudad de Buenos Aires);

b. asimismo, abarca el control de los límites de la actividad administrativa "discrecional", de la autoridad de control esto es, la razonabilidad de sus decisiones —pro-

Infojus

porcionalidad, sustento fáctico suficiente, adecuación de medio a fin—; si existió desviación de poder, violación de la buena fe, y la doctrina de los actos propios (no contradicción); y la aplicación de los principios generales del derecho, entre otros supuestos. Desde esta óptica, por ejemplo, puede ser arbitraria una decisión que deniega la personería de una fundación y que resulta discriminatoria por haber aplicado un criterio distinto frente a hechos semejantes en casos anteriores.

El recurso debe sustanciarse con arreglo al trámite más breve que rija en la jurisdicción que corresponda, ante el tribunal de apelación con competencia en lo civil correspondiente al domicilio de la fundación.

Como el acto administrativo goza de presunción de legitimidad, incumbe a quien lo impugna de arbitrario o ilegal demostrar tales vicios.

Finalmente, la norma en comentario confiere legitimación a los órganos de la fundación para deducir igual recurso judicial contra las resoluciones que dicte la autoridad de contralor en la situación prevista en el art. 223, inc. b), es decir, cuando dispuso la fusión o coordinación de actividades de dos o más fundaciones en virtud de que el objeto establecido por el o los fundadores es de cumplimiento imposible o ha desaparecido, o cuando la multiplicidad de fundaciones de objeto análogo hacen aconsejable la medida para su mejor desenvolvimiento y sea manifiesto el mayor beneficio público.

TÍTULO III
Bienes(*)

CAPÍTULO 1
Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva

SECCIÓN 1ª
Conceptos

1. Introducción

1.1. Metodología

El Código define los conceptos de "bien" y "cosa" en su Título Preliminar, pero desarrolla su regulación en el Libro Primero, Parte General, dentro del Título III, bajo la denominación "Bienes". De esta forma, toma distancia respecto de la anterior legislación que incluía el tema en el Libro III destinado a los derechos reales.

El legislador explica el viraje metodológico en los Fundamentos del Anteproyecto. Así, manifiesta que la temática se circunscribía a las cosas, por lo cual se encontraba ubicada en el Libro de los derechos reales "*como elemento del derecho real y no de todo derecho como lo es en realidad*".(199) Por tal motivo, decidió situar la reglamentación de los bienes

(*) Comentarios a los arts. 225 a 256 elaborados por Gonzalo Perez Pejcic.

(199) "Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación elaborados por la Comisión Redactora", en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Bs. As., Ediciones Infojus, 2012.

en la Parte General del derecho por no ser materia exclusiva de los derechos reales. Igual decisión habían tomado los redactores del Proyecto de Código de 1998, que colocaban las normas relativas al patrimonio en la Parte General, señalando en sus fundamentos que se abandonaba así "*la ubicación que tiene en el CC vigente, en el Libro III de los derechos reales, siempre criticada por la doctrina argentina*".

1.2. Sobre los "bienes" y las "cosas"

El Código introduce un nuevo paradigma en materia de bienes. Ello se aprecia cuando, en los Fundamentos del Anteproyecto, el codificador resalta que "*no trata solo de las cosas sino de los bienes, de percepción y contenido más amplio, que excede largamente el criterio patrimonialista. De ahí, que el primer capítulo se dedica a los bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva, aspecto que constituye una ampliación novedosa*".

El paradigma que implanta el Código en esta materia implica una "nueva" relación entre el hombre y los bienes apoyado en: 1) el alejamiento del criterio patrimonialista que se había utilizado hasta este entonces para construir el concepto de "bien"; por tal motivo se produce una ampliación de su noción (arts. 17, 18, 240); y 2) la coordinación en el ejercicio de los derechos individuales, colectivos y comunitarios sobre los bienes que hacen a su objeto, en función de su coexistencia pacífica (arts. 9°, 10, 12, 14 y 241).

Para construir la base del paradigma se debe tener mínimamente presente: 1) las disposiciones contenidas en el Título Preliminar, especialmente el Capítulo 1 —Derecho—, Capítulo 3 —Ejercicio de los derechos— y Capítulo 4 —Derechos y bienes—; y 2) las normas del Libro Primero, Parte General, Título III —Bienes—.

En virtud de lo expuesto, cobra cabal importancia distinguir el concepto de "cosa" y "bien" dentro del nuevo paradigma. El concepto de "bien" resulta notablemente ampliado en comparación a la anterior legislación. Para el Código de Vélez los bienes entendidos en "sentido amplio" abarcaban las cosas (objetos materiales) y los derechos (objetos inmateriales) con valor económico. No obstante, la nueva legislación expande el concepto de tal forma que, actualmente, los bienes en sentido "amplio" comprenden también: 1) los derechos individuales que la persona posee sobre el cuerpo humano o sus partes (art. 17 CCyC); 2) los derechos de las comunidades indígenas sobre bienes comunitarios (art. 18 CCyC); y 3) los derechos de incidencia colectiva (arts. 14, 240 y 241 CCyC).

En síntesis, para el CCyC el término "bien" en sentido "amplio" abarca: 1) los bienes del individuo (cosas y derechos con valor económico y el cuerpo humano o sus partes, los cuales no tienen valor económico); 2) los bienes colectivos; y 3) los bienes comunitarios.

1.2.1. Bienes del individuo

Denominamos "bienes del individuo" a aquellos que poseen un valor (elemento tipificante del concepto de "bien") y sobre los cuales las personas pueden ser titulares de derechos individuales. El art. 15 CCyC reza: "*las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio*", mas el art. 16 CCyC establece que "*los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico*". Se advierte que la utilización en el art. 16 del verbo "poder" conjugado en la tercera persona del plural presente, modo indicativo (pueden) da cuenta de que las personas "pueden" ser también titulares de derechos individuales

Infojus

sobre bienes que no tienen valor económico (por ello no forman parte del patrimonio). Este es el caso de los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes que, a tenor de lo dispuesto por el art. 17 CCyC, "*no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social*". Por los motivos brindados, en rigor, los bienes del individuo se subclasifican en: 1) bienes con valor económico; y 2) bienes sin valor económico. Ambas subclasificaciones merecen algunas precisiones.

1.2.1.1. Bienes con valor económico

Dentro de esta primera subclasificación se encuentran: las **a) cosas** (objetos materiales); y los **b) bienes** (derechos: objetos inmateriales).

a) Cosas: el art. 2311 CC —luego de la Reforma de la ley 17.711— rezaba: "*se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor*". La doctrina vacilaba alrededor de la clase de "valor" que debían tener los objetos materiales para que ellos puedan ser considerados jurídicamente como "cosas". De esta forma, se dividían entre quienes creían que el valor debía ser económico —es el caso de Salvat, Llambías, Allende, Molinario, Borda, J. H. Alterini, Mariani de Vidal, Highton, Kiper— y quienes sostenían que este valor no requería ser económico, pudiendo ser afectivo, como es el caso de Spota y López Olaciregui.

El art. 15 CC se limita tan solo a señalar que "*los bienes materiales se llaman cosas*", sin aludir al valor como elemento aunque este sea esencial. Pero considerando que las cosas requieren de un valor para ser tales, debemos dar por supuesta su inclusión. Resta definir si este valor debe o no ser económico. Nos inclinamos por la primera opción ya que las cosas pueden ser objeto de derechos subjetivos (como es el caso de los derechos personales o reales) que integran el patrimonio del sujeto (los elementos de los que se compone el patrimonio se encuentran "*bajo la relación de un valor pecuniario*", segundo párrafo de la nota al art. 2312 CC). En este sentido, el Código se aparta del art. 214 del Proyecto de Código de 1998, que establecía: "*se denominan bienes los objetos susceptibles de valor económico*". Intencionalmnete el codificador ha suprimido la referencia al valor "económico", quizá bajo el entendimiento de que tal signo no se encuentra presente en bienes tales como "*el cuerpo humano o sus partes, los bienes colectivos, los bienes comunitarios*". Pero, respecto de las "cosas", es ineludible su contenido pecuniario, aunque existan supuestos donde el valor económico coexista con otro de naturaleza "social", como es el caso del agua. Por otra parte, el art. 15 establece que "*las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre*". La fórmula escogida goza de gran similitud con el agregado que la ley 17.711 introduce en el art. 2311 CC. En aquella oportunidad, la Reforma ordenó que "*las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*"; ambos artículos comprendían a la energía eléctrica, la solar, la fuerza hidráulica, etc. Se ha debatido en la doctrina la conceptualización como "cosa" de la energía; en este sentido, el profesor Allende llegó a sostener que cosa y energía, desde el punto de vista jurídico, implican un dualismo que exigen normas diferenciadas, con el agravante de que la energía no puede servir de soporte al derecho real; lo contrario implicaría desnaturalizar completamente a este, pues la energía aparece producida por alguien, aparece nítida la existencia de una obligación de hacer, la que pasa a primer plano, chocando violentamente con la concepción de derecho real. En la vertiente opuesta, Árraga Penido considera que la energía se acerca mucho más al concepto de cosa que al de cualquier otro instituto, aunque dando

audiencia para que se la conceptúe como atípica, y expresa que, si bien es cierto que la energía no cuenta con la totalidad de las características correspondientes a las cosas, no lo es menos que encuadra mejor dentro de una categoría equivalente, porque reúne suficientes elementos propios del régimen de las cosas". Sin perjuicio de esto, el art. 15 mejora la redacción del agregado al art. 2311 al reemplazar la fórmula "*las fuerzas naturales susceptibles de apropiación*" por "*las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre*". Quita, de esta manera, el impreciso vocablo "*apropiación*" que había generado rechazo en la doctrina, ya que solo eran apropiables las cosas muebles abandonadas o sin dueño. Como señalaba Alterini, para ser apropiable no basta que algo sea equiparable a una cosa, sino que sea realmente una cosa. Y la energía y demás fuerzas naturales no lo son. Aunque, como puntualizaba el maestro, las llamativas peculiaridades de la energía mueven a pensar que ella excede la categorización clásica de cosas y bienes (que no son cosas), para constituir una suerte de tercera agrupación conceptual en materia de objetos de derecho, que, por lo mismo, requiere un tratamiento legal específico.

b) Bienes: el CCyC omite la referencia a los "*objetos inmateriales*", en contraposición al art. 2312 CC. No obstante, a pesar de ello la categoría existe y el Código no puede desconocerla, ya que sería negar una realidad como, por ejemplo, la de los derechos intelectuales (derecho que tiene el autor de una obra científica, literaria o artística para disponer de ella y explotarla económicamente por cualquier medio). En otro orden de ideas, la categoría puede entenderse incorporada desde que el art. 1883 CCyC dispone que el objeto de los derechos reales puede consistir —cuando taxativamente lo señale la ley— en un bien, entendido el vocablo como "*los objetos inmateriales susceptibles de valor económico*". A modo ilustrativo, señalamos como ejemplos de derechos reales —que recaen sobre derechos— los supuestos contemplados en el derecho real de superficie (art. 2120); usufructo (arts. 2129 y 2130, inc. b); y en materia de derechos reales de garantía, el art. 2188, en particular la prenda (arts. 2219 y 2232 a 2237). Por ello, no puede sostenerse bajo ningún concepto que el objeto de los derechos reales sean "exclusivamente" las "cosas", ya que ellos recaen sobre los "bienes" del individuo con valor económico ("cosas" y "derechos"). Tal solución ya había sido contemplada por el Proyecto de Código de 1998, en su art. 1816, inc. b); en relación a este artículo Vázquez afirmaba que se mantiene a las cosas "*como objeto principal de los derechos reales, pero no único*". A modo de síntesis, el art. 1883 CCyC implica el reconocimiento expreso de la concepción moderna del objeto de los derechos reales, sostenido en nuestra doctrina por autores como Salvat, Lafaille, Spota, Alsina Atienza, Molinario, Mendizábal, entre otros.

1.2.1.2. Bienes sin valor económico

El art. 17 CCyC, bajo el epígrafe "Derechos sobre el cuerpo humano", establece que "*los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y solo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales*". Al respecto, Lorenzetti señala que la solución que provee este artículo es crear una categoría de objeto de derechos que no tienen un valor económico, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social. Es preferible esta enumeración que es limitativa del concepto a una enumeración negativa (bienes que no tienen un valor económico o extrapatrimoniales). El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la

Infojus

experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En todos los casos se trata de valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad. En síntesis, sobre este "nuevo" objeto recaen derechos individuales que no forman parte del patrimonio del sujeto en virtud de que no poseen valor económico.

1.2.2. Bienes colectivos

El art. 14 CCyC incorpora el reconocimiento de los derechos de incidencia colectiva. En el caso "Halabi",[200] la Corte ha dejado señalado que los derechos de incidencia colectiva tienen por objeto bienes colectivos. Los bienes colectivos son aquellos que pertenecen a toda la comunidad, siendo indivisibles y no admitiendo exclusión alguna; asimismo, respecto de esta clase de bienes, no existe un derecho de apropiación individual ya que sobre ellos no recaen derechos subjetivos. El ejemplo por excelencia es el ambiente, el cual es un bien de naturaleza colectiva que corresponde a toda la comunidad y no a una pluralidad de sujetos. En el caso citado, la Corte precisa que los bienes colectivos "*no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso este sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad*". Se ha querido advertir que la referencia a la comunidad alude a la sociedad y no al sentido técnico de derecho real de condominio. En consonancia con tal advertencia, la Corte enfatiza que "*estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno*". Sin perjuicio, "*la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular*" y concurrentemente la petición debe tener por objeto la tutela del bien colectivo.

1.2.3. Bienes comunitarios

El art. 18 CCyC, bajo el epígrafe "Derechos de las comunidades indígenas", expresa: "*las comunidades indígenas reconocidas tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan y de aquellas otras aptas y suficientes para el desarrollo humano según lo establezca la ley, de conformidad con lo dispuesto por el art. 75 inc. 17 de la CN*". El CCyC introduce la referencia a la "*posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan*" los pueblos originarios, utilizando la misma fórmula que el segundo párrafo del art. 75, inc. 17 CN. Puntualizan Alterini, Corna y Vázquez puntualizan que la naturaleza comunitaria de la propiedad se explica por la circunstancia de que el sujeto de la tutela constitucional no es el indígena en cuanto individuo aislado, sino los pueblos aborígenes argentinos, a través de sus comunidades, como sujetos colectivos. La profesora Highton, por su parte, se ha encargado de señalar que la propiedad comunitaria es una modalidad de la propiedad colectiva, donde se conjugan una pluralidad de individuos que actúan como un haz de voluntades, constituyendo un autónomo grupo social y frecuentemente una actividad laboral inteligentemente organizada, dirigida a la consecución del bien de la comunidad. De esta manera se forma un inderogable nexo entre la propiedad comunitaria y el trabajo. En este sentido, para ella la propiedad comunitaria es una propiedad al servicio de la comunidad real, viva, que conlleva jerarquía y especialización de funciones, sentido de solidaridad, conciencia

(200) CSJN, "Halabi, Ernesto c/ P.E.N. - ley 25.873 - dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986", 24/02/2009, Fallos: 332:111.

del nosotros. Por ello, une a sus miembros no solo para asegurar su satisfacción material sino para realizar el bien común, como medio de desenvolver sus personalidades, integrándolos en la escala humana y en la libertad. A su vez, la propiedad colectiva se ejerce por la posesión. Sin perjuicio de ser la "comunidad indígena" el titular del derecho de propiedad comunitaria, ella ejerce su derecho a través de todos sus integrantes, y de esta forma cada uno de los individuos ejerce el poder de hecho en representación de la posesión de la comunidad indígena. Ello, dejando a salvo que su posesión efectiva sobre la cosa común, al ser un hecho que no es susceptible de ser dividido, se proyecta de forma indivisible sobre todo el objeto.

ARTÍCULO 225.- ***Inmuebles por su naturaleza.*** *Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre.*

ARTÍCULO 226.- ***Inmuebles por accesión.*** *Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario.*
No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario.

ARTÍCULO 227.- ***Cosas muebles.*** *Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa.*

1. Introducción

La principal clasificación de las cosas es aquella que las divide en muebles e inmuebles, razón por la cual consideramos apropiado realizar el comentario en conjunto de las tres normas que contienen la división de mayor trascendencia entre las cosas. A su vez, en materia de cosas inmuebles se advierte la existencia de la subclasificación que las separa en: cosas inmuebles por su naturaleza (art. 225) y cosas inmuebles por accesión (art. 226). Mientras que las cosas muebles no se subclasifican, ya que ellas solo pueden existir por su naturaleza (art. 227). Por último, los arts. 225, 226 y 227 son reproducciones literales de los arts. 216, 217 y 218 del Proyecto de Código de 1998.

2. Interpretación

2.1. Inmuebles por su naturaleza

El art. 225 contiene la subclasificación de las cosas inmuebles, llamada "inmuebles por su naturaleza". A continuación, se detallan los siguientes inmuebles.

2.1.1. *"... el suelo..."*

El art. 225, en comparación con el texto del art. 2314 CC, reduce la referencia a "*las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad*", a la expresión "*el suelo*". Autores como Barbero han precisado que, en rigor, la única cosa inmueble, según este criterio (inmuebles por su naturaleza), sería el suelo. En igual sentido se pronuncia Josserand, para quien el suelo es el inmueble por excelencia, que preexiste a todos los demás.

Infojus

Para el art. 2314 CC eran inmuebles por su naturaleza "*las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas*", fórmula trascendente que es suprimida. Enseñaba López Olaciregui que las nociones "encontrarse" o "estar" designan un "estado" de la cosa que es algo distinto de su "esencia". No es lo mismo "ser" que "estar". Lo que "hoy" está inmovilizado, podrá mañana movilizarse o ser movilizado y entonces habrá dejado de ser "inmueble". Así, por ejemplo, las capas de tierra que forman la superficie sobre la que vivimos son sin dudas inmuebles, pero si se hace en un terreno una excavación y el consiguiente movimiento de material, esa misma tierra pasará a ser una cosa mueble, lo mismo ocurre con todos los otros inmuebles como son las aguas o partes fluidas que forman la superficie, etc. El autor concluye señalando que la condición de "inmueble" designa un "estado" de la cosa que en caso de ser quebrantado por una movilización que lo altere hará perder a la cosa aquella condición. Curiosamente, la calidad de "inmueble" es móvil: la cosa pasa de mueble a inmueble (los ladrillos de la pared que se construye) o de inmueble a mueble (los ladrillos de la pared que se demuele). Podrá ser un "estado permanente" —si se quiere— pero siempre es "estado" y no esencia. Ninguna adhesión tiene un grado tal de fijeza que no pueda ser removida.

El art. 225 omite la referencia a las partes sólidas y fluidas que forman la superficie y profundidad del suelo. Para salvar tal silencio, debemos tener presente que "*el suelo es la superficie de la tierra en su configuración natural (…) comprende tres entidades distintas, pero igualmente consideradas como inmuebles (…) 1º Suelo propiamente dicho; 2º Subsuelo; 3º Supersuelo, o vuelo. 1º El suelo o nuda superficie puramente natural, perceptible inmediatamente a la vista, comprende tierra, arena, piedras, lava, agua superficial no importa sea pública o privada; absorbe e incorpora a otras entidades como agua, abonos, detritus, lava, que devienen inmuebles por el hecho de que devienen suelo (…) 2º El subsuelo es igualmente considerado inmueble, independientemente de su pertenencia y de la particular situación jurídica en que se encuentra; por tanto la mina, galerías y hornagueras, reguladas por leyes especiales son inmuebles mientras los minerales se encuentren en las entrañas de la tierra (…) 3º El supersuelo o espacio aéreo jurídicamente no es cosa. Implica solamente utilidad económica que en el ámbito del Derecho se manifiesta en la facultad de construir, o de hacer plantaciones sobre el suelo. Mientras tales facultades sean inherentes a la propiedad, se trata de no cosa, sino de facultad comprendida en el dominio…*".[201]

2.1.2. *"... las cosas incorporadas a él de una manera orgánica..."*

El enunciado alude a los vegetales cualquiera sea su clase, es decir: árboles, arbustos, plantas, pastos, etc., aunque para algunos, como Llerena, las plantas son inmuebles por accesión. No obstante la claridad que poseen tanto el art. 2314 CC como el 225 CCyC, los vegetales deben considerarse inmuebles por su naturaleza, siempre y cuando se encuentren incorporados al suelo de una manera orgánica, tal como sostiene Salvat. Se descarta de plano que las plantas que se encuentran en macetas o almácigos sean inmuebles por su naturaleza; ellas son cosas muebles en virtud de poder transportarse de un lugar a otro.

2.1.3. *"... y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre"*

El art. 225 reproduce casi literalmente el final del art. 2314 CC. Se incluye dentro de la categoría de inmuebles por su naturaleza todo aquello que se encuentre debajo del

(201) Biondi, Biondo, *Los bienes*, 2ª ed. italiana rev. y amp. por Antonio De La Esperanza Martínez-Radío, Barcelona, Bosch, 1961, p. 110.

suelo sin la concurrencia de la actividad del hombre, como —al decir de Borda— los minerales sólidos, líquidos o gaseosos: minas de metales preciosos, napas petrolíferas o gaseosas. En cambio, no son inmuebles por su naturaleza los "*tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo el suelo*" (art. 2319 CC), ya que ellos son puestos bajo el suelo por el hombre. De esta manera, los tesoros son cosas muebles, tal como se desprende de su definición legal: "*es tesoro toda cosa mueble de valor, sin dueño conocido, oculta en otra cosa mueble o inmueble. No lo es la cosa de dominio público, ni la que se encuentra en una sepultura de restos humanos mientras subsiste esa afectación*" (art. 1951 CCyC).

2.2. Inmuebles por accesión física

Para que una cosa sea un inmueble por accesión física deben darse los siguientes requisitos: 1) cosas muebles; 2) inmovilizadas por su adhesión física al suelo; y 3) adhesión física con carácter perdurable. La concurrencia de aquellos supuestos determina que los muebles formen un todo con el inmueble y que no puedan ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario, tal como enuncia la segunda oración del primer párrafo del art. 226. Señalan Highton y Wierzba que una pauta valiosa para reconocer la accesión física puede estar dada por la modificación de la esencia de la cosa al separarse: si se destruye o modifica integra el todo y hay accesión física, cuyo régimen es en realidad el del inmueble por naturaleza. De acuerdo a los autores, debe reconocerse que las técnicas actuales —aunque con inversiones mayores cuyo esfuerzos hace cuando existen valores históricos o culturales de por medio— permiten mover construcciones enteras para trasladarlas a otro sitio.

2.2.1. *"... cosas muebles..."*

Los inmuebles por accesión física son originariamente cosas muebles. Sin embargo, mutan en su naturaleza jurídica al encontrarse inmovilizadas en razón de su adhesión física al suelo con carácter perdurable. Autores como Baudry-Lacantinerie y Chauveau han puesto como ejemplo los materiales con los que se construye un edificio son, en el momento en que se las emplea, cosas esencialmente muebles; vienen a ser inmuebles a medida que se las incorpora al edificio; porque el edificio del que vienen a formar en adelante una parte necesaria, es el mismo inmueble, como parte integrante del suelo, del que no se pueden separar sin destruirlo.

2.2.2. *"... que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo..."*

El art. 226 reproduce en este fragmento al art. 2315 CC, con la diferencia de que la nueva norma omite la inclusión de la palabra "realmente" en la fórmula "*realmente inmovilizadas*", lo cual quita énfasis al enunciado legal. Sin perjuicio de esto, para que las cosas muebles cambien de naturaleza y pasen a ser inmuebles por accesión física es necesario que ellas se encuentren "inmovilizadas" como producto de una adhesión física al suelo provocada por el hecho del hombre. De esta forma se descartan aquellas cosas inmovilizadas por sí mismas al suelo, ya que serían cosas inmuebles por su naturaleza. Borda señala como ejemplo de esto a los edificios, pues no obstante haberse formado de partes muebles (ladrillos, cañerías, cemento, puertas, ventanas, etc.), el todo forma algo separado y diferente de las partes que solo puede existir adherido físicamente al suelo. Son también inmuebles de esta clase los molinos, las galerías de una mina, los pozos de petróleo.

2.2.3. *"... con carácter perdurable"*

El gran cambio que introduce el art. 226, respecto del art. 2315 CC se da en el fragmento de la norma que nos sirve de epígrafe. El art. 2315 rezaba: "*con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad*". La mirada de la doctrina recaía sobre la palabra "*perpetuidad*".

El actual art. 226 demanda un "*carácter perdurable*" de la inmovilización de la cosa mueble por su adhesión física al suelo. El cambio produce una mayor flexibilidad, si se entiende que perdurable es lo que dura mucho tiempo, mientras que perpetuo es lo que dura y permanece para siempre. No obstante, lo central es que cualquiera sea la fórmula que se escoja (perpetuidad, permanencia, perdurabilidad), se descartan para configurar el carácter de inmuebles por accesión física las cosas muebles adheridas al suelo con carácter temporario o provisorio, como pueden ser casillas, tinglados, pabellones o galpones que se arman para ocasiones determinadas —en palabras de J. H. Alterini— o la tienda de un circo —según Borda—, ya que todas ellas son adhesiones transitorias.

2.3. Derogación de los inmuebles por accesión moral y por carácter representativo

El Código elimina en materia de cosas inmuebles la subclasificación de: inmuebles por accesión moral e inmuebles por carácter representativo.

2.3.1. Inmuebles por accesión moral o por destino

El art. 2316 CC establecía que "*son también inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorios de un inmueble, por el propietario de este, sin estarlo físicamente*". Como señala Alterini, son cosas que deben haber sido colocadas en el inmueble para ligarse económicamente con él, o sea "destinadas" a servir a su uso o explotación. Es decir, son cosas muebles que sin estar físicamente adheridas, cumplen una función económica en razón de la explotación del inmueble en la que son ubicadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, si las cosas muebles eran puestas en miras de la "profesión del propietario" o de una manera "temporaria", conservaban su naturaleza mobiliaria aun cuando se encontraren físicamente adheridas al inmueble. Así lo establecía el art. 2322 CC al disponer que "*las cosas muebles, aunque se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesión del propietario, o de una manera temporaria*". Autores como Llambías y Borda han citado como cosas muebles adheridas al inmueble en vistas de la profesión del propietario el instrumental empotrado de un dentista o médico oculista o radiólogo y el taller de un carpintero, respectivamente. Una clásica disputa se daba en esta materia respecto de los bancos de un colegio. Para Borda, aquellos eran inmuebles por su destino, mientras que para Llambías no lo eran porque no están al servicio del inmueble, sino de la actividad docente que se desarrolla dentro.

El art. 226 *in fine* CCyC establece que "*no se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario*". A mayor abundamiento, en los Fundamentos del Anteproyecto el legislador señala que ha eliminado en el tratamiento clásico de las cosas "*algunas categorías como los inmuebles por accesión moral*" sin dar argumentos de tal supresión. La prohibición, entonces, rige en los dos supuestos: 1) cosas afectadas a la explotación del inmueble; y 2) cosas afectadas a la actividad del propietario.

Varios autores observan que en el derecho moderno los inmuebles por accesión moral son reemplazados por la idea de "pertenencia". La pertenencia (noción que ya era conocida por los romanos) se define, de acuerdo a Enneccerus y Nipperdey, como una cosa mueble que, sin ser integrante de la cosa principal, está destinada a servir al fin económico de la cosa principal habiendo sido colocada ya en la relación especial correspondiente, a menos que este destino solo sea transitorio o que, no obstante, los usos de tráfico no la consideren como pertenencia. En otra definición, Spota señala que las pertenencias son los accesorios de una cosa principal, o sea, cosas muebles afectadas de una manera durable a la explotación, goce o guarda de dicha cosa principal, adjuntándola, adoptándola o subordinándola a estas. Se precisa así —tomando las palabras de Mackeldey— que las pertenencias de una cosa son una especie de accesión. Las pertenencias, a diferencia de las cosas inmuebles por accesión moral o por destino, son cosas muebles, es decir no alteran su condición jurídica, y su existencia es independiente de la voluntad del propietario. Por eso —dice Kemelmajer de Carlucci— en el inmueble por destino se habla de un acto de destinación (acto que emana del propietario); en la pertenencia, en cambio, el tema se centra en la aplicación de una cosa al servicio de otra. No obstante esto, el CCyC no recepta la categoría de "pertenencias".

La supresión de la categoría de "inmuebles por destino" y la no inclusión de la noción de "pertenencia" trae aparejadas las siguientes consecuencias: 1) en materia de efectos de las obligaciones de dar (art. 746), ya que el deudor no se encontraría obligado a entregar la cosa con los accesorios que se encuentren en ella, en razón de un vínculo económico. En el caso una persona que enajena un campo, esta no está obligada a entregarle al adquirente los utensilios de labranza y demás cosas necesarias para la explotación del predio, a menos que en este último caso se mencione que la enajenación comprende aquellos; 2) en cuanto a la extensión de la hipoteca a sus accesorios, si bien Lafaille consideraba que, al no estar adheridos a la cosa principal, los inmuebles por accesión moral quedaban fuera de la garantía hipotecaria, la mayoría de la doctrina —Salvat, Novillo Corvalán, Alsina Atienza, Fernández, Cammarota, Highton— los consideraba jurídicamente identificados con el fundo y por esta razón los incluían al abrigo de la hipoteca. Mas el CCyC resulta claro al respecto, ya que el art. 2192 señala que "*en la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa*"; 3) la derogación tácita del segundo párrafo del art. 12 del Código de Minería, que establecía: "*se consideran también inmuebles las cosas destinadas a la explotación con el carácter de perpetuidad, como las construcciones, máquinas, aparatos, instrumentos, animales y vehículos empleados en el servicio interior de la pertenencia, sea superficial o subterráneo, y las provisiones necesarias para la continuación de los trabajos que se llevan en la mina, por el término de ciento veinte días*".

2.3.2. Inmuebles por carácter representativo

El art. 2317 CC expresaba: "*son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis*". Una importante doctrina —Llerena, Salvat, Llambías, Araúz Castex, entre otros— coincidía en la escasa utilidad de mantener esta clasificación. De esta forma, Salvat criticaba este sistema desde un doble punto de vista: por una parte, porque podía observarse que los instrumentos o títulos, considerados en sí mismos, son simples papeles, desprovistos de valor económico alguno; lo único que en realidad vale es el derecho que esos títulos comprueban. Por otra parte, siguiendo las palabras del autor, porque los instrumentos o títulos son en realidad

Infojus

perfectamente transportables de un lugar a otro; si la ley considera alguno de ellos como inmuebles, es solo en virtud de una ficción; establecido esto, hubiera sido más lógico y también más claro, aplicar la ficción, no a los instrumentos o títulos, sino a los derechos mismos, que son los únicos que tienen valor económico. En el fondo, lo que el legislador ha querido clasificar como cosas muebles e inmuebles, son los derechos. Sin perjuicio, otra corriente —Allende, Gatti, J. H. Alterini, Mariani de Vidal, por citar algunos— le atribuía consecuencias a esta clase de inmuebles. Alterini enseñaba que, si bien el valor del instrumento como papel puede ser ínfimo y hasta inexistente, e incluso cuando el derecho reflejado en determinado instrumento puede llegar a acreditarse por otras vías, la potestad sobre ese instrumento no es desdeñable, pues a través de él se corporiza el derecho que contiene; es como si a través de ese instrumento se estuviese en situación de ejercitar el derecho respectivo.

Lo cierto es que estas disquisiciones quedaron superadas ya que el CCyC suprime la subclasificación de inmuebles por su carácter representativo.

2.4. Cosas muebles por su naturaleza

Kemelmajer de Carlucci ha señalado que son muebles todas las cosas que no son inmuebles, la categoría tiene entonces, carácter abierto y residual. La autora explica que por su carácter residual, la categoría de las cosas muebles resulta omnicomprensiva, heterogénea, diversificada y extensa y, en consecuencia, cualquier enumeración legal de las cosas muebles debe considerarse meramente ejemplificativa; una suerte de *numerus apertus.* El art. 227 dispone que "*son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas o por una fuerza externa*". La norma alude a las cosas muebles por su naturaleza, contemplado sus requisitos:

2.4.1. "*Son cosas muebles las que pueden desplazarse por sí mismas"*

Son cosas muebles por su naturaleza las que pueden moverse de forma autónoma, tal es el caso de los animales (semovientes).

2.4.2. *"… o por una fuerza externa"*

Son también cosas muebles por su naturaleza las que, sin tener autonomía en el movimiento (para poder desplazarse), pueden ser llevadas de un lugar al otro en virtud de una fuerza externa. Tal es el caso, por ejemplo, de una silla, un cuadro, un jarrón o de los locomóviles, —es decir, artefactos rodantes dotados de propulsión propia, como automóviles, motocicletas, trenes, etc.—.

2.5. Supresión de las cosas muebles por su carácter representativo

El art. 2319 CC en su última parte establecía que eran también cosas muebles "*todos los instrumentos públicos o privados donde constare la adquisición de derechos personales*". De esta manera, cualquiera sea la forma de instrumentar los derechos personales, el documento escogido sería una cosa mueble; esto es así aunque el instrumento contenga un negocio que verse sobre inmuebles —por ejemplo, el boleto de compraventa—. A su vez, se comprendía en esta clasificación los instrumentos públicos donde constare la adquisición de derechos reales de hipoteca y anticresis, debido a su condición de derechos accesorios de créditos, tal como sostiene J. H. Alterini. El autor agregaba, además, los instrumentos públicos en donde constare la adquisición de derechos reales sobre cosas muebles, como la prenda, dominio, usufructo, uso.

Salvat —que, como vimos respecto de los inmuebles por su carácter representativo, criticaba esta división— señalaba: a) ninguna diferencia hay que hacer según la naturaleza de la prestación: ya se trate de una obligación de dar, ya de una obligación de hacer, el instrumento que la comprueba es siempre cosa mueble; b) igualmente, ninguna diferencia hay que hacer según que, en las obligaciones de dar, estas tengan por objeto una cosa mueble o una cosa inmueble. En cualquiera de los dos casos el instrumento respectivo es cosa mueble.

El Código toma las críticas y elimina tal categoría, razón por la cual los documentos en donde consten los derechos, ya sean personales o reales, son siempre cosas muebles.

ARTÍCULO 228.- ***Cosas divisibles.*** ***Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma.***

Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales.

1. Introducción

El art. 228 es copia del art. 219 del Proyecto de Código de 1998, al que agrega solo la palabra "parcelario", en su segundo párrafo. La norma en comentario trae aparejada la clasificación de las cosas, a las cuales divide en: divisibles e indivisibles. Se debe tener en cuenta que una cosa es "jurídicamente" divisible cuando ella es susceptible de ser dividida material y económicamente.

2. Interpretación

2.1. Divisibilidad material

Las cosas son divisibles materialmente si "*pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas*", mas las porciones resultantes de la división deben ser susceptibles de formar "*un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma*". De esta forma son divisibles las cantidades de cosas —como, por ejemplo, el dinero—, pero no aquellas cosas que, de ser divididas, perderían su individualidad —como es el caso de un libro, un automóvil, un animal, etc.—.

La primera parte del art. 228 es una reproducción casi literal del comienzo del art. 2326 CC, que establecía que "*son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma*". La única modificación que se evidencia es el cambio de la fórmula "*aquellas que sin ser destruidas enteramente*", por el de "*sin ser destruidas*". La supresión del término "*enteramente*" es un refuerzo a la proyección social del artículo objeto de comentario. Explicamos por qué. Por definición, "enteramente" significa "de manera completa o total", razón por la cual era viable la división de una cosa que, aunque se destruya parcialmente durante el proceso de división, no tornara a la parte dividida en antieconómica para su uso y aprovechamiento. Mas ello ya no es posible, porque la cosa no puede ser destruida ni parcialmente aunque esa destrucción no incida en su capacidad de uso ni en su aptitud económica.

Infojus

2.2. Divisibilidad económica

La segunda parte del art. 228 dispone que "*las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales*". Si bien Vélez ya contemplaba en su doctrina la exigencia de la utilidad para la viabilidad de la división jurídica de las cosas, pudiendo leerse en la parte final de la nota al art. 669 que "*la división material de las cosas, objeto de las obligaciones, no se permite, cuando por la alteración de sus formas se hacen menos útiles o productivas*", la ley 17.711 agregó al art. 2326 el siguiente párrafo: "*No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica*". Borda, en atención al párrafo agregado al art. 2326 al cual consideraba "*de la mayor importancia*", expresaba que "*aunque la disposición tiene carácter general, es claro que la preocupación esencial que inspiró esta norma es poner coto al minifundio. Muchas tierras regadas del país han quedado inutilizadas por su excesiva y antieconómica división*". Puede apreciarse una vez más que el art. 228 se asimila al art. 2326 CC, ya que su segunda parte coincide con esta última norma; se notan, no obstante, ligeros cambios de redacción, ya que el art. 228 introduce las palabras "*fraccionamiento*" y "*fraccionamiento parcelario*" y se omite la referencia a "*la superficie mínima de la unidad económica*".

Por último, señalamos que los requisitos de la "divisibilidad material y económica" se proyectan sobre la prestación de las obligaciones divisibles e indivisibles. El art. 806 CCyC señala que "*la prestación jurídicamente divisible exige la concurrencia de los siguientes requisitos: a) ser materialmente fraccionable, de modo que cada una de las partes tenga la misma calidad del todo; b) no quedar afectado significativamente el valor del objeto, ni ser antieconómico su uso y goce, por efecto de la división*". Ejemplifiquemos la correlación existente entre la divisibilidad e indivisibilidad de las cosas y de las prestaciones: si A le compra a B un campo de gran extensión territorial, la prestación consiste en la entrega de dichas tierras. La prestación, en tal caso, es jurídicamente divisible, ya que es susceptible de cumplimiento parcial en función de que concurren los requisitos de división material y económica de la prestación (siempre que se respete la unidad mínima económica del terreno). A su vez, coincide la divisibilidad de la prestación con la divisibilidad de su objeto, ya que el campo es susceptible de fraccionamiento. Por lo tanto, A podría recibir de B las hectáreas fraccionadas (división material) sin que se altere significativamente el valor y la aptitud productora de la tierra (no ser antieconómico su uso y goce). Otro ejemplo: A le compra a B un lote de terreno cuya extensión coincide con la establecida como "mínima unidad económica" por la reglamentación local de que se trate. La prestación en este caso es indivisible en función de no ser susceptible de cumplimiento parcial, ya que no concurren los requisitos previstos en el art. 806 (ratificado por el art. 814, inc. a, CCyC). A su vez, el objeto de la prestación también es indivisible ya que aquel terreno es una cosa inmueble cuyo fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento.

ARTÍCULO 229.- ***Cosas principales.*** ***Son cosas principales las que pueden existir por sí mismas.***

ARTÍCULO 230.- ***Cosas accesorias.*** ***Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas. Su régimen jurídico es el de la cosa principal, excepto disposición legal en contrario.***

Si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria.

1. Introducción

Los arts. 229 y 230 reproducen lo dispuesto por los arts. 220 y 221 del Proyecto de Código de 1998. Solo se cambia la palabra "*salvo*" por "*excepto*" en el primer párrafo del art. 230. Ambas normas traen a colación la clasificación de las cosas, a las que divide en: **principales** y **accesorias**.

2. Interpretación

2.1. Cosas principales

Las cosas principales son aquellas que "pueden existir por sí mismas". El CC trataba esta clasificación en el art. 2327, estableciendo que las cosas principales eran "*las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas*". Se advierte cómo el CCyC elimina la expresión "*para sí mismas*". Sin perjuicio de esto, lo esencial de las cosas principales es que poseen independencia en cuanto a su existencia; por ello poseen un régimen jurídico propio. Por último, señalamos que la cosa principal puede ser mueble o inmueble.

2.2. Cosas accesorias

Ortolán manifiesta que lo accesorio es "*el objeto reunido accesoriamente, esto es, como dependiente, como apéndice, como parte sometida a una cosa principal. Esta palabra, pues, designa la cosa reunida y no el hecho de la reunión*".[(202)] Highton y Wierzba definen a las cosas accesorias como aquellas que, no obstante su individualidad, se hallan relacionadas de tal manera con otras, que no es posible concebir su ser, sin la previa existencia de las otras. Carecen de un régimen propio y autónomo y, en consecuencia, deben seguir el régimen de la cosa principal a la cual se hallan adheridas o de la cual dependen. De esta forma, el art. 230 CCyC reproduce literalmente al art. 2328 CC, que definía a las cosas accesorias como "*aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas*". A modo de ejemplo, la doctrina y la jurisprudencia han dicho que son cosas accesorias los artefactos sanitarios e instalaciones sanitarias, los medidores de luz y gas, estatuas y espejos, etc.; mientras que no se han considerado como tales los galpones para guardar materiales, techos desmontables, estufas, despensas, letreros luminosos, entre otras.

2.3. El suelo como cosa principal

Vélez había contemplado, en el art. 2331, que "*las cosas que natural o artificialmente estén adheridas al suelo, son cosas accesorias del suelo*" y, en el art. 2332, que "*las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios*". Tales normas eran expresiones del principio *"superficie solo cedit"*. En virtud de tal axioma, lo edificado, sembrado y plantado en el suelo son accesorios de él. Es decir que ambas normas resaltaban el carácter de cosa principal

(202) Ortolán, M., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Libros I y II de la Instituta, 7ª ed. revisada y aumentada, Madrid, Librería de hijos de Leocadio López Editor, 1896, p. 314.

Infojus

que reviste el suelo en relación a las cosas a él adheridas. No obstante la claridad que se desprende del sistema, la nueva codificación opta por suprimir ambos artículos, aunque es incuestionable la calidad de cosa principal que, por regla general, reviste el suelo.

2.4. Excepciones al principio "superficie solo cedit"

Quiebran el principio que establece el carácter principal del suelo, respecto de las cosas a él adheridas.

2.4.1. El derecho real de propiedad horizontal

En este primer supuesto, la cosa principal es "*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*" (art. 2039 CCyC). En cuanto al terreno, "*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*". A su vez, el art. 2045 CCyC dispone que "*la constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes (…) y no puede realizarse separadamente de estas*". Es decir que se le atribuye el carácter de accesorio a las cosas y partes comunes, y siendo el terreno cosa común —tal como se desprende del art. 2041, inc. a)— se comprende que este sea accesorio de la unidad funcional.

2.4.2. El derecho real de superficie

En segundo lugar, el derecho real de superficie "*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...*" (art. 2114 CCyC). Enseña el profesor Marcelo A. Pepe (en atención al derecho real de superficie forestal, pero en una afirmación aplicable al presente caso), que el derecho real de superficie forestal quiebra el principio de accesión, que es de la esencia de la extensión del dominio privado, siendo ello así porque, con la constitución de este nuevo derecho real, es posible realizar una notoria diferenciación y, a la vez establecer, una clara coexistencia, entre el derecho real de dominio del propietario y el derecho real de superficie del superficiario. En realidad, técnicamente, el derecho real de superficie forestal provoca la suspensión temporal de los efectos de la accesión, la que, como consecuencia de la extinción del derecho del superficiario, recobra plena eficacia.

2.4.3. Medianería

El art. 2010 CCyC establece que "*a menos que se pruebe lo contrario, el muro lindero entre dos edificios de una altura mayor a los tres metros, se presume medianero desde esa altura hasta la línea común de elevación. A partir de esa altura se presume privativo del dueño del edificio más alto*". De esta forma, Gatti observa que el principio *superficie solo cedit* resulta dejado a un lado, parcialmente, en materia de medianería, pues puede ocurrir que una pared divisoria (separativa o lindera) de dos fundos (pertenecientes a distintos propietarios), sea medianera (común o en condominio), hasta la altura de tres metros, o hasta la altura del edificio más bajo y que, en lo que exceda, sea privativa (de propiedad exclusiva) de uno de los propietarios vecinos.

2.5. Teoría de la accesión

La accesión como género se proyecta en las siguientes materias, que no deben confundirse entre sí: a) cosas accesorias; b) propiedad de los accesorios; y c) la accesión como modo de adquisición del dominio.

La propiedad de los accesorios se vincula con la extensión material del derecho real de dominio. Así, puede leerse en el primer párrafo del art. 1945: "*el dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios*", mientras que en el tercer párrafo la norma señala: "*todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie*".

La accesión también es una forma de adquirir el dominio, tanto de cosas muebles (art. 1958) como inmuebles (arts. 1959 a 1963). La propiedad de los accesorios no debe confundirse con la accesión como modo de adquisición del dominio.

2.6. Fuentes de la accesoriedad

La accesoriedad de una cosa puede reconocer su origen mediante dos vías: por dependencia; o por adherencia. Estas fuentes se encuentran contenidas en el cuerpo legal del art. 230 CCyC.

2.6.1. *"... aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen..."*

La accesoriedad puede provenir de la dependencia que tenga una cosa respecto de otra, sin que tal dependencia llegue a la adherencia física. La doctrina señalaba como supuesto de cosa accesoria por su dependencia a otra las cosas muebles afectadas al destino del inmueble, lo que daba lugar a los inmuebles por accesión moral. Pero, como vimos, esta categoría legal fue desechada de plano por el CCyC que tampoco incluye la noción de "pertenencias", por lo cual el enunciado queda carente de utilidad.

2.6.2. *"… o a la cual están adheridas"*

Pueden adherirse físicamente: 1) l**as cosas muebles a los inmuebles.** Tal adherencia puede ser natural o artificial. Cuando la adherencia es natural, da como resultado inmuebles por su naturaleza (árboles, plantas, etc.), mientras que la adherencia artificial da lugar a inmuebles por accesión física (materiales para la construcción); 2) **las cosas muebles a otras cosas muebles**. La adhesión entre estas puede, o no, provocar la alteración de la sustancia de la cosa; si no se ha modificado la sustancia a raíz de la adhesión, el Código no trae una solución específica para determinar cuál es la cosa principal (como lo hacía el CC en su art. 2333). No obstante, el juez podría recurrir al criterio finalista que entiende que son cosas principales aquellas "*a que las otras no se hubiesen unido sino con el fin de uso, ornato, complemento o conservación*" (art. 2333 CC). Llambías señala como ejemplos, "*en los anteojos, las lentes son la cosa principal y la armazón la cosa accesoria (función de uso); en un anillo de brillantes, estos son la cosa principal y el engarce la cosa accesoria (función de complemento); en un cuadro, la tela es principal y el marco accesorio (función de ornato), en una bolsa de palos de golf, estos son lo principal, la bolsa lo accesorio (función de conservación)* (...) *un galón de oro aunque valga más que el paño a que se ha unido para adornarlo, es accesorio del paño*" (nota al art. 2333 CC).

Infojus

En cambio, existe variación en la sustancia cuando las cosas muebles se han adherido para formar un todo sin poder distinguirse la accesoria de la principal ("*las pinturas, esculturas, escritos e impresos*", art. 2335 CC). Cuando la adhesión entre cosas muebles provoca la alteración de la sustancia, el art. 230 establece que "*si las cosas muebles se adhieren entre sí para formar un todo sin que sea posible distinguir la accesoria de la principal, es principal la de mayor valor. Si son del mismo valor no hay cosa principal ni accesoria*". Es decir que el Código solo trae reglas en caso de que las cosas muebles adheridas formen un todo, provocando un cambio de sustancia de la cosa. Para ello, recepta dos reglas: 1) es cosa principal la de mayor valor; y 2) si son del mismo valor, no hay cosa principal ni accesoria. Ambas pautas se encontraban consagradas en el art. 2334 CC, con la diferencia de que la actual codificación suprime una de las reglas que consideraba como cosa principal a aquella "de mayor volumen".

ARTÍCULO 231.- ***Cosas consumibles.*** ***Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo.***

1. Introducción

El art. 231 divide a las cosas muebles en consumibles y no consumibles. El Código restringe el concepto de cosas consumibles al consumo "natural, material o absoluto", suprimiendo el consumo "civil, relativo o jurídico". Tal restricción se lleva a cabo con miras a profundizar la diferencia entre las cosas consumibles y las cosas fungibles.

2. Interpretación

2.1. Cosas consumibles y no consumibles

La primera parte del art. 231 reproduce literalmente la primera parte del art. 2325 CC. Se advierte que el CCyC reduce el concepto de cosa consumible al consumo "natural, material o absoluto". Para esta clase de consumo, las cosas consumibles son aquellas "*cuya existencia termina con el primer uso*", entendido este último como aquel que, siendo normal (adecuado a la naturaleza y al destino de la cosa), fatalmente deriva en la destrucción de la cosa; son claros ejemplos de esto los alimentos y las bebidas al ser ingeridos. Giacomo Venezian se refiere a las cosas consumibles como los "*bienes de utilidad simple, los que agotan en una sola vez su aptitud para satisfacer necesidades humanas, no pueden servir de objeto a una potestad diversa del derecho de propiedad, porque o sería inútil esta, o aquella potestad quedaría sin contenido al reservarse el dueño la posibilidad de obtener utilidad alguna*" y a las cosas no consumibles como "*los bienes que ofrecen una utilidad reiterada, los susceptibles de renovar la satisfacción de iguales o diversas necesidades en épocas distintas*".(203)

Respecto de las cosas consumibles —cuyo consumo es "material"—, la doctrina remarca la nota de la "destrucción" de la cosa. No obstante, como enseña Biondi, "*la noción de consumibilidad se debe entender en sentido no físico, sino técnico jurídico*". La consumibilidad

(203) Venezian, Giacomo, *Usufructo, uso y habitación*, t. I, Madrid, Biblioteca de la Revista de Derecho Privado, 1928, p. 3. La traducción castellana fue realizada por Rafael Atard, con notas con arreglo a las legislaciones españolas y americanas realizadas por José Castán Tobeñas, en la edición de Analecta.

física no coincide con la jurídica. Consunción jurídica no quiere decir destrucción de la materia —ya que, físicamente, la materia jamás se destruye sino que se transforma siempre—, sino transformación de la función económico-social de la cosa: cuando quemo leña, físicamente he transformado, pero no destruido materia alguna; jurídicamente por el contrario, he destruido aquella entidad que primeramente era leña y que ahora ya no lo es.

Respecto de las cosas no consumibles, son definidas por el CCyC como "*las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse o deteriorarse después de algún tiempo*"; se reproduce aquí lo dispuesto por la segunda parte del art. 222 del Proyecto de Código de 1998. Las cosas no consumibles no se extinguen con el primer uso, aunque puedan sufrir algún menoscabo o deterioro normal por su utilización a lo largo del tiempo. Tal es el caso, por ejemplo, de la mayoría de los muebles que constituyen el ajuar de una casa —como mesas, sillas, utensilios de cocina, etc.—, que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se haga, aunque el paso del tiempo y el propio uso las vayan estropeando.

2.2. Quid de la supresión del llamado "consumo civil, relativo o jurídico"

El legislador advierte en los Fundamentos del Anteproyecto que se dispone a realizar una modificación del concepto de "cosa consumible", sin precisar en qué consiste aquella. De esta manera, al realizar un cotejo entre el concepto legal de cosa consumible del art. 2325 CC y el art. 231 CCyC se observa que el codificador optó por no incluir dentro de la definición de cosas consumibles aquellas "*que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad*". Esta eliminación es de suma importancia ya que constituye la modificación del concepto de "cosa consumible" advertida por el legislador en sus fundamentos; cabe advertir que en este punto se toma distancia del Proyecto de Código de 1998 que incluía aquella fórmula (actualmente suprimida) en su art. 222.

Para comprender adecuadamente el cambio realizado por el codificador, debemos realizar un breve estudio sobre el enunciado eliminado. En el CC las cosas eran consumibles en dos supuestos: 1) cuando su existencia terminaba con el primer uso; y 2) cuando "*terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad*".

El primer supuesto es el único posible bajo la nueva legislación. En cambio, el segundo caso contenía lo que en doctrina se denominó "consumo civil" y que actualmente constituye el objeto de supresión por el codificador en esta materia. Se ha dicho que el consumo jurídico no coincide con el consumo físico, por la razón expuesta en el apartado 2.1. Pero la noción jurídica de "consumo" tampoco coincide con el consumo físico por otra razón, que señala Biondi en estos términos: "*Jurídicamente es posible que una cosa se consuma aun permaneciendo físicamente inalterada: la moneda, y todavía más la metálica, para el Derecho es cosa consumible, no obstante poder permanecer inalterada por largos años, quizá sin duda por siglos, ya que el uso está en gastarla y el consumo está en el hecho mismo de salir del patrimonio de una persona, aun permaneciendo inalterada en su entidad material*". En consecuencia, la doctrina es unánime en ejemplificar el consumo civil a través del dinero que era consumible en ese sentido. Así, Salvat expone que el dinero no implica un consumo material, sino meramente civil o relativo; el dinero que gastamos no deja de existir, pasa a otras manos; pero para nosotros es como si ya no existiera, puesto que ha quedado incorporado al patrimonio de otra persona.

Infojus

López de Zavalía introduce al estudio del tema la siguiente observación: cuando el art. 2325 habla de las cosas que no se distinguen en su individualidad, está sin duda, aludiendo a la fungibilidad. Basta con que la cosa sea fungible, para que ya la ley la declare consumible. Posiblemente la razón de la ley ha sido que, para las cosas fungibles, al ser siempre reemplazables en la consideración socioeconómica, desaparece el interés en averiguar si el *usus* conduce o no al *abusus*. Y porque de la fungibilidad resulta la consumibilidad, calificamos a este tipo de consumibilidad, de "derivada". A su vez, observa que la doctrina ejemplifica este tipo de consumo con el dinero y asevera que son las cantidades las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Siendo el dinero una cuantía (especie dentro del género de las cantidades), es correcto que se ejemplifique con él, pero debe advertirse que no es la única cosa que se consume por perderse en su individualidad.

En cambio, otros autores extienden la noción de "consumo civil" hacia supuestos distintos al dinero. En este sentido, López Olaciregui puntualiza que hay otras formas de consumo ideal: las mercaderías que son tenidas para ser vendidas, permutadas, etc. Si a las cosas las define su utilidad, la utilidad que por destino deben brindar tales cosas consiste en que alguien, al comprarlas, las haga salir del patrimonio del dueño. Económicamente nacieron para desaparecer. Su desaparición por trueque o venta realiza la finalidad que les dio sentido. Destinadas por naturaleza a ser consumidas, resulta adecuado calificarlas de consumibles. Borda señala como ejemplo que un libro no es, por su naturaleza, consumible, pero sí lo es para el librero, que lo adquiere para venderlo: en esto consiste para él su utilidad y, desde luego, con el primer uso (la venta) desaparece de su patrimonio (el mismo ejemplo era utilizado desde antes por Planiol y Ripert). Por su parte, Highton y Wierzba brindan el ejemplo de los materiales de construcción (ladrillos, cemento) porque su uso consiste en incorporarlos a un edificio, aun permaneciendo materialmente inalterables; y la utilidad recién se puede repetir con la separación.

En última instancia, Allende extiende al máximo el concepto de "consumo", al punto que, para él, una cosa desaparece, queda consumida, para aquel que la entrega, sin excepción alguna. Aferrados al criterio de Allende es que actualmente se puede argumentar, por ejemplo, que el dinero puede ser considerado una cosa consumible. En última instancia, para poder afirmar que dentro del CCyC el dinero es una cosa consumible, se lo debe considerar como ejemplo de cosa "*cuya existencia termina con el primer uso*"; esto no solo resultaría forzoso, sino que en el fondo también implicaría la subsistencia "tácita" del "consumo civil" ya que el uso del dinero es incompatible con el consumo "natural, material o absoluto". Esta idea, sin embargo, generaría un inconveniente en tanto el consumo civil se encuentra ligado a la extinción de la cosa en razón de salir del patrimonio y no distinguirse en su individualidad; es esto último lo que quiso evitar el codificador: que se vincule el problema de la "individualidad" de las cosas con el de su "consumibilidad". En otras palabras, el codificador quiso quebrar con aquella presunción que señalaba López de Zavalía. A mayor abundamiento, Enneccerus y Nipperdey señalan que se consideran también consumibles las cosas que pertenecen a un almacén de mercancías o a otro conjunto de cosas destinado a la enajenación de las cosas singulares, por ejemplo, la ganadería de un tratante o las baratijas del vendedor ambulante. Aquí, pues, la característica radica en la actitud de su propietario. Solo son consumibles los caballos del tratante destinados a la venta, no los que dedica a sus labores agrícolas. Si se suprime la circunstancia de pertenecer al conjunto, desaparece también la nota de consumibilidad. En última instancia, para la ley se suprime la naturaleza consumible de aquellas cosas que pertenecen a un conjunto.

En conclusión, la supresión se explica a partir de la preocupación del codificador por esclarecer y distinguir el concepto de "cosa fungible" del de "cosa consumible", considerando que el problema de la "individualidad" atañe a la fungibilidad y no a la "consumibilidad". Por esta razón, entendemos que el legislador ha decidido restringir el concepto de cosa consumible al consumo "natural, material o absoluto". Desarrollaremos este último punto en la glosa al art. 232.

ARTÍCULO 232.- ***Cosas fungibles.*** ***Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad.***

1. Introducción

El art. 232 es copia casi literal del art. 223 del Proyecto de 1998. El legislador advierte en los Fundamentos del Anteproyecto (tal como lo hace respecto de las cosas consumibles) que se propone modificar el concepto de "cosas fungibles". De esta forma, se aprecia la siguiente explicación por parte del codificador: "*De acuerdo al diccionario de la Real Academia Española, bienes fungibles son: 'Los muebles de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin consumirlos y aquellos en reemplazo de los cuales se admite legalmente otro tanto de igual calidad'. Es decir que hay parcial superposición de conceptos con las cosas consumibles. En general en el derecho se consideran los bienes fungibles en dos sentidos: como aquellos que no se pueden usar conforme a su naturaleza si no se acaban o consumen, y como aquéllos que tienen el mismo poder liberatorio, es decir, que se miran como equivalentes para extinguir obligaciones. En oposición a esto, las cosas no fungibles son aquellas que no tienen poder liberatorio equivalente porque poseen características propias y, por consiguiente, no pueden ser intercambiables por otras. En definitiva, se quita una de las acepciones de cosas fungibles y se las deja solamente como aquellas que pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad. La fungibilidad, entonces, involucra poder de sustitución*".

2. Interpretación

2.1. El camino hacia el cambio conceptual

En la introducción transcribimos la explicación que el codificador brinda en los Fundamentos del Anteproyecto sobre la modificación que introduce al concepto de "cosas fungibles". En virtud de tal argumentación, se infiere que el legislador detecta que, de la diversidad de acepciones de las cosas fungibles, surge una parcial superposición entre el concepto de "cosa fungible" y de "cosa consumible". La pretendida superposición se encuentra presente, por ejemplo, en la definición de cosas fungibles que brinda Escriche en su *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, en el que señala respecto del concepto "fungible": "*dícese de la cosa que se consume por el primer uso que se hace de ella, como el vino, el trigo y el aceite; y se llama fungible porque hace las funciones o veces de otra de la misma especie. Si me has prestado, por ejemplo, una fanega de trigo, no te podré restituir idénticamente el mismo trigo, porque lo habré consumido sembrándolo o convirtiéndolo en pan; pero te devolveré la misma cantidad en otro trigo de igual especie y calidad, el cual representará al primero haciendo sus veces y funciones para el pago. En sentido opuesto, se dicen no fungibles*

Infojus

las cosas que no se consumen por el primer uso que se hace de ellas, como un caballo, un vestido, etc.". [204]

En pos de solucionar tal controversia, el codificador expresa que opta por restringir el concepto de "cosa fungible" a tan solo una de sus posibles acepciones: aquella que considera que la cosa es fungible cuando "*todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad*".

Sin perjuicio de lo expuesto hasta el momento, el CC definía a las cosas fungibles como "*aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y que pueden sustituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad*" (art. 2324). La explicación radica en que Vélez ya había previsto que, de las posibles acepciones que pudiera tener la noción de "fungible", la única que tenía fuerza legal era la que involucraba el poder de sustitución de esta clase de cosas. Se advierte, entonces, una reproducción casi literal del art. 2324 CC en el art. 232 CCyC. A raíz de esto, se infiere que, a pesar de lo expuesto en los Fundamentos del Anteproyecto, el nuevo codificador no innova respecto del CC y conserva la misma definición que había plasmado Vélez. Entonces, ¿existe realmente una modificación en el concepto de cosa fungible? Sí, existe una reforma, pero el cambio de concepto de las cosas fungibles no proviene del art. 232, que es objeto del presente comentario —en razón de los argumentos que esgrimimos *ut supra*— , sino del art. 231 (cosas consumibles). Al realizar la glosa al art. 231, señalamos que el codificador había suprimido el llamado "consumo civil" en el cual eran consumibles aquellas cosas "*que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad*". Es claro que las cosas que no se distinguen en su individualidad son ciertamente fungibles. Ello es lo que el legislador habrá entendido al considerar que el problema de la "individualidad" atañe a la fungibilidad y no a la consumibilidad; por esta razón, al restringir el concepto de cosa consumible a aquellas que se extinguen con el primer uso modificó "indirectamente" el concepto de cosas fungibles. En otras palabras, bajo CCyC una cosa que termina para quien deja de poseerla por no distinguirse en su individualidad es una cosa fungible que no es consumible.

2.2. Concepto

El art. 232 CCyC define a las cosas fungibles como "*aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie*". La característica esencial de las cosas fungibles es, entonces, su falta de individualidad. Generalmente se dice que la clasificación entre cosas fungibles y no fungibles atañe a las cosas muebles. No obstante, otros autores consideran que ello es falso: tal el caso de Mackeldey, quien considera que hay cosas inmuebles que pueden ser consideradas igualmente fungibles, como el legado que un sujeto hace de un fundo de un tamaño determinado o de una de sus casas.

Biondi enseña que "*toda cosa, individualmente considerada, desde el punto de vista rigurosamente físico, presenta caracteres y elementos que la individualizan y la hacen distinguir de las demás, aunque esté comprendida en la misma categoría. En la naturaleza no existen entidades absolutamente idénticas, ni hombres ni cosas: un billete de banco o una cierta cantidad de trigo son cosas físicamente distintas de otro billete del mismo tipo y valor o de una igual cantidad de trigo de la misma calidad (…) Pero, desde el punto de vista práctico, en la valoración social se trata de cosas absolutamente idénticas, porque*

(204) Escriche, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 2ª ed. corregida y aumentada, Madrid, Imprenta del Colegio Nacional de sordos-mudos, 1839.

no hay interés en tener un determinado billete o una determinada cantidad de trigo de la misma calidad (…) Una cosa puede sustituir muy bien a otra precisamente porque se trata de cosas socialmente idénticas". Un caso particular se da con relación al dinero, respecto al cual Arthur Nussbaum señala que en oposición a la inmensa mayoría de las cosas fungibles, este no se determina por caracteres físicos, es decir, no se determina por unidades corpóreas o por masas materiales; en el comercio no se da ni se toma el dinero como lo que físicamente representa, esto es, un trozo de papel, una pieza de cobre o una pieza de oro. Asimismo, señala que el dinero, en el comercio, se da y se recibe atendiendo solamente a su relación con una determinada unidad (marco, franco, lira, etc.), o, más exactamente, como un equivalente, múltiplo o submúltiplo de esa unidad; dicho en una palabra, como "x" veces la misma unidad. Por ello, el autor alemán define al dinero como aquellas cosas que, en el comercio, se entregan y se reciben, no como lo que físicamente representan, sino solamente como fracción, equivalente o múltiplo ("x" veces) de una unidad ideal.

El art. 232 continúa: "*… y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad*". En virtud de la falta de individualidad propia de las cosas fungibles es que resulta una consecuencia natural que ellas puedan "*sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad*".

Por último, las cosas fungibles son objeto del contrato de mutuo (art. 1525); el comodato por definición legal tiene por objeto cosas no fungibles (art. 1533), pero puede recaer sobre cosas fungibles (art. 1534); el usufructo tiene por objeto cosas no fungibles (art. 2130, inc. a) y, excepcionalmente, una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales (art. 2130, inc. c).

2.3. Distinción con las cosas consumibles

Biondi puntualiza que "*la noción de consumibilidad no se identifica con la de fungibilidad, ya que las dos nociones se fundan en caracteres y consideraciones distintos: fungibilidad y determinación genérica denotan la pertenencia a una categoría, de manera que todas las cosas en ella comprendidas se consideran idénticas; la consumibilidad prescinde, por el contrario, de tal pertenencia porque considera la cosa de por sí en relación al uso que es normalmente destinada. Esto no quita para que las dos nociones en concreto puedan coincidir: todas las cosas fungibles son también consumibles; pero puede haber cosas fungibles o genéricas no consumibles, como p. ej., libros, muebles fabricados en serie, etc.*". A su vez, de acuerdo a autores como Planiol y Ripert, pueden existir objetos de consumo que al desaparecer su fungibilidad, subsiste su consumibilidad. Por ejemplo: el último tonel de vino de una cosecha destruida por la filoxera o de un año excepcional, cuya cosecha se reputa como la única en su especie; ya no puede considerarse fungible, pues la fungibilidad supone la pluralidad de las cosas, y sin embargo, no ha dejado de ser consumible. La doctrina ha oscilado desde un criterio restringido, en el que se argumenta que entre ambas categorías no existe una relación necesaria ya que responden a criterios distintos. En este caso existen cosas fungibles que no son consumibles —este es la postura seguida por Planiol, Ripert, Biondi, Salvat, Borda, Llambías, entre otros—, a criterios un tanto más amplios donde la consumibilidad y la fungibilidad son cosas distintas pero no independientes: la fungibilidad es una condición derivada de la consumibilidad, tal como lo afirma López Olaciregui. Finaliza en un criterio amplio de consumo, como el de Allende, que equipara las cosas consumibles con las fungibles y las no consumibles con las no fungibles.

Infojus

ARTÍCULO 233.- ***Frutos y productos.*** *Frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia.*

Frutos naturales son las producciones espontáneas de la naturaleza.

Frutos industriales son los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra.

Frutos civiles son las rentas que la cosa produce.

Las remuneraciones del trabajo se asimilan a los frutos civiles.

Productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia.

Los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados.

1. Introducción

El CCyC introduce el concepto legal de fruto y de producto en el art. 233. Se evidencia un cambio respecto del concepto de frutos contenido en el art. 224 del Proyecto de Código de 1998 que los definía como "*los provechos renovables que produce un bien sin que se altere o disminuya su sustancia*". El concepto de producto se deja tal cual lo había ideado aquel Proyecto.

2. Interpretación

2.1. Conceptos y diferencias

Los frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia, mientras que los productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia.

Es de retener que los productos son las "*producciones orgánicas de una cosa*" y forman un todo con ella (tal como las conceptualizaba el art. 2329 CC), que no se reproducen y que disminuyen a lo largo del tiempo la substancia de la cosa. Llambías enseña que "*los frutos son cosas nuevas*" diversas de la cosa existente que los genera, mientras que los productos, si se atiende a su naturaleza, se identifican con la cosa de la cual son separados. Solo económicamente la cosa y sus productos son entes diversos, pues la cosa (mina, cantera o yacimiento) permanece en estado de inaprovechamiento, mientras que los productos (minerales, piedras, petróleo) son la misma cosa en estado útil para el hombre. Un caso que genera dificultades es el de la madera de un bosque; al respecto Borda señala que "*si el bosque se tala con el propósito de no renovarlo, como ocurriría si se deseara cultivar la tierra, los cortes de madera son productos; pero si se trata de cortes regulares y periódicos y se permite o se favorece la reproducción de los árboles, son frutos*".

2.2. Distintas clases de frutos

Los frutos pueden ser: naturales; industriales; o civiles.

a. **Frutos naturales**: el art. 233 reproduce la definición legal de frutos naturales del art. 2424 CC, que los cataloga como "*las producciones espontáneas de la naturaleza*". Se aleja así del concepto del Proyecto de Código de 1998 que los definía como *"los que provienen de la cosa, sin intervención humana"*. Es decir, que son frutos naturales aquellos objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que

se altere o disminuya la sustancia del bien y sin que intervenga para su generación el hecho o la actividad del hombre. Son ejemplos de frutos naturales las crías de ganado, la leche, etc.

b. **Frutos industriales**: el Código se aparta del concepto brindado por el Proyecto de Código de 1998 que los definía como "*los que produce la cosa con la intervención humana*". La actual definición legal de frutos industriales recibe una pequeña variante respecto del art. 2424 CC, ya que en aquel cuerpo legal se las precisaba como aquellos que "no" se producen sino por la industria del hombre o por la cultura de la tierra, mientras que el art. 233 las define como aquellos "*que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra*". Escriche manifiesta que los frutos industriales "*son los que no produce la tierra sino con el auxilio del cultivo y del trabajo del hombre, como las legumbres, los cereales y las uvas*". Para algunos autores como Boffi Boggero, la división entre frutos naturales e industriales se halla fundada en una nota que carece de relevancia, como es la actividad del hombre, que integra solamente la segunda especie. Esta falta de relevancia se debe a que la mencionada actividad funciona para facilitar la obtención del proceso y, ulteriormente, la obtención del fruto natural. Alterini señala como ejemplos de frutos industriales los cereales, las flores del floricultor. En cambio, Segovia expresa que los únicos frutos industriales son los vinculados con la agricultura. Llerena, en posición aislada, señala como ejemplo "*la porcelana, en que la naturaleza produce la materia prima y el hombre la transforma*".

c. **Frutos civiles**: el CCyC toma distancia de la definición brindada por el Proyecto de Código de 1998 que las conceptualizaba como "*los que el bien produce como consecuencia de un derecho*". El art. 233 reproduce el concepto de fruto civil del art. 2424 CC como "*las rentas que la cosa produce*" y agrega "*las remuneraciones del trabajo se asimilan a los frutos civiles*", lo cual se encontraba en la anterior legislación en el art. 2330, al enunciar que "*son igualmente frutos civiles los salarios u honorarios del trabajo material, o del trabajo inmaterial de las ciencias*". A su vez, se omite la referencia como manifestación de fruto civil a aquellas que "*provienen del uso o del goce de la cosa que se ha concedido a otro, y también las que provienen de la privación del uso de la cosa*" (art. 2330 CC). No obstante, ambas se subsumen dentro de la fórmula "*rentas que la cosa produce*". En síntesis, el fruto civil posee dos manifestaciones: 1) las rentas que la cosa produce por su uso, goce o privación; y 2) las remuneraciones del trabajo.

2.3. Los frutos naturales e industriales y los productos no son accesorios

El art. 2329 CC establecía que los frutos naturales y las producciones orgánicas (productos) de una cosa, formaban un todo con ella. Es decir que tanto los frutos naturales como los productos no eran considerados accesorios de la cosa, como sí lo eran los frutos civiles (art. 2330 CC). Bajo este orden se omitía la situación de los frutos industriales, aunque en la doctrina existía consenso en que ellos integraban un todo con la cosa. Mas el art. 233 aclara la situación al disponer que "*los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados*".

Por último, cabe destacar que tanto los frutos naturales e industriales como los productos dejan de formar un todo con las cosas que los generan si son separados de ella; en este último caso, se transforman en sus accesorios.

Infojus

ARTÍCULO 234.- *Bienes fuera del comercio.* *Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:*

a. *por la ley;*

b. *por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.*

1. Introducción

La norma en comentario reproduce el art. 225 del Proyecto de Código de 1998, cambiando tan solo la palabra "transferencia" por "transmisión". El art. 234 CCyC comprende la clasificación de los bienes según que su transmisión se encuentre o no expresamente prohibida. Estas categorías ya se encontraban contempladas en los arts. 2336 y 2337 CC, con la diferencia de que ellos aludían a las "cosas" dentro o fuera del comercio y el art. 234 hace gala del término "bienes". Advertimos que la palaba "bienes" comprende en sentido amplio los bienes del individuo, con o sin valor económico, los bienes colectivos y los bienes comunitarios.

2. Interpretación

2.1. Bienes "dentro" y "fuera" del comercio

Los bienes se encuentran dentro o fuera del comercio, según sean o no libremente transmisibles por su titular. La regla es que los bienes se encuentran dentro del comercio, mientras que los bienes fuera del comercio constituyen la excepción. Respecto a esto, Biondi expresó en atención a la cosa fuera del comercio —extensible a los bienes en el sentido que le hemos dado en la introducción—, que es "*aquella que está fuera del círculo de las relaciones patrimoniales privadas. Fuera del comercio no quiere decir, como a veces se afirma, fuera del ordenamiento jurídico, ya que las cosas a las que se da tal calificación están en el ámbito del Derecho; están sin embargo sujetas a un particular régimen jurídico, que esencialmente y en su función no corresponde al privado, si bien se modela sobre él*".

En última instancia, señala Kemelmajer de Carlucci que la oposición entre la comercialidad y la extracomercialidad es relativa, porque la comercialidad también comporta grados; así, hay derechos que tienen contenido económico pero no son cesibles (por ejemplo, el derecho a los alimentos), o son cesibles pero limitadamente (por ejemplo, el cesionario de una obra intelectual debe respetar el derecho moral del autor).

2.1.1. Inalienabilidad absoluta

La inalienabilidad es "absoluta" en los casos en que ella se encuentra expresamente prohibida, ya sea por la ley o por actos jurídicos (entre vivos o *mortis causa*); en este último caso, siempre y cuando el Código autorice tales prohibiciones. Citamos a modo de ejemplo los bienes públicos del Estado (art. 237 CCyC) y las cláusulas de inajenabilidad referidas a persona o personas determinadas (art. 1972 CCyC), entre otros.

2.1.2. Inalienabilidad relativa

Un bien es "relativamente" inalienable cuando para su enajenación se requiere de una autorización previa; se advierte la derogación de esta subclasificación prevista en el art. 2338 CC. Se ha tildado, como es el caso de Kemelmajer de Carlucci, de "*excesivo e inútil categorizar estos bienes como de inajenabilidad relativa; sólo se trata de la necesidad de cumplir con el debido proceso legal para ejecutar actos de disposición*".

Sin embargo, aunque la nueva codificación —al igual que el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de Código de 1998— haya omitido la categoría de inalienabilidad relativa, ella existe. Su existencia deriva de encontrar en el Código supuestos en los que se requiere autorización previa para poder enajenar. Son ejemplos de esto la enajenación o gravamen de bienes del presunto fallecido durante el periodo de prenotación, ya que se requiere autorización judicial para tales actos de disposición (art. 91 CCyC); la transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes de los niños, niñas o adolescentes, en razón de necesitar autorización judicial (art. 122 CCyC); la transmisión de inmuebles afectados a protección de la vivienda cuando el titular registral se encuentra casado o en unión convivencial inscripta y no obtiene la conformidad del cónyuge o del conviviente (art. 250 CCyC).

SECCIÓN 2ª
Bienes con relación a las personas

Consideraciones previas

Se establecía en el art. 2339 CC que "*las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares*". De esta forma, se abría paso a la clasificación de las cosas con relación a las personas. Sin embargo, el CCyC no contiene una norma semejante al art. 2339, por lo que la clasificación entre bienes del dominio privado o público del Estado se desprende directamente del cotejo entre los arts. 235 y 236.

Señalamos que los bienes con relación a las personas deben enmarcarse dentro del nuevo paradigma que instaura el Código en materia de bienes. Así, por ejemplo, algunos bienes ambientales que se encuentran enunciados dentro del dominio público, en rigor, no son solamente propiedad del Estado ya que configuran supuestos de bienes colectivos. Tal es el caso de los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, entre otros. La misma advertencia cabe respecto de los bienes comunitarios puesto que el Estado debe respetar la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, ello en base al reconocimiento constitucional que ostentan en calidad de ser preexistentes a este.

ARTÍCULO 235.- ***Bienes pertenecientes al dominio público.*** *Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:*

a. *el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;*

b. *las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;*

Infojus

c. *los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;*

d. *las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;*

e. *el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;*

f. *las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;*

g. *los documentos oficiales del Estado;*

h. *las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.*

1. Introducción

El art. 235 CCyC contiene la enumeración de los bienes pertenecientes al dominio público, exceptuando lo dispuesto por leyes especiales. En los Fundamentos del Anteproyecto se puede leer como el legislador expresa que la presente Sección se ha regulado "*con nociones similares al CC*".

2. Interpretación

2.1. Análisis de los incisos

a. *el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;*

De la comparación entre el inciso 1) del art. 2340 CC y el actual inciso a) surge como novedad: 1) la alusión a los tratados internacionales en la determinación de la distancia del mar territorial; 2) la referencia al poder jurisdiccional sobre la zona económica exclusiva y la plataforma continental; y 3) se introduce el concepto legal de "mar territorial".

Se define al mar territorial como "*el agua, el lecho y el subsuelo*". La soberanía de la Nación Argentina se extiende "*al mar adyacente a su territorio hasta una distancia de 200 millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo los casos de los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, en que se medirán desde la línea que une los cabos que forman su boca*" (art. 1° de la ley 17.094). Mientras que la soberanía de la Nación

sobre el lecho del mar y subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio se extiende hasta la profundidad de las aguas suprayacentes que permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas.[205]

La zona contigua al mar territorial es aquella designación dada a la zona donde el Estado ribereño puede tomar medidas de fiscalización como: a) prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; b) sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial (art. 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Se entiende por zona económica exclusiva el "*área situada más allá del mar territorial y adyacente a este*" (art. 55 de la Convención). Sobre la zona económica exclusiva el Estado posee derechos tales como "*exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos (...), la investigación científica marina*", entre otras. (art. 56 de la Convención citada). Mientras que la plataforma continental de un Estado ribereño "*comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia*" (art. 76 de la Convención).

b. ***las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;***

El inc. b) utiliza la denominación "aguas interiores" en contraposición a la expresión "mares interiores" utilizado por el CC. La supresión es correcta ya que, como observaba Marienhoff, ellos no existen en nuestro país. Se define las aguas interiores como "*las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial*" (art. 8° de la Convención a la que se hizo referencia). A su vez, se alude a los golfos y a las bahías y se define a las playas marítimas. Por último, la norma dispone que pertenecen al dominio público los puertos y los ancladeros.

c. ***los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales. Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias. Por lago o***

(205) Ver art. 2° de la ley 17.094.

Infojus

laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

El inciso comienza con la referencia a "*los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales*". A los efectos legales, se entiende por río "*el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias*". El Código mejora así la técnica del enunciado legal. Allende ya criticaba la alusión a "*los ríos, sus cauces*" empleada por el CC, expresando que "*la técnica empleada es mala (…) decimos que es mala porque no puede haber río sin cauce; es como si dijéramos el hombre y la cabeza, ya que no puede haber hombre sin cabeza. Evidentemente, al decir hombre incluimos su cabeza, como al decir río incluimos su cauce*". Tal crítica era compartida por Marienhoff, pero combatida por Borda que expresaba que la aclaración no estaba de más ya que las aguas y los cauces por donde corren los ríos son separables. Decía el maestro que "*no sería inconcebible que el propietario del predio por donde cruza un río, fuera dueño del lecho y pudiera explotarlo, para extraer arena o minerales. La ley ha querido dejar sentado que también el cauce es del dominio público*". Más ahora se alude (como lo hiciera el Proyecto de Código de 1998) a los ríos y, separadamente, a otras "*aguas que corren por cauces naturales*". A su vez, el inciso incorpora a los estuarios.

La norma continúa con la referencia a "*los lagos y lagunas navegables*" y brinda el concepto de tales aguas hacia el final del inciso. Así, se entiende por lago o laguna "*el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos*". Es decir que tanto el lago como la laguna se encuentran delimitados "*por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias*". Allende definía a los lagos expresando que "*se trata de una masa más o menos grande de agua, dulce o salada, que ocupa una concavidad de la corteza terrestre, con o sin comunicación con el mar. Cuando la masa de agua es más bien pequeña y especialmente poco profunda, recibe el nombre de laguna*".

El artículo en comentario introduce como novedad la referencia a "*los glaciares y el ambiente periglacial*". Se entiende por glaciar "*toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua. Asimismo, se entiende por ambiente periglacial en la alta montaña, al área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo*" (ley 26.639, art. 2º).

El inc. c), un poco más adelante, continúa con "*... y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales*". Alterini puntualiza que "*la fórmula de la ley según la cual es suficiente 'la aptitud de satisfacer usos de interés general' para que el agua sea pública, es de tal amplitud, que toda agua que exhiba tal 'aptitud' será del dominio público*". En cuanto a las aguas subterráneas, desarrollaremos el tema en la glosa al art. 239.

d. ***las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos,***

estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;

Se define a las islas como "*una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar*" (art. 121.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Las islas, según el art. 121.2 de la Convención, poseen mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental. El inc. d) omite la referencia a la situación de las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, siendo que ellas no poseen zona económica exclusiva ni plataforma continental (art. 121.3) de la Convención referida). En atención al inc. d), el profesor Godio ha señalado que las islas sin intervención del hombre, de conformidad con el derecho internacional, no se pueden encontrar jurídicamente dentro de la zona económica exclusiva toda vez que poseen, necesariamente, mar territorial. A su vez, observa que no se justificaría la inclusión de la referencia a las *"islas formadas o que se formen (…) en la plataforma continental (...) toda vez que las islas deben encontrarse por sobre el nivel de pleamar, razón por la cual resultaría sin utilidad la expresión aludida a la plataforma continental".*

e. *el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;*

Este inciso constituye una novedad que trae aparejada el Código. Ello concuerda con el Convenio de Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Videla Escalada describe al espacio aéreo como "*un ambiente que tiene contacto con la tierra firme y el mar y rodea a nuestro planeta en toda su extensión*".

El inciso e), a su vez, armoniza con el art. 1945 CCyC que al legislar sobre la extensión del dominio establece que el dominio de una cosa inmueble se extiende al espacio aéreo "*en la medida en que su aprovechamiento sea posible*". Lo que descarta el viejo aforismo de los antiguos: "*Cujust est solum, hujust est usque ad ccelum et usque ad inferos*".

f. *las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;*

El inciso es reproducción del art. 2340, inc. 7) CC. Él contiene la referencia al dominio público "artificial" ya que las obras enunciadas son "construidas" por el hombre. Marienhoff advierte que también pertenecen al dominio público aquellas obras "organizadas" o "formadas" como un museo o una biblioteca. A su vez, no es necesario que haya sido el Estado el que las haya construido, sino que pueden haber sido terceros y, luego, el Estado haberlas adquirido —por ejemplo, un monumento—.

g. *los documentos oficiales del Estado;*

Señala Dassen que con respecto a los documentos oficiales "*no se trata de saber si sirven o no al uso público en forma directa o indirecta, sino de algo más hondo (...) Así como existe en derecho privado una serie de derechos llamados de la personalidad, en principio inalienables, también es preciso reconocer al Estado algunos derechos de igual o parecida naturaleza. Y entre ellos, no cabe duda que deben incluirse aquellos que tiene sobre la documentación oficial que instrumenta su actividad propia, presente o pasada (...) si toda la documentación oficial es como una porción del propio ser del Estado, como puede serlo a la luz del derecho privado cierto tipo de correspondencia particular. Por ello el autor*

Infojus

ya en 1963 ponía de manifiesto que tales documento pertenecían al dominio público del Estado, dando como ejemplos el protocolo del escribano, entre otros".

h. ***las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.***

Este resulta una copia casi literal del inc. 9), agregado por la ley 17.711, del art. 2340 CC, el cual comprendía "*las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico*". Se amplía el dominio público del Estado hacia aquellas ruinas o yacimientos arqueológicos y paleontológicos que no posean interés científico. En ocasión del agregado, Borda señalaba que "*se procura evitar el saqueo y la pérdida de la notable riqueza arqueológica argentina, que desde ahora queda protegida*". Sobre este punto traemos a colación la Ley 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico del año 2003, cuyo segundo artículo establece que "*forman parte del Patrimonio Arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes. Forman parte del Patrimonio Paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales*".

ARTÍCULO 236.- ***Bienes del dominio privado del Estado.*** *Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:*

a. *los inmuebles que carecen de dueño;*

b. *las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;*

c. *los lagos no navegables que carecen de dueño;*

d. *las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;*

e. *los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.*

1. Introducción

El art. 236 contiene la enumeración de aquellos bienes que posee el Estado en su calidad de sujeto de derecho privado. Como ha sostenido la doctrina, la diferencia entre el dominio público y privado del Estado radica en el distinto "régimen jurídico" que se aplica en uno y otro caso. Por ello, cobra cabal importancia saber cuándo un bien queda sometido al régimen jurídico del dominio público ya que de él se derivan consecuencias tales como la inalienabilidad e imprescriptibilidad de dicho bien. En cambio, si el bien se encuentra sometido al dominio privado, el régimen aplicable será el de la propiedad privada con todas sus características ordinarias. Para que un bien quede sometido al régimen del dominio público, es menester que este se encuentre afectado al uso público, ya sea directa o indirectamente. Este punto será desarrollado en la glosa al art. 237 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Análisis de los incisos

a. ***los inmuebles que carecen de dueño;***

Corresponde al inciso 1) del art. 2342 CC que disponía que "*todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño*". El Código reformula la norma al introducir el término "inmuebles" por "tierras" y quitando la referencia a que aquellas tierras deben encontrarse "*situadas dentro de los límites territoriales de la República*". La norma contempla el llamado "dominio privado originario" del Estado, en el que la potestad dominical del Estado se extiende a tal punto de cubrir a todos los inmuebles carentes de dueño que se sitúen dentro de los límites territoriales de la Argentina.

b. ***las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;***

Este inciso alude a "*las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería*" y corresponde al inc. 2) del art. 2342 CC que establecía "*las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra*". La similitud entre ambos incisos es patente, pero la nueva normativa agrega la fórmula "*y toda otra de interés similar*", lo cual amplifica la potestad dominical del Estado. Por otra parte, el legislador sustituye la mención al "*dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra*" por la remisión a las normas dispuestas por el Código de Minería.

El inc. b) coincide con lo dispuesto por el art. 7° del Código de Minería, el cual dispone que "*las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren*", a lo cual agrega que "*sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal*" (art. 10 del Código de Minería); esto último, en tanto "*el Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley*" (art. 9° del Código de Minería).

c. ***los lagos no navegables que carecen de dueño;***

El Código introduce como novedad que los "*lagos no navegables que carecen de dueño*" pertenecen al dominio privado del Estado. El Código de Vélez no lo contemplaba expresamente, y tan solo se limitaba a señalar en su art. 2349 que "*el uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenecen a los propietarios ribereños*", razón por la cual la doctrina debatía la naturaleza jurídica de tales lagos. Para una corriente —abonada por Marienhoff, Spota, entre otros— todos los lagos (navegables y no navegables) pertenecían al dominio público del Estado; en efecto, Marienhoff señalaba que los lagos, navegables o no navegables, exceptuando únicamente los formados por vertientes nacidas en heredades particulares, son bienes públicos. Sin embargo, Allende pensaba lo contrario. El maestro dio una serie de argumentos que resumimos en los siguientes puntos: 1) si hay dos clases de lagos y Vélez dice que los navegables pertenecen al dominio público, implícitamente dice también que los otros no forman parte de dicho dominio; 2) el art. 2340, inc. 6) dispone que son bienes del dominio público "*las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables*".

Infojus

Al respecto, obsérvese bien que la naturaleza jurídica del lago sirve, a su vez, para fijar la naturaleza jurídica de las islas pues si ambas clases de lagos tuvieran la misma naturaleza jurídica, no habría razón para que sus islas tuvieran una naturaleza jurídica distinta; y 3) el art. 2349 no trata la naturaleza jurídica de tales lagos —ya que Vélez lo dio por aclarado en el art. 2340, inc. 5)— sino que tiene en mira exclusivamente el caso de los propietarios ribereños, en cuyos fundos no está el lago, sino que el lago linda con tales fundos. El lago no navegable en estos casos pertenece, naturalmente, al dominio privado del Estado porque está en tierras que no salieron nunca de la propiedad estatal, aunque con la característica especial de que el Estado y los ribereños tienen el uso y goce.

En última instancia, triunfa la corriente que entendía que los lagos no navegables pertenecían al dominio privado del Estado.

d. ***las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;***

Este inciso se corresponde con el inciso 3) del art. 2342 CC que establecía "*los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código*". Una parte de la doctrina, como es el caso de Llambías y Borda, ha señalado que los bienes vacantes son las cosas inmuebles de propietario desconocido, así como también que estos bienes se diferenciaban de las tierras que carecían de todo otro dueño en el hecho de que estas últimas nunca habían salido del patrimonio del Estado, mientras que los bienes vacantes habían pertenecido a los particulares y a falta de titular actual, eran atribuidos al Estado. Los bienes mostrencos, por su parte, son las cosas muebles que no tienen dueño. La alusión a los bienes que dejare una persona sin herederos podría cuadrar dentro de los bienes vacantes o mostrencos, dependiendo la naturaleza mueble o inmueble de las cosas que dejare luego de su muerte. Por su parte, Molinario expresaba que los bienes vacantes son los que integran el acervo sucesorio una vez que se ha declarado vacante la herencia.

Se advierte que el inc. d) solamente refiere a "*las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas*", lo que significa que no contempla a los bienes vacantes, sino que apunta solamente a los bienes mostrencos. En función de lo expuesto, parecería que quedan excluidos del dominio privado del Estado los inmuebles de propietario desconocido (bienes vacantes). Se podría decir, entonces, que este caso se cobija en el inc. a) —inmuebles que carecen de dueño— pero, como hemos dejado señalado, el inc. a) alude técnicamente a los inmuebles que "nunca" pertenecieron a los particulares. Prueba de ello es que tal inciso reemplaza al inciso 1) del art. 2342 CC, razón por la cual estamos en presencia de dos supuestos diferentes: 1) inmuebles que nunca han sido de los particulares (inc. a); y 2) inmuebles que siendo de los particulares, no tienen propietario actual (bienes vacantes); estos fueron omitidos por la nueva legislación.

Se podría alegar que la Real Academia Española entiende que los bienes mostrencos son los "*inmuebles vacantes o sin dueño conocido que por ley pertenecen al Estado*". El argumento, no obstante, se toparía con los determinantes inc. a) —inmuebles que carecen de dueño porque nunca lo tuvieron— e inc. d) —las cosas muebles de dueño desconocido que no fueran abandonadas, es decir que nunca tuvieron dueño—. A su vez, en ningún momento se recepta legalmente la noción de "bienes mostrencos" con la amplitud de la definición de la Real Academia Española.

A su vez, para que las cosas muebles pasen al dominio privado del Estado, no basta con que el dueño sea desconocido, sino también "que no sean abandonadas" ya que las

cosas muebles abandonadas son susceptibles de apropiación privada tal como lo dispone el art. 1947, inc. a.i) CCyC. Por último, el inc. d) exceptúa expresamente a los tesoros, los cuales tienen una regulación propia (art. 1951 y ss.).

e. ***los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.***

Este inciso se corresponde con la última parte del inc. 4) del art. 2342 CC, el cual expresaba: "*todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título*". Se suprime la referencia a "*los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados*". Aquella enunciación había sido criticada por Llambías por ser "en buena parte, equívocas, y pueden dar lugar a confusión". Para el citado maestro, "*las construcciones hechas por el Estado serán bienes privados de este si se levantan en terreno fiscal, pero no en caso contrario*", y concluyó que en verdad el inc. 4) del art. 2342 "*debió limitarse a consignar los bienes adquiridos por el Estado por cualquier título*" —precisamente por esta última solución es por la que se inclina el nuevo codificador—. La fórmula genérica "por cualquier título", de acuerdo a Highton y Wierzba, permite considerar como pertenecientes al dominio privado del Estado a todos los objetos no destinados al uso de los habitantes, que no reconozcan afectación a un fin de utilidad o comodidad común.

ARTÍCULO 237.- ***Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce.*** ***Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales.***

La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.

1. Introducción

El artículo trae a colación "*la determinación y caracteres de las cosas del Estado*", temas que forman parte del estudio de los bienes del dominio público, razón por la cual la glosa al presente artículo versa sobre el régimen jurídico de la dominicalidad.

2. Interpretación

2.1. Concepto, elementos y naturaleza jurídica

Marienhoff define al dominio público al tiempo que señala los cuatro elementos constitutivos de la dominicalidad. De esta forma, para el autor, el dominio público es un conjunto de bienes (elemento objetivo) que, de acuerdo al ordenamiento jurídico (elemento normativo o legal), pertenecen a la comunidad política pueblo (elemento subjetivo), hallándose destinados al uso público —directo o indirecto— de los habitantes (elemento teleológico o finalista).

Sobre la naturaleza jurídica del derecho que posee el Estado sobre los bienes del dominio público, la doctrina ha elaborado diversas teorías. Manuel Diez enseña que el derecho que ejerce el Estado es el de "propiedad pública" ya que puede ejercer todos los atributos inherentes al mismo, el *ius utendi* lo ejerce para ciertos bienes la persona jurídica pública en la única forma en que puede hacerlo, vale decir por medio de sus componentes,

Infojus

en este caso el pueblo. En lo que respecta al *ius fruendi* lo ejerce también, porque puede recoger los frutos naturales que se produzcan, sin contar con los frutos civiles obtenidos por medio de concesiones y permisos que se deben otorgar respetando el objeto, la función del bien dominical. Por lo que hace al *ius abutenid*, facultad de disponer, la ejercen también las personas jurídicas públicas respecto a los bienes de su dominio público, por cuanto las pueden desafectar en determinados casos, con lo que pasarían a su dominio privado y podrían ser alienadas. También el acto de otorgar un permiso o una concesión de uso podría ser considerado como acto de disposición. En contra, Borda señala que el dominio público del Estado no es un derecho de propiedad, ya que el Estado es apenas un administrador, que se limita a reglamentar su uso por los particulares; carece de todos los atributos esenciales del propietario; no puede gozar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común; no puede disponer de ella.

2.2. El llamado dominio público "natural" y "artificial"

Los bienes del dominio público del Estado pueden ser divididos en: dominio público "natural" y dominio público "artificial". Los bienes del dominio público son catalogados de naturales en atención al estado en que se encuentran en la naturaleza, tal como sostiene J. H. Alterini. Son ejemplos de bienes del dominio público natural los supuestos del art. 235, incs. a), b), c), d) y e). Mientras que los bienes del dominio público "artificial" son aquellos en los que interviene la actividad del hombre para utilidad o comodidad común, como por ejemplo las enunciaciones contempladas en el inc. f).

2.3. Caracteres

El art. 237 comienza con la enunciación de los caracteres inherentes a los bienes públicos del Estado. Marienhoff ha enseñado que la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, si bien constituyen atributos de los bienes domínales, no son atributos exclusivos de ellos. Aquellas son "efectos" y no "causa" de la dominicalidad; esta no resulta de ellas, ni es su consecuencia; al contrario, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad son notas derivadas de la dominicalidad; pero la inversa no es exacta: la dominicalidad no deriva de la inalienabilidad ni de la imprescriptibilidad.

2.3.1 Inalienabilidad

Los bienes del dominio público, al estar destinados a la utilidad y la comodidad de toda la sociedad, se encuentran fuera del comercio privado. Señala Bielsa que el propio destino de las cosas públicas impide que sobre estas haya posesión ni tenencia de particulares o personas determinadas. Coincidimos parcialmente con Bielsa puesto que los particulares ejercen una particular clase de tenencia sobre estas cosas, sobre la cual volveremos al tratar la "imprescriptibilidad". Se deriva de la inalienabilidad el hecho de que no puedan embargarse tales bienes. De acuerdo a este autor, el fundamento jurídico de tal prohibición deriva del carácter "extracomercial" de aquellos, en razón de su especial destino. En palabras de Diez, se trabaría el destino del bien y sería el primer paso hacia la alienación del mismo. Si bien el embargo en su calidad de medida de seguridad no implica enajenación, en última instancia la trae aparejada. A su vez, la inalienabilidad proyecta dos supuestos controvertido, esto es: si los bienes del Estado pueden ser objeto de reivindicación y de expropiación. Sobre la primera se ha dicho que no pueden serlo, ya que al pasar al dominio público ello es suficiente para fundar un título legítimo en caso de contestación judicial —postura sostenida por Bielsa—. Marienhoff sostiene que la acción reivindicatoria en principio es improcedente a menos que la incorporación al dominio

público se encuentre viciada. En cuanto a la expropiación, algunos como Bielsa no admiten la posibilidad en virtud de que tales bienes ya se encuentran destinados al uso público. En cambio, otros como Marienhof sostienen que la expropiación es viable, ya que ella puede responder a un uso público "distinto" de aquel al que actualmente se encuentra afectada la cosa.

Por otra parte, autores como Diez, Bielsa y Marienhoff destacan que la **inalienabilidad** de la cual goza esta clase de bienes no es **absoluta**, en razón de que pueden ser objeto de un uso especial (a través de permisos o concesiones) que sea compatible con la naturaleza y destino de uso público del bien.

2.3.2. Imprescriptibilidad

Otra proyección de la inalienabilidad propia de los bienes del dominio público del Estado es que ellos no pueden adquirirse por prescripción. Ni siquiera podría un particular alegar una "posesión inmemorial" sobre aquellos con el objeto de adquirirlos por usucapión. Ello, en tanto los particulares no ejercen el uso sobre las cosas del dominio público del Estado por medio de la posesión, sino que aquel uso se efectiviza mediante la tenencia absoluta de la cosa perteneciente al Estado.

2.4. Afectación y desafectación al uso público

Para que los particulares puedan hacer uso de los bienes del Estado es necesario que previamente se los haya afectado al uso público.

La afectación es el hecho o la manifestación de la voluntad del poder público en cuya virtud el bien queda incorporado al uso y goce de la comunidad; puede provenir de la ley, un acto administrativo o de hechos, tal como sostiene Marienhoff. La afectación dependerá de si los bienes son del dominio público "natural" o "artificial" del Estado. En el caso de los bienes del domino público "natural", la afectación se realiza mediante "ley". En cambio, los bienes del dominio "artificial", como puntualiza Alterini, además de su caracterización legal como públicos, para hacer efectiva la afectación se exige que se los libre al uso público, así, por ejemplo, una obra pública para quedar afectada al uso público requiere de previas leyes, actos o hechos administrativos, como la inauguración de la obra, o el retiro de los carteles o de los obstáculos que impedían el acceso público. La desafectación también varía respecto de si estamos en presencia de un bien del dominio público "natural" o "artificial". En el primer caso, puede provenir tanto de la ley como del hecho de la naturaleza, como por ejemplo el cambio de cauce de un río. En el segundo supuesto, la desafectación puede derivar de la ley, de la naturaleza y también del hecho de la administración o del hombre, siempre que este estuviera autorizado. Por ejemplo, el cierre definitivo de un camino para el tránsito.

Por último, la norma dispone que "*la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236*" (bienes del dominio público y privado del Estado, respectivamente).

2.5. Uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares

El artículo en análisis dispone que "*las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales*" de los bienes del dominio público del Estado. Sigue la línea de su antecesor, el art. 2341 CC, que expresaba que "*las personas particulares tienen el*

Infojus

uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código, y a las ordenanzas generales o locales".

2.5.1. Uso directo o inmediato e indirecto o mediato

El uso directo e indirecto se vincula con el elemento "teleológico o finalista" de la "dominicalidad". La finalidad, en este caso, es el motivo al que debe responder la inclusión de algún bien al dominio público; para algunos como Bielsa, Borda y Llambías, aquel se circunscribe al uso directo que realiza la población. Borda señalaba que lo que caracteriza al dominio público del Estado es la circunstancia de que todos los ciudadanos tienen el uso y goce inmediato de él, pues de lo contrario, todos los bienes del Estado deberían incluirse en el dominio público, pues todos ellos tienen una finalidad mediata o inmediata de interés general.

En cambio, para otros como Salvat, Spota y Marienhoff, el uso público no solo comprende el uso directo, sino también el indirecto que es el que se realiza perteneciendo la cosa al ente público y consagrándola a un fin de utilidad general, como lo son por ejemplo, los bienes afectados a servicios públicos y "*cualquier obra pública construida para utilidad y comodidad común*" (art. 235, inc. f).

2.5.2. Usos comunes o especiales

El art. 237, al mencionar el uso y goce de los particulares respecto de los bienes del dominio público del Estado, alude a los denominados "usos comunes", como por ejemplo la posibilidad de beber o de sumergirse en las aguas públicas, de transitar por calles y caminos públicos. En contraposición a los llamados "usos comunes", existen los usos especiales de los que goza una o más personas determinadas en virtud de un "permiso de uso" o de una "concesión de uso". Marienhoff define a los usos comunes como aquellos que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad. Uso especial, por otra parte, es el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso **general** de la colectividad, como el uso **común**, sino un uso **privativo**, **exclusivo**, que ejercen personas **determinadas**. Se han citado los ejemplos de las instalaciones de kioscos de diario en dependencias del dominio público, la utilización de las aceras por los propietarios de cafés y confiterías con mesas y sillas para servicio de su clientela, entre otros.

En cuanto a las formas de otorgar el derecho de uso especial, se encuentra el **permiso**, el cual no genera un derecho subjetivo para su titular y cuya esencia es, de acuerdo a Marienhoff, la posibilidad de ser revocado en cualquier momento por la autoridad pública que lo confirió. Se utiliza el permiso para actos que no revisten la mayor importancia, como por ejemplo, la autorización para extraer agua de un río mediante el empleo de bombas para el servicio del motor de una fábrica. Por otro lado, se encuentra la "concesión", la cual constituye un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, es decir: es un acto administrativo que posee carácter bilateral y produce derechos subjetivos. Como señalara Marienhoff, la voluntad del particular interesado es fundamental: sin tal voluntad no hay **concesión**. En otras palabras, la concesión se asemeja a un contrato, aunque técnicamente no lo sea, ya que este pertenece al derecho privado y aquella al derecho público.

ARTÍCULO 238.- ***Bienes de los particulares.*** *Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales.*

Interpretación

El artículo define por exclusión los bienes de los particulares, estableciendo que son aquellos que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal. Bajo este criterio, no importa la figura de la persona que se adjudica derechos sobre tales bienes ya que la persona no incide en su calificación como "*de los particulares*", a menos que una ley especial disponga lo contrario. En otras palabras, solo basta que los bienes no pertenezcan al Estado. La norma reproduce el art. 2347 CC, pero excluye la referencia a los bienes de la iglesia.

ARTÍCULO 239.- ***Aguas de los particulares.*** *Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.*

Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.

El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

1. Introducción

El art. 239 regula las aguas subterráneas que surgen en terrenos de los particulares. La norma se corresponde con el art. 2637 CC, texto introducido por la ley 17.711. De la comparación entre ambas normas, se observa en el art. 239 una mayor impronta socio-ambiental en la utilización de las aguas subterráneas por parte del propietario, razón por la cual constituye un importante aporte al llamado "derecho ambiental de aguas". Este último se define, de acuerdo a autores como Pigretti, Bellorio Clabot y Cavalli, como "*el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento social que, conforme a la justicia, regulan la relación de las personas con el agua, considerada esta en las diversas maneras en que se manifiesta en el ciclo hidrológico e integrada al medio ambiente*".

2. Interpretación

2.1. Vertientes, manantiales y aguas subterráneas

Allende define a las aguas subterráneas como aquellas aguas que se encuentran debajo de la tierra, al tiempo que remarca que la importancia del agua subterránea resulta de su inmensa cantidad. Asimismo, señala que el lugar donde el agua subterránea sale a la

Infojus

superficie, aflora, brota, toma el nombre de fuente, manantial y también vertiente. Cuando el agua surge naturalmente se habla de "*fuentes, manantiales y vertientes*", en cambio cuando surge artificialmente, es decir por la actividad del hombre, recibe el nombre de "pozos o pozos artesianos".

Si bien la mayor parte de la doctrina asimila los manantiales a las vertientes, Spota y Cano, por su parte, las han distinguido. En el pensamiento de los nombrados, la vertiente —a diferencia del manantial— no es agua subterránea, sino agua que baja "*de las montañas o sierras*". Spota afirma que el origen de dichas aguas se debe a la acumulación de nieve cuya fusión produce el líquido que alimenta a la corriente, o bien, por un conjunto de pequeños cursos de agua pertenecientes a una reducida cuenca u hoya hidrográfica formada con aguas pluviales. Allende, no obstante, observa que el agua que baja de las montañas suele tener origen en un manantial a cuya agua luego se agregan otras. Marienhoff, por su parte, sostuvo que si bien todo manantial procede de agua subterránea, desde el punto de vista legal una cosa es la vertiente o manantial y otra cosa es agua subterránea. Así, el profesor explica que la caracterización legal de la vertiente o manantial comienza desde el momento en que el agua que lo constituye aflora a la superficie; antes de que esto ocurra, legalmente solo se tratará de aguas subterráneas. El agua de vertiente es agua superficial o "exterior" y no subterránea. Desde el punto de vista jurídico hay, pues, una disociación entre "vertiente" y "agua subterránea"; de manera que la propiedad de una persona sobre determinada vertiente no obsta a la propiedad que un tercero tenga sobre el agua subterránea de que en realidad se alimenta el manantial.

2.1.1. Aguas subterráneas del dominio público del Estado

El art. 235 señala en su inc. c) que pertenece al dominio público del Estado: "*Toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales*".

Las aguas subterráneas son del dominio público en la medida que satisfacen usos de interés general. Como lo ha notado Allende, "el agua subterránea está incluida dentro del término genérico de 'toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general', pero con esta singularidad, el agua subterránea "*iuris et de iure*" se presume que tiene esta cualidad. Es decir, cualquier agua subterránea por expresa disposición de la ley tiene la aptitud de satisfacer usos de interés general".

Pero, a su vez, el art. 235, inc. c) señala que las aguas subterráneas son del dominio público, "*sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales*". Como señalara Borda, aunque esta clase de aguas pertenezcan al Estado, ello no importa privar al propietario de la superficie del derecho de utilizar las aguas subterráneas y de extraerlas en una forma no abusiva ni perjudicial para su vecino. Mientras el ejercicio de ese derecho se haga sin perjuicio de la comunidad, la Administración Pública no intervendrá en él; pero cuando pudiese derivar un daño, intervendrá reglamentando la extracción, de manera de compatibilizar el interés del propietario con el de sus vecinos y el de la comunidad.

Pero, ¿cuándo el propietario tiene derecho a extraer las aguas subterráneas de su fundo? La salvedad introducida por el art. 235, inc. c) abarca dos supuestos que se encuentran contenidos en el art. 239, a saber:

a. "*Cuando el agua subterránea surja de terrenos de los particulares, sin formar un cauce natural*". En este caso, las aguas "*pertenecen a sus dueños*". No obstante, deben ejercer de forma "*regular*" su derecho a la extracción de tales aguas, tal como lo dispone el art. 235, inc. c). ¿En qué consiste el "*ejercicio regular*"? En principio, el "*ejercicio regular*" se traduce en la utilización libre de las aguas privadas, siempre que no se ocasione "*perjuicio a terceros*" ni que el uso sea "*en mayor medida*" que el derecho del propietario (art. 239). A su vez, el "*ejercicio regular*" supone el respeto del "*control*" que ejerza la autoridad de aplicación sobre dichas aguas y al cumplimiento de las restricciones que en interés público establezca la misma (art. 239). Lo expuesto en último lugar ratifica la expresión "*con sujeción a las disposiciones locales*", utilizada por el art. 235, inc. c). Sin perjuicio de lo señalado, nos extenderemos en el tema al tratar el apartado 2.2.

b. "*Cuando el agua subterránea surja de terrenos de los particulares, formando cauce natural*". En este supuesto, si bien el agua es del dominio público del Estado, los particulares pueden servirse de ellas. La facultad es consecuencia del art. 235, inc. c) que permite el "*ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales*". Sin embargo, como las aguas son del dominio público, los particulares "*no deben alterar esos cursos de agua*". Más aún, el uso que de ellas se haga por cualquier título, incluso las "*obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles*". En última instancia, del correlato entre la "*permisión*" del art. 235, inc. c) y la "*prohibición*" del art. 239 se gesta una suerte de "*permiso de uso de fuente legal*" de las aguas subterráneas que surgen en terreno de los particulares y que constituyen cauce natural. A mayor abundamiento, la utilización de las aguas queda sujeta al "*ejercicio regular*" del derecho del dueño de la heredad por donde el cauce natural corre, pero siempre señalando que no posee las prerrogativas del dominio sobre esas aguas —ni siquiera posee un derecho subjetivo— porque en rigor la utilización de las aguas proviene de un permiso de uso que le concede el Estado al dueño del predio por medio de la ley. Por último, el art. 239 sentencia: "*El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno*". Al respecto, autores como Marienhoff y J. H. Alterini han dicho que la previsión legal debe entenderse en el sentido de que si bien los dueños de los fundos inferiores pueden beneficiarse con las aguas que descienden hacia ellos de fuentes cuyos titulares no las captaron, ese hecho del desagüe no es suficiente para que pueda controvertirse el derecho del dueño de la fuente para una futura captación; ello sin perjuicio de que el dueño del fundo inferior hubiese adquirido una servidumbre (art. 2162 y 2166).

En síntesis, **por regla** las aguas subterráneas, formen o no cauce natural, son del dominio público del Estado. La importancia del "*cauce natural*" para determinar la naturaleza pública del agua subterránea juega en el caso de que ellas surjan en terrenos de los particulares.

Infojus

2.1.2. Aguas del dominio de los particulares

El art. 1945 CCyC establece que "*el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo (…) en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales*". Sin embargo, las potestades del propietario no abarcan las aguas subterráneas, las cuales, por regla, pertenecen al dominio público del Estado (art. 235, inc. c). Para que el dueño pueda extender su derecho real de dominio al agua subterránea, deben darse dos requisitos: a) que ella surja en terreno de su propiedad; y b) que no forme un cauce natural; sin la reunión de ambas exigencias, las aguas serán del Estado. En este sentido, el art. 239 establece que las aguas "*pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales*". No obstante, cumplidos los requisitos señalados, las aguas subterráneas pertenecen al dueño de los terrenos de donde ellas surgieron.

Otro punto a tratar es el siguiente: ¿qué naturaleza poseen las aguas que nacen y mueren dentro de una misma heredad? Y más: ¿qué naturaleza tienen las aguas que nacen en un predio y mueren en otro? Para una mayor comprensión en las respuestas, haremos una breve reseña histórica:

a. **La situación en el Código original de Vélez**: en el sistema original de Vélez, las aguas subterráneas no pertenecían al Estado, es decir que se encontraban alcanzadas por la extensión del derecho real de dominio; por esta razón es que las aguas subterráneas pertenecían al dueño del predio de donde surgieran. En este sentido, "*las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad*" (art. 2350 CC). En cambio, si las aguas brotaban en una heredad y morían en otra —si bien la doctrina vacilaba— ellas seguían siendo privadas, ya que lo determinante para precisar su naturaleza era el "*origen*" del curso de agua y no si formaba, o no, cauce natural. De esta manera, el art. 2637 CC disponía que: "*Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural.*" El simple hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos derecho alguno, pero si ellas fuesen el principal alimento de un río, o fuesen necesarias a algún pueblo, están sujetas a expropiación por utilidad pública.

b. **La situación luego de la Reforma de la ley 17.711**: la citada ley introdujo dos importantes cambios. El art. 2340, inc. 3) comprendía dentro del dominio público las aguas subterráneas e introducía un nuevo texto al art. 2637: "*Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados*". De esta manera, las aguas subterráneas pasaban al dominio público del Estado, mientras que toma relevancia "*la formación del cauce natural*" a la hora de determinar la naturaleza de las aguas que surgen en terreno de los particulares. Sin embargo, seguía subsistiendo el art. 2350. El maestro Allende proporcionó la armonía entre el art. 2340, inc. 3) CC, el art. 2637 CC y el 2350 CC en los siguientes términos: por ejemplo, Juan en su fundo tiene un manantial o vertiente. Tal agua corre también por los fundos inferiores. ¿Es agua pública o privada? La respuesta la dará el hecho de que el líquido corra o no por un cauce natural. Si corre por un cauce natural será publica; en caso contrario es agua privada. A este agrega un nuevo

ejemplo: supongamos que esa misma agua que brotaba del terreno de Juan, en vez de correr hacia terrenos inferiores muere en el propio fundo de Juan. Ahora ya no tenemos que averiguar si forma o no cauce, puesto que en ambos casos será agua privada, pertenecerá a Juan.

c. **La situación en el CCyC**: La nueva legislación continúa con los criterios de la ley 17.711, en el sentido de que las aguas subterráneas pertenecen al Estado como regla, y a los particulares como excepción. A su vez, sigue otorgándole relevancia a la formación del cauce natural para determinar la naturaleza de las aguas que surgen en terreno de los particulares. Pero existe una omisión, puesto que el Código suprime el art. 2350 CC. De esta forma, se introduce un importante cambio ya que cobra relevancia el hecho de determinar si las aguas que surgen y mueren en terreno del particular forman o no cauce natural. Anteriormente, ello no importaba (aun después de la Reforma de la ley 17.711) porque el art. 2350 era determinante en este sentido cuando expresaba que "*las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen, en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad*". El legislador, al eliminar este artículo, amplifica la potestad del Estado sobre esta clase de aguas; de ahí, la fortaleza que reviste el enunciado: "*Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales*". En síntesis, si las aguas surgen en terreno de los particulares formando cauce natural, ellas en rigor son aguas públicas y no privadas, como lo eran tanto en el Código original de Vélez, como luego de la Reforma de la ley 17.711.

2.2. Uso del agua subterránea de los particulares. Quid de su proyección social y ambiental

Se advierte que el derecho a usar las aguas subterráneas es "libre" —en principio— en la medida que el titular ejerza sus derechos sin sobrepasar los límites sociales impuestos, siempre y cuando no lesione el interés ambiental. La manifestación socioambiental de su derecho queda plasmada en el art. 235, inc. c) bajo la fórmula "*ejercicio regular del derecho del propietario*", enunciado este que se detalla en el art. 239 al disponer que las aguas de los particulares "*quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación*". Más aún, la norma refuerza el sustento socioambiental del derecho cuando le imprime una doble limitación al uso de las aguas: a) no perjudicar a terceros; y b) no utilizar las aguas en mayor medida de su derecho. Sin perjuicio de esto, el "*ejercicio regular del derecho del propietario*" queda contenido dentro del marco general, el principio de buena fe (art. 9º), el abuso del derecho (art. 10), el orden público y el fraude a la ley (art. 12), el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente (art. 14 *in fine*), el ejercicio compatible entre los derechos individuales y los de incidencia colectiva (art. 240), el uso, goce y disposición de la cosa dentro de los limites previstos por la ley (art. 1941) y la normal tolerancia entre vecinos (art. 1973). En síntesis, del art. 239 se desprende un claro ejemplo de la armonía existente entre la faz individual (utilizar libremente las aguas), la faz social (sometimiento a las restricciones que se dicten en interés público y el no perjuicio a terceros derivados del uso del agua) y la faz ambiental (no utilizar en mayor medida su derecho, lo cual puede comprometer el bien ambiental para las generaciones venideras) del derecho de propiedad.[206]

(206) Perez Pejcic, Gonzalo, "Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad", en *Lecciones y Ensayos*, nº 92, 2014, p. 157.

Infojus

SECCIÓN 3ª

Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva

ARTÍCULO 240.- ***Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes.*** *El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.*

ARTÍCULO 241.- ***Jurisdicción.*** *Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.*

1. Introducción

El codificador expresa en los Fundamentos del Anteproyecto que "*la Sección 3ª trata de los bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva donde se innova en gran medida respecto de proyectos anteriores y de otros códigos. En tanto, conforme al Título Preliminar, se reconocen derechos individuales que recaen sobre bienes que integran el patrimonio y derechos de incidencia colectiva que son indivisibles y de uso común. Para ser coherente con ese principio, el Anteproyecto introduce reglas mínimas relativas al ejercicio de los derechos sobre ciertos bienes privados o públicos o colectivos en relación a los derechos de incidencia colectiva al incorporar limitaciones y presupuestos mínimos de protección ambiental, de acceso a la información medioambiental y a la participación en las discusiones sobre decisiones medioambientales*". En atención a lo expuesto en los Fundamentos, las directivas de los arts. 240 y 241 (integrantes de la Sección 3ª del Código) deben articularse junto con las normas del Capítulo 3 (Ejercicio de los derechos) del Título preliminar. A través de esta articulación se construyen los límites (sociales y ambientales) que la nueva legislación ha plasmado para el ejercicio de los derechos individuales. Sin perjuicio de ello, esta construcción civil debe tener en cuenta tanto el mandamiento del primer artículo (diálogo de fuentes) como del segundo (interpretación de la ley).

En síntesis, el CCyC, al dejar expresamente asentado el reconocimiento de los derechos individuales y los derechos de incidencia colectiva, crea un verdadero sistema que posibilita la coexistencia pacífica de ellos (art. 14). En esta línea, Cafferata sostiene que los arts. 240 y 241, hunden sus raíces en la constitución Nacional, están inspirados en ideas de libertad, buena fe, paz, convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva.

2. Interpretación

2.1. Límites sociales al ejercicio de los derechos individuales

Los derechos subjetivos no se agotan en el ámbito de los intereses individuales en virtud de que poseen un cariz social; esta faceta social de los derechos individuales fue históricamente señalada por la doctrina nacional y extranjera.

Infojus

El Código toma la naturaleza bifronte (individual y social) de los derechos subjetivos y lo plasma en el articulado. Así, cabe mencionar el principio del ejercicio de buena fe de los derechos individuales (art. 9º); el abuso del derecho (art. 10); el orden público y fraude a la ley (art. 12), entre otros.

Un significativo ejemplo del aspecto social de los derechos individuales lo encontramos en los Fundamentos del Anteproyecto cuando el codificador resalta la llamada "función social" del derecho real de dominio, y expresa: "*Todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo. Se tiene presente que el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad, de manera que no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el art. 21 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al bloque constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social*".

2.2. Límites ambientales al ejercicio de los derechos individuales

La novedad pasa por armonizar el ejercicio de los derechos subjetivos con el ordenamiento jurídico ambiental. En este caso, el aspecto ambiental supera a los propios intereses sociales por comprender estos a las generaciones venideras. Por tal motivo, los derechos subjetivos se someten a una doble limitación en cuanto a su ejercicio: límites que provienen del mayor bien para la sociedad y límites que se originan del mayor bien para el medio donde la sociedad se desarrolla.

De esta manera, el Código se centra en el llamado "paradigma ambiental". Enseña Lorenzetti que "*con el paradigma ambiental, los conflictos surgen en la esfera social, que contempla los bienes públicos y aquellos actos que realiza el individuo situado en la acción colectiva. En este escenario lo individual no tiene primacía y no rige la reciprocidad, ya que es un conflicto donde se afecta a un bien común. En estos casos los derechos subjetivos deben ser interpretados de modo tal que, no conspiren contra el deterioro de tales bienes*".[207] Ello explica la existencia del art. 14 que establece en su último párrafo que "*la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general*".

Los límites sociales y ambientales se plasman, por ejemplo, en el caso del derecho de propiedad (entendido el vocablo "propiedad" en el sentido de "derechos reales ejercitables por la posesión"). En este sentido, el derecho de propiedad, del cual se pregona su función social, presenta una indudable función ambiental. Así, "*la función ambiental nace de la función social, pero lejos de quedarse en su seno, se aparta. Cobra un sentido y un peso específico propio, se alza como elemento integrativo de la propiedad, pero de forma independiente y elevada respecto de los planos tanto individual como social*".[208] En otras palabras, la faz individual y la social de la propiedad deben ser acordes al derecho ambiental.

(207) Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría del derecho ambiental*, Bs. As., La Ley, 2008, p. 5.

(208) Perez Pejcic, Gonzalo, "Primer ensayo sobre la función ambiental de la propiedad", en *Lecciones y Ensayos*, nº 92, 2014, p. 157.

Infojus

2.3. Mención expresa a los componentes del derecho ambiental

El art. 240 dispone que el ejercicio de los derechos individuales "*no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros*". La norma enuncia una serie de elementos que hacen al derecho ambiental, siendo ello una novedad; es más, la expresión "*entre otros*" denota el carácter enunciativo de la nómina.

2.3.1. Sustentabilidad

El informe llamado Nuestro Futuro Común (o Informe Brundtland), elaborado en 1987 por la Comisión Mundial del Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas —Comisión que había sido creada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1983— expresa: "*El desarrollo sustentable es aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las futuras de atender a las propias*". Esta definición encierra dos conceptos básicos: "*El concepto de necesidades, en particular las necesidades esenciales de los pobres, a quienes se debería otorgar prioridad preponderante; la idea de limitaciones impuestas por el grado de tecnología y la organización social entre la capacidad del medio ambiente para satisfacer las necesidades presentes y futuras. Para la Comisión, el concepto de desarrollo sustentable tiene como objetivo promover la armonía entre los seres humanos y entre la humanidad y la naturaleza*". La sustentabilidad es requerida en cuatro áreas a saber: a) ecológica, que posibilita la capacidad de renovación y regeneración de los recursos; b) social, que permita la igualdad de oportunidades de la sociedad y estimule la integración comunitaria, asegurando la satisfacción de las necesidades y participando en la gestión ambiental; c) cultural, para reafirmar las formas de relación entre el hombre y su medio; y d) económica, que implica la internalización de los costos ambientales, equidad dentro de la generación actual y respeto de las generaciones futuras.

A su vez, el desarrollo sustentable se vincula a la noción de "consumo sustentable". Este último se recepta expresamente en el art. 1094 CCyC que dispone: "*las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor y el de acceso al consumo sustentable*". El Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) define al consumo sustentable como "*la comercialización de productos y servicios que atiendan a las necesidades básicas, proporcionando una mejor cualidad de vida en cuanto minimizan el uso de recursos naturales y materiales tóxicos como también la producción de residuos y la emisión de sustancias que polucionan en el ciclo de la vida del producto o servicio, teniendo en miras no colocar en riesgo las necesidades de las futuras generaciones*". De allí que con la idea de consumo sustentable se procura satisfacer las necesidades humanas básicas actuales, sin minar la capacidad del medio ambiente para colmar las necesidades de las generaciones futuras, esto es, fomentando estilos de vida "*dentro de los límites de lo ecológicamente posible y a los cuales todos puedan razonablemente aspirar. El consumo sustentable es una parte esencial del desarrollo sustentable, que pone como centro de sus preocupaciones al ser humano y como mejor alternativa en su tratamiento a la participación ciudadana*".

2.3.2. Ecosistema

La norma introduce la referencia al ecosistema. Se define al ecosistema como la "*comunidad de los seres vivos cuyos procesos vitales se relacionan entre sí y se desarrollan en función de los factores físicos de un mismo ambiente*".

Infojus

2.3.3. Flora y fauna

La flora es "el conjunto de plantas de un país o de una región que se encuentran adaptadas a un ambiente determinado", mientras que la fauna es el conjunto de animales de un país o de una región adecuados a un ambiente específico.

2.3.4. Biodiversidad

Camacho Barreiro y Roche definen a la diversidad biológica como variedad de organismos vivos dentro de cada especie, entre las especies y entre los ecosistemas.

2.3.5. Agua

Para el ordenamiento jurídico el agua es una cosa, ya que es un objeto material susceptible de tener valor. Sobre este punto se debate el "valor" del agua y, específicamente, si es un valor económico o social. Al respecto, citamos la Conferencia Internacional sobre el Agua Dulce, celebrada en Bonn en el 2001, donde se expresó que "*el agua es un elemento clave del desarrollo sostenible, indispensable en sus aspectos sociales, económicos y ambientales. El agua es vida, esencial para la salud humana. El agua es un bien económico y un bien social que debe distribuirse en primer lugar para satisfacer necesidades humanas básicas. Muchos consideran que el acceso al agua potable y al saneamiento constituye un derecho humano. No hay nada que pueda sustituir el agua: sin ella perecen los seres humanos y otros organismos vivos, los agricultores no pueden cultivar los alimentos, las empresas no pueden funcionar. La seguridad del abastecimiento de agua es un aspecto clave de la reducción de la pobreza*". Por otra parte, según las circunstancias, el agua será una cosa inmueble o mueble. El agua puede ser una cosa inmueble por naturaleza o por accesión física; será un inmueble por naturaleza en el caso de que se encuentre incorporada al suelo "*de una manera orgánica*" y si se encuentra "*bajo el suelo sin el hecho del hombre*" (art. 225 CCyC) —son ejemplos los ríos, lagos, vertientes—, mientras que será un inmueble por accesión en el caso de que se encuentre "*inmovilizada por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable*". En este caso, el agua forma un todo con el inmueble y no puede ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario (art. 226); son ejemplos del agua como inmueble por accesión la que corre por conductos artificiales como las cañerías o los acueductos y la que se encuentra contenida en recipientes artificiales, como el caso de los estanques o represas. Por último, el agua será considerada una cosa mueble cuando pueda desplazarse en virtud de una fuerza externa (art. 227 CCyC).

2.3.6. Valores culturales y paisaje

Varios conceptos se han construido para definir al paisaje. La Carta de Mendoza, segundo documento nacional de la Red Argentina del Paisaje, lo define como "*el espacio vital donde el hombre se relaciona con la naturaleza en forma colectiva o individual actuando en ella y modificándola con connotaciones ambientales, sociales, culturales, económicas, históricas y políticas*". Se deja asentado que el paisaje no se compone solamente de los aspectos brindados por la naturaleza, sino también de los aportados por el hombre. En este sentido, para el mencionado documento "*el hombre modifica el paisaje y este a su vez queda impreso en la actividad de su gente*". El paisaje, entonces, se construye a partir de una visión integrada "*tomando sus componentes naturales y culturales conjuntamente y nunca por separado*". De esta forma, "*el paisaje es un producto social, la proyección cultural de una sociedad en un espacio determinado desde una dimensión material, espiritual, ideológica y simbólica*".

Infojus

2.4. Articulación entre el Código y las normas de presupuestos mínimos

El art. 241 CCyC reza: "*cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable*". De esta forma el CCyC reconoce la existencia de las normas de presupuestos mínimos, las cuales son definidas por el art. 6° de la ley 25.675 como "*toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio de la Nación, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental*". Es más, se logra armonizar el cuerpo civil con el mandato constitucional del art. 41 de la norma fundamental, el cual establece que "*corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales*". En última instancia, la disposición contenida en el art. 241 no es más que una aplicación especial de lo ordenado por el art. 1°, Fuentes y aplicación.

CAPÍTULO 2
Función de garantía

ARTÍCULO 242.- ***Garantía común.*** *Todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables. Los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran.*

ARTÍCULO 243.- ***Bienes afectados directamente a un servicio público.*** *Si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio.*

1. Introducción

El Capítulo 2 del Título III versa sobre el patrimonio y en particular sobre su "*función de garantía*", lo cual constituye una novedad. Ciuro Caldani sostiene que la noción de patrimonio forma un "puente" entre la persona y sus bienes. Tiene su base en la individualidad relativamente concreta de los bienes y se proyecta, a tal fin, a la universalidad más "abstracta" de la persona. Por la importancia que reviste el tema, la interpretación del Capítulo 2 desenvuelve de forma suscita la **teoría general del patrimonio**.

2. Interpretación

2.1. Concepto y contenido del patrimonio

El CCyC omite consagrar la definición de patrimonio, y se limita solo a mencionarlo en el art. 15, cuando establece que "*las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio*". Por tal razón, parece adecuado tomar la definición de patrimonio que nos brindaba Vélez, aunque ajustándola con las precisiones que sean necesarias y conformes al "**nuevo paradigma**" en materia de bienes que instaura la nueva codificación (sobre dicho paradigma, nos remitimos a lo expuesto en la Introducción al Título III).

El art. 2312 CC disponía que *"los objetos inmateriales susceptibles de valor, e igualmente las cosas, se llaman 'bienes'"*. El conjunto de los bienes de una persona constituye su "patrimonio". Se vislumbra, así, la diferencia que existe entre el contenido del art. 15 CCyC y el art. 2312 CC, en cuanto este último goza de mayor precisión, sobre todo al momento de determinar el contenido del patrimonio, ya que aquel manifiesta que el patrimonio se compone de "*bienes*", sin puntualizar el alcance de este vocablo. Aún más, el art. 16 establece que "*los derechos referidos en el primer párrafo del art. 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas*". De la lectura desapasionada de ambas normas parecería: 1) que de la utilización en el art. 16 del verbo "poder" conjugado en la tercera persona del plural presente, modo Indicativo (pueden), el patrimonio "puede" estar conformado por bienes sin valor económico; y 2) que los únicos "bienes" que integran el patrimonio son las "cosas". Pero ambas afirmaciones son erróneas porque ni el patrimonio puede estar formando por bienes sin valor económico[(209)] ni solo las cosas integran el patrimonio, ya que los objetos inmateriales también forman parte de él. En este último caso, nótese que el CCyC omite en todo momento la referencia a los "*objetos inmateriales susceptibles de valor*", es decir los derechos patrimoniales o también denominados "bienes" (entendido el vocablo en sentido restringido).

Por los argumentos señalados (y para no caer en equívocos) es preciso retomar el concepto de patrimonio del art. 2312 CC, y adecuarlo a la filosofía de la nueva codificación.

De esta manera, el patrimonio se conforma de derechos de objeto y contenidos susceptibles de tener un valor económico, siendo la fuente de tal valor la aptitud que tienen aquellos para ser transferidos a título oneroso, gratuito o fiduciario; de ahí que los derechos personales, reales e intelectuales (estos últimos cuanto a su explotación pecuniaria) sean derechos subjetivos "patrimoniales". Por oposición, se encuentran los derechos extrapatrimoniales (como, por ejemplo, los derechos personalísimos, derechos derivados de las relaciones de familia, el derecho moral de autor, los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes, entre otros). A su vez, se debate en doctrina si aparte de los derechos patrimoniales, las obligaciones forman parte del patrimonio de las personas. López Olaciregui y J. H. Alterini han sostenido en este sentido que los bienes que constituyen el elemento activo del patrimonio del deudor sirven de garantía a las deudas que constituyen el elemento pasivo.

Otro punto a remarcar es el hecho de comprender que estrictamente las cosas no integran el patrimonio de las personas, sino los derechos que tenemos sobre ellas. Al respecto, seguimos las enseñanzas de Molinario que manifestaba: *Obsérvese que no decimos que el activo patrimonial esté constituido por cosas, sino que aludimos a los derechos, pues aun en el supuesto del dominio, que es la potestad más amplia y absoluta que puede tener el sujeto respecto de una cosa, lo que integra el patrimonio no es la cosa, sino el derecho de dominio que se tiene sobre ella y del cual la cosa es su objeto. Prueba de ello es que si la cosa le es hurtada, robada o usurpada a su titular, continúa siendo su dueño a pesar de no tenerla materialmente, y en virtud del derecho de dominio podrá intentar la acción reivindicatoria y hasta disponer de su derecho cediéndolo. Las cosas no integran el patrimonio; son (…) objeto mediato o inmediato de derechos que integran el activo patrimonial (….) Desde un punto de vista gnoseológico, todos los elementos que integran el patrimonio son objetos incorporales.* En última instancia, el contenido del

(209) Ver Introducción al Libro III.

Infojus

patrimonio se reduce al concepto constitucional de propiedad que ya fuera expuesta en 1925 por la CSJN en el caso "Bordieu Pedro c/ Municipalidad de la Capital Federal".[210] El término "propiedad" empleado en la Constitución comprende todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, con lo que todos los bienes susceptibles de valor económico o apreciables en dinero alcanzan nivel de derechos patrimoniales rotulados unitariamente como derecho constitucional de propiedad. De esta forma, los derechos personales, los derechos reales y los derechos intelectuales, en cuanto a su explotación pecuniaria, son propiedad en sentido amplio y este conjunto tripartito es lo que compone el patrimonio de los sujetos.

2.2. Garantía común

El legislador señala en los Fundamentos del Anteproyecto: "*La función de garantía del patrimonio no está prevista de manera expresa en el Código vigente, si bien surge del juego armónico de múltiples reglas e instituciones. Por ello, en consonancia con el Proyecto de 1998, se ha considerado conveniente preverla expresamente; y así se hace en el Capítulo 2*". En efecto, los arts. 242 y 243 CCyC son reproducciones de los arts. 231 y 232 del Proyecto de Código de 1998, con algunos leves cambios que el Código introduce en el art. 242 respecto del 231 de aquel Proyecto.

El art. 242 en su primer párrafo señala como principio general, "*todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores*". A modo de ejemplo, señalamos como aplicaciones concretas que se derivan de esta regla: el art. 724 que consagra la definición legal de "obligación", donde puede leerse que ante el incumplimiento de la prestación destinada a satisfacer el interés lícito del acreedor, este tiene el derecho "*a obtener forzadamente la satisfacción de dicho interés*"; el art. 730 que regula los efectos de las obligaciones respecto del acreedor; el Capítulo 2 del Libro Tercero, Título I, que bajo el epígrafe Acciones y garantía común de los acreedores, se legisla en la Sección 1ª la "acción directa" (art. 736), en la Sección 2ª, la "acción subrogatoria" (art. 739) y, en la Sección 3ª, el art. 743 — "*bienes que constituyen la garantía*"— dispone: "*los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de sus acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero sólo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista causa legal de preferencia*".

No obstante, el principio de la "garantía común" no es absoluto. La segunda parte del art. 242 establece que los bienes del deudor son la garantía común de los acreedores "*con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables*". El art. 744, bajo el título "*bienes excluidos de la garantía común*", realiza una enumeración de bienes que exceptúan la regla general. Entre ellos se encuentran: las ropas y muebles de uso indispensable del deudor, de su cónyuge o conviviente y de sus hijos (inc. a); los instrumentos necesarios para el ejercicio personal de la profesión, arte u oficio del deudor (inc. b); los sepulcros afectados a su destino, excepto que se reclame su precio de venta, construcción o reparación (inc. c); los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado (inc. d); los derechos de usufructo, uso y habitación, así como las servidumbres prediales que sólo pueden ejecutarse en los términos de los arts. 2144, 2157 y 2178 (inc. e); las indemnizaciones que corresponden al deudor por daño

(210) CSJN, "Bourdieu, Pedro E. c/ Municipalidad de la Capital Federal", 16/12/1925, Fallos: 145:307.

moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica (inc. f); la indemnización por alimentos que corresponde al cónyuge, al conviviente y a los hijos con derecho alimentario, en caso de homicidio (inc. g) y los demás bienes declarados inembargables o excluidos por otras leyes (inc. h). Por último, agregamos también el supuesto del inmueble afectado a protección de la vivienda, ya que es oponible a los acreedores de obligaciones que posean causa fuente posterior a la constitución del régimen, razón por la cual para aquellos el inmueble queda excluido de la garantía común.

2.3. Los llamados "patrimonios especiales"

Al igual que el Proyecto de 1998, el Código recepta y consagra expresamente la categoría de "patrimonios especiales o de afectación". El art. 242 dispone: "*los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que los integran*". Se advierte una pequeña diferencia con la redacción del art. 231 del Proyecto del 98 que establecía "*los patrimonios especiales autorizados por la ley sólo tienen por garantía los bienes que forman parte de ese patrimonio particular*". Autores como Llambías definen a los patrimonios especiales como el conjunto de bienes afectados a un fin determinado y sometidos a un régimen legal especial. Son ejemplos de este tipo de patrimonios los que se generan en virtud de un contrato de fideicomiso, tal como lo dispone el art. 1685 CCyC al expresar: "*los bienes fideicomitidos constituyen un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario, del fiduciante, del beneficiario y del fideicomisario*"; la sociedad unipersonal, la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento durante el periodo de prenotación y la constitución del régimen de protección a la vivienda generan un patrimonio de afectación integrado por el derecho real de dominio o condominio sobre el inmueble.

Los patrimonios especiales —al igual que los patrimonios generales— son universalidades jurídicas y son idénticos. Pero, a diferencia ellos, no son necesarios, no presentan el carácter de ser únicos e indivisibles y son enajenables. En última instancia, el CCyC se aleja de la "teoría clásica" del patrimonio al consagrar de forma expresa la existencia de los patrimonios especiales.

2.4. Las necesidades de la sociedad como límite al poder de agresión de los acreedores

El art. 242 consagra de forma expresa la función de garantía del patrimonio al disponer que "*todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores*". Sin embargo, el art. 243 limita el poder de agresión cuando los bienes que integran la "garantía común" se encuentren afectados a un servicio público. De esta forma, el artículo establece que "*si se trata de los bienes de los particulares afectados directamente a la prestación de un servicio público, el poder de agresión de los acreedores no puede perjudicar la prestación del servicio*". El Código, si bien no excluye estos bienes de la "garantía común", es cierto que mengua las facultades de los acreedores, ya que ellos no las pueden hacer valer si con su ejercicio lesionan la prestación del servicio. Es más, entendemos que si el bien afectado es esencial a la prestación del servicio, aquel queda excluido, ya que con ello se evitaría un potencial mal mayor derivado de la misma falta del servicio público.

Se desprende una fuerte impronta social de la norma, ya que las necesidades de los ciudadanos —que son cubiertas a través de los distintos servicios públicos (agua, luz, gas)— no pueden quedar insatisfechas en razón de los poderes de los acreedores. En otras palabras, la norma prioriza el interés social por sobre el interés individual.

Infojus

En atención a la norma comentada, autores como Flah y Aguilar han dicho que resulta aplicable a la prestación de servicios públicos la normativa de defensa del consumidor siendo el art. 242 una tutela indirecta a los usuarios o receptores de aquellos que evita que los mismos se vean perjudicados por la acción de los acreedores de sus prestadores o proveedores. En suma, no se trata de una protección especial dada a los bienes particulares en sí mismos sino en función de su afectación a la prestación de servicios necesarios para la sociedad en general y, evidentemente, alude al caso particular de los servicios públicos privatizados.

CAPÍTULO 3
Vivienda

ARTÍCULO 244.- ***Afectación.*** *Puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales.*

La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario.

No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término.

1. Introducción

El Libro Primero (Parte General) del Título III (Bienes), Capítulo 3 (Vivienda), sustituye lo que hasta el momento se conocía con el nombre de "bien de familia" y que se encontraba contenido en la ley 14.394. El cambio de denominación ("bien de familia" por tan solo el de "vivienda") no es inocente, sino que responde a una exigencia (acceso y protección) en miras "*a una sociedad multicultural, sobre la base de un paradigma no discriminatorio*", tal como se desprende de los Fundamentos del Anteproyecto. Se entiende que la vivienda es un derecho fundamental de toda persona con independencia de la estructura familiar en la que se encuentre inserto. Por tal razón, la vivienda no se protege en conexión con las relaciones familiares, sino en virtud de que ella es un derecho humano, de todos. Esta lógica ya se encontraba presente en el Proyecto de Código de 1998, en cuyos Fundamentos se podía leer: "*El avance sobre las reglas del bien de familia es notable, en tanto se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia, con lo que se pretende atender a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar*".

En síntesis, el nuevo régimen de protección de la vivienda encuentra su fundamento en el derecho humano que toda persona tiene a la vivienda y no en la protección de la familia; de hecho, excede el marco familiar y se transforma en un instituto independiente de la familia, aunque no ajeno a ella. Por ello, con acierto, Peralta Mariscal señala que en el régimen de bien de familia "*solo tenía protección la familia y no la persona individual, situación que se corrige en el actual sistema donde toda persona, aunque viva sola, tiene su amparo. Ello constituye un avance significativo porque no hay ninguna razón aceptable*

que justifique que se proteja la vivienda de quien tiene familia y no la de quien no la posee". A su vez, el primer párrafo del art. 244 CCyC señala que "*esta protección no excluye la concedida por otras disposiciones legales*". La previsión permite adicionar a la protección de la vivienda —objeto del presente comentario— otro tipo de beneficios de igual naturaleza tuitiva como los de los arts. 443 y 444 (atribución del uso de la vivienda como uno de los efectos derivados del divorcio); 514 (atribución del hogar común, en caso de ruptura de la convivencia); 522 (protección de la vivienda familiar como efecto de las uniones convivenciales durante la convivencia); 526 (atribución del uso de la vivienda familiar que fue sede de la unión convivencial); 527 (atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes); 2330, 2331, 2332, 2333 y 2334 (normas que comprenden la regulación de la indivisión forzosa de bienes de origen hereditario y que puede recaer sobre "*un bien determinado*" [art. 2330, inc. a], por lo que el testador podría imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la vivienda por un plazo no mayor a diez años).

2. Interpretación

2.1. Objeto de protección

El objeto de tutela son las cosas inmuebles con destino de vivienda "*por su totalidad o hasta una parte de su valor*", tal como surge de la literalidad del art. 244, pudiendo afectarse tan solo un inmueble (art. 244, párr. 3), como acontecía con el régimen anterior (art. 34 de la ley 14.394).

2.1.1. Destino del inmueble

El **destino** es el "*uso o aplicación de una cosa para determinado fin*". A diferencia del régimen anterior que exigía el destino familiar del inmueble, el nuevo sistema requiere el "destino de vivienda". El *diccionario de la Real Academia Española* define a la vivienda como "*lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas*". Se entiende por **habitar** el "*vivir u ocupar habitualmente un lugar o casa*". Observamos que mientras se respete el concepto estricto de vivienda, es indistinto que el inmueble se encuentre en área urbana, rural, semi-urbana o semi-rural (ello ya se encontraba contenido en el art. 34 de la ley 14.394, al disponer: "*Toda persona puede constituir en 'bien de familia' un inmueble urbano o rural*"). Por otra parte, la protección es incompatible con inmuebles destinados exclusivamente a actividades de tipo comercial, industrial o profesional. Decimos "exclusivamente" ya que la norma no contempla el caso de "destino mixto", por convivir una actividad comercial, industrial o profesional con la función habitacional. Alguna doctrina —es el caso de Flah y Aguilar—señala que en este caso no habría problema en que opere la afectación, solución a la cual adherimos por ser compatible con el espíritu social del instituto.

2.1.2. Afectación de la totalidad del inmueble

La constitución de la tutela por el total del inmueble era la única posibilidad viable en el régimen de bien de familia; el nuevo sistema mantiene esta opción vigente.

2.1.3. Afectación de una parte del valor del inmueble

Constituye una novedad respecto del régimen anterior la posibilidad de afectar "*una parte del valor*" del inmueble. La referencia a "*una parte del valor*" debe entenderse en el sentido de "alícuota" o "parte indivisa". Es decir, que se puede afectar la alícuota cuando el inmueble se encuentre en condominio. Flah y Aguilar expresaron que en este supuesto

Infojus

el inmueble podría ejecutarse por la parte no afectada; esta posibilidad incluye supuestos tales como ejecutar todo el inmueble y luego entregar el valor de la parte que se hubiese afectado, operando la subrogación real prevista por el art. 248 u, otra opción, la venta privada o en subasta pública de la parte indivisa no afectada, lo que generaría un condominio.

2.1.4. Pluralidad de inmuebles

El último párrafo del art. 244 dispone "*Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término*". La norma reproduce la regla del art. 45 de la ley 14.394.

2.1.5. Afectación de inmueble hipotecado o embargado

La protección solo es oponible frente a acreedores cuyas obligaciones sean de causa fuente posterior a la inscripción. Aquellos acreedores hipotecarios o embargantes que obtuvieran sus respectivos derechos con anterioridad a la afectación no se ven perjudicados, ya que ellos ostentan un mejor derecho en virtud de la prioridad temporal de la que gozan.

2.1.6. Supresión del límite de valor

El nuevo régimen (al igual que el contemplado en el Proyecto de Código de 1998) no alude en ningún momento a "*límites de valor*" para afectar el inmueble al sistema de tutela (salvo que se trate de un inmueble rural, lo cual será tratado en la glosa al art. 256). El art. 34 de la ley 14.394 señalaba que se podía afectar como bien de familia un inmueble "*cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia, según normas que se establecerán reglamentariamente*". La supresión de los límites de valor en el nuevo régimen no obsta a que en caso de una afectación total de un inmueble lujoso, que supere las necesidades del titular o sus beneficiarios y que afecte legítimos derechos (como podría ser el de los acreedores), sea procedente plantear la reducción de la protección a una parte del valor de la vivienda, y no su completa desafectación. Esta solución logra el equilibrio entre los intereses en pugna, razón por la cual —aunque pareciera no tener cabida la fórmula "*las necesidades de sustento y vivienda*"— sigue siendo una pauta de utilidad para que el juez decida si ante un caso dado podría configurarse un supuesto de abuso del derecho.

2.2. Inscripción. Quid de su naturaleza jurídica

Para incluir el inmueble a este especial régimen de protección se requiere un acto de afectación por parte del titular registral ante el Registro de la Propiedad Inmueble (lo mismo acontecía con el bien de familia). Pero sobre este último régimen, la doctrina y la jurisprudencia nunca fueron pacíficas en determinar la naturaleza de la inscripción registral requerida para la afectación, es decir: si la inscripción era de carácter declarativa o constitutiva. Cabe aclarar la trascendencia de precisar la naturaleza jurídica de la inscripción ya que incide en la determinación del momento de la producción de los efectos del régimen y, como consecuencia, en la oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe. El debate se abría a tenor de lo dispuesto por el art. 35 de la ley 14.394 al establecer que "*la constitución del 'bien de familia' produce efecto a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario correspondiente*". Una corriente doctrinaria —entre los que cabe

mencionar a Kemelmajer de Carlucci, Arean, Papaño, entre otros— sostuvo el carácter constitutivo a partir de la literalidad de aquel art. 35), lo que configuraba una excepción al sistema registral que en materia de constitución, transmisión y modificación de derechos reales es declarativa (art. 2° de la Ley 17.801 Nacional Registral). Sin perjuicio de esto, dentro de esta posición es de destacar la opinión de Kemelmajer quien señalaba que "*el carácter constitutivo no pone un valladar insuperable al efecto retroactivo creado por el art. 25 de la ley 17.801, ordenamiento posterior en el tiempo a la ley 14.394. No habría razón para que esta retroprioridad beneficie a los adquirentes de derechos en general y no a los constituyentes del bien de familia, siendo que esta figura tiene rango constitucional*". Por otra parte, la corriente que entendía el carácter declarativo —es el caso de Guastavino, J. H. Alterini, Bossert, Fazio de Bello, N. B. Martínez, entre otros— argumenta su postura a partir de la diferencia entre: 1) "constitución" (entre partes) e "inscripción" (frente a terceros); y 2) los distintos modos de constitución: acta ante el Registro, escritura pública y testamento.

El CCyC establece que "*la afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario*". De esta manera, el Código recepta la solución arribada en las XX Jornadas de Derecho Civil, donde se dejó asentado que "*la registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2°, 20 y 22 de la Ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del CC). Se aplica, según los casos, el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados. En el supuesto de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente a la fecha de la rogación, sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo*".

ARTÍCULO 245.- *Legitimados.* ***La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente.***

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

1. Introducción

Se requiere para la constitución del régimen de protección de la vivienda requisitos de fondo (capacidad y legitimación del constituyente) y forma (solemnidades requeridas por la ley).

2. Interpretación

2.1. Requisitos de fondo

En materia de capacidad, rigen los principios generales contenidos en el Capítulo 2 (Capacidad), Título I (Persona humana) del Libro Primero (Parte General). En cuanto a la legitimación, el art. 245, párr. 1 establece "*la afectación puede ser solicitada por el titular*

Infojus

registral". La titularidad registral debe provenir por ser el constituyente titular del derecho real de dominio o de condominio. En este último caso, todos los condóminos deben solicitar de forma conjunta la afectación (art. 245, párr. 1).

Se advierte que dada la utilización de la expresión "*titular registral*", podría darse el supuesto de que pueda proteger la vivienda quien aún no ha adquirido el dominio del inmueble. Esta situación (pensada para la adquisición derivada por actos entre vivos, art. 1892) se daría en el caso de quien posee el título suficiente y la inscripción registral, pero no el modo suficiente; dicho caso deriva a raíz de la discordancia que puede darse entre la realidad registral y extra registral, bajo la aclaración de que el supuesto, aunque anómalo, es viable en razón de que nuestro sistema registral no ampara la fe pública registral.

2.2. Requisitos de forma

Las solemnidades que exige la ley varían dependiendo de cuál sea la vía escogida por el constituyente para encausar la afectación. Sin perjuicio de ello, el antiguo art. 43 de la ley 14.394 requería que el solicitante justifique las circunstancias previstas por los arts. 34 (que el valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia) y 36 (que se encontrara contemplado en el concepto de "*familia (...) constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente*". Ambos requisitos han quedado derogados a raíz del nuevo paradigma que el Código instaura en materia de protección de la vivienda.

La tutela de la vivienda puede reconocer su origen por: acta registral; escritura pública; testamento; y vía judicial.

2.2.1. Acta registral

Con el anterior régimen se entendía que la ley 14.394 daba por supuesto que la afectación podía hacerse directamente ante el Registro, a tal punto que el decreto 2080/1980, para el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, contempló la posibilidad en su art. 151. Si bien la nueva normativa no contiene expresamente esta posibilidad, implícitamente debe entenderse que ella es viable ya que se desprende como consecuencia del art. 253 ("*Deberes de la autoridad de aplicación*"). Cuando la afectación se realiza por acta, Cossari señala que "*no corresponde que el Registro exija ni informes, ni certificados antes de dar curso a la suscripción del acta. Sin embargo de requerirse por parte del Registro el informe de dominio del bien en cuestión el mismo debe ser con carácter de certificado y el consiguiente efecto de bloqueo*". En síntesis, el pedido efectuado ante el Registro constituye la situación de "bien de familia" y, al mismo tiempo, coloca a todos los interesados en la "posibilidad de conocer", tal como sostiene Moisset de Espanés.

2.2.2. Escritura pública

Otra de las formas aceptadas para la afectación del inmueble al régimen de bien de familia era la escritura pública, dada la amplitud del art. 1184, inc. 1 CC. El CCyC no se expide sobre la posibilidad, aunque se infiere implícitamente del art. 254 cuando alude a la intervención de profesionales a solicitud de los interesados a los efectos de la constitución de la tutela. De optarse por esta vía, deberán respetarse las normas contenidas en las Secciones 4ª (Instrumentos públicos) y 5ª (Escritura pública y acta) del Capítulo V (Actos jurídicos), contenido en el Titulo IV (Hechos y actos jurídicos) del Libro Primero (Parte General).

2.2.3. Testamento

El régimen de bien de familia contemplaba expresamente esta opción en el art. 44 de la ley 14.394. El nuevo sistema continúa con ella y la prevé en el art. 245, párr. 2, al rezar, "*la afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida*". Entre el art. 44 CC y el 245 CCyC se destaca que el nuevo régimen suprime la alusión a "*la mayoría de los interesados*" para solicitar al juez la inscripción, por lo que es suficiente que el pedido provenga de "*cualquiera de los beneficiarios*". Por último, se advierte que en caso de optarse por la presente vía de afectación, deben cumplimentarse los requisitos legales dispuestos para las formas de los testamentos (art. 2473, Requisitos formales), testamento ológrafo (art. 2477), testamento por acto público (art. 2479). En caso de inobservancia de las formas requeridas para otorgar el testamento, el art. 2474 establece la nulidad total del testamento. Tan importante es el cumplimiento de las formas legales que si una o varias cláusulas son nulas, aquella que contenga la voluntad de afectar el inmueble al régimen de tutela de la vivienda queda firme, siempre y cuando la forma del testamento se encuentre satisfecha (art. 2474, segunda parte).

2.2.4. Vía judicial

La posibilidad de la constitución del régimen de protección de la vivienda por vía judicial es una novedad ya que no se encontraba previsto en el anterior sistema. El último párrafo del artículo bajo comentario abre esta posibilidad, siempre y cuando el titular registral lo solicite en el juicio. De esta forma, la norma establece, "*la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida*".

ARTÍCULO 246.- *Beneficiarios.* *Son beneficiarios de la afectación:*

a. *el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;*
b. *en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.*

ARTÍCULO 247.- *Habitación efectiva.* *Si la afectación es peticionada por el titular registral, se requiere que al menos uno de los beneficiarios habite el inmueble.*

En todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble.

1. Introducción

El art. 246 contiene la nómina de beneficiarios de la tutela. Se advierte cómo el CCyC, en esta materia, suprime el art. 36 de la ley 14.394 que señalaba el concepto "familia" a los efectos de constituir el llamado "bien de familia". El Código cambia el paradigma en el sentido de no relacionar la protección de la vivienda con las relaciones de familia, bajo el entendimiento de que la vivienda es un derecho humano de cada una de las personas. El art. 247 nos aporta un innegable ejemplo de este cambio puesto que ya no se requiere determinado vínculo familiar, sino que cualquier persona que ostente la

Infojus

titularidad registral de un inmueble puede someterlo a tutela, independientemente de su estatus familiar. El único requisito que exige la norma es que el titular registral habite el inmueble.

2. Interpretación

2.1. Beneficiarios

2.1.1. Análisis de los incisos

a. ***el propietario constituyente, su cónyuge, su conviviente, sus ascendientes o descendientes;***

El Código introduce el importante cambio de legitimar al propietario constituyente, sin familia. A su vez, se enuncia al cónyuge o al conviviente, a los ascendientes y a los descendientes del titular registral, pudiendo todos ellos ser beneficiarios de forma individual o co-beneficiarios. La doctrina en este punto ha planteado el problema de saber si los descendientes del constituyente, que no lo son del cónyuge, pueden ser beneficiados. En este sentido, Peralta Mariscal sostiene que ellos pueden resultar beneficiarios "*de lo contrario se llegaría al absurdo de entender que un tío del propietario (quien obviamente nada tiene que ver con el cónyuge) puede ser beneficiario y no el propio hijo. Refuerza esta interpretación el hecho que, además de los descendientes, la ley admite como beneficiarios a los 'ascendientes' los que obviamente no podrán serlo también del cónyuge*". Otra duda se plantea en torno a los descendientes del cónyuge o del conviviente que no lo son del titular registral; al respecto, algunos como Guastavino han opinado que no podrían ser beneficiarios, mientras que otros como Bossert se inclinan por la solución contraria argumentando de que la norma, al utilizar el posesivo "sus", comprende a los descendientes tanto del titular registral como de su cónyuge o conviviente.

b. ***en defecto de ellos, sus parientes colaterales dentro del tercer grado que convivan con el constituyente.***

Por último, quedan establecidos como potenciales beneficiarios los parientes colaterales dentro del tercer grado del titular registral. Ellos podrían ser denominados "beneficiarios secundarios" ya que solo pueden ser denunciados por el propietario o los condóminos cuando median conjuntamente los siguientes requisitos: 1) inexistencia de cónyuge, conviviente, ascendientes ni descendientes; 2) que sean hasta el tercer grado; y 3) que convivan con el titular registral.

2.2. Necesaria "habitación efectiva"

El artículo eleva como condición necesaria para la operatividad de la protección la habitación efectiva de alguno de los beneficiarios en el inmueble. Para que el requisito sea debidamente respetado basta con que uno de los beneficiarios resida en la vivienda; así, en el caso de ser solo el titular registral el beneficiado, este deberá forzosamente habitar en el objeto de protección.

A tal punto lleva el Código esta exigencia que no basta con que el titular o los beneficiarios habiten el inmueble al momento en que se solicita la afectación, sino también al momento de hacerla valer. Ello es lo que la norma pretende cuando dispone que "*en todos los casos, para que los efectos subsistan, basta que uno de ellos permanezca en el inmueble*". Recordamos que tal exigencia ya se encontraba plasmada en el art. 41 de la ley 14.394 al establecer que "*el propietario o su familia estarán obligados a habitar*

el bien o a explotar por cuenta propia el inmueble o la industria en él existente, salvo excepciones que la autoridad de aplicación podrá acordar sólo transitoriamente y por causas debidamente justificadas". Aunque el Código omita la referencia a las "*causas justificadas*", creemos que ellas son plenamente viables. Por ejemplo, en el caso del titular registral que haya afectado al régimen de protección una unidad funcional, siendo él su único beneficiario, y que como consecuencia de una pérdida de agua deba interrumpir la habitación efectiva hasta tanto no se normalice la situación, es de toda justicia que se mantenga la afectación.

ARTÍCULO 248.- ***Subrogación real.*** ***La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio.***

1. Introducción

La incorporación de la subrogación real al instituto de la protección de la vivienda configura un gran avance respecto de su antecesor, el bien de familia. Aquel régimen, al no contemplar la posibilidad de la subrogación real, dejaba sin respuesta situaciones tales como destrucción o incendio de la vivienda afectada cuando tales hechos acarreaban el pago del seguro, la expropiación del inmueble o tan solo la sustitución del inmueble por otro.

El Proyecto de Código de 1998 ya preveía la figura en su art. 238. Del cotejo de ambas normas se desprende: 1) un cambio gramatical, pasando de una conjunción disyuntiva "o" a una conjunción propia "y"; de esta manera, la norma proyectada de 1998 establecía que la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada "o" a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización, mientras que la actual norma dispone que la afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada "y" a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización; 2) por otra parte, el art. 248 extiende la subrogación real al importe percibido por el titular en concepto de "precio".

2. Interpretación

2.1. Concepto y naturaleza jurídica

Bonnecase ha definido a la subrogación real como una institución jurídica, esencialmente relativa a un patrimonio considerado, en un momento dado de su existencia, en sus elementos concretos e individualizados; su función consiste, para el caso de enajenarse o de perderse uno de esos elementos, en trasladar, salvo los intereses de los terceros, de pleno derecho sobre el bien individualizado, adquirido en reemplazo, los derechos que grababan el bien salido del patrimonio. En otra definición, Roca Sastre sostiene que es aquella figura en virtud de la cual la situación jurídica que en cierto respecto califica o afecta a una cosa determinada pasa a calificar o afectar en igual sentido a la otra cosa que haya reemplazado o sustituido a aquella cuando la misma ha sido objeto de una enajenación o perdida. En cuanto a su naturaleza jurídica, el profesor ha señalado que la subrogación real es el fenómeno de persistencia de una situación jurídica, a pesar del cambio o mutación o transformación de la cosa originariamente afectada, proyectándose intacta la situación jurídica sobre el elemento primordial que ha sustituido al elemento reemplazado o cambiado.

Infojus

2.2. Aspecto social de la subrogación real

Una de las proyecciones del nuevo paradigma sobre protección de la vivienda es, sin duda, la previsión legal de la subrogación real. Esta última prioriza a la persona del beneficiario por sobre la figura del acreedor, conservando la protección del nuevo inmueble, de la indemnización o del precio por sobre el derecho crediticio. En este sentido, autores como Flah y Aguilar han sostenido que la inclusión de la subrogación real no solo tiene significación para el constituyente sino que afecta al resto de la familia en caso de existir más de un beneficiario, que independientemente de la titularidad del derecho, tiene un derecho a la vivienda de base constitucional que se vería avasallado, de no permitirse la subrogación real. Además, priorizar el interés de los acreedores por sobre la protección de la vivienda constituiría una solución disvaliosa y atentatoria del espíritu del CCyC fundado en principios constitucionales.

ARTÍCULO 249.- ***Efecto principal de la afectación.*** *La afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación.*

La vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, excepto:

a. *obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;*
b. *obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;*
c. *obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;*
d. *obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.*

Los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial, sea ésta ordenada en una ejecución individual o colectiva.

Si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble.

En el proceso concursal, la ejecución de la vivienda sólo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en este artículo.

Remisiones: ver comentario al art. 244 CCyC.

1. Introducción

El art. 249 trae a colación las directivas en orden a los "efectos" que produce la protección de la vivienda. A tal fin, la glosa de la presente norma versa sobre las particularidades que rodean al tema como, por ejemplo, el momento de la producción de los efectos, la inoponibilidad del régimen a los acreedores de causa anterior a la afectación, entre otros.

2. Interpretación

2.1. Efecto principal

La afectación al régimen de protección de la vivienda ocasiona que el inmueble no sea susceptible de embargo y ejecución por deudas de causa fuente posterior a la constitución de la tutela (art. 249, párr. 2). En otras palabras, el sometimiento del inmueble a este especial

régimen ocasiona un desplazamiento del inmueble de la garantía común de los acreedores, siempre y cuando sus acreencias sean posteriores a la inscripción. Es decir, que el régimen de protección de la vivienda produce el mismo efecto principal que el sistema del bien de familia. A tal punto que el art. 38 de la ley 14.394 disponía que "*el 'bien de familia' no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal, ni aún en el caso de concurso o quiebra*".

Respecto del momento a partir del cual se producen los efectos, nos remitimos al comentario del art. 244 CCyC.

2.2. Inoponibilidad

El art. 249 comienza con el siguiente mandato: "*la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación*", lo que significa que el especial régimen de protección de la vivienda no perjudica en nada el derecho de propiedad de los acreedores de fecha anterior a la inscripción de la afectación en el Registro de la Propiedad del inmueble. Utilizamos el vocablo "propiedad" en sentido "amplio" abarcando los derechos personales o creditorios; tal amplitud surge de forma expresa del art. 965 que bajo el epígrafe "*derecho de propiedad*" establece que "*los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante*". En virtud de la tutela del derecho de propiedad que ostentan los acreedores de obligaciones de causa anterior a la afectación, mal puede sustraerse del poder de agresión de los acreedores un inmueble que formaba parte del patrimonio del titular registral al momento de originarse el crédito; pensar lo contrario arrojaría una fragante lesión al derecho de propiedad.

Por último, es menester remarcar que cuando se alude a los acreedores de **causa** anterior, se hace referencia a la causa fuente de las obligaciones. La causa fuente es uno de los elementos de las obligaciones (junto con el sujeto, el objeto y la causa fin) y se encuentra expresamente establecida en el art. 726 CCyC al disponer "*no hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico*". Es decir que la afectación del inmueble al régimen de protección de la vivienda es inoponible a los acreedores cuyos créditos se hayan originado con anterioridad a la afectación. En otras palabras, la causa fuente anterior a la afectación es condición para que se tutele, a través de la inoponibilidad, el derecho de propiedad de los acreedores.

2.3. Diferencias entre inoponibilidad y desafectación

Se remarca que las causales de inoponibilidad no coinciden con las de desafectación, en tanto cada una responde a lógicas diferentes. La inoponibilidad implica que ante determinados sujetos (expresamente señalados por la ley) la protección de la vivienda no produce efectos. Tal es el caso, por ejemplo, de los acreedores cuyos créditos provienen de causa fuente anterior a la afectación o de los acreedores enumerados en el art. 249. Mientras que la desafectación produce la cancelación de la tutela, lo que beneficia a la totalidad de los acreedores (de causa fuente anterior o posterior). A raíz, de que la desafectación introduce nuevamente al inmueble dentro de la garantía común de los acreedores.

2.4. Excepciones al efecto principal

2.4.1. Análisis de los incisos

a. ***obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble;***

Infojus

Constituye una novedad la referencia a las deudas por expensas. Se justifica la inclusión, en razón de la trascendencia que ellas poseen, para el régimen de propiedad horizontal. Por tal motivo, las expensas son recubiertas de una serie de garantías que posibilitan su cobro. En este sentido, se ha dicho —aquí cabe mencionar a Laquis-Siperman— que el cobro de expensas es un aspecto importantísimo, ya que el incumplimiento de sus obligaciones por parte de alguno o algunos copropietarios coloca en serias dificultades al edificio y compromete la eficiencia del sistema instaurado por la ley.

La norma continúa con los impuestos, tasas o contribuciones que gravan directamente al inmueble, los cuales ya se encontraban previstos en la ley 14.394 cuando su art. 38 disponía que "*el 'bien de familia' no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción como tal (…) con excepción de las obligaciones provenientes de impuestos o tasas que graven directamente el inmueble…*".

b. ***obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituida de conformidad a lo previsto en el artículo 250;***

El acreedor hipotecario se encuentra en condiciones de ejercer sus derechos contra el inmueble tutelado si la hipoteca cumple con los requisitos del art. 250. La hipoteca prevalecerá sobre el régimen de protección a la vivienda en el caso de que la constitución del gravamen hubiera contado con la conformidad del cónyuge o el conviviente (en este último caso, si la unión convivencial se encuentra inscripta). En caso de oposición de aquellos o si estos fueran incapaces o tuvieran capacidad restringida, se deberá contar con la debida autorización judicial, la que a su vez deberá ser mencionada en el acto constitutivo de la hipoteca, ya sea por transcripción o relación.

c. ***obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas en la vivienda;***

La referencia a esta clase de créditos ya se encontraba prevista en el art. 38 de la ley 14.394. Uno de los argumentos que se han esgrimido para fundar su oponibilidad redunda en que ellos implican un beneficio directo al inmueble, ya sea por mantenimiento o aumento de su valor.

d. ***obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida.***

La última novedad que instaura el nuevo régimen es elevar a las obligaciones alimentarias del titular registral a la condición de créditos oponibles al sistema de protección de la vivienda. Diversas son las razones para justificar la oponibilidad, entre ellas: la situación de vulnerabilidad en que se encuentran los hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida, como así también su interés superior como consecuencia de la ponderación entre sus derechos y el derecho a la vivienda.

2.5. Reglas en caso de ejecución

El artículo en comentario trae una serie de reglas a tener en cuenta en caso de ejecución del inmueble afectado por la protección:

a. **Acreedores sin derecho a pedir la ejecución**: el primer principio a tener en cuenta establece que "*los acreedores sin derecho a requerir la ejecución no pueden cobrar sus créditos sobre el inmueble afectado, ni sobre los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio, aunque sea obtenido en subasta judicial,*

sea esta ordenada en una ejecución individual o colectiva". En caso de ejecutarse el inmueble tutelado o en caso de ser expropiado por el Estado, aquellos acreedores que no tenían derecho a solicitar la ejecución tampoco pueden cobrar sus acreencias con lo producido de la subasta judicial o de lo obtenido en concepto de indemnización. Tanto en uno como en otro caso operará el instituto de la subrogación real, trasladándose la afectación a aquellos importes que quedaran en cabeza del titular registral.

b. **Existencia de remanente luego de la ejecución**: como corolario de lo anterior, el art. 249 dispone "*si el inmueble se subasta y queda remanente, éste se entrega al propietario del inmueble*".

c. **Acreedores que pueden pedir la ejecución de la vivienda en el proceso concursal**: si bien el nuevo régimen —al igual que el sistema anterior de bien de familia— no establece normas expresas sobre el concurso del titular registral del inmueble tutelado, el artículo prevé que en el proceso concursal la ejecución de la vivienda solo puede ser solicitada por los acreedores enumerados en el art. 249 y aquellos cuyas obligaciones poseen causa fuente anterior a la afectación.

ARTÍCULO 250.- ***Transmisión de la vivienda afectada.*** *El inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo. Si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente.*

ARTÍCULO 251.- ***Frutos.*** *Son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios.*

Remisiones: ver comentario al art. 233 CCyC.

1. Introducción

La constitución del régimen de protección de la vivienda ocasiona cierta disminución en los poderes que, por naturaleza, le otorga el derecho real de dominio al titular del inmueble. Más esta merma del poder jurídico real no genera un desmembramiento del derecho real del dominio, el cual queda en cabeza del dueño del inmueble. La disminución en las facultades del propietario se desprende de artículos tales como el 247 (exigencia de habitar el inmueble afectado) y el 250 (inalienabilidad relativa).

2. Interpretación

2.1. Naturaleza jurídica de la afectación

Respecto del bien de familia, la doctrina había elaborado distintas posturas en cuanto a la naturaleza jurídica del derecho del constituyente o titular de la cosa inmueble afectada a aquel régimen. Al realizar un breve repaso, es posible observar diversas opiniones, entre las cuales se encuentran la teoría de la "fundación familiar" de Lafaille, como también la

Infojus

que sostiene Cifuentes sobre "dominio imperfecto" o, por otra parte, la de "condominio con indivisión forzosa" de Molinario. Asimismo, cabe señalar la postura de Arean y Peralta Mariscal que hablan de un derecho "*sui generis*" puesto que el régimen no podía subsumirse adecuadamente en ningún instituto vigente. Por último, puede citarse la opinión de Fazio de Bello y N. B. Martínez quienes se refieren a la "restricción al dominio" con la particularidad de quedar indivisa la propiedad por la muerte del titular y, finalmente, la posición de Kemelmajer de Carlucci, J. H. Alterini, Papaño, Kiper, Dillon y Causse que, lisa y llanamente,entienden que se trata de un "límite al dominio".

Por nuestra parte, consideramos que la afectación del inmueble al nuevo régimen de protección de la vivienda genera un patrimonio especial o de afectación en los términos del art. 242 *in fine*.

2.2. Inalienabilidad relativa

El art. 250 dispone que "*si el constituyente está casado o vive en unión convivencial inscripta, el inmueble no puede ser transmitido ni gravado sin la conformidad del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la transmisión o gravamen deben ser autorizados judicialmente*". La regla, entonces, es que el inmueble afectado no puede ser transmitido (por ningún acto traslativo del dominio, como la compraventa, la donación, la permuta, etc.) ni gravado (con derecho real de disfrute o de garantía), de ahí la "inalienabilidad" que produce la constitución del régimen protectorio. Sin embargo, tal veda se levanta en el caso de que el titular obtenga "*la conformidad del cónyuge o del conviviente*". Es más, en el caso de no contar con tal conformidad (por oposición, falta, incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o del conviviente), siempre queda a salvo la posibilidad de recurrir al juez para contar con la debida autorización. Aquí se producen dos variantes respecto del régimen anterior de bien de familia: a) en aquel sistema se podía recurrir únicamente ante el juez para obtener la debida autorización si el propietario no contaba con la conformidad para gravar el inmueble; actualmente se ha ampliado la posibilidad para acudir a la vía judicial cuando no se obtiene la conformidad para gravar, ni tampoco para transmitir el inmueble; y b) en el régimen antecedente solo el juez podía autorizar el gravamen cuando mediare "*causa grave o manifiesta utilidad para la familia*" (art. 37 de la ley 14.394). El nuevo sistema elimina tales causales, por lo que brinda una mayor libertad al juez para decidir sobre la autorización.

En otro orden de ideas, se descarta la posibilidad de constituir derechos personales en favor de terceros sobre el inmueble bajo tutela —como sería el caso de la locación o el comodato— en la medida que impide el requisito necesario de habitación efectiva por parte de alguno de los beneficiarios (art. 247).

Respecto de la facultad de disposición para actos *mortis causa*, la norma establece que "*el inmueble afectado no puede ser objeto de legados o mejoras testamentarias, excepto que favorezcan a los beneficiarios de la afectación prevista en este Capítulo*". Tal previsión ya se encontraba presente en el art. 37 de la ley 14.394 al rezar, "*el 'bien de familia' no podrá ser enajenado ni objeto de legados o mejoras testamentarias*". De la comparación entre ambos enunciados legales se advierte que la nueva regulación, en principio, prohíbe que el inmueble afectado sea objeto de legados o mejoras testamentarias, pero abre la posibilidad como excepción si con aquel acto de última voluntad se favorece a los beneficiarios denunciados por el titular registral cuando constituyó la tutela.

Infojus

En síntesis, la inalienabilidad que pende sobre el inmueble afectado es **relativa** ya que puede levantarse la prohibición de transmitir o gravar en caso de que el titular cuente con la **conformidad** (de su cónyuge o conviviente) o la **autorización judicial**, según los casos. A su vez, puede disponer mediante acto de última voluntad en el caso de que se favorezca a los beneficiarios.

2.3. Régimen de frutos y productos

El art. 251 establece que "*son embargables y ejecutables los frutos que produce el inmueble si no son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios*". La norma incide en la disposición jurídica de los frutos que genera el inmueble afectado toda vez que ellos pueden ser embargados y ejecutados. Es decir, la constitución del régimen protectorio ocasiona una limitación del *ius fruendi* (derecho de goce) siempre y cuando los acreedores se dirijan hacia los frutos para cubrir sus créditos. Más dadas las características del régimen tuitivo de la vivienda y en razón de no quedar desprotegido el interés familiar, los frutos que "*son indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios*" no pueden ser agredidos; por ello hemos señalado que el nuevo régimen de protección a la vivienda es independiente de la familia, pero no ajeno a ella.

El régimen de bien de familia preveía una norma similar a la que es objeto de comentario. El art. 39 de la ley 14.394 disponía, "*serán embargables los frutos que produzca el bien en cuanto no sean indispensables para satisfacer las necesidades de la familia. En ningún caso podrá afectar el embargo más del cincuenta por ciento de los frutos*". Se advierte que el CCyC suprime la alusión al tope de valor en el embargo de los frutos, razón por la cual el juez debe armonizar los derechos en pugna (el del propietario y el de los acreedores) con la regla que determina que son embargables y ejecutables los frutos que no sean indispensables para satisfacer las necesidades de los beneficiarios; se entiende por "necesidad" a la cantidad suficiente de frutos para cumplir acabadamente con las demandas requeridas por los beneficiarios para poder vivir de acuerdo a su nivel económico y sin que se afecte su posicionamiento social.

Por otra parte, la norma nada dice sobre los productos, sin embargo creemos que dadas sus particulares características ellos quedan comprendidos dentro de la protección, sin poder ser alcanzados por los acreedores (sobre los "productos" nos remitimos al comentario al art. 233).

ARTÍCULO 252.- ***Créditos fiscales.*** ***La vivienda afectada está exenta del impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la República, si ella opera a favor de los beneficiarios mencionados en el artículo 246, y no es desafectada en los cinco años posteriores a la transmisión.***

Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas.

1. Introducción

El art. 252 trae a colación la relación entre la regulación de la protección a la vivienda y los diversos impuestos. En particular, refiere al impuesto sucesorio, mientras que del resto de los gravámenes impositivos solo menciona una regla general.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Impuesto a la transmisión gratuita por causa de muerte

Para que el inmueble sometido al presente régimen protectorio se encuentre exento del impuesto sucesorio, la norma exige ciertas condiciones: a) que la protección opere en favor de los beneficiarios mencionados en el art. 246; y b) que no se produzca la desafectación en los cinco años posteriores a la transmisión. El art. 252 es, en sustancia, idéntico al art. 40 de la ley 14.394 que establecía que "*el 'bien de familia' estará exento del impuesto a las transmisión gratuita por causa de muerte en todo el territorio de la Nación cuando ella se opere en favor de las personas mencionadas en el art. 36 y siempre que no resultare desafectado dentro de los cinco años de operada la transmisión*".

2.2. Impuestos y tasas en general

La última parte del art. 256 se alza con la siguiente regla: "*Los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción de la afectación, están exentos de impuestos y tasas*". El enunciado legal guarda sintonía con el art. 46 del régimen anterior que disponía, "*todos los trámites y actos vinculados a la constitución e inscripción del "bien de familia" estarán exentos del impuesto de sellos, de derecho de oficina y de las tasas correspondientes al Registro de la Propiedad, tanto nacionales como provinciales*". Se desprende de la comparación de ambas normas el refuerzo social que implica aludir, en general, a los "*impuestos y tasas*" sin nombrarlos de forma particular. Ello se explica en función de abrir aún más la posibilidad de que todas las personas puedan acceder al régimen de protección de su vivienda.

ARTÍCULO 253.- ***Deberes de la autoridad de aplicación.*** *La autoridad administrativa debe prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación.*

ARTÍCULO 254.- ***Honorarios.*** *Si a solicitud de los interesados, en los trámites de constitución intervienen profesionales, sus honorarios no pueden exceder en conjunto el uno por ciento de la valuación fiscal.*

En los juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras, los honorarios no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal.

1. Introducción

Los arts. 253 y 254 traen aparejados una fuerte impronta social vinculada al paradigma que desata el CCyC en materia de protección de la vivienda. Tal como lo sostuvimos, el CCyC legisla la tutela de la vivienda al considerar que esta es un derecho humano cuya protección concierne a las personas individualmente consideradas, y no por su pertenencia a un grupo familiar delineado según las características que imponga la ley de turno; como consecuencia lógica de tal paradigma, encuentran su razón de ser las normas en comentario.

2. Interpretación

El art. 253 ordena a la autoridad de aplicación (el Registro de la Propiedad Inmueble) a "*prestar asesoramiento y colaboración gratuitos a los interesados a fin de concretar los trámites relacionados con la constitución, inscripción y cancelación de esta afectación*".

La directiva ya se encontraba contemplada en el art. 47 de la ley 14.394 al disponer que "*la autoridad administrativa estará obligada a prestar a los interesados, gratuitamente, el asesoramiento y la colaboración necesarios para la realización de todos los trámites relacionados con la constitución e inscripción del bien de familia*". Se advierte que la nueva norma alude también a la "*desafectación*".

Si la vivienda es un derecho que se incorpora al CCyC bajo las bases de la "constitucionalización" del derecho privado, es menester que todas las personas tengan un fácil acceso a tal derecho; tal facilidad se logra a través de la prestación del servicio de información (asesoramiento y colaboración) brindado por el Registro, tendiente a efectivizar la tutela de la vivienda. Refuerza al mencionado acceso el hecho de que el servicio que debe brindar la autoridad administrativa de aplicación sea gratuito.

Por su parte, el art. 254 regula los honorarios de los profesionales que intervengan en el trámite de afectación de la vivienda al régimen de protección. Dispone la norma que dichos honorarios "*no pueden exceder en conjunto el uno por ciento de la valuación fiscal*", lo cual concuerda con lo dispuesto por el anterior régimen, mientras que si el trámite proviene de "*juicios referentes a la transmisión hereditaria de la vivienda afectada y en los concursos preventivos y quiebras*" el porcentaje de honorarios aumenta pero "*no pueden exceder del tres por ciento de la valuación fiscal*". La previsión ya se encontraba expresamente contemplada en el art. 48 de la ley 14.394 pero, a diferencia de ella, se incluye la referencia a los "*concursos preventivos y quiebras*".

Mas el art. 253 aplica en el supuesto de que el titular registral inicie por sí los trámites vinculados al régimen de vivienda, mientras que el art. 254 queda reservado para el caso en que actúe un profesional en tales trámites.

En conclusión, de ambas normas brota un marcado "rol social" que es coherente con el paradigma que introduce el Código sobre protección de la vivienda.

ARTÍCULO 255.- ***Desafectación y cancelación de la inscripción.*** *La desafectación y la cancelación de la inscripción proceden:*

a. *a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;*

b. *a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;*

c. *a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;*

d. *a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;*

e. *en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249.*

Remisiones: ver comentario al art. 249 CCyC.

Infojus

1. Introducción

La afectación al régimen de protección de la vivienda, como también su desafectación y cancelación, se realizan a través de la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble. Por otra parte, nos remitimos a lo expuesto en la glosa al art. 249, en cuanto las diferencias existentes entre la inoponibilidad y la desafectación.

2. Interpretación

2.1. Supuestos de desafectación

2.1.1. Análisis de los incisos

El art. 255 dispone que la afectación y la cancelación de la inscripción proceden:

a. ***a solicitud del constituyente; si está casado o vive en unión convivencial inscripta se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente; si éste se opone, falta, es incapaz o tiene capacidad restringida, la desafectación debe ser autorizada judicialmente;***

El primer supuesto contempla la facultad del titular registral de levantar la afectación, mas la solicitud deberá contar con el asentimiento del cónyuge o del conviviente si es que el constituyente se encuentra casado o vive en unión convivencial inscripta. En el caso de no poder contar con tal asentimiento, ya sea por oposición, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del cónyuge o del conviviente, la autorización debe autorizarse por vía judicial. En este último supuesto, el juez tiene amplias facultades para decidir sobre la autorización ya que el nuevo régimen suprime el límite que admitía el pedido, esto siempre y cuando "*el interés familiar no resulte comprometido*" (art. 49, inc. a) de la ley 14.394). Advertimos que el asentimiento hace a la legitimación del dueño para poder transmitir el inmueble de manera válida, razón por la cual forma parte de los requisitos de fondo del título suficiente.

b. ***a solicitud de la mayoría de los herederos, si la constitución se dispuso por acto de última voluntad, excepto que medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos;***

Los herederos, si toman la decisión con respaldo de la mayoría, se encuentran legitimados para solicitar la desafectación. El caso procede "*si la constitución se dispuso por acto de última voluntad*". No obstante, la facultad de la mayoría de los herederos puede paralizarse ante el caso de que "*medie disconformidad del cónyuge supérstite, del conviviente inscripto, o existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos*". La norma reproduce en esencia al art. 49 de la ley 14.394 en su inc. b), aunque varía en determinados puntos: 1) incluye la disconformidad del conviviente inscripto; 2) incluye a los beneficiarios con capacidad restringida; y 3) omite la referencia al "*interés familiar*" expresando que el interés al que debe atenerse el juez —en caso de existir causales que traben la decisión privada de la desafectación— es el de cada uno de los beneficiarios. Es decir, el interés es considerado aisladamente y no en función del ente familiar.

c. ***a requerimiento de la mayoría de los condóminos computada en proporción a sus respectivas partes indivisas, con los mismos límites expresados en el inciso anterior;***

Infojus

Si el inmueble se encuentra en condominio, la mayoría puede tomar la decisión de desafectarlo. En este sentido, la norma dispone que la mayoría será "*computada en proporción a sus respectivas partes indivisas*", lo cual equivale a decir que la mayoría que se requiere para desafectar es de valor. Se reproduce el art. 49, inc. c) de la ley 14.394, aunque con mayor precisión y técnica al incluir la palabra "*indivisas*".

Por último, el inc. c) limita la decisión de los condóminos, lo que remite a lo establecido para el caso de comunidad hereditaria. Por esta razón, la decisión de los condóminos no surtirá efectos si media disconformidad de alguno de los cónyuges o convivientes inscriptos de los condóminos o "*existan beneficiarios incapaces o con capacidad restringida, caso en el cual el juez debe resolver lo que sea más conveniente para el interés de éstos*".

d. ***a instancia de cualquier interesado o de oficio, si no subsisten los recaudos previstos en este Capítulo, o fallecen el constituyente y todos los beneficiarios;***

La desafectación puede ser solicitada, en primer lugar, **a instancia de cualquier interesado**, lo que concuerda con el art. 49, inc. d) de la ley 14.394. Se legitima a cualquier interesado, como podrían serlo los acreedores que se encuentran en condiciones de cubrir sus créditos con el producido de la ejecución del inmueble. En segundo lugar, la desafectación procede de oficio, es decir a instancia del propio Registro; no obstante, para que proceda la desafectación, ya sea por cualquier interesado o de oficio, se deben reunir dos requisitos: a) que no subsistan los recaudos previstos en este Capítulo (como, por ejemplo, el de la habitación efectiva); o b) fallecimiento del constituyente y todos los beneficiarios. Nótese que en este último caso la sola muerte del afectante no ocasiona la pérdida de la protección, sino que debe sumarse la muerte de todos los beneficiarios.

e. ***en caso de expropiación, reivindicación o ejecución autorizada por este Capítulo, con los límites indicados en el artículo 249.***

En caso de que proceda la expropiación, la utilidad pública que ella conlleva determina la superioridad del bienestar común por sobre la protección del interés privado. No obstante, la tutela se hará efectiva a través de la subrogación real en los montos indemnizatorios. El supuesto de reivindicación supone la discordancia entre la realidad registral y extraregistral, lo que significa que el titular registral afectó el inmueble al régimen de tutela, pero en verdad carecía de los requisitos necesarios para la adquisición del derecho real. De esta manera, la protección a la vivienda le es inoponible al verdadero dueño que inicia la acción reivindicatoria. El último caso lo configura el proceso de ejecución del inmueble afectado "*con los límites indicados en el art. 249*". La referencia al art. 249 confirma que en caso de ejecución se debe atener a los acreedores allí enunciados, y en caso de existir un remanente luego de la venta de la vivienda, aquel debe serle entregado al ex propietario.

Por último, el inciso en comentario se corresponde con el art. 49, inc. e) de la ley 14.394. La diferencia que se percibe del cotejo de ambas normas es la ausencia de la desafectación proveniente de "*causa grave*" a juicio de la autoridad competente.

2.2. Causales que no ocasionan la desafectación

Enunciamos a modo de ejemplo algunos hechos que no producen la desafectación del régimen de protección: a) la mayoría de edad de los beneficiarios; b) el divorcio del titular registral; c) el aumento del valor del inmueble, ello a raíz de que, a diferencia de la ley anterior, ya no se limita la afectación al valor de la vivienda; d) la existencia de "*causa*

Infojus

grave". El CCyC se aparta de la ley 14.394 que contemplaba el supuesto de "*causa grave*", lo que trae aparejado una limitación y disminución de las causales válidas de desafectación del régimen.

ARTÍCULO 256.- ***Inmueble rural.*** ***Las disposiciones de este Capítulo son aplicables al inmueble rural que no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales.***

1. Introducción

El régimen de protección de la vivienda es aplicable a todo inmueble, sin discriminar la zona donde se ubique. No obstante, el inmueble rural recibe un tratamiento diferencial respecto del inmueble urbano. Si el predio se ubica en área rural, el régimen de tutela es aplicable en tanto el inmueble no exceda la unidad económica.

2. Interpretación

Borda define a la superficie mínima de la unidad económica como "*la mínima extensión compatible con el aprovechamiento óptimo de la tierra, conforme a las modernas técnicas agrícola-ganaderas*". Agrega el autor que "*es natural que no se fije una superficie uniforme para todo el país, porque muy distinta es la unidad económica en la Patagonia y en la Pampa húmeda; muy distinta, también, en tierras con riego artificial y en tierras de secano. Aún dentro de las tierras con riego, la unidad puede variar según sea el destino más adecuado de la tierra, teniendo en cuenta su clima y demás características peculiares*".

En síntesis, no importa el valor del predio, sino que aquí lo que se tiene en mira es que el fundo "*no exceda de la unidad económica, de acuerdo con lo que establezcan las reglamentaciones locales*". Lo que se pretende evitar es la afectación de extensas tierras, quizá bajo el entendimiento de que ellas serían incompatibles con la "*habitación efectiva*".

TÍTULO IV
Hechos y actos jurídicos

CAPÍTULO 1(*)
Disposiciones generales

ARTÍCULO 257.- ***Hecho jurídico.*** ***El hecho jurídico es el acontecimiento que, conforme al ordenamiento jurídico, produce el nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.***

Fuentes: Proyecto del PEN y Proyecto de 1998.

1. Introducción

Los hechos que el CCyC trata en esta parte no se refieren a aquellos que pueden ser objeto de los actos jurídicos o de los contratos, sino que se los estudia en tanto son productores de efectos jurídicos.

(*) Comentarios a los arts. 257 a 288 elaborados por María Isabel Benavente.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Concepto. Alcances

El hecho jurídico es un acontecimiento al que el ordenamiento legal asigna o adjudica determinados efectos. Abarca una serie de supuestos —hechos, omisiones o abstenciones, situaciones o incluso estados de ánimo o mentales con incidencia en la realidad— que no provienen solamente del hombre, sino que también pueden derivar de los hechos externos o de la naturaleza.

En efecto, los hechos jurídicos pueden provenir de la naturaleza —el granizo que destruye la cosecha, el nacimiento, la muerte— o pueden consistir en hechos humanos.

También los estados psíquicos pueden constituirse en hechos jurídicos, en tanto se exterioricen o puedan ser exteriorizados o inferidos a partir de otros hechos. Así, por ejemplo, la intención de causar un daño que es captada por el derecho para agravar la responsabilidad del agente o el dolo, entendido como maquinación enderezada a engañar a otro, o la mala fe.

Los hechos futuros, o la probabilidad de que existan, también pueden ser considerados hechos jurídicos.

En cualquiera de esos casos, siempre es el ordenamiento el que les atribuye aptitud para cambiar o modificar situaciones preexistentes y para configurar situaciones nuevas.

A diferencia del CC, el artículo en comentario sustituye el criterio según el cual los hechos son aquellos "*susceptibles de producir*" consecuencias jurídicas por la circunstancia concreta de producir efectivamente tales efectos, vale decir, el que efectivamente los produce. Es preciso, entonces, que estos se manifiesten sobre las relaciones y situaciones jurídicas.

Se sigue en este punto el Proyecto del PEN (art. 572) y el Proyecto de 1998 (art. 247) y se soslaya la opinión de la doctrina prevaleciente hasta ahora en tanto coincidía en que la fórmula amplia utilizada por Vélez —tomada de Freitas y Ortolán, con sustento en la doctrina de la *fattispecie*— es plausible. Según ese enfoque, los hechos jurídicos quedaban constituidos cuando en un caso concreto se reunían por los presupuestos abstractos que mencionaba el art. 896 CC.

La fuente productora de efectos tiene por único fundamento el ordenamiento jurídico que abarca no solo a la ley, sino a las otras fuentes del derecho objetivo como la costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del derecho, la autonomía de la voluntad y toda otra que califique como productora del nacimiento, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas; es este el que establece cuáles son los hechos que le van a interesar y cuáles no. Por eso, la doctrina suele distinguir entre los hechos que no producen consecuencias jurídicas de los otros que sí las producen, que son los hechos jurídicos, aunque no hay un catálogo cerrado de unos y otros.

En cuanto a los hechos de la naturaleza o externos, no quedan excluidos de la calificación de hechos jurídicos hasta tanto no se verifique en un caso concreto si produjeron o no consecuencias que interesan al derecho; esta afirmación queda más clara con la actual redacción. Así, cabe señalar el ejemplo del rayo que cae en un campo: si arruina la cosecha y el productor no puede entregar lo prometido, ese hecho podrá ser el antecedente fáctico de la imposibilidad de pago; en cambio, si no produce ningún daño o este es irrelevante y no tiene incidencia en el mundo que interesa al derecho, no pertenecerá a la categoría de hecho jurídico.

Infojus

2.2. Hechos de la naturaleza y hechos humanos

Los hechos que interesan al derecho —hechos jurídicos— pueden emanar de la naturaleza o bien provenir de la persona humana. A los primeros se los denomina "hechos de la naturaleza" por oposición a los "hechos humanos".

Tradicionalmente se distinguen unos de otros porque en los hechos de la naturaleza no interviene el ser humano. La doctrina más reciente afirma, en cambio, que deben ser tratados como hechos de la naturaleza también aquellos en los que participa el ser humano pero como ente biológico, como es el caso del nacimiento, la muerte o la enfermedad. Es decir, en este caso la intervención humana no es decisiva porque los efectos jurídicos de la muerte se producen con prescindencia de su voluntad, como es la transmisión de los derechos a los sucesores de la persona fallecida.

Los hechos humanos, en cambio, son aquellos que emanan directamente de un sujeto, siempre y cuando no sea producto de actos inconscientes o reflejos.

2.3. Efectos del hecho

2.3.1. Hechos constitutivos o que producen el nacimiento de situaciones o relaciones jurídicas

Son constitutivos los hechos jurídicos que tienen como consecuencia el nacimiento o adquisición de una situación o relación jurídica.

La adquisición puede ser originaria o derivada. Es originaria cuando la atribución del derecho no se funda en otro derecho antecedente (usucapión, arts. 1897, 1898 y 1899), mientras que es derivada cuando la adquisición se relaciona con otra que aparece como antecedente y condiciona o limita los alcances de aquella (compraventa, cesión de créditos); se aplica en este último caso el principio *nemo plus juris transferre potest quam quiod ipse habet* (art. 399).

La adquisición puede ser traslativa cuando el derecho se transfiere integralmente a un nuevo sujeto y queda excluido el anterior titular, en tanto es constitutiva cuando el autor conserva el derecho constituyente. No se trata de una enajenación, sino de un gravamen.

Es el caso de los derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, servidumbre) o los derechos reales de garantía (hipoteca, prenda).

2.3.2. Hechos extintivos

Los hechos extintivos son aquellos que, por el contrario, ponen fin a los derechos. Las causas de la extinción son múltiples. En principio, pueden producirse por voluntad del titular (venta, renuncia) o por razones extrañas a la voluntad: muerte, desaparición del objeto.

2.3.3. Hechos modificativos

Las modificaciones son las contingencias o vicisitudes que se producen entre el nacimiento y la extinción de una relación jurídica y que no modifican los elementos de la relación o situación jurídica.

La modificación puede producirse por cambio en los sujetos (por ejemplo, por cesión efectuada por el acreedor, por muerte del acreedor o del deudor, situación en que los herederos ocupan su lugar); o por modificaciones en el contenido que puede producir

mayor eficacia en el derecho (por ejemplo, por constitución de seguridades o garantías para el cumplimiento de la obligación, como fianzas o hipotecas).

2.3.4. Situaciones y relaciones jurídicas

El CCyC califica los hechos jurídicos por la producción de efectos que se proyectan sobre las **situaciones y relaciones jurídicas**. Se suprime así la referencia a los "*derechos y obligaciones*" por una fórmula que abarca no solo a los derechos subjetivos y a las obligaciones, sino también a las potestades y deberes que no son obligaciones.

Por situaciones jurídicas deben entenderse determinadas calificaciones que las normas atribuyen a personas, cosas y actos. Es un modo permanente y objetivo de estar alguien con respecto a otro que habilita a aquel titular para el ejercicio indefinido de poderes o prerrogativas mientras tal situación subsista.[211]

La relación jurídica, por su parte, se configura como un vínculo que el derecho objetivo establece entre personas al atribuir a una ellas el poder de imponer a la otra un determinado comportamiento. Las relaciones jurídicas encuentran el sustrato en las relaciones sociales, en la vida cotidiana; son infinitas, esencialmente variables y están destinadas a agotarse. Son ejemplo de esta categoría las obligaciones que surgen de un contrato o de un hecho ilícito.

ARTÍCULO 258.- ***Simple acto lícito.*** ***El simple acto lícito es la acción voluntaria no prohibida por la ley, de la que resulta alguna adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.***

1. Introducción

Los simples actos lícitos son aquellos hechos humanos, voluntarios, no prohibidos por el ordenamiento normativo que producen efectos con independencia de la voluntad de las partes. Es la ley la que deriva los efectos de la conducta consciente y voluntaria de la persona, aunque sus efectos son producidos directamente por imposición del ordenamiento jurídico, más allá de si las partes quieren o no producir tales efectos. Así, por ejemplo, quien escribe una canción por placer no piensa, mientras lo hace, que el ordenamiento legal protege su creación intelectual y le asigna la paternidad de la obra.

Los simples hechos lícitos se refieren a los actos voluntarios que no son contrarios al ordenamiento jurídico y que tampoco tienen por fin inmediato la producción de efectos sobre las situaciones y relaciones jurídicas. Esta última es la diferencia esencial entre simple acto lícito y el acto jurídico. En relación a estos últimos, las personas tienen por fin inmediato producir efectos en el mundo del derecho, mientras que en los simples actos lícitos es el derecho el que deriva los efectos del acto con prescindencia de la voluntad o del querer del sujeto, es decir, no se producen *ex voluntate*, sino *ex lege*.

Los simples actos lícitos no eran específicamente tratados en el CC, pero la doctrina los consideraba como una categoría independiente. Se trata de una elaboración doctrinaria que los admitía en función del principio según el cual todo lo que no está prohibido se encuentra permitido (art. 19 CN). Se encuentran comprendidas aquí una serie de conductas que pueden ser o no intrascendentes para el derecho, pero que pueden derivar en

(211) Llambías, Jorge J., *op. cit.*, p. 136 y ss.

Infojus

la concreción de efectos jurídicos por prescripción legal. Así, por ejemplo, el derecho de pensar, caminar libremente, ejercer alguna facultad; también cabe incluir la apropiación de las cosas abandonadas (art. 1947, inc. a.i); la percepción de los frutos (art. 1928). Estos actos, aunque en sí mismos no sean jurídicamente significativos, pueden serlo si, por ejemplo, su ejercicio le es impedido al titular, de manera que provocan la reacción del ordenamiento jurídico, el cual podrá restablecer el derecho vulnerado y sancionar —si fuere el caso— al responsable.

2. Interpretación

2.1. Clasificación de los actos lícitos

Alguna doctrina distingue entre "actos semejantes a negocios" y "actos materiales o reales". Los primeros importan declaraciones de voluntad que no llegan a ser verdaderos actos jurídicos. Así, por ejemplo, la interpelación al deudor. Los segundos son aquellos en que se busca un fin práctico pero no una consecuencia jurídica. Coincide, así, con el concepto de simple acto lícito antes explicado.

2.2. Importancia de la distinción entre el simple acto lícito y el acto jurídico

La distinción tiene enorme incidencia práctica porque los vicios de la voluntad y el régimen de las nulidades solamente se aplican a los actos jurídicos y no a los simples actos lícitos. Recuérdese que en este último caso es irrelevante la voluntad del sujeto para que el acto lícito produzca efectos, de modo que si por cualquier razón la voluntad está viciada en alguno de los elementos —discernimiento, intención y libertad— los efectos no se verían alterados.

ARTÍCULO 259.- ***Acto jurídico.*** *El acto jurídico es el acto voluntario lícito que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas.*

Remisiones: ver arts. 358 y ss., 1021 a 1024 y 1320 CCyC.

1. Introducción

El CCyC no modifica sustancialmente la definición de **acto jurídico,** sino que —al igual de lo que ocurre con los artículos anteriores— incorpora la noción de "relaciones y situaciones jurídicas" para referirse a los efectos del fin inmediato querido por las partes.

2. Interpretación

2.1. Definición

El acto jurídico es el acto voluntario lícito cuya característica esencial o principal es la deliberada voluntad de producir efectos jurídicos. Precisamente, el fin inmediato de producir este tipo de efectos es aquello que distingue el acto jurídico de otros hechos voluntarios y aún del simple acto lícito.

El acto jurídico es la base de la autonomía privada. El derecho reconoce a los sujetos la posibilidad de regular por sí mismos sus propios intereses o para crear reglas de conducta en las relaciones con otros, y enlaza esos efectos conforme a la función económico-social que caracteriza a su tipo.

El principio general en materia de relaciones privadas es, entonces, la libertad para celebrar actos jurídicos que tiene arraigo en el principio de reserva (art. 19 CN). No obstante, no siempre las condiciones o cláusulas quedan libradas a la voluntad de las personas, sino que algunas pautas están fijadas por la ley. En tal caso, la voluntad de los sujetos es válida en tanto cumpla con la estructura y forma de ser del negocio jurídico, tal como se encuentra previsto en el ordenamiento. Por ejemplo, el sujeto puede querer disponer de sus bienes y vender un inmueble de su propiedad; el acto que celebre en tal sentido está protegido por el ámbito de libertad negocial en la medida que la venta no se encuentre prohibida por algún motivo, ya sea en razón de los sujetos que intervienen o porque falla la forma —por ejemplo, la escritura pública— para producir sus efectos.

La autonomía de la voluntad también tiene limitaciones en algunos supuestos en los cuales al derecho le interesa tutelar los intereses de una de las partes debido al estado de inferioridad en que se encuentra con relación a la otra, lo que permite inferir que no ha negociado en condiciones de igualdad. Es lo que sucede con la regulación de los contratos de adhesión (arts. 984 a 989) y las relaciones de consumo (arts. 1092 y 1122).

2.2. Caracteres

a. **Acto:** es para diferenciarlo del hecho jurídico humano.
b. **Acto voluntario:** significa que para configurarse depende de que sea ejecutado por la persona con discernimiento, intención y libertad, es decir, con todos los elementos internos de la voluntad sanos o sin vicios (art. 260).
c. **Acto lícito:** de la definición legal se desprende que el acto o negocio debe ser necesariamente lícito. No sería lógico que el ordenamiento jurídico proteja negocios que son contrarios u opuestos a sus propias disposiciones. Si en alguno de sus elementos existen o aparecen cláusulas inválidas o ilícitas, dicha ilicitud podría comunicarse al acto, ya sea en forma total o parcial; de ahí que las nulidades solo se derivan de los actos jurídicos y no de los simples hechos voluntarios.
d. **Fin inmediato de producir efectos jurídicos secundado por el ordenamiento legal**: es el fin específico, la nota típica del acto jurídico, que lo diferencia de todos los otros actos que, no obstante ser voluntarios, no tienen el propósito de crear relaciones y situaciones jurídicas.

2.3. Sujetos del acto jurídico

2.3.1. Las partes

Son los sujetos interesados en el acto, es decir, quienes ejercen una prerrogativa jurídica propia y a quienes se imputan las situaciones y las relaciones jurídicas que el acto tiene por finalidad establecer. Se trata, en otras palabras, de aquellos cuyo interés o esfera jurídica queda regulada por el negocio.

También son partes los sucesores universales.

Los sucesores se clasifican en sucesores universales y sucesores singulares (art. 400). Los primeros solamente requieren de la muerte del autor de la sucesión para adquirir tal carácter, es decir, son aquellos a quienes se le transmite todo o parte los derechos y las obligaciones del causante, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre. Los sucesores a título singular, en cambio, son los que reciben uno o más bienes en particular, es decir, son los que reemplazan a una persona en una relación o situación jurídica determinada y ocupan su lugar.

Infojus

Para que se produzca la transmisión, la sucesión entre vivos exige, además, título y modo suficiente (art. 1892).

2.3.2. Los otorgantes

Son los que disponen, estipulan o prometen por medio del acto; pueden ser o no partes, ya que estas pueden hacerse representar por otro, de modo que los otorgantes constituyen el género y las partes, la especie.

2.3.3. Representantes

Concurren al acto como otorgantes, pero sustituyendo a las partes en cuyo interés actúan y a quienes involucran y comprometen en el negocio; en consecuencia, los efectos de los actos que realizan en representación de otro son imputables a este.

Los representantes se dividen en legales y voluntarios. Los representantes legales son aquellos que designa la ley a los niños, adolescentes y a las personas incapaces (art. 101 CCyC). Así, los padres son representantes de sus hijos menores; los tutores de sus pupilos; los curadores de las personas que se encuentran totalmente incapacitadas.

Los representantes voluntarios son los designados por el propio representado o aquellos que obran en nombre de otro en los términos de los arts. 358 y ss. (ver también comentario a los arts. 358 y ss.; y art. 1320 CCyC).

2.3.4. Terceros

Son todos los que no son parte en el acto jurídico, son los extraños al acto. Se definen por exclusión. Puede decirse que son terceros quienes no son partes ni sucesores universales de las partes del acto.

Los terceros se clasifican en:

a. *Acreedores*: Los acreedores se clasifican en quirografarios y privilegiados. Los primeros se denominan comunes o simples; su crédito se cobra del patrimonio del deudor sin preferencia, distribuyéndose a prorrata el remanente una vez pagados los acreedores con preferencia para el cobro. En cambio, son privilegiados aquellos que tienen derecho a ser pagados con antelación a los otros.
b. *Sucesores a título singular*: Fueron definidos anteriormente. En principio, no se ven alcanzados por los efectos de los actos jurídicos realizados por los autores del acto o, más precisamente, por las partes. Sin embargo, este principio admite algunas excepciones. En primer lugar, pueden verse beneficiados o perjudicados por los actos jurídicos cumplidos por su autor en la hipótesis de que constituyan un antecedente del derecho transmitido.
c. *Penitus extranei*: Son los verdaderos terceros porque no tienen ninguna relación con el acto y sus consecuencias.
d. *Intervinientes no partes:* Son aquellos que pudieron haber concurrido al acto pero que no comprometieron un interés propio en la celebración del negocio, aunque de alguna manera contribuyeron a que este se llevara a cabo. Así, el caso del escribano o de los testigos que comparecen a una escritura pública.

2.4. Requisitos de capacidad y determinación del sujeto del acto

Para que el acto jurídico sea válido es preciso que la persona que lo otorga sea persona capaz de cambiar el estado de su derecho.

2.5. Efectos del acto jurídico respecto de las partes y de los terceros

Remitimos a los comentarios de los arts. 1021 a 1024 CCyC.

2.6. Interpretación del acto jurídico

La interpretación jurídica se dirige a fijar el alcance del objeto interpretado. Esta operación se realiza tratando de indagar cuál fue la voluntad de las partes. A diferencia de lo que sucede con los principios aplicables en materia de interpretación de la ley, para comprender el significado y alcances de un acto jurídico bilateral y recepticio hay que buscar cuál ha sido la intención común. Los arts. 1061 a 1068 CCyC fijan las reglas de interpretación de los contratos, las cuales deben hacerse extensivas a los actos jurídicos en general.

ARTÍCULO 260.- ***Acto voluntario.*** ***El acto voluntario es el ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior.***

Remisiones: ver comentarios a los arts. 261, 262 y ss. CCyC.

1. Introducción

El artículo guarda relación con el art. 897 CC. Solamente sustituye la palabra "*hecho*" del texto anterior por la de "*acto*", pero en ambos casos los elementos de la voluntad son idénticos.

Para ser reputado como voluntario es preciso que el acto sea ejecutado con discernimiento, intención y libertad y, al propio tiempo, que se exteriorice. Los tres primeros requisitos constituyen los elementos internos de la voluntad y el cuarto, el elemento externo; si falta alguno de ellos, el acto será nulo.

La configuración de los elementos internos del acto se presume, el que alegue lo contrario deberá probar que se presentan algunas de las causas obstativas.

2. Interpretación

Los hechos humanos son voluntarios cuando son ejecutados con discernimiento, intención y libertad. También es un elemento esencial del acto jurídico la forma o manifestación del acto al mundo exterior. Cuando falta cualquiera de ellos, el acto ha de reputarse involuntario.

2.1. Discernimiento

Es una aptitud de la inteligencia que permite distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente de las acciones humanas. Se trata de estados de conciencia que permiten al sujeto apreciar las consecuencias de sus acciones, de acuerdo a lo sostenido por Brebbia.

El discernimiento se presume y quien invoca lo contrario debe acreditarlo.

Son causas obstativas del discernimiento la inmadurez de la persona en razón de su edad o por la alteración de las facultades mentales.

El CCyC reputa involuntario el acto lícito realizado por personas menores de trece (13) años, los actos ilícitos ejecutados por quienes no alcanzaron la edad de diez (10) años y

Infojus

los actos llevados a cabo por quien, al momento de realizarlos, se encontraba privado de razón.

2.2. Causas obstativas del discernimiento en particular

Ver comentario al art. 261 CCyC.

2.3. Intención

Supone la aptitud para entender el acto concreto que se realiza. Se diferencia así del discernimiento que si bien importa un estado de conciencia, se refiere a la aptitud genérica para llevar a cabo actos jurídicos. La falta de discernimiento excluye la intención, pero no a la inversa.

Suprimen la intención tanto el error (art. 265) como el dolo (art. 271 y ss.).

Los actos humanos se presumen realizados con intención, quien alegue que se ejecutaron por error o dolo, deberá probarlo.

2.4. Libertad

La libertad es la facultad de elegir entre distintas alternativas espontáneamente, esto es, sin coacciones. Por tanto, suprimen la libertad, la fuerza, el temor o intimidación (art. 276).

Los actos humanos se presumen libres, de manera que las situaciones de excepción que obstan a la celebración de un acto libre y sin vicios deben demostrarse; por ejemplo, las causas externas que han influido en la voluntad de la persona con la finalidad de coartar la libertad.

2.5. Forma

Es el elemento externo. Remitimos al comentario de los arts. 262 y ss. CCyC.

ARTÍCULO 261.- ***Acto involuntario.*** *Es involuntario por falta de discernimiento:*

a. *el acto de quien, al momento de realizarlo, está privado de la razón;*
b. *el acto ilícito de la persona menor de edad que no ha cumplido diez años;*
c. *el acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 25 y ss., 260 CCyC.

1. Introducción

El CCyC sigue en este punto lo dispuesto en el art. 921 CC, aunque emplea una manera esquemática y más pedagógica para establecer aquellos supuestos en que se considera que el acto fue ejecutado sin discernimiento. Uno de ellos es la privación de la razón al tiempo de su celebración; aquellos actos que fueran realizados en ese estado son nulos, en tanto que se consideran inimputables los hechos ilícitos que pudo haber cometido una persona bajo la influencia de las causales que le produjeron perturbación mental. Esto último, siempre que dicha circunstancia se verifique en el mismo momento de llevar a cabo ese hecho.

Tampoco se consideran voluntarios los hechos ilícitos cometidos por las personas que no cumplieron diez años de edad y los lícitos ejecutados por los menores de trece años —incs. a) y c)—.

En el caso de las personas afectadas por algún problema de salud mental, la carga de la prueba sobre si el sujeto obró o no con discernimiento dependerá de que se trate de una persona declarada incapaz (art. 32 *in fine*) o bien de una persona cuya capacidad ha sido restringida a determinados actos. En el primer supuesto se presume la falta de discernimiento, mientras que en el segundo solamente se presume dicha falta respecto de los actos expresamente prohibidos en la sentencia que restringe la capacidad.

2. Interpretación

2.1. Discernimiento. Concepto

Remitimos al comentario del art. 260 CCyC.

2.2. Privación accidental de la razón

En el apartado a) se hace referencia a los estados transitorios o accidentales de inconsciencia o perturbación mental que privan a las personas de discernimiento. Tal es el caso de las personas que se encuentran bajo influencia de alguna sustancia que alteró la psiquis, o bajo los efectos del alcohol, de las drogas o de algún evento traumático —físico o psicológico— o bien de cualquier otra circunstancia que hubiera provocado pérdida transitoria de la aptitud para comprender.

Cuando la persona actúa en condiciones de perturbación mental, falla el elemento voluntario del acto y, por tanto, si se trata de un acto ilícito, el sujeto resultaría inimputable. En cambio, si en ese estado realizó un acto lícito, será declarado nulo.

2.3. Causas obstativas del discernimiento

Obstan al discernimiento la inmadurez en razón de la menor edad y las alteraciones mentales.

2.3.1 Discernimiento de las personas menores de edad

Al respecto cabe distinguir según se trate de los actos lícitos o ilícitos.

a. **Las personas menores y el discernimiento para los actos lícitos:** el CCyC elimina las categorías rígidas del sistema anterior y traza dos líneas divisorias. Así, suprime las categorías de "menores impúberes" y "adultos" e incorpora al "niño" y al "adolescente". Son niños las personas menores hasta los trece (13) años. A partir de allí y hasta los dieciocho (18) años de edad, son considerados adolescentes (art. 25). Entre los trece y los dieciséis años tienen capacidad de ejercicio a efectos de tomar decisiones vinculadas al cuidado de su propio cuerpo siempre que no resulten invasivos, ni comprometan su estado de salud o provoquen un riesgo grave en su vida o integridad física (art. 26, cuarto párrafo). En cambio, cuando se trata de tratamientos que comprometen su salud, su integridad física o la vida, se prevé que el adolescente preste su consentimiento junto con la asistencia de los progenitores (ver comentario al artículo 26 CCyC).

   A partir de allí —dieciséis años— son considerados adultos para tomar cualquier tipo de decisiones vinculadas al cuidado de su propio cuerpo (art. 26 *in fine*).

Infojus

Luego de la incorporación de la CDN a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22) y de la sanción de la ley 26.061, se incorpora a nuestro sistema jurídico el régimen de las capacidades progresivas. El Código profundiza en el régimen de capacidades graduales, principalmente para los actos personalísimos. Remitimos a lo expuesto respecto de las disposiciones pertinentes, las cuales fueron abordadas en los comentarios del art. 25 y ss. CCyC).

b. ***Discernimiento para los actos ilícitos:*** **niños menores de diez años:** se consideran efectuados sin discernimiento los hechos ilícitos cometidos por personas que no han cumplido diez (10) años (art. 261 CCyC). La *ratio legis* se funda en que las personas están en condiciones de distinguir a más temprana edad lo bueno de lo malo.

2.3.2. Pérdida accidental de la razón

Es causa que obsta al discernimiento la enfermedad mental siempre que tenga incidencia en el momento de la celebración del acto. La Reforma elimina la referencia a los tan cuestionados "*intervalos lúcidos*", a la par que suprime la palabra "*demente*", desterrada felizmente de nuestro derecho.

En cuanto a la responsabilidad de las personas que fueron sometidas a juicio de restricción de la capacidad o que fueron declaradas incapaces, no es posible asimilar su responsabilidad por los actos ilícitos como lo hacía la doctrina que interpretaba el art. 921 CC. En el régimen anterior, según esta disposición, una vez dictada la sentencia que declaraba interdicta a una persona, se presumía que carecía de discernimiento y, por tanto, al acto ilícito se lo reputaba involuntario, a menos que la víctima probare que fue ejecutado en un intervalo lúcido. Si se trataba de un "demente de hecho", la prueba se invertía y era a este a quien incumbía acreditar que el ilícito fue cometido sin haber podido comprender el acto, esto es, sin discernimiento.

Es inequívoco que la capacidad se basa en el discernimiento. Pero, a diferencia del CC, tanto la Ley Nacional de Salud Mental como el CCyC exigen que en la sentencia el juez disponga cuáles actos son los que la persona no puede otorgar por sí y requieren de la designación de apoyos o de un curador. Con relación a los hechos ilícitos no existe una directiva concreta, de modo que si la persona invoca que se encontraba privada de discernimiento al momento de realizar el acto —o "privada de razón", como lo llama el CCyC— deberá acreditarlo (art. 261 CCyC).

ARTÍCULO 262.- ***Manifestación de la voluntad.*** ***Los actos pueden exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.***

Remisiones: ver comentario al art. 266 CCyC.

1. Introducción

Al regular el elemento externo, el CCyC indica cuáles son los canales o las vías por los cuales la voluntad puede exteriorizarse. No innova con relación al contenido que sobre el punto establecía el CC, aunque simplifica las normas al establecer en una sola disposición las directivas de los arts. 914 y 917 CC.

En este artículo se mencionan las formas en que la voluntad puede exteriorizarse para que sea perceptible. Dice Brebbia[212] que la voluntad vale en la medida en que se la exterioriza, debe salir del plano de la conciencia a fin de hacerse **reconocible** por otras personas, destinatarios directos o indirectos de dicha exteriorización.

Así, establece que puede ser en forma expresa o tácita, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material.

La declaración de la voluntad importa un acto de comunicación de la intención de una persona hacia otra u otras.

2. Interpretación

2.1. La exteriorización de la voluntad como elemento esencial del acto voluntario

Para que el acto produzca efectos en el mundo jurídico es preciso que se exteriorice, por cuanto los que permanecen en la esfera íntima de las personas no son susceptibles de ser conocidos.

Hay declaración de voluntad cuando la manifestación consiste en un hecho del lenguaje mediante el cual la persona que la formula tiende a hacer conocer a otro u otros sujetos, determinados o no, su voluntad respecto de cierta cuestión.[213] Puede realizarse en forma oral, por escrito o por signos inequívocos que pueden surgir de la práctica, de los usos y costumbres del lugar.

En cambio, no existe equivalencia entre manifestación y declaración de voluntad por cuanto hay manifestaciones que no son declaraciones (ver *infra).*

2.2. Formas de expresión de la voluntad

Pueden ser positivas o negativas. Entre las primeras, que son las que trata el artículo en comentario, se destacan la expresión verbal, por un lado, y la escrita por el otro. La primera es informal, rápida, pero insegura y de difícil prueba, porque cuando las partes en conflicto discrepan sobre lo que convinieron o el sentido que le han dado a las palabras, se hace de difícil prueba el contenido o la extensión de la voluntad. La expresión escrita, en cambio, es más confiable, aunque se trate de la voluntad relevada en un instrumento privado porque, aun frente a la negativa de la firma o del contenido, siempre existe alguna manera de relacionar el instrumento con el autor. Por supuesto, la mayor certeza se alcanza con los instrumentos públicos que prueban por sí mismos su autenticidad.

2.3. Signos inequívocos

Los signos inequívocos o hechos materiales consisten en realizar gestos que tienen significados muy precisos e inconfundibles. Así, por ejemplo, cuando se paga el boleto del colectivo, se sube al subterráneo o se levanta la mano en una asamblea, nadie duda del sentido en que se expresa la voluntad. Los signos inequívocos respecto de determinados objetos permiten lograr certeza respecto del significado.

(212) Brebbia, Roberto H., *Hechos y actos jurídicos*, t. I, Bs. As., Astrea, 1979, p. 194 y ss. Comentario al art. 913.

(213) Brebbia, Roberto H., *op. cit.*

Infojus

2.4. Hechos materiales

Finalmente, el art. 262 se refiere a la ejecución de un hecho material. Al respecto, la conducta posterior de las partes constituye una valiosa interpretación de la voluntad, ya que sirve para explicar el acto y sus alcances.

2.5. Presumida por la ley

La manifestación de la voluntad en este caso es ficticia porque la ley extrae una consecuencia de determinadas circunstancias.

2.6. Voluntad de la manifestación y voluntad de contenido

La voluntad de manifestación está enderezada a comunicar a otros algo, en tanto que la voluntad de contenido o de resultado se encamina a la obtención de una finalidad. Cuando ambos aspectos son coincidentes no se producen inconvenientes, pero sí se presentan dificultades cuando no existe armonía entre una y otra, o cuando alguna de ellas es inválida o nula, por ejemplo, cuando el emisor ha sido víctima de error o dolo. El primer caso se presenta cuando la persona no ha exteriorizado en realidad lo que quería en su fuero íntimo —es decir, su verdadero propósito— o bien cuando deliberadamente las partes han intentado manifestar algo que no coincide con lo efectivamente querido, como en la hipótesis de la reserva mental o de la simulación. Estas circunstancias dejan al descubierto un problema que resulta controvertido en doctrina y es cuál de ellas es la que prevalece: si la voluntad del contenido o la de manifestación.

La doctrina ha formulado distintas maneras de solucionar el problema:

- **Teoría de la voluntad**: esta teoría otorga prioridad a la voluntad interna sobre la manifestada. Por tanto, cuando existe discordancia entre ambas debe darse prioridad al contenido de la voluntad íntima.
- **Teoría de la declaración**: esta postura considera que la voluntad solo puede ser aprehendida por su manifestación externa y, en consecuencia, hay que atenerse a ella a la hora de apreciar la existencia, significado y alcance del proceso voluntario en el fuero interno de los sujetos.
- **Teoría de la responsabilidad y de la confianza**: es la teoría intermedia. No sería razonable que si una declaración aparece emitida por un sujeto que jamás la efectuó se le imputen las consecuencias, porque en este caso no hay declaración, sino ausencia de ella. Pero tampoco sería justo que si una persona deliberadamente efectuó una declaración falsa o si incurrió en culpa en la declaración, se la exonere de responsabilidad.

  Desde la teoría de la confianza o de la legítima expectativa, la declaración de voluntad prevalece sobre la efectiva voluntad cuando el sujeto emisor generó confianza o una expectativa legítima en la otra parte. En tales condiciones, por aplicación del principio de la buena fe, habrá de prevalecer la voluntad declarada por sobre la real o interior.

2.7. Posición del CCyC

Al igual que el Código velezano, el CCyC asigna preeminencia a la postura voluntarista, aunque con los ajustes de la teoría de la confianza. Prueba de ello es que en numerosas disposiciones —precisamente, en aquellas que constituyen la columna vertebral de los hechos y actos jurídicos y de los vicios de la voluntad —por ejemplo: simulación, dolo,

Infojus

violencia— se hace prevalecer el sistema de la voluntad. Sin embargo, se han regulado distintas excepciones que protegen la apariencia generadora de confianza, que está fundada en los principios rectores del derecho, como se verá más adelante (ver comentario al art. 266 CCyC).

ARTÍCULO 263.- ***Silencio como manifestación de la voluntad.*** *El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes.*

1. Introducción

Este artículo no trae innovaciones con relación al art. 919 CC, aunque agrega la referencia a los "*usos y prácticas*", en armonía con el fenómeno de los contratos de consumo y suprime el deber de explicarse por las relaciones de familia que era, por cierto, sobreabundante. Por tanto, el principio sigue siendo el mismo, esto es, que del silencio no puede inferirse ninguna manifestación de voluntad, a no ser que la ley, la voluntad de las partes, los usos y prácticas o la relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes autoricen a tenerla por expresada.

2. Interpretación

Contrariamente a lo que surge del conocido adagio "el que calla otorga", en derecho el silencio no significa ni aceptación ni rechazo; es un hecho neutro que puede prestarse a equívocos. No se refiere exclusivamente al no uso de la palabra, sino también a la omisión de expedirse sobre algún hecho o interrogación. La respuesta esquiva, que no permite inferir de alguna manera la expresión de la voluntad (ya sea por signos o señales o por algunos de los modos ya vistos), configura el supuesto de esta norma.

Al igual de lo que ocurría con el CC, el actual también contiene excepciones por las cuales se atribuye al silencio un valor. Se trata de supuestos en que se entiende que más que el ejercicio de un derecho o una facultad, se incurre en reticencia en la medida que se esquiva una respuesta que puede entorpecer o perjudicar a los demás. Por tanto, el derecho hace un juicio de ponderación entre el silencio en determinados casos y la necesidad de expedirse, y asigna determinado valor.

Esos supuestos son los siguientes:

a. **Cuando existe un deber de expedirse que resulte de la ley***:* existe obligación de explicarse por la ley cuando esta impone al silencio una determinada consecuencia o efecto. Así, la incomparecencia a la audiencia confesional o la negativa injustificada a responder, autoriza a tener por cierto lo que afirma el ponente (arts. 411 y 417 CPCCN); o bien cuando se cita a una persona en juicio para que reconozca la firma que se le atribuye en un instrumento privado. Si no comparece, se lo tiene por reconocido (art. 314 CCyC).
b. **Se infiere de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas***:* en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes también pudieron haber estipulado que, en caso de no responder en determinado plazo algún requerimiento o interrogación formulada por la otra, importará aceptación o negativa a la formulación efectuada.

Infojus

La norma incorpora también las inferencias del silencio que pueden surgir de los usos y prácticas.

c. **Cuando del silencio actual comparado con declaraciones precedentes, resulta una inequívoca inferencia que tiene un significado:** este es el caso en el que el silencio, unido a otras manifestaciones, puede ser tomado en cuenta como expresión de la voluntad. Se trata de un supuesto susceptible de interpretación y será el juez quien interprete que el silencio actual, en comparación con las declaraciones anteriores, significa consentimiento o aceptación. Esta circunstancia se presenta cuando el empleador guarda silencio frente a la intimación efectuada por el trabajador para considerarse despedido. Dicha actitud importa admitir la relación de trabajo que es el presupuesto de configuración de distintas contingencias posteriores (por ejemplo, el presunto despido indirecto y la procedencia de la indemnización). También se verifica cuando el comprador que adquiere periódicamente mercaderías nada dice frente al silencio del vendedor de que ha aumentado el precio y las recibe.

ARTÍCULO 264.- ***Manifestación tácita de voluntad.*** *La manifestación tácita de la voluntad resulta de los actos por los cuales se la puede conocer con certidumbre. Carece de eficacia cuando la ley o la convención exigen una manifestación expresa.*

1. Introducción

El CCyC mantiene en lo sustancial la disposición que contenía el art. 918 CC, aunque simplifica su redacción y elimina las excepciones que contenía esta última, las cuales, en rigor, eran superfluas.

2. Interpretación

2.1. Definición

La declaración tácita de la voluntad es el resultado de la conexión de distintos actos cumplidos por una persona que ponen de manifiesto la existencia de una voluntad determinada, con prescindencia de la intención que hubiera tenido el sujeto de exteriorizarla. No está directamente enderezada a realizar una manifestación de la voluntad, sino que se infiere del comportamiento del agente, razón por la que también se la denomina "indirecta".[214] Así ocurre cuando se recibe el capital sin hacer reserva de los intereses porque en tal caso se presume el pago total de la deuda (art. 899, inc. c) CCyC).

Configuran una manifestación tácita de la voluntad los supuestos en los que el acreedor devuelve al deudor el instrumento donde consta la obligación, circunstancia que lleva a inferir la liberación del deudor, ya sea por haber pagado o porque el acreedor hizo remisión de la deuda; la persona que recibe habitualmente mercadería de un comerciante y no la rechaza, sino que la vende, significa que la ha aceptado. Idéntica conclusión se impone si alguien consume una gaseosa en el interior de un supermercado antes de pagarla. En esos casos se infiere inequívocamente la declaración de voluntad.

(214) Brebbia, Roberto H., *op. cit.*, p. 247.

Infojus

2.2. Finalidad

La expresión tácita tiene por finalidad proporcionar elementos para interpretar de qué forma se interpreta la voluntad del emisor, aun cuando el sujeto no haya actuado con el propósito de manifestarla. Esto significa que si el mandatario ejecuta la encomienda en silencio es porque aceptó el mandato (art. 1319 *in fine* CCyC).

2.3. Requisitos de la manifestación tácita de la voluntad

Para que la expresión tácita de la voluntad sea relevante, es preciso que se configuren tres requisitos.

El primero (requisito positivo) es que la voluntad pueda conocerse con certidumbre a través de la conducta. Vale decir, resulta imprescindible que el hecho sea incompatible con una voluntad contraria a la que se desprende de la manifestación, de acuerdo con el principio de la buena fe.

El segundo (requisito negativo) es que la ley no tiene que exigir una manifestación expresa o imponer que la voluntad se exteriorice —en forma exclusiva— de una determinada manera; *v. gr.*, cuando impone la forma *ad solemnitatem*, como por ejemplo, la escritura pública para las donaciones de inmuebles o bienes muebles registrables (art. 1552 CCyC).

Finalmente, tampoco las partes tuvieron que haber supeditado la obligatoriedad del acto al cumplimiento de algunas formalidades. Es un supuesto de aplicación de la autonomía de la voluntad en materia de forma (art. 284) que provoca que el negocio jurídico carezca de validez cuando las partes, apartándose del principio genérico de libertad, han establecido que sea expresado bajo determinada formalidad.

CAPÍTULO 2
Error como vicio de la voluntad

ARTÍCULO 265.- ***Error de hecho.*** ***El error de hecho esencial vicia la voluntad y causa la nulidad del acto. Si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad.***

Fuentes: art. 1248 del Código Civil italiano de 1942.

1. Introducción

El CCyC distingue claramente, por un lado, los vicios de la voluntad y, por el otro, los vicios propios del acto jurídico. Aunque las reformas en esta materia no son muchas, son conceptualmente importantes porque modifican la fisonomía de estos institutos.

Uno de los temas donde el cambio se hace más evidente es el vinculado con el error. El CCyC sigue en este punto al Código Civil italiano de 1942; el art. 265 que se comenta reconoce su fuente, precisamente, en el art. 1248 del mencionado *Codice Civile*.

También se elimina la referencia a la ignorancia, asimilada por la doctrina —cabe citar, en este caso, autores como Savigny, Llambías y Borda— desde antiguo al error, de modo que su regulación era innecesaria. Por último, se incorpora un nuevo requisito para que el error pueda dar lugar a la nulidad del acto y es que sea reconocible.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Concepto

Se entiende por "error" el falso conocimiento de la realidad de las cosas. Es un vicio de la voluntad que afecta la intención del sujeto, como elemento interno del acto voluntario; de no haber tenido un falso conocimiento de las cosas, la persona jamás hubiera celebrado el acto.

Puede recaer sobre algún elemento de hecho, contenido o presupuesto del acto; en tal caso se tratará de error de hecho. En cambio, el error de derecho es el que recae sobre el alcance, la existencia o la vigencia de las normas jurídicas.

2.2. Requisitos

Para que el error cause la nulidad del acto debe tratarse de: a) error esencial; y b) ser el móvil determinante de la voluntad de quien ha errado.

Cuando se trata de actos jurídicos bilaterales o unilaterales recepticios, para que el error cause la nulidad, debe ser **reconocible** por el destinatario. Se protege, así, la buena fe y la seguridad en el tráfico, figuras compatibles con el deber de información que integra la estructura elemental del derecho contemporáneo.

2.3. Clasificación del error de hecho

El error se clasifica en esencial y accidental. El primero es el que se refiere al elemento del acto que se ha tenido en mira al tiempo de su celebración. Si, en cambio, recae en circunstancias accesorias o intrascendentes es inhábil para producir la invalidez del negocio.

Para que cause la nulidad, no basta que se trate de un error de hecho, sino que la norma exige que sea esencial. Se trata de impedir que por cualquier error sin entidad se perjudique la estabilidad de los actos jurídicos, cuya conservación el ordenamiento legal procura. Por tanto, es preciso que exista un motivo importante para invocar el error y declarar, en consecuencia, la nulidad del acto.

No se exige que sea excusable pero, cuando el vicio afecta a un acto bilateral o unilateral recepticio, debe ser reconocible por el destinario, pues de lo contrario no será posible declarar su invalidez. Esta postura tiene sustento en la necesidad de amparar al destinatario de la declaración errónea y en las necesidades del tráfico jurídico.

2.4. Requisitos del error de hecho esencial

Para que el error pueda ser jurídicamente relevante y consienta la declaración de nulidad del acto jurídico es preciso que el falso conocimiento recaiga sobre algún elemento de hecho, contenido o presupuesto de aquel. Además, para provocar la invalidez, el error debe afectar el proceso de formación interna de la voluntad, es decir, haber sido la causa o móvil determinante del acto. Si, por el contrario, no recae sobre alguno de los elementos básicos del negocio y no fue el motivo que determinó la voluntad, no podrá producir la nulidad del acto pues fallaría, en ese caso, la característica de tratarse de un error esencial.

En el CC, para que el error sea susceptible de provocar la nulidad del negocio, no solo tenía que ser esencial, sino —además— excusable, esto es, que haya existido razón para errar (art. 929 CC). Se descartaba, así, la posibilidad de invocar el error como vicio de la

voluntad cuando la ignorancia del verdadero estado de cosas provenía de una negligencia culpable. De esta forma, se concedía un margen de tolerancia —aunque limitado—, permitiéndole al que sufrió error impugnar el acto.

La doctrina, siguiendo directivas del derecho europeo —concretamente, el derecho francés, el español y el alemán— postula la supresión del requisito de la excusabilidad, de modo que se admite la posibilidad de invocar el error aunque la persona que lo experimentó hubiere obrado con imprudencia y se encuentre obligada a reparar o indemnizar a la otra parte.(215)

En este nuevo esquema, el error se transforma en relevante cuando es reconocible para la contraparte porque esta pudo advertir que faltaba en la conciencia de ambas correspondencia en la declaración y, por tanto, no solo está ausente el elemento subjetivo, sino también el elemento objetivo del acto bilateral.(216)

2.5. Error de derecho

El error de derecho no puede ser invocado para anular los actos, salvo en los casos que menciona el art. 8° CCyC. Si una persona comete un ilícito no puede eximirse de las consecuencias de los daños. Sin embargo, la ley establece que el error de derecho sirve de excusa solamente en aquellas circunstancias que excepcionalmente prescribe; ello ocurre en el caso del heredero aparente o poseedor de la herencia de buena fe (art. 2315 CCyC).

ARTÍCULO 266.- ***Error reconocible.*** ***El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto, las circunstancias de persona, tiempo y lugar.***

1. Introducción

Los actos jurídicos pueden ser declarados nulos cuando hay error de hecho, el que, para ser invocado, además de ser esencial (art. 265 CCyC), debe ser reconocible. El CCyC introduce este cambio tan importante en materia del error, dejando de lado el criterio de la excusabilidad del error para adoptar el de la reconocibilidad.

En efecto, en el Código de Vélez, para poder invocar el error como causal de nulidad del acto jurídico, el declarante debía probar no solo que era esencial, sino que además era **excusable**, es decir, que el otorgante del acto solo podía invocar su propio error cuando la ignorancia del verdadero estado de cosas no provenía de su negligencia o culpa (art. 929 CC). El parámetro para valorar la procedencia de la nulidad era, por tanto, el nivel de negligencia "del propio sujeto errante" sin consideración a la posición de la otra parte. De esta forma se ponía el acento en la voluntad del declarante y no se tomaba en cuenta, en absoluto, la confianza que la emisión de la declaración había provocado en el destinatario (art. 1067 CC).

En la actualidad, la protección de la confianza es un valor sobreentendido en el derecho. Una de sus manifestaciones es el desarrollo del deber de información. Su importancia no solo se perfila en los actos jurídicos unilaterales patrimoniales, sino también en los actos

(215) Cifuentes, Santos, *Negocio Jurídico*, 2ª ed. actual. y amp., Bs. As., Astrea, 2004, p. 436.

(216) Betti, Emilio, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Madrid, Editorial Revista de derecho Privado, 1967, p. 370 y ss.

Infojus

extrapatrimoniales. Este requisito está destinado a proteger la confianza que el destinatario habitualmente deposita en la declaración de voluntad que le es dirigida.

2. Interpretación

2.1. Determinación de lo reconocible

Los actos jurídicos pueden ser declarados nulos cuando hay error de hecho, el que, para ser invocado, además de ser esencial (art. 265), como se dijo, debe ser **reconocible.**

El error es reconocible cuando el destinatario de la declaración lo pudo conocer según la naturaleza del acto y las circunstancias de persona, tiempo y lugar. Es decir, el error es reconocible cuando en relación a la naturaleza y circunstancias del negocio jurídico, el destinatario, usando la **normal diligencia, hubiera podido** darse cuenta de él. Solo se exige que el receptor esté en condiciones de advertir el error en abstracto, **aunque**, de hecho, no se hubiera dado cuenta, empleándose para advertirlo un criterio de normalidad. Por tanto, es irrelevante que el destinatario de la declaración haya o no reconocido el error: basta que el error fuese objetivamente reconocible según las **características** del destinatario de la declaración considerando la naturaleza del acto en cuestión y, particularmente, las circunstancias de tiempo y lugar, tal como expresa el texto de la norma.

Cabe señalar que es clara la finalidad tuitiva de la disposición que se comenta, la cual procura armonizar los intereses contrapuestos entre los del que yerra al emitir su voluntad y los del tráfico. Cuanto más precisos sean los deberes de información a cargo de una parte, mayor relevancia adquiere la **calidad de profesional** del destinatario de la declaración a los fines de reconocibilidad del error.

2.2. Reconocibilidad del error y tipos negociales

La razón que ha llevado al legislador a consagrar el requisito de la reconocibilidad del error se mantiene aun cuando se trate de negocios **unilaterales,** ello en tanto y en cuanto estén dirigidos a un determinado destinatario, con excepción del testamento. Es la regla que emerge expresamente del artículo anterior al disponer que "*si el acto es bilateral o unilateral recepticio, el error debe, además, ser reconocible por el destinatario para causar la nulidad*" (art. 265 CCyC).

Por tanto, los negocios unilaterales *inter vivos* de contenido patrimonial —por ejemplo, la declaración unilateral de voluntad (art. 1800), la promesa al público (art. 1803), el reconocimiento (art. 733), la renuncia (art. 944)— se rigen, en principio, si existe compatibilidad, por las reglas de los contratos, y en consecuencia, el error para ser invocado debe haber sido reconocible por el destinatario.

2.3. Prueba de la reconocibilidad del error

La reconocibilidad, como regla, no se presume y corre a cargo de quien invoca la nulidad del negocio la prueba del extremo.

2.4. Reconocibilidad y actos ilícitos

Como es sabido, el error en el caso de los actos ilícitos adquiere perfiles especiales, no obstante que, como principio, se encuentra sujeto a las reglas generales que se estudian en este Capítulo en materia de actos voluntarios lícitos y negocios jurídicos.

En ese orden, y en este ámbito específico, el error se desprende para su configuración de la regla de la reconocibilidad para concretarse en dos requisitos: la esencialidad y la "falta de culpa" del agente. En efecto, en materia de actos ilícitos, si el agente actuó con "negligencia culpable", causando un daño, tiene la obligación de indemnizar (arts. 1716 y 1721 CCyC).

ARTÍCULO 267.- ***Supuestos de error esencial.*** *El error de hecho es esencial cuando recae sobre:*

a. *la naturaleza del acto;*
b. *un bien o un hecho diverso o de distinta especie que el que se pretendió designar, o una calidad, extensión o suma diversa a la querida;*
c. *la cualidad sustancial del bien que haya sido determinante de la voluntad jurídica según la apreciación común o las circunstancias del caso;*
d. *los motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente;*
e. *la persona con la cual se celebró o a la cual se refiere el acto si ella fue determinante para su celebración.*

1. Introducción

Existe error de hecho esencial que da lugar a la nulidad del acto jurídico si se presenta cualquiera de los supuestos que menciona el artículo, todos los cuales apuntan a los aspectos primordiales del negocio.

En primer lugar, el error es esencial cuando recae sobre la naturaleza —es decir, sobre la especie— del negocio que se celebra o sobre el objeto que es diverso al que se pretendió designar.

También es error esencial el que recae sobre la cualidad sustancial de la cosa en tanto esta haya sido determinante de la voluntad.

Produce, asimismo, error esencial el que recae sobre la persona, esto es, cuando se produce su equivocada identificación o sustitución.

Finalmente, es esencial el error que recae sobre los motivos relevantes que se incorporaron en el acto.

2. Interpretación

2.1. Error esencial. Nociones. Su vinculación con la causa

Al igual de lo que ocurría con el Código de Vélez, el CCyC no define en qué consiste el error esencial, sino que sistematiza una serie de supuestos —no taxativos— en los cuales podría presentarse esa circunstancia.

Señala Borda que existe una estrecha vinculación entre la teoría del error y la causa de los actos jurídicos. Esta relación se advierte cuando se afirma que, para que sea esencial y produzca la nulidad del acto, el error debe recaer sobre las cualidades sustanciales o bien sobre la persona si esta fue la causa determinante de la celebración del acto.[217] También

(217) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte general,* t. II, Buenos Aires, La Ley, 2013, p. 305 y ss.

Infojus

puede recaer sobre los motivos que reúnan esa misma característica. Esta afirmación podría emparentarse con la nota del art. 926 CC, en la que se expresa que "*la causa principal del acto es el motivo, el objeto, que nos propusimos en el acto haciéndolo conocer a la otra parte*". En rigor, a partir del art. 926 citado como de la presente disposición, podría concluirse con Busso[218] que el error esencial consiste en un conjunto de razones determinantes particulares a cada contratante en su origen, y hechas comunes en el acto, bien por declaración expresa, bien mediante aceptación tácita.

2.2. Distintos supuestos enunciados

2.2.1. Error que recae sobre la naturaleza del acto

Cuando el error recae sobre la naturaleza del acto o sobre su objeto suele llamarse "*error in negotio*".

El error en la naturaleza del acto es el que recae sobre la especie del acto o contrato que se celebra o ejecuta. Ello sucede si una de las partes entiende que vende algo y la otra piensa que se trata de una donación, o a la inversa. En esta situación existe una divergencia entre la declaración o comportamiento de una de las partes y la representación subjetiva que esta tiene con relación a la naturaleza de lo declarado o actuado,[219] lo que incide sobre la propia identidad del negocio o sobre la identidad de la cosa en virtud de la cual este se ha concluido.

2.2.2. Error sobre la cualidad sustancial del bien

En este caso el error no recae sobre el hecho generador o fuente, sino sobre la característica esencial de un bien que determinó la voluntad común.

La cosa es sobre la que querían contratar las partes, pero no tiene las características que se pensaba que ella tenía.

Qué debe entenderse por cualidad sustancial es una de las cuestiones más difíciles de resolver. Brebbia[220] formula una serie de pautas para definir el concepto:

a. la cualidad debe integrar la cosa haciendo que ella sea lo que es y no una cualidad externa;
b. un factor importante para apreciar la cualidad sustancial lo constituye su correspondencia con la función económico-social que cumple la cosa. A la propuesta de Brebbia debe corregirse el sesgo subjetivo que contenía esta fórmula porque el error, tal como fue legislado siguiendo el modelo italiano, ya no se asienta en el principio de la buena fe creencia que establecía el referido autor, a menos que se trate de un acto unilateral.

   Es el caso de quien compra una cosa que no tenía las condiciones indispensables para cumplir la función para la que fue adquirida, por ejemplo un campo que no es apto para la siembra.

El artículo en comentario elimina la frase "*cualidad de la cosa que se ha tenido en mira*" con el objeto de evitar la discusión a que daba lugar con anterioridad y que generaba

(218) Busso, Eduardo, *Código Civil Anotado*, t. III, p. 159. Comentario al art. 500.

(219) Bustamante Alsina, Jorge, *La esencialidad del error como presupuesto de la nulidad*, en *LL* 95-752.

(220) Brebbia, Roberto H., *op. cit.*, p. 339. Ver comentario al art. 926.

interpretaciones encontradas; la misma transitaba por si había que examinar esa referencia con criterio subjetivo u objetivo. Ahora, sin duda, el criterio de apreciación es objetivo. En consecuencia, para determinar si el error es esencial porque ha recaído sobre las características esenciales o sustanciales de las cosas, habrá que estar a "*…la apreciación común o las circunstancias del caso*".

El error en las cualidades sustanciales del bien o hecho del acto implica, a su vez, que la persona que lo invoca debe probar cuál es esa cualidad sin la cual el acto no se hubiera celebrado.

2.2.3. Motivos personales relevantes incorporados expresa o tácitamente

Cuando el inciso se refiere a los "*motivos personales relevantes que hayan sido incorporados expresa o tácitamente*", se refiere al móvil determinante del acto que integra la voluntad de los otorgantes y que constituye la causa de su celebración. Este supuesto ingresa en la cuestión de la causa y ya no hay duda de que se puso punto final a la discusión entre causalistas y anticausalistas. En otras palabras, se configura el error cuando este recae sobre los motivos que las personas se proponen conseguir con el acto, haciéndolo conocer a la otra parte. Se trata del conjunto de razones que deciden a cada persona a celebrar el negocio jurídico que, si bien inicialmente son particulares, se pusieron de manifiesto a la otra parte al momento de la celebración del acto, ya sea por declaración expresa o tácita.[221]

2.2.4. Error que recae sobre la persona del otro contratante

El error recae en la identidad de la persona si tiene un destinatario determinado y la declaración de voluntad es dirigida a una persona distinta de aquella con quien se cree celebrar el acto, como en el caso de sustitución dolosa de una persona por otra. El Código de Vélez requería confusión de personas, pero para el art. 267 CCyC lo relevante es que el sujeto sobre el cual recae el error haya sido determinante en la celebración del acto. En los casos de declaración no recepticia, el error puede recaer en un destinatario distinto de aquel a quien el declarante pretende dirigirse; esta hipótesis se presenta cuando se designa heredero en un testamento a una persona diferente de aquella que el testador ha querido beneficiar.[222]

ARTÍCULO 268.- ***Error de cálculo.*** *El error de cálculo no da lugar a la nulidad del acto, sino solamente a su rectificación, excepto que sea determinante del consentimiento.*

1. Introducción

En esta disposición el CCyC suprime el concepto que contenía el art. 928 CC que se refería al error de cálculo como un supuesto de error accidental que no invalidaba el acto.

El art. 268 se refiere solamente al error material de cálculo que es susceptible de ser salvado. Una lectura más profunda del artículo indica que, en rigor, el principio general que enuncia no es estrictamente un caso de error que afecte o vicie la voluntad de las partes, sino una discordancia superable con solo efectuar la corrección que corresponda y dejarla

(221) Busso, Eduardo, *op. cit.*, p. 159. Comentario al art. 500.

(222) Betti, Emilio, *op. cit.*, p. 366.

Infojus

asentada para que se refleje la voluntad realmente declarada. En cambio, la excepción que establece la segunda parte de la norma desplaza el problema hacia los vicios de la voluntad, es decir: procede la nulidad cuando el cálculo o la suma mencionada han sido determinantes del consentimiento.

2. Interpretación

Al respecto pueden presentarse distintas hipótesis. Por un lado, el error en la cantidad puede manifestarse como error en la declaración; se presenta este caso cuando la designación en la cantidad constituye un momento de individualización del objeto del negocio y a él debe equipararse. Pero, como advierte Messineo, normalmente el error en la cantidad no es error en la declaración, sino error-motivo. Sobre este aspecto, se dice que lo más está comprendido en lo menos, de modo que la cantidad mayor no contiene error porque el que pretende recibir lo más está dispuesto también a recibir lo menos. Sin embargo, no siempre es posible razonar de esta forma. Es así que cuando se trata de un acto jurídico oneroso es preciso que ambas partes hubieran hecho referencia a la misma cantidad, porque si cada uno menciona cantidades diferentes, el negocio es nulo, conclusión que se desprende a partir de la relación que necesariamente debe existir entre prestación y contraprestación.

Cuando el error recae sobre el valor o el precio, de ordinario puede tratarse de error esencial. Así ocurre cuando se cree comprar una obra de arte que se considera de mucho valor y es solo una buena imitación; en tal caso, se trataría —en verdad— de error en la cualidad esencial de la cosa.

En síntesis, siempre que el error de cálculo no sea accidental se lo asimila al error en la individualización del objeto. En tal caso, no procede admitir que las partes acordaron por la suma menor. Pero, de tratarse de un mero error numérico, es claro que, como prevé el artículo en comentario, la nulidad no será viable, sino que procede su rectificación.

ARTÍCULO 269.- ***Subsistencia del acto.*** *La parte que incurre en error no puede solicitar la nulidad del acto, si la otra ofrece ejecutarlo con las modalidades y el contenido que aquélla entendió celebrar.*

1. Introducción

El artículo que se comenta, inspirado en el art. 1432 del Código italiano, se funda en dos postulados básicos del acto jurídico: el principio de la buena fe y el principio de conservación. La combinación de ambas reglas ha llevado al legislador a autorizar la subsistencia del acto si la contraparte de aquel que experimentó el error consiente en ejecutar el negocio tal cual este lo entendió. Vale decir, le da relevancia a la voluntad real por sobre la declarada, afectada por el vicio de error.

2. Interpretación

La parte que padeció error al tiempo de la celebración del acto no puede reclamar su nulidad si obtiene satisfacción de su interés. Este consiste, precisamente, en que la otra parte se avenga a ejecutar el acto de acuerdo con las modalidades y el contenido que el perjudicado entendió que tenían al tiempo de celebrarlo. Es una aplicación concreta del principio de conservación y de aquel que establece que el interés es la medida de la acción. Si no existe perjuicio que merezca ser subsanado, tampoco habrá razones —o

interés— para demandar la invalidez del acto, por cuanto se trataría de la nulidad por la nulidad misma.

La misma solución contiene el art. 631 del Proyecto del PEN y el art. 318 del Proyecto de 1998.

ARTÍCULO 270.- ***Error en la declaración.*** *Las disposiciones de los artículos de este Capítulo son aplicables al error en la declaración de voluntad y en su transmisión.*

1. Introducción

El error en la declaración o error impropio, también denominado "error de pluma", no afecta ninguno de los elementos internos de la voluntad, sino que se transmite algo distinto de lo realmente querido. Constituye una falla en la transmisión o declaración de la voluntad.

El Código de 1871 no contenía ninguna disposición sobre el error en la declaración. Sin embargo, la doctrina sostenía que no existían razones para no aplicar a este supuesto las normas generales sobre el error.

No se trata de un vicio en los elementos internos de la voluntad, sino de la discordancia entre alguno de ellos y el elemento externo. El art. 270 remite, también en este caso, a las normas del error anteriormente explicadas.

2. Interpretación

2.1. Error en la declaración y en la transmisión

Tradicionalmente al error en la declaración también se lo denominó "error de pluma" o "error impropio" porque no afecta los elementos internos de la voluntad. El art. 1433 del Código italiano califica este tipo de error como la falsa representación por la cual la parte atribuye a la declaración o comportamiento propios un significado distinto al que tiene objetivamente.[223] Se trata en este caso de algo que el sujeto conoce y quiere pero falla al manifestarlo, porque de esa manifestación se deduce un significado distinto de aquello realmente querido al celebrar el negocio.

La solución legal es, por cierto, interpretar correctamente el acto. El CC no contenía una norma semejante. En rigor, se trata de un supuesto de error de hecho, que puede producirse por distintas circunstancias.

2.2. Distintas manifestaciones del error en la declaración

El error en la declaración puede referirse a cualquiera de los aspectos configurativos del error esencial propiamente dicho. Así, puede haber error en la declaración respecto de la identidad de la persona, sobre las cualidades esenciales de la cosa y en lo atinente al objeto o respecto de sus cualidades esenciales.

El error en la declaración puede manifestarse de tres modos:

a. Cuando la persona realiza una declaración en forma involuntaria o inconsciente.

(223) Betti, Emilio, *op. cit.*, p. 362.

Infojus

b. Cuando se emite una declaración que no refleja su efectiva voluntad. Es decir, la voluntad declarada no existe aun cuando exista otra. Así, por ejemplo, el sujeto confunde un documento con otro y firmó el que no quería. Este es el supuesto más fecundo en ejemplos y el que se vincula con el error obstativo o impropio. Así, el clásico ejemplo del que dice que compra cuando en realidad quiere vender.

c. El sujeto emplea deliberadamente expresiones pero no conoce que tienen distintos significados, acepciones o que pueden hacer referencia a diferentes especies. Así, cuando se celebra una operación en dólares en el entendimiento de que se trata de dólares canadienses pero se desconoce que el signo representa dólares norteamericanos.

En cualquiera de esos casos la voluntad se ha formado correctamente sobre un exacto conocimiento de lo que se quiere realizar, pero la equivocación se produce al declarar o transmitir la voluntad.

2.3. Error en la declaración, impropio o error de pluma. Efectos

Como se dijo, el error en la declaración, impropio o error de pluma se produce cuando una de las partes, al pronunciar o escribir una palabra o una cantidad, declara o exterioriza una distinta de la que había pensado debido a un error de expresión. Si la parte que recibe la oferta es de buena fe en consideración a los términos utilizados en el acto, el negocio jurídico es válido tal como resulta de las cantidades o calidades declaradas.[224] La contraparte, en cambio, no podría aprovecharse de una declaración errónea de la otra ni podría invocar error cuando surge manifiesto del propio acto el carácter irrazonable o extravagante de la oferta. En estos casos, el error no da lugar a la anulación del contrato sino a la rectificación de los términos de la declaración.[225]

Siempre que del cuerpo de la declaración pueda inferirse la voluntad del contratante, habrá de dársele prioridad.[226]

CAPÍTULO 3
Dolo como vicio de la voluntad

ARTÍCULO 271.- ***Acción y omisión dolosa.*** *Acción dolosa es toda aserción de lo falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto. La omisión dolosa causa los mismos efectos que la acción dolosa, cuando el acto no se habría realizado sin la reticencia u ocultación.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 276, 277, 278 CCyC.

1. Introducción

En este artículo se fusionan los preceptos que enunciaban los arts. 931 y 933 CC.

(224) Borda, Guillemo A., *op. cit.*, p. 311.

(225) Borda, Guillemo A., *op. cit.*, p. 312.

(226) Borda, Guillemo A., *op. cit.*, p. 311.

Infojus

2. Interpretación

2.1. Concepto

El dolo es uno de los vicios clásicos de la voluntad, pues suprime la intención. Tiene distintos significados, pero aquí se lo estudia como vicio de la voluntad. Consiste fundamentalmente en realizar una maniobra engañosa o incurrir en una omisión o reticencia que produzca el mismo efecto.

La característica del dolo como vicio de la voluntad radica en el engaño que se emplea para lograr que otro celebre un acto jurídico. El ardid, la astucia y la maquinación deben ser idóneos para configurar una maniobra ilícita que determine la voluntad de otra persona, llevándola a realizar un acto jurídico que de otro modo no hubiera celebrado.

El CCyC incorpora expresamente la omisión dolosa como parte de las maniobras para configurar el dolo como vicio de la voluntad, en la medida —claro está— que constituya la causa determinante del acto. La omisión dolosa implica guardar silencio cuando se advierte que la otra parte se encuentra equivocada o incurre en error respecto de algún elemento esencial del contrato que es determinante de su consentimiento.

2.2. Ámbito de aplicación

No solamente los actos bilaterales pueden ser susceptibles de dolo, sino que también puede afectar a los negocios unilaterales.

2.3. Comparación con otras figuras

a. **Dolo y error:** si bien el dolo procura hacer incurrir en error a la otra parte, la diferencia entre ambos radica en un elemento que es característico del dolo y esencial para su configuración: el engaño producido por una de las partes sobre la otra o por un tercero. El dolo —a diferencia del error— no requiere ser "reconocible" para causar la nulidad del acto, aunque solo puede producir dicho efecto en la medida que reúna las condiciones que establece el artículo en comentario.

b. **Dolo y fraude:** ambas figuras tienen elementos en común. Consisten en maniobras desleales que causan perjuicio a la víctima. Así, en el fraude con posterioridad a la existencia del crédito determinado, el deudor lleva a cabo un acto real con la finalidad de provocar o agravar su insolvencia a efectos de no cumplir con sus obligaciones. En el dolo, el acto se comete antes o al tiempo de celebrar el negocio. A su vez, en el dolo una de las partes o un tercero —o ambos— urden una maniobra para engañar a un tercero; en cambio, en el fraude el fin último es provocar que se realice un acto en perjuicio a la víctima.

c. **Dolo e intimidación:** remitir a los comentarios de los arts. 276 a 278 CCyC.

d. **Dolo y simulación ilícita:** el acto simulado es ficticio y se realiza siempre en perjuicio de alguien ajeno a la simulación. El acto doloso, en cambio, es real en tanto que la víctima no es un tercero, sino que es la parte del acto que resultó perjudicada a raíz de la maniobra que la inclinó a realizarlo.

2.4. Clasificación del dolo

El dolo se clasifica en:

a. **Dolo principal, llamado esencial, o incidental:** es la clasificación más importante. La diferencia entre ambos radica en que el primero es el engaño que constituye la causa determinante del acto, en tanto que el dolo incidental es el engaño que, si bien

Infojus

ha logrado que la víctima lleve a cabo el acto jurídico en condiciones desventajosas, no ha sido la causa determinante o fundamental para realizar el negocio jurídico.

b. **Dolo bueno y dolo malo:** es una clasificación que ha caído en desuso porque el dolo, por definición, nunca es bueno.

c. **Dolo directo o indirecto:** el dolo directo es el cometido por alguna de las partes del acto, o por un representante suyo. El indirecto proviene de un tercero.

d. **Dolo positivo y negativo:** el primero se presenta cuando el sujeto emplea una acción como maniobra engañosa y el segundo, cuando la maniobra consiste en una omisión. Así, habrá dolo positivo cuando el agente asevera algo que es falso o disimula lo verdadero, emplea cualquier artificio, astucia o maquinación para lograr la celebración del acto. La omisión dolosa, en cambio, importa reticencia y ocultación de alguna característica esencial del acto sin la cual este no se hubiera llevado a cabo.

ARTÍCULO 272.- ***Dolo esencial.*** ***El dolo es esencial y causa la nulidad del acto si es grave, es determinante de la voluntad, causa un daño importante y no ha habido dolo por ambas partes.***

1. Introducción

En este punto el CCyC no ha innovado y ha mantenido la solución del Código de Vélez, aunque expuesta de manera más sencilla.

Tanto antes como ahora, no cualquier ardid o maniobra engañosa resultan idóneas para provocar la nulidad del negocio a causa de dolo. Para ello, es preciso que este sea esencial por oposición a incidental.

2. Interpretación

2.1. Dolo esencial

Es el que vicia el consentimiento porque fue la causa determinante del acto al inducir a la víctima a que lo consienta en condiciones desventajosas para ella. El CCyC considera esencial a la acción dolosa cuando reúne los requisitos que se analizarán en el siguiente apartado.

2.2. Requisitos que debe reunir el dolo para dar lugar a la nulidad

2.2.1. Debe ser grave

No cualquier acción dolosa es suficiente para decretar la nulidad de un acto. El ardid, astucia o maquinación deben ser idóneos para provocar engaño, porque este constituye la esencia del dolo. No hay dolo cuando el artificio o engaño es menor, una simple picardía, exageración o avivada que cualquiera podría advertir sin ningún esfuerzo extra. El límite de tolerancia radica en la buena fe y en la entidad del engaño para inducir al otro.

La gravedad del dolo, esto es, la idoneidad del engaño, debe ser apreciada según las características y condiciones de la víctima. Un ardid que no podría llevar a engaño a una persona sagaz y culta tal vez sea suficiente para inducir a un analfabeto o una persona de pocas luces a celebrar el negocio.

Las mismas consideraciones son de aplicación a la omisión dolosa cuando se trata de apreciar su gravedad.

2.2.2. Debe ser la causa determinante del acto

El engaño debe estar encaminado a lograr que otro realice un determinado acto jurídico. El dolo es causa determinante del acto cuando la maniobra elaborada por el autor afecta el proceso deliberativo interno de la otra persona y vicia la intención; de no haber sido por esa conducta que le presentó a la víctima un estado de las cosas falso o irreal, el acto no se hubiera llevado a cabo. Si no obstante el engaño, la víctima hubiere igualmente celebrado el negocio jurídico, no podrá reclamarse la nulidad porque el dolo habría sido incidental o irrelevante.

2.2.3. Que haya provocado un daño importante

Para que pueda acarrear la nulidad del acto, el CCyC exige que el daño causado por la acción dolosa sea **importante**. Vale decir, la víctima tiene que haber experimentado un perjuicio de cierta magnitud. Este requisito ha sido controvertido por algunos autores, pero el CCyC —al igual que el Código Civil de Vélez, que siguió la postura de Chardón— lo mantiene y guarda relación con el principio de conservación del acto jurídico, al que expresamente y en diferentes disposiciones se hace referencia. De modo que para declarar su ineficacia es preciso que se configuren razones de envergadura tal que justifique apartarse de dicho postulado que tiende a la estabilidad de los negocios y a la seguridad jurídica. En caso de que el dolo no hubiere provocado un daño significativo, la víctima siempre podrá reclamar la reparación de los daños y perjuicios sin necesidad de invalidar el acto jurídico, toda vez que la ilicitud de la conducta siempre se mantiene.

El daño que provoca la nulidad puede ser patrimonial o moral. En ambos casos, la importancia del perjuicio debe ser ponderada tomando en consideración la trascendencia o entidad del negocio afectado, con prescindencia del monto económico comprometido.

2.2.4. Que no haya dolo de ambas partes

Es una exigencia del principio de la buena fe. Dice Borda: "*quien juega sucio, no tiene derecho a exigir un juego limpio. Si las partes se han engañado mutuamente, la ley se desinteresa de ellas; es bueno que sufran perjuicio de su propia inconducta*".[227]

2.3. Demanda de nulidad

La demanda de nulidad debe dirigirse siempre contra la otra parte del acto, aun cuando el autor del dolo hubiera sido un tercero. En caso de muerte, deberá dirigirse contra sus sucesores universales. Cuando el bien —o la cosa— que se pretende recuperar no se encuentre en poder de la contraparte, sino que fue transmitido a un tercero, también habrá que citarlo para que la sentencia le resulte oponible, pues de otro modo no podría alcanzarlo.

Por constituir un supuesto de nulidad relativa el acto viciado por dolo es susceptible de confirmación (art. 393 y ss. CCyC).

2.4. Prueba

La prueba de la acción dolosa que vicia la voluntad puede rendirse por cualquier medio. Por las características propias que posee aquella, la prueba de presunciones tiene especial importancia.

(227) Borda, Guillermo, *op. cit.*, p. 322.

Infojus

2.5. Sentencia

La sentencia que comprueba los requisitos del dolo esencial en un caso concreto declara la nulidad relativa del acto jurídico celebrado con ese vicio (art. 386 CCyC).

2.6. Prescripción de la acción de nulidad

En tanto se trata de un supuesto de nulidad relativa, rige en el caso el plazo de prescripción bianual (art. 2562, inc. b) CCyC).

ARTÍCULO 273.- ***Dolo incidental.*** ***El dolo incidental no es determinante de la voluntad; en consecuencia, no afecta la validez del acto.***

Remisiones: ver comentarios a los arts. 274 y 275 CCyC.

1. Introducción

El dolo incidental o *dolus incidens* se refiere a la maniobra engañosa que proviene de la otra parte o de un tercero pero que no ha sido la causa determinante del acto. Es decir, el engaño no determina la realización del negocio pero ha logrado que la víctima consienta condiciones que le son más gravosas o perjudiciales.[228] Esta característica revela la diferencia principal de esta figura con la del dolo esencial.

En este tema, el CCyC reproduce el concepto que establecía el art. 934 CC, aunque reemplaza la frase "*dolo incidente*" por la de "*dolo incidental*".

2. Interpretación

2.1. Requisitos del dolo incidente

Los requisitos del dolo incidental se definen por exclusión de aquellos que el art. 272 CCyC establece para el dolo esencial en orden a provocar la invalidez del negocio. Por tanto, para que este se configure, las maniobras o la omisión empleadas no deben haber sido causas determinantes del acto, o bien el daño que provocaron no debe haber sido de escasa importancia. Aun cuando la redacción del texto de Vélez permitía alcanzar esta conclusión sin dificultad, de los efectos que enumera el art. 275 CCyC se desprende con toda claridad que si solo da lugar a la indemnización de los daños provocados, es porque un perjuicio menor no resultaría suficiente para anular el acto.

Tampoco podrá reclamarse la nulidad del negocio si existió engaño, ocultamiento o cualquier omisión dolosa por ambas partes.

2.2. Dolo incidente y obrar culposo de la víctima

Si la víctima obró culposamente, no obstante la otra haya incurrido en engaño u ocultación, para fijar la indemnización a cargo del demandado por los perjuicios causados, el juez habrá de apreciar la influencia causal tanto de su conducta como la del victimario, y establecerá el monto según la gravedad de las respectivas conductas.

Si el dolo incidental proviene de un tercero, el acto habrá sido igualmente válido y el tercero tendrá que responder frente a la víctima por los daños ocasionados (ver comentarios a los artículos 274 y 275 CCyC).

(228) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General.*, t. II, 23ª ed. actual., Bs. As., Abeledo-Perrot, 2010, p. 449.

ARTÍCULO 274.- *Sujetos.* *El autor del dolo esencial y del dolo incidental puede ser una de las partes del acto o un tercero.*

Remisiones: ver comentario al art. 275 CCyC.

1. Introducción

Este artículo mantiene la solución del art. 935 CC —inspirado en este punto en el *Esbozo de Freitas*— y prevé que tanto el dolo incidental como el esencial o principal pueden ser cometidos por una de las partes o por un tercero ajeno al negocio jurídico. Esta situación da lugar a la clasificación del dolo como directo o indirecto: el primero es el ardid cometido por la parte que se beneficia con el acto, en tanto que el segundo es el que lleva a cabo un tercero sobre una de las partes para favorecer a la otra; en ambos casos se aplican las mismas reglas. Es decir, para que el dolo de un tercero pueda dar lugar a la nulidad, es preciso que se verifiquen los requisitos del dolo esencial. Si, por el contrario, el dolo fuera incidental, el perjudicado solamente podrá reclamar la reparación de los daños.

2. Interpretación

2.1. Prueba del dolo

El dolo, se trate de dolo esencial o accidental, configura un hecho ilícito. La parte que alega haber sido víctima tendrá también que acreditar las maniobras, ocultamientos o cualquier otra acción con entidad para configurarlo. Rigen los principios generales sobre la carga de la prueba, la cual puede rendirse por cualquier medio ya que se trata de simples hechos.

2.2. Efectos del dolo cometido por un tercero

Ver comentario al art. 275 CCyC.

ARTÍCULO 275.- *Responsabilidad por los daños causados.* *El autor del dolo esencial o incidental debe reparar el daño causado. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento del dolo del tercero.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 272 y 273 CCyC.

1. Introducción

A diferencia del CC, el CCyC establece de manera expresa el deber de reparar los daños en caso de dolo esencial, solución que con anterioridad se hallaba implícita y comprendida dentro del supuesto de hecho que contenía el art. 1056 CC.

Por su parte, el art. 935 CC remitía a las normas sobre violencia en caso de dolo por parte de un tercero.

El CCyC trata explícitamente la responsabilidad del autor del dolo, ya sea que este hubiere sido cometido por una de las partes o por un tercero.

2. Interpretación

2.1. Dolo y responsabilidad civil

El dolo —esencial o incidental— siempre constituye un acto ilícito y, como tal, es idóneo para dar lugar a la indemnización respectiva.

El artículo en comentario establece expresamente que el dolo genera responsabilidad civil tanto para la parte como para los terceros que fueron autores del dolo que

Infojus

vició el acto. Cuando se trata de dolo esencial, es el mismo hecho que da lugar a dos acciones:

a. la acción de nulidad del acto con la finalidad de volver las cosas *ex ante*, esto es, al tiempo anterior a la celebración del acto; y
b. la acción resarcitoria para reclamar los daños y perjuicios causados.

La víctima también puede optar por dejar subsistente el negocio jurídico y renunciar a reclamar su invalidez, solicitando al propio tiempo la reparación de los daños que el dolo le ha provocado.

Si el dolo ha sido incidental, solamente dará lugar a la reparación de los perjuicios que fueran acreditados (ver comentarios a los arts. 272 y 273).

Cuando el dolo fue cometido por un tercero, la parte beneficiada por el obrar de este responderá solidariamente por los daños causados a la víctima siempre que hubiera tenido conocimiento del dolo del tercero al momento de la celebración del acto; si dicho conocimiento es posterior no genera responsabilidad, será la obligación de indemnizar exclusiva del autor. La contraparte solo intervendrá en el juicio tendiente a desmantelar los efectos del negocio que exhibe un vicio en su génesis, aunque causado por un tercero.

En suma, en cualquiera de esos casos, el autor responde. Si existió dolo de un tercero, pero la parte beneficiada tuvo conocimiento de ello al tiempo de la celebración del acto, responde solidariamente. Vale decir, en ese caso son tratados como coautores o cómplices del delito.

2.2. Dolo recíproco

Cuando se trata de dolo recíproco ninguna de las partes puede invocar la nulidad ni reclamar la indemnización sustitutiva. Rigen aquí motivos de orden moral porque frente a la mala fe de ambas partes, por aplicación del principio según el cual nadie puede invocar la propia torpeza, el derecho se desentiende de las consecuencias de los actos perjudiciales que ellas se hubieren producido recíprocamente.

CAPÍTULO 4
Violencia como vicio de la voluntad

ARTÍCULO 276.- ***Fuerza e intimidación.*** *La fuerza irresistible y las amenazas que generan el temor de sufrir un mal grave e inminente que no se puedan contrarrestar o evitar en la persona o bienes de la parte o de un tercero, causan la nulidad del acto. La relevancia de las amenazas debe ser juzgada teniendo en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso.*

1. Introducción

El artículo regula la violencia o fuerza física irresistible y las amenazas —intimidación— como causas que atentan contra la libertad, entendida —claro está— como elemento interno del acto voluntario. De esta forma, al incluir en una misma disposición estos dos supuestos, concentra en una sola norma los arts. 936, 937 y 938 CC. Se receptan así las críticas que se realizaron a la redacción de los arts. 936 y 937 ya mencionados.

El CCyC elimina la referencia a que las amenazas deben ser "injustas". La interpretación que los distintos autores realizaban del art. 936 CC coincidía en que si se amenazaba a

Infojus

otro con alguna prevención legítima —por ejemplo, promover juicio si no abona la deuda— no constituía, en rigor, violencia. El texto civil y comercial toma esas críticas.

También suprime la regulación del temor reverencial, de modo que presentado el caso habrá que analizar en concreto si dicho temor fue o no idóneo para constreñir a otro y determinarlo a realizar el acto, esto es, si se configuran en un determinado caso los elementos de la intimidación.

Asimismo, el art. 276 CCyC suprimió las limitaciones que contenía el art. 937 CC, en cuanto a que el mal grave o inminente que era tomado en cuenta era el que recaía sobre la persona, honra o bienes del amenazado, de su cónyuge, descendientes o ascendientes.

2. Interpretación

2.1. Fuerza física. Condiciones

Al igual de lo que sucedía en el art. 936 CC —que en este punto había abrevado en el *Esbozo de Freitas*— la disposición objeto de este comentario indica que para constituir un vicio de la voluntad, la fuerza física debe ser irresistible, es decir, con el "ímpetu de cosa mayor, que no se puede repeler". Lo importante es que la víctima se haya visto compelida a realizar el acto del cual, por su gravedad o superioridad, resulta imposible sustraerse. El CCyC se refiere a que la fuerza física —o las amenazas— no se hubieran podido contrarrestar o evitar. Esta fórmula quiere decir que la persona amenazada o víctima de violencia debe haberse visto superada por los hechos, ya sea porque debido a la urgencia del caso y la amenaza de sufrir un mal inminente no da al damnificado tiempo suficiente para acudir al auxilio de la autoridad pública, o bien porque existen presiones, influencias o impedimentos justificados que impiden deshacerse del referido mal.

Es característica de la fuerza que el constreñimiento personal haya suplantado la fuerza del autor por la del sujeto pasivo. En otros términos, la víctima tiene que haber sido un mero instrumento en manos del agente porque no obra por sí ni por propia voluntad, sino que actúa con motivo de un constreñimiento corporal irresistible. Su voluntad no cuenta, sino que la finalidad del acto ha sido la pergeñada por otro. La víctima realiza, entonces, un acto marcadamente involuntario por falta de libertad.

Para que la fuerza física constituya causal de nulidad del acto es preciso que sea su causa determinante, es decir, que el negocio no se hubiera realizado de no haber existido dicha acción.

2.2. Intimidación o violencia moral

El concepto coincide con la *vis coactiva* o *metus* de los romanos. En este caso, el sujeto es objeto de coacción; su voluntad no se suprime totalmente —como en el caso de la fuerza— pero está viciada. La expresión que suele utilizarse para la *vis coactiva* es que el sujeto, aunque constreñido, quiso realizar el acto. Su libertad no ha sido suprimida pero sí gravemente condicionada. Entre dos males, eligió el que entendió que era menor o más llevadero.

2.3. Requisitos de configuración de la intimidación

2.3.1. Amenazas

Se trata de una acción psicológica sobre una de las partes del acto jurídico, a la que se le inspira temor de infligirle o de sufrir un mal inminente y grave si realiza o no realiza —según el caso— un acto determinado.

Infojus

Las amenazas deben haberse exteriorizado en forma expresa o tácita, siempre que del comportamiento del sujeto activo puedan inferirse con certidumbre. Además, las amenazas deben ser concretas y de posible cumplimiento. Si fueran irrealizables carecerían de entidad para afectar la libertad del sujeto. Por supuesto, esta característica debe verificarse en concreto, según las circunstancias personales de la víctima.

2.3.2. La amenaza debe importar el temor de sufrir un mal inminente y grave

Que la amenaza sea inminente significa no solo que el daño efectivamente ocurrirá —sin necesidad de que sea inmediato—, sino también que no se pueda contrarrestar por razones morales o por cualquier otra que impida desbaratarla.

En todo caso la magnitud del mal debe juzgarse en función de las circunstancias personales del agente. El CC mencionaba distintas variables a tener en cuenta para apreciar la referida gravedad y, por ende, su idoneidad para constreñir al sujeto a celebrar el acto: la condición, el carácter, **habitudes** o sexo de la víctima. El CCyC no entra en detalles ni se refiere a ningún elemento concreto, sino que sintetiza cómo habrá de juzgarse la relevancia de las amenazas, estableciendo que a tal efecto habrá de tenerse en cuenta la situación del amenazado y las demás circunstancias del caso. De allí que para ponderar la entidad y el calibre de aquellas a fin de determinar a otro a realizar un acto jurídico, el juez habrá de tomar en cuenta las condiciones personales del afectado y las circunstancias en que dichas amenazas fueron realizadas.

2.3.3. Amenazas efectuadas por personas que carecen de discernimiento

La falta de discernimiento permanente o transitoria del autor de la amenaza es irrelevante. Basta con que pueda apreciarse en forma objetiva su injusticia e idoneidad para torcer la libertad de la víctima a fin de determinarla a celebrar un acto jurídico.

Desde esa perspectiva, también sería antijurídica la conducta obrada por quien, a su vez, fue sujeto de engaño por parte de un tercero porque la ilicitud en sí misma se configura si la coacción ha afectado la libertad de la persona.

2.3.4. Bienes sobre los que recaen las amenazas

Las amenazas pueden recaer sobre la persona de la parte contratante o sobre sus bienes; también causan la nulidad del acto aquellas que recaen sobre la persona o bienes de terceros. Al respecto, a diferencia de lo previsto por el Código de Vélez, el CCyC no hace mención a ningún vínculo de parentesco en especial. De esta forma, la distinción que formulaba la doctrina respecto a la carga de probar la "fuerte impresión" o el "temor fundado" —a los que hacía referencia el art. 937 CC, según si fueran o no amenazados los parientes que allí se mencionan— se ha tornado abstracta.

El art. 276 solamente se refiere a que las amenazas pueden dirigirse también hacia un tercero. En este caso, lo único trascendente es que la amenaza que se efectúa haya influido de tal forma en la voluntad de la persona que la hubiere determinado a actuar coaccionada al momento de celebrar el negocio. En otras palabras, la amenaza, ya sea a la persona de la víctima o a un tercero, tiene que ser grave y poseer suficiente entidad para viciar la libertad del sujeto pasivo, de modo que el acto que realice en consecuencia deba reputarse involuntario.

2.3.5. Que el temor a las amenazas haya sido la causa determinante del acto

Aunque la norma no lo prevé expresamente, la influencia de las amenazas para infundir temor a la víctima y determinarlo a realizar el acto es una condición fundamental para que proceda la nulidad.

La prueba de ese extremo corre por cuenta de quien solicita la declaración de nulidad por esta razón.

ARTÍCULO 277.- ***Sujetos.*** *El autor de la fuerza irresistible y de las amenazas puede ser una de las partes del acto o un tercero.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 276 y 278 CCyC.

1. Introducción

La violencia física o la intimidación pueden haber sido ejercidas por una de las partes contra la otra o por un tercero. En cualquiera de esos casos perjudica la validez del negocio jurídico siempre que se configuren los presupuestos estudiados. (ver comentario al art. 276 CCyC).

2. Interpretación

2.1. Qué se entiende por tercero

Reviste el carácter de tercero todo aquel que no ha intervenido como parte en un acto jurídico. También se considera tal a quien no obra como agente activo de los hechos ilícitos ni de los simples actos lícitos. Entre otros, son terceros con relación al acto los testigos, el escribano o cualquier otra persona para quienes aquel no produce ningún efecto sustancial, aunque hubiesen concurrido a su celebración.

2.2. Sanciones

En el caso en que la violencia hubiere sido ejercida por una de las partes, la perjudicada cuenta con dos acciones:

a. la nulidad; y
b. la acción resarcitoria.

La víctima puede iniciar la acción de nulidad para volver las cosas al estado anterior y, como el ejercicio de violencia constituye un acto ilícito, también puede solicitar la reparación de los daños y perjuicios (ver comentario al art. 278 CCyC).

Por la índole de la acción que vicia la voluntad, una opinión sostiene que a efectos de valorar la procedencia de la declaración de nulidad, es razonable considerar no solo el conocimiento anterior de la parte que se benefició con las amenazas o con la fuerza física irresistible, sino también el conocimiento posterior a la celebración, porque una vez que advirtió lo ocurrido tiene el deber de protestar y dar al perjudicado los medios para dejar sin efecto el acto.[229]

La acción de nulidad para obtener la restitución de lo entregado solamente prosperará contra la parte del acto o sus sucesores universales; si la cosa o bien ya no se encuentra en su poder, deberá integrarse la *litis* con el tercer adquirente. Para que proceda la nulidad

(229) Cifuentes, Santos, *op. cit.*, p. 565 y ss.

Infojus

en este caso será preciso acreditar también la mala fe de este último, es decir, probar que conocía las circunstancias del acto precedente y que este fue celebrado con el vicio de violencia; la prueba del efectivo conocimiento puede rendirse por cualquier medio.

Al igual de lo que sucede en el caso del dolo, por tratarse de una nulidad relativa (art. 386 y ss. CCyC), la parte interesada en su declaración puede renunciar a ejercer la acción respectiva y dejar firme el negocio jurídico. Aun así, puede solicitar la reparación de los daños y perjuicios.

ARTÍCULO 278.- ***Responsabilidad por los daños causados.*** *El autor debe reparar los daños. Responde solidariamente la parte que al tiempo de la celebración del acto tuvo conocimiento de la fuerza irresistible o de las amenazas del tercero.*

1. Introducción

El CCyC fusiona las previsiones que contenían los arts. 942 y 943 CC, en cuanto establecen la responsabilidad por el ejercicio de la violencia según haya sido cometida por una de las partes contra la otra o por un tercero ajeno al acto. El daño se presume desde que se coarta ilegítimamente la libertad del sujeto en desmedro de sus derechos personalísimos.

En lo demás, la disposición en comentario sigue las directivas del CC anterior.

2. Interpretación

Las amenazas que infunden temor a la víctima con el fin de constreñirlo a otorgar un acto y suprimir su libertad constituyen un hecho ilícito y generan responsabilidad civil para su autor. Es decir, el autor de violencia es responsable por los daños causados. Si la violencia fue ejercida por un tercero, se mantiene la regla de la responsabilidad solidaria que establecía el ordenamiento anterior, de modo que si la parte beneficiada hubiera tenido conocimiento al tiempo de la celebración del acto que un tercero ejerció violencia para determinar a la víctima a otorgarlo, ambos responderán solidariamente.

No se requiere que el sujeto activo obre con intención de producir un perjuicio al amenazado ni que tenga un interés personal en el acto o el propósito de obtener una ventaja. La ilicitud de la conducta ha de apreciarse en forma objetiva. El propósito íntimo del agente es irrelevante por cuanto la ley tutela la libertad como elemento interno de la voluntad de quien otorga un acto jurídico.

CAPÍTULO 5
Actos jurídicos

SECCIÓN 1ª
Objeto del acto jurídico

ARTÍCULO 279.- ***Objeto.*** *El objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, 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.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 17 y 56 CCyC.

1. Introducción

El CCyC no contiene grandes innovaciones con relación al art. 953 CC, de modo que el objeto queda gobernado —como regla— por la autonomía de la voluntad, postulado que guarda coherencia con el régimen general de los actos jurídicos.

El CCyC solamente limita los actos prohibidos, aunque a partir de las restricciones que impone pueden establecerse los requisitos que debe contener el objeto del negocio. En consecuencia, toda la doctrina y jurisprudencia referida al art. 953 CC será de aplicación en este punto, con algunas modificaciones.

En efecto, tal como está regulado en el CCyC, el objeto de los actos jurídicos deben ser hechos o bienes que no sean imposibles ni prohibidos por la ley ni contrarios a la moral y a las buenas costumbres, ni al orden público. Tampoco pueden ser los bienes que por un motivo especial estuviera prohibido que lo sean. Tal es el caso de hipoteca sobre cosa mueble. A diferencia de lo que sucedía en el Código de Vélez, se extiende o amplía la posibilidad de ser objeto de los actos jurídicos al cuerpo humano, aunque con la salvedad de que no tiene valor económico, sino afectivo, científico, humanitario o social. Es así que también las partes separadas del cuerpo —como las piezas anatómicas, órganos y tejidos, células, etc.— pueden también ser objeto de los contratos, siempre que se cumplan determinadas condiciones.

El Código regula los requisitos del objeto tomando como eje el principio de libertad que asiste a las partes para elegir el objeto material o inmaterial sobre el que ha de recaer el fin inmediato perseguido al tiempo de celebrar el negocio.

El objeto de los actos jurídicos debe ser idóneo y esta característica exige que sea posible, lícito y determinado. En pos de esa finalidad, el Código establece cuáles son esos requisitos, pero los enuncia en forma negativa.

El artículo en comentario prescribe que el objeto del acto pueden ser hechos o bienes; la referencia a los **bienes** es comprensiva tanto las cosas materiales como de las inmateriales.

2. Interpretación

2.1. Requisitos de los hechos (lo que estos no deben ser)

2.1.1. Hechos imposibles

Los hechos, en cuanto objeto de los actos jurídicos, no deben ser imposibles. En la legislación actual ha prevalecido el criterio que considera que la única imposibilidad es la material por cuanto la imposibilidad jurídica queda comprendida entre los "hechos prohibidos por la ley" o entre los hechos ilícitos.[230]

La imposibilidad material se configura respecto a las cosas que jamás han existido, o que han dejado de existir, o que no pueden existir. El clásico ejemplo es la venta de un caballo que murió antes de la celebración del acto, sin conocimiento de las partes.

Los hechos, objeto del acto jurídico, deben ser determinados o determinables. Son determinados cuando al momento de la celebración del acto se encuentra precisado —sin

(230) Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial,* Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 541 y ss. Comentario al art. 953.

Infojus

duda— cuál es la materia concreta sobre la que versa el derecho. En cambio, el hecho es determinable cuando legal o convencionalmente se establecen los mecanismos tendientes a su determinación en el momento de cumplirse el acto.[231]

Como excepción, el art. 280 CCyC establece que en el caso de los actos jurídicos sujetos a plazo o condición, aunque inicialmente el objeto hubiera sido imposible, el acto será válido siempre que antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición se torne posible.

La imposibilidad a la que se refiere el artículo tiene que ser absoluta y no solamente relativa. Vale decir, el cumplimiento no ha de ser susceptible de realización para ninguna persona, y no solamente para una de las partes o para ambas. Si la imposibilidad las afectara por algún motivo personal que no previeron o no tuvieron en cuenta al tiempo de la celebración, responderán civilmente por el incumplimiento y por los daños y perjuicios causados. Además tiene que ser originaria, esto es, simultánea con el nacimiento del acto y no sobrevenida; en tal caso dará lugar a una responsabilidad precontractual si el negocio frustrado hubiera sido de naturaleza contractual.[232] Si, en cambio, la responsabilidad fuera sobreviniente, se configuraría la extinción de la obligación por imposibilidad de pago.

Las meras dificultades que pueden presentarse en el cumplimiento no son idóneas para generar imposibilidad en el objeto, aunque torne más onerosa la prestación o provoque molestias o sacrificios a las partes.

2.1.2. Prohibidos por las leyes

Los hechos ilícitos no pueden ser objeto de los actos jurídicos. La licitud, por definición, forma parte de la esencia de este tipo de actos porque el ordenamiento legal no puede tutelar aquellos que son contrarios a sus disposiciones o principios. La licitud del acto es, entonces, una exigencia primaria. Por tanto, el objeto de un acto jurídico no puede consistir en la formación de una sociedad para cometer delitos o para vender influencias, como así tampoco en la celebración de un contrato de servicios profesionales con un sujeto que carece de título habilitante.

2.1.3. Contrarios a la moral y a las buenas costumbres y al orden público

En este punto, el Código establece la directiva moral como regla de oro del objeto de los actos jurídicos; cabe señalar que sobre ella la jurisprudencia ha elaborado una importante casuística.

2.1.4. Hechos lesivos de los derechos ajenos o de la dignidad humana

El artículo en comentario establece que no pueden constituir objeto de los actos jurídicos los hechos lesivos a los derechos ajenos. Se modifica, así, la redacción del art. 953 CC que establecía que el objeto de los actos no podía perjudicar los derechos de un tercero. La doctrina entendía que, en este caso, la norma se refería más que a derechos conculcados de terceros, a intereses comprometidos por la vida de relación. Como ejemplo suele citarse al acto realizado en fraude a los acreedores (art. 338 CCyC).

Esta disposición establece también que tampoco podrán constituir objeto de los actos los hechos lesivos a la dignidad humana. Se aprehende en el concepto la casuística que

(231) Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *op. cit.*, p. 541 y ss. Comentario al art. 953.

(232) Bueres, Alberto (dir.) y Highton, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 2, B, Bs. As., Hammurabi, 1998, p. 578. Comentario al art. 953.

Infojus

contenía el art. 953 del Código de Vélez según el cual no podían serlo aquellos "*que se opongan a la libertad de las acciones o de conciencia*". Se mencionaban como ejemplos los actos que coartan la libertad de religión o que imponen casarse o no casarse con determinada persona. Estos supuestos que el art. 344 CCyC enuncia entre las condiciones prohibidas se encuentran aprehendidos en este artículo.

Este concepto, sin embargo, debe ser analizado con profundidad porque presenta características y matices que pueden dar lugar a controversias. Repárese que se vincula con otro bastante controversial como es la libertad personal para disponer —en todo o en parte— de los derechos personalísimos, aspecto que merece un estudio más profundo en otro lugar (ver los comentarios a los arts. 17 y 56 CCyC).

2.2. Requisitos de los bienes (cosas-bienes)

El objeto de los actos jurídicos no deben ser bienes que la ley hubiese prohibido que lo fueran por algún motivo especial. El término "bienes" comprende tanto las cosas materiales como las inmateriales.

Esta exigencia se refiere a las disposiciones que prevén que determinadas cosas no pueden ser objeto de algunos actos por razones de política legislativa. Así, las cosas muebles no pueden ser objeto de las hipotecas (art. 2205 CCyC); las cosas no fungibles no pueden ser objeto del mutuo (art. 1525 CCyC); el derecho de habitación no puede recaer sobre bienes muebles (art. 2158 CCyC).

2.3. Efectos del acto jurídico del acto prohibido

Por más que el Código no se refiere a las consecuencias que recaen sobre los actos jurídicos de objeto prohibido, es claro que la sanción es la nulidad (art. 386 CCyC). Será absoluta cuando el objeto del acto sea contrario al orden público, a la moral o a las buenas costumbres, mientras que será relativa cuando la sanción se encuentre establecida en interés individual.

ARTÍCULO 280.- ***Convalidación.*** ***El acto jurídico sujeto a plazo o condición suspensiva es válido, aunque el objeto haya sido inicialmente imposible, si deviene posible antes del vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición.***

Remisiones: Libro Primero, Título IV, Capítulo 7 CCyC.

1. Introducción

Esta norma no encuentra correlato en el Código de Vélez. Se refiere a dos supuestos de ineficacia pendiente en los que quedan comprendidos aquellos actos jurídicos que son válidos pero que son ineficaces al momento de su celebración porque dependen, para producir sus efectos propios, de que se cumplan determinados requisitos ajenos al acto en sí mismo.

El análisis de los efectos de la condición y del plazo será abordado en el Capítulo 7 de esta Sección (Modalidades de los actos jurídicos), a la cual nos remitimos.

2. Interpretación

Uno de los requisitos del objeto es que sea posible y que dicha posibilidad se configure en el momento mismo de la celebración del acto. De lo contrario, este será nulo. El acto sometido a plazo no es imposible, sino que su eficacia queda diferida o postergada en

Infojus

el tiempo hasta que venza el término fijado a tal fin. El plazo es un hecho futuro, pero a diferencia de la condición, es fatal y necesario.

La condición suspensiva, en cambio, es aquella que supedita la adquisición del derecho a la realización del hecho condicional previsto. En consecuencia, sus efectos se producen a partir de que ese hecho se cumple. A diferencia de lo previsto en el art. 543 CC, en ningún caso los efectos de la condición operan retroactivamente, a menos que las partes hubieran estipulado lo contrario (art. 346 CCyC). De allí, se justifica la solución que proporciona la disposición en examen en cuanto considera que el objeto del acto resulta "convalidado" si deviene posible con posterioridad, antes o al tiempo del cumplimiento.

En síntesis, el artículo dispone que tratándose de la condición suspensiva, producido el hecho condicional, queda salvada la validez del acto si este inicialmente carecía de objeto o era imposible y devino posible después.

SECCIÓN 2ª

Causa del acto jurídico

ARTÍCULO 281.- ***Causa.*** *La causa es 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.*

1. Introducción

Esta norma pone fin a la interminable discusión entre causalistas y anticausalistas al optar por la primera de las posturas. En primer lugar, ubica metodológicamente la causa en la teoría general de los hechos y actos. Se refiere a la causa fin como aquella que ha sido determinante de la voluntad, sin la cual el acto no se hubiera realizado.

También asigna jerarquía de causa a los motivos —móviles subjetivos— en tanto sean lícitos y hubieran sido incorporados en forma expresa al acto. También pueden serlo en forma tácita, pero en este caso se convertirán en causa si hubieran sido esenciales para la celebración del negocio.

2. Interpretación

2.1. Distintos significados de la palabra "causa"

Existen distintos significados de la palabra "causa":

a. **Causa fuente o causa eficiente**: se trata en este caso del hecho generador del acto, de las obligaciones o de los presupuestos de hecho de los cuales se derivan las obligaciones legales.

b. **La causa fin**: se vincula con la dirección de la voluntad en la obtención de los efectos jurídicos. Viene a ser el fin que las partes se propusieron lograr al tiempo de celebrar el acto, o el "fin inmediato" propio y característico del negocio jurídico, idéntico en todos y cada uno de los actos de su especie.

Infojus

c. **La causa móvil o impulsiva:** también llamada "causa ocasional", está constituida por los móviles o motivos. Se refiere a los fines concretos e inmediatos que las partes tuvieron en cuenta al realizar el acto; los mismos están compuestos por el querer individual, es decir, el fin que procuran obtener concretamente las partes.

La posibilidad de computar la causa final como esencial del acto jurídico no ha sido uniforme, pero aun quienes la admiten discrepan sobre cuál es el criterio que deberá tenerse en cuenta.

2.2. Causa fin del negocio jurídico. Distintos criterios

Se identifican distintos criterios para individualizar la causa fin, a saber:

a. **Criterio objetivo:** considera que la causa es el fin práctico del negocio, esto es, la razón económica típica que caracteriza invariablemente a cada acto jurídico de la misma especie. La causa, así entendida, se identifica con el interés social que el acto representa.

b. **Criterio subjetivo:** toma básicamente en cuenta el elemento psicológico que determina la voluntad y lleva a la persona a celebrar el acto. Es un fin particular y variable, concreto. Dice Josserand que la causa cumple el fin de moralizar el derecho en el ámbito del negocio jurídico —se trata de los móviles que determinaron a la parte a celebrar el acto—. El mencionado autor distingue, a su vez, entre intención o finalidad inmediata y el móvil concreto que indujo a las partes a realizar el negocio. La intención forma parte estructural del acto, por ejemplo, la intención de realizar una liberalidad es inseparable de la donación. En cambio, los móviles son extrínsecos al acto e individuales. En otras palabras, la intención es el fin inmediato, igual e invariable en todos los negocios de su especie, mientras que los móviles son particulares y variables.

c. **Criterio ecléctico**: para esta posición, ninguna de las teorías precedentemente enunciadas, consideradas de manera aislada, resulta correcta. Es preciso lograr una síntesis de ambas. Señala Cifuentes que esta postura atiende, por tanto, al fin abstracto que persigue el negocio, como así también al propósito concreto que indujo a las partes a alcanzarlo, al menos cuando dicho propósito fue incorporado como razón determinante de la declaración de voluntad.

2.3. Concepto de causa que adopta el CCyC

Un sector de la doctrina —los neocausalistas— ubicó el problema de la causa en la órbita contractual y, de forma más amplia, en el sector de los actos jurídicos. A diferencia de los anticausalistas, aquellos intentaron distinguir la causa como elemento autónomo, esto es, distinto del objeto y del consentimiento. Sin embargo, esa postura no ha conseguido unificar criterios sobre cómo debe apreciarse o valorarse la causa del acto. El que ha tenido mayor predicamento es el denominado "dualismo sincrético". Para Videla Escalada,[233] uno de sus expositores en la doctrina nacional, el concepto más exacto de la causa como elemento esencial de los actos es la finalidad o razón de ser del negocio jurídico, entendida en el doble sentido o manifestación: la causa uniforme y repetida en todas las hipótesis de una misma figura, como así también en los motivos psicológicos

(233) Escalada, Federico, *La causa final en el Derecho Civil*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1968, p. 99.

Infojus

relevantes —admisibles para el derecho— que, en el caso concreto, hayan impulsado a las partes a concluir el acto. Vale decir que es preciso elaborar una definición más completa e integral de causa a partir de las diferentes variedades de esa noción, para lo que se debe considerar, por un lado, la causa objetiva y uniforme, presente en todos los actos de la misma especie, y, por otro, la finalidad que tomaron en cuenta concretamente los sujetos del acto, esto es, los motivos particulares involucrados en un negocio concreto.

Así, en la compraventa, la causa que se reitera en todos los actos de esa índole es el intercambio cosa-precio, mientras que los motivos individuales serían la adquisición, por ejemplo, para vivienda o para un determinado establecimiento comercial. Es precisamente esta noción la que toma el CCyC al considerar que causa es tanto el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad, como también los motivos exteriorizados cuando —obviamente— sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o bien tácitamente, si son esenciales para ambas partes.

La postura que adopta el CCyC permite hacer más importante y significativa la aplicación de la causa en determinadas situaciones. Así, en materia de liberalidades, la teoría de la causa permite dejar sin efecto donaciones cuando están desprovistas del fin perseguido por el donante y no tiene sentido su subsistencia. También es funcional a las situaciones de enriquecimiento sin causa.

ARTÍCULO 282.- ***Presunción de causa.*** *Aunque la causa no esté expresada en el acto se presume que existe mientras no se pruebe lo contrario. El acto es válido aunque la causa expresada sea falsa si se funda en otra causa verdadera.*

1. Introducción

El artículo establece como principio general que todos los actos se presumen celebrados con causa fin. Seguidamente, se refiere a la falsedad de causa y dispone que en caso de que la causa expresada sea falsa, será válida la causa real o verdadera, por supuesto, siempre que esta sea lícita.

2. Interpretación

2.1. Presunción de causa

Este artículo establece principios sustancialmente idénticos a los que preveían los arts. 500 y 501 CC. Es decir, todos los actos se presumen realizados con una causa que es, entonces, la razón que determinó su celebración. Esta conclusión es compatible con la realidad de las cosas por cuanto las personas no actúan en forma irracional, sino que celebran sus actos jurídicos por alguna razón o motivo. Por tanto, es preciso reconocer que los negocios tienen sustento en una declaración de voluntad hasta tanto no se pruebe que existe algún defecto que invalida o pone de relieve que no existe tal causa.

2.2. Falsa causa

Si, como se dijo, la causa constituye un requisito esencial de los actos jurídicos, su falta importa la nulidad de estos.

Tradicionalmente se ha distinguido entre falta de causa y falsa causa. Si una persona contrae una determinada obligación en razón de una causa cualquiera y luego resulta que no existe, se trata de un caso de falsa causa. Pero puede ocurrir que en el título se exprese una cláusula que no es verdadera, sino aparente que encubre otra real. Se trata del supuesto de causa simulada. Si, en estas condiciones, la causa ostensible —esto es, la que figura en el título— no es verdadera, pero la real u oculta existe y es lícita, el acto es igualmente válido. Lo simulado puede estar tanto en el móvil, en el fin o en la fuente de la obligación. Por supuesto, la obligación fundada en falsa causa será válida siempre que la causa oculta sea lícita, carácter que debe reunir cualquier acto jurídico por definición.

También es posible incluir en este supuesto las distintas hipótesis de error esencial cuando este radica en la causa principal del acto. Se trataría, en este caso, de una hipótesis de falta de causa.

La disposición en análisis —como reiteradamente se dijo— no se refiere a la causa fuente, sino que se trata de la causa fin. Por ende, la ilicitud que da lugar a la nulidad del acto por causa ilícita puede provenir de la contradicción con las normas legales, con el orden público o por alguna otra razón que importe vulnerar el principio de licitud propio del acto jurídico.

ARTÍCULO 283.- ***Acto abstracto.*** *La inexistencia, falsedad o ilicitud de la causa no son discutibles en el acto abstracto mientras no se haya cumplido, excepto que la ley lo autorice.*

1. Introducción

El CCyC incluye en esta disposición los actos abstractos, a los que les reconoce plena validez. Hasta ahora este tipo de negocios había sido incluido en las leyes procesales y no como parte de la teoría general de los actos jurídicos. Este artículo establece un principio que es recibido sin inconvenientes por la doctrina en general y resulta fundamental para fomentar la celeridad y seguridad en el tráfico jurídico.

2. Interpretación

En rigor, el acto abstracto tiene causa, pero está oculta. Por la importancia que estos actos —básicamente, los títulos de crédito— tienen en los negocios jurídicos, el precepto establece el principio según el cual cualquier discusión vinculada a la causa del acto entre las partes debe postergarse una vez cumplidos los deberes y derechos que surgen de la relación jurídica de que se trata. El Código deja a salvo que la ley exceptúe de ese impedimento en algún caso concreto.

Los actos abstractos producen efectos con independencia de la finalidad que hubieren tenido las partes al celebrarlos. Por ende, las fallas internas de que pudieran adolecer los otorgantes no obstan a la producción de sus efectos y, por ende, no pueden impedir el cumplimiento de lo convenido. Tampoco la parte a quien se opone el acto abstracto puede resistir su cumplimiento con sustento en alguna falla intrínseca, pero después —en otro juicio posterior, de conocimiento amplio— puede ventilar las condiciones del negocio subyacente. Vale decir: la abstracción es impuesta por la ley por razones prácticas, para favorecer la celeridad y la seguridad en el tráfico jurídico.

Infojus

SECCIÓN 3ª
Forma y prueba del acto jurídico

ARTÍCULO 284.- ***Libertad de formas.*** *Si la ley no designa una forma determinada para la exteriorización de la voluntad, las partes pueden utilizar la que estimen conveniente. Las partes pueden convenir una forma más exigente que la impuesta por la ley.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 262 a 264 CCyC.

1. Introducción

La forma es uno de los elementos esenciales del acto jurídico. Como vimos al comentar los arts. 262 a 264, si la voluntad no se exterioriza de algún modo perceptible, el acto jurídico no puede producir efectos porque no existe para el derecho. Para que el acto humano voluntario sea reconocido como tal es preciso que salga del fuero interno, pues de lo contrario es solamente un propósito que queda reservado en el dominio de la conciencia.(234)

Es preciso distinguir la forma como exteriorización de la voluntad de las formalidades, o en otras palabras, la forma en sentido amplio, por un lado, y en sentido estricto, por otro. La primera es el modo de ser de la manifestación. La forma es la manera de expresar algo, ya se trate de la palabra escrita, hablada, los gestos inequívocos o cualquier comportamiento, sin importar de qué manera se traduce al mundo de los hechos; lo que importa para esta acepción de forma es que la voluntad de una persona se haga reconocible para el resto. La segunda acepción es la que se conoce como "formalidades del acto" y que marcan la mayor o menor libertad de los sujetos para poder elegir de qué modo expresan el acto jurídico. Es decir, el término "forma" se refiere en este caso a la que es impuesta por la ley o por voluntad de los particulares para exteriorizar una determinada manera prefijada, una declaración de voluntad.

En efecto, muchas veces y por distintas razones, la ley exige que ciertos actos se lleven a cabo con una forma preestablecida. Ello ocurre con la expresión por escrito, por instrumento o escritura pública. Estas exigencias tienen distintas finalidades, en tanto a veces la ley impone alguna formalidad como prueba del acto y en otras ocasiones la establece como parte estructural.

2. Interpretación

2.1. Distinción entre instrumento y acto instrumentado

Como se dijo anteriormente, en algunos casos la ley exige que el acto se celebre bajo una forma determinada para darle validez intrínseca al negocio jurídico. El acto es válido, entre otras cosas, porque cumple con esas formalidades que la ley impone de una manera categórica, de modo que si falla la forma o es imperfecta, su nulidad se refleja en el acto y este se convierte en nulo. En otros casos, la nulidad de las formas —en rigor, la nulidad de las formalidades— no arrastra la validez del acto instrumentado o contenido. La forma cumple la función de contener un acto.

La distinción antedicha permite distinguir entre validez o nulidad de la forma y validez o nulidad del acto contenido en ella.

(234) Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte General*, t. II, 23ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, Bs. As., AbeledoPerrot, 2010, p. 1569; Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino". Parte General*, 5ª ed., Bs. As., Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1931, p. 716.

2.2. Principio de libertad de las formas

El principio general que establece el art. 284 CCyC es el de la libertad de las formas que reproduce el art. 974 CC; esto quiere decir que las partes pueden elegir la que más convenga a sus intereses. En este sentido, mantiene la directiva del art. 973 CC cuyo texto reproduce y amplía. En efecto, esta última disposición, tras señalar el principio general, nada decía respecto de la posibilidad de las partes, en ejercicio de su autonomía privada, de convenir una forma específica para el acto. La doctrina, sin embargo, no veía obstáculos y admitía la posibilidad de que los interesados pudieran establecer distintas formalidades cuyas consecuencias sean idénticas a las establecidas por la ley. Por supuesto, esta facultad no alcanzaba para que pudieran prescindir de común acuerdo de la forma legal impuesta imperativamente.

Para despejar cualquier duda, el art. 284 CCyC expresamente reconoce a las partes la facultad de convenir una forma más exigente que la prefijada por la ley. De esta manera queda claro que la voluntad de los interesados no puede suprimir sino agregar formalidades al acto. Un ejemplo aclarará la cuestión. Es frecuente que en los contratos de alquiler las partes convengan que la restitución de la cosa solo se tendrá por operada con el recibo pertinente suscripto por el locador con firma certificada por escribano público. Aunque no se exige ninguna forma legal específica, si las partes pusieron ese requisito, no se tendrá por cumplida con la restitución del bien mientras no se satisfaga la forma pactada.

De modo que la regla es la libertad que tienen las partes para elegir de qué modo quieren instrumentar sus negocios jurídicos. Esta libertad llega incluso a tutelar la forma impuesta por los propios interesados en sus asuntos cuando convienen una forma más exigente.

2.3. Diferencia entre forma y prueba

No es posible confundir forma y prueba del acto jurídico. La forma, dijimos, es el elemento externo del acto, en tanto la prueba es el medio, no necesariamente instrumental, por el cual se demuestra la verdad del hecho de haberse celebrado el acto.

Muchas veces la ley exige que el acto se celebre con una forma determinada para facilitar la prueba de su existencia. En otros casos requiere inexorablemente su celebración bajo determinada formalidad para que tenga validez. Estas posibilidades dieron lugar a la antigua clasificación entre actos "*ad probationem*" o "*ad solemnitatem*".

2.4. Clasificación de los actos formales. Doctrina clásica y nueva formulación

La doctrina clásica ha sido superada hace tiempo. Actualmente se sostiene una clasificación más compleja que no confunde los conceptos de forma y prueba.

En efecto, según la clasificación aceptada por la doctrina moderna y adoptada por el CCyC, los actos formales se dividen, a su vez, en formales solemnes y no solemnes. Los primeros pueden ser de solemnidad absoluta o relativa. Los actos de solemnidad absoluta coinciden con los que la doctrina clásica clasificaba como *ad solemnitaten* o *ad substantiam.* En este caso, la violación de las formas establecidas trae aparejada la nulidad como única forma de garantizar la observancia de los preceptos sobre la forma. Los de solemnidad relativa, en cambio, cuando falla la forma impuesta, el acto no puede producir sus efectos propios, pero vale como acto por el cual las partes se obligan a otorgar el instrumento indicado (art. 285 CCyC).

Infojus

Entre los actos formales de solemnidad relativa se encuentra el boleto de compraventa de inmuebles para el cual resulta de entera aplicación lo dispuesto en el artículo siguiente (art. 1127 y arts. 284, 285 y 384 CCyC).

Finalmente, los actos no formales son aquellos que no requieren de ninguna forma especial y, por tanto, quedan gobernados por el principio general de libertad de las formas.

Actos formales solemnes absolutos son: el matrimonio (art. 406 CCyC); la transacción sobre derechos litigiosos (art. 1643 CCyC); la donación de inmuebles y prestaciones vitalicias (arts. 1552 y 1601 CCyC, respectivamente).

ARTÍCULO 285.- ***Forma impuesta.*** *El acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad.*

Remisiones: ver comentario al art. 1017 CCyC.

1. Introducción

Este artículo consagra una larga elaboración de la doctrina que, a partir de lo dispuesto por el art. 1185 CC, trabajó sobre la clasificación tripartida examinada en el comentario del artículo anterior.

2. Interpretación

2.1. Forma impuesta y obligación de hacer

Esta disposición trata el caso donde el acto es formal solemne pero de solemnidad relativa. Tal como se dijo, en este supuesto las partes no han cumplido con la forma legalmente exigida y, por tanto, el negocio jurídico celebrado no produce sus efectos propios, vale decir, aquellos queridos por los interesados al celebrarlo. Sin embargo, el referido incumplimiento no conduce sin más a la nulidad del acto instrumentado sino que, por el principio de conservación, este vale como instrumento por el cual las partes se comprometieron a elevarlo a la forma legal expresamente prevista. A tal efecto, podrá demandarse judicialmente el cumplimiento. Es el caso del boleto de compraventa de inmuebles que, al igual de lo que ocurría en el CC, no produce los efectos pretendidos por las partes si no tiene la forma predestinada por la ley, esto es, la escritura pública (arts. 1017, 1127 y concs. CCyC). Por medio de la aplicación de la norma que se comenta, el adquirente puede solicitar en juicio la escrituración del inmueble a fin de constreñir al vendedor a otorgar dicho instrumento bajo apercibimiento de ser otorgado por el juez en su nombre.

2.2. Ámbito de aplicación de la norma

El art. 1185 CC, antecesor directo del presente, fue prácticamente direccionado hacia el boleto de compraventa. Sin embargo, la redacción del art. 1185 permitía una aplicación más amplia ya que abarcaba distintos supuestos que se encontraban enunciados en el art. 1184. Quedaban excluidos, por cierto, aquellos casos que pese a estar mencionados en la referida norma, la formalidad es parte estructural del acto instrumentado. Así, por ejemplo, en el caso de constitución de renta vitalicia, cuando se trata de un contrato

oneroso (art. 2071 CC), si no era celebrado en escritura pública, autorizaba a las partes a reclamar la forma legalmente prevista. Distinto es el caso de la renta vitalicia gratuita, pues la forma está impuesta *ad substanciam*, esto es, como solemnidad absoluta del acto.

El artículo en comentario deja en claro la distinción entre forma y prueba del acto, por un lado y, por otro, entre actos formales solemnes y no solemnes, vale decir, aquellos en los cuales el incumplimiento de las formas no trae aparejada la nulidad del acto instrumentado.

El art. 1017, a cuyo comentario remitimos, contiene una nómina de actos que deben ser realizados en escritura pública. Por su parte, el art. 1018 establece qué ocurre cuando falta el instrumento: "*El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento*".

De lo expuesto se colige que el CCyC recoge las enseñanzas de la doctrina, e incluso de la jurisprudencia, y establece como doctrina la que se consolidó en el plenario "Cozes de Francino c/ Rodríguez Conde", del 03/10/1951,[235] que motivó la modificación del art. 512 CPCCN.

ARTÍCULO 286.- ***Expresión escrita.*** ***La expresión escrita puede tener lugar por instrumentos públicos, o por instrumentos particulares firmados o no firmados, excepto en los casos en que determinada instrumentación sea impuesta. Puede hacerse constar en cualquier soporte, siempre que su contenido sea representado con texto inteligible, aunque su lectura exija medios técnicos.***

Remisiones: ver comentario al art. 287 CCyC.

1. Introducción

La primera parte de este artículo reproduce, aunque con algunas modificaciones en su redacción, el art. 978 CC. Este dispone que "*la expresión por escrito puede tener lugar, o por instrumento público o por instrumentos particulares*".

2. Interpretación

2.1. Ámbito de aplicación del artículo

El artículo en comentario se refiere al modo en que se manifiesta la voluntad cuando se expresa por escrito. No se limita a los actos formales solemnes de solemnidad absoluta, sino a todos los negocios jurídicos que se manifiestan de manera escrita.

2.2. Reafirmación del principio de libertad de las formas

Una atenta lectura de la normativa en análisis permite concluir que en materia de expresión escrita rige también el principio de libertad de las formas, a menos que se hubiera impuesto determinado tipo de instrumento para el acto de que se trata.

(235) CNAC. APEL. CIV., en Pleno, "Cozes de Francino, Amalia c/ Rodríguez, Conde Manuel s/ Escrituracion - Condena a Escriturar", 03/10/1951.

Infojus

Por otra parte, como es lógico por el avance natural de la tecnología, el art. 286 incorpora la posibilidad de expresión del acto "*en cualquier soporte*", con la única condición de que el contenido sea inteligible, aunque se exijan medios técnicos de lectura. Esta última parte no reconoce antecedentes en los proyectos de reforma anteriores por razones obvias.

2.3. Instrumentos privados. Concepto. Clasificación

Ver comentario al art. 287 CCyC.

ARTÍCULO 287.- ***Instrumentos privados y particulares no firmados.*** ***Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados.***

Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

1. Introducción

Los instrumentos privados son los documentos empleados con mayor frecuencia por los interesados para plasmar sus negocios jurídicos. Según una difundida definición, los instrumentos privados son documentos firmados por las partes sin intervención del oficial público.[236]

La clasificación bipartita tradicional entre instrumentos públicos e instrumentos privados había sido puesta en tela de juicio por la doctrina con motivo de la denominación "*instrumentos particulares*" que empleaba el legislador en diversos artículos del CC.

Sobre esa base, un sector de la doctrina[237] distinguía entre aquellos documentos no firmados pero que tenían valor probatorio —gobernados por la directiva que emanaban del art. 1190 CC— y los instrumentos privados propiamente dichos, que eran aquellos que requerían ser firmados por las partes como condición esencial de validez (art. 1012 CC).

Al referirse a la prueba de los contratos, el art. 1190 CC mencionaba a los instrumentos particulares firmados o no firmados. Solo los primeros encuadraban dentro de la noción de "*instrumentos privados*", en tanto los segundos no estaban incluidos en esa categoría. Su valor probatorio era el que le reconocía la segunda parte del art. 1192 CC, al expresar que: "*a cualquier instrumento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto*". Por tanto, en el esquema de Vélez, tratándose de instrumentos particulares no firmados, incumbía a quien pretendía valerse de ellos arrimar elementos de convicción que autoricen a concluir que emanaban de aquel a quien se los oponía y estaba precisado, además, a demostrar que concurrían los extremos de los arts. 1191 y 1192 CC.

(236) Llambías, Jorge J., *op. cit.*, p. 1581; Sambrizzi, Eduardo A., *Instrumentos privados*, Bs. As., AbeledoPerrot, 1993, p. 11. Alfredo Orgaz —en *Estudios de Derecho Civil*, pp. 210 y 218— señala que para que el escrito firmado constituya un instrumento privado debe haber sido redactado con el fin de hacer constar una declaración de derecho, definición que es acertada toda vez que se trata de un modo de expresión o exteriorización de los actos jurídicos que, por definición, tienen por fin inmediato producir una consecuencia de esa índole.

(237) Díaz de Guijarro, Enrique, "La impresión digital en los documentos privados no firmados", en *JA* 1959-VI, p. 545.

2. Interpretación

El CCyC, expresamente, clasifica a los instrumentos privados según estén o no firmados. Así, son instrumentos privados propiamente dichos si están firmados, mientras que son particulares cuando no lo están. En forma ejemplificativa, el artículo en comentario menciona entre ellos a los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos, los registros de la palabra —grabaciones— o de información. De esta forma, se abarca una importantísima gama de documentos que hacen a la vida cotidiana y cuya regulación es difusa; basta con mencionar los extractos y comprobantes de los cajeros automáticos y todas las transacciones comerciales que se realizan diariamente sin que se encuentren firmadas. Las nuevas tecnologías han aportado elementos valiosísimos para el tráfico jurídico, para su agilidad, comodidad y rapidez; y avanzan a paso acelerado sin que hasta ahora su enorme importancia tuviera correlato en la legislación. Esta norma será, entonces, un pilar muy importante para la elaboración de los caracteres y efectos de esta nueva categoría de instrumentos.

ARTÍCULO 288.- ***Firma.*** ***La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo.***

En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.

1. Introducción

La redacción de este artículo es similar a la del art. 266 del Proyecto de 1998. El CC trataba la firma de los instrumentos privados en el art. 1012, aunque proporcionaba una definición en las notas a los arts. 916 y 3639. En la primera nota al art. 916, Vélez —con cita de Savigny— decía que "*la firma establece que el acto expresa el pensamiento y la voluntad del que lo firma*". Bien se ha dicho que la firma "*es el testimonio de la voluntad de la parte, el sello de verdad del acto. Solo la firma obliga, pues la mera presencia de una persona en el acto, y aún su intervención en él, no bastan para obligarla válidamente*".[238] Su trascendencia jurídica es bien conocida porque opera como requisito esencial para la existencia de todo acto bajo forma privada, a tal punto que se ha considerado —con razón— que resulta técnicamente erróneo calificar como **instrumentos privados** a aquellos que no se encuentran firmados.[239] En la nota al art. 3639, por su parte, Vélez explicaba que "*la firma no es la simple escritura que una persona hace de su nombre o apellido; es el nombre escrito de una manera particular, según el modo habitual seguido por la persona en diversos actos sometidos a esta formalidad. Regularmente la firma lleva el apellido de la familia; pero esto no es de rigor si el hábito constante de la persona no era firmar de esta manera*". A modo de ejemplo, añadió que "*los escritores franceses citan el testamento de un obispo, que se declaró válido, aunque la firma consistía únicamente en una cruz seguida de sus iniciales y de la enunciación de su dignidad*".

(238) Dalloz, Víctor A.D., "*Repertoire methodique et alphabetic*", verbo "*signature*", citado por Díaz de Guijarro, Enrique, "*La impresión digital en los documentos privados no firmados*", en *LL* 50, p. 85.

(239) Orgaz, Alfredo, *Boletín de jurisprudencia de comercio y tribunales*, t. 3, p. 110, [en línea] www.pjn.gov.ar

Infojus

La firma se caracteriza por ser ológrafa y por la exclusividad del trazo.[240] Existe amplia libertad de elección y las personas pueden adoptar cualquier grafía para firmar;[241] la prueba está en que en la gran mayoría de los casos son ilegibles. Su esencia e importancia radica en que constituye la expresión o manifestación habitual de la individualidad de quien la estampa y debe estar puesta con el fin de expresar voluntad de adhesión al texto en el que la misma se inserta.[242]

Como puede colegirse, la firma se encuentra indisolublemente ligada al **fin inmediato** que el acto jurídico procura realizar. Esta singular trascendencia justifica que el legislador la haya rodeado de determinadas garantías y procure separarla o distinguirla de otras exteriorizaciones de la individualidad que no constituyen expresiones destinadas a revelar una declaración de voluntad, es decir, aquellas que no están encaminadas a establecer relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944 CC). Por eso, el rasgo sobresaliente que distingue a la firma es que de ese modo el sujeto manifiesta **habitualmente** una declaración de voluntad destinada a obligarlo, lo que ha llevado a algún autor a hablar de la "personalidad de la firma".

En el CC, el art. 1012 establecía que la firma no podía ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres o apellidos. Sin embargo, esta prohibición —y la consecuencia seguida por el art. 1014 CC— debía leerse vinculada al trazo habitual que utilizan las personas para estampar la firma, a tal punto que el art. 1014 señala que los signos o iniciales valdrán como verdadera firma cuando voluntaria y espontáneamente se reconociere el instrumento.

2. Interpretación

El CCyC tiene un concepto distinto de firma. Se la define por su efecto principal que es probar la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto. Por tanto, en principio, sería irrelevante si se trata de iniciales o signos en la medida que se pruebe la autoría de la declaración. Pero, a continuación, agrega que "*debe consistir en el nombre del firmante o en un signo*", incurriendo de este modo en una rigidez compatible con la que exhiben los arts. 1012 y 1014 CC. El rasgo determinante de la exteriorización de la voluntad es la habitualidad y la espontaneidad del trazo, siempre que se realicen con la intención de rubricar un acto jurídico.

La última parte del artículo se refiere a la firma en los instrumentos generados por medios electrónicos; para esos casos establece que el requisito de la firma queda satisfecho si se utiliza la firma digital en los términos que establece la ley 25.506.

Según el art. 2° de la ley 25.506, "*se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma*". En su art. 3° se equipara el valor de esta clase de firma a la de la firma manuscrita, incluso en lo vinculado a los efectos debidos a su omisión.

(240) Leiva Fernández, Luis F. P., "La buena fe y los instrumentos privados", en Marcos Córdoba (dir.), *Tratado de la buena fe en el Derecho*, Bs. As., La Ley, 2004, p. 133 y ss.

(241) Lavalle Cobo, Jorge, en Bueres y Highton, *Código Civil...*, *op. cit.*, p. 157.

(242) Leiva Fernández, Luis F. P., *op. cit.*

SECCIÓN 4ª(*)

Instrumentos públicos

ARTÍCULO 289.- *Enunciación.* *Son instrumentos públicos:*

a. *las escrituras públicas y sus copias o testimonios;*
b. *los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes;*
c. *los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme a las leyes que autorizan su emisión.*

Fuentes: Proyecto de Código Civil Unificado de 1998.

1. Introducción

El CCyC no conceptualiza, sino que enuncia los instrumentos públicos. La fuente de esta Sección 4ª es, en especial, el Proyecto de Código Civil Unificado de 1998. Sin embargo, la doctrina entiende por instrumento público el documento escrito otorgado con intervención de un oficial público legalmente facultado para ello, con las formalidades que la ley establece.

La seguridad jurídica requiere que ciertos actos queden documentados de modo que el instrumento donde constan haga fe por sí mismo, es decir, no sea normalmente pasible de desconocimiento, ni su eficacia quede supeditada a ulteriores pruebas ni verificaciones.

De ahí que el Estado atribuya a ciertos funcionarios ("oficial público", "escribano público", "actuario") la misión de dar fe de aquellos actos correspondientes a la competencia que se les asigna y, a la vez, exija determinados recaudos a observarse al tiempo del otorgamiento de esos instrumentos.

Luego se incluyen no solo los instrumentos que otorgan los escribanos, sino también aquellos extendidos por funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes y, asimismo, los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, conforme las leyes que autorizan su emisión.

Estos títulos son instrumentos oficiales que emanan de funcionarios y, aunque conforme a la doctrina el contenido de estos documentos no es propio de la fe pública por su jerarquía (son originados por órganos del poder público), gozan también de una presunción de legitimidad y de autenticidad, que los habilita para quedar incluídos en este CCyC como instrumentos públicos.

2. Interpretación

2.1. Las escrituras públicas y sus copias o testimonios. Sus modificaciones

Entre los instrumentos públicos, en primer lugar, se incluyen las escrituras públicas y las copias o testimonios.

Aquí observamos una modificación respecto del Código velezano al haberse optado por la sinonimia de estos dos vocablos de manera que se ha terminado la discusión entre la

.....

(*) Comentarios a los arts. 289 a 312 elaborados por Ángeles Baliero de Burundarena.

Infojus

palabra copia, que consignan las leyes notariales, y la palabra testimonio, que es la utilizada en la práctica forense y notarial.

2.2. Los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes

Comprende una cantidad innumerable de instrumentos emanados de autoridades integrantes de cualquiera de los tres poderes del Estado (legislativo, ejecutivo, judicial). A saber, son instrumentos públicos las partidas que expide el Registro Civil, las actuaciones judiciales producidas conforme las leyes procesales que llevan la firma del juez o del secretario (la sentencia, las resoluciones, las notas, los autos, los cargos que consignan fecha de presentación del escrito, las actas de audiencias).

Son, además, instrumentos públicos las diligencias de los mandamientos o notificaciones asentadas por el oficial de justicia o por el oficial notificador por las vías de comunicación establecidas en las leyes de procedimiento, incluídas las electrónicas y digitales, etc.

La jurisprudencia ha considerado que son instrumentos públicos las actuaciones administrativas, las actas policiales, los documentos nacionales de identidad, los certificados de transferencia de automotores, los telegramas colacionados, el cargo electrónico o mecánico que consigna la fecha de presentación del escrito judicial, las cartas documento en las que interviene un funcionario para su expedición. No se le ha reconocido tal carácter a los certificados de buena conducta otorgados por la policía, a las copias simples no autorizadas, a las versiones taquigráficas de declaraciones de testigos realizadas por idóneos.

No obstante, el carácter de instrumentos públicos se amplía también a aquellos que provienen de los escribanos y también a documentos notariales, aunque no sean escrituras públicas. Es decir, son instrumentos notariales que se traducen, según el art. 310 CCyC, en las llamadas actas notariales; por ejemplo, certificaciones de firmas e impresiones digitales autorizados por escribanos; certificados que pueden ser actas protocolares o extraprotocolares —por ejemplo, el acta de entrega de testamento cerrado es acta extra protocolar—; los inventarios que realicen los notarios; las actas de transcripción y la redacción de actas de asambleas y de actas de protesto; las notificaciones; los testimonios de asientos contables; las actas notariales de constatación de situaciones de hecho a pedido de personas particulares. Todos estos actos son especificados en la ley del notariado 12.990/1947 y sus modificatorias y, en el ámbito de la CABA, por la ley 404, su decreto reglamentario 1624[(243)] y su modificatoria —la ley 3933[(244)]— y en las respectivas leyes notariales de las provincias argentinas. También existen los documentos extra protocolares, que se extienden en hojas de actuación notarial que, para cada caso, determinen los Colegios de Escribanos, excepto en los supuestos en los que se requiera otro tipo de soporte documental previsto en las leyes de fondo (art. 93 de la ley notarial 404 de la CABA). Por ejemplo: hojas para certificaciones de firmas e impresiones digitales autorizadas por escribanos (con requerimiento en el libro respectivo). Estas hojas provistas por los Colegios de Escribanos tienen distintos colores según el caso y requerimiento, mas no son hojas de protocolo, ya que tienen otras características y otras numeraciones.

Estas leyes y su decreto reglamentario están impregnadas, en su esencia, de las tradiciones jurídico notariales y jurisprudenciales, y respetan fundamentalmente los axiomas

(243) De fecha 22/09/2000.

(244) Sancionada el 06/10/2011 y publicada en el BOCBA el 17/11/2011.

Infojus

universales del notariado latino. Puede decirse que la base armónica la constituye el principio de autenticidad que caracteriza la posición del escribano como profesional del derecho a cargo de una función pública y la fe que, en consecuencia, emanan los documentos notariales que autoriza.

2.3. Los títulos emitidos por el Estado nacional, provincial o la CABA, conforme las leyes que autorizan su emisión

Son aquellos títulos que se emiten de conformidad a la norma que los crea. Si bien por su origen son instrumentos particulares, se los ha revestido de la autenticidad que ostentan para facilitar el crédito público y su circulación, y por la innecesariedad de justificar la certeza de la firma del funcionario que las emite, simplificando así la negociación del Estado con los particulares. A título de ejemplo, los billetes de papel moneda, los títulos de crédito emitidos por el Estado nacional o provincial o de la CABA —o sea, los reconocimientos de deuda del Estado—, los títulos de la deuda pública —como los bonos, los CEDINES, etc.—.

2.4. La fe pública y la autenticidad, ejes fundamentales de los instrumentos públicos

Como conclusión al somero análisis de esta norma puede decirse que, si bien la fe pública alude a la autoridad del funcionario u oficial público que interviene en el instrumento, su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios que realizan, por el significado trascendente que tienen y le importan. Por ello, además, la fe pública se refleja en una aceptación del público en general. Y es obligatorio, en principio, admitir sus constancias, porque ello hace a la potestad instrumental.

La autenticidad se refiere a la existencia, legitimidad o veracidad en el significado, también, de que lo contenido en el instrumento es verídico y es prueba por sí mismo. Este segundo eje, si bien relacionado con el primero, es calidad sustancial del instrumento público pues refiere a su fuerza probatoria o a la plena fe. De ahí que Cifuentes enseñe que el instrumento público prueba por sí mismo la verdad de su contenido, tanto con relación a los sucesores como a los terceros. A ello se lo denomina autenticidad.

Por otra parte debe recordarse que la fe pública (autoridad frente a todos del instrumento público) se extiende a toda la Nación, conforme lo estatuído por el art. 7° CN, a saber: "*Los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás; y el Congreso puede por leyes generales determinar cuál será la forma probatoria de estos actos y procedimientos y los efectos legales que producirán*".

ARTÍCULO 290.- ***Requisitos del instrumento público.*** *Son requisitos de validez del instrumento público:*

a. *la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial, excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella;*
b. *las firmas del oficial público, de las partes, y en su caso, de sus representantes; si alguno de ellos no firma por sí mismo o a ruego, el instrumento carece de validez para todos.*

Fuentes: arts. 980, 987 y 988 CC.

Infojus

1. Introducción

El CCyC determina cuáles son los requisitos sustanciales que califican los instrumentos públicos. Da por sentado que el instrumento público debe ser otorgado por un oficial público —en esta Sección 4ª, el CCyC presume como tal al escribano—. Esta es la esencia del instrumento público —la existencia e intervención del oficial público— y, sobre dicha base, el CCyC enuncia requisitos subjetivos y objetivos para la validez del acto que aquel otorga.

Son subjetivos los siguientes:

a. capacidad del oficial público;
b. comienzo y fin de la capacidad;
c. inhabilidad del oficial público;
d. competencia del oficial público.

En tanto, podemos enunciar los requisitos objetivos que hacen a la validez del siguiente modo:

a. la firma del oficial público;
b. la firma de las partes o sus representantes, ya sea que la estampen por sí mismos o a ruego.

Por último, el CCyC expone al final del artículo, y para el supuesto de falta de firma de alguno de los comparecientes y del otorgante, la sanción legal de invalidez del acto.

2. Interpretación

2.1. El alcance de la actuación del oficial público y sus atribuciones como requisito de la validez del instrumento público. Requisitos subjetivos

Nos referimos a la "capacidad" del oficial público como la aptitud, derivada del título que inviste al ser designado, para expedir y autorizar estos instrumentos.

Entonces cobra relevancia la investidura que resulta un especial acto formal por el cual —en el supuesto del escribano— el oficial público es puesto en posesión de su cargo. La ley 12.990/1947, sus modificatorias —dejadas sin efecto por el art. 180 de la ley 404 en el ámbito de la CABA — y sus herederas, las leyes notariales provinciales y la ley notarial 404 de la CABA, establecen que "*para ejercer las funciones de titular o adscripto de un registro es menester recibir la investidura notarial*" (art. 12 de la ley 404). El art. 13 de la ley 404 establece: "*son requisitos de la investidura: a) estar matriculado en el Colegio de Escribanos, b) ser mayor de edad, c) haber sido designado titular o adscripto, d) declarar bajo juramento no hallarse comprendido en las inhabilidades e incompatibilidades de los arts. 16 y 17 de la ley, e) registrar en el Colegio la firma y el diseño del sello que utilizará en su actividad funcional, f) ser puesto en posesión de su cargo por el Presidente del Colegio o en su ausencia por un miembro del Consejo Directivo*". Además, en el art. 8° de la ley 3933 —modificatoria de la ley notarial 404— se exige que "*para inscribirse en la matrícula profesional como escribano deben reunirse los requisitos de ser argentino nativo o naturalizado con antigüedad de seis años, tener título de abogado expedido o revalidado por universidad nacional o legalmente habilitada…*". Y todos ellos deben ser designados luego de haber sido examinados en concurso público de antecedentes y oposiciones, reglamentado por las leyes notariales y las resoluciones que, a su respecto, dicten los distintos Colegio de Escribanos del país.

El notario, entonces, es un profesional del derecho investido de una función pública que implica un permiso estatal para el ejercicio de la fe pública y, para ello, debe ser puesto en posesión del cargo.

Para los oficiales públicos, y de acuerdo a cada especialidad, las leyes suelen señalar también ciertos requisitos para ser designados: por ejemplo, ser abogado para ejercer como director del Registro Civil o para ser Secretario de las Cámaras de Apelación; el contralor de todo ello es deber del funcionario que lo designa. De allí que una vez designado (sea por el Poder Ejecutivo o sea cómo corresponda según el caso), la investidura que le confiere la designación da por sentada su habilidad, sin perjuicio de que si resultase que no es "hábil", la autoridad que lo designó lo remueva, pero con efecto hacia el futuro.

2.1.1. Comienzo y fin de la capacidad del oficial público

La capacidad del oficial público —su investidura— comienza en el momento en que ha sido puesto en posesión del cargo.

La capacidad cesa en el momento en que se le notifica la terminación de sus funciones (por aceptación de renuncia, exoneración, cesantía, suspensión o reemplazo). En este caso, el criterio es igual al que rige en cuanto al comienzo. Es decir, son válidos los actos anteriores a la noticia sobre la cesación en sus funciones.

2.1.2. Sobre la inhabilidad del oficial público

Aun cuando el oficial público debidamente investido de su cargo sea capaz, puede ser inhábil por razones éticas o morales para otorgar actos jurídicos a ciertas personas. El oficial público tiene que estar al margen de tales conflictos morales para evitar que caiga en parcialidad.

2.1.3. Competencia del oficial público por la materia y por el territorio

Debe distinguirse la competencia del oficial público en razón de la materia que le ha sido asignada legalmente. Asimismo, debe atenderse a su desempeño, con la competencia en razón del lugar o del territorio en donde ejerce sus funciones.

La competencia por la materia asignada tiene que ver con la "especialidad", es decir, con la clase de actos que le han asignado autorizar. Por esta especialidad o competencia en una materia puntual se distinguen, por ejemplo, los actos que autoriza un escribano —escritura pública— de la función propia del oficial público del Registro Civil que inscribe un nacimiento o celebra un matrimonio. Carece de competencia el escribano que celebra un matrimonio al igual que el oficial del Registro Civil no tiene competencia para extender una escritura pública.

La competencia en razón del territorio es el lugar delimitado que se le atribuye al oficial público para el ejercicio de sus funciones.

Por ende, la validez del instrumento público requiere que el oficial público sea competente en ambos aspectos.

No obstante, la Argentina es un país muy grande. Y, ante las vastas extensiones territoriales de nuestro país, algunas veces los límites departamentales para asignaciones administrativas o judiciales son difusas y se cree que algunos parajes o pueblos están en la zona de un funcionario cuando en verdad corresponden a otro. Ante un acto realizado por el oficial público equivocado en materia territorial, se adopta el principio de la validez, reconociéndole eficacia.

Infojus

El orden público que influye en el ejercicio de la función pública obsta a que la competencia territorial pueda ser modificada por las partes involucradas, tratándose la excepción normada en este artículo de una prórroga legal. Ello, por la excepcionalidad que el Código reconoce en la norma bajo comentario que transcribo: "*excepto que el lugar sea generalmente tenido como comprendido en ella*".

La doctrina advierte que, dada la magnitud de nuestro territorio, esta solución tiene fundamento en el principio de equidad. Tal vez en la época de Vélez esta explicación era más válida, pero lo cierto es que persisten algunas zonas dudosas, a pesar de todos los adelantos técnicos. El art. 293 CCyC reafirma la competencia de aquellos oficiales públicos que extiendan instrumentos públicos para que su autenticidad goce de entera fe y produzcan efectos válidos en todo el territorio del país y en cualquiera de las jurisdicciones en que se otorguen.

2.2. Requisitos objetivos para la validez del instrumento público

2.2.1. La firma del oficial público

Va de suyo que la firma del oficial público es requisito esencial de validez del instrumento público. En los casos en que los instrumentos son múltiples, las leyes suelen autorizar la firma facsimilar, reproducida mecánicamente —pero empleando, a la vez, numeración y procedimientos gráficos o troquelados en el resto del instrumento, que aseguran su autenticidad—; por ejemplo, el papel moneda, los títulos de la deuda pública, las acciones de las sociedades, etc.

2.2.2. La firma de todas las partes interesadas en el acto que se celebre

La validez del instrumento público está sujeta a la firma de las partes intervinientes. Caso contrario es nulo. Así está expresado en la prescripción del art. 309, Sección 5ª CCyC, que se refiere a los requisitos de validez de la escritura pública.

Tal es el caso de las personas que, según lo que resulta expresa o implícitamente de su naturaleza, concurren como "partes" a su otorgamiento, aunque su voluntad no fuera necesaria a los efectos del acto. Por ejemplo: en los documentos otorgados por personas jurídicas, son parte los representantes legales que concurren a suscribirlo, en tanto que en el acto al que ese instrumento da forma, la parte es la persona jurídica. Otro ejemplo corriente resulta el otorgamiento del mandato. La forma usual es que en el instrumento —poder— sea parte solamente el mandante, mientras que en el acto es parte también el mandatario, que aceptará luego, tácitamente, el poder.

ARTÍCULO 291.- ***Prohibiciones.*** ***Es de ningún valor el instrumento autorizado por un funcionario público en asunto en que él, su cónyuge, su conviviente, o un pariente suyo dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, sean personalmente interesados.***

1. Introducción

El título de la norma, "prohibiciones", alerta desde el comienzo de su lectura clara, llana y de fácil comprensión para todos, propia del lenguaje del CCyC, sobre la ética en el ejercicio del desempeño que debe mantener el funcionario público para preservar la imparcialidad.

Además, sanciona legalmente con la invalidez del acto a aquellos que autorice en la órbita de su desempeño tratándose de asuntos en los que se encuentre personalmente interesado él o sus parientes allí enumerados en los que se presume la parcialidad en el ejercicio de su labor. Por ello es que sanciona la conducta, fulminando el acto celebrado como inválido. La norma no deja duda alguna: prohíbe la intervención del funcionario público en el otorgamiento de cualquier instrumento en el que se encuentren interesados personalmente él mismo o sus familiares, especificando los grados de parentesco —por consanguinidad o afinidad—. Novedosamente, incluye al conviviente.

2. Interpretación

Como se señaló, el CCyC prohíbe por incompatible que el oficial público autorice aquellos actos en los que haya interés personal suyo, del cónyuge, conviviente o pariente dentro del cuarto grado o segundo por afinidad. Se incluye en la prohibición al conviviente en concordancia con el art. 520 CCyC.

En esta norma se alude al deber de asistencia en los gastos domésticos entre convivientes. De este modo se zanja la discusión planteada sobre la posibilidad de que el funcionario público autorice actos en los que están directamente interesados los antes llamados, peyorativamente, "concubino" o "concubina" —en el lenguaje cotidiano, llamados "pareja" y, en el nuevo lenguaje de la ley, denominados, con acierto, convivientes—. Se preserva, por ende, la seriedad de los asuntos encomendados al oficial y la imparcialidad que este tiene que mostrar.

ARTÍCULO 292.- ***Presupuestos.*** *Es presupuesto para la validez del instrumento que el oficial público se encuentre efectivamente en funciones. Sin embargo, son válidos los actos instrumentados y autorizados por él antes de la notificación de la suspensión o cesación de sus funciones hechos conforme a la ley o reglamento que regula la función de que se trata.*

Dentro de los límites de la buena fe, la falta de los requisitos necesarios para su nombramiento e investidura no afecta al acto ni al instrumento si la persona interviniente ejerce efectivamente un cargo existente y actúa bajo la apariencia de legitimidad del título.

Fuentes: arts. 982 y 983 CC y art. 268, inc. d) del Proyecto de Código Civil de 1998.

1. Introducción

En el art. 290, inc. 1° CCyC se regulan los requisitos de validez del instrumento público, entre ellos, la actuación del oficial público dentro del límite de sus atribuciones y del espacio geográfico asignado para cumplirlas. En este artículo se establece que el oficial público no solo debe ser "investido" de su ropaje como tal, de acuerdo a las leyes que regulan el ejercicio de su desempeño según sea la función de que se trate, sino que además debe estar "efectivamente" en funciones. Se regula, pues, la necesariedad de que el funcionario "se encuentre en posesión del cargo".

De igual modo, si el oficial público es suspendido o cesa en sus funciones, los actos otorgados por él antes de que tome conocimiento de esas medidas que le quitan temporal o definitivamente la "investidura", son válidos. En el segundo párrafo del presente artículo se meritúa el principio de la buena fe. Allí se expresa que el instrumento público otorgado

Infojus

en ejercicio efectivo del cargo por un oficial público, con apariencia de legitimidad, no puede afectar la validez del acto. Ello así, porque aun cuando el oficial público carezca del conjunto de condiciones necesarias para su nombramiento, es fundamental que el principio de seguridad jurídica a los particulares administrados sea sostenido, ya que en apariencia ese oficial público ejerce legítimamente su investidura.

2. Interpretación

El CCyC no distingue a qué oficiales públicos se refiere la norma, si a los escribanos públicos o a los funcionarios públicos con desempeño en los órganos administrativos estatales, legislativos o judiciales.

De todos modos, los escribanos se rigen por las leyes orgánicas del notariado de cada provincia y de los respectivos Colegios de Escribanos de los Estados provinciales, y en la CABA, por la Ley Orgánica Notarial —ley 404— que dejó sin efecto en el ámbito de la Ciudad Autónoma a la utilizada ley 12.990/1947 y sus modificatorias, actualizándose sus prácticas (art. 180). En dichos ordenamientos son previstos expresamente los deberes, las funciones, las sanciones disciplinarias, los tipos de responsabilidad en que incurren, el modo de designación, como también el estricto control y vigilancia por parte de los respectivos Colegios de Escribanos. Asimismo, se establece el acatamiento que los notarios deben a las resoluciones que los Colegios dicten para el mejor cumplimiento y eficiencia en la prestación del servicio notarial por parte de los escribanos allí matriculados y colegiados.

Respecto de los oficiales públicos que no son profesionales del notariado, si bien para cada especialidad, las leyes suelen señalar ciertos requisitos de capacidad para el ejercicio funcional, entendido este como "investidura"/"posesión de cargo". Por ejemplo: la exigencia de ser abogado para ocupar el cargo de Secretario de las Cámaras de Apelaciones o Secretario de Juzgado, o de Director del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. No obstante, el contralor de todo ello —es decir, del cumplimiento de sus incumbencias en el marco de sus atribuciones— es deber del funcionario público que los ha designado.

2.1. ¿Son válidos los actos realizados por un funcionario designado y en posesión de cargo que carecía de las condiciones intrínsecas para su nombramiento?

Sí, absolutamente lo son. Ello en razón de que la investidura que le confiere la designación da por sentada su habilidad, sin perjuicio de que la autoridad que lo designó y lo puso en ejercicio funcional tome razón posteriormente de que carecía, por ejemplo, de título habilitante o edad suficiente, o que tenía antecedentes penales condenatorios y, siendo así, lo remueva, lo sancione o lo reemplace. Pero esta nueva situación de "inhabilidad" o "remoción" del funcionario tendrá efectos para su persona y hacia el futuro. Nunca hacia atrás. Por ende, y con asiento en los principios de la buena fe y de la seguridad jurídica que debe darse a las relaciones jurídicas trabadas, los instrumentos otorgados bajo la apariencia de legitimidad en el desempeño en su cargo de un oficial público, aunque este no cumpliera con los requisitos que la ley le exigía, son válidos para no defraudar a los administrados.

Este CCyC ha revalorizado la validez de los actos jurídicos en sustento del principio de la buena fe y de la seguridad jurídica.

ARTÍCULO 293.- ***Competencia.*** *Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo con lo que establece este Código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República, cualquiera sea la jurisdicción donde se hayan otorgado.*

Fuentes: art. 980, última parte, con la modificatoria de la ley 24.441; y art. 268, última parte, del Proyecto de Código Civil de 1998.

1. Introducción

La norma tiene sustento en el art. 7° CN. Refiere a la plena fe, autenticidad e identidad de efectos válidos que pueden producir, en todo el territorio de la República, los instrumentos públicos que se extiendan.

2. Interpretación

El fin de la norma busca ponderar la libre circulación de los instrumentos públicos —y, en particular, de las escrituras públicas— para que puedan inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda al lugar donde esté ubicado el bien inmueble que ha sido objeto del acto, sin la participación del escribano del lugar a fin de consolidar el mencionado principio de libre circulación. El instrumento público autorizado en una provincia argentina o en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe gozar de validez y eficacia en todo el país. Se sostiene que este principio responde al art. 7° CN. No obstante, y para darle seguridad jurídica a la libre circulación, se acude al sistema de legalizaciones con el objetivo de asegurar el tráfico escriturario o instrumental dentro del país.

ARTÍCULO 294.- ***Defectos de forma.*** *Carece de validez el instrumento público que tenga enmiendas, agregados, borraduras, entrelíneas y alteraciones en partes esenciales, si no están salvadas antes de las firmas requeridas.*

El instrumento que no tenga la forma debida vale como instrumento privado si está firmado por las partes.

Fuentes: arts. 987 y 989 CC; arts. 269 y 270 del Proyecto de Código Civil 1998.

1. Introducción

La norma alude a los defectos de forma que pueden acarrear la invalidez del instrumento, a saber: las alteraciones en partes esenciales, las borraduras, los agregados, los entrelineados y las enmiendas; pero dando una solución eficaz para que el acto otorgado en el instrumento público tenga absoluta validez. Por ello, en la última parte del primer párrafo determina que toda transcripción defectuosa debe estar salvada antes de que las personas requeridas estampen las firmas. Además, en el segundo párrafo del artículo y a favor de los usuarios del sistema, el CCyC recepta la conversión del instrumento público defectuoso en instrumento privado si así puede valer.

2. Interpretación

Las leyes notariales, en especial, y las locales tienen previstos los modos de corregir los instrumentos públicos o las escrituras ante errores inevitables propios del quehacer humano. De ahí que en el propio acto escriturario es deber del escribano otorgante dar lectura al instrumento a viva voz, un momento previo a la firma de la escritura en el que

Infojus

pueden aparecer defectos como equivocaciones en la identificación de los comparecientes, una numeración errada, una modalidad que debía estar precedida por una preposición negativa, y tanto otros casos que pueden presentarse. Tal obligación, que forma parte del acto a celebrarse, suple la mayor de las veces el error: el escribano realiza la enmienda pertinente o el entrelineado necesario de puño y letra, previamente a la firma de los comparecientes al acto. Va de suyo que para que estas correcciones surtan el efecto propiciado deben realizarse en el propio instrumento público o en la escritura que contiene el motivo del acto jurídico a celebrarse. Una vez advertido el funcionario público interviniente de los errores señalados, debe salvar los defectos formales ante la presencia de las partes, antes de la autorización correspondiente y otorgamiento.

La conversión del instrumento público defectuoso en instrumento privado apunta a respetar la voluntad de las partes intervinientes proporcionando al instrumento con defectos de formalidades la posibilidad de que tenga validez y vigencia como instrumento privado. Son las partes quienes, de continuar con su voluntad creadora, dotan al documento de la forma legal prevista con vistas a que este, conforme a su validez, consolide su eficacia legal. Lo novedoso del CCyC es haber fundido dos artículos del Código de Vélez en uno solo.

ARTÍCULO 295.- ***Testigos inhábiles.*** *No pueden ser testigos en instrumentos públicos:*

a. *las personas incapaces de ejercicio y aquellas a quienes una sentencia les impide ser testigo en instrumentos públicos;*
b. *los que no saben firmar;*
c. *los dependientes del oficial público;*
d. *el cónyuge, el conviviente y los parientes del oficial público, dentro del cuarto grado y segundo de afinidad;*

El error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que han intervenido.

1. Introducción

La lectura de la norma es suficiente para conocer cuáles son las personas que no pueden ser testigos y que, por ende, resultan inhábiles para cumplir la formalidad que la ley requiere en cada uno de los instrumentos que se celebren.

2. Interpretación

Hay dos clases de testigos:

a. aquellos cuya declaración es un medio de prueba, aquellos que declaran en juicio y a través de cuya declaración se concurre con posterioridad a demostrar la existencia de los hechos y de los actos;
b. los testigos instrumentales cuya presencia integra la forma del acto. En la última categoría se distinguen los testigos de conocimiento —aquellos que concurren al solo efecto de dar fe de la identidad de las partes— y los testigos del acto. En el artículo bajo estudio referimos exclusivamente a los testigos instrumentales. Cuando la ley dispone que el instrumento debe otorgarse ante testigos, su presencia y firma es requisito de validez. La capacidad para ser testigo instrumental es su habilidad —o sea, su capacidad como tal— y comprende a toda persona no comprendida por las exclusiones

de la ley. En tanto, por el art. 12 CDPD[245] se presume el ejercicio de la capacidad jurídica. La constitucionalización del derecho privado se desarrolla en el inciso 1) de este artículo. Ello, al referirse a las personas incapaces de ejercicio y a aquellas con restricciones o limitaciones a la capacidad de ejercicio declaradas en una sentencia judicial. En el caso de aquellas personas a quienes se ha restringido por sentencia su capacidad jurídica, su imposiblidad para ser testigo especialmente debe constar en la sentencia. Coincide en lo pertinente con el primer y segundo párrafo del art. 32 CCyC.

En materia de testigos instrumentales no está prevista la firma a ruego para un testigo que no lo sabe hacer. Si de todos modos se utiliza esta modalidad, el verdadero testigo instrumental es el firmante y el acto será válido siempre que este último sea hábil.

2.1. ¿Qué significa que el error común sobre la idoneidad de los testigos salva la eficacia de los instrumentos en que han intervenido?

Por ser los testigos requisitos de validez de algunos instrumentos públicos, su restricción a la capacidad para actuar como tales o la declaración de incapacidad declaradas por sentencia judicial (doct. del art. 32 CCyC), tiene como efecto propio la invalidez del acto. Pero no es así cuando su inhabilidad no es públicamente conocida. No sería inválido el instrumento en el cual una persona, si bien conviviente del otorgante del acto, no reúne en ese momento los requisitos del art. 510 CCyC (requisitos de la unión convivencial) porque no ha transcurrido aun el plazo mínimo de dos años que la norma requiere para que dicha unión convivencial surta efectos jurídicos. Además, la finalidad del CCyC es restringir lo menos posible el ejercicio de la capacidad de las personas y promover su autonomía.

ARTÍCULO 296.- ***Eficacia probatoria.*** *El instrumento público hace plena fe:*

a. *en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal;*

b. *en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.*

Fuentes: arts. 993 a 995 CC; art. 272 del Proyecto Código Civil 1998.

1. Introducción

El artículo refiere en sus incisos, tanto a las declaraciones formalmente esenciales del instrumento —a las declaraciones de contenido o a aquellas dispositivas de las partes; a las enunciaciones directas y a las enunciaciones simples que contienen el instrumento público otorgado— como a los modos de impugnación, según se trate de las cláusulas esenciales del inc. a) o de las cláusulas dispositivas previstas en el inc. b).

2. Interpretación

Es la ley la que confiere autenticidad a los instrumentos públicos de acuerdo a sus especialidades, requerimientos y condiciones que ella prevé. Entonces, los instrumentos públicos son un medio de prueba de los hechos y de las declaraciones absolutamente

(245) Ley 26.378, elevada a jerarquía constitucional el 20/11/2014.

Infojus

importantes y necesarios para la sociedad, ya que evitan que cada vez que se tenga que hacer valer actos o negocios, estos tengan que ser sometidos a reconocimientos o pruebas gravosas de su existencia y veracidad. Dicha fuerza probatoria, que no requiere de ningún elemento externo al instrumento celebrado para tener vigencia, no solo alcanza y se extiende a las partes y a sus sucesores, sino también a los terceros y a todos los sujetos que no tienen ninguna relación con el acto o el negocio. *"Ninguna relación"* importa sostener que alcanza también a quienes carecen de un interés directo o indirecto vinculado con el acto y sus consecuencias. Se facilita de ese modo la prueba, otorgándose a los instrumentos plena fe de su contenido. Se puede decir que ello se deriva de la aplicación de la fe pública y su corolario: la autenticidad de los instrumentos públicos. La fuerza probatoria es el elemento que caracteriza al instrumento público y que lo diferencia del instrumento privado, que no tiene esa cualidad. La autenticidad se refiere a la existencia, legitimidad o veracidad en el significado de lo que contiene el instrumento.

2.1. Sobre la impugnación del contenido de un instrumento público. Sus variantes

2.1.1. Declaraciones formalmente esenciales

Se expresó con anterioridad la fuerza probatoria del instrumento público y las distintas clases de declaraciones que este contiene. Algunas de ellas son formalmente "esenciales" como, por ejemplo, lugar, fecha, domicilio, identificación del requerido, motivo u objeto de la medida a cumplir, lugar donde se practica la diligencia efectivamente, personas intervinientes, entrega de cosas o dinero en presencia del oficial público o exhibición de títulos (si ese era el objeto de la medida). Tales cualidades del instrumento son esenciales y tienen fuerza probatoria porque ocurrieron ante el oficial público o se han cumplido por él mismo, o han sido manifestadas por el oficial en ese acto: este ha estampado su firma y sello, ha recabado previamente la firma del requerido y de los comparecientes, ha expresado los motivos de su investidura que lo autorizan a llevar a cabo el instrumento público, y es quien la ley presume auténtico, con fuerza probatoria y con capacidad para dar plena fe de lo actuado. Aquí la fuerza probatoria alcanza su nivel más alto; para derrumbar la veracidad, autenticidad, legitimidad, plena fe que hace el instrumento frente a todos, no basta con una simple prueba en contrario: hay que acudir a la justicia criminal, bajo la figura del delito de redargución de falsedad.

2.1.2. Declaraciones dispositivas de las partes al momento del acto que se otorga; declaraciones enunciativas directas; declaraciones simples de una de las partes

a. Las primeras son aquellas declaraciones que el oficial público recibe, cuya veracidad no comprueba personalmente. Por ejemplo, las partes declaran que antes del acto ya se habían hecho entrega de dinero o que ya han celebrado un acuerdo. Este tipo de declaraciones tiene fuerza probatoria instrumental diferente a las declaraciones formalmente esenciales.

b. Las segundas no son necesarias al acto. Pero, al hacerlas y aceptarlas, tienen un valor de cláusulas dispositivas. Por ejemplo, se declara que se ha entregado la posesión antes del acto y se establece un día determinado. También tienen fuerza probatoria instrumental de diferente rango de las declaraciones formalmente esenciales.

c. Las terceras son manifestaciones unilaterales sobre hechos que no tienen relación con el acto. Por ejemplo, se declara que la numeración de la calle donde está ubicado el inmueble es idéntica a la del inmueble donde se muda. Estas declaraciones no tienen fuerza de prueba instrumental, pero tal vez sirvan como principio de prueba por escrito para demostrar alguna circunstancia.

Como conclusión, tratándose de las cláusulas insertas en el cuerpo del instrumento público de dispositivas y enunciativas directas (equiparables, como se dijo, a las dispositivas), si bien tienen plena fe entre las partes y terceros, para impugnar su contenido o veracidad, basta ofrecer prueba en contra y será el juez quien la aprecia.

No se requiere acudir a la tramitación de un juicio de redargución de falsedad en sede penal. Basta que en el juicio donde se invoca el instrumento público la parte impugnante traiga pruebas de la inexactitud de las declaraciones.

ARTÍCULO 297.- ***Incolumidad formal.*** *Los testigos de un instrumento público y el oficial público que lo autorizó no pueden contradecir, variar ni alterar su contenido, si no alegan que testificaron u otorgaron el acto siendo víctimas de dolo o violencia.*

Fuentes: art. 992 CC y el art. 273 del Proyecto de Código Civil de 1998.

1. Introducción

La norma alude al impedimento legal que alcanza al oficial público y a los testigos del acto, para contradecir, desdecir, alterar su contenido cambiándolo, salvo que expresen su calidad de víctimas de dolo o violencia.

2. Interpretación

Se entiende que el instrumento público que fue otorgado con todos los recaudos de fondo y forma exigidos por la ley no puede ser modificado al arbitrio del otorgante o sus testigos. Al haberse cumplido todo tipo de solemnidades propias de cada especie de instrumento, este conjunto visto como conjunto de garantías constitucionales constituye una protección a los ciudadanos en los actos realizados con máxima trascendencia para ellos. El CCyC evita crear inseguridad sobre los derechos que las personas constituyeron en dicho instrumento público.

Para el caso en que el oficial público y los testigos víctimas de su obrar por dolo y violencia lo aleguen —lo puedan probar en un eventual juicio en el que sean llamados—, el instrumento público podrá anularse. Pero prima el principio de la conservación de los actos jurídicos.

ARTÍCULO 298.- ***Contradocumento.*** *El contradocumento particular que altera lo expresado en un instrumento público puede invocarse por las partes, pero es inoponible respecto a terceros interesados de buena fe.*

1. Introducción

El contradocumento particular puede invocarse entre las partes que alteraron lo expresado en un instrumento público, pero no pueden oponerlo frente a aquellas personas, como resultan los terceros de buena fe.

Infojus

2. Interpretación

El contradocumento es un escrito en general secreto que comprueba o reconoce la simulación total o parcial de un acto aparente al cual se refiere. Cuando la simulación es lícita, porque a nadie daña ni va contra la ley, puede ocurrir que una de las partes —la simulación es un negocio bilateral— que hizo el acuerdo simulatorio pretenda sostener que la simulación celebrada no es un negocio aparente, sino real. En ese caso, se consolidan, si no hay actuación de la otra parte, las consecuencias del acto aparente convirtiéndose en efectivas. Si esto sucede, la otra parte que intervino en el negocio puede iniciar la acción de simulación para evitar que esta prospere y se consume la apariencia.

Puede darse que terceras personas estén interesadas en que el acto se mantenga aparente. Y si estos terceros son de buena fe porque no conocen el negocio ficticio del acto, se benefician con la inoponiblidad del contradocumento hacia ellos. Los terceros de buena fe son aquellos que desconocían el negocio simulado en el momento en que se relacionaron con las partes simulantes.

SECCIÓN 5ª

Escritura pública y acta

ARTÍCULO 299.- ***Escritura pública. Definición.*** *La escritura pública es el instrumento matriz extendido en el protocolo de un escribano público o de otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones, que contienen uno o más actos jurídicos. La copia o testimonio de las escrituras públicas que expiden los escribanos es instrumento público y hace plena fe como la escritura matriz. Si hay alguna variación entre ésta y la copia o testimonio, se debe estar al contenido de la escritura matriz.*

1. Introducción

La escritura pública que se asienta en el protocolo de un escribano se denomina escritura matriz. Igual criterio sigue la norma si la escritura se extiende por otro funcionario autorizado para ejercer las mismas funciones. Las escrituras públicas son la clase más importante de los instrumentos públicos y pueden contener en su cuerpo, y volcado en el protocolo, uno o más actos jurídicos. La norma refiere a copia "o" testimonio como sinónimos, lo que constituye un avance novedoso, y revalida expresamente que ellas hacen plena fe, como la escritura matriz que se asentó en el protocolo del escribano. Sin duda, ante una variación entre la escritura matriz y las copias o testimonios, debe estarse al contenido de la escritura matriz.

2. Interpretación

2.1. ¿Quiénes son los otros funcionarios autorizados para otorgar escrituras públicas en ejercicio de las mismas funciones?

Los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares, los cónsules.

El art. 20, inc. c) de la Ley 20.597 de Servicio Exterior de la Nación regula que los funcionarios del Servicio Exterior de la Nación a cargo de oficinas o secciones consulares pueden autorizar todos los actos jurídicos que, según las leyes de la Nación, correspondieren a los escribanos públicos; su formalización tendrá plena validez en todo el territorio de la

República Argentina. A su vez, conforme al inc. d) de la misma ley, los cónsules podrán autenticar cualquier acto notarial con las formalidades y condiciones exigidas por las leyes de la Nación para la validez de los instrumentos públicos.

Otros funcionarios ejercen actividad notarial (comandante de un avión o capitán de un buque; oficiales en el caso de testamentos militares; médicos autorizados; jueces de paz). No obstante, estos instrumentos otorgados no son escrituras públicas sino otros instrumentos públicos —de incumbencia notarial—, excepcionalmente autorizados como forma válida del acto. Estos otros instrumentos públicos pueden reconocer una procedencia administrativa, judicial o notarial.

Sin embargo, es la Ley de Servicio Exterior de la Nación la que autoriza a los cónsules a celebrar todos los actos jurídicos que corresponden a los escribanos públicos, lo que denota que estos funcionarios pueden extender escrituras públicas, con los recaudos que la ley 20.597 determina.

2.2. Escritura pública

La escritura pública es una especie del género instrumento público que, por excelencia, es otorgada por los escribanos. Es, sin duda, la más importante en el derecho privado.

Se trata de un instrumento público otorgado por un escribano de registro en su protocolo, y con las formalidades que la ley establece. Como predican los Fundamentos del Proyecto de Reforma al CCyC unificado (ley 26.994), este conjunto de solemnidades formales entendidas como garantías de jerarquía constitucional es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen.

La escritura pública no solo permite dar plena fuerza probatoria a gran número de actos, sino que es requerida por la ley en diversas disposiciones: esta exige escrituras públicas como formalidad exclusiva o, simplemente, como formalidad relativa. Habitualmente, las escrituras públicas se otorgan ante los escribanos de registro —que, valga la reiteración, son depositarios de la fe pública y dan autenticidad a los instrumentos otorgados ante ellos y redactados en los protocolos—. La escritura pública es un instrumento calificado como solemne , y que tanto en nuestro país como en la región americana, está destinada para la conformación de actos jurídicos de trascendencia patrimonial y personal.

2.3. Escritura pública; escritura matriz. Sus copias o testimonios

Está claro que los instrumentos públicos incluyen la clase más importante que, valga reiterarlo, es la escritura pública, sus copias o testimonios.

La escritura matriz es la escritura pública original, la que está asentada en el protocolo del escribano público de Registro. Si bien las copias o testimonios expedidos por los escribanos a pedido de partes intervinientes e interesadas hacen plena fe y, en tal sentido, funcionan "como" la escritura matriz, no lo son. Las copias o testimonios son retiradas de la escribanía y entregadas a las partes intervinientes, utilizándose para surtir efectos formales y probatorios. Siendo las que circulan, son también llamadas escrituras públicas —lo que es correcto por tratarse de una nominación que alude a su contenido—.

En cambio, las escrituras matrices quedan reservadas en los libros de protocolo que cada escribano de Registro conforma, conserva y custodia de acuerdo a las específicas formalidades que las leyes notariales provinciales del país y CABA, y las reglamentaciones de los Colegios de Escribanos exigen y el escribano público debe cumplir.

Infojus

Y además debe someterse a los controles sobre las probidades que se exige por dichos Colegios en la configuración de los libros de protocolo, su numeración cronológica de la foliatura, el sellado, entre otras condiciones, en procura de la seguridad jurídica y del mejor servicio notarial para los ciudadanos. Pasados unos años —ello depende de cada provincia y de lo que dispongan los Colegios de Escribanos del país—, previa impresión y encuadernación, el libro de protocolo se remite al Archivo Notarial, donde queda para siempre.

Respecto a las "*copias o testimonios*" a las que se refiere la norma bajo comentario, el CCyC opta por la sinonimia entre estos vocablos. Ello, como modo de terminar con la polémica entre la palabra "copia", que consignan las leyes notariales y que el Código de Vélez utiliza al referirse a esta clase de reproducciones, la palabra "testimonio", que es la usada en la práctica judicial y notarial.

Como señalamos, en caso de encontrarse diferencias conceptuales o formales entre la escritura matriz (el protocolo) y sus copias o testimonios, prevalecen las primeras sobre las segundas, y a ellas hay que atenerse.

2.4. Presupuestos de la función notarial

La función notarial abarca distintos procesos e instrumentos de complejidad. La intervención resume un accionar que otorga fe pública y da forma a la voluntad de las partes. De ese modo, estructura legalmente los hechos o actos que solicitan los requirentes tendiente al logro de su objetivo y, para ello, realiza operaciones instrumentales. La función notarial valida los negocios jurídicos de los peticionantes a través de la forma, es decir, "viste" con ropaje apropiado la voluntad que le ha manifestado el individuo. Como se ha dicho, la forma por excelencia es la escritura pública. Con ella se impregna de autenticidad *erga omnes* a los documentos autorizados.[246]

Según Sierz, previamente a autorizar el documento público, el escribano transita por ciertas "*operaciones de ejercicio*" que la autora citada resume en:

a. clasificación: resulta el encuadre jurídico de la figura cuyo objeto las partes desean instrumentar, luego de indagar en la voluntad que le han manifestado las partes;

b. legalización: adecúa las manifestaciones de los requirentes al ordenamiento legal vigente;

c. legitimación: analiza la voluntad relevada y las situaciones objetivas que justifican la autorización del acto para poner de manifiesto los efectos jurídicos deseados por los contratantes. Mientras la legalización recae sobre la validez del acto, la legitimación se refiere a su eficacia;

d. configuración: es una operación clave porque el notario organiza los elementos a su disposición, los redacta de manera ordenada y nuclea la voluntad de las partes;

e. documentación: se refiere a la instrumentación de la redacción, salvo que se le hubiere entregado una minuta y solo la transcribe;

f. autenticación: refleja sus propios hechos o aquellos que han pasado en su presencia, así como también los dichos de los requirentes, coadyuvando para que el instrumento tenga consecuencias públicas; y

(246) Sierz, Susana V., *Ley Notarial 404 (incluye última reforma de la ley 3933) comentada*, 2ª ed. ampliada y comentada, Bs. As., Di Lalla, 2014, pp. 21, 22 y 23.

Infojus

g. autorización: implica el ejercicio de un rasgo de autoridad imponente, ya que posee la virtualidad jurídica de dotar al instrumento de todos sus efectos propios, sea entre las partes, sea frente a terceros o ante la sociedad.

Como corolario de estas operaciones de ejercicio que efectúa el escribano se sostiene que **sin** autorización **no existe** documento notarial, ya que esta autorización es la culminación de todos los pasos que permite su eficacia futura.

ARTÍCULO 300.- ***Protocolo.*** *El protocolo se forma con los folios habilitados para el uso de cada registro, numerados correlativamente en cada año calendario, y con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto. Corresponde a la ley local reglamentar lo relativo a las características de los folios, su expedición, así como los demás recaudos relativos al protocolo, forma y modo de su colección en volúmenes o legajos, su conservación y archivo.*

1. Introducción

Todas las escrituras públicas realizadas a lo largo de un año y en las que constan todos los actos jurídicos en los que interviene el escribano o notario deben encontrarse ordenadas cronológicamente en el protocolo, en el que constará toda la actividad notarial del o los profesionales intervinientes.

2. Interpretación

2.1. Concepto

El protocolo consiste en el conjunto de escrituras públicas y demás documentos producidos por el escribano o notario a lo largo de un año, de conformidad con las leyes notariales, los cuales se deberán encontrar ordenados de manera cronológica. Según Armella, su finalidad es conservar cronológicamente los documentos notariales portantes de la instrumentación de hechos y/o actos jurídicos que crean, modifican, transfieren o extinguen derechos, posibilitando también su reproducción.

2.2. Folios

Asimismo, el protocolo se compone con los folios dentro de los cuales se encuentran las escrituras públicas y demás documentos notariales arriba mencionados. Dichos folios, para poder ser parte del protocolo, deben estar habilitados por la legislación notarial vigente de cada provincia y de la CABA. Serán los Colegios de Escribanos de cada jurisdicción los órganos encargados de velar por la seguridad de los folios: serán ellos los encargados de proveerles a los escribanos los folios correspondientes y de suspender su entrega en el caso de que hubiere grave denuncia o irregularidades en el ejercicio notarial por parte del profesional responsable ante dicho organismo colegiado, y según las reglas notariales correspondientes.

2.3. Lo actuado en el protocolo

El protocolo se inicia en el momento en que el escribano o notario realiza la primera escritura pública o documento notarial. Antes de llevarse a cabo la primera escritura pública, se realiza la nota de apertura en la que debe constar la fecha, el registro notarial, los profesionales que lo integran y su condición —titular, adscripto, etc.—. Una vez hecha la

nota de apertura se procederá a realizar la primera escritura pública. Al finalizar cada año calendario se cierra el protocolo dejándose testimonio notarial de todos los folios que se utilizaron y de aquellos que no se hubieren utilizado. Todo ello, con firma y sello del escribano a cargo y con media firma en los inutilizados. Por último, todo lo relativo a los deberes de ejercicio es regulado por las leyes notariales propias de cada provincia —las que regulan las formas en que se redactan las escrituras y se incorporan los documentos anexos, como así también los deberes de encuadernación—.

ARTÍCULO 301.- ***Requisitos.*** *El escribano debe recibir por sí mismo las declaraciones de los comparecientes, sean las partes, sus representantes, testigos, cónyuges u otros intervinientes. Debe calificar los presupuestos y elementos del acto, y configurarlo técnicamente. Las escrituras públicas, que deben extenderse en un único acto, pueden ser manuscritas o mecanografiadas, pudiendo utilizarse mecanismos electrónicos de procesamiento de textos, siempre que en definitiva la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones, con caracteres fácilmente legibles. En los casos de pluralidad de otorgantes en los que no haya entrega de dinero, valores o cosas en presencia del notario, los interesados pueden suscribir la escritura en distintas horas del mismo día de su otorgamiento. Este procedimiento puede utilizarse siempre que no se modifique el texto definitivo al tiempo de la primera firma.*

Remisiones: ver comentario al art. 299 CCyC (en especial, punto 2.4.).

1. Introducción

Primer requisito: la obligatoriedad de la presencia del escribano en los actos escriturarios. Luego, calificar los elementos que las partes le han brindado al escribano y darles —desde su ejercicio profesional— el encuadre jurídico de aquella figura cuyo objeto las partes han deseado instrumentar. Configurarlo técnicamente significa redactarlo. También regula que las escrituras pueden ser manuscritas o tener formato mecanográfico, o de procesadores de texto y munirse del auxilio de la tecnología informática (refiere a los mecanismos electrónicos y procesamientos de textos). Pero, como requisito ineludible, determina que la redacción resulte estampada en el soporte exigido por las reglamentaciones y, sobretodo, que se pueda leer fácilmente. Advierte la norma que cuando se trate de escrituras con varios otorgantes, y no deban entregarse valores o dinero o cosas en la presencia del escribano, pueden suscribirse en distintas horas del mismo día en que se puso la fecha del otorgamiento, aunque no puede modificarse el texto luego de la primera firma que se hubiere estampado. En los demás casos en que, en presencia del escribano, deban entregarse valores, dinero o cosas, el o los otorgantes del acto deben concurrir al mismo tiempo y firmar en presencia del escribano. El cumplimiento por parte del escribano de los requisitos apuntados es un deber propio del quehacer notarial.

2. Interpretación

Las labores notariales para la doctrina calificada resultan básicamente las siguientes:

a. tarea de asesoramiento;
b. función legitimadora y formativa;
c. labor autenticadora y documental;

d. labor redactora, porque contribuye desde el principio a la especial y oportuna formación de los instrumentos.

De cumplirse estas fases en el desempeño del ejercicio notarial, se puede afirmar que se reúnen los requisitos aludidos en el artículo en cometario.

2.1. Motivación de los requisitos y finalidad

Las leyes notariales reúnen, con especificidad, el alcance y obligatoriedad de los deberes de los escribanos en coincidencia con la legislación de fondo. De ahí que la presencia personal del escribano para recibir declaraciones de los comparecientes al acto resulte de relevancia porque una vez documentadas en el cuerpo del instrumento gozarán del resguardo de la fe pública. Asimismo, dicho requisito —la presencia personal del notario— se relaciona con las labores de asesoramiento, imparcialidad, independencia. Además, la intervención del escribano ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de sus actos trascendentes de índole personal y patrimonial, con la finalidad de conferirles legalidad, validez y eficacia. Esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, la configuración técnica y, sobre todo, la adecuación de la voluntad de lo expresado y narrado luego en los documentos matrices que deben ser conservados y exhibidos a quienes tengan un interés legítimo.

2.2. Acerca de las formalidades

Se menciona expresamente el tipo de grafía que soporta el contenido del instrumento. En tal sentido, además de la utilizada grafía manuscrita, la norma amplía a los medios actuales de la tecnología informática, como ya se señaló.

Todas las escribanías utilizan los programas informáticos destinados a los distintos usos del quehacer notarial. Lo fundamental es que el resultado de cualquiera de las técnicas usadas para la redacción y edición del contenido de la escritura sea legible y de fácil comprensión —aun con las correcciones que, por vía de enmendaturas y salvaturas, efectúe el escribano—.

Debe encontrarse claridad en el documento y resguardarse cada una de las formalidades prescriptas por la ley, tales como el tipo de papel, la tinta, los espacios en blanco, la prohibición de abreviaturas.

Estas formalidades deben interpretarse en conjunto con las leyes notariales. Si bien las leyes provinciales y la ley 404 de la CABA guardan infinidad de similitudes, difieren en algunos aspectos: entre ellos, en los mecanismos seguridad como resulta la impresión del documento. Si el escribano no cumple con las formalidades y requisitos a los que está obligado por la ley de su jurisdicción, será pasible de sanción disciplinaria.

2.3. Los tiempos del acto. Su unidad

Es principio que el otorgamiento de todo instrumento público en general, y de la escritura pública en especial, debe efectuarse sin solución de continuidad. Los elementos formales que lo constituyen deben coexistir en un instante preciso de tiempo. Sin perjuicio de la duración del mismo, aquel se remite a un instante. En la práctica puede ocurrir que haya que rectificar el proyecto. Entonces, las partes y los testigos deben esperar a que, materialmente, se lo efectúe, y firmar luego. Entre los instrumentos públicos es requisito de validez la unidad del acto —por ejemplo, en el matrimonio—.

ARTÍCULO 302.- ***Idioma.*** *La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo.*

Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado.

1. Introducción

La escritura pública debe siempre hacerse en idioma nacional y tomar como referencia a la Academia Argentina de Letras debido a que el idioma nacional posee una enorme cantidad de palabras que no pertenecen al idioma castellano o español.

2. Interpretación

Si a la hora de realizarse la escritura pública las partes no hablan el idioma nacional, se debe constituir una minuta firmada por las mismas ante el escribano que da fe del acto en cuestión o del reconocimiento de firmas, para el caso en el que lo firmado no se hubiera llevado a cabo ante su persona. La minuta debe estar expresada en idioma nacional por traductor público o por un intérprete que cuente con la aprobación del escribano. Todo lo actuado deberá quedar registrado en el protocolo. Los otorgantes podrán solicitarle al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero siempre que conste de una traducción realizada por traductor público, o intérprete aprobado por aquel. En este caso, junto con el testimonio de la escritura, el escribano deberá entregarle a los otorgantes copias certificadas en el idioma en que se haya confeccionado.

ARTÍCULO 303.- ***Abreviaturas y números.*** *No se deben dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas, o iniciales, excepto que estas dos últimas consten en los documentos que se transcriben, se trate de constancias de otros documentos agregados o sean signos o abreviaturas científicas o socialmente admitidas con sentido unívoco. Pueden usarse números, excepto para las cantidades que se entregan en presencia del escribano y otras cantidades o datos que corresponden a elementos esenciales del acto jurídico.*

1. Introducción

Toda vez que la escritura pública debe expresar fehacientemente la esencia del acto jurídico, se torna necesario mantener la intangibilidad de lo expresado en la escritura.

2. Interpretación

Es justamente a partir de la necesidad de que no quede duda alguna acerca de la naturaleza del acto jurídico expresado en la escritura, que el presente artículo fija ciertas pautas mínimas que deben respetarse a la hora de realizarse dicha escritura. De ahí que no se permita, por regla general, dejar espacios en blanco, ni utilizar abreviaturas o iniciales que pudieran prestar a confusión. Sin perjuicio de ello, de manera excepcional pueden utili-

zarse abreviaturas o iniciales en la escritura si las mismas se desprenden o constan de los documentos que se transcriben, si se trata de constancias de otros documentos agregados, o si son abreviaturas o iniciales científica o socialmente aceptadas —tales como INTA (Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria), UBA (Universidad de Buenos Aires) o IGJ (Inspección General de Justicia)—. Por su parte, pueden usarse números a excepción para aquellas cantidades que se entregan en presencia del escribano y para otras cantidades o datos que pertenezcan a elementos propios del acto jurídico. En conclusión, con todo ello se persigue el único fin de que la escritura exprese inequívocamente el acto jurídico celebrado por los otorgantes.

ARTÍCULO 304.- ***Otorgante con discapacidad auditiva.*** *Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeta, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.*

1. Introducción

El artículo se refiere a los casos en los que alguna de las personas otorgantes del acto tenga discapacidad auditiva, ya sea alfabeta o analfabeta. En ambos supuestos debe concurrir con dos testigos que deben dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si la persona es alfabeta, la escritura debe hacerse conforme a una minuta firmada por ella, hecho del que el escribano debe dar fe. También esta debe quedar protocolizada. Si es analfabeta, la norma también exige la intervención —no solo presencia— de dos testigos que acrediten que la persona otorgante comprende la trascendencia patrimonial o personal del acto que va a celebrar y sus consecuencias.

2. Interpretación

¿La persona con discapacidad auditiva que no sabe leer ni escribir puede otorgar un acto escriturario?

La constitucionalización del derecho privado se patentiza en esta norma en coincidencia plena con el art. 12, inc. 4) CDPD. Dicho texto legal de jerarquía constitucional presume el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas y, en tal razón, el art. 24, inc. c) CCyC suprimió entre los llamados incapaces de ejercicio a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.

El art. 23 CCyC resulta claro cuando expresa que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código o en una sentencia judicial. Por tanto, parece acertado que, para el otorgamiento del acto por parte de una persona con discapacidad auditiva que no sepa leer ni escribir o sea analfabeta, en esta norma concurra el recaudo sobre la intervención de dos testigos.

Ante el escribano, ellos deben dar cuenta en debida forma sobre la comprensión plena que la persona tenga del acto a celebrarse y de la necesidad, conveniencia y ventaja evidente —entre otras afirmaciones— que reconoce para sí en la celebración del acto escriturario.

No se advierte que el principio de la seguridad jurídica se vulnere, porque es propio de la función notarial la realización de ciertas operaciones instrumentales previas al acto que va a autorizar. El escribano, con su observancia, asesoramiento previo e intervención, abarca

Infojus

un accionar que otorga fe pública y da forma a la voluntad de las partes y estructura legalmente los actos o hechos solicitados por los requirentes tendiente a que logren su efecto objetivo. El profesional elige las formas que garanticen la eficacia de los objetivos y fines puestos de manifiesto por las partes. En consecuencia, adecúa la expresión de sus voluntades al ordenamiento vigente.

Por otra parte, en aras de proteger el principio de la seguridad jurídica, no es dable presumir incapacidades de ejercicio de la capacidad jurídica de las personas: aun aquella que resulte discapacitada auditiva y no lea ni escriba, es capaz para este Código, puede expresar su voluntad y comprender la importancia del acto a realizarse con el aval de dos personas en calidad de testigos que aseveren —porque la ley lo requiere— que entiende el alcance y las consecuencias de sus actos.

El CCyC se presenta coincidente con los tratados de derechos humanos, en especial, con los postulados del art. 32 CCyC, que se refiere a la posibilidad de declarar excepcionalmente la incapacidad de una persona: "*por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador*".

En suma, son harto excepcionales los supuestos que este Código prevé para restringir la capacidad de ejercicio de una persona. Y, en tal caso, a partir de una sentencia judicial. La sentencia judicial que restringe la capacidad de una persona para ciertos actos se inscribe en el Registro Civil y Capacidad de las Personas, dejándose nota de ella en la partida de nacimiento de la persona (art. 39 CCyC). Por ende, una persona con discapacidad auditiva que no lee ni escribe, a quien ninguna sentencia judicial hubiere restringido la capacidad para ciertos actos y que no haya sido declarada excepcionalmente incapaz, puede expresar su voluntad por cualquier medio, modo o formato adecuado. De ahí que, en el ejercicio de su capacidad jurídica, recurra a la escribanía con aquellos testigos que puedan acreditar tanto su interés legítimo para otorgar el acto como su comprensión sobre su trascendencia y la conveniencia que este tiene para sus intereses. El notario, tomando los recaudos que la ley prescribe en orden a conocer la inscripción registral de una sentencia judicial de restricción a la capacidad de un sujeto y su anotación marginal en el acta de nacimiento, tendrá a su alcance conocer si sobre la persona otorgante del acto existe alguna restricción o limitación para el ejercicio de su capacidad jurídica decretada judicialmente. En suma, será el íter propio de la función notarial y los procesos instrumentales complejos que el escribano debe transitar para conformar la voluntad de las partes y que culmina con la autorización del acto, el que debe extremarse.

En suma, desde la nueva codificación se le reconoce a la persona con discapacidad auditiva que no sabe leer ni escribir la capacidad de ejercicio para otorgar un acto escriturario con la intervención (no solamente concurrencia) de dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto de la persona otorgante.

ARTÍCULO 305.- *Contenido.* *La escritura debe contener:*

a. *lugar y fecha de su otorgamiento; si cualquiera de las partes lo requiere o el escribano lo considera conveniente, la hora en que se firma el instrumento;*

b. *los nombres, apellidos, documento de identidad, domicilio real y especial si lo hubiera, fecha de nacimiento y estado de familia de*

los otorgantes; si se trata de personas casadas, se debe consignar también si lo son en primeras o posteriores nupcias y el nombre del cónyuge, si resulta relevante en atención a la naturaleza del acto; si el otorgante es una persona jurídica, se debe dejar constancia de su denominación completa, domicilio social y datos de inscripción de su constitución si corresponde;

c. *la naturaleza del acto y la individualización de los bienes que constituyen su objeto;*

d. *la constancia instrumental de la lectura que el escribano debe hacer en el acto del otorgamiento de la escritura;*

e. *las enmiendas, testados, borraduras, entrelíneas, u otras modificaciones efectuadas al instrumento en partes esenciales, que deben ser realizadas de puño y letra del escribano y antes de la firma;*

f. *la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos si los hubiera; si alguno de los otorgantes no sabe o no puede firmar, debe hacerlo en su nombre otra persona; debe hacerse constar la manifestación sobre la causa del impedimento y la impresión digital del otorgante.*

Fuentes: art. 1001 CC.

1. Introducción

En esta Sección 5ª se siguen criterios conocidos, con un lenguaje más comprensible y con las especificaciones puntuales de la ley que deben contener las escrituras públicas. Se expresa que la falta de cumplimiento de los incs. a), b) y f) acarrea la nulidad del acto escriturario. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

2. Interpretación

2.1. Los requisitos formales y esenciales del contenido

El lugar y la fecha del otorgamiento es un requisito esencial para la validez de la escritura. Asimismo, el lugar debe estar comprendido en la competencia territorial del escribano.

En cuanto a la individualización de las partes, se sanciona con la nulidad a aquella escritura que no contenga el nombre de los otorgantes del acto de conformidad con lo previsto en el art. 309 CCyC. Lo novedoso radica en que ya no se exige al escribano dar fe de que conoce a los otorgantes como único supuesto, sino que la identidad se justifica también por la exhibición que se haga ante él del documento idóneo, y previa individualización del documento que se agrega al protocolo —reproduciendo con la pertinente certificación las partes pertinentes—. También debe consignarse el domicilio real o el especial, si lo hubiere.

Luego se refiere al estado de familia. Si son personas casadas, se lo consigna; también, el orden de las nupcias y el nombre del cónyuge; y si los sujetos negociales fueren casados, convivientes, divorciados, viudos, y cuando ello resulte relevante por la naturaleza del acto. Si se trata de personas jurídicas debe consignarse la razón social, la inscripción de su constitución, si correspondiere y el domicilio.

Todos estos datos deben expresarse de manera completa. No basta con decir que son mayores de edad. Existen situaciones no previstas en el articulado, como ser si el otorgante

Infojus

es soltero, caso en el que habrá que mencionar hijo de quién es. De igual manera, si el compareciente es viudo o viuda habrá que dejar asentado de qué nupcias y de quién. Si el estado civil denunciado es el de divorciado, habrá que consignar de qué nupcias y de quién, y también solicitar una copia de la sentencia de divorcio para comprobar que se ha decretado el fin de la sociedad conyugal.

2.2. Una realidad legislada y no contemplada en esta norma

Los supuestos de las uniones convivenciales no están previstas en el inc. b) de la norma bajo estudio. No obstante, debe contemplarse su valoración para el supuesto en que uno o ambos otorgantes del acto a celebrarse se encuentren en el régimen de las uniones convivenciales previsto en el art. 511 CCyC. Allí se expresa que dicho sistema familiar, 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. En el art. 512 CCyC, última parte, se reconoce que la inscripción en el Registro de Uniones Convivenciales es prueba suficiente de su existencia. Es relevante que ello se considere por cuanto, en el art. 517 CCyC, se establecen los momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de terceros. Los pactos, su modificación y rescisión son oponibles a terceros desde su inscripción, prevista en el Registro de Uniones Convivenciales —y, en especial, en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos—. Se considera que no existe óbice para que, en estos supuestos, el notario requiera a los otorgantes la documentación necesaria para acreditar dicha situación y relacionarla, si corresponde, cuando el bien objeto del acto que se transmite resulte incluido en alguno de dichos pactos. Las leyes notariales prevén cualquier otro dato identificatorio requerido por la ley, por los interesados o por el notario, cuando este lo considere conveniente.

2.3. Los demás requisitos de la escritura

Cuando el artículo se refiere a la naturaleza del acto y a la individualización de los bienes que constituyen el acto de otorgamiento, ninguna duda queda al respecto. Parece de toda obviedad que la escritura debe tener un contenido que es, por sobre todo, el del acto jurídico que la escritura instrumenta. Al referirse a la lectura y al acto de dejar constancia instrumental de dicho requisito, se desprende que, de acuerdo a la ley, la autenticidad con que se haya recogido en la escritura la voluntad de las partes queda librada a la responsabilidad del escribano y su deber de leer la escritura. A ese momento se limita el control que las partes pueden ejercer. No obstante, la novedad de la ley notarial 3393 de la CABA es la posibilidad que cada una de las partes tiene de leer la escritura de por sí. Se entiende que es una "atribución", excepto que el compareciente fuere discapacitado auditivo, en cuyo caso la lectura por sí es obligatoria. La falta de lectura no es causal de nulidad (art. 309 CCyC), pero los escribanos pueden ser sancionados por inobservancia de dicha formalidad.

En el inciso e) del artículo se regula que si en el contenido de la escritura existen borraduras, entrelineados, enmiendas u otras modificaciones que se le hubieran realizado, el escribano debe salvarlas "de puño y letra", y antes de la firma del acto escriturario. Con este requisito se asegura la intervención y control personal del escribano. La existencia de enmiendas no afecta la escritura con tal de que estén debidamente salvadas. A este fin, el escribano escribe con su lapicera al final del texto y antes de la firma. Por ejemplo, "entre líneas 'tal cosa' vale". Las tachaduras deben ser efectuadas de modo que pueda leerse lo que estaba escrito. Ello se salva diciendo "'lo testado' no vale".

El inciso f) contempla la firma de los otorgantes, del escribano y de los testigos, si los hubiera. En el Código velezano no se mencionaba la firma del oficial público, tal vez porque, más que un requisito de validez, es un elemento esencial para la existencia del instrumento. El art. 309 del Código reconoce este requisito sustancial, ya que la falta de firma del escribano acarrea la nulidad de la escritura.

El artículo, en su parte final, regula el procedimiento a seguir cuando alguna de las partes no puede o no sabe firmar. En tal caso, debe hacerlo otra persona en su nombre (firma a ruego). La persona que no sabe o no puede firmar, sin perjuicio de que la otra firme en su nombre, estampará su impresión digital. El notario dejará constancia de a quién corresponde el dedo y de los motivos que le hubieren imposibilitado firmar, con sujeción a las declaraciones del propio impedido. Si, por cualquier circunstancia, permanente o accidental, no pudiere tomarse de ningún modo la impresión digital, el autorizante lo debe hacer constar y dar las razones del impedimento. El escribano expresa el nombre, apellido, edad, estado civil de la persona que firmó por el impedido y hace constar el medio de su identificación (art. 79 de la ley 3933, CABA).

ARTÍCULO 306.- ***Justificación de identidad.*** *La identidad de los comparecientes debe justificarse por cualquiera de los siguientes medios:*

a. *por exhibición que se haga al escribano de documento idóneo; en este caso, se debe individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes;*
b. *por afirmación del conocimiento por parte del escribano.*

1. Introducción

La especificidad de la norma en cuanto a la justificación de la identidad de los comparecientes para la celebración de un acto exime de comentarios, dada la claridad del articulado.

2. Interpretación

El CCyC modifica en parte los antiguos arts. 1001 y 1002 CC, pues la oligatoriedad del escribano de "dar fe" de que conoce a los otorgantes "... *para justificar la identidad de los comparecientes*", no resulta la "exclusiva" forma de acreditarla como el Código refería. La forma de acreditación resulta ampliada en el inc. a), al determinar que la identidad también puede justificarse por la exhibición que se haga al escribano del documento idóneo y propone como funciones del escribano, por un lado, "*individualizar el documento*" y, por el otro, agregar al protocolo una fotocopia certificada de sus partes pertinentes. Si bien para el sistema legal la identidad de las partes y su justificación queda librada a la responsabilidad del escribano, en este aspecto la novedad del Código se adecúa a las prácticas que, desde hace tiempo, se desarrollan en el ámbito de las escribanías. Es impensable concurrir a la celebración de un acto sin el documento idóneo que justifique la identidad. Más allá de que el escribano estampe en el cuerpo de la escritura, luego de individualizarlos por sus datos y sus nombres, que los comparecientes son de su conocimiento y da fe de ello, tiene que llegar a la convicción acerca de esa identidad que se declara (por relación personal, por presentación de conocidos etc.). Y, en la actualidad, el inc. a) de la norma le allana ese camino, al darle otra alternativa como resulta la exhibición del documento idóneo y la agregación de una reproducción certificada de las partes del documento al protocolo.

Infojus

ARTÍCULO 307.- ***Documentos habilitantes.*** *Si el otorgante de la escritura es un representante, el escribano debe exigir la presentación del documento original que lo acredite, el que ha de quedar agregado al protocolo, excepto que se trate de poderes para más de un asunto o de otros documentos habilitantes que hagan necesaria la devolución, supuesto en el cual se debe agregar copia certificada por el escribano. En caso de que los documentos habilitantes ya estén protocolizados en el registro del escribano interviniente, basta con que se mencione esta circunstancia, indicando folio y año.*

1. Introducción

El texto, de lectura fácil y exponente de la claridad de lenguaje que caracteriza a este Código, no ofrece dificultades para su comprensión. Cuando el otorgante de una escritura actúe como representante de otro, debe acreditar su personería exhibiendo el documento original que lo inviste de dicha representación, el que debe agregarse al protocolo. En caso de que el otorgante de la escritura en representación de otra persona esté investido de un poder para más de un asunto, o que se presente con documento habilitante que requiera que el escribano se lo devuelva, debe agregarse al protocolo una copia certificada de dichos poderes u otros documentos habilitantes. Plantea un tercer supuesto y es que el poder de representación para la celebración del acto se haya extendido en el mismo protocolo del escribano a cargo de ese Registro Notarial, por lo que basta con mencionar el número de escritura, folio del protocolo y la fecha en que dicho poder se otorgó por escritura. No obstante las leyes notariales expresan que el notario debe comprobar el alcance de la representación invocada y hacer constar la declaración del representante sobre su vigencia.

2. Interpretación

Las palabras del título del artículo aluden a los documentos que demuestran la representación que invoca quien otorga una escritura en nombre de otro, es decir, aquella persona que es parte en la escritura en carácter de representante de la verdadera parte en el acto jurídico. Y, los que acreditan autorizaciones, por ejemplo, o ratificaciones que, según los casos, sean indispensables para habilitar a la "parte" en la escritura.

Puede sostenerse que la documentación habilitante está constituida por el instrumento que acredita el carácter invocado por el requirente —mediante el cual interviene ante el oficial público— y que justifica la actuación en nombre de otro.

Si bien la norma exige al escribano la exhibición del instrumento original y la agregación posterior al protocolo, en realidad lo que se infiere de las leyes y prácticas notariales es que el escribano debe "calificar" la documentación en su original agregándolo o también adjuntarse una fotocopia autenticada al protocolo..

2.1. Enunciación de algunos documentos habilitantes

La determinación de cuáles son los documentos habilitantes requiere el estudio cuidadoso de cada caso, en función del acto jurídico de que se trate y de las normativas que rigen el tipo de representación que se invoque. Si, por ejemplo, el otorgante invoca el carácter de mandatario, su poder debe, a su vez, constar en escritura pública. Por ejemplo:

a. en el caso de representaciones por mandatario, la escritura de poder;

b. en el caso de órganos de una persona jurídica, el estatuto del que resulta la institución y atribuciones de los órganos, el acta de asamblea por la que se eligió el directorio o comisión directiva, y el acta de estos por la que se decidió otorgar la escritura pública y se comisionó al que se presenta a otorgarla;

c. en el caso de funcionarios públicos, es usual y conveniente (aunque no indispensable en razón de su publicidad) tomar como documentos habilitantes las normas legales que instituyen y asignan las atribuciones del cargo que el funcionario ejerce y el acto de su designación.

2.2. Supuestos novedosos de documentos habilitantes para la representación y recaudos a tomarse para evitar nulidades

En el caso de tutores, curadores o apoyos con facultades representativas, debe presentarse el testimonio de la sentencia judicial donde conste, además de la designación y aceptación del cargo (art. 104; art. 32, última parte; y art. 43 CCyC), y el alcance y extensión de la facultad representativa de quienes invisten las cualidadades mencionadas. En especial, para mejor ejercicio del desempeño notarial y para evitar futuras nulidades, el profesional interviniente en la autorización del acto debe constatar el alcance y extensión de la sentencia judicial en que se haya restringido el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona o a quien se le haya declarado excepcionalmente la incapacidad.

En efecto, quien deba autorizar el acto debe constatar que en la sentencia esté consignada expresamente la prohibición que le cabe a la persona a quien se le restringió la capacidad o que fue declarada incapaz por excepción para otorgar por sí sola el acto cuya celebración se pretende.

Se considera con insistencia que debe constatarse que las sentencias judiciales que restringen el ejercicio de la capacidad jurídica de una persona en la extensión allí consignada, incluyan que el acto jurídico a celebrarse se realice por medio de un representante con las facultades necesarias para que dicho acto no pueda ser tachado de nulidad en el futuro porque "perjudicó" a la persona protegida.

Además, debe requerirse el recaudo sobre la inscripción de la sentencia judicial en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Para una mayor comprensión se remite a los comentarios de los arts. 100 a 103 CCyC, en torno a la representación y a la asistencia, respectivamente.

2.3. Otros supuestos novedosos de documentos habilitantes para acreditar una representación: las relaciones de familia y la representación legal por parte de los guardadores

2.3.1. Principio general: el guardador es representante legal

El guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente *"en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial"* (art. 104, último párrafo, CCyC).

2.3.2. Primer supuesto: la guarda delegada y homologada por el juez

En efecto, en el supuesto en que los padres deleguen la responsabilidad parental en un tercero idóneo sea pariente o no y esta sea debidamente homologada judicialmente, la persona a quien le delegaron el ejercicio, es el representante legal del niño/a o adolescente a quien el juez pudo otorgar las funciones de protección de la persona y de los bienes de los niños, niñas y adolescentes. La duración máxima de este tipo de guarda delegada

Infojus

es de un (1) año calendario (con la posibilidad de prorrogarse por otro período similar (art. 643 CCyC). El escribano debe controlar tales circunstancias de fechas y plazos al exhibirse el testimonio por parte de aquel o aquellos que invisten la representación de un niño/a o adolescente como guardadores, al tiempo de celebrarse un acto de contenido patrimonial en favor del niño para comprobar la representación suficiente. Ello, sin perjuicio de los requisitos de fondo que la ley contempla para la celebración de un acto de disposición de bienes de niños o de aquellos de trascendencia patrimonial. (art.643CCyC).

2.3.3. Segundo supuesto: la guarda judicial a un tercero

En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un tercero, sea o no pariente por el plazo de UN (1) año calendario, prorrogable por razones suficientes por un período igual. En idéntico sentido al comentario anterior, es deber del escribano interviniente constatar, a partir de la presentación del testimonio que acredita la calidad de guardador, la actualidad de la representación suficiente, en tanto subsista la vigencia de la guarda y la fecha en que se expidió el testimonio. En este particular, el art. 657 CCyC refiere que los guardadores judiciales se ocupan de los cuidados personales del niño y, además, tienen facultades para tomar decisiones relativas a su vida. Ello no obsta al otorgamiento —con la debida representación que invisten— de actos de contenido patrimonial. Por ejemplo, los guardadores, ante la virtualidad de reclamar para el niño o niña o adolescente una justa indemnización por haber sido víctima de un accidente de tránsito, y tratándose, por principio general del art. 104 CCyC, de representantes legales, pueden otorgar poder a los letrados que han elegido para que lleven adelante el juicio, o por acta notarial celebren con los letrados un pacto de cuota *litis*, ya que se trata de un acto de disposición a futuro de los bienes que el representado pueda obtener ante el éxito de un pleito, y sin perjuicio de la posterior aprobación judicial una vez presentado al expediente en trámite .

2.3.4. Tercer supuesto: la guarda del progenitor afín

Por el principio general del art. 104 CCyC, los guardadores son los representantes legales de los niños, niñas y adolescentes en todas las cuestiones de índole patrimonial. Asimismo, como se ha sostenido en el art. 643 CCyC, los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental pueden, en supuestos específicos, delegar su ejercicio a un tercero llamado "guardador", sea pariente o no, y ello se homologa judicialmente.

En el otorgamiento de guarda judicial a un tercero por razones de gravedad, el juez designa una tercera persona en carácter de "guardador". Y en ambos supuestos la ley los reconoce como "representantes legales" —que, además de los cuidados personales de los niños, atienden las cuestiones de índole patrimonial de los que están a su cuidado—.

Siendo así, y teniéndose en consideración que este Código propone dar soluciones para las "realidades" que se viven en cada familia y además facilitar la convivencia de todos ellos, entendemos que cuando al progenitor afín le ha sido delegado el ejercicio de la responsabilidad parental por parte de su cónyuge (art. 674 CCyC), y ello es homologado judicialmente, es también "guardador" de los hijos del cónyuge y, por ende, su representante legal.

Dicho carácter de guardador del que es investido en los hechos (aunque la ley no lo exprese directamente) conlleva a invocar tal representación cuando la situación lo amerite y mientras dure tal delegación.

Téngase en cuenta que el cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia.

En consecuencia, no se advierte el "por qué", ante situaciones similares a las contempladas por los arts. 104, 643 y 657 CCyC, en esta norma no se haya contemplado la calidad de guardador al progenitor afín. No obstante, lo que interesa al intérprete es la finalidad de la delegación y las atribuciones. De ahí que ningún obstáculo aparece para extender todos los alcances y efectos de los artículos mencionados a esta situación no contemplada expresamente. Se considera que el progenitor afín es también guardador y representante legal mientras dure la delegación del ejercicio de responsabilidad parental de los hijos menores de edad del otro cónyuge o conviviente. No parece razonable —en miras a la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos del otro cónyuge o conviviente al progenitor afín— que sea excluido de la investidura de guardador de los hijos del otro cónyuge o conviviente y de la posibilidad de representarlos legalmente en aquellos casos que resulte menester, y cumplidos los recaudos de la ley, sino todo lo contrario.

Por el contrario, tratándose los tres supuestos apuntados de la delegación del ejercicio de la responsabiliadad parental en favor de los intereses de los hijos por circunstancias ajenas a ellos, es la ley la que facilita el transcurso de la cotidianeidad, el cuidado personal y las medidas urgentes derivadas de las personas en vías de desarrollo como son los niños; por ello inviste a los guardadores como representantes legales de las personas menores de edad. El progenitor afín resulta también guardador por vía de interpretación y por la analogía de las instituciones y de conformidad a lo regulado en el art. 674 CCyC, sosteniéndose que este detenta la representación legal de los hijos del cónyuge o conviviente mientras perdure esta delegación homologada judicialmente.

Para la valoración de la representación legal que inviste el progenitor afín como guardador por habérsele delegado el ejercicio de la responsabilidad parental de los hijos del otro cónyuge o conviviente, es deber del escribano cotejar los mismos recaudos que en los apartados anteriores, en aras de extremar la virtualidad de la representación suficiente, es decir, la actualidad y vigencia del testimonio que se adjunta para el otorgamiento del acto.

ARTÍCULO 308.- ***Copias o testimonios.*** ***El escribano debe dar copia o testimonio de la escritura a las partes. Ese instrumento puede ser obtenido por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble, conforme a las reglamentaciones locales. Si alguna de las partes solicita nueva copia, el escribano debe entregarla, excepto que la escritura contenga la constancia de alguna obligación pendiente de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes. En este caso, se debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que debe tramitar con citación de las partes del acto jurídico.***

1. Introducción

Conforme a las reglamentaciones locales, los escribanos deben dar copia o testimonio de la escritura matriz a las partes, por cualquier medio de reproducción que asegure su permanencia indeleble. Si la escritura matriz contiene constancia pendiente de alguna obligación de dar o de hacer, a cargo de otra de las partes que no es la requirente, una nueva copia, el escribano debe requerir la acreditación en instrumento público de la extinción de la obligación, la conformidad del acreedor o la autorización judicial, que deba tramitar con citación de las partes del acto jurídico.

Infojus

2. Interpretación

Por el art. 289 CCyC, son instrumentos públicos las escrituras públicas, sus copias o testimonios.

En tanto la escritura matriz queda asentada —y, luego, encuadernada y archivada en el protocolo—, no se presta para ser utilizada de un modo práctico para probar la existencia del acto. Las copias que el escribano expide y entrega a las partes, y que son instrumento público al igual que la escritura matriz, son las que se utilizan a tales fines: se las exhibe, se las agrega a los expedientes judiciales o se las presenta en toda ocasión en que la parte invoca los derechos surgidos del acto. De ahí que el escribano debe dar a las partes que lo pidiesen copia autorizada por cualquier medio de reproducción.

No obstante, la norma establece una excepción. Por ejemplo, si se solicita nueva copia de una escritura que instrumenta un acto por el cual una de las partes contrae una obligación que no aparece cumplida —un préstamo o un contrato de construcción— el escribano no debe expedirla sino requerirle a quien la solicitó una acreditación por instrumento público de que la obligación se encuentra extinguida, la conformidad del acreedor o la autorización del juez con citación a las partes del acto jurídico.

El sentido de la norma radica en proteger y evitar daños al que cumplió con sus obligaciones para que no se le reclamen nuevamente las prestaciones que ya ha cumplido. De otorgarse sin más las copias por la mera solicitud de una de las partes del acto jurídico que contiene la escritura, quien extinguió sus obligaciones pueda ser demandado y reclamado tantas veces como se presentase el instrumento. Es decir, el escribano no debe otorgar una nueva copia o testimonio al ex-acreedor a quien ya se le había satisfecho la obligación. Por tal motivo, en el supuesto de que no se acredite en la forma que regula el artículo bajo comentario que se han extinguido las obligaciones pendientes de dar o hacer, es necesaria la autorización judicial para que el escibano la expida.

ARTÍCULO 309.- ***Nulidad.*** ***Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.***

1. Introducción

El artículo contiene una enumeración taxativa de las causas de nulidad de la escritura. La omisión de cualquiera de las formalidades exigidas de esta norma vician de nulidad absoluta a la escritura. Por tanto esta sanción legal que la ley impone al acto escriturario omisivo de sus caracteres esenciales, y lo priva de sus efectos, no puede sanearse ni por su confirmación ni por prescripción (arts. 386 y 387 CCyC).

2. Interpretación

La nulidad es una sanción legal por la que se priva de sus efectos a un acto jurídico, en este caso al que contiene la escritura en virtud de un antecedente existente (omisión de los caracteres esenciales) en el momento de su celebración. Asimismo, la nulidad debe basarse siempre en la ley. Esto la distingue de otros supuestos de extinción de los efectos

de los actos jurídicos que, como la rescisión y la revocación, nacen de la voluntad de las partes y no de la ley.

Por otra parte este tipo de nulidad (absoluta) se funda en razones de seguridad e interés de orden público. En el apartado anterior se dijo que la nulidad que acarrea la falta de los requisitos taxativos enumerados en el artículo analizado en las escrituras públicas no son confirmables; ello significa que la voluntad de las partes no es eficaz para sanearla.

Además se dijo que no pueden sanearse por el transcurso del tiempo, es decir, son imprescriptibles. Ello parece lógico por cuanto, si no puede ser confirmado, tampoco puede ser saneado por el transcurso del tiempo.

2.1. Un requisito esencial que se incluye bajo pena de nulidad

Se introduce como elemento esencial para la validez del acto escriturario, la firma del escribano, lo que no estaba expresamente mencionado en el art. 1004 CC —que muchas dudas de interpretación trajo aparejadas a la doctrina—. Las demás irregularidades sobre recaudos no existentes en la enumeración taxativa del presente artículo no vuelven nulas las escrituras; no obstante, bien puede caberle al escribano algún tipo de sanción por la inobservancia de sus deberes regulados en las leyes notariales.

ARTÍCULO 310.- ***Actas.*** ***Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.***

1. Introducción

Las actas constituyen documentos matrices notariales que deben extenderse en el protocolo cuyo objeto resulta comprobar los hechos que se vuelcan en los documentos notariales. Las actas son instrumentos públicos que requieren la autorización de un escribano competente, que interviene a requerimiento de una persona con interés legítimo y tiene como objeto constatar la verdad de un hecho. Para lograr dicho objeto perseguido por la ley, y en razón de la investidura que ostenta, es el notario quien autentica las actas, lo que importa la fijación de los hechos y su comprobación.

2. Interpretación

Tanto las leyes notariales como la doctrina en general sostienen que las actas son escrituras públicas efectuadas en el protocolo que registran hechos que el escribano presencia. Salvo excepciones, las actas no poseen negocio jurídico. El escribano debe limitarse a una descripción de lo percibido por sus sentidos: es decir, de lo que observa por los ojos y lo que escucha por sus oídos. Las actas son exclusivamente protocolares, salvo estipulación en contrario. De ahí que llevan número al ser escrituras y se ordenan cronológicamente en el protocolo.

Novedosamente, en esta normativa el CCyC reconoce puntualmente a esta clase de instrumentos públicos como documentos notariales y enseña que el objeto de las actas es la de comprobar hechos. El Código velezano no traía un concepto genérico de actas, sino que se refería a ellas en distintos supuestos del articulado. Por ejemplo, el acta del testamento por sobre cerrado y el supuesto del art. 1003 CC —se refiere al supuesto en el que un documento debe protocolizarse por orden judicial: se hace entrega al escribano designado y este, a su vez, lo debe agregar a su protocolo mediante un "acta" que contenga solamente los datos que precise la identidad del documento protocolizado—.

Infojus

Es significativo y de toda razonabilidad que el CCyC reconozca y conceptúe finalmente la importancia de las actas porque su contenido resulta comprobar distintos hechos fehacientemente.

2.1. De las actas complementarias

Las actas protocolares complementarias se rigen, en su aspecto formal, por las normas establecidas, para las que constituyen documento matriz. Es decir, deben ordenarse cronológicamente. Esto debe observarse estrictamente por el escribano. Y no debe ser alterado ya que es la garantía de la correlatividad y continuidad. Lo es, en base de la seguridad jurídica porque impide la ante o post datación de los instrumentos. A diferencia de los documentos matrices, que deben iniciarse en cabeza de folio y llevar todos los años numeración sucesiva del uno en adelante, las actas notariales complementarias están exceptuadas de dicho recaudo, porque ellas guardan relación con el documento que complementan. Se ha definido a las actas notariales, incluidas las complementarias, como escrituras públicas efectuadas en protocolo que registran hechos que el escribano presencia. Ellas, en general, no poseen negocio jurídico. Debe reiterarse, que el escribano en estos supuestos debe circunscribirse a lo percibido por sus sentidos.

ARTÍCULO 311.- ***Requisitos de las actas notariales.*** *Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones:*

a. *se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;*

b. *no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente;*

c. *no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias;*

d. *las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan;*

e. *el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario;*

f. *no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;*

g. *pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.*

1. Introducción

En el precepto examinado se señalan los recaudos especiales que deben cumplir las actas, las que a pesar de constituir documentos matrices y estar ajustadas a los requisitos formales de las escrituras, tienen en este Código algunas modificaciones específicas.

Infojus

2. Interpretación

El Código de Vélez no trae un concepto genérico de actas. Enuncia, sin embargo, algunos tipos de actas, tal como la de entrega de testamento cerrado, o el acta del art. 1003, segunda parte, que resulta el acta confeccionada por el escribano que hubiera protocolizado un documento por orden judicial.

Como se sostiene en los comentarios sobre las escrituras públicas, puede rescatarse la incorporación de dos reglas novedosas. La primera, relativa a la justificación de la identidad, que sustituye a la fe de conocimiento; está previsto inclusive la posibilidad de insertar la impresión digital del compareciente no conocido por el escribano.

La segunda novedad que interesa al artículo bajo comentario es justamente la reglamentación de las actas a las que solo se asigna valor probatorio cuando son protocolares.

Este artículo refleja el principio general en tanto remite a "las actas", a los requisitos de las escrituras públicas. No obstante, la diferente intervención notarial aplicada a la comprobación de hechos presenta algunas diferencias en relación a la confección de las escrituras.

2.1. Análisis de los incisos

a. ***se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;***

Por este inciso se expresa la necesidad de dejar constancia en el acta del requerimiento de la persona que motiva la intervención del notario. En las leyes notariales se establecía que el notario hiciera manifestación y juicio valorativo sobre el interés legítimo del requirente. En la actualidad, y por esta norma, es suficiente con que se fundamente en la declaración del requirente y que esta no sea improcedente o contraria a la moral y las buenas costumbres.

b. ***no es necesaria la acreditación de personería ni la del interés de terceros que alega el requirente;***

En este inciso existe una diferencia notoria respecto de las escrituras públicas ya que no resulta necesario para el requirente la acreditación de personería ni la del interés de tercero que alega. La presente observación se funda en función de la celeridad y con el objeto de no entorpecer ni dilatar el requerimiento. Ello es novedoso por cuanto difiere sustancialmente de lo establecido en el art. 1003 CC.

c. ***no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias;***

Dada la imposibilidad fáctica que conlleva el conocimiento de la persona que motiva la intervención del escribano, se prevé que no es preciso que el notario dé fe de conocimiento, tanto de los sujetos requeridos como de los notificados.

d. ***las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas***

Infojus

del carácter en que interviene el notario y, en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan;

Se acuña la idea de la no clandestinidad sobre la actuación del escribano público. Las personas requeridas o notificadas tienen derecho a lo siguiente: a) ser informadas en forma previa al acta del carácter que inviste el escribano; b) no contestar (una facultad que les asiste a los requeridos o notificados); c) a que, en caso de contestar, se tomen sus declaraciones y se las haga constar en el documento.

e. *el notario puede practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no sea necesario;*

Por este inciso se sobreentiende que el notario puede practicar las diligencias a su cargo sin la concurrencia del requirente cuando, por su objeto, no sea necesario. Es deber del escribano establecer, previo aviso al requirente, la necesariedad de su concurrencia en el acto para el cual se ha solicitado su intervención.

f. *no requieren unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día, y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;*

Las actas no necesitan cumplir el principio de unidad, de redacción, ni de acto. El escribano debe realizar el acta el día en que ocurren los hechos, tanto si la misma relata sucesos actuales como pasados. La excepción la constituyen los actuados que empiecen un día y cuyo desarrollo se extienda hasta el siguiente, las que se consideran otorgadas el día de su inicio. Debe dejarse constancia documental de que su terminación se efectuó en el día posterior. De tal modo, se considera como si hubieren sido autorizados el mismo día, aunque puedan extenderse en el de su finalización. También puede otorgarse en el siguiente día, si los hechos acontecidos han pasado en un horario tal que, por lo avanzado de la hora, el escribano se halle físicamente imposibilitado de extenderlas. La manda se completa con la obligación de hacerlo en los primeros minutos del día inmediato posterior, aun cuando este fuera inhábil.

El precepto pone de manifiesto la posibilidad de efectuar las actas simultáneamente o con posterioridad a los sucesos descriptos, pero deben hacerse, en principio, en el mismo día, con la excepción señalada. Lo necesario es respetar el orden cronológico de las actas, que pueden dividirse en dos secciones:

- Requerimento: implica la presencia del sujeto. El escribano deja una breve anotación del objeto del acta, el cual debe ser preciso. Acto seguido, se lee y se firma. A continuación, suscribe el escribano.
- Diligencia: es la tramitación, notificación o gestión que el notario puede realizar, ya sea solo o en compañía de su requirente.

g. *pueden autorizarse aun cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo cual debe dejarse constancia.*

Este inciso se encuentra ligado a lo comentado en el inc. d) de este mismo artículo. El inciso prevé que las escrituras que recojan actas pueden ser autorizadas por el notario,

aunque algún interesado o requerido no quisiera suscribirla. La única exigencia de la norma en análisis es que el escribano deje constancia documental de dichas actas.[247]

ARTÍCULO 312.- ***Valor probatorio.*** *El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tiene a la vista, a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas, se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emiten. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.*

Fuentes: art. 979, inc. 2) CC; art. 288 del Proyecto de Código Civil de 1998.

Remisiones: ver comentario al art. 296 CCyC.

1. Introducción

Se remite al comentario efectuado al art. 296 CCyC porque, en principio, el valor probatorio de las actas coincide con el valor probatorio de los instrumentos públicos en general. No obstante, el artículo se refiere al valor probatorio de las actas como una especie del género instrumento público. Se sostiene que las actas prueban los hechos que el escribano tiene a la vista. Es decir, el escribano puede dar fe solamente de aquello que percibe por sus sentidos y del conocimiento que adquiere sensorialmente; por eso, verifica la existencia de lo que observa y escucha. Constata el estado de un acontecimiento. Con relación a las personas requirentes o convocantes del escribano para que se labre el acta, es función principal la identificación de aquellos y también asentar en la hoja de protocolo sus declaraciones. Estas resultan meros hechos que carecen de contenido negocial.

2. Interpretación

Si bien esta normativa se apartó de su fuente (art. 288 del Proyecto de Código Civil de 1998), que solo admitía el valor probatorio de los instrumentos públicos a las actas protocolares, mientras que el artículo bajo comentario no lo hace, parece razonable afirmar, en clave con las leyes notariales, que las actas requeridas a los escribanos constituyen documentos matrices que deben extenderse en el protocolo, siempre que no exista disposición legal que establezca otra formalidad. Por tanto, las actas tienen valor probatorio como instrumento público que admite prueba en contrario.

Las declaraciones se deben asentar en los folios del protocolo como meros hechos y no como contenido negocial. El motivo resulta de la propia naturaleza de las declaraciones de las partes en tanto carecen de los requisitos mínimos enunciados por la legislación de fondo para que, por su intermedio, se consolide el principio de la seguridad jurídica.

Las declaraciones de las partes asentadas en las actas protocolares, como las manifestaciones que allí se expresen, admiten cualquier tipo de prueba en contrario para hacerlas caer.

(247) Sierz, Susana Violeta, *Ley Notarial 404 (incluye última reforma de la ley 3933) comentada*, 2ª ed. ampliada y comentada., Bs. As., Di Lalla, 2014, pp. 251/254.

Infojus

SECCIÓN 6ª(*)
Instrumentos privados y particulares

ARTÍCULO 313.- ***Firma de los instrumentos privados.*** *Si alguno de los firmantes de un instrumento privado no sabe o no puede firmar, puede dejarse constancia de la impresión digital o mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento.*

1. Introducción

El art. 1012 CC dio lugar a un extenso debate doctrinario y jurisprudencial. La firma no podía ser reemplazada por signos ni por las iniciales de los nombres y apellidos. Cuando la norma fue redactada, no existía la dactiloscopia, por lo que los autores discutieron sobre si la impresión digital constituía un signo o podía asimilarse a la firma.

Para un sector, los actos jurídicos se pueden probar por documentos autenticados con la impresión digital del otorgante, aun cuando no estén firmados.(248) Otros autores negaron la posibilidad de equiparar a la impresión digital con la firma.

Un sector importante sostuvo, en cambio, que la negativa se refiere al caso del analfabeto que, por no saber firmar, estampa su impresión. Pero si la sustitución tiene por causa un impedimento cualquiera, transitorio o permanente, en una persona alfabeta, tiene valor de firma.

Zannoni hizo hincapié en el caso del analfabeto. Dijo que, aunque el legislador otorgue al signante la posibilidad de reconocer voluntariamente el documento, el analfabeto no puede ser compelido a expedirse sobre la autenticidad de la impresión porque ignora lo que se le está haciendo suscribir al pie.(249)

Finalmente, cabría para otra postura ubicar a la impresión digital, dentro del principio de prueba por escrito.(250) Llambías se enroló dentro de esta postura. Si bien el art. 1012 CC exige la firma de las partes como un requisito esencial de los instrumentos privados, ese principio tan riguroso admite cierta morigeración por el juego de otras disposiciones legales, como la del art. 1190, inc. 2) CC Agregó que cierto es que en el orden natural de las cosas el instrumento privado debe llevar la firma de las partes, pero de aquí no se sigue que si falta ese requisito quede el documento destituido de todo efecto, ya que por el contrario el recordado artículo lo reputa un medio de prueba de los contratos. Esa verificación muestra, a su juicio, que acerca de los instrumentos privados hay dos conceptos parcialmente distintos, que se diferencian entre sí como el género y la especie. Hay instrumentos privados en sentido lato (género) y en sentido estricto (especie). Los instrumentos privados, en sentido lato, son todos los escritos emanados de una persona. Los

.....

(*) Comentarios a los arts. 313 a 319 elaborados por Adrián Ricordi.

(248) CCiv. 1°,"González de Raulet c/ D'Urbano", 11/03/1925, en *JA*, t. 15, p. 233; Cámara de Apelaciones de Paz de Córdoba, "Mayda, Julio contra Dorra, Ricardo", 23/10/1933, *La Ley*, t. 6, p. 116 (fallo 2189), fallo registrado en *JA*, t. 50, p. 85 con voto del Dr. Gastón Tobal.

(249) Zannoni, Eduardo A., "La impresión digital y sus efectos frente a los documentos privados así signados", en *LL*, t. 114, p. 400.

(250) CApel. Civ. y Com. La Plata, "Soria Carlos Rosa c/ Poggio, Adalgisa y otro", 06/05/1947, en *JA*, 1947-II, p. 149; CCiv., Sala F, "Carral Manuel P. c/ Palladino, Gerardo", 01/08/1963, en *La Ley*, t. 112, p. 76, fallo 50.999, voto de la Dra. Margarita Argúas.

Infojus

instrumentos privados propiamente dichos son los documentos firmados por las partes. Unos y otros valen como medio de prueba, de acuerdo a lo establecido por el art. 1190, inc. 2) CC. Pero, en cambio, solo los instrumentos privados, propiamente dichos, valen como elemento de forma del acto jurídico.

2. Interpretación

El CCyC innova sobre la materia y pone fin al debate.

Sabemos que los instrumentos particulares que se encuentran firmados, se denominan instrumentos privados. En cambio, los instrumentos particulares que no lo están se llaman "instrumentos particulares no firmados". Estos comprenden todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos, y los registros de la palabra y la información, cualquiera que sea el medio empleado (art. 287 CCyC).

Cuando el documento se encuentra firmado, no hay dudas, entonces, de que se trata de un instrumento privado. La cuestión se plantea, aquí, cuando la persona no sabe o no puede firmar. Esa imposibilidad puede ser permanente —como, por ejemplo, en el caso del analfabeto— o, simplemente de carácter transitorio o accidental —por ejemplo, el caso del sujeto que se ha fracturado su mano hábil—.

La solución que da el artículo es que puede dejarse constancia de la impresión digital. En tal caso, ¿esa impresión digital tiene idéntica validez que la firma? El título del artículo podría abrigar la duda respecto de si los instrumentos signados digitalmente sean auténticos instrumentos privados. Repárese que dicho título reza "firma de los instrumentos privados", lo que podría conducir a interpretar que estamos en presencia de instrumentos de dicha naturaleza. Sin embargo, la última parte del art. 314 CCyC zanja cualquier discusión sobre el particular: el documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido. Esto significa que los instrumentos signados con la impresión digital no constituyen verdaderos instrumentos privados, sino que caen bajo la órbita de los instrumentos particulares no firmados.

2.1. Impresión digital y presencia de testigos

La persona que no sabe o no puede firmar puede dejar constancia de su impresión digital. Ello valdrá, según vimos, como principio de prueba por escrito. Pero también pueden dejar constancia de la presencia dos testigos que deben suscribir el instrumento.

El interrogante que plantea la redacción del artículo es si basta con la impresión digital para que el instrumento valga como principio de prueba por escrito o si resulta necesario que los dos testigos suscriban el instrumento. Pareciera, en principio, que la persona impedida —por cualquier razón— de firmar tiene dos alternativas: signar el documento con su impresión digital o acudir a la presencia de dos testigos que suscriban el documento. Esta interpretación se deriva de la utilización por parte del legislador de la conjunción "o" (puede dejarse constancia de la impresión digital **o** mediante la presencia de dos testigos que deben suscribir también el instrumento). Sin embargo, las dudas se generan a propósito de la utilización del adverbio "también" en la última parte de la norma. Dicho adverbio de afirmación hace suponer, *a priori,* que se requieren ambos extremos: la impresión digital y que los dos testigos firmen el instrumento. De modo que una inicial interpretación llevaría a concluir que, para que el instrumento signado con la impresión digital valga como principio de prueba por escrito, se requiere de la presencia de dos testigos

Infojus

que firmen el documento. A mi juicio, sin embargo, la ausencia de este último elemento no impide que el instrumento que contiene únicamente la impresión digital produzca el mismo efecto. Los demás elementos de prueba que se colecten en una eventual discusión, definirán la eficacia que pueda otorgársele a dicho instrumento.

ARTÍCULO 314.- ***Reconocimiento de la firma.*** *Todo aquel contra quien se presente un instrumento cuya firma se le atribuye debe manifestar si ésta le pertenece. Los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante. La autenticidad de la firma puede probarse por cualquier medio.*

El reconocimiento de la firma importa el reconocimiento del cuerpo del instrumento privado. El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto del reconocimiento. La prueba resultante es indivisible. El documento signado con la impresión digital vale como principio de prueba por escrito y puede ser impugnado en su contenido.

1. Introducción

La primera parte de la norma impone el deber a la persona que se le atribuye una firma, de reconocer o no si le pertenece. El texto recoge la solución similar que tenía el art. 1031 CC.

Se trata de un supuesto en el que existe obligación legal de expedirse (art. 919 CC y art. 263 CCyC). La incomparecencia al acto de reconocimiento implica que el juez puede atribuirle la autoría de la firma. Pero el deber de comparecer se circunscribe a la persona a la que se le pretende atribuir la autoría. No se encuentran constreñidos a expedirse los terceros ni tampoco, como veremos, los herederos. En ese caso, el eventual silencio que estos pudieran guardar, carece de relevancia y no puede constituirse en un antecedente desfavorable a sus intereses.

Tratándose de personas jurídicas, la citación debe hacerse al representante legal. En caso de haber sido citado un representante distinto al que insertó la firma, puede manifestar que ignora quién colocó la firma, en cuyo caso corresponde acudir al mecanismo de la prueba pericial.

2. Interpretación

Los herederos no están obligados a expedirse sobre la autoría de la firma. Pueden limitarse a manifestar que ignoran si es o no la firma del causante, sin que ese temperamento constituya una presunción en contra de sus intereses.

Se ha sostenido que el hecho de que la ley exima a los sucesores de la obligación de reconocer o desconocer la firma atribuida a sus antecesores, permitiéndoles alegar ignorancia al respecto, no impide que a esos sucesores se los pueda citar al reconocimiento bajo apercibimiento de darles por reconocida la firma en caso de falta de comparecencia o silencio.[251]

(251) CNCiv., Sala A, "Bigliardi Hugo c/ Perri José, suc. y otros", 11/08/1964, en *LL* 118-874.

Discrepo con esa posición. La citación debe hacerse bajo apercibimiento de, en caso de silencio, proceder al cotejo pericial de la firma. Los herederos no son expertos y no pueden ser conminados a expedirse sobre la autoría de una firma que no les pertenece. Si la reconocen voluntariamente, se pone fin a la discusión sobre la autoría del causante. Pero en caso de negativa o de silencio, debe acudirse a la prueba judicial.

2.1. Prueba

La autenticidad de la firma puede realizarse por cualquier medio probatorio. La prueba por excelencia, en este caso, será la pericial caligráfica. El perito deberá cotejar la firma del instrumento privado, con aquellos elementos indubitados que se agreguen al expediente.

2.2. Implicancia del reconocimiento de la firma

Sea que se trate del reconocimiento voluntario de la firma o de uno forzado por la decisión judicial, queda reconocido en ambos casos el cuerpo del instrumento privado.

La norma recoge idéntica solución que la que propiciaba el art. 1028 CC. Lo que la ley ha previsto es una especie de inescindibilidad entre el reconocimiento de la firma y el reconocimiento del cuerpo del instrumento. Es por ello que, con razón, se ha resuelto que quien ha desconocido la firma de un documento no puede ampararse en una cláusula del instrumento cuya firma no ha quedado reconocida, ya que con ese desconocimiento es negado también el instrumento y su contenido.[252]

2.3. Impugnación del documento

Cuando el instrumento privado ha sido reconocido voluntariamente por decisión judicial o porque su firma se encuentra certificada ante escribano, no cabe la impugnación por las personas que lo han reconocido. Es una derivación de la teoría de los actos propios y del principio de buena fe. No haría seguridad jurídica si el ordenamiento le otorgase al sujeto que reconoció el instrumento la posibilidad de arrepentirse ulteriormente. Sin embargo, la impugnación es viable cuando existen vicios en el acto de reconocimiento. En tal caso, sobre el impugnante recaerá la carga de demostrar haber sido víctima de error, dolo o violencia.

2.4. Indivisibilidad de la prueba

Efectuado el reconocimiento, la prueba que emana de él es indivisible y, por lo tanto, el instrumento probará tanto a favor como en contra del reconociente y, a la vez, también probará tanto a favor como en contra de aquella parte que pretendió su reconocimiento.

2.5. Documento con impresión digital

Vimos al comentar el artículo anterior las distintas posturas adoptadas en torno a la validez del documento signado con la impresión digital. En lo que constituye una innovación, el CCyC le otorga el valor de principio de prueba por escrito, recogiendo los lineamientos que había trazado parte de la doctrina y la jurisprudencia.

(252) CNCom., Sala C, "González Vocos Lisandro c/ Minyersky A. y otros", 29/11/1965, en *ED*, 13-211; CNCiv., Sala A, "Ardetti Anteo c/ Lentini Pedro", 29/09/1970, La Ley, t. 144, 229.

Infojus

La norma permite impugnar su contenido. Cuando la persona no sabe firmar y utiliza la impresión digital, el juez debe ser riguroso con el análisis de la prueba que colecte. En caso de duda, debe inclinarse por la ineficacia del documento porque existe una fuerte presunción de que la persona que se encuentra en una situación de vulnerabilidad ha sido engañada.

2.6. Firma insólita y firma disimulada

Cabría la posibilidad de que una persona efectúe la firma de una manera extraña o que disimule su verdadera firma. El repertorio de jurisprudencia trae algunos casos en que se debatió la validez de este tipo de situaciones.

El tema no es menor, porque cuando se acude al instrumento privado, no siempre las partes conocen de antemano el modo habitual de firmar de la contraria y, aunque lo supieran, no son expertos en la materia.

Una posibilidad es que en el lugar de la firma escriba una leyenda como "nada firmo", "no estoy de acuerdo", "no acepto" o alguna otra frase similar, o que realice un dibujo o una fórmula algebraica. Esa forma de proceder, ¿obliga a quien lo hizo? Si la otra parte desconfía de dicha actitud y no firma el instrumento ni ejecuta la obligación a su cargo, no habría inconvenientes. El problema se presenta cuando cree, de buena fe, que ese es su modo habitual de firmar o la forma de expresar su voluntad.

En principio, esas actitudes adoptadas al tiempo del otorgamiento del acto indican claramente la voluntad de no otorgar el acto por parte del sujeto que así procede.

Distinto es el caso si el sujeto deforma su firma en modo que puede engañar a una persona diligente. En ese caso, se trata de una maniobra dolosa que obliga a quien procede de esa manera.

ARTÍCULO 315.- ***Documento firmado en blanco.*** *El firmante de un documento en blanco puede impugnar su contenido mediante la prueba de que no responde a sus instrucciones, pero no puede valerse para ello de testigos si no existe principio de prueba por escrito. El desconocimiento del firmante no debe afectar a terceros de buena fe.*

Cuando el documento firmado en blanco es sustraído contra la voluntad de la persona que lo guarda, esas circunstancias pueden probarse por cualquier medio. En tal caso, el contenido del instrumento no puede oponerse al firmante excepto por los terceros que acrediten su buena fe si han adquirido derechos a título oneroso en base al instrumento.

1. Introducción

Tal como lo regulaban los arts. 1016 al 1019 CC, es posible para el CCyC acudir al mecanismo de la firma de un documento en blanco. Quien obra de esa manera, está encomendando a otro que lo represente, ya que está permitiendo que escriba un texto que generará efectos para el firmante.

La firma en blanco puede ser otorgada para que se complete la totalidad del documento o una parte. Se trata de un acto basado en la confianza pero que genera riesgos, pues podrían suscitarse discordancias entre las instrucciones brindadas y lo que efectivamente quedó plasmado en el documento.

2. Interpretación

La norma habilita al firmante de un documento en blanco a impugnar su contenido. Deberá arrastrar con la difícil carga de demostrar que lo asentado en el documento no condice con las instrucciones dadas. Para ello, no podrá valerse de la prueba testimonial, excepto que exista principio de prueba por escrito.

La solución de excluir la prueba testimonial se justifica plenamente, pues lo contrario permitiría invalidar con facilidad obligaciones en verdad contraídas. El nuevo artículo, sin embargo, permite valerse de dicho medio probatorio cuando existe principio de prueba por escrito. Esa posibilidad había sido admitida por la doctrina y la jurisprudencia bajo la redacción del art. 1017 CC.

2.1. Los terceros de buena fe

Los derechos de los terceros de buena fe quedan debidamente resguardados frente a la eventualidad de que se impugne el documento. La apariencia que ha generado el obrar del firmante del documento y de la persona que lo completó no podría perjudicar los derechos que legítimamente adquirió quien procedió a contratar en esos términos. Una solución contraria a la que propicia la norma implicaría atentar contra la seguridad jurídica que debe primar en la materia. Quien asumió el riesgo de firmar un documento en blanco o una parte de él debe cargar con las consecuencias que su proceder genera. La elección de un representante infiel, en cualquier caso, es responsabilidad del firmante y, en ninguna circunstancia, podría afectarse el derecho del tercero que obró de buena fe y bajo la apariencia de que lo que hacía era correcto.

2.2. Sustracción del documento

Una situación hipotética que hace variar, en principio, el eje de la cuestión es cuando el documento firmado en blanco es sustraído contra la voluntad de quien lo guardaba. En ese caso, su contenido no puede oponerse al signatario del instrumento.

El firmante tiene que demostrar que el documento le ha sido sustraído. Se puede valer de cualquier medio probatorio para verificar ese extremo. El instrumento puede estar en manos del propio firmante o de un tercero. Lo importante no es quién lo tenía, sino la sustracción contra la voluntad de su guardador.

Pero los terceros que acrediten su buena fe y sean a título oneroso no pueden ser perjudicados. Aquí la solución es distinta a la que contiene el art. 1019 CC. De acuerdo a lo que dispone la última parte de este artículo, "*las convenciones hechas con terceros por el portador del acto no pueden oponerse al signatario, aunque los terceros hubiesen procedido de buena fe*". Vale decir que, bajo la redacción del CC, cuando el documento era sustraído, sus efectos no podían oponerse al firmante, incluso cuando el tercero era de buena fe. En cambio, el CCyC protege los derechos de los terceros de buena fe y a título oneroso, pero con la salvedad de que deben acreditar su buena fe. Cuando hay sustracción del documento, la buena fe no se presume y el tercero que la alega tiene la carga de demostrarla. La reforma es plausible porque, a diferencia de lo que ocurría en el Código Civil de Vélez, se deja abierta la posibilidad de que el tercero pueda probar su buena fe.

ARTÍCULO 316.- ***Enmiendas.*** ***Las raspaduras, enmiendas o entrelíneas que afectan partes esenciales del acto instrumentado deben ser salvadas con la firma de las partes. De no hacerse así, el juez debe determinar en qué medida el defecto excluye o reduce la fuerza probatoria del instrumento.***

Infojus

1. Introducción

El CC no contenía una norma similar a la que comentamos. En cambio, el art. 211 del Código de Comercio prescribía que "*no serán admisibles los documentos de contratos de comercio en que haya blancos, raspaduras o enmiendas que no estén salvadas por los contrayentes bajo su firma. Exceptúase el caso en que se ofreciera la prueba de que la raspadura o enmienda había sido hecha a propósito por la parte interesada en la nulidad del contrato*".

2. Interpretación

El CC y el Código de Comercio tienen un presupuesto en común: las enmiendas, raspaduras o entrelíneas deben estar salvadas con la firma de las partes. La diferencia sustancial radica en el efecto que produce el documento si no están salvadas.

Es habitual que antes de firmar el documento, las partes adviertan que han deslizado un error de tipeo o cometido una omisión involuntaria. Para evitar volver a redactar o reimprimir el documento, normalmente se entrelinea el instrumento o se enmiendan las partes pertinentes. El problema surge cuando se afectan partes esenciales del acto. Para no dar lugar a discusiones, las partes deben salvar las enmiendas y firmarlas al pie. Cuando ello no sucede, se actualiza el debate sobre su validez.

Según vimos, el Código de Comercio no admitía esos documentos si no están salvados. Pero el CCyC no excluye su validez. Deja al arbitrio del juez la determinación sobre la medida en que el defecto excluye o reduce la fuerza probatoria del instrumento. Se trata de una solución acertada, porque deposita en la prudencia del juez el análisis sobre el alcance que tienen las enmiendas.

ARTÍCULO 317.- ***Fecha cierta.*** ***La eficacia probatoria de los instrumentos privados reconocidos se extiende a los terceros desde su fecha cierta. Adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. La prueba puede producirse por cualquier medio, y debe ser apreciada rigurosamente por el juez.***

1. Introducción

La exigencia de la fecha cierta tiene por objeto salvar a los terceros del fraude que las partes podrían cometer antedatando los instrumentos privados. La institución de la fecha cierta, tal como la mantiene el derecho vigente, es de origen francés y no anterior a la primera mitad del siglo XVII. Fue consagrada por primera vez en un fallo del parlamento de Ruen de 1629 y adoptada un siglo más tarde por el parlamento de París. Su manifiesta equidad hizo que el Código de Napoleón sancionara esa práctica y que, de allí, pasara a los demás Códigos, convirtiéndose en un principio de aceptación universal.

2. Interpretación

La fecha cierta no puede tener influencia con respecto a las partes. La validez de la firma importa la autenticidad de todo el instrumento. Una vez que este es reconocido, no queda a los otorgantes otro medio para impugnar la validez de la fecha que la prueba en contrario.

La fecha del instrumento no presenta interés especial para las partes, porque no es requisito esencial de los instrumentos privados. En cambio, los terceros son los principales interesados en tener certeza de la fecha del instrumento, en la medida en que pueden ser víctimas de una confabulación entre las partes que perjudique sus intereses.

Vélez Sarsfield le dedicó dos artículos al instituto de la fecha cierta. El 1034 CC dice que *"los instrumentos privados, aun después de reconocidos, no prueban contra terceros o contra los sucesores a título singular, la verdad de la fecha expresada en ellos"*, mientras que el siguiente establece que *"aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de los partes o a terceros, será: 1° La de su exhibición en juicio o en cualquiera repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado; 2° La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren; 3° La de su transcripción en cualquier registro público; 4° La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo"*.

La doctrina debatió arduamente sobre el carácter de la enunciación legal. Para algunos, la enumeración de los casos de fecha cierta no podía extenderse a otras situaciones análogas, porque la redacción del art. 1035 CC era terminante. En cambio, otros sostuvieron que era enunciativa.

El nuevo régimen que trae el CCyC es, por cierto, más aconsejable. Fuera de la casuística que contenía el sistema anterior de Vélez Sarsfield, se inclina por afirmar que la fecha cierta se adquiere cuando acontece un hecho del que resulta como consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no pudo ser firmado después. Deja así un margen discrecional al juez para valorar si el documento estaba o no fechado, pero la prueba debe analizarse rigurosamente.

ARTÍCULO 318.- ***Correspondencia.*** ***La correspondencia, cualquiera sea el medio empleado para crearla o transmitirla, puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin consentimiento del remitente. Los terceros no pueden valerse de la correspondencia sin asentimiento del destinatario, y del remitente si es confidencial.***

1. Introducción

La correspondencia goza, en nuestro país, de una fuerte protección constitucional. El art. 18 de la Carta Magna dispone que el domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación.

Además, el art. X de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá (Colombia) en 1948 establece que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia.

Por su parte, el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10/12/1948, sostiene que nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

Infojus

También la correspondencia es objeto de tutela en la CADH. Así, el art. 11, inc. 2) CADH prescribe que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.

Una directiva similar consagra el art. 17, inc. 1) PIDCYP: nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación.

El plexo normativo constitucional contiene, indudablemente, una acentuada tutela del derecho a mantener en una esfera reservada a los papeles privados en general y a la correspondencia epistolar, en particular.[253]

2. Interpretación

La doctrina ha tenido una discusión a propósito de la propiedad de la carta, cuyo debate sirve para la correspondencia en general.

No hay dudas de que le pertenece al remitente antes de que salga de sus manos. Pero las distintas opiniones se han expresado respecto de a quién pertenece una vez que el autor se desprende de ella.

Un primer criterio indica que la carta pertenece al destinatario. Desde el momento mismo que quien la escribe se desprende de ella, deja de tenerla bajo su dominio y la transfiere a la persona a quien la envió. A esta conclusión se arriba por distintos fundamentos. Algunos piensan que hay *animus donandi* en el remitente, lo que le quita en el futuro todo derecho sobre la carta misma; así como no le es posible en adelante oponerse a que el destinatario haga uso de ella, no le es posible, tampoco, exigir su devolución. Otros, en cambio, no basan ese derecho de propiedad en la presunta intención de donar que asiste al expedidor. Dicen que el que recibe la carta es dueño de ella en virtud de la clásica norma según la cual "*la posesión vale título*". Poco importa la intención de quien la expidió. El destinatario la detenta del modo más legítimo. A los ojos de la ley, la tiene en propiedad.[254]

Dentro de esta postura se enrola Cifuentes: afirma que si hay un autor y un destinatario, indudablemente la carta pertenece al autor, aunque la hoja material donde está escrita sea del destinatario y pueda transmitirse a los herederos. La publicación del texto puede hacerse con el consentimiento de quien lo ha escrito, salvo que, por motivos especiales, se detenga el derecho al secreto.

Otra teoría admite que la carta pertenece al remitente. En tal supuesto, la persona que la recibe se constituye únicamente en depositario, de manera que no podría utilizarla sin el consentimiento del dueño, quien, a su turno, podría exigir su reintegro en el momento que mejor le convenga.

Para otros, la carta pertenece tanto al remitente como al destinatario: el primero es dueño del contenido; el segundo del instrumento propiamente dicho, esto es, del papel o material en que se ha expresado el pensamiento por medio de la escritura.

(253) Ricordi, Adrián P. y Quirno, Leticia, "Cartas misivas e intromisión a las comunicaciones privadas", en Trigo Represas, Félix A.; Benavente, María Isabel, *Reparación de daños a la persona*, t. II, p. 47, Bs. As, La Ley, 2014.

(254) Ver art. 2279 del Código Civil francés; art. 2412 CC; Valery, Jules, *Des lettres missives*, Montpellier, 1911, p. 97.

Finalmente, se sostiene que la carta pertenecerá a quien la remite o a quien la reciba, según sea su naturaleza: ordinaria, de negocios, científica, literaria, confidencial. No es posible, se dice, establecer una pauta única, que las abarque a todas; en cada caso habrá que tener en cuenta la actitud o designio del remitente y el propio contenido de la correspondencia. Dentro de esta orientación se estima, generalmente, que es preciso hacer dos grandes grupos. En uno de ellos estarían comprendidas las misivas que por su índole encierran, más que el deseo de transmitir noticias, la expresión calificada de una posición personal —como ocurre, por ejemplo, con las comunicaciones relacionadas con el desarrollo de una investigación científica—. En el otro grupo habría que incluir las cartas que no presentan un carácter semejante, esto es, las que revisten un carácter común y corriente.

A mi juicio, no es posible trazar una regla única sobre la propiedad de la carta misiva una vez que ha salido de manos de su autor. La tesis que se inclina por considerar que la titularidad pertenece al remitente soslaya que el destinatario puede —en cierta medida— disponer de ella como mejor le convenga. En efecto, aunque es cierto que cuando se trata de cartas confidenciales ese poder de disposición se encuentra sensiblemente limitado, no hay obstáculo alguno para que, por ejemplo, el receptor de la misiva la destruya.

2.1. Difusión de la correspondencia

La correspondencia puede presentarse como prueba por el destinatario, pero la que es confidencial no puede ser utilizada sin el consentimiento del remitente. Aunque obre en poder del destinatario, para su difusión se requiere la conformidad del autor intelectual de la correspondencia, es decir, del remitente. Ello revela lo difícil que resulta adjudicar la propiedad de las cartas, porque si fuera del destinatario no tendría sentido recabar la conformidad del remitente. Pareciera que lo importante es el contenido. El carácter confidencial está dado por la naturaleza de la correspondencia, independientemente de cómo las partes puedan titularla.

Cuando se trata de terceros que desean utilizar la correspondencia confidencial, deben procurar la conformidad de destinatario y remitente. El caso se asimila a la prueba testimonial, porque se trata de manifestaciones ajenas a las partes del proceso.

El Alto Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en dos interesantes casos sobre la difusión de la correspondencia. En el caso "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus"[255] resolvió una singular situación planteada en torno al control que el reglamento de la ley penitenciaria federal establece sobre la correspondencia de los reclusos. En particular, su art. 92 disponía que las visitas y la correspondencia se ajustaran a las condiciones de oportunidad, supervisión y censura que determinen los reglamentos. El Boletín Público del Servicio Penitenciario Federal Argentino 1266 del 24 de enero de 1979, por su parte, contenía una serie de disposiciones que establecían un severo control de la correspondencia de las personas privadas de su libertad. Así, se determinaba que las cartas eran objeto de supervisión y censura. Si el contenido de la carta era inconveniente a juicio de la dirección del establecimiento, debía procederse a su devolución, explicando los motivos. No se autorizaba la entrada y salida de correspondencia en la que se emplearan signos o palabras convencionales, lenguaje obsceno o se hicieran alusiones o juicios al régimen del interno. Además, si surgían indicios que hicieran presumir la comisión de un delito, debía comunicarse a la autoridad policial o judicial correspondiente.

(255) CSJN, "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", 19/10/1995, Fallos: 318:1894.

Infojus

El Máximo Tribunal, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de esas normas porque contenían un texto ambiguo en el que no se distinguían oportunidades ni situaciones, condiciones ni causas, remitentes ni destinatarios. La prohibición de que las misivas hicieran alusiones o emitieran juicios respecto al régimen interno o al personal del Servicio Penitenciario Federal no solo carece de vinculación razonable con los objetivos de seguridad y resocialización previstos en la Ley del Servicio Penitenciario Federal, sino que además, a criterio de la CSJN, cercena un medio idóneo —tal vez el único— con que cuentan los reclusos para hacer llegar al mundo exterior denuncias o reflexiones sobre el ámbito carcelario o reclamar ayuda ante abusos de la autoridad. Juzgaron que como la Ley del Servicio Penitenciario Federal no preveía la censura de la correspondencia que los internos envían, era clara la extralimitación de la facultad reglamentaria prevista en el art. 99, inc. 2) CN. Admitieron, sin embargo, que en el caso particular en el que hubiese razones fundadas para temer que, a través de la correspondencia que emite, el penado pudiese favorecer la comisión de actos ilícitos, las autoridades penitenciarias pueden requerir en sede judicial la intervención de dicha correspondencia.

En el voto concurrente de los ministros Fayt, Petracchi y Boggiano, se señaló que para restringir válidamente la inviolabilidad de la correspondencia, se requiere:

a. que haya sido dictada una ley que determine en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a tomar conocimiento del contenido de dicha correspondencia;

b. que la ley esté fundada en la existencia de un sustancial e importante objetivo del Estado, desvinculado de la supresión de la inviolabilidad de la correspondencia epistolar y de la libertad de expresión;

c. que la aludida restricción resulte un medio compatible con el fin legítimo propuesto;

d. que dicho medio no sea más extenso que lo indispensable para el aludido logro.

La minoría, integrada por los Dres. Nazareno, Belluscio y Levene (h), dedujo que el control de la correspondencia —tanto las que emitían como las que recibían los internos— se hallaba justificada por el bien jurídico en juego, esto es, la seguridad del establecimiento y la persistencia en actividades delictivas.

El otro caso en el que entendió la CSJN fue "Naredo Margarita Esther s/ sucesión".[256] El albacea testamentario, a pedido de uno de los herederos, presentó en el expediente una carta que la causante le había dado con la condición de entregársela a su hija al cumplirse el segundo aniversario de su muerte. Frente al debate generado entre los herederos sobre la apertura del sobre, el juez de primera instancia ordenó que se abriera en presencia de los litigantes, el albacea y los letrados. La Sala K de la Cámara de Apelaciones en lo Civil modificó esa decisión y dispuso que el magistrado de grado debía abrir la carta en forma privada, examinar su contenido y calificarlo. Si era confidencial, debía cerrar el sobre y entregar la carta a la destinataria. El expediente llegó al Máximo Tribunal y la mayoría —integrada por los Dres. Petracchi, Highton, Zaffaroni, Lorenzetti y Argibay— adhirió al dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal, que propició rechazar el recurso extraordinario interpuesto por la heredera destinataria de la misiva. En cambio, la minoría, conformada por los Dres. Fayt y Maqueda, propuso hacer lugar al recurso y dejar sin efecto la sentencia de una de las Salas de la Cámara Civil.

(256) CSJN, "Naredo Margarita Esther s/ sucesión", 09/05/2006.

Infojus

La Sra. Procuradora Fiscal puso de relieve que no había un juicio unánime en la doctrina sobre la manera de establecer la confidencialidad de una misiva, por lo que se trataba de una cuestión opinable. De tal modo, la sentencia de la Sala K, que se inclinaba por una de ellas, quedaba a resguardo de la tacha de arbitrariedad que se le endilgaba. Lo particular del caso fue que, además, como la queja de la coheredera no suspendió los efectos del pronunciamiento de la Alzada, el Juez de primera instancia abrió la carta y determinó que su contenido podía afectar el orden público por los efectos de tipo jurídico patrimonial. Esa circunstancia motivó que se considerara que la cuestión en juego difería de un peligro real o potencial de perturbación de intimidades, sentimientos, relaciones, secretos personales, de familia o religiosos, para adentrarse en contenidos patrimoniales que exceden del interés individual de una de las partes, dada la naturaleza universal del trámite sucesorio. Desde la óptica constitucional, aunque la CSJN recordó que la inviolabilidad de la correspondencia epistolar es un derecho cuyo reconocimiento puede hallarse en las raíces mismas del ordenamiento jurídico patrio y que la intromisión en ella traduce una fractura del ámbito de libertad y privacidad de los individuos,[257] se destacó que en circunstancias excepcionales se había admitido la injerencia en ella por orden judicial. Precisamente, esas circunstancias de excepción concurrían, de acuerdo a la opinión de la Sra. Procuradora (que la mayoría de la Corte hizo suya), en el caso en estudio.

Los jueces que votaron en disidencia, en cambio, consideraron que el Tribunal de la anterior instancia había limitado el análisis de la cuestión a lo dispuesto por el art. 1036 CC. Entendieron que, si bien en algunos casos el carácter no privado de la correspondencia podría hacer inaplicable la previsión del artículo citado, de ello no se sigue que a tal conclusión se llegue porque se ha cedido la protección constitucional de la correspondencia. Destacaron que no era el destinatario quien pretende hacer valer la carta, sino una persona distinta —su coheredero, que no es parte de esa relación epistolar— y que la Cámara había soslayado el carácter de disposición de última voluntad del causante (art. 952 CC), de modo que se había generado una excepción no prevista por la ley al secreto de la correspondencia, con olvido de la norma constitucional que regía en el caso. Dentro de este contexto, recordaron el pensamiento de Sarmiento en cuanto a que "*es preciso que los individuos de un país se crean tan seguros en el uso de la estafeta pública que miren como no emanados de su mente sus pensamientos mientras que los renglones que los estampan estén bajo el frágil pero inviolable sello de una carta, y no haya llegado ésta a la persona a quien se transmite. Los países que más próspero marchan son los que más religioso respeto tienen por esta institución*".[258] Sostuvieron, también, que "*la intromisión en la correspondencia epistolar traduce una de las fracturas más graves del ámbito de libertad y privacidad de los hombres. La carta es vehículo del pensamiento, y el pensante su exclusivo señor. Solo él puede disponer la exteriorización de su pensamiento, y sólo él puede escoger al destinatario. La carta es relación de uno con otro. Pero sobre quién sea ese otro, solo el uno puede disponer. Violar sin más ese vehículo es, por tanto, violar dicho señorío. En la presente, como en muchas otras situaciones, los enunciados legales en tantos textos, no parecieran obrar —aunque necesariamente—, más que a modo de espejos de los diccionarios generales de la lengua: la correspondencia epistolar mal podría ser llamada así si su lectura no estuviese reservada a quien le esté dirigida; la noción de correspondencia comprende su inviolabilidad. La carta es, en suma, un 'sagrado'*

(257) CSJN, "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", fallo cit., votos de los Dres. Fayt, Petracchi y Boggiano.

(258) CSJN, "Dessy, Gustavo Gastón s/ hábeas corpus", fallo cit.

Infojus

solo franqueable por su destinatario". Para finalizar, concluyeron que *"el sobre es muro y el muro sobre, y es verdad que estos es una metáfora; pero lo que la metáfora cubre no es menos verdad. Detrás de los muros del domicilio y de los pliegos que envuelven la carta está contenido un universo reservado, inaccesible para todo aquel al que no se lo permita su titular"*.

ARTÍCULO 319.- ***Valor probatorio.*** ***El valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.***

Interpretación

Este artículo fija las pautas de interpretación de los documentos particulares, es decir de aquellos que no se encuentran firmados por las partes.

Su valor probatorio deber ser apreciado por el juez y, a tal fin, se determinan una serie de pautas que no son excluyentes, como la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen.

Gran parte de las directivas están orientadas a los documentos electrónicos, que han sido definidos como toda representación en forma electrónica de un hecho jurídicamente relevante susceptible de ser recuperado en forma humanamente comprensible.[259]

SECCIÓN 7ª(*)

Contabilidad y estados contables

ARTÍCULO 320.- ***Obligados.*** ***Excepciones. Están obligadas a llevar contabilidad todas las personas jurídicas privadas y quienes realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios. Cualquier otra persona puede llevar contabilidad si solicita su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros, como se establece en esta misma Sección.***

Sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, quedan excluidas de las obligaciones previstas en esta Sección las personas humanas que desarrollan profesiones liberales o actividades agropecuarias y conexas no ejecutadas u organizadas en forma de empresa. Se consideran conexas las actividades dirigidas a la transformación o a la enajenación de productos agropecuarios cuando están comprendidas en el ejercicio normal de tales actividades. También pueden ser eximidas de llevar contabilidad las actividades que, por el volumen de su giro, resulta inconveniente sujetar a tales deberes según determine cada jurisdicción local.

(259) D'Alessio, Carlos A., en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. II, Bs. As., Rubinzal-Culzoni Editores, 2015, pp. 229/238 y doctrina citada en nota 212.

(*) Comentarios a los arts. 320 a 331 elaborados por Adrián Ricordi y Aldo Di Vitto.

Infojus

1. Introducción

La contabilidad puede conceptuarse como la disciplina que clasifica, registra, presenta e interpreta los datos relativos a los hechos y actos económico-financieros con el objeto de brindar información histórica y predictiva útil para la toma de decisiones. Para Fowler Newton, una definición funcional de contabilidad sería: "*disciplina técnica que, a partir del procesamiento de datos sobre la composición y evolución del patrimonio de un ente, de los bienes de propiedad de terceros en su poder y de ciertas contingencias, produce información para la toma de decisiones de administradores y terceros interesados, y para la vigilancia de los recursos y obligaciones del ente*".[260]

2. Interpretación

La contabilidad tiene importancia desde varios puntos de vista:

a. constituye un presupuesto necesario exigido por la ley para obtener ciertos beneficios legales o formular ciertos reclamos, como: la posibilidad de presentarse en concurso preventivo, que exige denunciar los libros contables y presentarlos oportunamente al tribunal bajo apercibimiento de desistimiento; la posibilidad de invocar los propios libros en un litigio judicial, ya sea contra otro comerciante[261] o contra el Fisco, para plantear la confiscatoriedad de un impuesto;[262]

b. conoce de inmediato el estado de los negocios del empresario y puede así apreciar tanto si progresan o decaen como la orientación que conviene imprimirles en el futuro, etc.;

c. resulta fundamental en el caso de la obligación de pagar dividendos a los socios en una sociedad comercial, la que solo puede exigirse si existe un balance confeccionado conforme la ley;

d. es de interés para los acreedores que han concedido crédito al empresario contando con la seguridad de una administración ordenada del patrimonio, que es garantía común de todos y cada uno de ellos;

e. es de interés de los trabajadores por conocer la contabilidad de la empresa;

f. en las sociedades de comercio, interesa a los socios para el ejercicio eventual de sus derechos.[263]

2.1. Obligación, carga o deber

El artículo que se comenta indica que determinadas personas tienen la obligación de llevar la contabilidad. Incluso, a partir de las disposiciones del Código de Comercio, se discutía si se trataba de una verdadera obligación, de una carga o de un deber.

Hay consenso en la doctrina, en general, acerca de que no se trata de una obligación en sentido técnico.

.....

(260) Fowler Newton, Enrique, *Cuestiones contables fundamentales*, Bs. As., Macchi, 1991.

(261) CNac. Apel. Com., Sala C, "ATC SA c/ Conti, Jorge y otros", 20/11/2009.

(262) CSJN, "Pontoni, Roberto Luis y otros c/ PEN, AFIP DGI s/ acción declarativa de certeza", 17/05/2011.

(263) CNac. Apel. Com., Sala C, "Herrero Celiz, César c/ Sarasqueta, Juan C. y otros", 28/10/1959, en *LL*, t. 100, p. 759; fallo 5711-S.

Infojus

Parte de la doctrina sostenía que se trata de una carga, impuesta en interés del comerciante y que su falta de cumplimiento acarrea la pérdida del beneficio que la ley le otorga.

Otros autores entienden que existen otros intereses en juego, además de los del comerciante, por lo que el concepto de carga luce como insuficiente. Parece más adecuado acudir a la idea de un deber, que es una noción más general que la de obligación y que se diferencia de esta en que no puede ser exigido por el sujeto acreedor. La idea de deber designa la situación de un sujeto que tiene que ajustar su conducta a los mandatos contenidos en una norma general o en un orden particular.

2.2. Sujetos obligados

2.2.1. Personas jurídicas privadas

En primer lugar, se encuentran obligadas a llevar la contabilidad las personas jurídicas privadas. Según el art. 148 CCyC, son personas jurídicas privadas las sociedades; las asociaciones civiles; las simples asociaciones; las fundaciones; las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas; las mutuales; las cooperativas; el consorcio de propiedad horizontal; toda otra contemplada en disposiciones de este CCyC o en otras leyes, y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento.

El CCyC innova en esta materia, porque extiende la obligación de llevar la contabilidad a toda persona jurídica de carácter privado, incluso las que no tienen fines de lucro. El art. 43 del Código de Comercio limitaba ese deber a todo comerciante.

2.2.2. Personas humanas

También tienen la obligación de llevar la contabilidad, las personas humanas que realizan una actividad económica organizada o son titulares de una empresa o establecimiento comercial, industrial, agropecuario o de servicios.

El CCyC admite dos categorías de "personas humanas", una general y otra especial, sujeta a obligaciones contables que, a su vez, necesariamente, estarán sujetas también a practicar una inscripción de antecedentes (publicidad). Esta categoría "especial" está compuesta por dos clases de personas humanas:

a. las que realizan una actividad económica organizada; y
b. las que son "empresarios", en el sentido de ser titulares de una empresa o de un establecimiento comercial, industrial o de servicios.

De ambas categorías resulta que no solo los empresarios integran esta categoría especial de personas humanas, sino también quienes no siéndolo, realizan una actividad económica organizada que no llega a configurar una empresa, a los que denominaremos "cuasi empresarios".

2.3. Sujetos voluntarios

Aquellas personas que no se encuentran obligadas a llevar la contabilidad, pero que deseen hacerlo, deben solicitar su inscripción y la habilitación de sus registros o la rubricación de los libros. En tal caso, las personas que decidan emprender la llevanza de su contabilidad, pueden voluntariamente inscribirse como el CCyC prescribe.

2.4. Sujetos eximidos

2.4.1. Profesionales liberales

Las personas humanas que ejercen una profesión liberal (por ejemplo, médico, abogado, contador, arquitecto, psicólogo, etc.) no tienen obligación legal de llevar la contabilidad.

En ciertos casos, los profesionales suelen agruparse con distintos objetivos y fines. La doctrina ha calificado esas agrupaciones de la siguiente forma:

a. **Uniones o sociedades "internas"**. Se trata de una situación donde varios profesionales que, si bien actúan agrupadamente en un mismo lugar y compartiendo equipos o secretarias, ejercen individualmente la profesión frente a los clientes o pacientes, prestando sus servicios a título individual, y facturando y percibiendo sus propios honorarios de sus clientes o pacientes. En este esquema interno son posibles, a su vez, dos variantes:

   1. el sistema de pool de gastos. Cada profesional abona una cuota o expensa mensual imputable a sufragar los gastos comunes de infraestructura. En este caso no existe "sociedad" entre los profesionales, en tanto no hay "utilidad" que los socios "dividirán entre sí" ni "participación en los beneficios" ya que, descontados los gastos en la proporción acordada, las "ganancias" o "pérdidas" de cada uno dependerán de su propio desempeño e ingresos individuales;
   2. la sociedad interna de ganancias. En este supuesto, todos los ingresos individuales de los profesionales son aportados a un fondo común del que se descuentan los gastos de funcionamiento, generando un resultado, positivo o negativo, proporcional para todos en la medida de su porcentaje de participación en la sociedad. O sea que hay una sociedad entre los profesionales pero ella no contrata ni trasciende a terceros.

b. **Uniones o sociedades "externas"**. En estos casos, frente al cliente o paciente, aparece una estructura conjunta con un nombre especial, que puede incluir a algunos o a todos los profesionales actuantes. Esta modalidad también admite dos variantes diversas:

   1. sociedades de medios. Tienen por objeto compartir estructuras y distribuir los costos. En estos casos, hay una bipartición de contrataciones. Las relaciones con los clientes las sigue manejando cada profesional —que presta el servicio y contrata y factura a título propio—, pero las relaciones "externas" vinculadas a la infraestructura en común —tales como el contrato de alquiler, servicios de telefonía e Internet, secretarias, cadetes, etc.— las contrata una sociedad civil o comercial de la cual los profesionales prestadores son socios. Como se ve, no se trata de una verdadera sociedad, ya que la finalidad es el pago de las cuotas periódicas de los gastos pero no la generación de utilidades, por lo que se ubicaría más cerca de la agrupación de colaboración empresaria del art. 367 de la Ley de Sociedades Comerciales, aun cuando los profesionales no necesariamente serían empresarios;
   2. sociedades externas para el ejercicio profesional. En este caso, todas las relaciones frente a clientes, frente a la infraestructura y frente a terceros en general, las contrata la sociedad por su cuenta y bajo su nombre o razón social, siendo la sociedad quien factura, presta los servicios y los cobra. Los profesionales son

Infojus

los socios que realizan los aportes de industria o capital y la administran, repartiéndose los resultados. Si bien los concretos servicios a clientes y pacientes se hacen por cuenta y orden de la sociedad, los efectos de la personalidad jurídica se detienen allí y los socios profesionales mantienen tanto su lazo personal con los clientes como su reserva de discrecionalidad técnica, los actos de la vida profesional se cumplen de manera independiente, y subsiste la responsabilidad penal y disciplinaria individual de los socios.

Solo en este último caso (sociedades externas para el ejercicio profesional) existe obligación legal de llevar la contabilidad.

2.4.2. Personas humanas que realizan actividades agropecuarias y conexas

Formalmente, la figura del agricultor entra en el concepto genérico de empresario. Sin embargo, hay un elemento predominante sobre cualquier otro: el fundo preparado para la producción. Mientras que en la empresa comercial, industrial o de servicios es otra la relación entre los varios elementos constitutivos de ella —que actúan organizadamente para el ejercicio de la actividad—, en la persona que desarrolla un actividad agropecuaria no empresarial prima el fundo, al punto que la actividad agrícola se agota enteramente en el fundo, al menos durante la fase de producción, sin implicar relaciones con terceros.

Así, la actividad agropecuaria tradicional en nuestro país se desarrolló sobre la base de establecimientos aislados, de propiedad primordialmente familiar donde los propietarios desarrollaban *per se* o con contratistas las tareas inherentes a la explotación.

Sin embargo, diversos factores han provocado una revolución en el mundo agropecuario, generando la creación de grandes empresas u organizaciones altamente especializadas que, por su envergadura, no pueden ser eximidas de la obligación de llevar la contabilidad.

En efecto, cuando el agricultor o productor agropecuario, con el fin de obtener mayor provecho de la explotación de los productos del fundo, amplía el campo de sus actividades e invierte sus capitales estableciendo una organización de elaboración que importa algo más que una transformación del producto limitada a una primera manipulación —es decir, que excede aquello que es necesario para conservar el producto, que tiende a hacerlo apto para su comercialización—, entonces existe una empresa de fábrica, de carácter comercial y, por consiguiente, no puede ser eximida de la obligación de la llevanza de los libros contables.

La norma también se refiere a actividades conexas. De acuerdo a la doctrina, debe ser entendida en el sentido del art. 2135 del Código Civil Italiano de 1942, o sea, cuando la transformación o la enajenación entra en el ejercicio "normal" de la agricultura.

2.5. Inconveniencia por volumen del giro

En ciertos casos, a pesar de realizar actividades comerciales, no se justifica obligar al sujeto a llevar la contabilidad por el escaso volumen del giro de sus negocios. El registro de las operaciones se torna inconveniente y, por ende, la norma exime a dichas persona a cumplir con la obligación legal. Sin embargo, en caso de duda, debe prevalecer el criterio según el cual existe obligación legal de llevar la contabilidad.

ARTÍCULO 321.- ***Modo de llevar la contabilidad.*** *La contabilidad debe ser llevada sobre una base uniforme de la que resulte un cuadro verídico de las actividades y de los actos que deben registrarse, de modo que se permita la individualización de las operaciones y las correspondientes cuentas acreedoras y deudoras. Los asientos deben respaldarse con la documentación respectiva, todo lo cual debe archivarse en forma metódica y que permita su localización y consulta.*

1. Introducción

Este artículo determina el modo en que debe llevarse la contabilidad, lo que en la ciencia se conoce como principios contables. Estos principios son:

a. uniformidad: el sistema contable debe ser uniforme, lo que quiere decir que deben mantenerse los mismos criterios contables para la preparación del balance y estado de resultados a fechas sucesivas;

b. claridad: el principio de claridad en los hechos se cumple en la medida que se sigan los esquemas de los estados contables fijados por la ley y por las normas profesionales;

c. veracidad: la veracidad impone fundamentalmente que exista concordancia entre la exposición de los hechos económicos descriptos en los estados contables y la existencia material de ellos. Si la información es falsa o mendaz, no se cumple con este principio;

d. completividad y significatividad: la contabilidad debe ofrecer un cuadro completo de la actividad del sujeto, no una parcialidad. El principio de completividad significa, pues, la necesidad de que la contabilidad como sistema refleje, de un modo u otro, la totalidad del estado patrimonial del sujeto, de las operaciones realizadas y de su resultado. Según el principio de significatividad, cuando los montos involucrados resultan de insignificancia relativa, a los efectos de una apropiada interpretación, pueden ser incluidos en rubros de conceptos diversos;

e. unidad: el sujeto no puede llevar simultáneamente varios juegos de registros o libros, pues ello alteraría el orden en que deben hacerse las anotaciones y facilitaría la comisión de fraudes;

f. partida doble: la registración contable por partida doble reside en la definición sobre cómo se compone el patrimonio de todo ente. Por un lado, un ente posee en su poder bienes y derechos, los cuales configuran la estructura de inversión. Por otro lado, es necesario conocer quiénes aportaron los fondos para obtener dichos bienes o derechos, dando lugar a la estructura de financiación. Un ente tiene activos cuando, debido a un hecho ya ocurrido, controla los beneficios económicos que produce un bien (un objeto material inmaterial con valor de cambio o para uso del ente). En cambio, un ente tiene pasivo cuando debido a un hecho ya ocurrido está obligado a entregar activos o prestar servicios a otra persona (física o jurídica), o bien está obligado a la cancelación de la obligación. La diferencia entre el activo y el pasivo constituye el patrimonio neto. La partida doble permite generar un método de registración que, simultáneamente, contabiliza los recursos disponibles en el activo y la financiación de los mismos, ya sea con pasivo, con patrimonio neto o con otro activo. De este modo, las anotaciones referidas a los hechos económicos o financieros se realizan por medio de asientos contables, considerando débitos a

Infojus

todo aumento en la estructura de inversión o toda disminución en la estructura de financiación. Por lo contrario, se considera crédito a toda disminución de la estructura de inversión o todo aumento de la estructura de financiación.

2. Interpretación

Se mantiene el requisito del respaldo documental de la contabilidad, que ya había sido consagrado por el legislador de 1963. No puede concebirse como seria una contabilidad sin los documentos que avalen los asientos. En consecuencia, deben conservarse de manera prolija para que puedan ser consultados.

ARTÍCULO 322.- ***Registros indispensables.*** *Son registros indispensables, los siguientes:*

a. *diario;*
b. *inventario y balances;*
c. *aquellos que corresponden a una adecuada integración de un sistema de contabilidad y que exige la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar;*
d. *los que en forma especial impone este Código u otras leyes.*

1. Introducción

Este artículo enuncia los registros que son indispensables para llevar la contabilidad.

Se ha dicho que el Libro Diario es el más importante de todos, pues en él constan todas las operaciones comerciales y cambiarias realizadas por el comerciante, asentadas por su orden, lo cual impide que sean modificadas *ex profeso* con posterioridad.[264] Sin embargo, una contabilidad mercantil organizada implica un sistema de procesamiento y organización de datos que no está —ni estará— asentado en libros, sino que se lleva a cabo mediante elementos informáticos que los proporcionan en diversas formas de presentación según los fines con que se demande el cuadro verídico de los negocios. El Libro Diario registra, mediante asientos sucesivos y cronológicos, cada uno de los datos de entrada con entidad contable, en un soporte admitido por la ley y cumpliendo con los requisitos del Código de Comercio. Para ciertos volúmenes, aun tratándose de empresas pequeñísimas, se hace indispensable el soporte electrónico, que es una condición lógica de los casi universales programas de procesamiento estandarizados para distintos tipos de negocios.[265]

2. Interpretación

En el libro de inventarios y balances se transcribe un detalle analítico del patrimonio del ente al momento del cierre de cada ejercicio y en el cual, además, se vuelcan los estados contables.

2.1. Libros indispensables en función de la importancia y la naturaleza de las actividades a desarrollar

Se interpreta que los registros atinentes a esta categoría son: el libro caja; el libro de documentos, en el que se asientan los movimientos contables relativos a títulos de crédito;

(264) Fernández, Raymundo L., "Los libros de comercio en el derecho argentino", en *LL* 1985-A, p. 728.

(265) Carlino, Bernardo P., "Libros de Comercio y Proyecto de Código", en *LL* 2013-D, p. 868.

el libro de vencimientos y efectos a cobrar y a pagar; el libro de compras y ventas, donde se asientan estas operaciones en forma analítica y cronológica; el libro de movimientos de mercadería; el libro de gastos generales, donde se asientan los gastos no incluidos en categorías más específicas; el libro de ganancias y pérdidas; y el libro borrador.

2.2. Registros que impone el CCyC u otras leyes

Entre ellos, cabe enunciar: el libro especial de actas de deliberaciones del consejo de administración o consejo ejecutivo de fundaciones —art. 207 CCyC—; los libros sobre estado de situación que requiera la naturaleza e importancia de la agrupación de colaboración o de la unión transitoria —art. 1455, inc. a) y art. 1464, inc. a) CCyC—; los libros contables y de actas impuestos a los consorcios de cooperación —art. 1475 CCyC—; los libros de actas de administración, de asamblea y de registro de propietarios y firmas en la propiedad horizontal —arts. 2062 y 2067, inc. i) CCyC— y los libros de contabilidad impuestos al administrador de un tiempo compartido —art. 2097, inc. e) CCyC—. En cuanto a otras leyes, puede mencionarse el libro impuesto a los martilleros y corredores —arts. 17 y 35 de la ley 20.266—; el libro de operaciones a los viajantes de comercio —art.10 de la ley 14.546—; el libro de registro de certificados y *warrants* —art. 4° de la ley 928; arts. 6° y 8° de la ley 9643—; libros ordenados de agentes de bolsa —art. 47de la ley 17.811—; libros referidos a sociedades —los establecidos por los arts. 73, 162, 213 y 238 de la ley 19.550—; libros referidos a cooperativas —art. 38 de la ley 20.337—; libros referidos a aseguradoras —art. 37 de la ley 20.091—; libros de sueldos y jornales —Ley de Contrato de Trabajo—; libro de IVA compras e IVA ventas, etc.

ARTÍCULO 323.- ***Libros.*** *El interesado debe llevar su contabilidad mediante la utilización de libros y debe presentarlos, debidamente encuadernados, para su individualización en el Registro Público correspondiente.*

Tal individualización consiste en anotar, en el primer folio, nota fechada y firmada de su destino, del número de ejemplar, del nombre de su titular y del número de folios que contiene.

El Registro debe llevar una nómina alfabética, de consulta pública, de las personas que solicitan rubricación de libros o autorización para llevar los registros contables de otra forma, de la que surgen los libros que les fueron rubricados y, en su caso, de las autorizaciones que se les confieren.

1. Introducción

La norma se refiere a las formalidades extrínsecas que deben reunir los registros contables. Los libros que obligatoriamente deben llevar los sujetos indicados en el art. 320 deberán estar encuadernados y foliados para su individualización en el Registro correspondiente.

2. Interpretación

Si bien el precepto alude a la individualización y a la rubricación como sinónimos, formalmente son cosas distintas. La individualización se refiere a la nominación o denominación del libro; en cambio, la rubricación consiste en la fijación de una nota que se adhiere a la primera página útil, en la que debe constar la fecha de su expedición y firma, la indicación del destino del libro, el número de ejemplar, el nombre de su titular y el número de folios que contiene.

Infojus

ARTÍCULO 324.- ***Prohibiciones.*** *Se prohíbe:*

a. *alterar el orden en que los asientos deben ser hechos;*
b. *dejar blancos que puedan utilizarse para intercalaciones o adiciones entre los asientos;*
c. *interlinear, raspar, emendar o tachar. Todas las equivocaciones y omisiones deben salvarse mediante un nuevo asiento hecho en la fecha en que se advierta la omisión o el error;*
d. *mutilar parte alguna del libro, arrancar hojas o alterar la encuadernación o foliatura;*
e. *cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de las registraciones.*

Interpretación

Se impone en este artículo que los libros sean llevados cumpliendo exigencias sustanciales que apuntan a asegurar la veracidad de la información y su valor probatorio.

Se trata de las formas intrínsecas de los registros contables y, por lo tanto, no se puede: alterar el orden en que los asientos deben ser hechos; dejar blancos que puedan utilizarse para intercalaciones o adiciones entre los asientos; interlinear, raspar, emendar o tachar; mutilar parte alguna del libro; arrancar hojas o alterar la encuadernación o foliatura; cualquier otra circunstancia que afecte la inalterabilidad de las registraciones.

La enumeración de los actos prohibidos es meramente enunciativa y no taxativa, razón por la cual deben considerarse prohibidas todas las operaciones que, en definitiva, permitan adulterar el sistema contable.[266]

ARTÍCULO 325.- ***Forma de llevar los registros.*** *Los libros y registros contables deben ser llevados en forma cronológica, actualizada, sin alteración alguna que no haya sido debidamente salvada. También deben llevarse en idioma y moneda nacional.*

Deben permitir determinar al cierre de cada ejercicio económico anual la situación patrimonial, su evolución y sus resultados.

Los libros y registros del artículo 322 deben permanecer en el domicilio de su titular.

1. Introducción

En el artículo anterior se enunciaron los hechos que no podían realizarse en los registros contables. Aquí se mencionan requisitos positivos que deben cumplir los sujetos obligados a llevar la contabilidad.

2. Interpretación

2.1. Cronología

Los registros contables deben asentarse cronológicamente. Se trata de un requisito indispensable para que la contabilidad sea seria y ordenada. Es factible que se lleve

(266) Casadío Martínez, Claudio, en Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, *CCyC de la Nación Comentado*, t. I, Bs. As., *La Ley*, p. 739.

durante períodos de tiempo (semanal, mensual, anual, etc.) y no necesariamente en forma diaria.

2.2. Actualización

La contabilidad debe ser actual y no deben existir atrasos importantes en la registración de las operaciones.

2.3. Ausencia de alteraciones

Este requisito se vincula con lo dispuesto en el art. 324 CCyC. En caso de existir una omisión, debe ser debidamente salvada.

2.4. Idioma y moneda nacional

El recaudo no merece reparos. En caso de llevarse a cabo operaciones en moneda extranjera, debe efectuarse el asiento en moneda nacional, aunque pueda hacerse mención a la existencia de obligaciones en aquella moneda.

2.5. Permanencia de los libros

Se reitera el deber de que los libros y registros permanezcan en el domicilio de su titular, cuestión que facilita la labor de los organismos de control.

ARTÍCULO 326.- ***Estados contables.*** *Al cierre del ejercicio quien lleva contabilidad obligada o voluntaria debe confeccionar sus estados contables, que comprenden como mínimo un estado de situación patrimonial y un estado de resultados que deben asentarse en el registro de inventarios y balances.*

1. Introducción

La confección de los denominados estados contables implica y conlleva la construcción de un informe contable cuyos destinatarios resultan, en muchas oportunidades, personas ajenas a quienes ejercen la actividad económica organizada; de allí, la exigencia de uniformidad y demás requisitos que prevé el art. 321 CCyC.

2. Interpretación

El artículo establece la obligación legal de realizarlos al cierre de cada ejercicio y de que, como mínimo, contengan y se refieran a la situación patrimonial de la empresa y a un estado de resultados, los que deben asentarse en los libros correspondientes.

De ello se infiere, como característica saliente, su periodicidad, acompañada al cierre de cada ejercicio y, a su vez, la existencia de un estándar mínimo o piso de información constituido por la situación patrimonial de la empresa y los resultados obtenidos.

La conformación y diseño de estos informes pertenece a las reglas de la contabilidad que regula la forma de su presentación. En este aspecto, la letra del Código es lo suficientemente amplia como para contemplar la evolución de la ciencia y la técnica contable, evitando un posible desajuste de la norma sancionada con el devenir de nuevos avances técnicos.

Infojus

Del mismo modo, estos informes son tenidos en cuenta también por el empresario o su organización para la toma de decisiones acerca del curso a seguir y para el control de la gestión del negocio, por lo que el tema de la veracidad de su contenido adquiere relevancia y notorias consecuencias jurídicas.

La contabilidad debe reflejar, entonces, los hechos económicos de acuerdo a los documentos y operaciones que los originan, en forma fidedigna y cronológica, para asegurar el objeto que persigue la obligación legal contenida en el art. 320 CCyC.

ARTÍCULO 327.- ***Diario.*** *En el Diario se deben registrar todas las operaciones relativas a la actividad de la persona que tienen efecto sobre el patrimonio, individualmente o en registros resumidos que cubran períodos de duración no superiores al mes. Estos resúmenes deben surgir de anotaciones detalladas practicadas en subdiarios, los que deben ser llevados en las formas y condiciones establecidas en los artículos 323, 324 y 325.*

El registro o Libro Caja y todo otro diario auxiliar que forma parte del sistema de registraciones contables integra el Diario y deben cumplirse las formalidades establecidas para el mismo.

1. Introducción

El Libro Diario es uno de los registros indispensables que establece el art. 322, inc. a, CCyC.

Supone anotar cronológicamente, día a día —de allí su denominación— todos los hechos económicos que se registraron en el negocio de que se trata. Técnicamente, la anotación de estos acontecimientos o transacciones en el Libro Diario se denomina asiento.

2. Interpretación

De la letra del CC se sigue que el registro o Libro Caja, y todo otro libro auxiliar, integran el Libro Diario. Ello es así, dado que el Libro Caja sirve de registro de los cobros y pagos en efectivo y equivalentes de efectivo, dándose cuenta del manejo del dinero. Si bien aparece como un libro auxiliar, adquiere importancia ya que en él se registran las operaciones en dinero y sus equivalentes, que realiza la empresa.

En el mismo sentido, se establece que todo otro diario auxiliar que forma parte del sistema de registraciones tiene carácter obligatorio. Se persigue, en definitiva, que los libros sean llevados de manera tal que se preserve la fe de sus asientos en correspondencia con la realidad del negocio.

ARTÍCULO 328.- ***Conservación.*** *Excepto que leyes especiales establezcan plazos superiores, deben conservarse por diez años:*

a. *los libros, contándose el plazo desde el último asiento;*
b. *los demás registros, desde la fecha de la última anotación practicada sobre los mismos;*
c. *los instrumentos respaldatorios, desde su fecha.*

Los herederos deben conservar los libros del causante y, en su caso, exhibirlos en la forma prevista en el artículo 331, hasta que se cumplan los plazos indicados anteriormente.

Interpretación

La conservación de los libros se fija en diez años, al igual que en el anterior Código de Comercio (art. 67).

La conservación no solo implica la no destrucción de los libros, sino mantenerlos y cuidarlos para que no sufran deterioro por el transcurso del tiempo u otro tipo de inclemencia, para que puedan ser consultados o puestos a disposición en caso de ser requeridos.

Esta imposición de conservar los libros guarda correlato con cuestiones relativas al orden jurídico en su conjunto; tal es así que la prueba de libros tiene una impronta específica de acuerdo a lo que se verá al comentar el art. 330 CCyC.

El CCyC ha optado por dejar a cargo de los Registros Públicos correspondientes el otorgamiento de determinadas autorizaciones (art. 329 CCyC); entre ellas, se faculta al titular de los libros a pedir autorización para conservar la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos a ese fin.

El comerciante tiene la posibilidad de conservar los libros en los medios técnicos señalados siempre que, con vistas a asegurar su autenticidad, se garantice su reproducción fidedigna y se tenga certeza del origen de la información.

ARTÍCULO 329.- ***Actos sujetos a autorización.*** *El titular puede, previa autorización del Registro Público de su domicilio:*

a. *sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, o alguna de sus formalidades, por la utilización de ordenadores u otros medios mecánicos, magnéticos o electrónicos que permitan la individualización de las operaciones y de las correspondientes cuentas deudoras y acreedoras y su posterior verificación;*
b. *conservar la documentación en microfilm, discos ópticos u otros medios aptos para ese fin.*

La petición que se formule al Registro Público debe contener una adecuada descripción del sistema, con dictamen técnico de Contador Público e indicación de los antecedentes de su utilización. Una vez aprobado, el pedido de autorización y la respectiva resolución del organismo de contralor, deben transcribirse en el libro de Inventarios y Balances.

La autorización sólo se debe otorgar si los medios alternativos son equivalentes, en cuanto a inviolabilidad, verosimilitud y completitud, a los sistemas cuyo reemplazo se solicita.

Interpretación

El CCyC dejó a cargo de los Registros Públicos el otorgamiento de autorizaciones para sustituir uno o más libros, excepto el de Inventarios y Balances, lo que contempla el permanente avance técnico en la materia y debe llevarse a cabo con la debida fiscalización. En tal sentido se requiere, entre otros requisitos, la participación de un contador público a través de la presentación de un dictamen.

Se podrán requerir distintas autorizaciones que variarán en función del negocio o empresa, dimensión, complejidad y demás características de la actividad. Por ello, la petición que se formule ante el Registro debe ser fundada, esto significa, brindar las razones que justifiquen lo pedido.

Infojus

ARTÍCULO 330.- ***Eficacia probatoria.*** *La contabilidad, obligada o voluntaria, llevada en la forma y con los requisitos prescritos, debe ser admitida en juicio, como medio de prueba.*

Sus registros prueban contra quien la lleva o sus sucesores, aunque no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario. El adversario no puede aceptar los asientos que le son favorables y desechar los que le perjudican, sino que habiendo adoptado este medio de prueba, debe estarse a las resultas combinadas que presenten todos los registros relativos al punto cuestionado.

La contabilidad, obligada o voluntaria, prueba en favor de quien la lleva, cuando en litigio contra otro sujeto que tiene contabilidad, obligada o voluntaria, éste no presenta registros contrarios incorporados en una contabilidad regular.

Sin embargo, el juez tiene en tal caso la facultad de apreciar esa prueba, y de exigir, si lo considera necesario, otra supletoria.

Cuando resulta prueba contradictoria de los registros de las partes que litigan, y unos y otros se hallan con todas las formalidades necesarias y sin vicio alguno, el juez debe prescindir de este medio de prueba y proceder por los méritos de las demás probanzas que se presentan.

Si se trata de litigio contra quien no está obligado a llevar contabilidad, ni la lleva voluntariamente, ésta sólo sirve como principio de prueba de acuerdo con las circunstancias del caso.

La prueba que resulta de la contabilidad es indivisible.

1. Introducción

En este artículo se mantiene la tradición mercantilista, ya que los libros llevados son admitidos en juicio como medios de prueba entre los comerciantes y para acreditar asuntos relativos a la empresa. Hay unanimidad en aceptar, desde una óptica estrictamente procesal, que son pruebas documentales, por lo que deben ser ofrecidos como prueba —en principio, en oportunidad de promover la demanda, la reconvención o sus contestaciones—.

2. Interpretación

El artículo fija las reglas acerca de la eficacia probatoria de la prueba de libros. Para ello se distingue, por un lado, a las personas que en forma obligada o voluntaria llevan su contabilidad registrada y a los problemas que pueden suscitarse entre ellas, y por el otro, a las personas que no están obligadas ni llevan voluntariamente contabilidad alguna.

En cuanto al primer supuesto, se establece que los registros prueban contra quien lo lleva o sus sucesores, aunque los libros no estuvieran en forma, sin admitírseles prueba en contrario.

Dicho temperamento comporta la aplicación del principio por el cual se impide ir contra los propios actos, desde que no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe. Nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos ejerciendo una conducta incompatible con otra anterior, deliberadamente cumplida, jurídicamente relevante y plenamente eficaz. Ergo, si el comerciante construye su propia registración, mal puede desconocerla en caso de no convenirle.

Dentro del supuesto entre comerciantes, se establece que la contabilidad prueba en favor de quien la lleva cuando el adversario, también comerciante, no presenta contabilidad registrada. Ello, aunque no resulta una prueba absoluta dado las facultades conferidas al juez que surgen del texto de la norma.

En efecto, el rol del juez resulta preponderante, ya que, en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva, deberá no solo ponderar lo que surja de los libros, sino también integrarlos dentro del contexto de la totalidad de la prueba y bajo el prisma de la sana crítica.

En el segundo caso, cuando se trata de un litigio entre un comerciante y una persona no comerciante, las registraciones contables solo valen como principio de prueba, adquiriendo un carácter indiciario, con algunas excepciones.

ARTÍCULO 331.- ***Investigaciones.*** *Excepto los supuestos previstos en leyes especiales, ninguna autoridad, bajo pretexto alguno, puede hacer pesquisas de oficio para inquirir si las personas llevan o no registros arreglados a derecho.*

La prueba sobre la contabilidad debe realizarse en el lugar previsto en el artículo 325, aun cuando esté fuera de la competencia territorial del juez que la ordena.

La exhibición general de registros o libros contables sólo puede decretarse a instancia de parte en los juicios de sucesión, todo tipo de comunión, contrato asociativo o sociedad, administración por cuenta ajena y en caso de liquidación, concurso o quiebra. Fuera de estos casos únicamente puede requerirse la exhibición de registros o libros en cuanto tenga relación con la cuestión controvertida de que se trata, así como para establecer si el sistema contable del obligado cumple con las formas y condiciones establecidas en los artículos 323, 324 y 325.

Interpretación

El artículo consagra el principio de confidencialidad de los libros de comercio, prohibiéndose las pesquisas genéricas para inquirir a las personas acerca de las formas en que desarrollan su contabilidad o no lo hacen. Ello tiene basamento constitucional si estamos a lo dispuesto en los arts. 14 y 18 y concs. CN.

Frente a este principio de confidencialidad, se establecen los casos por los cuales determinados interesados podrían tomar conocimiento de las registraciones, lo que se denomina, técnicamente, "exhibición".

La exhibición se encuentra limitada a los casos enunciados en la norma, debiendo ponderarse con suma estrictez aquellos supuestos que no encuadren plenamente en el articulado. Tal es así que se requiere de un proceso judicial y de la decisión de un juez que analice el pedido. Y, en su caso, la prueba contable se realizará en el lugar del domicilio de su titular, independientemente de que el conocimiento del litigio le corresponda a un juez de otra jurisdicción, librándose un exhorto con las formalidades pertinentes.

CAPÍTULO 6(*)
Vicios de los actos jurídicos

SECCIÓN 1ª
Lesión

ARTÍCULO 332.- ***Lesión.*** *Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.*

Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones.

Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda.

El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si éste es ofrecido por el demandado al contestar la demanda.

Sólo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción.

1. Introducción

En materia de lesión, el CCyC mantiene las pautas del art. 954 CC, aunque las simplifica y utiliza términos más claros y directos para regularla. Asimismo, por una razón metodológica, se suprimió la primera parte del art. 954 CC, que generaba confusión, de modo que el régimen de las nulidades quedó concentrado en el art. 382 CCyC.

Como ya se adelantó, el CCyC sigue a la mayoría de la doctrina y distingue entre vicios de la voluntad y vicios propios del acto. La lesión se ubica entre estos últimos. Consiste en el aprovechamiento que realiza una parte del estado de necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia de la otra y, con motivo de ese aprovechamiento, saca una ventaja evidentemente desproporcionada y sin justificación.

La prueba de los dos elementos subjetivos y del elemento objetivo recae sobre quien invoca la lesión. Sin embargo, se presume que existió explotación cuando la desproporción entre las prestaciones surja notoria, es decir, pueda apreciarse a simple vista.

La desproporción debe verificarse al tiempo de celebrar el acto y subsistir al momento de la demanda.

La víctima puede iniciar acción de nulidad o de reajuste. Si promueve la primera y el demandado ofrece reajustar equitativamente la pretensión, la acción se transformará y seguirá solamente como reajuste.

La demanda solamente puede ser intentada por la víctima o sus herederos. No es susceptible de subrogación por los acreedores o terceros interesados.

.....

(*) Comentarios a los arts. 332 a 357 elaborados por por María Isabel Benavente.

2. Interpretación

2.1. Elementos de la lesión

El negocio afectado por el vicio de lesión se realiza con discernimiento, intención y libertad, esto es, con todos los elementos internos de la voluntad sanos. Sin embargo, existe una anomalía del negocio que se produce por la explotación que realiza una de las partes al aprovecharse de la necesidad, debilidad psíquica o de la inexperiencia de la otra.

La conformación de la lesión exige la concurrencia de tres elementos: uno objetivo y dos de naturaleza subjetiva.

2.1.1. Los elementos subjetivos

Un sujeto que atraviesa por un estado anormal, que se caracteriza por el estado de necesidad, debilidad psíquica o inexperiencia. Vale decir, la víctima atraviesa un estado de inferioridad que se traduce en:

a. **una situación de necesidad**. Se refiere a un estado de peligro que pueda poner en riesgo la vida, la salud, el honor o la libertad de la persona afectada, o incluso sus bienes o cosas, siempre y cuando la amenaza tenga aptitud o idoneidad para determinarla a celebrar el negocio;

b. **debilidad psíquica**. Se vincula con el estado patológico en que se halle el damnificado, que le impide tener una dimensión plena o cabal de las consecuencias del acto que realiza. El CC denominaba a este elemento "ligereza", e incluía implícitamente aquí a los supuestos de la inhabilitación (art. 152 bis CC). Actualmente, es difícil subsumir la hipótesis normativa en un estado determinado debido a la modificación sustancial que ha experimentado el Código en materia de capacidad jurídica de obrar. Pero es inequívoco que este caso está relacionado con estados de hecho que se caracterizan por una situación de debilidad o de inferioridad psíquica, que lleva a la persona a realizar un acto que le resulta perjudicial en razón de no poder comprender sus alcances o efectos.

   A diferencia de lo que dispone el art. 327 del Proyecto de 1998, la normativa en comentario nada dice en punto al **aprovechamiento** de la debilidad psíquica de los ancianos o cualquier otra situación que importe el sometimiento del sujeto al beneficiario del acto lesivo por su condición social, por su vinculación laboral, situación económica o cultural. No obstante, no se advierten obstáculos para incorporar esos supuestos.

   La debilidad psíquica, cualquiera sea su procedencia, tiene que provocar una situación de inferioridad captada y aprovechada por la parte que lesiona en perjuicio de la otra. Obviamente, no cualquier situación de debilidad en esa órbita será relevante. Es preciso que genere un estado de inferioridad que incida directamente sobre la voluntad del sujeto;

c. **inexperiencia**. Se ha definido a la inexperiencia como la falta de conocimientos que se adquieren con el uso y la práctica. Se asocia este elemento con personas de escasa cultura o falta de experiencia de vida en razón de su corta edad;

d. **la explotación**. El agente, a diferencia de lo que ocurre en caso de dolo, no genera la situación de inferioridad, sino que se adueña de ella, la explota y se aprovecha de esas condiciones anormales. Es un obrar contrario a la buena fe, porque aun cuando no maquina ni oculta el estado de las cosas para que otro incurra en error, maneja

Infojus

las condiciones del negocio sabiendo que la otra parte no tiene las herramientas o cualidades personales para protegerse de la desventaja.

2.1.2. El elemento objetivo

El elemento objetivo es la obtención de una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. A diferencia del antecedente francés y en la misma línea del CC, el artículo en comentario no indica en qué medida dicha desproporción es jurídicamente relevante para ser considerada una "ventaja", sino que deja librado ese extremo a la apreciación judicial.

Una vez verificada, incumbe al demandado probar que se encuentra justificada, esto es, que tiene un motivo valedero —por ejemplo, la intención de realizar una liberalidad— que descarta el aprovechamiento que configura la lesión. Valen aquí todas las elaboraciones doctrinarias y jurisprudenciales habidas en torno a la inteligencia del art. 954 CC.

2.2. Requisitos formales para invocar la lesión

Puede ocurrir que, con el transcurso del tiempo y debido a distintas contingencias socioeconómicas, las prestaciones que comenzaron desproporcionadas equiparen su valor por circunstancias objetivas, independientes de la voluntad de las partes. Por aplicación del principio de conservación del acto jurídico, se requiere que la desproporción se verifique al momento de la celebración del acto y subsista hasta la interposición de la demanda. Si, por cualquier causa externa y ajena al negocio, desaparece la desproporción o la falta de equivalencia notable, la acción deja de tener sustento.

Se entiende que para que proceda la pretensión el acto jurídico debe ser conmutativo y oneroso; de modo que la lesión no es admisible en los contratos gratuitos. Es que la ventaja que recibe una parte debe encontrar correlato en la que obtiene la otra. Si se destruye el natural sinalagma o equivalencia entre las prestaciones porque uno de los sujetos explota el estado de inferioridad del otro, podrá invocarse la lesión.

Es dudosa la procedencia de la lesión en los contratos aleatorios. Se entiende que podrá plantearse la nulidad por lesión si el alea es mucho mayor de lo que suele ocurrir de ordinario y ello se debe a la inexperiencia, necesidad o ligereza del perjudicado.

2.3. Prueba

En principio, la prueba de los presupuestos de la lesión recae sobre la víctima o sus herederos. Pero si la desproporción es evidente —*"notable"*, según la terminología utilizada, que coincide con la del art. 954 CC—, o se puede advertir a partir de una apreciación elemental, no se exige actividad probatoria por parte de la víctima por cuanto las propias cláusulas del acto, por su exorbitancia, dan cuenta de la anormalidad. La ley en este caso presume la explotación del estado de inferioridad e invierte la carga de la prueba que se desplaza al demandado.

Probada la desproporción, por aplicación del principio según el cual quien alega un hecho debe acreditarlo, incumbe a la demandada probar que no hubo tal explotación o bien que la desproporción se encuentra justificada.

2.4. Efectos. Acciones que puede intentar la víctima

La víctima puede elegir entre la acción de nulidad y la de reajuste. El demandado, en tanto, solamente tiene a su disposición la acción de reajuste de las prestaciones. Esta última

implica que la parte que sacó ventaja ofrece un plus para expurgar la inequidad producida por la explotación del estado de inferioridad del actor y equilibrar las prestaciones.

2.5. Legitimación

La demanda solamente puede ser intentada por la víctima o sus herederos, de modo que no pueden promover la acción los acreedores ni ningún otro tercero, por más que invoque un interés legítimo.

2.6. Irrenunciabilidad de la acción

La acción para reclamar la nulidad o el reajuste por vicio de lesión no es susceptible de renuncia anticipada o realizada en forma simultánea a la celebración del acto. Si en un negocio jurídico se introduce una cláusula de esta índole, resultaría inválida. Luego de celebrado el acto, nada impide que la víctima renuncie a promover la acción o confirme la invalidez del acto.

2.7. Prescripción

La acción para solicitar la nulidad o el reajuste por vicio de lesión prescribe a los dos años contados desde la fecha en que la obligación a cargo del lesionado debía ser cumplida —arts. 2562 y 2563, inc. e) CCyC—. De este modo, se levantan las críticas de la doctrina y se reduce sensiblemente el plazo de prescripción y el comienzo del cómputo.

SECCIÓN 2ª
Simulación

ARTÍCULO 333.- ***Caracterización.*** *La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.*

1. Introducción

Al igual que el texto del CC, el CCyC no trae una definición de la simulación sino que proporciona una serie de características y describe situaciones que desembocan en un acto simulado.

La simulación es un defecto contrario a la buena fe. Consiste en un acto o negocio jurídico que, por acuerdo de partes, se celebra exteriorizando una declaración recepticia no verdadera, que tienen por finalidad engañar a terceros.

2. Interpretación

2.1. Requisitos del acto simulado

Según se desprende de la definición transcripta, la simulación:

a. **es un acto jurídico.** Tiene todos los elementos del acto jurídico que prevé el art. 259 CCyC. Su fin inmediato es provocar un engaño. En efecto, el acto simulado se caracteriza por constituir una disconformidad entre la voluntad interna y la declarada. Esto es, existe una declaración de voluntad ostensible —fingida— que no

Infojus

tiene correlato en la realidad y que encubre una voluntad distinta de la expresada. Puede ocurrir que el acto consista en una pura apariencia o que esconda otro distinto del manifestado. En el primer caso, el engaño consiste en un simular y, en el segundo, importa disimular, ocultar lo que es;

b. **requiere la existencia de un acuerdo simulatorio entre todos los intervinientes en el negocio.** Este requisito es el que distingue la simulación de otros actos que tienen en apariencia los elementos de la simulación, pero que constituyen otras figuras como, por ejemplo, el contrato presta nombre o convención de testaferro. Precisamente, el acuerdo simulatorio importa que una parte emite una declaración de voluntad hacia otra persona que participa en el acto y ambas convienen en generar una apariencia con la finalidad de engañar a terceros;

c. **supone que el fin inmediato perseguido por las partes consiste en engañar a terceros**. El engaño —como se dijo— es el elemento esencial de la simulación. No lo es, en cambio, la existencia de perjuicio, porque el engaño que no provoca un menoscabo a derechos de terceros, ni tiene por finalidad violar la ley, no desemboca en simulación ilícita, sino lícita.

2.2. Objeto de la simulación

Cualquier acto o negocio puede ser simulado, salvo algunos casos en los que no es admisible. Ello ocurre en los actos propios del derecho público, en los cuales interviene una autoridad administrativa o judicial y, por ende, no cabe la apariencia o engaño. Así, cuando se trata de un proceso ficticio armado para perjudicar a terceros, el juez no es parte en la simulación. Si se tratara de un juicio falso pergeñado por dos o más personas, o bien un caso de corrupción, el acto no sería simulado sino que podrá dar lugar, en su caso, a la configuración de cosa juzgada írrita y generará responsabilidad civil y penal si se reúnen, por supuesto, sus elementos de procedencia.

Tampoco podrían ser simulados los actos no recepticios, como el testamento, la confirmación de un acto nulo. En cambio se admite la posibilidad de simulación en los actos unilaterales recepticios en donde se requiere la cooperación de la persona a quien va dirigida la declaración de voluntad. El clásico ejemplo es la renuncia gratuita a una obligación.

2.3. Clasificación de la simulación

El Código proporciona una declaración descriptiva de la simulación. Esta, sin embargo, coincide con una de sus especies, esto es, la simulación relativa. La simulación se divide en simulación absoluta y relativa.

2.3.1. Simulación absoluta

En la simulación absoluta las partes no tienen ninguna intención de celebrar un acto jurídico sino solamente de generar una apariencia, una ilusión.

2.3.2. Simulación relativa. Actos sobre los que recae

De acuerdo con la descripción que realiza el art. 333 CCyC, la simulación relativa puede recaer sobre la naturaleza del acto —por ejemplo una compraventa que encubre una donación— o sobre su contenido y objeto, cuando contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o modalidades inexistentes —supeditando, a una condición un hecho puro y simple— o sobre las personas que intervienen en el acto. A

diferencia de la simulación absoluta, en este caso, aunque también existe un acto ficticio, detrás de él se esconde otra realidad, distinta de la aparente.

A título ejemplificativo, el artículo señala que la simulación puede consistir en encubrir un acto jurídico bajo la apariencia de otro. Así, cuando una compraventa (acto ficticio) encubre una donación (acto real) a efectos de eludir los efectos de esta última.

También se refiere a que la simulación puede consistir en *"cláusulas que no son sinceras"*. Es lo que ocurre cuando se hace figurar un precio menor al real para evadir impuestos.

La simulación puede recaer sobre las fechas. Por ejemplo, cuando se posdata o antedata un documento según el interés que tenga la parte en aparentar que el acto se realizó antes o después de determinado momento o etapa.

El CCyC menciona también que puede haber simulación por interposición ficticia de personas. En este supuesto participan cuanto menos tres personas. El vendedor vende simuladamente un bien a un testaferro quien a su vez se lo transmite al verdadero destinatario del negocio. Todos los intervinientes participan en la maniobra.

En la interposición real, en cambio, no hay simulación, porque el acto está destinado a producir todos sus efectos propios entre las partes. Ello sucede cuando el transmitente ignora que trata con un testaferro y no con el verdadero interesado en el negocio y, por tanto, no participa del acuerdo simulatorio que es esencial para configurar una interposición ficticia de personas.

ARTÍCULO 334.- ***Simulación lícita e ilícita.*** *La simulación ilícita o que perjudica a un tercero provoca la nulidad del acto ostensible. Si el acto simulado encubre otro real, éste es plenamente eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría y no es ilícito ni perjudica a un tercero. Las mismas disposiciones rigen en el caso de cláusulas simuladas.*

Remisiones: ver comentario al art. 281 y ss. CCyC.

1. Introducción

La simulación puede ser lícita o ilícita según el móvil que tuvieron las partes al celebrarla. Cuando es ilícita, la acción de simulación procura la declaración de nulidad del acto aparente.

Si el acto oculto no es ilícito y cumple todos los recaudos de forma y de fondo de su tipo o categoría, por efecto de la sentencia que declara la simulación, saldrá a la luz y será plenamente eficaz entre quienes lo celebraron y sus sucesores universales.

2. Interpretación

2.1. Clasificación de la simulación

En sí misma, la simulación es incolora o neutra, pues su inclusión en la categoría de lícita o de ilícita dependerá de la intención que tuvieron quienes la celebraron.

La simulación será lícita cuando el motivo determinante se vincula a un interés justificado y aceptable que no persigue violar la ley ni causar daño a terceros. El derecho tolera la situación porque forma parte de una zona de reserva o intimidad que abarca tanto los

Infojus

aspectos personales como extrapatrimoniales. Es el caso en que se oculta una realidad para engañar a un tercero que pide dinero o a un pariente pedigüeño respecto de quien no se tiene obligación alimentaria.

En cambio, la simulación será ilícita cuando viola la ley o perjudica los derechos de un tercero. No es necesario en este caso que el perjuicio se hubiere consumado.

2.2. Conversión del acto

Al quedar al descubierto el carácter ficticio del acto aparente, sale a la luz el real y verdaderamente querido por las partes. De ahí que la norma establezca que si el acto simulado encubre otro real, este será eficaz si concurren los requisitos propios de su categoría. Es una manifestación específica del principio de conversión (art. 384 CCyC) que guarda relación con el sistema causalista explicado (ver comentario al art. 281 y ss. CCyC).

El artículo en análisis dispone que cuando el engaño —o la distorsión de la voluntad— no recae sobre la totalidad del acto sino sobre alguna de sus cláusulas, se aplica idéntica solución.

ARTÍCULO 335.- ***Acción entre las partes. Contradocumento.*** *Los que otorgan un acto simulado ilícito o que perjudica a terceros no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro sobre la simulación, excepto que las partes no puedan obtener beneficio alguno de las resultas del ejercicio de la acción de simulación.*

La simulación alegada por las partes debe probarse mediante el respectivo contradocumento. Puede prescindirse de él, cuando la parte justifica las razones por las cuales no existe o no puede ser presentado y median circunstancias que hacen inequívoca la simulación.

1. Introducción

En cuanto a la acción de simulación entre las partes, aquí se mantiene la tradición jurídica consolidada a partir de la reforma de la ley 17.711 en dos aspectos. Por un lado, cuando la simulación es ilícita, restringe la acción entre las partes al supuesto en que ninguna de ellas saque ventaja de la declaración. En segundo lugar, continúa con la línea del CC en cuanto al valor probatorio del contradocumento en el juicio seguido entre las partes.

2. Interpretación

2.1. Acción de simulación entre las partes

La ley no reprueba la simulación cuando es lícita y no genera perjuicio para terceros. Por tanto, es razonable que prevea de qué manera se restablece la verdad en aquellos casos en que una de las partes pretenda aferrarse a la apariencia creada y desconozca el acuerdo simulatorio, afirmando que el acto es real a fin de lograr que se consoliden las consecuencias de aquel y se conviertan en efectivas.

La admisibilidad de la acción de simulación, en este caso, está supeditada a que el acto sea lícito. En efecto, el ordenamiento jurídico no podría permitir que aquellos que simularon y ocultaron bienes para sustraerlos de la acción de los acreedores puedan aprovechar las consecuencias de su propio obrar ilícito y decidan, libremente, volver las cosas al estado real. Si se les reconociera esa posibilidad en forma ilimitada, la ley no solo estaría

tolerando, sino —más aún— protegiendo la mala fe. Una cosa es tutelar al tío que simula vender para no tener bienes inscriptos a su nombre a fin de evitar que su sobrino pedigüeño solicite préstamos banales, y otra muy distinta es que la ley colabore con quien obró de manera desleal y, frente a la negativa del otro contratante que desconoce la verdad, pretenda que el derecho colabore para sellar la maniobra ilícitamente elaborada para causar perjuicio o para violar la ley.

Si la simulación es lícita, esto es, las partes no se propusieron perjudicar a nadie, no realizaron maniobras prohibidas por la ley ni se aprovecharon de la situación, sino que buscan destruir la apariencia que causa daño a terceros, no existe impedimento para promover la acción.

Esto equivale a sostener que, no obstante su ilicitud, el rechazo de la acción de simulación entre las partes no es un principio absoluto, pues no habrá inconveniente en lograrlo en la medida que no saquen ventaja de un obrar contrario a derecho. Así lo disponía el art. 959 CC derogado luego de la reforma introducida por la ley 17.711, y así se mantiene en el CCyC.

2.2. Prueba de simulación entre las partes. El contradocumento

El contradocumento es un escrito, generalmente secreto, destinado a comprobar o reconocer la simulación total o parcial de un acto aparente. Es la prueba principal del carácter ficticio del negocio simulado.

Generalmente, las partes otorgan el contradocumento contemporáneamente con el acto que simulan ante la eventualidad de que una de ellas, o sus herederos, desconozcan la realidad o bien la eficacia del acto disimulado, pero no existen inconvenientes en que sea otorgado antes o después. Solo es imprescindible que contenga una explicación sobre cuál es el verdadero carácter del negocio. Esta exigencia importa que entre el acto simulado y el contradocumento exista simultaneidad o conexión intelectual.

En la acción de simulación que inicie una de las partes contra la otra, el CCyC mantiene idéntica solución que el CC y exige como prueba principal la presentación del contradocumento (art. 335, párr. 2 CCyC). Por supuesto, si este es presentado en forma regular constituye una prueba irrefutable que hace presumir que el acto fue simulado. La falta de presentación de dicho instrumento no causa el rechazo de la demanda por ese solo motivo. En efecto, es posible prescindir 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. Así, por ejemplo, el que demanda la simulación puede alegar y probar que la imposibilidad de presentarlo obedece a alguna razón fundada, —ya se trate de un impedimento físico o moral— para lo cual deberá arrimar prueba convincente y muchas veces compleja. Su actividad probatoria tiene que estar encaminada a probar por qué razón no es posible presentar el instrumento, por un lado, y, por otro, a la inequívoca existencia de la simulación, de modo de generar en el juez la certeza —cuanto menos, moral— de que el acto ostensible es ficticio. En caso de duda, o si la prueba no es categórica o contundente, no procederá declarar la nulidad del acto simulado en virtud del principio de converción de los negocios jurídicos (art. 384 CCyC).

Si no existe contradocumento y se justifica su falta de presentación con argumentos que el juez considere atendibles, la simulación puede probarse por cualquier otro medio, como testigos, presunciones, peritajes o cualquier otro documento.

Infojus

2.3. Prescripción de la acción entre las partes

La acción de simulación entre las partes prescribe a los dos años (art. 2562 CCyC), los que comienzan a correr desde que una de ellas se negó a dejar sin efecto el acto jurídico (art. 2563, inc. b) CCyC).

ARTÍCULO 336.- ***Acción de terceros.*** *Los terceros cuyos derechos o intereses legítimos son afectados por el acto simulado pueden demandar su nulidad. Pueden acreditar la simulación por cualquier medio de prueba.*

1. Introducción

A diferencia del CC, el CCyC regula la acción de simulación ejercida por terceros siguiendo, en este punto, las enseñanzas de la doctrina y de la jurisprudencia, que mantienen plena vigencia.

Son terceros quienes pueden resultar perjudicados por el acto simulado. En tal caso, pueden demandar la nulidad del acto aparente ya sea para demostrar que es enteramente ficticio o bien para poner de manifiesto cuál es el acto oculto a fin de que este comience a producir sus efectos típicos

2. Interpretación

2.1. Personas que tienen condición de terceros

Tienen condición de terceros, y pueden promover la acción, todas aquellas personas que son extrañas al acto simulado, es decir, que no hayan formado parte del acuerdo simulatorio y, por supuesto, que demuestren que pueden sufrir perjuicio a raíz del acto. No es necesario, sin embargo, que el derecho amenazado sea actual o eventual sino que el acto entrañe peligro de hacer perder un derecho o impedir el ejercicio de una facultad.

2.2. Situación de los herederos

Cabe señalar que los efectos del acto simulado se extienden a los sucesores universales que heredan la condición de parte. Sin embargo, los herederos pueden ser también terceros cuando el acto simulado ha procurado perjudicarlos en sus derechos. Ello sucede si el causante simuló la transmisión del bien para que solamente alguno de sus hijos reciba bienes y otros no. Por tanto, en estos casos, tampoco se exige al heredero que promueve la acción contra los restantes la presentación del contradocumento.

2.3. Prueba de la simulación ejercida por terceros

En la acción de simulación promovida por terceros, todos los medios de prueba son admisibles. Estos no tienen manera de descubrir el contradocumento o encontrar pruebas directas de lo que las partes ocultan —porque estas tratan generalmente de disfrazar o esconder bien las cosas—, de modo que la forma más común de probar la simulación es a través de la prueba de presunciones. Cuando estas presunciones son graves, precisas y concordantes, son idóneas para probar la existencia de la simulación.

Se han establecido una serie de supuestos que constituyen presunciones que, aunque aisladamente consideradas no son suficientes para probar la simulación, sí lo serán cuando varias de ellas se reúnan o se verifiquen en un caso concreto.

Puede presumirse la simulación:

a. cuando las partes están ligadas por una relación de parentesco, de confianza, amistad íntima;
b. cuando el negocio no fue ejecutado, esto es, no existe tradición ni entrega de la posesión de la cosa que continúa en manos del ficticio enajenante;
c. si el adquirente carece de capacidad económica o se ignora el origen de los fondos;
d. si el enajenante se desprende de todos los bienes o de los que hacen a su forma de vida o son necesarios para su trabajo;
e. cuando la venta se realizó en forma apresurada, ante la inminencia de un hecho que, por sí mismo, puede llevar a presumir que se ha pretendido ocultar bienes;
f. en virtud de la conducta de las partes y el modo de conducirse en sus negocios. Es fundamental también el modo en que se desempeñan en juicio, si aportan pruebas, si se mantienen pasivos u obstruyen la etapa probatoria.[267]

2.4. Valoración de la prueba

La valoración de las pruebas se debe realizar en conjunto y examinar, a partir de ahí, si de los indicios reunidos se pueden inferir presunciones que, si son graves, precisas y concordantes, pueden generar convicción sobre la existencia de la simulación.

2.5. La sentencia

La acción de simulación está enderezada a demostrar la nulidad del acto aparente para que la realidad oculta produzca todos sus efectos propios.

2.6. Efectos frente a terceros

La sentencia que admite la acción de simulación beneficia a todos los acreedores o terceros interesados, aun cuando no hubieran promovido la acción.

2.7. Prescripción de la acción ejercida por terceros

La acción de simulación ejercida por terceros prescribe a los dos años (art. 2562 CCyC), plazo que comienza a computarse desde que conocieron o pudieron conocer el vicio del acto jurídico (art. 2563, inc. c) CCyC).

ARTÍCULO 337.- ***Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar.*** *La simulación no puede oponerse a los acreedores del adquirente simulado que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto.*

La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en la simulación.

El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento.

(267) Yáñez Álvarez, C., "Prueba por terceros en la simulación de los actos jurídicos", en *JA* 8-1970, p. 505, nº 23/26.

Infojus

1. Introducción

Este artículo introduce distintas modificaciones con relación al CC. En primer lugar, regula los efectos de la sentencia de simulación con relación a terceros, ya sean subadquirentes o acreedores del ficticio enajenante o del ficticio adquirente. Se protege la buena fe y la apariencia sobre cuya base obró el tercero que adquirió derechos sobre la cosa o bien, por supuesto siempre que sea de buena fe y a título oneroso. No se da relevancia a la fecha del crédito protegido.

El artículo contempla dos supuestos: por un lado, cuando el bien que fue objeto de la simulación es ejecutado a pedido de los acreedores del adquirente, y, por otro, cuando el ficticio titular lo transmite a un tercero.

2. Interpretación

2.1. Efectos de la sentencia que declara la simulación en caso de ejecución de los bienes

La sentencia que declara que un acto es simulado vuelve las cosas al estado anterior a su celebración. Pero mientras no se promueva la acción, o no se dicte sentencia en el juicio de simulación, puede suceder que el aparente titular sea ejecutado de buena fe por sus acreedores y se pierdan los bienes comprendidos en el acto ficticio. En tal caso, la sentencia que declara que existió simulación no puede afectar los derechos del ejecutante, y menos aún de quien resultó adquirente en subasta. Esta situación plantea un conflicto entre el actor —y eventualmente sus sucesores y sus acreedores— con el acreedor ejecutante y con el adquirente.

En principio, todo acreedor debe tener seguridad de que los bienes que ostensiblemente figuran en el patrimonio de su deudor le pertenecen y no puede quedar expuesto a que, una vez declarada la simulación, aparezca un tercero reclamando ser titular de dichos bienes.[(268)] La aplicación de este postulado no distingue entre los acreedores cuyo título es de fecha anterior o posterior al acto simulado.

2.2. Conflicto entre el acreedor quirografario del enajenante y los sucesores a título singular del adquirente

El CCyC establece una intensa protección a favor del subadquirente, sin importar la fecha del título del acreedor impugnante. La buena fe del subadquirente es el único fundamento para enervar los efectos de la sentencia que declara la nulidad del acto. Si el tercero es de buena fe y a título oneroso, los acreedores del ficticio enajenante carecerán de acción contra él. En cambio, si su adquisición es a título gratuito, o si fue cómplice en la simulación, los acreedores del enajenante podrán solicitar la ampliación de los efectos de la sentencia contra el subadquirente.

La protección de la apariencia cesa cuando el adquirente ha sido cómplice en la simulación. En este caso, la complicidad a que alude la ley se vincula con el conocimiento que tuvo o pudo tener el tercero de que recibía una cosa o un bien que tenía como antecedente un acto simulado.

(268) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., La ley, 2013, p. 382.

El principio general es, entonces, la protección de los sucesores a título singular del adquirente —sucesores singulares— siempre que sean de buena fe y a título oneroso como una normal exigencia del tráfico y de la seguridad jurídica.

2.3. Responsabilidad del contratante de mala fe y del subadquirente

Puede ocurrir que el subadquirente de mala fe hubiera transmitido, a su vez, a otra persona que es de buena fe y a título oneroso, los derechos o bienes recibidos. En este caso, la parte que intenta la simulación contra la otra, o el acreedor perjudicado, en su caso, no podrán obtener el reingreso del bien al patrimonio del ficticio adquirente por impedírselo la buena fe del poseedor actual que opera como barrera que paraliza los efectos de la nulidad. En este caso, tanto el primer transmitente —ficticio— como su acreedor podrán obtener el resarcimiento de los daños de quien contrató de mala fe con el deudor. Ambos —deudor y adquirente de mala fe— responderán solidariamente por los daños causados con motivo de haber provocado la imposibilidad de hacer efectiva la sentencia contra el tercero de buena fe y a título oneroso.

Si, en cambio, un subadquirente de buena fe pero a título gratuito, transmitió de manera onerosa los derechos a otro adquirente de buena fe, solamente responderá en la medida de su enriquecimiento.

2.4. Prescripción de la acción de simulación

La acción de simulación ejercida por terceros prescribe a los dos años (art. 2562, inc. a, CCyC), los que se computan desde que conocieron o pudieron conocer el vicio del acto (art. 2563, inc. c, CCyC).

SECCIÓN 3ª
Fraude

ARTÍCULO 338.- ***Declaración de inoponibilidad.*** *Todo acreedor puede solicitar la declaración de inoponibilidad de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna.*

Remisiones: ver comentario al art. 382 CCyC.

1. Introducción

La regulación de la acción de fraude, revocatoria o pauliana, experimentó modificaciones de trascendencia en el CCyC. Para despejar cualquier duda que pudiera traer aparejada la sanción que recae sobre el acto fraudulento, este artículo comienza por los efectos que produce. Aquí se indica cuáles son los requisitos de la declaración de inoponibilidad que es, precisamente, el efecto de la sentencia que admite la acción de fraude promovida por los acreedores.

El CCyC confiere acción revocatoria a los acreedores que ven burlados sus derechos por actos de disposición patrimonial celebrados por el deudor. La demanda tiene por objeto solicitar la declaración de inoponibilidad. Pueden ser objeto de la acción de fraude o pauliana no solo los actos de enajenación o desapoderamiento celebrados por el deudor sino también los que impiden su enriquecimiento, como las renuncias de derechos o facultades.

Infojus

2. Interpretación

La acción de fraude a los acreedores se denomina también revocatoria o pauliana, en honor al pretor Paulo, que introdujo entre las acciones personales el *interdictum fraudatorum*. Se concede a los acreedores contra los deudores que ponen en peligro la garantía común al realizar actos de disposición patrimonial que provocan o agravan la insolvencia para sustraer bienes que deberían ser ejecutados.

El artículo en comentario empieza el análisis del instituto estableciendo directamente el efecto principal de la acción de fraude. Señala al respecto que, a pedido del acreedor, podrá declararse la **inoponibilidad** de los actos celebrados por su deudor en fraude de sus derechos, y de las renuncias al ejercicio de derechos o facultades con los que hubiese podido mejorar o evitado empeorar su estado de fortuna. De esta forma, queda clara la distinción entre los efectos de la acción de simulación —la nulidad— y este supuesto, es decir, la acción de fraude, que integra la nómina de actos ineficaces (ver comentario al art. 382 CCyC).

En este supuesto de inoponibilidad, la ineficacia del acto no se extiende *erga omnes*. El negocio en sí mismo es válido y eficaz pero, para algunas personas, concretamente aquellas que resultan perjudicadas, no es oponible, esto quiere decir que dichos acreedores pueden comportarse como si el acto no se hubiese efectuado. En otros términos, esos terceros pueden oponerse a que el acto produzca efectos en su contra. Por supuesto, la inoponibilidad solamente favorece al acreedor que ha promovido la acción y hasta el importe de su crédito. De modo que como el acto es válido *per se*, una vez desinteresado el acreedor que promovió juicio, los efectos del acto se producen normalmente entre las partes. De ahí, si luego de ejecutado queda un remanente, este ingresa al patrimonio del adquirente, que es el titular de la cosa.

Aunque los actos de enajenación patrimonial son los que con mayor frecuencia dan lugar al ejercicio de la acción revocatoria o pauliana, también pueden agravar o provocar la insolvencia otro tipo de actos. Así, el pago de una deuda no vencida; la partición de una herencia que asigna al deudor bienes de un valor inferior al que le hubiera correspondido; la renuncia a un privilegio o a una herencia o a una prescripción ganada. También es susceptible de ser impugnada por fraudulenta la renuncia a percibir una indemnización.

El CCyC, siguiendo en este punto la interpretación que formula la doctrina, considera que no solamente los actos de enajenación realizados en fraude a los acreedores pueden ser objeto de la acción, sino que también los actos de no enriquecimiento —como rechazar una herencia que impide el ingreso de bienes al patrimonio— pueden ser llevados a cabo en fraude a los acreedores y, como tales, pueden ser atacados por vía de la acción revocatoria o pauliana. Asimismo, se introduce la posibilidad de que, además de los actos jurídicos perfectos, sean objeto de revocación las facultades, tal como la posibilidad de oponer la prescripción de una acción. Por supuesto, si dichas facultades son inherentes a la persona o tienen un contenido moral, como es la facultad de solicitar la revocación de una donación por ingratitud (art. 1573 CCyC), la inacción del titular no será susceptible de ser cuestionada por el acreedor.

En principio, cualquier acreedor —sin distinción de categorías— puede promover acción revocatoria. Anteriormente se reconocía ese derecho únicamente a los acreedores quirografarios, esto es, a aquellos que no tienen ninguna preferencia para el cobro de sus créditos, porque se entendía que los acreedores privilegiados se encontraban debidamente resguardados con sus respectivas garantías. Sin embargo, la doctrina entendía que era posible para estos últimos promover acción si una vez ejecutado el bien asiento del privilegio quedaba algún remanente que debía ser ejecutado contra otros bienes del

Infojus

obligado.[269] Actualmente, el art. 338 CCyC no menciona ninguna categoría especial de legitimados, sino que confiere acción a *"todo acreedor"*, de lo que se infiere que bastará con invocar un interés legítimo y demostrar la configuración de todos los requisitos para promover la acción.

ARTÍCULO 339.- *Requisitos.* ***Son requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad:***

a. ***que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;***
b. ***que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;***
c. ***que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.***

1. Introducción

El artículo en comentario estipula cuáles son los requisitos de procedencia de la acción de declaración de inoponibilidad.

2. Interpretación

2.1. Análisis de los incisos

a. ***que el crédito sea de causa anterior al acto impugnado, excepto que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores;***

Este requisito tiene una explicación evidente. Es sabido que el patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores. Al momento de contratar o celebrar un acto jurídico, estos han tenido en cuenta la composición patrimonial de aquel y han procedido en función de ella. De modo que si mientras se desarrolla una relación jurídica determinada el obligado enajena bienes en forma fraudulenta, el acreedor puede ver frustrada la expectativa de cumplimiento debido a la insolvencia sobreviniente del obligado. Si, en cambio, el deudor estaba arruinado y no tenía bienes al tiempo de la contratación, circunstancia que era de conocimiento del acreedor, este no podría alegar burla a sus derechos, porque ya sabía que contrataba con un insolvente.

De todos modos, el CCyC establece una excepción: que el deudor haya actuado con el propósito de defraudar a futuros acreedores. Se trata de los casos en que el sujeto preordena un resultado determinado, y se desapodera de sus bienes teniendo en miras el futuro incumplimiento de la obligación que no está dispuesto a pagar.

La prueba de la excepción corre por cuenta del acreedor, que podrá valerse de cualquier medio.

b. ***que el acto haya causado o agravado la insolvencia del deudor;***

El demandante debe acreditar que la enajenación de bienes atacada, ha provocado o agravado la insolvencia del deudor. Si dicha insolvencia se produce con posterioridad al acto, no dará acción para solicitar la declaración de inoponibilidad.

(269) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 1993, p. 499 ss.; Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., La ley, 2013, p. 393.

Infojus

c. *que quien contrató con el deudor a título oneroso haya conocido o debido conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia.*

El acto fraudulento supone que se verifique la intención del deudor y del adquirente de defraudar o concilio fraudulento. Esta exigencia rige exclusivamente cuando el acto impugnado es oneroso, porque si fuera gratuito no es necesario acreditar la complicidad del tercero ya que la ley decididamente se inclina por favorecer al acreedor defraudado por su deudor antes que al subadquirente que recibió el bien o la cosa sin hacer ningún desembolso.

Se presume la complicidad del tercero si conocía o debía conocer que el acto provocaba o agravaba la insolvencia (art. 340 CCyC). Se trata de una presunción que admite ser desvirtuada por prueba en contrario, ya que está prevista solamente para aligerar la carga probatoria del acreedor por cuanto probar un estado psicológico, como es la complicidad en el fraude, puede resultar extremadamente complejo. En consecuencia, el tercero es quien tiene la carga de demostrar no solo que desconocía la insolvencia del deudor, sino que, aun conociéndola, le realizó, por ejemplo, un préstamo, que si bien tiene entidad para agravarla, puede tener el propósito de ayudar financieramente al obligado para que pueda atender sus obligaciones.

Es preciso aclarar que el estado de insolvencia no implica necesariamente un estado de cesación de pagos, aunque pueden coexistir. Aquella supone carencia de bienes patrimoniales para que los acreedores se cobren sus créditos. La cesación de pagos importa que el acreedor —aunque tiene bienes ejecutables— carece de liquidez para hacer frente a sus deudas.

En síntesis, el ánimo de defraudar se presume por el conocimiento de la insolvencia por parte del tercero, pero no se podría cercenar la posibilidad de probar en contra de esa presunción porque no todo conocimiento del estado de insolvencia puede importar complicidad. De lo contrario, se estaría violando el principio de inocencia como así también el ejercicio del derecho de defensa en juicio.

ARTÍCULO 340.- ***Efectos frente a terceros. Deber de indemnizar.*** *El fraude no puede oponerse a los acreedores del adquirente que de buena fe hayan ejecutado los bienes comprendidos en el acto.*

La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude; la complicidad se presume si, al momento de contratar, conocía el estado de insolvencia.

El subadquirente de mala fe y quien contrató de mala fe con el deudor responden solidariamente por los daños causados al acreedor que ejerció la acción, si los derechos se transmitieron a un adquirente de buena fe y a título oneroso, o de otro modo se perdieron para el acreedor. El que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, responde en la medida de su enriquecimiento.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 337 y 339 CCyC.

1. Introducción

En este artículo se simplifican distintas disposiciones que contenía el CC. Así, en una sola disposición, quedan reflejadas las prescripciones de los arts. 968, 970, 972 CC; y se suprime el art. 971 CC —referente a las consecuencias de la acción de fraude—, que exhibía una redacción imprecisa y daba lugar a confusiones conceptuales.

Infojus

Contiene, asimismo, una modificación importante. En el régimen viejo solamente se hacía responsable de los daños al adquirente de mala fe a título oneroso, en caso de que los bienes hubieran pasado a un adquirente de buena fe o cuando se hubieren perdido. El art. 340 CCyC, en cambio, también hace responsables solidarios a los adquirentes a título gratuito y de buena fe, pero en este caso, solo en la medida del enriquecimiento que hubieran experimentado. La buena fe o la mala fe son irrelevantes, por cuanto de todos modos, la obligación de indemnizar no sería a título de responsabilidad sino de enriquecimiento sin causa.

2. Interpretación

2.1. Oponibilidad

La sentencia que declara fraudulento el acto no alcanza a los acreedores del adquirente que hubieran ejecutado de buena fe los bienes comprendidos en el fraude. La solución se justifica por análogos fundamentos a los expuestos al comentar el art. 337 CCyC, esto es, por las necesidades del tráfico y el principio de buena fe que cabe derivar de la intervención jurisdiccional —ver también el comentario al art. 339 CCyC—.

2.2. Oponibilidad de la sentencia a los terceros adquirientes y subadquirientes

Para que la sentencia resulte oponible al tercer adquirente a título oneroso, y a los subadquirentes sucesivos también a título oneroso, es preciso que todos ellos hubieran obrado de mala fe, esto es, que hayan sido cómplices en el fraude, tal como se dijo al comentar el art. 339 CCyC. Ante la dificultad de obtener prueba directa de la complicidad, la ley sale en auxilio del acreedor perjudicado. Es así que presume la complicidad del adquirente en caso que este —o el subadquirente— hubieran conocido la insolvencia del deudor al tiempo de celebrar el acto. En rigor, la norma establece un supuesto de inversión de la carga probatoria.

2.3. Adquirentes a título gratuito

En el conflicto suscitado entre el o los adquirentes a título gratuito y el acreedor perjudicado por el acto fraudulento, la ley se inclina por dar preferencia a este último. Por tanto, es irrelevante la buena o mala fe de los primeros.

2.4. Responsabilidad de los cómplices del acto fraudulento frente al acreedor

Al igual que ocurre en materia de simulación, el deudor y el o los subadquirentes de mala fe serán solidariamente responsables frente al acreedor perjudicado que ejerció la acción, por los daños y perjuicios que le pudiera causar el hecho de no poder hacer ejecución de la cosa a fin de cobrar su acreencia contra un subadquirente de buena fe y a título oneroso. La misma solución se aplica en caso de que la cosa se hubiere perdido o deteriorado, o hubiere salido del comercio.

En cambio, el que contrató de buena fe y a título gratuito con el deudor, también responderá solidariamente, pero solo en la medida de su enriquecimiento, el cual funciona como límite de la indemnización debida por su parte al acreedor perjudicado, por no poder hacer efectiva la ejecución de su crédito contra los bienes transmitidos.

2.5. Conversión de la imposibilidad de ejecutar la condena para los casos de pérdida o enajenación de la cosa

El art. 340 CCyC establece un supuesto de transformación de los efectos de la inoponibilidad por la obligación de indemnizar, que tiene lugar a raíz de la imposibilidad de ejecutar el bien que fue objeto del acto que provocó o agravó la insolvencia.

Infojus

ARTÍCULO 341.- ***Extinción de la acción.*** *Cesa la acción de los acreedores si el adquirente de los bienes transmitidos por el deudor los desinteresa o da garantía suficiente.*

1. Introducción

Este artículo autoriza al tercer adquirente del deudor a paralizar la acción revocatoria, ya sea abonando el crédito o bien dando garantías suficientes al acreedor de que su crédito será satisfecho. Reproduce casi en todo el art. 966 CC, menos su parte final, según el cual la fianza debía ser suficiente para pagar íntegramente el crédito, si los bienes del deudor no alcanzaren a satisfacerlos. Obviamente, si los bienes del deudor fueran suficientes, no habría sido viable la acción de fraude, porque fallaría el requisito de la insolvencia como presupuesto indispensable para que proceda la acción.

2. Interpretación

El tercero que resultó adquirente de los bienes transmitidos por el deudor en fraude a sus acreedores, aunque es parte necesaria en la acción revocatoria porque puede sufrir los efectos de la sentencia, en rigor, no es parte en la obligación que se pretende ejecutar. Como por el mecanismo propio de esta acción, la sentencia puede perjudicar sus derechos, es indudablemente un tercero interesado y, como tal, el acreedor no podrá rehusar el pago que aquel quiera hacerle, porque de lo contrario podría experimentar un daño o menoscabo en un derecho propio si se llega a ejecutar el bien adquirido para pagar la deuda (art. 881 CCyC).

Esta norma pone en evidencia la eficacia del negocio para quienes lo han celebrado, porque de lo contrario, no resultaría viable la opción que le proporciona al tercero que adquirió los bienes que fueron objeto del acto.

Para que el pago o la garantía del tercero paralicen la acción del acreedor, es preciso que cubra el capital y los accesorios, entre ellos los gastos del juicio.

ARTÍCULO 342.- ***Extensión de la inoponibilidad.*** *La declaración de inoponibilidad se pronuncia exclusivamente en interés de los acreedores que la promueven, y hasta el importe de sus respectivos créditos.*

1. Introducción

No existen notorias diferencias entre este artículo y el art. 965 CC. El CCyC reproduce las directivas que, respecto a los efectos del acto, establecía el citado art. 965 CC: el resultado de la inoponibilidad solo aprovecha al acreedor que promovió la acción y hasta el límite de su crédito.

2. Interpretación

2.1. Naturaleza de la acción revocatoria

La acción revocatoria o pauliana es una acción de carácter personal, conservatoria o reparadora que tiende a mantener la integridad del patrimonio del obligado. Además, tiene carácter ejecutivo.

2.2. Efectos de la acción revocatoria. Inoponibilidad

La declaración de inoponibilidad —que es la finalidad que se persigue con la acción de fraude— se pronuncia exclusivamente a favor de quienes promovieron la acción. Estos

podrán ejecutar el bien que provocó o agravó la insolvencia del obligado en manos de quien se encuentra, sin que sea necesario que el bien o la cosa vuelva a ingresar al patrimonio del deudor.

Es que, a diferencia del acto simulado, el acto fraudulento es real, sincero y válido entre las partes. Solamente provoca que algunos acreedores, concretamente aquellos que promovieron la acción y han obtenido sentencia favorable, puedan comportarse como si el acto de enajenación no hubiera existido, de modo que están habilitados para ejecutar los bienes o valores directamente en el patrimonio del subadquirente en cuyo poder —y titularidad— se encuentran. Es por ello que se requiere inexorablemente probar la complicidad del tercero, pues pese a tratarse de un acto real y productor de efectos jurídicos entre las partes, la ejecución del acreedor habrá de perjudicar su patrimonio.

La sentencia solamente se pronuncia en favor del acreedor que promovió la acción y hasta el límite de su respectivo crédito. No aprovecha a los restantes acreedores que no promovieron la demanda. El fundamento de esta solución es el principio según el cual el interés es la medida de la acción.

2.3. Litisconsorcio

En la acción de fraude deben intervenir no solo el acreedor demandante y el deudor a quien se reprocha haber provocado o agravado su insolvencia, sino también el o los subadquirentes a quienes se acusa de ser cómplices en el acto fraudulento. Es un supuesto de integración obligatoria de la litis de modo que el juez podrá ordenar de oficio la regularización del contradictorio (art. 89 CPCCN). De no haberse promovido acción contra alguno de los partícipes, la sentencia no podrá serle opuesta.

CAPÍTULO 7
Modalidades de los actos jurídicos

SECCIÓN 1ª
Condición

ARTÍCULO 343.- ***Alcance y especies.*** *Se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.*

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.

1. Introducción

El CCyC ha efectuado una innovación metodológicamente acertada y, siguiendo la opinión de la doctrina, reguló las modalidades de los actos jurídicos dentro de su ámbito específico. Con anterioridad, el CC regulaba este punto al tratar las modalidades de las obligaciones en general (Libro Segundo, Títulos V y VI, Parte Primera, Sección 1°).

2. Interpretación

2.1. Concepto

La condición es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se supedita la adquisición o pérdida de un derecho a la realización de un hecho futuro e incierto.

Infojus

Las mismas reglas se aplican —en cuanto fueren compatibles— a la estipulación de las partes en cuanto sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos pasados o presentes que ignoran. En ese caso, no se trata estrictamente de una condición sino que se la denomina condición impropia, porque el hecho condicional ya ha sucedido. Pero, en razón de la creencia subjetiva del agente, se toma en consideración esa situación y se la rige también por las normas de la condición, en tanto fueran compatibles.

2.2. Significados del término "condición"

La palabra "condición" tiene distintos significados. En sentido técnico, se denomina "condición" a una modalidad de los negocios jurídicos. Concretamente, es la cláusula por la cual se subordina el nacimiento o extinción de un acto jurídico —*"subordinan su plena eficacia"*, según el CCyC— a que suceda o no un hecho futuro e incierto, esto es, que puede o no llegar a ocurrir. Esta es una característica propia de la condición que la distingue del plazo.

2.3. Caracteres del hecho condicional

a. **debe ser incierto.** Significa que puede o no llegar. Esta es la característica esencial que distingue la condición del plazo. El plazo, aunque incierto, es siempre fatal; en cambio, el hecho condicional es siempre contingente. De modo que si la condición impuesta por las partes del acto se refiere a un hecho que ocurrirá con certeza, será plazo y no condición;

b. **debe ser futuro.** El hecho al que se sujeta la adquisición o extinción del derecho, debe ser futuro. Esta exigencia garantiza la incertidumbre objetiva de la condición. De ahí que un acontecimiento pasado o presente desconocido por las partes no sería idóneo como hecho condicional porque carecería de la incertidumbre propia de la especie. En rigor, el desconocimiento transitorio no es suficiente para formar una condición porque aunque las partes no lo sepan, el acto igualmente produce sus efectos desde el momento de su celebración.[270] Sin embargo, como se anticipó, la segunda parte de esta disposición, considera aplicables las mismas reglas de la condición —en tanto y en cuanto sean compatibles— a la cláusula por la cual "*las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados*". Se trata, en este caso, de la cláusula denominada "suposición o *conditio in praesens vel in praeteritum collata*" o "condición impropia", a la cual el artículo hace extensivo el régimen de la condición salvo —por supuesto— que su especialidad lo impida.

c. **debe ser incoercible.** El hecho condicional —a diferencia del cargo— debe ser incoercible, es decir, no susceptible de compulsión por vía judicial.

2.4. Clasificación de las condiciones

Existen diversos criterios para clasificar las condiciones.

La primera clasificación, y la más importante, es la que distingue entre condiciones **suspensivas** y **resolutorias**. La diferencia está en que las primeras son las que dan lugar al nacimiento y las segundas a la extinción de un derecho.

(270) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., La ley, 2013, p. 249.

Según que el hecho condicional dependa o no de la voluntad de los interesados, las condiciones se dividen en casuales, potestativas y mixtas.

Si el hecho previsto consiste en una acción o en una omisión, se dividen en positivas y negativas.

Finalmente, según se trate de un hecho lícito o prohibido, las condiciones serán lícitas o ilícitas. Estas últimas se clasifican en imposibles, ilícitas o contrarias a las buenas costumbres.

2.4.1. Condición suspensiva o resolutoria

La condición es suspensiva cuando supedita la adquisición del derecho a la realización del hecho previsto. Es resolutoria cuando la condición deja en suspenso la extinción de un derecho ya adquirido.

2.4.2. Condición potestativa, casual o mixta

La condición es potestativa cuando su cumplimiento depende exclusivamente de la voluntad de una de las partes. Es casual cuando se trata de un hecho completamente ajeno a la voluntad de aquellas, como un hecho de la naturaleza.

La condición es mixta cuando su cumplimiento depende en parte de la voluntad de las partes pero también de factores extraños.

2.4.3. Condición impropia o suposición

Como se dijo más arriba, la condición impropia o suposición es una cláusula según la cual se supedita la adquisición o aniquilación de un derecho a la realización de un hecho que haya sucedido ya, aunque no se tengan noticias, o bien esté ocurriendo en el momento de convenir la mencionada cláusula. Vélez no previó una norma semejante. En cambio, concuerda con la opinión de Zachariae, a quien cita en la nota al art. 528 CC, en cuanto a que *"un acontecimiento pasado aunque incierto para las partes… no es una condición"*. Adopta el criterio de la incertidumbre objetiva para que esta se configure.

2.5. Prueba

La condición puede ser expresa o tácita, pero su existencia debe ser inequívoca. Solo puede admitirse la condición tácita si surge claramente del acto. De lo contrario, la obligación —o el acto jurídico— deben considerarse puros y simples en razón de que las modalidades constituyen una anormalidad o excepción.

ARTÍCULO 344.- ***Condiciones prohibidas.*** *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.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 386 y 389 CCyC.

Infojus

1. Introducción

El CCyC perfecciona la redacción de los arts. 530 a 532 y 542 CC e introduce en esta disposición importantes modificaciones. Por un lado, distingue entre aquellas condiciones que comunican la nulidad a todo el acto y aquellas otras que solamente deben tenerse por no escritas, dejando incólume el resto de las cláusulas. Esta distinción tiene relación con las clasificaciones de nulidades absolutas y relativas (art. 386 CCyC) y nulidades totales y parciales (art. 389 CCyC).

Se asume que aquellas que solo afectan el interés individual son inválidas pero no comunican el vicio a todo el negocio, de modo que basta con considerarlas por no escritas para preservar su validez.

2. Interpretación

El artículo proporciona una nómina simplemente enunciativa de las condiciones prohibidas. Así, dispone la nulidad de las condiciones que se basen en hechos imposibles, contrarios a la moral y a las buenas costumbres, en concordancia con la clasificación que se establece a partir del art. 386 CCyC. Asimismo, establece la invalidez de las condiciones potestativas. La sanción que recae sobre aquellas sujetas a un hecho imposible o prohibido es la nulidad total del acto. La excepción es que se trate de la condición de no hacer una cosa imposible si fuera convenida bajo la modalidad de condición suspensiva, que no afecta la validez del negocio. Tampoco se extiende la nulidad a todo el negocio cuando se trata de condiciones que menoscaban la dignidad de las personas, sino que simplemente se las tiene por no escritas. No obstante, si por el calibre de la afectación a la dignidad se lesiona la moral o las buenas costumbres, el acto será nulo de nulidad absoluta.

2.1. Condiciones prohibidas

Las condiciones prohibidas son aquellas que supeditan la existencia o extinción de un acto jurídico a: a) hechos imposibles; b) hechos contrarios a la moral y a las buenas costumbres; c) hechos prohibidos por el ordenamiento jurídico; d) hecho que dependa exclusivamente de la voluntad del obligado:

a. **hechos imposibles**. La imposibilidad a que se refiere es la material o natural. En este caso, es claro que el promitente no ha tenido intención de obligarse. Así, por ejemplo, "te daré un premio si tocas el cielo con las manos". La imposibilidad debe apreciarse en el momento de la celebración del negocio. Si es sobreviniente, se trata de un supuesto de frustración de la condición. Quedan al margen de la prohibición la condición de no hacer una cosa imposible, porque una cláusula semejante carece de influencia en el acto. En este caso, el negocio jurídico es, desde el principio, puro y simple y, por ende, exento de toda modalidad. En la condición resolutoria los efectos se producen en sentido inverso;

b. y c. **hechos contrarios a la moral, prohibidos por las leyes o contrarios al orden público.** Es una aplicación concreta del principio moral de la causa de los actos jurídicos. No es posible supeditar la adquisición de un derecho a la no realización de un hecho inmoral o ilícito, por cuanto no resultaría admisible aceptar una suma de dinero por no delinquir o para no cometer un acto repugnante a la moral o a las buenas costumbres. En este punto, algunos autores sostienen que esta disposición no sería aplicable a los actos de última voluntad: si el beneficiario no ha intervenido en el acto y no ha especulado sino que de lo

Infojus

que se trata es de obtener el cumplimiento de la libre y honesta voluntad del causante, no hay motivos para anular la disposición testamentaria. Es, en cambio, admisible incluir como condición resolutoria un hecho inmoral o ilícito. Es el caso de la revocación de una donación por ingratitud (art. 1569 CCyC), o la promesa de pagar una suma de dinero a otro si vive correctamente y en tanto y en cuanto continúe viviendo de ese modo. Si el que debe cumplir el hecho ilícito o inmoral es quien se beneficia con la ocurrencia de ese hecho condicional, el acto también es nulo. Es el caso de quien ofrece una suma de dinero a otro para robar o matar. La excepción es el contrato de seguro en que un tercero —el asegurador— garantiza al propio beneficiario que, en el caso de cometer algún acto ilícito, indemnizará a la víctima. Así, por ejemplo, cuando se asegura al culpable de un accidente de tránsito que los daños causados a un tercero serán abonados por el seguro. Tampoco constituye entonces una condición prohibida el acto jurídico que establece como hecho condicional el ilícito cometido por un tercero. Es el caso del seguro contraído para el caso de robo , por ejemplo, de un automotor;

d. **condiciones puramente potestativas.** Son nulas las cláusulas que hacen depender el hecho condicional de la exclusiva voluntad de una de las partes. Es que una previsión de este calibre revela que las partes, en verdad, no han tenido intención de obligarse.

2.2. Condiciones que afecten de modo grave la libertad de la persona

En esta disposición el CCyC trata de distintos supuestos en que las condiciones atentan contra la dignidad de las personas. En rigor, son ilícitas o inmorales pero en este caso se refiere a las condiciones que inciden directamente sobre la libertad personal o de conciencia, o someten a un sujeto a una suerte de dominación por parte de otro.

2.2.1. Elegir domicilio

Cabe distinguir entre las cláusulas que restringen el lugar de residencia o el domicilio por un lapso determinado o aquellas que lo pactan en forma indefinida. Si es temporaria y fundada en alguna razón debidamente justificada, no se considera que atenta contra la libertad de elegir libremente el domicilio. Así —por ejemplo— vivir en el radio de la actividad que realiza una persona, trasladarse al exterior mientras dura determinada posición en una empresa, o bien el acuerdo al que llega el empleador con un trabajador que se independiza y se retira del trabajo por el cual no se instalará durante cierto tiempo en determinado radio territorial para evitar la competencia comercial.

2.2.2. Elegir religión

Es una condición prohibida por atentar contra la garantía fundamental de libertad de conciencia o de culto (arts. 14 y 20 CN).

2.2.3. Decidir sobre su estado civil

Se considera prohibida la condición que supedita la adquisición o pérdida de un derecho a casarse o no casarse o mantenerse célibe o casarse con persona determinada.

2.3. Sanción a los actos prohibidos

Los actos que contienen condiciones de hechos imposibles materialmente al tiempo de la celebración del acto, como así también hechos prohibidos por las leyes, contrarios a la

Infojus

moral y a las buenas costumbres o al orden público, son totalmente nulos y la nulidad es absoluta por estar afectado el interés general (art. 386 CCyC).

En caso de condiciones que afectan la libertad de las personas, ya sea imponiéndoles la elección de domicilio o de un estado civil determinado o que atenta contra la libertad de conciencia, deben tenerse por no escritas. Se trata —en principio— de una nulidad relativa y parcial —debe tenerse por no escrita (art. 344 CCyC)— porque afecta una sola cláusula del acto, pero deja incólume el resto. Sin embargo, si el atentado a la libertad de elección o a la autonomía de la persona para elegir su propio plan de vida oculta, en rigor, una condición ilícita, contraria a la moral, a las buenas costumbres o al orden público, la nulidad sería absoluta y se comunicaría a todo el acto.

ARTÍCULO 345.- ***Inejecución de la condición.*** *El incumplimiento de la condición no puede ser invocado por la parte que, de mala fe, impide su realización.*

1. Introducción

El CCyC recoge, en esta norma, las críticas que se habían realizado a los arts. 537 y 538 CC que, en caso de entorpecimiento doloso o culposo, establecía que la condición debía tenerse por cumplida. Por el contrario, el silencio de este artículo remite a la solución general que, para el incumplimiento de la condición, establece el art. 349 CCyC.

Cuando el hecho condicional no se cumple a causa de la mala fe del obligado o de la parte promitente, se impide a estos invocar el incumplimiento para sustraerse de sus obligaciones. Una conducta semejante genera responsabilidad.

2. Interpretación

Esta disposición constituye un supuesto concreto del postulado genérico que menciona el art. 347 CCyC *in fine* al tratar cómo deben comportarse las partes mientras la condición —en rigor, el hecho condicional— se encuentra pendiente. Dicha norma 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"*. Por aplicación de este principio, la parte que de mala fe obstaculiza que tenga lugar la condición o el hecho condicional, no puede invocar el incumplimiento de la contraria.

El art. 538 CC establecía como sanción o consecuencia del repudio a la mala fe, que la condición debía tenerse por cumplida en caso que el obligado impida voluntariamente —dolosamente— su ejecución. Dicha disposición no hacía ninguna referencia a la culpa, de modo que los autores entendían que esa misma consecuencia era aplicable a la parte que culposamente obstaculizaba el cumplimiento de la condición. El CCyC hace referencia a la "mala fe" de quien impide el cumplimiento de la condición, pero es claro que tampoco quien obra con culpa podría prevalerse de su comportamiento culposo para enrostrar el incumplimiento a la parte inocente.

El art. 345 CCyC nada dice con relación a cuál será la suerte de la obligación sujeta a condición suspensiva cuando la parte obligada deliberadamente entorpece su cumplimiento.

Según se infiere del art. 349 CCyC, si el acto celebrado bajo condición suspensiva se hubiese ejecutado antes del cumplimiento de la condición y esta no se cumple, las partes deberán restituirse el objeto con sus accesorios pero no los frutos percibidos. Esta disposición importa que el acto jurídico se tiene por no celebrado, de modo que aquello que se hubiere entregado teniendo en miras el perfeccionamiento del negocio, debe ser restituido por cuanto este ha quedado desprovisto definitivamente de causa. Esta solución es aplicable cualquiera fuera la razón por la cual no se cumplió la condición, incluso la mala fe o las maniobras obstativas llevadas a cabo por la parte promitente u obligada. Por supuesto, la conducta obstruccionista será antijurídica y dará derecho a la parte inocente a reclamar el pago de los daños causados por el incumplimiento.

En caso en que el deudor obstaculice el cumplimiento de la condición en resguardo de un derecho propio y su obrar no sea abusivo sino regular, no se genera responsabilidad del obligado.

ARTÍCULO 346.- ***Efecto.*** *La condición no opera retroactivamente, excepto pacto en contrario.*

1. Introducción

Esta disposición constituye la diferencia más importante entre el CCyC y el CC, en materia de condición (art. 543 CC). Se sustituye el efecto retroactivo por el principio de efecto inmediato o hacia el futuro. Este artículo tenía otra solución en los proyectos de reforma anteriores, pero es coherente con los lineamientos que el Código proporciona en otros institutos, en los que se advierte una notoria resistencia a asignar efectos retroactivos. Así lo hicieron también el Anteproyecto de Bibiloni (1936) y el Anteproyecto de 1954. Se procura de este modo dar mayor seguridad en el tráfico jurídico y proteger la confianza que genera la apariencia.

2. Interpretación

El CCyC se hace eco de las críticas que formuló la doctrina al art. 543 CC y sigue en este punto al Código Civil alemán (art. 158), al Código Suizo de las Obligaciones (art. 151) y al peruano (art. 117), que establecen que la condición no opera retroactivamente, salvo disposición en contrario. Esta directiva es aplicable tanto a la condición suspensiva como a la resolutoria.

El art. 543 CC partía de la ficción de considerar que, producida la condición, el acto que contenía esa modalidad existía desde la fecha de su otorgamiento, de modo que —como lógica consecuencia—, los derechos correlativos nacidos a partir del cumplimiento producían efectos desde ese entonces. Uno de los fundamentos para tomar dicha postura radicaba en la hipotética voluntad de las partes que habrían querido darle esos efectos. Para otra opinión, asignar efectos retroactivos a la condición es incurrir en la ficción de tratar a un derecho eventual como si fuera un derecho actual. Por tanto —se dice— es más realista y lógico admitir que el cumplimiento de la condición modifica la sustancia del hecho, que pasa de ser condicional a ser real, pero sin retroactividad, a menos que las partes hubieran querido darles ese carácter.[271] De este modo, se evitarían efectos que

(271) Llambías, Jorge J., *Código Civil Anotado*, t. II-A, Bs. As., AbeledoPerrot, p. 225, comentario al artículo 543.

Infojus

podrían ser injustos si se los aplica en forma absoluta ya que pueden provocar graves y perjudiciales consecuencias para terceros.[272]

En este punto, el CCyC —recogiendo las críticas de la doctrina— se enroló en la segunda de las posturas enunciadas y eliminó el efecto retroactivo de la condición, sin perjuicio de que las partes, en sus negocios jurídicos, puedan convenir lo contrario. Aun así, el pacto de operatividad retroactiva de la condición no puede perjudicar los derechos de terceros de buena fe que hubieren adquirido derechos sobre las cosas o bienes (art. 348 CCyC).

Por supuesto, pendiente el cumplimiento de la condición, las partes pueden adoptar medidas conservatorias o asegurativas de los derechos supeditados a la condición (art. 347 CCyC).

ARTÍCULO 347.- ***Condición pendiente.*** *El titular de un derecho supeditado a condición suspensiva puede solicitar medidas conservatorias.*

El adquirente de un derecho sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo, pero la otra parte puede solicitar, también medidas conservatorias.

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.

Remisiones: ver comentario al art. 344 CCyC.

1. Introducción

La primera parte de la norma contiene un criterio análogo al que establecía el art. 546 CC. Vale decir, mientras la condición suspensiva se encuentra pendiente, el titular del derecho sujeto a esa modalidad puede solicitar medidas conservatorias, tanto sustanciales como de carácter instrumental. La diferencia es que se dispone que esa misma solución sea aplicable a la condición resolutoria que no estaba mencionada en la disposición citada, aunque la doctrina la consideraba incluida. En este último supuesto, el titular puede ejercer su derecho como si fuera puro y simple, pero la contraparte puede solicitar medidas conservatorias. Finalmente, se reitera el principio de la buena fe en el cumplimiento de la condición, que establecía especialmente el art. 533 CC, aunque se modifica la redacción.

2. Interpretación

2.1. Condición suspensiva pendiente de cumplimiento

Mientras la condición suspensiva no se ha cumplido, el negocio jurídico no ha nacido y no produce los efectos jurídicos que está destinado a producir. Sin embargo, pendiente la condición, las partes tienen legítimas expectativas y pueden preservarlas mediante el ejercicio de medidas judiciales idóneas para garantizar sus derechos. En concreto, pueden solicitar el dictado de providencias cautelares, cuya admisibilidad dependerá de que se verifiquen los presupuestos previstos en las normas procesales aplicables según

(272) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., La Ley, 2013, p. 266.

Infojus

la jurisdicción en que se interpongan. También podrán deducirse las acciones y medidas previstas en el Código de fondo. Así, una demanda para interrumpir la prescripción (art. 2546 CCyC); el reconocimiento de la firma de un instrumento privado (art. 314 CCyC); la acciones conservatorias de carácter sustancial —por ejemplo, simulación (art. 333) y fraude (art. 338 CCyC)—.

No obstante, aun cuando el acreedor condicional tiene a su disposición las acciones conservatorias sustanciales, no le están permitidas las acciones tendientes a su ejecución pues, como es lógico, el acto jurídico no se ha perfeccionado y, si llega a serlo, carece de efectos retroactivos.

El interesado puede iniciar acción subrogatoria (art. 739 CCyC). Su finalidad es típicamente conservatoria por cuanto posibilita incorporar bienes al patrimonio del deudor que es renuente o no quiere hacerlo, obstaculizando de este modo la integración del patrimonio.

2.2. Condición resolutoria pendiente

Mientras el hecho condicional no se ha cumplido, el titular del derecho subjetivo sujeto a condición resolutoria puede ejercerlo. Este postulado es consecuencia de los efectos típicos que produce este tipo de condición (ver comentario al art. 344 CCyC). Por tanto, como el adquirente cuenta con todos los derechos, incluso la posibilidad de realizar actos de disposición, ante la eventualidad de que transmita los derechos a un tercero, la contraparte tiene la facultad de solicitar medidas conservatorias para evitar que, si la condición se cumple, sus derechos queden desbaratados.

2.3. Aplicación del principio de buena fe a las condiciones pendientes

Luego de disponer que mientras no ocurra el hecho condicional las partes pueden solicitar medidas conservatorias, en la última parte, la norma reitera un postulado de alcance general, y es que, si en el ínterin se cumple la condición, la parte que constituyó o transmitió un derecho debe comportarse de buena fe tratando de evitar perjuicios a la contraparte.

2.4. Efectos de las condiciones pendientes

Tratándose de condiciones en estado de pendencia, los derechos y obligaciones condicionales son transmisibles a los sucesores universales.

ARTÍCULO 348.- ***Cumplimiento de la condición suspensiva y resolutoria.*** *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.*

Si se hubiese determinado el efecto retroactivo de la condición, el cumplimiento de ésta 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.

1. Introducción

Cumplida la condición, el acto se convierte en puro y simple. A partir de allí, si la condición es suspensiva, el titular del derecho consolida su situación y puede ejercerlo, en adelante, según la naturaleza, los fines y el negocio de que se trate.

Infojus

Cuando la condición es resolutoria, ocurrido el hecho condicional, queda aniquilado el derecho y opera la restitución de las cosas al estado anterior.

Si en el título del acto jurídico se hubiere convenido la retroactividad de la condición, también procede la restitución, sin perjuicio de la validez de los actos de administración. En cuanto a los frutos, continúan en poder de quien los ha percibido.

2. Interpretación

2.1. Cumplimiento de la condición suspensiva o resolutoria

Cumplida la condición suspensiva o resolutoria, el acto jurídico se convierte en puro y simple. Por tanto, si se trata de una condición suspensiva, las partes deberán entregarse las prestaciones convenidas. Si, en cambio, se trata de una condición resolutoria, el beneficiario deberá restituir aquello que tenía en su poder y restituírselo a quien se lo transmitió, con más los aumentos que hubiere tenido y los frutos pendientes.

2.2. Cumplimiento de la condición con pacto de retroactividad

Tanto en el caso de la condición suspensiva como en la resolutoria, cumplido el hecho condicional, el acto se considera concluido en forma pura y simple a partir del momento de su celebración. Si la condición era resolutoria, cuando ocurre el hecho condicional, se considera que el acto nunca se ha realizado.

2.3. Límites a la retroactividad convenida por las partes

Si bien las partes pueden convenir que la condición suspensiva y la resolutoria cumplidas tendrán efectos retroactivos, no podrán hacerlo si con ello se perjudican derechos adquiridos por terceros de buena fe sobre las cosas o bienes. Concordantemente con este principio, los actos de administración realizados serán válidos como así también las partes estarán autorizadas a retener los frutos percibidos.

ARTÍCULO 349.- ***No cumplimiento de la condición suspensiva.*** ***Si el acto celebrado bajo condición suspensiva se hubiese ejecutado antes del cumplimiento de la condición, y ésta no se cumple, debe restituirse el objeto con sus accesorios pero no los frutos percibidos.***

1. Introducción

En el CC, si la condición suspensiva no se cumplía, el acto debía considerarse como si nunca se hubiere formado. Las dificultades de aplicación de este principio surgían si, a raíz del acto y en forma anticipada, una de las partes había entregado la cosa debida. Al igual que el art. 548 CC, para el supuesto en que el acreedor condicional hubiera recibido la cosa, el CCyC dispone que deberá devolverla con todos los aumentos que la hubieren enriquecido pero no está obligado a devolver los frutos que hubiera percibido. La doctrina había criticado la solución del art. 548 CC, porque si a raíz del no cumplimiento de la condición suspensiva el acto jurídico es considerado como si nunca se hubiere formado, el acreedor condicional no tendría ningún título para quedarse con los frutos. Pero al modificar el principio de la retroactividad, por los efectos hacia el futuro, la solución que se da al régimen de los frutos queda salvada.

2. Interpretación

A raíz de los efectos *ex tunc* de la condición suspensiva, el CCyC establece que cuando el acto hubiere sido ejecutado con anterioridad al cumplimiento de la condición, el acreedor tiene la obligación de restituir el objeto que le fue entregado con todos sus accesorios con excepción de los frutos percibidos. Es una aplicación concreta de la inexistencia sobreviniente de la causa.

SECCIÓN 2ª

Plazo

ARTÍCULO 350.- ***Especies.*** *La exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo.*

1. Introducción

El plazo es una modalidad de los actos jurídicos por la cual se posterga el ejercicio de los derechos a que se refiere. A diferencia de la condición, su ocurrencia es inexorable aun en los casos de plazo indeterminado o determinado incierto, que fatalmente habrán de ocurrir.

2. Interpretación

2.1. Clasificación

El plazo puede ser: a) suspensivo o resolutorio; b) determinado o indeterminado; c) cierto o incierto; d) esencial y no esencial; e) expreso o tácito; y f) según su origen, puede clasificarse en voluntario, legal o judicial:

a. según si persigue el diferimiento en el tiempo del ejercicio de las facultades que incumben al titular de un derecho, o bien la caducidad o extinción de este, el plazo se clasifica en **suspensivo** o **resolutorio**;

b. el plazo **determinado** es aquel que ha sido fijado por las partes, por la ley o por el juez; en cambio, es **indeterminado** el que no fue establecido de manera precisa. Su determinación se logra por distintas vías. Una de ellas es ponderando la naturaleza o circunstancias de la obligación. En otros supuestos, será necesario solicitar al juez que lo fije;

c. si se toma en consideración la precisión de la fecha en que debe vencer el plazo, se lo clasifica en **cierto** o **incierto**. El primero es cuando se conoce de antemano y con precisión el momento en que se producirá el vencimiento. Así, un cheque a 90 días o el plazo para pagar una deuda que vence el día 5 de cada mes. En cambio, el plazo es incierto cuando el vencimiento se ha fijado en consideración a un hecho futuro y necesario que al momento de celebrarse el acto se ignora en qué momento ocurrirá. Por ejemplo, la obligación de levantar un mausoleo el día en que muera determinada persona;

d. el plazo es **esencial** cuando el cumplimiento de la prestación comprometida solo es útil en el tiempo designado. Si no se cumple en término, acarreará el incumplimiento definitivo. Es **no esencial**, en cambio, cuando pese al vencimiento, el cumplimiento continúa siendo de utilidad para el acreedor o para el sujeto interesado. En materia obligacional esta clasificación es valiosa a la hora de analizar la diferencia entre mora e incumplimiento definitivo;

Infojus

e. el plazo es **expreso** cuando su existencia surge de manera explícita e inequívoca del negocio jurídico. En cambio, es **tácito** cuando surge implícitamente de la naturaleza y circunstancias del acto o de la obligación;

f. según su origen, el plazo es **voluntario** cuando lo han fijado las partes, por ejemplo, cuando han establecido que la entrega debe realizarse tal o cual día. Es **legal** cuando es la propia ley la que lo establece. Por ejemplo, el plazo para cumplir en caso de pacto comisorio implícito. Será, finalmente, **judicial** cuando lo concede el magistrado en los casos que la ley le hubiere conferido esa potestad.

2.2. Diferencia entre plazo y condición

El plazo siempre se refiere a un hecho futuro y necesario. La condición se refiere también a un hecho futuro, pero contingente, es decir, no se sabe si ocurrirá o no.

El art. 343, párr. 2 CCyC establece que las disposiciones relativas a la condición serán aplicables —en cuanto fueran compatibles— a las cláusulas por las cuales las partes sujetan la adquisición o extinción de un derecho a hechos presentes o pasados ignorados. Se trata de un supuesto de aplicación analógica de esas reglas, pero no de una condición propiamente dicha.

2.3. Prueba del plazo

El plazo es un elemento accidental —o modalidad— del acto jurídico. Por tanto, quien lo alega, carga con la prueba de su acreditación.

ARTÍCULO 351.- ***Beneficiario del plazo.*** *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.*

1. Introducción

En el CC, el plazo se presumía establecido a favor de ambas partes. Se trataba de una presunción *iuris tantum*. En cambio, el CCyC modifica la solución y establece que se lo presume establecido en beneficio del deudor. Sin embargo, deja a salvo la posibilidad de que se pueda concluir lo contrario debido a la naturaleza de la obligación de que se trate o por otras circunstancias de las que se pueda inferir que ha sido previsto a favor del ambas partes o bien del acreedor. Esta modificación legislativa cambia radicalmente el eje de la cuestión e importa una innovación relevante con relación al plazo.

2. Interpretación

El Código, recogiendo las críticas de la doctrina, establece como principio general que el plazo se presume establecido en favor del deudor. Se trata de una presunción *iuris tantum* que puede ser desvirtuada por prueba en contrario que justifique que fue establecido a favor del acreedor o de ambas partes.

Esta solución es la que establecen algunos proyectos de reforma. Así se verifica en el Proyecto de 1936 (art. 702); en el Anteproyecto de 1954 (art. 183). En cambio, el Proyecto de 1998 tiene idéntico temperamento que el CC.

Muchos ordenamientos jurídicos extranjeros también disponen que la presunción rige a favor del deudor, salvo presunción en contrario, como ocurre con el Código Civil francés (art. 1187); el italiano (art. 1184); el alemán (art. 871); el suizo de las Obligaciones (art. 81); el de Brasil (art. 126); el mexicano (art. 2522); el boliviano (art. 778); el peruano (art. 179); y el venezolano (art. 1214).

Es un cambio trascendente porque, si el plazo está establecido a favor del deudor, este podrá imponer el cumplimiento al acreedor antes de su vencimiento y si el acreedor rehúsa a aceptarlo, podrá acudir al pago por consignación. Esta misma conclusión se deriva si en el acto jurídico se menciona que fue establecido a favor del acreedor, porque este podrá exigir el pago en cualquier momento, es decir, con anticipación o bien con posterioridad. En este caso, el acreedor no solo dispone de las medidas conservatorias sino que tiene también a su disposición las tendientes a lograr la ejecución de lo prometido.

En cambio, cuando en el título del acto se convino que el plazo se establecía en beneficio de ambas partes, el principio es que deberá cumplirse el día del vencimiento del plazo, ni antes ni después, como ocurría en el régimen anterior.

ARTÍCULO 352.- ***Pago anticipado.*** *El obligado que cumple o restituye antes del plazo no puede repetir lo pagado.*

1. Introducción

El CCyC mantiene la solución del art. 571 CC, pese a modificar el principio general de que el pago beneficia al deudor.

El pago realizado antes del vencimiento del término para efectuarlo no da derecho al *solvens* a repetirlo. El deudor no puede ignorar el plazo que pactó. De allí, aun cuando el acreedor tiene título para recibirlo, la invocación del error, por caso, en tanto se trata de un elemento accesorio y contingente, carece de relevancia para operar la restitución de los bienes o cosas que se entregaron en forma prematura.

2. Interpretación

2. 1. Efectos del pago anticipado

Si el deudor realiza un pago anticipado, no tiene derecho a repetir lo pagado aun cuando alegue que pagó porque ignoraba el plazo o incurrió en error en este aspecto. El pago por error se presenta cuando se tiene una falsa noción del acto jurídico o de la obligación y de sus efectos o, en otras palabras, cuando se paga lo que no se debe. Pero si lo pagado es debido, aun cuando no hubiera vencido el plazo, el falso conocimiento recae sobre un aspecto simplemente accesorio, como es el plazo. La diferente solución se justifica en razón de que el acreedor tiene título para recibir la cosa o el bien y la cuestión del pago antes de tiempo es verdaderamente intrascendente.

2. 2. Transmisión de derechos

El plazo es transmisible a los sucesores universales junto con los derechos a los que accede. Si se trata de un acto o de un crédito personal a plazo que se transmite a un tercero —sucesor singular o particular—, el plazo incorporado igualmente se transmite.

Infojus

ARTÍCULO 353.- ***Caducidad del plazo.*** *El obligado a cumplir no puede invocar la pendencia del plazo si se ha declarado su quiebra, si disminuye por acto propio las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación, o si no ha constituido las garantías prometidas, entre otros supuestos relevantes. La apertura del concurso del obligado al pago no hace caducar el plazo, sin perjuicio del derecho del acreedor a verificar su crédito, y a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal.*

1. Introducción

Existen distintos supuestos en que el beneficio del plazo caduca. El CCyC prevé que, en algunas circunstancias el deudor pierda el beneficio del plazo. Entre otros, se encuentran sujetos a caducidad: a) la declaración de quiebra del deudor —no basta con la apertura del concurso—; b) la disminución de las seguridades otorgadas al acreedor para el cumplimiento de la obligación; c) no haber constituido las garantías prometidas.

2. Interpretación

2.1. Hipótesis de caducidad

Por distintos motivos debidamente justificados, la ley puede disponer la caducidad de los plazos establecidos en los actos jurídicos solamente cuando estos beneficien al deudor, cercenando así la presunción legal en su favor. La referida caducidad ocurre en distintas hipótesis:

a. cuando el deudor ha caído en quiebra. El acreedor puede exigir su crédito como si la obligación fuera a considerarse pura y simple. No basta la apertura del concurso del obligado;

b. si el deudor disminuye las seguridades otorgadas al acreedor. Es el caso en que el deudor hipotecario deteriora el inmueble o extrae cosas adheridas que incrementan su valor;

c. cuando los bienes dados en garantía —hipoteca o prenda— no fueren suficientes o cuando se subastan para satisfacer otros créditos;

d. si el acreedor recibió una cosa en garantía que era ajena pero que creía del deudor, y el tercero exige su restitución, aquel puede exigir se le entregue otra cosa en prenda de igual valor, y si no lo hiciere, puede pedir el cumplimiento de la obligación principal, aunque el plazo se encuentre pendiente.

2.2. Quiebra del deudor

En el CC, la caducidad del plazo operaba —entre otros supuestos— cuando el deudor se hallaba en estado de insolvencia (art. 572 CC). Se entendía que era suficiente a tal efecto que el deudor se encontrara en concurso preventivo. Actualmente, se requiere que se encuentre en estado de quiebra, porque la apertura del concurso del obligado no hace caducar el plazo. Por supuesto, la existencia del concurso dará lugar a que el acreedor verifique su crédito, sujetándose a todas las consecuencias previstas en la legislación concursal, pero no es suficiente para hacer caducar el plazo.

SECCIÓN 3ª
Cargo

ARTÍCULO 354.- *Cargo. Especies. Presunción.* *El cargo es una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho. No impide los efectos del acto, excepto que su cumplimiento se haya previsto como condición suspensiva, ni los resuelve, excepto que su cumplimiento se haya estipulado como condición resolutoria. En caso de duda, se entiende que tal condición no existe.*

Remisiones: ver comentario al art. 356 CCyC.

1. Introducción

El artículo define al cargo como una *"obligación"* accesoria y excepcional que se impone al adquirente de un derecho. En rigor, los actos jurídicos en general pueden estar sometidos a un cargo.

No es un hecho extraño al obligado sino que su realización depende de él. La constitución del cargo ha de seguir la forma del acto al cual accede. Se transmite a los sucesores universales, a menos que sea inherente a la persona.

2. Interpretación

2.1. Definición

El cargo —llamado también modo— es una modalidad accesoria y excepcional de los actos jurídicos que se impone al adquirente de un derecho, en general, a quien recibe una liberalidad. El clásico ejemplo que proporciona la doctrina es el legado de una cosa mueble o inmueble que deja el causante en su testamento con imposición de que se hagan celebrar oficios religiosos por su alma luego de su muerte.

No es un suceso extraño o ajeno a la voluntad humana, como ocurre tratándose de la condición o del plazo.

Una de las características del cargo es que no resulta posible adquirir el derecho sin asumir al propio tiempo el cargo.

2.2. Caracteres

a. **es una obligación.** El cargo es una modalidad que grava a una de las partes. Por tanto, es susceptible de ser ejecutada en caso de que el sujeto no cumpliera con la prestación;
b. **es accesorio.** El cargo es accesorio pero inescindible a la adquisición del derecho. No sería posible adquirir el derecho si al propio tiempo no se asume la obligación que el cargo trae aparejada;
c. **es excepcional.** No deriva ordinariamente del acto jurídico ni es su complemento natural, sino que es independiente del derecho.

2.3. Beneficiarios del cargo

Los beneficiarios del cargo pueden ser el acreedor o un tercero.

Infojus

2.4. Clases

Es posible clasificar los cargos en simples o resolutorios. Estos últimos son los que, incumplidos, arrastran la pérdida de la obligación principal. En este caso, el incumplimiento del cargo funciona como condición resolutoria.

2.5. Responsabilidad del deudor. Efectos del cargo

Los efectos del cargo surgen del doble carácter: constituye una obligación y es, al propio tiempo, de carácter accesorio.

Por tratarse de una obligación, el incumplimiento del cargo faculta al acreedor —que puede ser la misma persona que transmite un derecho, o bien un tercero— a ejercer las medidas compulsivas pertinentes. Sin embargo, como el cargo —cuando es simple— es coercitivo, no afecta la adquisición del derecho sino que dará lugar a la acción para hacer efectivo el cumplimiento. Por supuesto, esta solución no se aplica cuando ha sido impuesto como condición suspensiva o resolutoria. En el primer caso —cargo impuesto como condición suspensiva— el sujeto pasivo no podrá exigir el cumplimiento de la prestación principal mientras no cumpla con el cargo. En cambio, en caso de inejecución de un cargo resolutorio, el beneficiario tiene dos acciones:

a. puede exigir el cumplimiento para obtener la ejecución específica de lo debido o bien la indemnización sustitutiva;

b. puede pedir la resolución del derecho principal. Es decir, puede entablar demanda para lograr que dicho incumplimiento se constituya en la causa de la resolución de ese derecho. En tal caso —esto es, si en el acto se hubiere establecido que la inejecución de los cargos afecta la adquisición del derecho—, se trataría estrictamente de una condición. Sin embargo, existe una diferencia importante con la condición resolutoria, pues, en este caso, sus efectos operan de pleno derecho; en cambio, en el caso de incumplimiento de los cargos, es preciso que el juez verifique dicha circunstancia y dicte sentencia condenatoria. Esta no será constitutiva sino declarativa.

En caso de que el cargo no sea resolutorio sino simple, producida la mora, el acreedor puede demandar el cumplimiento por vía judicial. Si, no obstante la sentencia condenatoria, el obligado no cumple, estará precisado a indemnizar al obligado.

En cambio, cuando el cargo fue impuesto como condición resolutoria, si el adquirente del derecho no cumple con la obligación accesoria también le será cancelada la adquisición del derecho principal.

El deudor responde por el incumplimiento de los cargos con todo su patrimonio.

2.6. Forma

Por tratarse de una obligación accesoria, está sujeta, en cuanto a la forma, a los mismos requisitos a los que está sometido el acto principal.

2.7. Transmisión de la obligación sujeta a cargo

El cargo se transmite a los sucesores universales del deudor, salvo que sea inherente a su persona. Con esa misma salvedad, también se transmite por actos entre vivos (ver comentario al art. 356 CCyC).

2.8. Extinción del cargo

Se aplican aquí los efectos de las obligaciones accesorias. Por tanto, cuando se extingue la obligación principal, se aniquila también el cargo. No se aplica esta solución en el caso inverso.

2.9. Imposibilidad sobreviniente

Cuando la imposibilidad de cumplimiento del cargo es sobreviniente a su constitución, lo extingue siempre que el hecho no hubiere sido causado por culpa del deudor. Si, por el contrario, medió culpa en la imposibilidad sobrevenida, el beneficiario tiene a su disposición la indemnización sustitutiva por la imposibilidad de pago del cargo. Esta solución, que es de aplicación cuando se trata de un cargo simple, no corre cuando se trata de un cargo resolutorio, en que su incumplimiento trae aparejada la extinción de la obligación principal. Si se trata de un cargo que funciona como condición suspensiva, el incumplimiento por culpa impide directamente la adquisición del derecho.

ARTÍCULO 355.- ***Tiempo de cumplimiento. Prescripción.*** *Al plazo de ejecución del cargo se aplica lo dispuesto en los artículos 350 y concordantes.*

Desde que se encuentra expedita, la acción por cumplimiento prescribe según establecido en el artículo 2559.

1. Introducción

La ejecución de un cargo puede quedar diferida en el tiempo. Puede haber una fecha precisa de ejecución o bien un plazo tácito. En este último caso, habrá de ejecutarse en el plazo que las partes entendieron de buena fe que debía cumplirse. Si, en cambio, se trata de un plazo indeterminado, será indispensable solicitar la designación judicial de plazo. La acción para solicitar la fijación de un plazo prescribe y el cómputo del plazo debe realizarse a partir del momento de la celebración del acto. De esta manera se supera la imprecisa referencia del art. 561 CC.

2. Interpretación

2.1. Plazo para el cumplimiento del cargo

En cuanto al plazo para el cumplimiento del cargo, el CCyC remite a lo que establece en el Capítulo y la Sección respectivos. De esta forma, se reciben las críticas que había merecido el art. 561 CC. Así, el plazo podrá ser determinado cierto o incierto, expreso o tácito, rigiendo en tal supuesto las normas pertinentes. Se prevé, en cambio, qué ocurre cuando el término no está expresado. Es el caso del plazo indeterminado. En este supuesto, el juez debe fijarlo teniendo en cuenta a tal efecto la naturaleza del cargo que debe cumplirse.

2.2. Mora

El deudor de un cargo cae en mora e incurre en responsabilidad de acuerdo con la configuración de los supuestos que se establecen en los arts. 886 y 887 CCyC.

Infojus

2.3. Prescripción

El CCyC prevé que la prescripción de la acción para exigir el cumplimiento se rige por lo dispuesto en su art. 2559. El plazo de prescripción comienza a computarse a partir de que la obligación se torna exigible y el deudor incurre en mora. A tal efecto, cada hipótesis habrá de subsumirse en lo dispuesto por los arts. 886 y 887 CCyC.

Cuando el crédito está sujeto a plazo indeterminado, el plazo de prescripción para promover la acción de fijación de plazo se computa desde el momento de la celebración del acto. En este caso, si prescribe la acción para pedir fijación de plazo, prescribe también la de cumplimiento.

ARTÍCULO 356.- ***Transmisibilidad.*** *El derecho adquirido es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte y con él se traspasa la obligación de cumplir el cargo, excepto que sólo pueda ser ejecutado por quien se obligó inicialmente a cumplirlo. Si el cumplimiento del cargo es inherente a la persona y ésta muere sin cumplirlo, la adquisición del derecho principal queda sin efecto, volviendo los bienes al titular originario o a sus herederos. La reversión no afecta a los terceros sino en cuanto pudiese afectarlos la condición resolutoria.*

Remisiones: ver comentarios a los arts. 348, 354, 1632 y ss. CCyC.

1. Introducción

Esta norma reproduce los arts. 562 y 563 CC. Como obligación accesoria que es, transmitido el derecho adquirido, se transmite también el cargo impuesto, a menos que solamente pueda ser cumplido por el deudor originario. La transmisión procede por actos entre vivos y en razón de la muerte del constituyente (*mortis causa*).

Si se trata de una obligación inherente a la persona, y el obligado muere antes de cumplir el derecho, la obligación principal queda sin efecto y se produce la reversión de los bienes al titular, sin perjuicio de los derechos de terceros.

2. Interpretación

2.1 Transmisión. Principio general

Tal como se señaló al comentar el art. 354 CCyC, el cargo es transmisible *mortis causa*, a menos que sea inherente al obligado. También es transmisible por actos entre vivos, con la misma salvedad.

Cuando la transmisión de los cargos se produce por muerte del obligado, sus herederos deben cumplir con aquellos que no hubieren sido ejecutados.

En caso que el cargo se hubiere transmitido por acto entre vivos, el sucesor singular se encuentra obligado siempre que cuente con la conformidad del acreedor. Rigen aquí los principios generales sobre cesión de deudas (ver comentario al art.1632 y ss. CCyC).

2.2. Cargos intransmisibles. Efectos

Cuando el cargo es inherente a la persona, si el obligado muere sin haberlo ejecutado, el derecho principal queda sin efecto. En este caso, los bienes vuelven al patrimonio del

titular originario o al de sus herederos. Esta solución se aplica a los cargos resolutorios —que son siempre intransmisibles— y no a los impuestos como condición suspensiva, en cuyo caso el derecho no se reputará como adquirido.

La reversión no puede afectar los derechos de terceros.

2.3. Reversión del derecho

La reversión solamente es aplicable en caso de los cargos resolutorios. Producido el hecho condicional, rigen en el caso los efectos de la condición resolutoria (art. 348 CCyC).

Cuando el adquirente de los bienes constituye derechos a favor de terceros antes de que tenga lugar la reversión de los bienes por inejecución de los cargos, aquellos solo se perjudican cuando igualmente pudiera perjudicarlos el cumplimiento de la condición resolutoria.

2.4. Terceros adquirentes

En caso que terceros hubieren recibido los bienes afectados por un cargo —pero no la obligación correlativa—, no son deudores del cargo, pero pueden cumplirlo como terceros interesados para evitar —si corresponde— el ejercicio de la facultad resolutoria por parte del beneficiario.

ARTÍCULO 357.- ***Cargo prohibido.*** ***La estipulación como cargo en los actos jurídicos de hechos que no pueden serlo como condición, se tiene por no escrita, pero no provoca la nulidad del acto.***

Remisiones: ver comentario al art. 344 CCyC.

1. Introducción

Esta norma evidencia notorias diferencias con el art. 564 CC. En efecto, este último establecía que si un acto jurídico contenía un cargo imposible, ilícito o inmoral, infectaba todo el negocio. De esta forma, se producía una situación anómala pues quedaba desvirtuado el principio según el cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

Para establecer qué cargos están prohibidos en el CCyC, se remite a lo dispuesto en el art. 344 CCyC. Sin embargo, a diferencia del ordenamiento anterior, no establece la nulidad de todo el acto, sino que simplemente dispone que la cláusula respectiva habrá de tenerse por no escrita.

2. Interpretación

El Código no establece ninguna causal de nulidad de los cargos sino que se remite a los supuestos en que es nula la condición. Por tanto, corresponde tener por reproducido lo expuesto en el comentario al art. 344 CCyC.

El acto jurídico que contiene un cargo prohibido no es inválido. Simplemente se tiene por no escrita la cláusula y, en consecuencia, la obligación se considera pura y simple. Por tanto, ha perdido interés establecer en qué momento debe verificarse la ilicitud del cargo, en la medida que cualquiera sea el tiempo, la sanción será idéntica.

Se trata de una manifestación del principio de conservación de los actos que prevalece en distintos artículos del CCyC.

Infojus

CAPÍTULO 8(*)
Representación

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 358.- ***Principio. Fuentes.*** *Los actos jurídicos entre vivos pueden ser celebrados por medio de representante, excepto en los casos en que la ley exige que sean otorgados por el titular del derecho.*

La representación es voluntaria cuando resulta de un acto jurídico, es legal cuando resulta de una regla de derecho, y es orgánica cuando resulta del estatuto de una persona jurídica.

En las relaciones de familia la representación se rige, en subsidio, por las disposiciones de este Capítulo.

Remisiones: ver arts. 26, 32, 100, 101, 104, 106, 107, 109, 362 y 401 y ss. CCyC.

1. Introducción

El CC no contenía una teoría general de la representación. No obstante, y a diferencia de otros códigos de su época —entre ellos, el *Code*—, Vélez distinguía entre representación y mandato, aunque por la falta de claridad conceptual que exhibían algunos de sus artículos, la doctrina y la jurisprudencia fueron las encargadas de realizar, posteriormente, y luego de un período de discusiones y debates, la sistematización. Es así que la mayoría de los proyectos de reforma incorporaron expresamente la distinción. Eso ocurre con el Proyecto de Bibiloni de 1936, el Anteproyecto de 1954 y los Proyectos de 1987 y 1993.

La conveniencia de contar con disposiciones expresas, en la Parte General, de los hechos y actos jurídicos fue destacada en distintas jornadas de derecho civil, como la de Corrientes (1965) y las de Mar del Plata (1995).

El CCyC se ocupa expresamente de la cuestión en esta sección y organiza una parte general de la representación, a la que separa metodológicamente del contrato de mandato.

2. Interpretación

2.1. Concepto

En la representación voluntaria, el fenómeno representativo presenta dos aspectos distintos. El interno, se identifica con el encargo que una persona confiere al representante. El externo, consiste en la investidura con la cual el poderdante habilita al apoderado para gestionar los negocios frente a terceros, con el efecto de aceptar directamente todas las consecuencias de los actos cumplidos por el representante. En la representación voluntaria, la investidura resulta del acto de apoderamiento, que tiene carácter autónomo e independiente.

Distintas normas del CC dieron lugar a que la doctrina distinguiera entre mandato y representación. No son antagónicas ni mucho menos, sino que tienen autonomía, pese a la frecuencia con que aparecen ligadas.

(*) Comentarios a los arts. 358 a 381 elaborados por Christian Pettis y María Isabel Benavente.

El mandato puede ejecutarse con o sin representación. El poder, en cambio, es siempre representativo, inviste al apoderado de un verdadero título para obrar por otro.

La representación permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, sea que exista un acto voluntario o un comportamiento objetivado que autorice a hacerlo. En este marco, el poder vendría a ser el título de la representación.

Muchas veces se utiliza el término mandato como sinónimo de representación voluntaria. Sin embargo, puede existir representación sin mandato —porque aquella surge, por ejemplo, directamente de la ley— o bien mandato sin representación, como ocurre en aquellos casos en que el representante celebra un acto jurídico en nombre propio. Por supuesto que la representación voluntaria puede provenir de un contrato de mandato; pero así como este último es un acto jurídico bilateral, la primera es unilateral.

Algunos autores afirman que el mandato impone a alguien la realización de algo, en tanto que el poder supone que una persona está autorizada a realizar algo en nombre de otra.

2.2. Representación. Clasificación

En la celebración de un acto jurídico puede actuar el propio interesado u otra persona en su nombre. Por excepción, como ocurre con los actos personalísimos, y en general con aquellos otros que la ley impone que sean otorgados por el titular del derecho, tal representación se encuentra vedada.

Hay tres clases de representación:

a. la **voluntaria**, regulada en el art. 362 y ss. CCyC. Lleva esa denominación porque depende de la voluntad del interesado no solo nombrar al representante sino también elegir quién habrá de serlo;

b. la representación **legal** es aquella que se impone necesariamente en los casos que la ley determina. Es lo que ocurre con los padres, tutores y curadores (arts. 26, 32, 100, 101, 104, 106, 107 y 109 CCyC). En estricto sentido el representante legal sustituye la persona del representado. No es la voluntad de este, sino la de aquel, la que cuenta. Sin embargo, el Código flexibiliza esta regla en numerosas disposiciones. Así, por ejemplo, cuando establece que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne y a participar en las decisiones sobre su persona (art. 26, párr 3, art. 613, *in fine*, art. 639, inc. c) CCyC, entre otros); que a mayor autonomía del menor, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de sus derechos —art. 639, inc. b) CCyC—; que los apoyos fijados respecto de las personas con capacidad restringida o incapacidad deben tener por objeto el promover su autonomía personal y favorecer las decisiones que respondan a sus preferencias (art. 32, párr. 3 CCyC y, en igual sentido, el art. 12 CDPD, aprobada mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13/12/2006 y, en nuestro país, por la ley 26.378).

c. la representación **orgánica** es la que se verifica respecto de personas jurídicas y surge de los instrumentos que les dieron origen (arts. 150, 157 y 158 CCyC).

Debe destacarse, por último, que en materia de relaciones de familia, la representación se rige por las específicas reglas contenidas en el Libro Segundo (art. 401 y ss. CCyC), y solo subsidiariamente por las ubicadas en esta Sección.

ARTÍCULO 359.- *Efectos.* ***Los actos celebrados por el representante en nombre del representado y en los límites de las facultades conferidas por la ley o por el acto de apoderamiento, producen efecto directamente para el representado.***

1. Introducción

Este artículo establece un principio bien consolidado en la comunidad jurídica, que es aplicable a los tres subtipos de representación, aunque en el CC esta regla estaba establecida expresamente solo para el mandato. En efecto, el art. 1946 CC establecía que *"los actos jurídicos ejecutados por el mandatario en los límites de sus poderes y a nombre del mandante, como las obligaciones que hubiese contraído, son consideradas como hechos por éste personalmente"*.

Los antecedentes de esta norma son los arts. 356 y 357 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

Para que haya representación basta la actuación del representante en nombre del representado, pero para que lo obrado por el representante sea eficaz —esto es, para que pueda ser atribuido al representado—, es menester la configuración de dos recaudos:

a. el otorgamiento de un poder de representación, o bien la posterior ratificación por parte del representado de lo obrado por el representante (arts. 369, 370 y 371 CCyC); y
b. que el acto haya sido efectuado dentro de los límites señalados por la ley o el acto de apoderamiento.

De ahí que la actuación del mandatario en exceso de las facultades contenidas en el poder (art. 375 CCyC); la realización por el tutor, sin autorización judicial, de alguno de los actos mencionados en el art. 121 CCyC; y del administrador o representante de la sociedad de actos notoriamente extraños al objeto social entre otros (art. 58 de la ley 19.550), etc., no obligan al representado, pese a que han sido otorgados por el representante.

ARTÍCULO 360.- *Extensión.* ***La representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución.***

1. Introducción

Este artículo contiene un concepto similar al de los arts. 1905 y 1906 CC, aunque aclara la extensión de las facultades del representante para que no queden dudas.

En efecto, en el CC, si bien era la naturaleza del negocio la que determinaba la extensión de los poderes para cumplir con la manda, la interpretación de las facultades debía hacerse con criterio amplio, favorable a la mejor ejecución del acto encomendado. Es así que el art. 1906 CC dejaba al mandatario realizar todos aquellos actos que permitieran lograr el objetivo de una manera más ventajosa.

El CCyC, siguiendo la interpretación doctrinaria sobre el punto, expresamente proporciona las directivas que formaban parte de la interpretación general.

Infojus

2. Interpretación

El alcance de la representación surge del acto de apoderamiento y de la ley, que de ese modo vienen a legitimar la actuación del representante, brindando una pauta que permite deslindar la conducta lícita y jurídicamente eficaz de la que no lo es y que importa un exceso, una extralimitación de su actuación, susceptible, incluso, de comprometer su responsabilidad (art. 376 CCyC).

De todos modos, ante la eventualidad de que en el acto de apoderamiento se hubiere omitido consignar alguna facultad, la norma expresamente habilita al representante a llevar a cabo aquellos actos que resulten necesarios para la ejecución de la misión que le fuera encomendada. Vale decir, el representante cuenta con facultades implícitas para el mejor desarrollo del negocio encomendado.

ARTÍCULO 361.- ***Limitaciones.*** *La existencia de supuestos no autorizados y las limitaciones o la extinción del poder son oponibles a terceros si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia.*

1. Introducción

La fuente de esta disposición es el Proyecto de 1998 (art. 357). El art. 1964 CC, por su parte, contenía alguna disposición referida a la oponibilidad de las facultades en este caso: "*para cesar el mandato en relación al mandatario y a los terceros con quienes ha contratado, es necesario que ellos hayan sabido o podido saber la cesación del mandato*". Como se advierte, la directiva que traspasa esta norma es la buena fe que, en este caso, estaba concretamente reflejada en la posibilidad que tenía el tercero de conocer o no las limitaciones del poder o de la representación que investía al sujeto con quien se realizaba el trato. Por tanto, es preciso contar con pautas bien definidas para establecer en qué casos puede considerarse inoponibles —u oponibles— las directivas ocultas.

2. Interpretación

La extralimitación de la actuación del representante, sea porque se verificó más allá de los límites del apoderamiento o porque lo hizo una vez cesado este, lleva a preguntarse sobre los efectos de tal gestión con relación a los terceros que contrataron con él. En respuesta a esta cuestión, la norma establece la siguiente regla: tales limitaciones son oponibles a los terceros si estos conocían o podían conocerlas actuando con la debida diligencia.

Por cierto que no pueden alegar desconocimiento si la limitación resulta de la ley (por ejemplo, si el representante del vendedor de un inmueble lo hace a mérito de un poder sin la facultad expresa que así lo autorice —art. 375, inc. e, CCyC—). No puede dejar de considerarse que a fin de apreciar la "debida diligencia" que refiere la norma, el art. 374 CCyC faculta a los terceros a requerir al representante una copia firmada del poder con el que actúa, de modo que, de contar con tal antecedente, podrá conocer cuáles son las facultades con que cuenta y, por tanto, si su actuación se ajusta a dicho marco. De todos modos, nada impide que luego de requerida la copia del poder, sea modificado o incluso revocado por el representado, por lo que es en ese marco que cobra virtualidad lo establecido en este artículo.

Infojus

A efectos de una correcta inteligencia de esta norma, y de los presupuestos subsumibles en ella, es importante tener en cuenta el concepto de representación aparente y los distintos supuestos que prevé el art. 367 CCyC. A partir de allí puede establecerse, como premisa de carácter general, que los terceros que contratan con quien invoca explícita o tácitamente la representación de otro u otros, resultan protegidos en su buena fe siempre que de las circunstancias del caso se pueda inferir que tienen facultades suficientes, aunque sean aparentes, que guarden una razonable vinculación con el negocio de que se trata y no existan indicios de engaño. La buena fe y las apariencias llevan a presumir que el tercero desconocía las instrucciones. Para desvirtuarla, la carga de la prueba corre por cuenta de quien alega lo contrario.

SECCIÓN 2ª
Representación voluntaria

ARTÍCULO 362.- ***Caracteres.*** ***La representación voluntaria comprende sólo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si éstos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión.***

Remisiones: ver comentario al art. 361 CCyC.

1. Introducción

En esta disposición sobresalen dos aspectos. Uno de ellos se refiere a la oponibilidad de los límites del mandato. El otro, a la capacidad del poderdante. En cuanto al primer punto, la norma contiene una directiva análoga a la que indica el artículo anterior.

En cuanto a la aptitud del representante para encomendar la tarea, el CCyC no innova sobre este punto respecto del CC, sino que sigue con el mismo principio según el cual solo es posible otorgar representación para aquellos actos que el representado hubiera podido realizar por sí mismo.

2. Interpretación

No es posible encomendar al representante la realización de actos que el representado no puede celebrar por sí. Esta regla encuentra su lógica en que de otro modo se soslayarían las restricciones que impone la ley en razón de la persona. Piénsese, por ejemplo, el caso del tutor que confiere poder para que su representante celebre con su pupilo alguno de los actos prohibidos que menciona el art. 120 CCyC; o el del juez que faculta a otra persona a adquirir para sí bienes en remate que están involucrados en juicios que tramitan ante su juzgado. Entonces, lo que no puede hacer el representado por sí, mucho menos podrá hacerlo a través de un representante.

Tampoco puede encomendar al representante la realización de actos que debe realizar en forma personal. Tal el caso de las obligaciones *intuitu personae* que hubiere asumido (por ejemplo, pintar un cuadro), que no son susceptibles de ser delegadas.

La segunda parte de la norma constituye una aplicación concreta, en materia de representación voluntaria, de la regla general prevista en el art. 361 CCyC, a cuyo comentario cabe remitir.

ARTÍCULO 363.- *Forma.* ***El apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar.***

1. Introducción

Una norma análoga a la que expresa este artículo es la del art. 1881 CC en sus distintos incisos.

2. Interpretación

La forma requerida para el acto encomendado al representante determina la forma a que debe sujetarse el apoderamiento. Así, por ejemplo, el poder otorgado al representante para que constituya un usufructo en favor de un tercero sobre un inmueble del representado debe ser instrumentado en escritura pública, pues esa es la forma que el Código impone para la realización de este último acto (art. 1017, inc. a, CCyC).

De este modo se aclara un tópico que en los hechos podía dar lugar a algunas desinteligencias. La regla es que la forma requerida para otorgar válidamente representación voluntaria a otro sigue la suerte del acto jurídico que se encomienda y el representante debe celebrar. Así, el art. 1017 CCyC contiene una nómina de actos que requieren escritura pública. Entre ellos, los que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles; o los que tienen por objeto derechos litigiosos o dudosos también sobre inmuebles.

ARTÍCULO 364.- *Capacidad.* ***En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para otorgar el acto al momento del apoderamiento; para el representante es suficiente el discernimiento.***

1. Introducción

En los arts. 1894 a 1896 CC, se regulaba la capacidad para celebrar contrato de mandato. El art. 1897 CC disponía que *"el mandato puede ser conferido a una persona incapaz de obligarse y el mandante está obligado por la ejecución del mandato, tanto respecto al mandatario, como respecto a terceros con los cuales éste hubiese contratado"*. Por aplicación de la teoría de la representación, es posible encomendar a una persona, que es incapaz por sí de obligarse, la gestión de determinado negocio. En esas condiciones, el mandante queda obligado frente al tercero que contrató con el incapaz. Sin embargo —siempre en el esquema del CC— si el mandante o representado demanda al incapaz por inejecución de sus obligaciones o por rendición de cuentas, éste podía pedir la nulidad del contrato (art. 1898 CC). En ese caso, solo estaba obligado por lo que el mandatario hubiese convertido en su propia utilidad.

2. Interpretación

La representación voluntaria supone, por un lado, el otorgamiento de un poder de representación, y por el otro, la actuación consecuente del representante en nombre del representado. Este desdoblamiento de actos lleva a preguntarse en qué momento debe evaluarse la capacidad del representado a los efectos del otorgamiento del acto encomendado al representante. El artículo en comentario responde esta cuestión sentando la siguiente regla: la capacidad debe tenerse al momento del apoderamiento

Infojus

y no en uno ulterior, como aquel en que el representante otorga el acto que se le ha encomendado.

Por otra parte y en cuanto al representante, la norma refiere que es suficiente el discernimiento. En este aspecto, la concordancia con otras previsiones del CCyC lleva a señalar que no puede otorgarse poder a menores de 13 años (art. 261, inc. c) CCyC), y que en el caso de personas con capacidad restringida, debe estarse a los términos de la sentencia respectiva, que determina la extensión y alcance de la restricción y especifica las funciones y actos que se limitan al causante (arts. 32 y 38 CCyC).

ARTÍCULO 365.- ***Vicios.*** ***El acto otorgado por el representante es nulo si su voluntad está viciada. Pero si se ha otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado, es nulo sólo si estuvo viciada la voluntad de éste.***

El representado de mala fe no puede aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante.

1. Introducción

El CC no contenía una directiva expresa como la plasmada en este artículo. El Proyecto Bibiloni establecía que "*las consecuencias jurídicas de una declaración de voluntad serán consideradas sólo en la persona del representante, en lo que concierne a los vicios de la misma…*" (art. 187). Por su parte, el art. 358 del Proyecto de 1998 disponía que "*el acto otorgado por el representante es inválido si su voluntad está viciada. Pero si se ha otorgado en ejercicio de facultades previamente determinadas por el representado, es inválido sólo si estuvo viciada la voluntad de éste. El representado de mala fe no puede aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante*". Como se advierte, el artículo que aquí se comenta transcribe el del Proyecto de 1998 referido.

En el derecho comparado encontramos también normas que se refieren a la voluntad viciada del representante. Así, en el Código alemán se prevé que a ese efecto no se habrá de considerar la persona del representado sino la del representante (art. 166, primera parte) y, asimismo, en el Código italiano se dice que "*el contrato será anulable si la voluntad del representante hubiere sido viciada. Pero cuando el vicio concierna a elementos determinados previamente por el representado, el contrato será anulable solamente si hubiera sido viciada la voluntad de éste*" (art. 1390). Según esta disposición, los vicios de la voluntad que deben computarse son aquellos que fueron decisivos, sin importar si afectaron al representante o al representado.

2. Interpretación

La nulidad del acto de apoderamiento prevista en la norma es consecuencia de la existencia de un vicio de la voluntad del representante. La cuestión remite al régimen establecido en los arts. 265 a 278 CCyC. Debe entonces acreditarse la concurrencia de los presupuestos exigidos para la declaración de la nulidad. Así, por ejemplo, si el vicio consiste en un error, que sea esencial; si el acto es bilateral, que el error sea reconocible; etc.

De todos modos, se impone el rechazo de la nulidad si, no obstante la reunión de los mencionados presupuestos, el representante obró conforme a instrucciones precisas que le fueron dadas por el representado con anterioridad. La solución se justifica porque en este caso es tan estrecho el margen de actuación que tiene el representante —lo

único que se espera de él es que siga las específicas directivas que se le han dado—, que la existencia de un vicio en su voluntad carece de la relevancia que puede tener en otros actos.

Si la voluntad viciada fue la del representado, el acto es nulo, pero ello encuentra un límite en la previsión contenida en la última parte de la norma cuando este, obrando de mala fe, intenta aprovecharse de la ignorancia o la buena fe del representante.

De lo expuesto se infiere que se adoptó una fórmula análoga a la del Código italiano. Vale decir, para dar lugar a la nulidad, hay que tomar en cuenta, en principio, la voluntad del representante, pero sin descuidar los vicios que pudieren afectar la voluntad que fue decisiva para la conclusión del negocio.

ARTÍCULO 366.- ***Actuación en ejercicio del poder.*** ***Cuando un representante actúa dentro del marco de su poder, sus actos obligan directamente al representado y a los terceros. El representante no queda obligado para con los terceros, excepto que haya garantizado de algún modo el negocio. Si la voluntad de obrar en nombre de otro no aparece claramente, se entiende que ha procedido en nombre propio.***

1. Introducción

El principio que contiene este artículo reconoce como antecedentes los arts. 1046, 1047 y 1930 a 1932 CC. Los dos primeros en cuanto a las reglas generales sobre representación, y los siguientes en cuanto tratan la responsabilidad del mandatario para con los terceros con quienes contrató.

El art. 1930 CC prescribía que *"contratando en nombre del mandante, no queda personalmente obligado para con los terceros con quienes contrató ni contra ellos adquiere derecho alguno personal, siempre que haya contratado en conformidad al mandato, o que el mandante en caso contrario hubiese ratificado el contrato"*. A su vez, *"cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato, y el mandante no ratificare el contrato, será nulo, si por escrito se obligó por sí mismo, o se obligó a presentar la ratificación del mandante"* (art. 1931 CC). Desde otro ángulo, si existían dudas sobre si se obligó a nombre propio o del mandante, el art. 1940 CC disponía que para discernirlo *"se atenderá a la naturaleza del negocio, a lo que el mandato se encargaba y a lo dispuesto en el Código de Comercio sobre las comisiones"*.

2. Interpretación

La actuación del representante, en los límites del poder, produce efectos que se concretan directamente en cabeza del representado. Ello juega no solo en la relación representante/representado (art. 359 CCyC), sino también con los terceros, que de tal modo pueden proceder como si lo obrado por aquel hubiere sido cumplido por este.

Frente a los terceros, entonces, el representante queda eliminado de la relación, de modo que los derechos y obligaciones resultantes del acto quedan trabados entre el representado y el tercero, que por ello debe cumplirlos o puede exigirlos directamente de aquel. Excepcionalmente, si el representante hubiere garantizado de algún modo el negocio (por ejemplo, si le aseguró al tercero que el representado ratificaría su actuación), quedará obligado personalmente con el tercero.

Infojus

Lógicamente, como lo habitual es que las personas obren sus actos por sí, sin encomendar su realización a otro, es que, en caso de duda sobre si se está obrando a nombre propio o de otro, se presuma lo primero.

ARTÍCULO 367.- ***Representación aparente.*** *Cuando alguien ha obrado de manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente.*

A tal efecto se presume que:

a. *quien de manera notoria tiene la administración de un establecimiento abierto al público es apoderado para todos los actos propios de la gestión ordinaria de éste;*
b. *los dependientes que se desempeñan en el establecimiento están facultados para todos los actos que ordinariamente corresponden a las funciones que realizan;*
c. *los dependientes encargados de entregar mercaderías fuera del establecimiento están facultados a percibir su precio otorgando el pertinente recibo.*

1. Introducción

La fuente de esta norma es el Proyecto de 1998 (arts. 368 y 369). El CC no tenía una norma concreta que expresase el mismo concepto, aun cuando el mandato aparente ha sido recibido sin discrepancias por la doctrina. La norma más cercana es la del art. 1874 CC que, en rigor, se refería al mandato tácito. Según esta disposición el mandato tácito es el que *"resulta no sólo de los hechos positivos del mandante, sino también de su inacción o silencio, o no impidiendo, pudiendo hacerlo, cuando sabe que alguien está haciendo algo en su nombre"*. Por otra parte, el art. 1967 CC se refería a la cesación del mandato ignorada por el tercero y, en ese caso, la norma se inclinaba por la protección de los terceros de buena fe. Así, disponía que "*en relación a terceros, cuando ignorando sin culpa la cesación del mandato, hubieren contratado con el mandatario, el contrato será obligatorio para el mandante, sus herederos y representantes, salvo sus derechos contra el mandatario, si éste sabía la cesación del mandato*".

2. Interpretación

Cuando los terceros contratan con el representante que actúa en los límites del poder, el negocio —y los efectos que de él derivan— queda concretado en cabeza del representado (arts. 359 y 366 CCyC). Pero cuando el representante no es tal, sea porque no cuenta con poder o porque este se ha extinguido o las facultades concedidas son insuficientes, tal traslación de efectos queda frustrada, a menos, claro está, que la gestión sea ratificada por el representado (art. 369 CCyC).

El art. 367 CCyC aborda un supuesto distinto: el del representante aparente. La apariencia se refiere aquí al poder de representación. El tercero cree que está tratando con el verdadero representante cuando, en rigor, no es así. El supuesto presenta diferencias con el anterior. En efecto, en la actuación del falso representante o del que obra excediéndose en las facultades concedidas, nada puede cuestionarse al representado, que ha sido ajeno a tal actuación. Más aún, si hubiera que indagar sobre alguna conducta reprochable,

Infojus

en muchos casos podría hallársela en la del propio tercero, que omitió requerir la copia firmada del poder, tal como lo habilita el art. 374 CCyC, lo que le hubiera permitido advertir la falta o exceso de representación.

En cambio, en el supuesto del representante aparente, el representado juega un rol decisivo en la creación de la apariencia. Él, con sus actos u omisiones, contribuyó a la conformación de un cuadro de situación que determinó que el tercero pudiera razonablemente creer que estaba obrando con un representante suyo. De ahí que se hable, en este caso, de un "representante" y que se asimile su actuación a la de un verdadero representante, pese a que no cuenta con facultades suficientes. La apariencia juega aquí en protección de los terceros. Precisamente, las presunciones que se apuntan en los incisos que contiene la norma vienen a concretar esta tutela, en los específicos supuestos que se aluden.

ARTÍCULO 368.- ***Acto consigo mismo.*** ***Nadie puede, en representación de otro, efectuar consigo mismo un acto jurídico, sea por cuenta propia o de un tercero, sin la autorización del representado. Tampoco puede el representante, sin la conformidad del representado, aplicar fondos o rentas obtenidos en ejercicio de la representación a sus propios negocios, o a los ajenos confiados a su gestión.***

1. Introducción

El CC no contenía una norma expresa similar a la comentada. De todos modos, el principio general extraído de sus disposiciones era la prohibición que pesaba sobre el representante de celebrar consigo mismo contratos que involucren los bienes o intereses del mandante. En determinadas condiciones la doctrina entendió que era posible que el representante contrate para sí, en nombre del mandante. Esta inferencia partía del art. 1918 CC derogado que si bien prohibía al mandatario comprar las cosas que el mandante le encomendó vender —y vender lo suyo al mandante— dejaba a salvo la posibilidad de hacerlo si obtenía la conformidad del representante. A su vez, el art. 1919 CC preveía que *"si fuese encargado de tomar dinero prestado, podrá prestarlo él mismo al interés corriente, pero facultado para dar dinero a interés, no podría tomarlo prestado para sí, sin aprobación del mandante"*. Estos supuestos llevaron a algunos autores a sostener que en determinados casos era posible la autocontratación. Esta es la postura que prevaleció en el CCyC.

2. Interpretación

El "acto consigo mismo" puede implicar dos modos distintos de actuar por parte del representante. En el primero, el acto es otorgado por una persona que obra en un doble rol: como representante de una de las partes, por un lado, y por derecho propio, por el otro (por ejemplo, el apoderado compra para sí la cosa que él mismo vende en nombre del representado o, viceversa, compra para su representado la cosa de su propiedad que por derecho propio enajena). En el segundo, quien otorga el acto ejerce la representación de ambas partes (por ejemplo, la compraventa que realiza como representante del comprador y del vendedor). En ambos casos, el sujeto visible que interviene es una sola persona; la diferencia radica en la distinta calidad en la que lo hace.

El art. 368 CCyC prohíbe estas prácticas. La regla general, entonces, es que nadie puede, en representación de otro, otorgar un acto jurídico consigo mismo, solución que encuentra

Infojus

su justificación en los intereses encontrados existentes entre las partes del acto. La prohibición, sin embargo, no es absoluta y cede cuando el representante cuenta con la autorización para así obrar del o de los representados. Precisamente, esta autorización es indicativa de que no existe incompatibilidad de intereses entre ambos. El mismo criterio se sigue para los casos de manejo de fondos previstos en la segunda parte de la norma.

ARTÍCULO 369.- ***Ratificación.*** ***La ratificación suple el defecto de representación. Luego de la ratificación, la actuación se da por autorizada, con efecto retroactivo al día del acto, pero es inoponible a terceros que hayan adquirido derechos con anterioridad.***

1. Introducción

El contenido de esta norma guarda similitud con el art. 1936 CC. Según este *"la ratificación equivale al mandato, por todas las consecuencias del mandato; pero sin perjuicio de los derechos que el mandante hubiese constituido a terceros en el tiempo intermedio entre el acto del mandatario y la ratificación"*. El CCyC mejora la redacción y extiende los alcances de la ratificación separando sus efectos según se trate de las partes o de terceros que pueden sufrir perjuicio.

2. Interpretación

La ratificación es la declaración que emite el representado de tomar para sí mismo el negocio celebrado en su nombre por quien carecía de un poder de representación, o bien, en caso de que lo tuviera, por quien obró excediéndose en sus facultades. Es una especie de convalidación del acto obrado. Una vez producida, la actuación anterior realizada en su nombre se transforma en actuación plenamente representativa, proyectando sus efectos en cabeza del representado.

Estos efectos no se despliegan desde la ratificación sino que se retrotraen al día de celebración del acto —*ex tunc*— que de este modo queda saneado de su inicial imperfección. Pese a los alcances conferidos, la retroactividad que se impone no puede afectar los derechos adquiridos por terceros durante el lapso corrido entre que se otorgó el acto y la ratificación. En otras palabras, entre las partes la ratificación produce efectos hacia el pasado, pero para los terceros, dicha ratificación es inoponible si perjudica sus derechos. Ello ocurriría si, por ejemplo, Facundo enajena un inmueble de su propiedad en favor de Francisco, pero celebra el acto con Valentina, que no cuenta con una representación expresa de este último, y que antes de que lo ratifique, lo enajena a Joaquina, que constituye un usufructo a favor de Marisa. En este caso, como se indicó, la ulterior ratificación de Francisco no puede perjudicar los derechos adquiridos por Joaquina ni por Marisa.

ARTÍCULO 370.- ***Tiempo de la ratificación.*** ***La ratificación puede hacerse en cualquier tiempo, pero los interesados pueden requerirla, fijando un plazo para ello que no puede exceder de quince días; el silencio se debe interpretar como negativa. Si la ratificación depende de la autoridad administrativa o judicial, el término se extiende a tres meses. El tercero que no haya requerido la ratificación puede revocar su consentimiento sin esperar el vencimiento de estos términos.***

1. Introducción

El CC no contenía una disposición similar a la que se comenta. La doctrina se preguntaba si era necesario fijar un plazo para ratificar o no el acto que alguien hizo en representación sin facultades suficientes. La cuestión, de todos modos, no presentaba mayor interés práctico porque de cualquier forma, si la ratificación era tardía no podía perjudicar los derechos de terceros.

2. Interpretación

El principio general que establece este novedoso artículo es que la ratificación puede llevarse a cabo en cualquier tiempo, es decir, no existe plazo para ratificar. Sin embargo, nadie duda que la falta de ratificación genera una situación de incertidumbre en los terceros, o en la otra parte, en torno a la eficacia del acto obrado por quien carecía de poder o que obró fuera de sus límites. De ahí que si bien no existe un plazo para efectuar la ratificación, nada impide que alguno de los interesados —que puede ser también el representante— requiera al representado que la efectúe con el objeto de despejar esa falta de certeza.

El plazo no puede exceder de 15 días. Este es el tope o límite máximo, pero es válida la fijación de un plazo menor. Quien fija el plazo es el propio interesado que emplaza. Puede tratarse del representante anómalo o del tercero con quien este contrató. Sin embargo, si la ratificación dependiese de una autoridad pública —administrativa o judicial, dice la norma— ese plazo se eleva a 3 meses.

Si la persona requerida no ratifica expresamente lo obrado por otro en su nombre sin atribuciones suficientes, cabe interpretar que ese silencio importa ratificación del negocio.

Este artículo es un supuesto concreto del valor que tiene el silencio en ciertos casos (art. 263 CCyC), pues se trata de una hipótesis en que se exige el deber de explicarse frente a una intimación o interrogación, como modo de resolver la falta de certeza de una situación como la que se describe en la norma.

Debe tenerse presente que la ratificación es solo una alternativa que tiene el tercero, que también puede, en lugar de solicitar la ratificación, revocar en cualquier tiempo el consentimiento anterior que prestó con relación al acto no ratificado. Esta facultad de desistir del negocio tiene un límite: la ratificación por aquel en cuyo nombre se obró.

ARTÍCULO 371.- ***Manifestación de la ratificación.*** *La ratificación resulta de cualquier manifestación expresa o de cualquier acto o comportamiento concluyente que necesariamente importe una aprobación de lo que haya hecho el que invoca la representación.*

Remisiones: ver art. 264 CCyC.

1. Introducción

El principio general en esta materia es la libertad. De modo que la parte que quiere hacer suyo lo obrado por otro en su nombre sin representación o con representación insuficiente, puede elegir cualquier modo de expresión. El único recaudo que se exige es que se manifieste expresamente o bien de manera inequívoca, esto es, que se traduzca en comportamientos concluyentes de los que se infiera necesariamente la aprobación del dueño del negocio con lo obrado por el tercero en su nombre.

Infojus

2. Interpretación

La ley no impone un modo determinado para hacer la ratificación, que incluso puede ser tácita. De todos modos, si la ratificación expresa es aquella que no suscita mayores dudas en punto a la voluntad del representado de asumir las consecuencias del acto, la tácita, en cambio, requiere de actos, o cuanto menos de un comportamiento, del que se infiera de manera inequívoca y concluyente la aceptación o aprobación de la gestión realizada por el representante (por ejemplo, el cumplimiento espontáneo por el representado de las prestaciones a su cargo establecidas en el contrato celebrado por el representante anómalo).

En la apreciación de si se ha configurado una ratificación implícita no puede dejar de ponderarse lo establecido en el art. 264 CCyC referido a la manifestación tácita de la voluntad.

ARTÍCULO 372.- ***Obligaciones y deberes del representante.*** *El representante tiene las siguientes obligaciones y deberes:*

a. *de fidelidad, lealtad y reserva;*
b. *de realización de la gestión encomendada, que exige la legalidad de su prestación, el cumplimiento de las instrucciones del representado, y el desarrollo de una conducta según los usos y prácticas del tráfico;*
c. *de comunicación, que incluye los de información y de consulta;*
d. *de conservación y de custodia;*
e. *de prohibición, como regla, de adquirir por compraventa o actos jurídicos análogos los bienes de su representado;*
f. *de restitución de documentos y demás bienes que le correspondan al representado al concluirse la gestión.*

1. Introducción

La relación entre representante y representado se basa fundamentalmente en la confianza, sobre todo cuando la representación es voluntaria.

El artículo exige varios deberes de conducta que debe observar el representante. Estos son el deber de lealtad, fidelidad y reserva, respetar la prohibición de autocontrato, y restituir lo debido, que aun cuando están implícitos, no por ello dejan de tener valor normativo, significado y consecuencias jurídicas. El cúmulo de deberes previstos en este artículo no es *numerus clausus*, sino una enumeración abierta.

2. Interpretación

En sí mismo el apoderamiento implica un acto de confianza por parte del representado que espera que el representante actúe de una manera diligente en la gestión de sus intereses. Estas notas no hacen más que acentuar el carácter personal del vínculo entre ambos e inciden en la determinación de las obligaciones y deberes que pesan sobre este.

Existe, en primer lugar, un deber de fidelidad y lealtad que el CCyC introduce expresamente. En rigor, estos deberes son propios de toda relación representativa que implique la gestión de negocios ajenos. De ellos se derivan una serie de reglas de conducta que rigen la actuación del representante, de quien es dable esperar un comportamiento honesto, en armonía con las directivas recibidas, y que subordine su propio interés personal al

del representado. Hace al deber de lealtad, por ejemplo, el no aceptar la representación de otra persona si ello, de acuerdo a las circunstancias del caso, puede resultar incompatible con la gestión anteriormente asumida con el representado.

El deber de reserva implica no ventilar más allá de lo que corresponda los asuntos del representado, evitando exponer ante terceros sus asuntos personales o profesionales, especialmente cuando de ello puede inferirse un daño a los intereses gestionados.

La realización de la gestión encomendada es la más trascendente de todas las obligaciones que pesan sobre el representante. Por cierto, que en el cumplimiento de su misión, no puede proceder de cualquier manera. Es preciso que ajuste su actuación a las normas que rigen la actividad que desarrolla; a las instrucciones recibidas del representado; y a los "usos y prácticas del tráfico", de las que puede resultar la manera usual de llevar los asuntos de la clase del que le ha sido encargado.

El deber de comunicación, comprensivo del de información y consulta, es consecuencia del referido carácter personal o de confianza de la relación entre ambos. Supone mantener al tanto al representado de la marcha de la gestión y de las actividades que se desarrollan. Pero no solo es informarle sobre tales aspectos, sino que a veces implica requerirle instrucciones específicas cuando, por circunstancias especiales, las más de las veces sobrevinientes, puede advertirse la posibilidad de que tenga lugar un daño o perjuicio a los intereses del representado. Este es un deber fundamental. El deber de consulta implica una manera de legitimar las decisiones más importantes que pueda tomar el representante. En este punto, la reforma es mucho más abarcadora que el art. 1909 CC, según el cual el mandatario estaba obligado a dar cuenta de sus operaciones y a entregar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato.

La comunicación que el representante debe al representado tiene básicamente tres ingredientes:

a. las noticias provenientes de la gestión que sean relevantes y que puedan producir algún cambio en las instrucciones;

b. cualquier apartamiento de las obligaciones recibidas o la confirmación de actos para cuya realización el mandatario tiene dudas, a fin de procurar la ratificación de lo obrado; y

c. la finalización del encargo cuando resulte necesaria para dar certeza al mandante sobre el tiempo en que fue celebrado.

La conservación y custodia se refiere a los bienes que recibió del representado. Esta obligación se justifica porque el representante está también obligado a restituir al representado los documentos y demás bienes que hubiera recibido con causa en la gestión encomendada. Debe destacarse que, en caso de pérdida o destrucción de tales efectos, podrá el representante ver comprometida su responsabilidad si tales contingencias se produjeron por un obrar culposo de su parte.

La prohibición de adquirir los bienes de su representado, sea por compraventa u otro acto análogo, busca prevenir eventuales maniobras perjudiciales para el representado. Debe destacarse, sin embargo, que ello no impide que este último venda o transfiera personalmente dichos bienes al representante, e incluso que ratifique en los términos del art. 369 CCyC el acto otorgado consigo mismo llevado a cabo por el representante (art. 368 CCyC).

Infojus

ARTÍCULO 373.- *Obligaciones y deberes del representado.* *El representado tiene las siguientes obligaciones y deberes:*

a. *de prestar los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión;*
b. *de retribuir la gestión, si corresponde;*
c. *de dejar indemne al representante.*

1. Introducción

Una lectura sesgada del precepto podría llevar a sostener que estos deberes se aplican solamente a la representación voluntaria. En rigor, son aplicables a todas las formas de representación (legal, convencional y orgánica). En efecto, no se duda que son deberes propios de la naturaleza de la representación facilitar los medios para llevarla adelante, retribuirla, si procede y no causar daños al representante o, como establece el art. 1953 CC, *"indemnizar al mandatario de las pérdidas que hubiere sufrido, procedentes de sus gestiones, sin falta que le fuese imputable"*.

2. Interpretación

Las obligaciones del representado son agrupadas de la siguiente manera:

a. obligación de brindarle al representante los medios necesarios para el cumplimiento de la gestión. Ello implica poner a su disposición todo aquello que sea necesario para el debido cumplimiento del encargo conferido. Podrá tratarse de documentos, dinero u otros bienes y efectos. Todo dependerá de cuál sea el objeto de la misión que se le hubiere encomendado;
b. obligación de retribuir al representante en los casos en que corresponda. La aclaración "si corresponde" efectuada en el inc. b) se justifica porque nada impide que la representación sea gratuita;
c. obligación de dejar indemne al representante. El representante pudo haber tenido que afrontar gastos, pagar honorarios, etc., con motivo de su gestión. El representado debe reembolsarle tales gastos, como así también las pérdidas que pudo haber sufrido. Ello no significa que el representado deba indemnizar todo perjuicio, sino solamente aquellos que sean susceptibles de indemnización de acuerdo con el derecho de daños, a cuyas directivas corresponde remitirse. Para ello, habrá que analizar el daño, el factor de atribución y la relación de causalidad.

ARTÍCULO 374.- *Copia.* ***Los terceros pueden exigir que el representante suscriba y les entregue copia firmada por él del instrumento del que resulta su representación.***

Remisiones: ver arts. 361 y 362 CCyC.

1. Introducción

Esta norma tiene gran importancia en la protección de los terceros que contratan con el representante pero haciéndolo con el representado. La tutela de la buena fe va más allá de la confianza en las apariencias y autoriza a esos terceros a solicitar la exhibición del instrumento del que surge su representación como así también a exigir una copia firmada. Si la buena fe no consiste solamente en la buena fe-creencia, sino que es también diligencia, habrá que admitir que si el tercero no solicita la exhibición del instrumento de represen-

tación no podrá alegar buena fe en caso de encontrarse con que el representado carecía de atribuciones para el acto o eran insuficientes.

2. Interpretación

Los terceros que contratan con el representante tienen derecho a requerirle que les entregue una copia firmada del instrumento acreditativo de la representación que invoca. Ello les permitirá constatar la existencia y limitaciones del apoderamiento, lo que resultará trascendente a los efectos de evaluar la "*debida diligencia*" a que alude el art. 361 CCyC, o si han obrado con "*cuidado y previsión*", tal como lo apunta el art. 362 CCyC.

De ahí que este derecho sea, en realidad, una verdadera "carga" para tales terceros, y asimismo constituya una "obligación" que pesa sobre el representante de entregarles una copia firmada del respectivo instrumento.

ARTÍCULO 375.- ***Poder conferido en términos generales y facultades expresas.*** *Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales sólo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.*

Son necesarias facultades expresas para:

a. *peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio;*
b. *otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere;*
c. *reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce;*
d. *aceptar herencias;*
e. *constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables;*
f. *crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad;*
g. *reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder;*
h. *hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración;*
i. *renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras;*
j. *formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, sociedades, asociaciones, o fundaciones;*
k. *dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por más de un año;*
l. *realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales;*
m. *dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.*

1. Introducción

El poder de representación es el acto en virtud del cual una persona —representado— faculta a otra —representante— a obrar en su nombre, asumiendo las consecuencias de

Infojus

los actos que realice, de manera que los efectos que de él resulten le sean directamente adjudicados. Su otorgamiento da cuenta de una situación excepcional, pues lo corriente es que las personas obren sus actos por sí mismas. Por ello, como el apoderamiento constituye una excepción a aquella regla, y para no perjudicar indebidamente al representante, se impone que en la interpretación de las facultades contenidas en el poder se adopte un criterio restrictivo.

Cabe tener presente que las facultades dentro del poder pueden abarcar facultades o instrucciones generales, como poder de administración, por ejemplo, o cláusulas expresas que confieran facultades especiales. Este artículo tiene cierta analogía con el art. 1880 CC.

2. Interpretación

La norma aclara que el poder conferido en términos generales es aquel que solo incluye *"los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución"*. No explica en qué consiste la "administración ordinaria", pero es claro que no son tales los actos enumerados en los diversos incisos que contiene este artículo, para cuya celebración, si bien se admite que pueden hacerse por medio de representante, no basta con un poder general sino que, por la importancia que conllevan, se exige uno con facultades expresas.

Debe aclararse, no obstante, que nada impide que en un poder con facultades generales se incluyan facultades expresas. Por tanto, la denominación de mandato general o especial es relativa, porque lo que importa es cuáles son los límites del encargo. Podría tratarse de un mandato general pero concebido o redactado como uno especial. Por eso es acertada la reforma al sustituir la mención "*son necesarios poderes especiales*" por la de "*son necesarias facultades expresas*". Es lo que ocurre con la facultad para aceptar herencias que puede estar incluida en un poder general. La enunciación de este artículo es ejemplificativa o enunciativa y no cerrada o limitativa.

ARTÍCULO 376.- ***Responsabilidad por inexistencia o exceso en la representación.*** ***Si alguien actúa como representante de otro sin serlo, o en exceso de las facultades conferidas por el representado, es responsable del daño que la otra parte sufra por haber confiado, sin culpa suya, en la validez del acto; si hace saber al tercero la falta o deficiencia de su poder, está exento de dicha responsabilidad.***

1. Introducción

El artículo contiene un precepto similar al del art. 1930 CC. Según esta disposición "*contratando en nombre del mandante, no queda personalmente obligado para con los terceros con quienes contrató, ni contra ellos adquiere derecho alguno personal, siempre que haya contratado en conformidad al mandato, o que el mandante en caso contrario hubiese ratificado el contrato*". El art. 1931 CC regulaba, asimismo, un caso específico de exceso en el ejercicio de las facultades conferidas al mandatario. Así, establecía que "*cuando contratase en nombre del mandante, pasando los límites del mandato y el mandante no ratificare el contrato, será éste nulo, si la parte con quien contrató el mandatario conoce los poderes dados por el mandante*". En este artículo se regula un supuesto especial de responsabilidad por actuación en exceso o falta de representación, siempre que se reúnan los presupuestos de la responsabilidad.

Infojus

2. Interpretación

La actuación llevada a cabo por el representante que no es tal o que obró en exceso de las facultades conferidas en el poder es susceptible de comprometer su responsabilidad. Ya se ha visto que las limitaciones del poder son oponibles a los terceros si estos conocían o "pudieron" conocerlas actuando con la debida diligencia, o "debieron" conocerlas obrando con cuidado y prevención (arts. 361 y 362 CCyC), de modo que si no conocían ni podían o debían conocer que se trataba de un supuesto no autorizado, o que se estaba obrando en transgresión a las limitaciones impuestas a la representación, o que el poder se hallaba extinguido, la actuación del representante es eficaz y resulta obligatoria para el representado.

El supuesto que aquí se trata exige ponderar que el tercero que contrata con el representante puede exigir a este último que suscriba y le entregue una copia firmada del instrumento del que resulta la representación que invoca (art. 374 CCyC), facultad que, apreciada desde la perspectiva que resulta de los arts. 361 y 362 CCyC, y que también ofrece la norma que aquí se comenta, constituye una verdadera "carga", pues, se insiste, pesa sobre el representante el deber de actuar con la "debida diligencia" (art. 361 CCyC), "cuidado y prevención" (art. 362 CCyC) y "sin culpa" (art. 376 CCyC).

Es preciso, además, para que pueda suscitarse la responsabilidad del representante que refiere la norma, que no se haya verificado la ratificación del acto cumplido en exceso, pues en tal caso el defecto de representación habría quedado saneado (art. 369 CCyC).

ARTÍCULO 377.- ***Sustitución.*** *El representante puede sustituir el poder en otro. Responde por el sustituto si incurre en culpa al elegir. El representado puede indicar la persona del sustituto, caso en el cual el representante no responde por éste.*

El representado puede prohibir la sustitución.

1. Introducción

El CC regulaba de manera dispersa las normas sobre sustitución del mandato (arts. 1924 a 1928 y 1942 CC). Así, el art. 1924 CC establecía como regla que el mandatario podía sustituir en otro la ejecución del encargo. El artículo que se comenta contiene el mismo principio. Trata también distintos supuestos de responsabilidad, distinguiendo —por un lado— el caso del sustituto elegido por el representante y, por otro, cuando es el propio representado quien lo elige. El CCyC adopta una disposición similar a la del art. 370 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

Ocurre a veces que ciertas gestiones pueden ser llevadas a cabo útilmente por personas distintas al representante, no siendo indispensable su intervención personal. Más aún, si se exigiera que los actos sean otorgados únicamente por el representante, sin posibilidad de que otra persona lo sustituya, podría ocurrir que la atención de los asuntos del representado se vea resentida o demorada ante la eventual indisposición de aquel.

De ahí que, más allá de la facultad que asiste al representante de designar a varios representantes (art. 378 CCyC), se presenta como una opción válida la alternativa de la sustitución que regula la norma. Por cierto que la relación de confianza que existe con

Infojus

el representante sustituyente importa una limitación a esta posibilidad. De ahí que se priorice la voluntad del representado, quien puede prohibir la sustitución o bien admitirla, indicando la persona del sustituto.

En caso de que no se haya prohibido la sustitución ni indicado la persona del sustituto, es lícito que el representante pueda sustituir en otro la representación conferida, como un modo de maximizar la eficacia de la gestión encomendada. En caso de que así lo haga, debe responder por los actos del sustituto. Va de suyo que el artículo se aplica en aquellas situaciones en que el apoderamiento no ha sido realizado teniendo en cuenta las circunstancias personales del representante (por ejemplo, cuando se trata de una obligación *intuitu personae*). De ser así, la sustitución no sería posible.

ARTÍCULO 378.- ***Pluralidad de representantes.*** ***La designación de varios representantes, sin indicación de que deban actuar conjuntamente, todos o algunos de ellos, se entiende que faculta a actuar indistintamente a cualquiera de ellos.***

1. Introducción

Este precepto es sustancialmente análogo al art. 1899 CC, según el cual, si en el mismo instrumento se designan varios mandatarios, se presume que puede ser aceptado por uno solo, a menos que se indique que el nombramiento es para que actúen conjuntamente. La redacción del art. 378 CCyC es copia textual del art. 371 del Proyecto de 1998.

2. Interpretación

El representado puede designar a un representante o a varios. A veces, esto último ocurre con el objeto de asegurarse que, ante la eventual indisposición de alguno de los designados, siempre haya otro que pueda encargarse de sus asuntos. Si en el acto de apoderamiento no se indica la manera como habrán de actuar, la norma establece que debe considerarse que cualquiera de ellos pueden hacerlo en forma indistinta. Esa es la regla. Lo dispuesto, obviamente, es supletorio de las indicaciones que en otro sentido pueda suministrar el representado, sea en el acto de apoderamiento o en algún momento ulterior. En cuanto a la responsabilidad, si la actuación es indistinta, cada uno será responsable por los daños que genere por su propia culpa. Si actúan en forma conjunta, cada uno de los mandatarios responderá en forma mancomunada.

ARTÍCULO 379.- ***Apoderamiento plural.*** ***El poder otorgado por varias personas para un objeto de interés común puede ser revocado por cualquiera de ellas sin dependencia de las otras.***

1. Introducción

La pluralidad puede ser no solo de representantes, sino también que los representados por uno o varios sujetos pueden ser más de uno. Todos ellos designan al representante común y tienen, a su vez, un interés individual.

El CCyC no contiene disposiciones vinculadas a las distintas contingencias que pueden afectar u ocurrir durante el cumplimiento del poder dado a varias personas para un interés

Infojus

común. Solamente se ocupa de la revocación. De ello se infiere que el cumplimiento y desarrollo de la representación se rige por las normas generales. El CC establecía en este punto que *"cuando el mandato fue constituido por dos o más mandantes para un negocio común, cada uno de ellos sin dependencia de los otros puede revocarlo"*.

2. Interpretación

La norma se refiere a un supuesto distinto de la anterior, que se ocupaba de regular la hipótesis que se presenta cuando existe una pluralidad de representantes. Aquí, en cambio, hay una pluralidad de representados. En tal caso, se establece que cada uno de ellos puede revocar el poder en forma individual, sin necesidad de contar con la conformidad de los demás, aun cuando el negocio sea común.

ARTÍCULO 380.- ***Extinción.*** *El poder se extingue:*

a. *por el cumplimiento del o de los actos encomendados en el apoderamiento;*

b. *por la muerte del representante o del representado; sin embargo subsiste en caso de muerte del representado siempre que haya sido conferido para actos especialmente determinados y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, de un tercero o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero;*

c. *por la revocación efectuada por el representado; sin embargo, un poder puede ser conferido de modo irrevocable, siempre que lo sea para actos especialmente determinados, limitado por un plazo cierto, y en razón de un interés legítimo que puede ser solamente del representante, o de un tercero, o común a representante y representado, o a representante y un tercero, o a representado y tercero; se extingue llegado el transcurso del plazo fijado y puede revocarse si media justa causa;*

d. *por la renuncia del representante, pero éste debe continuar en funciones hasta que notifique aquélla al representado, quien puede actuar por sí o reemplazarlo, excepto que acredite un impedimento que configure justa causa;*

e. *por la declaración de muerte presunta del representante o del representado;*

f. *por la declaración de ausencia del representante;*

g. *por la quiebra del representante o representado;*

h. *por la pérdida de la capacidad exigida en el representante o en el representado.*

1. Introducción

El CC establecía distintos supuestos en los que finalizaba el mandato. Ocurría por finalización del tiempo o por cumplimiento del negocio encomendado. Las causales eran: a) revocación; b) renuncia; c) fallecimiento o incapacidad sobreviniente de alguna de las partes del mandato. La revocación podía ser sin causa y en cualquier momento (art. 1970 CC); podía hacerse en forma expresa o tácita, por ejemplo, designando un nuevo apoderado o si el mandante asumía personalmente el negocio. Existían distintas reglas. Entre ellas se

Infojus

preveía que un mandato general revocaba el general parcialmente. También podía convenirse un mandato irrevocable en los términos y condiciones que fijaba la ley. La muerte de alguna de las partes ponía fin al mandato. En fin, el CC establecía, en normas dispersas, las maneras de poner fin a la relación.

2. Interpretación

Según el CCyC, el apoderamiento se extingue por varias causas. Algunas de ellas tienen que ver con una decisión personal del representante o representado (incs. c y d), o con circunstancias que los afectan personalmente (incs. b, e, f, g y h) o que se vinculan con el objeto del encargo (inc. a). Veamos las causales con un poco más de detalle:

a. Cumplimiento del objeto del encargo: estaba prevista en el art. 1960 CC. Es el modo natural de extinción de la relación de representación. Si se justificó en una determinada misión que el representado encomendó al representante, es lógico que, una vez cumplida, la relación representativa entre ambos se extinga. Se trata de un modo de extinción satisfactivo y tiene efectos liberatorios.

b. Fallecimiento del representante o representado: la extinción obedece al carácter personal de la relación establecida entre ambos. Se trata de un contrato *intuitu personae*, de modo que el vínculo de confianza que liga a las partes se extingue en casos de muerte. En ciertos supuestos, sin embargo, se admite que el poder subsista aun luego de la muerte del representado si fue otorgado para actos *"especialmente determinados"* (por ejemplo, transferir el dominio de cierto inmueble a Patricia) y en razón de un interés legítimo (por ejemplo, cumplir con el compromiso de venta asumido en favor de Patricia y que fuera instrumentado en un boleto de compraventa).

c. Revocación efectuada por el representado: así como en su momento el representado otorgó un poder para que el representante obre en su nombre, con la misma libertad que lo hizo puede revocarlo en cualquier tiempo. La revocación constituye un acto jurídico unilateral y recepticio, por lo que sus efectos recién se producen una vez que el destinatario —el representante— conoció sus términos. De todos modos, el margen de arbitrio que se concede al representado encuentra un límite en los casos en que el poder ha sido otorgado en forma irrevocable. En tal supuesto, se insiste, no se admite la revocación. Pero para que ello sea así es preciso que el poder —irrevocable— haya sido conferido: i) para actos especialmente determinados; ii) limitado en su duración a un plazo cierto —vencido dicho plazo, se produce la extinción del poder—; y iii) en razón de un interés legítimo. Aun así, el poder irrevocable puede ser revocado si mediare "justa causa" (por ejemplo, incumplimiento del representante de algunas de las obligaciones a su cargo; art. 372 CCyC).

d. Renuncia del representante: si la pérdida de la confianza puede ser el móvil que lleva al representado a revocar el poder otorgado al representante, a la inversa puede ocurrir que esa misma razón determine al representante a renunciar al apoderamiento que le fuera conferido. El Código condiciona el ejercicio de esta facultad imponiendo al representante la obligación de continuar en el ejercicio de su misión hasta tanto notifique la renuncia al representado, salvo que acredite la concurrencia de una "justa causa". El artículo no explica qué debe entenderse por tal. Podría considerarse que el incumplimiento del representado de las obligaciones a su cargo (art. 373 CCyC) constituye una justa causa, mas es claro que no cualquier incumplimiento puede habilitar sin más la cesación inmediata de la actuación del representante sin esperar a la notificación al representado. Habrá, pues, que examinar

Infojus

la gravedad del incumplimiento, si medió culpa del representado en su configuración, etc.

e. Declaración de muerte presunta del representante o del representado o de ausencia del representante: son supuestos que se asimilan al del fallecimiento. Se trata de una causal que fue agregada por la reforma y se justifica por el carácter *intuitu personae* de la representación y la confianza que es característica de ella.

f. Quiebra del representante o representado: la quiebra —no el concurso preventivo— produce una serie de efectos personales y patrimoniales respecto del fallido (arts. 102 y ss., ley 24.522). El CCyC viene a agregar uno más a la nómina de consecuencias: la extinción del poder otorgado al representante o por el representado fallido.

g. Incapacidad del representante o representado: este supuesto reproduce la disposición del art. 1963 CC. Por las mismas razones expuestas anteriormente, si el representante o el representado sufren una restricción a su capacidad y ella alcanza a los actos que están comprendidos en la encomienda efectuada por el representado, va de suyo que la representación quedará extinguida por imposibilidad de desarrollar el cometido.

ARTÍCULO 381.- ***Oponibilidad a terceros.*** *Las modificaciones, la renuncia y la revocación de los poderes deben ser puestas en conocimiento de los terceros por medios idóneos. En su defecto, no son oponibles a los terceros, a menos que se pruebe que éstos conocían las modificaciones o la revocación en el momento de celebrar el acto jurídico.*

Las demás causas de extinción del poder no son oponibles a los terceros que las hayan ignorado sin su culpa.

1. Introducción

En el CC, los efectos de la cesión del mandato y su oponibilidad a los terceros dependían de que los terceros supieran o hubieran podido saber la causa de extinción del mandato. Igual criterio se sigue en este artículo.

2. Interpretación

La eficacia de las modificaciones del poder, la renuncia del representante o la revocación manifestada por el representado, desde el punto de vista de los terceros, depende de que se les comunique tales circunstancias. El artículo no indica cómo debe hacerse esa notificación. Tan solo refiere que debe cumplirse por "medio idóneo", lo que abre un abanico amplio de posibilidades, que van desde la carta documento, la notificación notarial, hasta el aviso verbal documentado en instrumento privado suscripto por el tercero interesado. Lo importante es que, si al momento en que se otorgó el acto, el tercero no tenía conocimiento de la modificación, la renuncia o la revocación del poder, estas circunstancias le son inoponibles.

El régimen varía respecto de las restantes causales de extinción del poder referidas en el art. 381 CCyC. En estos casos, ellas son oponibles a los terceros en la medida que las hubieren conocido o ignorado con culpa.

Infojus

CAPÍTULO 9(*)
Ineficacia de los actos jurídicos

SECCIÓN 1ª
Disposiciones generales

ARTÍCULO 382.- ***Categorías de ineficacia.*** *Los actos jurídicos pueden ser ineficaces en razón de su nulidad o de su inoponibilidad respecto de determinadas personas.*

Remisiones: ver arts. 343 y ss.; 1086, 1087, 1089, 1090 y 2566 y ss. CCyC.

1. Introducción

El CCyC, a diferencia del CC, regula la nulidad de los actos jurídicos en la teoría general de la ineficacia. Distingue el concepto de ineficacia por nulidad e ineficacia por inoponibilidad. De esta forma, se estructura la teoría de las nulidades y se unifica la clasificación. Desaparece la "tipificación" que establecía el art. 1037 CC, de lo que se infiere que los jueces tendrán mayor libertad de interpretación para declarar la nulidad en supuestos determinados.

La doctrina en general realizaba esta distinción, pero ahora no quedan dudas sobre las diferencias entre ambas categorías, ya que fueron incorporadas al derecho positivo. Un acto inválido puede ser nulo o ineficaz, pero no siempre un acto ineficaz es inválido. Más aún, puede ser válido e ineficaz inicialmente, y dejar de serlo con posterioridad.

2. Interpretación

2.1. Distinción entre ineficacia e invalidez

El acto jurídico carece de valor cuando no reúne los requisitos exigidos por la ley. En cambio, será ineficaz si por cualquier razón no produce efectos. Puede provenir de fallas en la estructura misma del acto o por causas ajenas.

Ineficacia es —entonces— un concepto más amplio, comprensivo de distintas situaciones en las que los actos no tienen valor. Se encuentran comprendidos en esta noción otros institutos, como la caducidad, la resolución, la revocación y la rescisión. Sin embargo, el texto solamente menciona dos de esos supuestos: la nulidad y la inoponibilidad. Omite referirse en este capítulo a la llamada "ineficacia simple", pero las restantes causales de ineficacia se encuentran reguladas en otras partes del CCyC. Así, por ejemplo, los efectos de la caducidad están regulados en el art. 2566 y siguientes; la condición tienen también sus pautas específicas en los arts. 343 y siguientes, en tanto que las cláusulas resolutorias expresa e implícita se tratan en la parte de extinción del contrato (arts. 1086 y 1087, respectivamente); la frustración de la finalidad está regida en el art. 1090 y la extinción unilateral en los casos que la ley lo autoriza está prevista en el art. 1089 CCyC.

El CCyC enuncia la inoponibilidad como causal de ineficacia. Esta figura tenía distintas aplicaciones en el CC, pero carecía de reconocimiento como categoría expresa y autónoma.

(*) Comentarios a los arts. 382 a 397 elaborados por María Isabel Benavente.

Infojus

2.2. Inexistencia y nulidad. Concepto

Según la definición clásica, se entiende por nulidad la sanción legal que priva de sus efectos normales a un acto jurídico en virtud de una causa originaria, es decir, existente en el momento de su celebración (Borda Cifuentes).

El CCyC, de acuerdo con la doctrina que actualmente prevalece tanto en el ámbito nacional como en el derecho comparado, entiende que la inexistencia no es una categoría autónoma de ineficacia, pues la invalidez es suficiente para dar respuesta adecuada a la imperfección del acto y pulverizar —en consecuencia— sus efectos propios, esto es, aquellos que las partes tenían en miras producir. Salvo, claro está, la posibilidad de generar las consecuencias que producen los hechos en general y las reparaciones que correspondan (art. 391 CCyC).

2.3. Inoponibilidad. Concepto

Se ha dicho que la inoponibilidad *"es una ineficacia relativa, congénita o sobrevenida del negocio jurídico, en consideración a determinados supuestos a los cuales éste puede interesar, pero que mantiene su eficacia entre los que lo celebraron y también, en algunos casos, respecto de otros terceros"*.[273] Está fuera de la validez o invalidez del acto por cuanto es un elemento externo a este considerado en sí mismo. Esta es la definición tradicional de la inoponibilidad. Sin embargo, el concepto consiente diferentes matices. Así, la doctrina distingue:

a. **ineficacia simple:** se presenta cuando el acto no produce sus efectos propios por un problema o situación ajenos a su estructura. Es el caso del testamento que, para ser eficaz, requiere la muerte del testador (art. 2518 CCyC); o el del precio de la compraventa que se deja al designio de un tercero;
b. **ineficacia relativa o inoponibilidad**: el acto tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. Por el primero, el acto vale y es eficaz entre las partes aunque es inoponible con relación a ciertos terceros. Vale decir, con independencia de su eficacia o ineficacia, se trata en el caso de la no aplicación del acto frente a terceros interesados. Tal supuesto de fecha cierta en los instrumentos privados o la inscripción registral para dar publicidad a los derechos reales (art. 1892 y ss. CCyC). En su aspecto negativo, el acto es inválido como tal frente a todos, pero algunos terceros pueden invocarlo en su favor. Es el caso de la simulación cuando se trata de terceros de buena fe y a título oneroso de un inmueble que tiene como antecedente un acto simulado (art. 392 CCyC). Estos pueden resistir la debida restitución porque la sentencia no los afecta.

ARTÍCULO 383.- ***Articulación.*** ***La nulidad puede argüirse por vía de acción u oponerse como excepción. En todos los casos debe sustanciarse.***

Remisiones: ver comentario al art. 386 y ss. CCyC.

1. Introducción

Este artículo reproduce el art. 1058 bis CC. Tanto en uno como en otro, la nulidad puede articularse como acción cuando una de las partes pretende desmantelar los efectos de un acto y obtener la restitución de aquello que se hubieran entregado en virtud del acto nulo.

(273) Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 715.

Infojus

También puede oponerse por vía de excepción. En este caso procede cuando una de las partes intenta prevalerse del acto nulo e inicia acción para obtener el cumplimiento. Frente a esa pretensión, la otra parte invoca como excepción la nulidad del acto. Previo traslado a la otra parte y producida la prueba, ambas cuestiones se resolverán en la sentencia.

2. Interpretación

2.1. Supresión de la categoría de actos nulos y anulables

Remitimos al comentario del art. 386 y ss. CCyC.

2.2. La nulidad invocada por vía de acción. Integración de la litis

La acción de nulidad es aquella en la cual la parte que afirma haberse perjudicado por el vicio decide solicitar la declaración judicial de nulidad. En tal caso tiene que demandar a todos los que intervinieron en el acto o a sus sucesores. Si el bien se transmitió a terceros, también estos deberán ser citados a juicio, porque se trata de un supuesto de integración obligatoria de la litis a efectos de que la sentencia pueda serle opuesta a todos los interesados. Si el acto impugnado consta en escritura pública, no será necesario citar al escribano, a menos que se invoque la falsedad material o ideológica de aquella.

2.3. La nulidad invocada por vía de excepción

Al igual que ocurría con el CC luego de la ley 17.711, se admite la articulación por vía de excepción. Ello tendrá lugar como reacción frente al intento de la otra parte de promover judicialmente el cumplimiento. Quien se excepciona es porque se defiende y pretende —así— impedir el cumplimiento coactivo que procura la otra parte por vía judicial.

2.4. Necesidad de sustanciación

El último párrafo del art. 383 CCyC contiene una norma de carácter procesal. Impone la necesidad de cumplir con la sustanciación del planteo —que hubiere sido opuesto por vía de excepción— aun cuando se trate de una defensa de fondo. El CCyC consagra expresamente esa práctica para evitar cualquier interpretación en contrario, como ha ocurrido, aun cuando la referida excepción se resuelva en la sentencia.

2.5. Prescripción de la acción

La acción de nulidad absoluta es imprescriptible e insusceptible de confirmación (art. 387 CCyC). En cambio, cuando el acto está viciado de nulidad relativa, la acción prescribe y es confirmable (art. 388 CCyC). Rige, en el caso, el plazo de dos años que establece el art. 2562, inc. a) CCyC.

2.6. Prescripción de la nulidad relativa opuesta como excepción

El CCyC no regula el comienzo del cómputo de la prescripción de la nulidad opuesta como excepción. Sin embargo, es posible, en este caso, adoptar la solución de la doctrina mayoritaria que, luego de la sanción de la ley 17.711, concluye que las excepciones perduran aún después de prescripta la acción. Ello obedece a que, mientras una parte no pretenda la ejecución del acto, el planteo de la excepción resultaría innecesario por abstracto. Pero si el causante del acto inválido pretende ejecutarlo, es razonable que el demandado cuente con esta defensa para evitar que se concrete la maniobra. Sería contrario al principio de la buena fe que la víctima se mantenga inactiva en el entendimiento de que la otra parte no intentará ejecutar el acto en atención al vicio que lo afecta.

ARTÍCULO 384.- *Conversión.* ***El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad.***

1. Introducción

El CC no contenía ninguna disposición general sobre el punto sino que, en casos específicos, introducía normas semejantes a la comentada. Es así que el principio de conversión fue tomando cuerpo en la doctrina y aún en la jurisprudencia a partir de esa casuística. Ejemplos del referido principio en el CC son:

a. el art. 987 CC, según el cual el instrumento público que resulta nulo por incompetencia del oficial público ante quien se otorgó, o por defecto de forma, vale como instrumento privado;

b. el art. 3670 CC, que establecía que cuando un testamento cerrado no podía valer como tal por falta de las solemnidades, vale como instrumento ológrafo si está escrito de puño y letra y firmado por el testador;

c. el art. 1185 CC, que disponía que cuando un acto que debía ser realizado en escritura pública se hacía por instrumento privado, valía como obligación de escriturar;

d. la donación *mortis causa*, nula como tal, puede valer como testamento si reúne la forma exigida (art. 1790 CC), la donación de bienes presentes y futuros se reduce a los presentes (art. 1800 CC).

En todos estos supuestos la doctrina advierte que el instituto persigue el fin práctico de proteger la voluntad de las partes plasmada en el negocio jurídico, siempre y cuando esta sea merecedora de la referida tutela.

2. Interpretación

2.1. Conversión de los actos jurídicos. Criterio de aplicación

Se denomina conversión al remedio por el cual un acto nulo en su especie o tipo resulta válido como acto o negocio de una especie o tipo diferente.[274]

La finalidad de la conversión es evitar la nulidad del negocio, sanción que recaería sin lugar a dudas si el acto carece de las condiciones necesarias legalmente previstas para producir sus efectos propios. Para salvar en alguna medida su funcionalidad se debe examinar si, a pesar de no tener las condiciones necesarias para producir los efectos típicos de su especie, tal como está, satisface las de otro acto jurídico, con efectos análogos o cercanos a los que se procuraban lograr. De allí, por el principio de conversión —que no es ajeno al de conservación— puede producir efectos con este último alcance. Un claro ejemplo es el del art. 1018 CCyC. Establece que el otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, esto es, asegurado su cumplimiento.

El principio de conversión es aplicable en aquellos supuestos de actos jurídicos formales no solemnes. La conversión se puede establecer en base a dos criterios:

(274) Oneto, Tomás, "La conversión del negocio jurídico en nuestro derecho positivo", en *LL* 1979-A, p. 716.

Infojus

a. un criterio objetivo: que considera que los elementos y requisitos existentes al celebrar un acto jurídico determinado que, no obstante ser inadecuados para producir los efectos realmente buscados por éste, reúnen los necesarios para producir los efectos de otro negocio jurídico afín. De esta manera se preserva la voluntad negocial;

b. un criterio subjetivo: su configuración requiere distintos elementos: i) que el acto nulo reúna los requisitos de forma y sustancia de otro acto; ii) que, de haber conocido que el primer acto no reunía los recaudos propios de su especie, las partes hubieran querido el segundo. Esta voluntad hipotética —no real— surge si el fin práctico y los efectos perseguidos pueden conseguirse con un acto jurídico distinto. Se trata de reconstruir aquello que los interesados hubieran querido si hubieran advertido la nulidad del acto que se propusieron lograr.

La reforma toma en cuenta el aspecto subjetivo de la conversión, tal como surge de lo expuesto en los Fundamentos del Proyecto presentado por la comisión redactora.

2.2. Efectos

En los supuestos de conversión, los efectos del acto se producen a partir del otorgamiento de la forma requerida por la ley.

ARTÍCULO 385.- ***Acto indirecto.*** *Un acto jurídico celebrado para obtener un resultado que es propio de los efectos de otro acto, es válido si no se otorga para eludir una prohibición de la ley o para perjudicar a un tercero.*

1. Introducción

Los negocios indirectos son actos reales utilizados como recurso técnico para producir un efecto jurídico determinado pero distinto o ajeno a la función económica típica que el acto normalmente está destinado a producir.

La doctrina estudiaba al negocio indirecto como un dato de la realidad vinculándolo generalmente con el acto simulado o el acto fiduciario.

El CC no tenía una disposición expresa sobre negocios indirectos y tampoco era aceptado unánimemente por los autores. El CCyC incorpora la figura —que se sustenta en el principio de autonomía de la voluntad—, y autoriza expresamente este tipo de actos jurídicos siempre que no se utilicen para fines ilícitos o para perjudicar a terceros.

2. Interpretación

La norma da cabida expresamente en nuestro ordenamiento al negocio indirecto o de finalidad indirecta. En apariencia, estos actos pueden confundirse con los simulados porque dejan al descubierto la discrepancia consciente entre la causa típica del negocio elegido y la intención práctica perseguida. En ambos tipos de negocio se produce —en palabras de Betti— un uso anormal de la función instrumental del acto.[275] La diferencia radica en que el negocio simulado no sería querido, y sí lo sería el indirecto.

En el acto jurídico indirecto, las partes escogen una vía transversal para lograr su propósito. El ejemplo clásico de negocio indirecto que suministran los autores es el que se

(275) Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967.

presenta cuando el deudor otorga mandato irrevocable a su acreedor para que perciba el pago de lo que le es debido a él. El negocio celebrado —mandato— es real, pero está destinado a satisfacer un resultado ulterior que excede su causa típica y es que el acreedor a quien se invistió con el mandato, cobre su crédito y compense la obligación de restituir las sumas debidas en razón del cumplimiento del mandato con las que el deudor/mandante le debe por alguna otra causa.

El negocio indirecto se rige por las normas que regulan el negocio típico y, además, en cuanto no sean incompatibles, por aquellas que rigen los efectos del acto que las partes se propusieron alcanzar por esta vía.

El negocio jurídico indirecto produce plenos efectos entre las partes. Para los terceros que solo conocen la realidad aparente, solo es oponible el acto típico elegido para lograr indirectamente la finalidad.

SECCIÓN 2ª
Nulidad absoluta y relativa

ARTÍCULO 386.- ***Criterio de distinción.*** ***Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción sólo en protección del interés de ciertas personas.***

1. Introducción

El CCyC elimina la doble clasificación entre actos nulos y anulables. Durante la vigencia del CC, la doctrina había ensayado distintos fundamentos para establecer el criterio de distinción entre ambos. El más difundido y aceptado es que en los actos nulos el vicio surge evidente o salta a la vista. Esta expresión quiere decir que, cuando se advierte un vicio o defecto congénito, basta con subsumir el caso en una norma jurídica determinada para que este quede privado de sus efectos propios. Es la ley, por sí misma, sin cooperación de ningún otro órgano o poder, quien fulmina de nulidad del acto. En ese caso, el vicio que exhibe aparece rígido, se presenta en la misma dosis en todas las hipótesis y salta a la vista.[276] Los actos anulables, en cambio, solo tienen en la ley un principio de sanción que el juez debe destacar, definir y regular, porque el vicio no es rígido y perfilado por la ley sino que depende de juzgamiento.

Otra diferencia entre actos nulos y anulables es la que gravita fundamentalmente en el razonamiento y en la actividad del juez frente a la irregularidad congénita de un acto.[277] En el acto nulo, se limita a comprobar la existencia de un vicio que está previamente perfilado y tasado por la ley. La norma es categórica y no deja margen para la interpretación. Si establece que los menores de trece años no tienen capacidad para celebrar personalmente tal o cual acto jurídico, de nada vale que el juez considere que se trata de un adolescente maduro que entiende perfectamente la importancia del acto que realiza. Es la propia norma la que gradúa el defecto congénito —que se presenta en todos los actos en forma idéntica (en el ejemplo, todos los menores de trece años están impedidos de celebrar por sí actos jurídicos, no solo uno o un grupo)— y lo sanciona con la nulidad. En

(276) Llambías, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 1993, p. 477.

(277) Cifuentes, Santos, *Negocio jurídico*, Bs. As., Astrea, 2004, p. 749.

Infojus

cambio, en el acto anulable, la ley simplemente define cuáles son los requisitos que debe reunir un supuesto determinado para que pueda ser declarado nulo. En este caso, la labor del juez es de juzgamiento. Tendrá que indagar o realizar una investigación de hecho para determinar si se presentan concretamente en un caso los elementos que esboza la ley con la intensidad que se exige para decretar la invalidez del acto.

Como consecuencia de lo expuesto, se afirma que la sentencia que se dicta en el primer caso es declarativa pues se limita a comprobar la causal de nulidad del acto que ha sido preestablecida por la ley. En cambio, si se trata de un acto anulable, el pronunciamiento es constitutivo, porque con anterioridad a este, el acto es válido (art. 1046 CC).

Sin embargo, un sector de la doctrina puso de manifiesto que, en los hechos, la distinción entre actos nulos y anulables era inútil y que —además— dicha categoría se basaba en una confusión conceptual. Se destaca que cuando se intenta desmantelar los efectos del acto nulo y se quiere obligar a una de las partes a restituir a la otra lo que hubiera otorgado en razón de ese acto, la intervención jurisdiccional es siempre inexorable, se trate de un acto nulo o anulable.

Sobre la base de los argumentos expuestos, luego de la reforma que la ley 17.711 introdujo al art. 1051 CC, algunos autores cuestionaron la conveniencia de mantener la doble clasificación de actos nulos y anulables por cuanto la norma agregada la ha despojado de uno de sus beneficios más importantes. Esta solución es la que prevaleció en la doctrina.

2. Interpretación

La nulidad absoluta procede cuando el interés inmediatamente vulnerado es el interés general, esto es, "el orden público, la moral y las buenas costumbres". La nulidad relativa —en cambio— está instituida en beneficio de las personas que resultan perjudicadas por un acto viciado y es viable en los casos en que el defecto afecte el interés individual.

Según la redacción del art. 386 CCyC, entre los actos nulos quedan abarcados una serie de supuestos que involucran cuestiones de interés general y de interés particular. Así, es nulo el acto celebrado por un incapaz de hecho absoluto, y también lo es el acto de objeto prohibido. En el primer caso, la nulidad es relativa, en el segundo, si afecta el orden público, será absoluta.

A partir de lo expuesto, es necesario redefinir el contenido de las nulidades absolutas y relativas, porque ambos conceptos responden a criterios de distinción diferentes de los conocidos hasta ahora.

El art. 386 CCyC establece que son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son, en cambio, de nulidad relativa, aquellos a los cuales la ley impone la sanción solo y exclusivamente en protección al interés de ciertas personas.

Más allá de las críticas que pudiera suscitar la opción legislativa realizada en este punto, para discernir si se trata de una nulidad absoluta deben tenerse en cuenta no solo las disposiciones que conciernen al orden público, sino también la lesión causada a los intereses generales cuya violación —de igual modo— pulverizará de nulidad al acto. De modo que el negocio jurídico será nulo de nulidad absoluta cuando inmediatamente se afecten intereses generales. En el caso de los vicios de la voluntad, en cambio, no se produce de manera inmediata una afección al interés público ni al orden público sino exclusivamente al particular o individual. Por tanto, la nulidad será relativa.

En algunos supuestos puede presentarse la hipótesis en que un interés particular merece ser protegido especialmente por el legislador. Ello ocurre cuando el interés comprometido es primordialmente de orden privado, pero el legislador estableció determinada tutela como manera de protegerlo por su importancia para la sociedad. En tal caso, a pesar de afectar intereses privados, la nulidad o invalidez será absoluta, como ocurre cuando se viola la capacidad de obrar en atención a la particular situación de las personas entre sí. Es el supuesto en que se prohíbe a los padres y tutores contratar por sí, o por intermedio de otra persona, con sus hijos menores de edad (art. 120 CCyC).

Como se advierte, aunque se hace referencia al "orden público" y no al interés general, con las diferencias que ambos conceptos suponen, lo cierto es que en la referencia a este último se aglutinan tanto los supuestos en que se viola el orden público como la moral y las buenas costumbres de la sociedad.

Para determinar si la nulidad es absoluta o relativa, será preciso entonces examinar hacia dónde apunta la potencialidad destructora del vicio congénito y cuál es el bien jurídico que lesiona, hiere o infringe.

ARTÍCULO 387.- ***Nulidad absoluta. Consecuencias.*** *La nulidad absoluta puede declararse por el juez, aun sin mediar petición de parte, si es manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.*

1. Introducción

El CCyC mantiene el mismo funcionamiento de la nulidad absoluta que su predecesor. Aclara, sin embargo, un aspecto que había dado lugar a polémicas, vinculado con la posibilidad de decretar la invalidez del acto de oficio cuando el vicio y la afectación al interés colectivo o general surge claro de la prueba, admitiendo ahora inequívocamente esa posibilidad.

2. Interpretación

2.1. Nulidad absoluta. Concepto

La nulidad absoluta es aquella en que el vicio afecta en forma inmediata y preponderante el interés general o particular cuando este ha sido especialmente protegido por la legislación. El Código considera que los actos afectados de nulidad absoluta son aquellos contrarios al orden público o a la moral.

2.2. Caracteres

2.2.1. Puede ser declarada de oficio por el juez

El Código autoriza la declaración de oficio cuando surge manifiesta en el momento de dictar sentencia. Esta disposición, tomada del art. 384 del Proyecto de 1998, pretende solucionar las dificultades que suscitaba la interpretación de los arts. 1038 y 1047 CC. Según esas normas, algún autor interpretó la posibilidad de declarar de oficio la nulidad cuando el defecto no surgía del título sino que era necesaria la presentación de prueba

Infojus

extrínseca.[278] Otra opinión, en cambio, sostenía que si el vicio o defecto surgía manifiesto en el acto, era imperativo para el juez declarar la nulidad. Es preciso aclarar —para evitar cualquier duda interpretativa— que, en el texto actual, la posibilidad de declarar de oficio la nulidad es viable cuando el vicio o defecto que lesiona directamente al orden público, la moral y las buenas costumbres, surja de la prueba producida en el caso, ya sea de la aportada por la propia parte o bien de la que se adquiera en el curso del trámite. No interesa que la acción de nulidad se hubiere deducido en el momento de la interposición de la demanda ni que surja evidente por ese entonces. La posibilidad real del juez de declarar la invalidez del acto surge cuando el defecto se encuentre claramente probado al concluir los trámites, de modo que esté en condiciones de apreciarlo y valorarlo al tiempo de dictar sentencia.

2.2.2. Puede ser articulada por el Ministerio Público y por cualquier interesado

Tanto el Ministerio Público como cualquier persona —entre ellos, el Defensor de Menores— pueden solicitar la declaración de nulidad. Basta con que justifiquen un interés legítimo. Como es lógico, no pueden solicitar la nulidad del acto quienes hubieren producido el vicio o lo hayan conocido al tiempo de ejecutar el negocio. Es una manifestación del principio según el cual nadie puede invocar su propia torpeza. Sin embargo, no se advierten obstáculos para considerar que si el causante de la nulidad no ejecutó el acto viciado, al ser demandado puede oponer la excepción respectiva siempre que no pretenda sacar ventaja de su proceder.

2.2.3. No puede ser saneado por confirmación

El fundamento de la prohibición que contiene este artículo, en concordancia con el art. 393 CCyC, se explica a partir de lo expuesto anteriormente. Si la nulidad absoluta protege intereses colectivos, o de la sociedad en general, no podrían las partes sanear el acto inválido. Es una consecuencia del principio según el cual la acción de nulidad en este caso no es renunciable.

2.2.4. Es imprescriptible

Tampoco la acción para reclamar la nulidad absoluta es susceptible de prescripción. De otro modo se podría admitir implícitamente la renuncia en este tipo de casos, pues bastaría con mantenerse activo en el transcurso de cierto tiempo para que opere la confirmación tácita del acto viciado de nulidad absoluta.

ARTÍCULO 388.- ***Nulidad relativa. Consecuencias.*** *La nulidad relativa sólo puede declararse a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece. Excepcionalmente puede invocarla la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Puede sanearse por la confirmación del acto y por la prescripción de la acción. La parte que obró con ausencia de capacidad de ejercicio para el acto, no puede alegarla si obró con dolo.*

(278) Cifuentes, Santos, "Comentario al art. 1047 CC", en Belluscio y Zannoni, *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Bs. As., Astrea, 1982, p. 716.

1. Introducción

La nulidad relativa está instituida en beneficio de una de las partes. Por tanto, solamente pueden pedir la nulidad la parte perjudicada por el acto. También pueden hacerlo sus herederos siempre que el acto viciado no sea intransmisible. El CCyC contiene en este punto una novedad importante, porque amplía la legitimación y confiere acción no solo a la parte en beneficio de quien se estableció, sino además a la otra, en tanto sea de buena fe, siempre que exhiba un determinado interés o "*perjuicio importante*", como lo denomina el Código. Es una nueva directiva dentro del régimen nacional de las nulidades, aunque tiene como precedente el art. 1420 del Código de Quebec.

De este modo procura lograr el equilibrio entre el principio según el cual el interés es la medida de la acción y se atiende a la posibilidad de decretar la nulidad en tanto ésta importe restaurar la realidad, sin que ninguna de las partes obtenga un beneficio indebido.

2. Interpretación

2.1. Nulidad relativa. Concepto

No hay un concepto unívoco. Sin embargo, puede definirse como la sanción legal que priva de efectos al acto jurídico en razón de un vicio congénito que produce perjuicios a intereses particulares o privados.

2.2. Caracteres de la nulidad relativa

2.1.1. Procede solo a petición de parte interesada

La nulidad en este caso ha sido instituida en protección de intereses privados. Por tanto, consecuentemente con ello, el Código solo autoriza a pedir la nulidad a quien haya padecido el vicio, esto es, por ejemplo, a la víctima de dolo o de violencia. Rige en toda su extensión el principio según el cual el interés es la medida de la acción. De modo que el juez no puede decretar de oficio la invalidez. Es claro que la acción es transmisible a los herederos o sucesores universales, siempre, claro está, que no se trate de un derecho inherente a la persona. Por supuesto no está legitimada la parte que provocó el vicio ni la parte capaz cuando el defecto radicara justamente en la incapacidad de la otra, tal como lo prevé la última parte del artículo en comentario.

2.1.2. No puede ser invocada por el Ministerio Público

Por las mismas razones expuestas anteriormente, tampoco en el caso de nulidad relativa tiene legitimación el Ministerio Público Fiscal quien no puede pedir la nulidad en el solo interés de la ley o de la moral y las buenas costumbres. Puede, sin embargo, tener facultades concurrentes si, además de la afectación del interés particular, se incurre en violación de algunas del orden público o intereses generales. Sus facultades en ese caso serán concurrentes con las del interesado. Tendrá acción el Defensor de Menores exclusivamente en aquellos supuestos en que el art. 103 CCyC le confiere legitimación para actuar en forma principal.

2.1.3. El acto puede ser confirmado

Como la nulidad está instituida en beneficio de una de las partes, el acto viciado es susceptible de confirmación, expresa o tácita.

Infojus

2.1.4. La acción es prescriptible

También la nulidad puede ser renunciada por la parte a quien beneficia la acción.

2.3. Incapacidad de ejercicio. Sujeto que obró en forma dolosa

Como se ha visto, el principio general es que se encuentra legitimada para articular la invalidez la parte en cuyo beneficio se instituyó la nulidad. Este postulado alcanza a quienes eran incapaces de hecho al tiempo de celebrar el acto. Sin embargo, la disposición que se comenta contiene una contraexcepción, y es que la parte beneficiada no podría plantear la nulidad del acto si obró con dolo, esto es, cuando ocultó deliberadamente su incapacidad y la otra parte obró de buena fe, confiando en la apariencia generada por quien entonces disimuló o de cualquier modo impidió conocer la falencia existente al tiempo de celebrarlo. Es el caso de quien falsificó sus documentos para aparentar ser mayor de edad y sorprendió a la otra parte con su actitud de mala fe.

SECCIÓN 3ª
Nulidad total y parcial

ARTÍCULO 389.- ***Principio. Integración.*** *Nulidad total es la que se extiende a todo el acto. Nulidad parcial es la que afecta a una o varias de sus disposiciones.*

La nulidad de una disposición no afecta a las otras disposiciones válidas, si son separables. Si no son separables porque el acto no puede subsistir sin cumplir su finalidad, se declara la nulidad total.

En la nulidad parcial, en caso de ser necesario, el juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes.

1. Introducción

La nulidad puede ser total o parcial. Es total cuando el vicio o defecto congénito afecta e impregna a todo el negocio. Será, en cambio, parcial, si alcanza a una o varias cláusulas que son perfectamente separables del resto. En este punto, el CCyC ha tomado en cuenta el principio de separabilidad de las distintas cláusulas, al igual que el art. 1039 CC.

Para poder declarar la nulidad parcial del acto es preciso que el juez verifique si la cláusula inválida es o no separable. Para ello, deberá valorar si una vez excluida se mantiene el propósito que las partes tuvieron en miras al celebrar el acto, esto es, no solo la intención práctica sino también las circunstancias del caso, apreciadas según las reglas de la buena fe.

La nueva disposición contiene una novedad. Prevé que en caso que sea necesario para salvar la validez el acto jurídico, el juez debe integrar el acuerdo. Esta posibilidad coincide con otras disposiciones, concretamente, las que rigen la nulidad de las cláusulas generales o contratos de adhesión o cuando existe abuso de posición dominante que contiene la Ley de Defensa del Consumidor (art. 37 de la ley 24.240 y sus modificatorias).

2. Interpretación

2.1. Principio de separabilidad. Concepto y caracteres

A diferencia de lo que ocurre en el caso de la nulidad total, para que resulte viable considerar la posibilidad de disponer la nulidad parcial de un acto jurídico, es preciso que

Infojus

contenga distintas cláusulas o disposiciones. Para ello no hay que atender a la forma en que se materializaron las referidas cláusulas, sino que se busca que en un mismo acto se originen una pluralidad de derechos y de deberes que deberán encontrarse perfectamente diferenciados.

Para apreciar si las distintas cláusulas son o no separables, la doctrina distingue entre unidad interna y unidad externa del negocio.[279] Muchas veces las distintas cláusulas de un acto están entrelazadas de tal modo que no se puede declarar la nulidad parcial porque su interdependencia es tan intensa que no pueden sobrevivir si no es conjuntamente.

2.2. Nulidad parcial. Integración del acto jurídico

En este punto, se prevé que en caso de declararse la nulidad parcial el juez se encuentra facultado para integrar el acto jurídico. Se recogen de este modo las propuestas doctrinarias sobre integración del contrato. Rige aquí el principio de conservación de los actos jurídicos. La integración judicial procede solamente cuando "es necesario" para salvar la validez del negocio. No se persigue que el juez subsane la voluntad negocial ni libre a una de las partes de la equivocación en que incurrió o del perjuicio que se causó por su propia negligencia, sino que su integración ha de proceder cuando la índole del negocio lo requiera para salvar su validez sin romper el equilibrio interno del acto.

En efecto, las facultades del juez no son discrecionales, sino que tiene el deber de integrar el acto o contrato si fuere necesario para salvar su subsistencia. Es una manifestación del principio de conservación. Para ello, tendrá en cuenta la naturaleza del negocio de que se trata y los intereses que razonablemente puedan considerarse perseguidos por las partes. Habrá de considerar especialmente el fin abstracto, el que normalmente el negocio está destinado a producir y no las circunstancias concretas de alguna de las partes.

SECCIÓN 4ª
Efectos de la nulidad

ARTÍCULO 390.- ***Restitución.*** *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.*

1. Introducción

El CCyC, al igual que el Proyecto de 1998, simplifica el casuismo que contenía el CC, circunstancia que permite una mejor comprensión y coherencia del sistema. A efectos de la restitución, se remite a las disposiciones sobre los efectos de las relaciones de poder.

Como principio general, la declaración de nulidad vuelve las cosas a su estado anterior, y obliga a las partes a restituirse lo que han recibido en virtud del acto nulo. El referido postulado se aplica a las partes y a los terceros. Sin embargo, cabe distinguir dos situaciones: si el acto que fue declarado nulo tuvo o no principio de ejecución. En el primer caso, nada habrán de restituirse las partes, porque no se entregaron nada con anterioridad. En

(279) Zannoni, Eduardo, *Nulidad e ineficacia de los actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 220.

Infojus

el segundo, la restitución es compleja porque depende de distintas circunstancias. Entre otras valoraciones habrá que examinar si el poseedor es o no de buena fe. En principio, cuadra remitirse a las disposiciones que rigen los efectos de las relaciones de poder (art. 1932 y ss. CCyC). Cuando se trata de inmuebles o muebles registrables el problema de la restitución queda regido por el art. 392 CCyC.

2. Interpretación

El fundamento de la restitución —se ha dicho— no proviene de la nulidad, sino del título que pueda invocar cada parte sobre la cosa entregada. Por tanto, para que pueda hacerse efectiva, no es suficiente la declaración de nulidad, por cuanto pueden existir otros motivos para impedirla. Así, una de las partes puede invocar que la cosa pereció sin culpa de su parte o que le asiste algún otro fundamento o circunstancia —posesión, pago indebido, enriquecimiento sin causa, etc.— para mantener la posesión de la cosa.[280] Por supuesto, una de las partes puede negarse a restituir si la otra no cumple con su parte.

La restitución puede solicitarse por vía de acumulación en el mismo juicio en que se solicitó la invalidez o en juicio por separado. Por supuesto, la parte que provocó la nulidad no podría beneficiarse con la restitución, se trate de nulidad absoluta o relativa. Rigen en el caso los efectos de las relaciones de poder y, por tanto, cabe considerar la buena o mala fe del poseedor.

ARTÍCULO 391.- ***Hechos simples.*** ***Los actos jurídicos nulos, aunque no produzcan los efectos de los actos válidos, dan lugar en su caso a las consecuencias de los hechos en general y a las reparaciones que correspondan.***

1. Introducción

El CCyC, que sigue la propuesta del art. 388 del Proyecto de 1998, simplifica y perfecciona la redacción de los arts. 1056 y 1057 CC. Se instala el principio según el cual el acto acaecido en la realidad, aunque imperfecto, es susceptible de ser subsumido en otro supuesto, se trate de un simple acto lícito, o un hecho ilícito o un acto jurídico y puede presentarse una aplicación del principio de conversión. La licitud o ilicitud surgirá de las particularidades de cada uno.

2. Interpretación

2.1. Nulidad y acción resarcitoria. Naturaleza de la obligación

La nulidad impide que el negocio pueda producir sus efectos propios, esto es, aquellos a que estaba destinado. Produce, sin embargo, los efectos de los simples hechos en general y, en consecuencia, el acto podrá ser subsumido en otro supuesto jurídico, ya sea de un simple acto lícito, un acto ilícito o —incluso— en otro acto jurídico si se encuentran reunidas las condiciones para que opere la conversión (art. 384 CCyC).

Cuando la nulidad reduce el acto a un hecho ilícito, el perjudicado puede solicitar, además, la reparación de los daños y perjuicios, siempre —claro está— que se reúnan y se prueben los presupuestos de la responsabilidad. A tal efecto, el acto nulo es un simple

(280) Zannoni, Eduardo A., *Nulidad e ineficacia de los actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 230.

hecho, cuyas consecuencias o repercusiones dañosas deben ser reparadas. Para ello, es preciso que se verifiquen los presupuestos de la responsabilidad civil; fundamentalmente, que haya ocasionado un perjuicio por culpa o dolo del autor. Si el ilícito hubiera sido cometido, por ejemplo, con la complicidad de un tercero, la parte y el tercero serán solidariamente responsables por los perjuicios causados a la víctima, como dispone, para el caso de dolo, el art. 275 CCyC, y para la violencia, el art. 278 CCyC.

La acción resarcitoria es autónoma de la nulidad. No obstante, también puede ser complementaria o bien supletoria o sucedánea de la obligación de restituir.

De no ser posible la restitución de las cosas al estado anterior —por ejemplo porque la sentencia de nulidad no alcanza a un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso— corresponde la indemnización sustitutiva. Si, además, se produjeron daños y la víctima pretende su resarcimiento, deberá probar que se configuran los presupuestos de la responsabilidad civil. Es claro que el pedido de reparación de los daños debe ser expresamente solicitado por la víctima, ya sea en forma acumulada al pedido de nulidad o en juicio por separado.

ARTÍCULO 392.- ***Efectos respecto de terceros en cosas registrables.*** *Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.*

Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho.

1. Introducción

El efecto principal de la nulidad es volver las cosas al estado anterior al acto declarado nulo y, en consecuencia, las partes habrán de restituirse lo que mutuamente se entregaron en miras al acto viciado. En este punto el CCyC no innova con relación al CC que, por conducto de la ley 17.711, introdujo la teoría de la apariencia del acto, aunque se amplía su ámbito de aplicación. Por tanto, quedan exceptuados de la obligación de restituir y a resguardo de la acción de reivindicación, los terceros subadquirentes de buena fe y a título oneroso de bienes inmuebles o de muebles registrables. La referida excepción no se aplica a los actos a título gratuito, con prescindencia de la buena o mala fe del subadquirente ni a los actos realizados sin la intervención del titular del derecho. Este último supuesto es el que se conoce tradicionalmente como enajenación a *non domino*.

2. Interpretación

La disposición transcripta establece, en primer lugar, cuál es el principio general al que cabe atenerse cuando un acto es nulo y las partes se han entregado cosas, bienes o precios. Sigue al respecto el principio general de la restitución que establece el art. 390 CCyC, aunque establece una importante salvedad, con fundamento en la protección de los terceros titulares de derechos adquiridos de buena fe y a título oneroso. Es lo que la doctrina denomina "buena fe sublegitimante", o protección de la apariencia jurídica.

Por cierto, la parte final de la norma excluye la posibilidad de invocar la buena fe sublegitimante en aquellos supuestos en que el acto se ha realizado sin intervención del titular.

Infojus

Durante la vigencia del Código Civil, un sector de la doctrina afirmaba que la venta por parte de quien no es el propietario de la cosa —por ejemplo por sustitución de identidad del verdadero propietario, falsificación de firma o de documentos, entre otros supuestos— era inexistente y, por tanto, sustraía el supuesto de la aplicación del art. 1051 CC. En tales condiciones, el propietario original tenía a su disposición la acción reivindicatoria para recuperar el inmueble, aún frente a terceros de buena fe y a título oneroso. Para otros autores,[281] se trataba de un acto inoponible para el titular del bien. Solo un sector minoritario sostenía que las enajenaciones a *non domino* se encontraban alcanzadas por la segunda parte del art. 1051 CC.

El CCyC no adopta la inexistencia como categoría de ineficacia distinta de la nulidad, pero establece un principio importante al excluir a las ventas *a non domino* de la aplicación de la doctrina de la apariencia. De este modo se suministra una solución armónica con el resto del articulado. La protección del artículo no se concede a la otra parte del acto —quien siempre está obligada a restituir— sino a terceros de buena fe y a título oneroso.

La buena fe del tercer adquirente puede ser entendida de distintas maneras. Un sector de opinión puede considerar que es suficiente con que el adquirente haya confiado en las constancias de los registros para ser considerado como adquirente de buena fe. Este criterio se enuncia como "buena fe registral". Para otros, en cambio, no basta con las constancias registrales sino que es preciso que el tercero adquirente haya tomado los recaudos para asegurarse que la realidad extra registral coincide con la registrada. Por tal razón, en materia de adquisición de inmuebles, solamente se considera que el subadquirente es de buena fe si realizó un estudio de títulos que no reflejaba ninguna anomalía en la cadena de dominio.

La norma no precisa si el principio de la apariencia se aplica exclusivamente a los casos de nulidad relativa o si también le cabe a los de nulidad absoluta. Queda en pie la discusión de la doctrina sobre el punto.[282] En tanto el texto legal no hace ninguna excepción —como ocurre, expresamente, en el caso de venta por quien no es el titular de la cosa (art. 392 *in fine*, CCyC)—, cabe entender que la protección del adquirente de buena fe y a título oneroso es tan intensa que no lo priva de tutela cuando el acto antecedente es de nulidad absoluta.

SECCIÓN 5ª
Confirmación

ARTÍCULO 393.- *Requisitos.* ***Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad.***

El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.

Remisiones: ver comentarios a los arts. 394 y ss., y 2539 y ss. CCyC.

(281) Alterini, Jorge H., "El art. 1051 del Código Civil y el acto inoponible", en *JA* 1971-640; Goldenberg, Isidoro, "El alcance de la protección legal dispensada a los terceros adquirentes de inmuebles: el controvertido agregado al art. 1051", en *Revista Notarial*, nº 841, p. 1276.

(282) Trigo Represas, Félix, "La nulidad de los actos jurídicos y los terceros adquirentes de inmuebles", *Revista del Notariado*, nº 821, p. 1427; Llambias, Jorge J., *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Bs. As., AbeledoPerrot, 1993, p. 583.

Infojus

1. Introducción

En materia de confirmación, el CCyC no ha modificado el régimen de confirmación que contenía el CC, salvo algunas cuestiones de redacción. La confirmación es un acto jurídico que tiene por fin inmediato expurgar o convalidar a otro acto jurídico anterior, sujeto a una acción de nulidad en razón de experimentar un vicio en su origen.

2. Interpretación

2.1. Distinción

La confirmación y la convalidación tienen entre sí la relación entre el género y la especie. La confirmación es un acto jurídico que tiene por fin inmediato convalidar a otro acto jurídico anterior, sujeto a una acción de nulidad —relativa— en razón de experimentar un vicio en su origen. Por este acto jurídico —confirmación— la parte interesada en la declaración de nulidad renueva su voluntad de hacer eficaz el negocio, siempre —claro está— que hubiera desaparecido el vicio que lo afectaba. Por supuesto, solo puede subsanar el acto la parte perjudicada cuando la nulidad sea de carácter relativo, es decir, cuando ha sido establecida en su exclusivo interés. Así, por ejemplo, la víctima de dolo, de violencia o de lesión, en lugar de solicitar la nulidad del acto considera que es mejor expurgar el vicio de que adolecía y por el cual era susceptible de ser declarado nulo, a fin de mantener su vigencia y la producción de sus efectos. Al confirmar el acto, se renuncia a hacer valer la nulidad. Ello significa que no desaparece el vicio —que se hallaba en el origen— sino los efectos o las consecuencias de la nulidad que lo afectaba.

2.2. Naturaleza jurídica de la confirmación

La confirmación forma parte del género convalidación. Se trata de un acto jurídico unilateral, aunque el que se confirma sea bilateral porque hubieran intervenido en él dos o más personas. Por tanto, no requiere la conformidad de la parte contraria para ser irrevocable.

La confirmación tiene efectos de carácter declarativo, característica que será determinante para justificar los efectos retroactivos de los actos entre vivos, tanto entre las partes como con relación —en general— a los terceros.

2.3. Prescripción liberatoria

Ver los comentarios al art. 2539 y ss.

2.4. Actos susceptibles de confirmación

Solo pueden ser subsanados o confirmados los actos viciados de nulidad relativa, porque los actos afectados por una nulidad absoluta no pueden ser revividos de ninguna manera por la naturaleza de la protección y los intereses que se tutelan en ese caso.

2.5. Condiciones de fondo y de forma de la confirmación

Para que la confirmación resulte válida y eficaz, es preciso que reúna determinados requisitos de fondo y de forma.

2.5.1. Condiciones de fondo

a. La confirmación debe expresar en forma expresa o tácita la voluntad del titular de la acción de nulidad de subsanar el acto y, por ende, de no reclamar la nulidad. Por

Infojus

tanto, solamente pueden confirmar el acto quienes están facultados para solicitar la invalidez. No puede hacerlo la otra parte ni los terceros, a quienes se niega la acción;

b. la segunda condición de fondo es que haya cesado la causa que da lugar a la nulidad. Desaparecido el vicio, la parte afectada estará en condiciones de expresar la confirmación. Si se mantienen las condiciones viciosas, no podría admitirse la posibilidad de confirmar. Así, cuando el acto ha sido celebrado por dolo o violencia, la víctima en ambos casos tiene que haber conocido la verdad y cesado el engaño o la violencia;

c. la tercera condición de fondo, es que el acto de confirmación no tenga, a su vez, un vicio que lo invalide.

2.5.2. Condiciones de forma

Las condiciones de forma son exigibles en la confirmación expresa que adopta la forma escrita (art. 394 CCyC), es decir, cuando la voluntad se manifieste en orden a sanear el acto. Ver comentario al art. 394 para las exigencias que el CCyC prevé en este caso.

ARTÍCULO 394.- ***Forma.*** *Si la confirmación es expresa, el instrumento en que ella conste debe reunir las formas exigidas para el acto que se sanea y contener la mención precisa de la causa de la nulidad, de su desaparición y de la voluntad de confirmar el acto.*

La confirmación tácita resulta del cumplimiento total o parcial del acto nulo realizado con conocimiento de la causa de nulidad o de otro acto del que se deriva la voluntad inequívoca de sanear el vicio del acto.

1. Introducción

El CCyC simplifica la redacción y el método de las disposiciones relativas a la confirmación, aunque no modifica la sustancia del instituto.

2. Interpretación

2.1. Forma de la confirmación. Especies

La confirmación puede ser expresa o tácita.

2.1.1. Confirmación expresa

En este supuesto, se requiere una declaración de voluntad por escrito que reúna la forma exigida para el acto que se sanea que contenga los siguientes requisitos:

a. que en la declaración se haga referencia precisa a la causa de la nulidad del acto que se quiere confirmar. Es menester una declaración inequívoca que individualice el negocio que se procura confirmar a efectos de que no sea confundido con otro. Por ello es conveniente que se efectúe un resumen del acto viciado;

b. que el sujeto que pretende confirmar indique cuál ha sido el vicio y la causa de nulidad que invalidaba al acto, y que esta ha desaparecido. Si en el acto hubiera más de un vicio, deberán ser mencionados todos ellos, de lo contrario la confirmación no será eficaz respecto de los que no se indican. Entre los ejemplos más comunes, suele indicarse el que al momento de la confirmación se mencione si, por ejemplo,

el afectado era menor de edad, o si fue engañado, o si el instrumento que contiene el acto tiene un defecto formal, entre otros;

c. que se manifieste la intención de reparar el acto que se pretende confirmar. Se trata, en verdad, de renunciar al derecho a hacer valer la nulidad relativa del acto a efectos de destituirlo de todo efecto y de volver las cosas al estado anterior.

2.1.1.1. Forma de la confirmación expresa

El CCyC exige que el instrumento reúna las formalidades exigidas para el acto que se sanea, al igual que lo hacía el art. 1062 CC. Por tanto, si el negocio que se confirma es formal solemne deberá ser realizado en idéntica forma que el acto viciado. Si no se prevé ninguna forma específica para este último, la confirmación podrá realizarse por cualquier clase de instrumento.

2.1.2. Confirmación tácita

La confirmación tácita resulta del cumplimiento voluntario y espontáneo —total o parcial— del acto nulo realizado. Por ejemplo, si la persona menor de edad que realizó un acto por sí —por ejemplo una venta— paga el saldo de precio cuando alcanza la mayoría de edad. El Código exige también que ese cumplimiento sea deliberado, esto es, que el sujeto tenga pleno conocimiento de la causa de nulidad y tenga expresa voluntad de sanear el vicio del acto. La virtualidad de la confirmación tácita se justifica por el principio según el cual nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores y plenamente eficaces. En efecto, resultaría injustificable que una persona impugne el acto defectuoso si previamente, en forma consciente, realizó actos incompatibles con el planteo de nulidad que tiene a su disposición para evitar la ejecución del acto.

2.1.2.1. Supuestos que excluyen la confirmación tácita

a. Cuando la ejecución es forzada;

b. si no llegó a ejecutarse el acto.

2.1.2.2. Interpretación de la confirmación tácita

El Código exige que la manifestación tácita de la voluntad de confirmar sea inequívoca. Ello quiere decir que en caso de duda, debe aplicarse un criterio estricto y, por ende, corresponde interpretar que no ha existido voluntad de confirmar.

2.1.2.3. Recaudos para la confirmación tácita

La validez de la confirmación tácita queda supeditada a los siguientes presupuestos:

a. debe haber cesado la causa de la nulidad;

b. la parte que confirma tiene que tener plena conciencia del acto que realiza;

c. debe surgir inequívoca la voluntad de confirmar;

d. el nuevo acto no debe tener vicios que, a su vez, lo invaliden.

2.2. Prueba de la confirmación

La confirmación —ya sea expresa o tácita— debe ser acreditada por quien la invoca. Si la confirmación fuera expresa, deberá acompañarse el instrumento que la acredita, con los recaudos que son necesarios para que tenga eficacia. Si, en cambio, la confirmación fuera tácita, la parte que aduce su existencia debe acreditarla por cualquier medio de prueba.

Infojus

ARTÍCULO 395.- ***Efecto retroactivo.*** *La confirmación del acto entre vivos originalmente nulo tiene efecto retroactivo a la fecha en que se celebró. La confirmación de disposiciones de última voluntad opera desde la muerte del causante.*

La retroactividad de la confirmación no perjudica los derechos de terceros de buena fe.

1. Introducción

En este punto no existen discrepancias con la legislación anterior. El CCyC mantiene los lineamientos del CC. Es decir, prevé el efecto retroactivo del acto como principio general entre las partes y con relación a los terceros, sin perjuicio de los derechos adquiridos por estos entre la celebración del acto inválido y la confirmación.

La confirmación de un acto nulo tiene efectos retroactivos a la fecha en que fue celebrado el acto. Debido a que la confirmación impide la impugnabilidad del acto defectuoso, si el acto no se ejecutó, a partir de ese momento podrá exigirse el cumplimiento por cuanto desde entonces producirá sus efectos típicos.

2. Interpretación

2.1. Efectos entre las partes y los terceros

Al igual que el CC, producida la confirmación expresa o tácita del acto, sus efectos entre las partes se retrotraen al momento en que se celebró. Con relación a los terceros, como principio general, rige el efecto retroactivo de la confirmación, como en cualquier caso de negocio en segundo grado con función declarativa.[283] Sin embargo, el CCyC —al igual que el anterior—, tutela a los terceros que hubieran adquirido sobre la cosa que es objeto del negocio susceptible de nulidad, ciertos derechos. En este caso se limita el principio de la retroactividad del acto por aplicación del principio de la apariencia jurídica y la seguridad en el tráfico. Sin embargo, no todos los sujetos que no intervinieron en el acto merecen idéntica protección. Al respecto, cabe distinguir:

a. **sucesores singulares**. En este caso el acto tiene efectos retroactivos, aunque rige plenamente la protección de los terceros a quienes se traspasó a título singular un derecho antes de la confirmación del acto antecedente nulo. Por supuesto, una interpretación armónica de esta disposición y el art. 392 CCyC autoriza a concluir que la protección de esos terceros procederá cubiertos los recaudos de buena fe y título oneroso;

b. **acreedores.** En principio, también en este caso operan los efectos retroactivos de la confirmación, siempre que no se trate de una manera de burlar sus derechos, en cuyo caso tendrán a su disposición las acciones protectoras del crédito;

c. **sucesores universales**. No revisten la calidad de terceros y, por tanto, se aplican los mismos principios que rigen en punto a los efectos de la confirmación entre las partes aun cuando no puede afectar los derechos que estos hubieran adquirido en el período que transcurre entre la celebración del acto y su confirmación.

(283) Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico,* Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1967, p. 426.

Infojus

2.2. Actos de última voluntad

En este caso la confirmación producirá efectos a partir del fallecimiento del disponente. Cabe destacar que si se trata de un testamento por vicio de forma, la confirmación no importa la convalidación del acto nulo sino que se tratará de un nuevo testamento.

SECCIÓN 6ª

Inoponibilidad

ARTÍCULO 396.- ***Efectos del acto inoponible frente a terceros.*** *El acto inoponible no tiene efectos con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley.*

1. Introducción

A diferencia del CC, el CCyC regula la inoponibilidad como categoría de ineficacia distinta y autónoma de la nulidad, aunque comparte con esta su origen legal. Toma en este punto lo dispuesto en los Proyectos de 1993 y de 1998. De este modo, se escuchan las críticas de la doctrina que, para establecer el marco conceptual de esta especie, había sistematizado las diferentes disposiciones en las que la sanción o consecuencia de un acto era la inoponibilidad. En esta norma se regulan los efectos del acto inoponible, tanto en su faz positiva como negativa. No obstante el principio general a que se refiere este artículo, alude exclusivamente a los supuestos de inoponibilidad negativa.

2. Interpretación

2.1. Tipos de ineficacia

Para comprender cómo funciona el mecanismo de la inoponibilidad, es preciso distinguir tres tipos básicos de ineficacia.

Pueden distinguirse tres tipos básicos de ineficacia:

a. **ineficacia simple o en sentido estricto:** en este caso, el acto es ineficaz *ab initio* pero con posterioridad puede adquirir eficacia, o bien transformarse en definitivamente ineficaz. Tal es el caso del testamento, que no adquiere eficacia hasta tanto muera el testador; o bien se transforma en definitivamente ineficaz si el heredero instituido muere antes que el autor del testamento (art. 2518 CCyC). También suele citarse, como ejemplo paradigmático de esta categoría, al supuesto de la condición suspensiva que finalmente fracasa.

b. **ineficacia relativa:** en algunos casos, el acto es válido y eficaz entre las partes, pero no produce efectos respecto de algunos terceros. En otros, el acto es inválido para quienes lo celebraron pero dicha invalidez es inoperante frente a determinados terceros. El primer supuesto es el que se denomina inoponibilidad positiva y el segundo, inoponibilidad negativa (art. 382 CCyC).

c. **ineficacia eventual, sucesiva o sobreviniente:** el acto jurídico es válido e ineficaz *ab initio*, pero puede perder su eficacia con posterioridad (tales son los casos de rescisión, revocación o resolución).[284]

(284) Nieto Blanc, Ernesto E., "Ineficacia y nulidad", en *ED* 116, p. 725 ss.

Infojus

La inoponibilidad es, entonces, un supuesto de ineficacia relativa. En rigor, se trata de una categoría que está fuera de la eficacia o ineficacia del acto. No atiende al efecto obligacional del negocio sino a su oponibilidad *erga omnes*. No hay defectos en la estructura del negocio que en sí mismo es perfecto, pero no produce efectos por alguna razón, ya sea con relación a algunos terceros o a todos. Así ocurre con el fraude. El acto declarado fraudulento es válido entre las partes y todos los terceros, pero para el acreedor que inició y ganó la acción pauliana, es inoponible (art. 338 y ss. CCyC).

2.2. Inoponibilidad positiva y negativa

Son actos de inoponibilidad positiva aquellos casos que experimentan una ineficacia funcional refleja. No está en juego la validez o eficacia estructural del acto jurídico, sino que en tanto ese acto incide sobre intereses de terceros y los perjudica, la ley establece que, para ellos, dicho negocio jurídico ha de tenerse por no celebrado.[285] Así, es de inoponibilidad positiva el acto otorgado en fraude a los acreedores que promovieron la acción pauliana respectiva y resultaron triunfadores (art. 342 CCyC) o el pago de un crédito embargado a la persona del deudor, que resulta inoponible para el acreedor embargante (art. 877 CCyC). Asimismo es inoponible al acreedor hipotecario del condómino la partición extrajudicial efectuada (art. 2207 CCyC). Como se advierte, se trata de los supuestos más conocidos como actos inoponibles.

En los actos de inoponibilidad negativa, en cambio, la sentencia que declara la nulidad entre las partes principales es oponible —en principio— *erga omnes* aunque no se puede hacer valer frente a ciertos terceros a quienes por un motivo especial la ley beneficia. Es el caso de los subadquirentes de buena fe y a título oneroso de bienes registrables que pueden repeler la reivindicación por parte de quien ha obtenido sentencia favorable en la acción de nulidad (art. 392 CCyC); la renuncia, la revocación y las demás causas de extinción del poder no resultan oponibles a los terceros que las hubiesen ignorados sin culpa (art. 381 CCyC).

2.3. Inoponibilidad por incumplimiento de las formas de publicidad del negocio

En ciertos casos, el acto es perfecto y produce todos sus efectos entre las partes interesadas, pero para que pueda ser opuesto a terceros es preciso que se inscriba en los registros respectivos. Como consecuencia de ello, practicada la inscripción registral, el adquirente no solo puede pretender que el negocio sea ejecutado por la contraparte, sino también resistir con éxito el reclamo de cualquier tercero, a menos que este tenga algún derecho superior que oponer frente al titular registral (por ejemplo, la usucapión).

En cambio, cuando la ley dispone la inscripción de los actos de transmisión de dominio —por ejemplo, de los derechos reales adquiridos sobre cosas registrables (art. 1890 CCyC)— hasta tanto no tenga lugar dicha inscripción y, en ciertos casos, mientras no se otorgue la posesión, los actos de adquisición o transmisión de esos derechos reales no serán oponibles a terceros interesados y de buena fe (art. 1893 CCyC). Se trata de un supuesto de inoponibilidad relativa del negocio que exige ser integrado por la publicidad que en cada caso prevé la ley para producir efectos hacia terceros. Esta puede realizarse en registros públicos o por los otros medios de publicidad que se establezcan en cada caso. Ejemplos de este último supuesto es la fecha cierta de los instrumentos privados para que resulten

(285) Zannoni, Eduardo A., *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Bs. As., Astrea, 1986, p. 136.

Infojus

oponibles a terceros (art. 317 CCyC). En esta hipótesis, la inoponibilidad obedece al no cumplimiento de las formas de publicidad que exige la ley a efectos de tornar oponible el acto a terceros.

2.4. Supuesto del artículo

Aunque el Código aprehende en esta sección los dos aspectos de la inoponibilidad —la negativa y la positiva—, el artículo que se comenta se refiere concretamente a los efectos de la inoponibilidad negativa que, como se dijo, supone un acto inválido frente a todos pero no frente a algunos terceros a quien la ley pretende beneficiar por distintas razones. En todos los casos la inoponibilidad es de fuente legal exclusivamente.

ARTÍCULO 397.- ***Oportunidad para invocarla.*** ***La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad.***

1. Introducción

En principio, la inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento. Cuando esta es de carácter sustancial —por ejemplo, la acción de fraude— o cuando se encuentra íntegramente ligada al ejercicio de un derecho de esa índole, está sujeta a prescripción o caducidad, según el caso.

2. Interpretación

2.1. Consideraciones generales

La inoponibilidad de un acto puede ser formal, esto es, cuando su eficacia frente a terceros requiere que se cumplan determinados recaudos de publicidad. Pero también puede ser sustancial o de fondo.

La referencia que efectúa el último párrafo del artículo en punto a la posibilidad de articular la prescripción o la caducidad, se vincula tanto con las inoponibilidades sustanciales como con aquellas que derivan de la falta de publicidad. Es el caso de la acción de fraude, que es susceptible de prescribir si no se intenta la acción respectiva (art. 2562, inc. d, CCyC).

Como fundamento de la inoponibilidad formal, se sostiene que si la ley pone en cabeza de las partes el cumplimiento de determinadas cargas para que el derecho pueda ser opuesto a terceros —por ejemplo, la inscripción— la inoponibilidad subsistirá mientras el mencionado recaudo no se produzca, siempre y cuando la situación no quede subsumida o superada por la aplicación de otros institutos. Esta situación se presentará —precisamente— cuando la parte contra quien se intenta hacer valer la inoponibilidad por falta de inscripción invoca la adquisición del dominio por usucapión o alega la prescripción de la acción para reclamar el cumplimiento de la relación jurídica sustancial en que se asienta el derecho de quien invoca la inoponibilidad. A modo de ejemplo, si la transmisión de dominio no fue inscripta a favor del comprador resulta inoponible a los terceros que pudieron adquirir derechos sobre la cosa. Pero en tal caso, el titular no inscripto podría oponer la usucapión —si se cumplen los recaudos correspondientes— para resistir cualquier planteo que se realice en su contra.

2.2. Articulación

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto del art. 383 CCyC, que prevé que la nulidad puede hacerse valer por acción o por excepción, en este caso, el art. 397 CCyC nada

Infojus

dice al respecto sino que establece que puede articularse en cualquier momento, con el límite de la prescripción y de la caducidad antes mencionados. Sin embargo, en este caso, es preciso distinguir también entre la inoponibilidad formal o sustancial. Cuando se trata de la inoponibilidad formal, basta con que se oponga como defensa o excepción. En cambio, cuando se trata de un supuesto de inoponibilidad sustancial —por ejemplo, la acción de fraude—, se requiere que el interesado deduzca la correspondiente acción o reconvención.

TÍTULO V(*)
Transmisión de los derechos

ARTÍCULO 398.- ***Transmisibilidad.*** *Todos los derechos son transmisibles excepto estipulación válida de las partes o que ello resulte de una prohibición legal o que importe trasgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres.*

ARTÍCULO 399.- ***Regla general.*** *Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene, sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas.*

1. Introducción

El art. 398 CCyC trae a colación la regla principal en materia de tráfico jurídico, constituida por la libre transmisibilidad de los derechos. No obstante, señala las propias limitaciones a tal principio. Por su parte, el art. 399 CCyC asienta el principio de "seguridad jurídica estática", mientras que, expresamente, prevé su excepción, la "seguridad jurídica dinámica".

2. Interpretación

2.1. Primer principio general

El art. 398 CCyC eleva a modo de axioma: *"Todos los derechos son transmisibles"*. Sin perjuicio de ello debemos destacar que existen supuestos en los cuales no solo se transmiten derechos, sino también obligaciones. Tal es el caso, por ejemplo, de las sucesiones *mortis causa* (art. 2277 *in fine* CCyC), o de la cesión de la posición contractual (art. 1636 CCyC). Incluso pueden cederse las deudas (art. 1632 CCyC).

2.2. Límites impuestos al primer principio general

Lejos de consagrar un principio de corte **absoluto**, el mismo artículo excepciona su propia regla. De esta manera, todos los derechos son libremente transmisibles, salvo que exista: estipulación válida de las partes; prohibición legal; transgresión a la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

2.2.1. Estipulación válida de las partes

Las partes pueden pactar la intransmisibilidad de un derecho siempre y cuando ella sea válida y se encuentre permitida. Citamos, a modo de ejemplo, las cláusulas de inajenabilidad a persona o personas determinadas (art. 1972 CCyC).

.....

(*) Comentarios a los arts. 398 a 400 elaborados por Gonzalo Perez Pejcic.

Infojus

2.2.2. Prohibición legal

En otros casos, el límite a la transmisibilidad de los derechos puede provenir de la propia ley. Tal es el caso de la prohibición de ceder los derechos inherentes a la persona humana (art. 1617 CCyC).

2.2.3. Transgresión a la buena fe, a la moral o a las buenas costumbres

La transmisibilidad de los derechos no puede operar cuando con ella se transgrede la buena fe, la moral o las buenas costumbres. Nos enseña Ciuro Caldani que obrar de buena fe es, por una parte, instalarse en la difícil relación entre la bondad y la fe, la que, en cuanto al protagonista, suele llevar al predominio subjetivo de la fe, pero en cuanto a los terceros se inclina más a la bondad de responder en alguna medida a la objetividad de las expectativas —la fe— de otro. El CCyC ordena el ejercicio de los derechos de buena fe (por ejemplo en los arts. 9º, 729, 961 CCyC, entre otros). En cuanto a la moral, Llambías afirma que ella rige la conducta en mira inmediata al bien de la persona. Es decir, encauza los actos humanos hacia el bien. La moral se proyecta en el CCyC bajo diversos institutos, tales como el abuso del derecho (art. 10 CCyC); el objeto de los actos jurídicos (art. 279 CCyC); la entrega en cumplimiento del deber moral (art. 728 CCyC); la lesión (art. 332 CCyC); la acción de simulación (art. 333 CCyC); la acción de fraude (art. 338 CCyC), entre otros. Sobre la noción de buenas costumbres, Llambías ha dicho que ella se identifica con la moral; y gran parte de la doctrina —entre ellos, Demogue, Enneccerus, Tuhr, Salvat y Colmo— tiende a definir a las buenas costumbres diciendo que es la moral media de un pueblo en un momento dado. Para Ripert, Borda y el propio Llambías, la medida de la moralidad de un acto se encuentra dada por la moral cristiana. Ponemos como ejemplo la transmisibilidad de los derechos individuales sobre el cuerpo humano o sus partes cuando no se respete su valor afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social (art. 17 CCyC).

2.3. Segundo principio general

El art. 399 CCyC contiene la regla conocida como *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet*, en los siguientes términos legales: *"Nadie puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene"*. Este principio se encontraba consagrado en el art. 3270 CC, bajo el enunciado: *"Nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere"*. El *nemo plus iuris...*, alude a la legitimación. Carnelutti ha señalado que la legitimación es la idoneidad de la persona para realizar un acto jurídico eficaz, inferida de su posición respecto al acto. También se ha sostenido que la "legitimación es el reconocimiento que hace el Derecho a una persona de la posibilidad de realizar con eficacia un acto jurídico, derivando dicha posibilidad de una determinada relación existente entre el sujeto agente y el objeto del acto mismo".[286] En otros términos, Jorge H. Alterini puntualiza que para estar legitimado con relación a un objeto, hay que ser titular, en el momento en que la actuación se realiza, de los derechos de fondo que se pretenden ejercitar; pero esa titularidad puede advenir posteriormente y bonificarla.

Vinculado a lo expuesto, el art. 399 CCyC nos ubica frente a un tema de suma importancia: la **seguridad jurídica**. Para Atilio A. Alterini, hay seguridad jurídica cuando existe un sistema regularmente establecido en términos iguales para todos mediante normas

(286) Ladaria Caldentey, J., *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, Bosch, 1952, p. 11.

Infojus

susceptibles de ser conocidas, que sólo son aplicadas a conductas posteriores, y no previas, a su vigencia, que son claras, que tienen cierta estabilidad, y que son dictadas adecuadamente por quien está investido de facultades para ello. Quien está sujeto a un sistema como este, en calidad de ciudadano está en condiciones de calcular razonablemente las consecuencias de derecho que tendrá en el futuro un acto actual. Y también Zago ha dicho que la seguridad jurídica resulta de una situación de estabilidad y certeza creada por el ordenamiento jurídico que garantiza a los individuos la aplicación objetiva de las normas que lo componen para la protección de sus derechos.

De los términos generales a los que nos hemos referido sobre la seguridad jurídica, pasamos a lo que nos interesa en el presente comentario: la seguridad jurídica en su vinculación con el derecho civil. Sobre este punto, la doctrina reconoce que la seguridad jurídica posee dos vertientes: **seguridad jurídica estática** y **seguridad jurídica dinámica**. La primera consiste en la seguridad de los negocios, de los adquirentes, del tráfico jurídico propiamente dicho; mientras que la segunda es la seguridad que concierne a los derechos adquiridos, al derecho del propietario. El derecho escogerá proteger a uno u al otro, dependiendo de las condiciones que la ley imponga. En última instancia, según J. H. Alterini, el derecho es un elector de víctimas y no puede quedar bien con todos. La seguridad jurídica "estática" es la política que se encarna en la regla del *nemo plus iuris.*

2.4. Límite impuesto al segundo principio general

El art. 399 CCyC —tal como hace el art. 398 CCyC— no consagra un principio despótico, que no admite excepciones. Así, la norma en comentario concluye que la regla general se mantiene *"sin perjuicio de las excepciones legalmente dispuestas"*. Esta válvula que regula el *nemo plus iuris...*, permite que se adentre en el ordenamiento jurídico la política que consagra la seguridad jurídica dinámica. En otras palabras, la seguridad estática es la regla y la seguridad dinámica es la excepción.

La seguridad jurídica dinámica, tal como lo hemos enunciado *ut supra*, es aquella que protege a los adquirentes. Guastavino la definía como aquella que otorga protección preferente a la parte que ha puesto en movimiento el tráfico jurídico de mayor gravitación, considerando que ello es condición de progreso. Esta protección se cimienta en la apariencia y la buena fe. El profesor Alsina Atienza ha señalado que *"se entiende por apariencia, desde el punto de vista jurídico, la ausencia oculta e imposible de conocer de un derecho subjetivo o de una circunstancia que es condición esencial para que exista [mientras afirma que] la buena fe jurídica, consiste en la convicción de actuar conforme a derecho"*. Para el autor, en esta noción se unifican diversos aspectos: el psicológico o creencia en el propio derecho, y el ético o voluntad de obrar honestamente —buena fe/probidad—, y agrega que *"del concepto de la buena fe, se va hacia el del principio jurídico del mismo nombre, el cual puede enunciarse diciendo que el Derecho quiere que todos amolden su conducta al tipo suministrado por aquella. Y, para no defraudarles, protege a quienes lo hacen"*;[(287)] aunque, en otro trabajo, manifestaba que admitir una medida puramente subjetiva de la buena fe, sería caer en cálculos imposibles, sondeando en las conciencias, razón por la cual la buena fe es susceptible de ponderarse con criterio objetivo.

(287) Alsina Atienza, Dalmiro A., "El principio de la Buena Fe en el Proyecto de Reforma de 1936. Principios generales-Régimen Inmobiliario", en *La Reforma del Código Civil Argentino. Contribución al estudio del Proyecto de 1936. Investigaciones del Curso de Derecho Civil Comparado a cargo del Profesor Dr. Enrique Torino*, t. I, Bs. As., Sección Publicaciones del Seminario de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1942, p. 4.

Infojus

De esta manera, según Perez Pejcic, el sujeto debe haber agotado toda actividad que le permita conocer la legitimidad del derecho del que le estaba trasmitiendo, ya que para poder persuadirse del derecho propio primero hay que persuadirse del derecho ajeno. Ello equivale a sostener, que no es suficiente la creencia basada en la creencia misma, sino la creencia basada en la diligencia. Por ejemplo, en materia de adquisición de derechos reales sobre cosas inmuebles, el pedido de certificado ante el Registro de la propiedad, y la elaboración del estudio de títulos correspondiente, son diligencias que componen la buena fe objetiva y que paralelamente posibilitan la construcción de la buena fe subjetiva.

¿Qué vinculación existe entre la buena fe y la apariencia? Para Alsina Atienza, la apariencia es el estado objetivo, que se traduce subjetivamente en buena fe, y ésta, generalizada, en error común. Como hemos expuesto, la buena fe es objetiva y se proyecta en la buena fe subjetiva. Por tal motivo, cuando la buena fe objetiva no puede develar la realidad (que se escuda a través de la apariencia), se protege a quien actuó diligentemente y, en virtud de ello, se creía el legítimo señor del derecho adquirido (buena fe subjetiva).

2.5. Proyección de la seguridad jurídica estática y dinámica en el CCyC

En el presente apartado enumeramos diversos ejemplos de la inclinación del codificador por la seguridad del derecho del propietario (estática) o por la protección de los adquirentes (dinámica). En cada caso, transcribiremos los artículos señalando cuándo el enunciado legal responde a una u otra forma de seguridad.

1. "*Efectos respecto de terceros en cosas registrables. Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero* [**seguridad estática**] *excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso* [**seguridad dinámica**]. *Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho* [**seguridad estática**]" (art. 392 CCyC).

2. "*Prueba en la reivindicación de muebles no registrables (...) si la cosa mueble es transmitida sin derecho y a título gratuito, procede la reivindicación si el objeto se encuentra en poder del subadquirente, aunque éste sea de buena fe* [**seguridad estática**]" (art. 2258, inc. c, CCyC).

3. "*Actos del heredero aparente. Son también válidos los actos de disposición a título oneroso en favor de terceros que ignoran la existencia de herederos de mejor o igual derecho que el heredero aparente, o que los derechos de éste están judicialmente controvertidos* [**seguridad dinámica**]" (art. 2315 CCyC).

4. "*Efecto de la revocación. La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley. Cuando se trata de cosas no registrables, la revocación no tiene efecto respecto de terceros* [**seguridad dinámica**], *sino en cuanto ellos, por razón de su mala fe, tengan una obligación personal de restituir la cosa* [**seguridad estática**]" (art. 1967 CCyC).

5. "*Efectos de la acción de simulación frente a terceros (...) La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado sólo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en la simulación* [**seguridad estática**]..." (art. 337 CCyC).

Infojus

6. Con igual criterio se legisla los *"efectos de la acción de fraude frente a terceros (...) La acción del acreedor contra el subadquirente de los derechos obtenidos por el acto impugnado solo procede si adquirió por título gratuito, o si es cómplice en el fraude...* [**seguridad estática**]" (art. 340 CCyC).
7. "*Adquisición legal de derechos reales sobre muebles por subadquirente. La posesión de buena fe del subadquirente de cosas muebles no registrables que no sean hurtadas o perdidas es suficiente para adquirir los derechos reales principales* [**seguridad dinámica**] *excepto que el verdadero propietario pruebe que la adquisición fue gratuita* [**seguridad estática**]..." (art. 1895 CCyC).
8. La prescripción adquisitiva "breve" o, con mayor precisión, "consolidatoria", se vincula con la **seguridad jurídica dinámica**. Como enseñaba Vélez en la nota al art. 3999 CC, la prescripción breve, "*no es rigurosamente de adquirir; la cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación*". En este caso, la prescripción consolida derechos transmitidos por quien no es capaz o no está legitimado al efecto, con justo título, buena fe y por la posesión durante diez años, si la cosa es inmueble. Si la cosa es mueble hurtada o perdida, el plazo es de dos años (arts. 1898 y 1902 CCyC).

ARTÍCULO 400.- ***Sucesores.*** ***Sucesor universal es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro; sucesor singular el que recibe un derecho en particular.***

1. Introducción

Este artículo contiene el concepto legal de sucesor, ya sea universal o particular. Como señala Lafaille, al caracterizar al sucesor, la ley define implícitamente la sucesión. Por ello, la glosa a la presente disposición legal versa sobre la adquisición de los derechos y en particular sobre la adquisición **derivada**, donde los conceptos de sucesión y sucesor poseen significado y sentido.

2. Interpretación

2.1. Modos de adquisición de los derechos

La teoría de la adquisición de los derechos, se enmarca dentro de la noción mayor de **causa** de los derechos. El término **causa** se debe entender en el sentido de **fuente**, es decir, como los hechos o actos jurídicos susceptibles de adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas (arts. 257 y 259 CCyC). Cariota Ferrara señala que por adquisición de derechos se entiende el unirse el derecho a una persona que se convierte en su titular, pero, advierte, el profesor de la Universidad de Nápoles, que no a toda adquisición le corresponde el nacimiento de un derecho, y puede adquirirse un derecho ya existente y perteneciente a otro sujeto.

La clasificación tradicional, entre los modos de adquirir derechos, es aquella que los distingue en **originarios** y **derivados**. La distinción radica, para Lafaille, según que el adquirente obtenga la cosa por sí mismo, o la reciba de otro, es decir de un causante. En otras palabras, la adquisición originaria es, según Cariota Ferrara, necesariamente adquisición de derecho nuevo. Este, sin embargo, puede tener por objeto una cosa sobre la cual exista ya otro derecho (incluso igual) a favor de otro sujeto; así, en la prescripción adquisitiva surge a favor del usucapiente un nuevo derecho de propiedad sobre cosa que era de propiedad ajena.

Lafaille señalaba que el interés práctico de esta clasificación proviene, en la adquisición originaria, en que ella "no reconoce más límite que la actividad del interesado o las normas de la ley, mientras que en los modos derivados no puede ser más extensa que el derecho del autor (*nemo plus juris*...). Agrega Salvat que, en los modos derivados, por lo mismo que hay transmisión, el adquirente adquiere la propiedad, con las limitaciones, cargas o gravámenes que el anterior propietario haya constituido legalmente sobre la cosa objeto de ella.

La sucesión, por definición, implica la subrogación de un sujeto en la posición jurídica de otro, de tal manera que el segundo continúa al primero. En palabras de Borda, suceder jurídicamente significa continuar el derecho del que otro era titular. No decimos que la sucesión es la sustitución de un sujeto por otro, ya que Goyena Copello sostiene que la sucesión da idea de movimiento coordinado, mediante el cual alguien ocupa el lugar de otro, como consecuencia de la desaparición del antecesor, y cumplimiento de un orden preestablecido. La sustitución, en cambio, importa el desplazamiento del antecesor, sin tener en cuenta su voluntad ni una regulación normativa de ese proceder, y, de tal manera, da una idea forzada del mismo. Además, puntualiza Maffia, la sucesión propiamente dicha se distingue de la simple e incolora sustitución de una persona por otra en la posición de sujeto de una relación, sin nexo de derivación entre sí. La distinción se muestra en cuanto que la posición jurídica del sucesor, en su permanente identidad, está ligada por un vínculo derivativo a la del predecesor.

Son modos de adquisición originarios: la apropiación (art. 1947 CCyC), la transformación (art. 1957 CCyC), la accesión (arts. 1958, 1959, 1961 y 1962 CCyC) y la percepción de los frutos. Son modos derivados el título y modo suficientes (art. 1892 CCyC) y la sucesión (art. 2277 CCyC). En cuanto a la prescripción adquisitiva, la doctrina no es pacífica. Están quienes piensan que es originaria (posición mayoritaria), lo que creen que es derivada (postura minoritaria) y algunos que sostienen, entre ellos Laquis, que la prescripción larga es originaria y la breve derivada.

Se observa con claridad, que los conceptos de "sucesión" y "sucesor" solo tienen sentido dentro de los modos de adquisición derivados. De tal manera que, por ejemplo, en una compraventa, el comprador es el sucesor del vendedor; mientras que en la transmisión de derechos por causa de muerte, el heredero es el sucesor del causante.

2.2. Clases de sucesión

La sucesión se subclasifica según diversos criterios:

a. **Según el origen de la transmisión**. En este caso, la sucesión puede ser legal o voluntaria. Existen supuestos en los que la ley determina la existencia de la sucesión. Por ejemplo, la sucesión *mortis causa*. En cambio, la sucesión también puede provenir de la *"voluntad del individuo en cuyos derechos se sucede"* (art. 3262 CC). Por ejemplo, el comprador que sucede en los derechos del vendedor.

b. **Según la extensión de la transmisión**. Teniendo en cuenta la extensión de la transmisión, la sucesión puede ser universal o particular. La sucesión universal es aquella que abraza la totalidad de un patrimonio o una parte alícuota de él. Enseña Lafaille, que en la sucesión a título singular desaparece por completo la idea del patrimonio. Ya no se trata, en efecto, de reemplazar al autor en el conjunto de sus bienes y deudas, ni siquiera en una parte alícuota, sino de sucederlo con respecto a una cosa o bien determinado.

Infojus

c. **Según la causa fuente de la transmisión**. Siguiendo este criterio de clasificación, la sucesión puede ser *mortis causa* o entre vivos. La sucesión recibe el nombre de *mortis causa* cuando se subroga a quien ostentaba la titularidad del derecho, como producto de su muerte. De esta forma, enseña Zannoni que el derecho sucesorio tiene por objeto, pues, regular los modos, caracteres y efectos de la atribución de esas relaciones jurídicas que, en vida, protagonizó como titular aquel de cuya sucesión se trata. La sucesión *mortis causa* es susceptible de subclasificación. Así, puede ser 1) sucesión legítima; 2) sucesión testamentaria. La primera es aquella deferida por la ley a los parientes más próximos de acuerdo al orden que ella determina. Mientras que la segunda se produce por voluntad del causante, expresada en un testamento válido. Por otra parte, la sucesión es entre vivos, cuando reconoce su fuente en los diversos negocios jurídicos que realizan los sujetos dentro del marco del tráfico jurídico (compraventa, donación, permuta, cesión de derechos, etc.).

2.3. Los sucesores

Los sucesores pueden ser universales o particulares. El sucesor universal *"es el que recibe todo o una parte indivisa del patrimonio de otro"*. Mientras que el sucesor singular, es aquel que "*recibe un derecho en particular*". Como puede apreciarse, el hecho de ser sucesor universal o particular deriva del objeto de la trasmisión. Si el objeto consiste en un patrimonio o alícuota de él, quien lo adquiera será un sucesor universal. En cambio, si el objeto consiste en un derecho en particular, el adquirente recibirá el nombre de sucesor singular. Cabe aclarar que "*los sucesores universales son al mismo tiempo sucesores particulares, relativamente a los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden"* (art. 3264 CC). Esta disposición legal también se encontraba presente en el art. 401 del Proyecto de Código de 1998. La actual legislación omitió la inclusión del enunciado, por lo que en este punto, el CCyC se arrima a la idea clásica de patrimonio, y con mayor precisión, de herencia como universalidad jurídica, abstracta e independiente de los elementos que la componen. La no inclusión de lo dicho en el art. 3264 CC ocasiona la pérdida de individualidad de todos los bienes que integran el acervo sucesorio.

En el ámbito de la sucesión *mortis causa,* **los sucesores pueden ser de dos clases, herederos o legatarios. El art. 2278 CCyC denomina heredero, "***a la persona a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia***" y llama legatario** *"al que recibe un bien particular o un conjunto de ellos".*

Infojus

ÍNDICE TEMÁTICO

A

Ablación de órganos p. 136, 138, 194

Abuso del derecho p. 17, 37, 38, 39, 40, 41, 44, 45, 121, 331, 332, 401, 403, 412, 619

abuso de posición dominante p. 17, 39, 40, 41, 606

Acto jurídico p. 7, 34, 37, 42, 47, 55, 56, 58, 61, 62, 63, 64, 72, 74, 81, 98, 102, 103, 114, 115, 116, 119, 121, 125, 206, 208, 211, 212, 227, 233, 235, 240, 243, 274, 276, 279, 283, 284, 300, 303, 339, 340, 342, 384, 428, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 440, 443, 444, 445, 446, 447, 450, 453, 454, 455, 456, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 476, 481, 484, 486, 489, 490, 491, 493, 496, 497, 500, 502, 503, 505, 506, 507, 512, 513, 538, 540, 541, 542, 543, 546, 547, 550, 551, 555, 556, 557, 558, 559, 561, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 573, 574, 575, 576, 579, 582, 583, 586, 594, 595, 596, 597, 599, 600, 601, 605, 606, 607, 608, 611, 615, 616, 619, 622

acto abstracto p. 469

causa del acto jurídico p. 466

objeto del acto jurídico p. 428, 462, 463, 464, 465, 619

Adopción p. 2, 66, 156, 161, 175, 197, 207, 209, 243, 280, 281

hijo adoptivo p. 161

Alimentos p. 175, 176, 206, 219, 235, 236, 245, 246, 253, 259, 260, 384, 409

obligación alimentaria p. 26, 78, 176, 209, 236, 245, 246, 544

Aplicación de la ley p. 16, 20, 25, 33

aplicación inmediata p. 24, 25, 26, 27, 28, 30, 31, 32

aplicación retroactiva p. 23, 25, 26, 28, 29, 31, 32

irretroactividad de la ley p. 28

leyes supletorias p. 15, 23, 27, 28, 30, 31, 32, 35, 294, 295, 335

Asociaciones civiles p. 285, 286, 292, 300, 301, 302, 307, 311, 316, 317, 319, 320, 321, 322, 323, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 344, 346, 526

simples asociaciones p. 285, 292, 301, 319, 335, 336, 337, 338, 526

Ausencia simple p. 178, 179, 181, 182, 183, 184, 187, 188

Ausencia con presunción de fallecimiento *véase* **Presunción de fallecimiento**

Autonomía de la voluntad p. 65, 82, 83, 85, 87, 98, 102, 104, 142, 144, 149, 151, 152, 155, 160, 208, 211, 213, 215, 220, 221, 225, 274, 275, 279, 302, 429, 433, 441, 443, 463, 560, 575, 600

autonomía progresiva p. 7, 58, 60, 63, 68, 69, 77, 147, 148, 212, 220, 222, 231, 239, 243

B

Bienes p. 9, 45, 46, 47, 49, 360, 361, 362, 363, 376, 384, 397, 402, 403, 406, 407, 408, 409, 410, 411

aguas de los particulares p. 397, 401

aguas subterráneas p. 386, 387, 388, 397, 398, 399, 400, 401

bienes colectivos p. 44, 45, 361, 362, 363, 364, 384, 385

bienes comunitarios p. 45, 361, 362, 364, 384, 385

bienes del dominio privado del Estado p. 390

bienes del dominio público p. 385, 386, 391, 393, 394, 395, 396

bienes fuera del comercio p. 384

cosas accesorias p. 372, 373, 375

cosas consumibles p. 376, 377, 378, 379, 380, 381

cosas divisibles p. 371

cosas fungibles p. 376, 378, 379, 380, 381

cosas muebles p. 363, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 373, 375, 376, 380, 390, 392, 393, 465, 622

cosas principales p. 372, 373, 375

Infojus

inmuebles por accesión p. 365, 366, 367, 368, 369, 375
inmuebles por su naturaleza p. 365, 366, 367, 375
productos p. 382, 383, 404, 423

Buena fe p. 17, 35, 36, 37, 38, 40, 75, 119, 160, 192, 288, 299, 301, 332, 360, 401, 403, 440, 443, 444, 448, 450, 455, 483, 484, 515, 516, 517, 536, 539, 541, 547, 548, 549, 552, 553, 560, 562, 563, 571, 577, 578, 580, 581, 582, 588, 589, 598, 604, 605, 606, 608, 609, 610, 614, 616, 618, 619, 620, 621, 622

C

Capacidad p. 8, 32, 42, 55, 56, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 68, 69, 70, 72, 74, 75, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 97, 101, 102, 104, 105, 148, 205, 214, 215, 220, 221, 228, 231, 234, 242, 243, 275, 284, 290, 291, 292, 300, 316, 434, 480, 481, 484, 486, 487, 497, 498, 503, 539, 578, 579, 593, 603, 604
capacidad de derecho p. 55, 56, 210, 283, 284, 287
capacidad de ejercicio p. 8, 57, 58, 60, 71, 74, 82, 205, 206, 210, 275, 437, 487, 498, 603, 604
capacidad progresiva p. 65, 122, 157, 206, 210, 211, 212, 217, 228, 238, 239, 438
capacidad restringida p. 82, 83, 85, 86, 87, 88, 89, 117, 118, 120, 121, 122, 165, 172, 176, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 233, 234, 235, 247, 266, 267, 273, 280, 325, 413, 415, 418, 420, 421, 422, 425, 426, 427, 575, 580
cese de la incapacidad p. 121
emancipación p. 74, 75, 76, 77, 158, 266
incapacidad de derecho p. 56, 248
incapacidad de ejercicio p. 61, 172, 205, 210, 486, 487, 497, 606
medidas de apoyo p. 85, 86, 87, 88, 94, 96, 98, 101, 102, 103, 114, 115, 116, 121, 124, 208, 209, 212, 214, 215, 216, 271, 273, 275, 276, 277, 279
persona declarada incapaz p. 61, 64, 85, 87, 88, 95, 98, 101, 106, 114, 118, 120, 172, 205, 213, 217, 276, 278, 279, 280, 325, 437, 487
persona por nacer p. 50, 58, 61, 62, 172, 205, 210, 211
restricciones a la capacidad p. 57, 58, 59, 64, 78, 79, 81, 82, 83, 84, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 92, 95, 96, 98, 99, 101, 103, 106, 111, 114, 117, 118, 121, 123, 125, 270, 271, 276, 277, 279, 281, 438, 487, 498, 595

Comienzo de la existencia de la persona humana p. 49, 51, 53, 178, 192, 193, 194, 196, 200
conmoriencia p. 195, 196
época de la concepción p. 52, 53
fin de la existencia de las personas p. 178, 192, 193, 194, 200
inscripción de nacimiento p. 197, 198, 199, 200, 201, 203, 204
nacimiento p. 52, 53, 152, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 211, 429, 430
nacimiento con vida p. 50, 51, 53, 54, 55, 196
plazo de la concepción p. 51, 52, 53,

Competencia p. 41, 89, 95, 97, 109, 110, 164, 173, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 184, 186, 197, 200, 206, 226, 229, 236, 237, 238, 270, 275, 479, 480, 481, 482, 485, 499, 537
jurisdicción territorial p. 176
prórroga de la competencia p. 175, 177, 178

Consentimiento informado p. 2, 51, 73, 107, 108, 111, 141, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 275
consentimiento por representación p. 73, 143, 146, 147

Constitución Nacional p. 5, 7, 10, 19, 48, 72, 73, 107, 108, 111, 112, 127, 144, 145, 146, 148, 154, 275, 285, 323, 385, 393, 395, 402, 438
bloque de constitucionalidad p. 7, 8, 9, 11, 18, 42, 46, 50
constitucionalización del derecho privado p. 9, 11, 30, 193, 487, 497
control de constitucionalidad p. 10, 61
Reforma Constitucional del año 1994 p. 7, 8

Contabilidad p. 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 536, 537
diario p. 530, 534
estados contables p. 322, 336, 337, 524, 529, 530, 533
libros y registros contables p. 532

Correspondencia p. 129, 389, 519, 520, 521, 522, 523

Corte Interamericana de Derechos Humanos p. 9, 10, 11, 14, 50, 51, 54, 61, 62, 63, 68, 69, 84, 92, 95, 112, 133, 217, 218

Curatela p. 61, 87, 100, 102, 116, 147, 148, 181, 205, 207, 213, 233, 235, 248, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278
curador p. 58, 79, 85, 86, 87, 89, 90, 97, 99, 105, 114, 115, 121, 122, 147, 172, 178, 180, 181, 186, 187, 206, 207, 208, 209, 210, 213, 217, 218, 219, 231, 232, 245, 247, 248, 269, 270, 271, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 434, 438, 498, 503, 575

D

Debido proceso p. 90, 96, 97, 105, 110, 111, 112, 122, 170, 177, 330, 384

Defensa en juicio p. 18, 96, 170, 177, 552

Derecho de propiedad p. 24, 30, 46, 138, 365, 376, 394, 401, 403, 419, 520, 622

Derechos de incidencia colectiva p. 9, 10, 38, 39, 44, 45, 360, 361, 364, 402, 403

Derechos de las comunidades indígenas p. 2, 48, 49, 361, 364, 385

Derechos fundamentales *véase* **Derechos Humanos**

Derechos Humanos p. 6, 9, 10, 11, 17, 18, 42, 52, 56, 57, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 72, 79, 80, 81, 82, 83, 86, 88, 90, 91, 92, 94, 96, 100, 101, 102, 105, 106, 112, 124, 126, 128, 136, 140, 142, 151, 158, 163, 164, 193, 204, 219, 271, 405, 410, 415, 424

derecho internacional de los derechos humanos p. 30, 59, 97, 110

tratados de derechos humanos p. 5, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 19, 37, 112, 141, 198, 498

Derechos individuales p. 10, 18, 37, 39, 44, 45, 46, 361, 364, 401, 402, 403, 404, 406, 619

Derechos reales p. 24, 32, 36, 46, 251, 252, 274, 360, 361, 362, 363, 369, 370, 385, 403, 408, 413, 430, 579, 589, 597, 609, 616, 621, 622

derecho real de superficie p. 363, 374

Derechos sociales, económicos y culturales p. 216, 217, 219

Derechos y actos personalísimos p. 71, 72, 73, 82, 84, 90, 102, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 135, 136, 137, 438, 575

actos de disposición del propio cuerpo p. 136, 137

derecho a la imagen p. 131, 132, 133, 135

derecho a la intimidad p. 127, 129, 130

derechos sobre el cuerpo humano p. 47, 48, 362, 363, 407

Dignidad de la persona p. 47, 63, 73, 99, 126, 127, 128, 129, 134, 135, 136, 137, 138, 140, 142, 213, 318, 462, 464, 558, 559

Directivas anticipadas p. 148, 149, 207, 273, 274, 275, 276, 277, 278

directivas médicas anticipadas p. 147, 274

Domicilio p. 2, 95, 97, 110, 129, 130, 164, 168, 169, 170, 175, 176, 177, 179, 184, 185, 186, 237, 297, 298, 519

cambio de domicilio p. 174, 175, 270, 297, 298

domicilio especial p. 173, 177, 297, 298

domicilio ignorado p. 173

domicilio legal p. 171, 172

domicilio real p. 97, 168, 169, 170, 171, 172, 173

F

Filiación p. 10, 16, 50, 51, 52, 55, 154, 156, 157, 158, 159, 161, 176, 196, 199, 224

filiación por naturaleza p. 50, 54

hijos matrimoniales p. 156, 158, 159

Firma p. 475, 476, 478, 479, 480, 482, 485, 486, 487, 488, 494, 499, 501, 506, 507, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518

documento firmado en blanco p. 516

reconocimiento de la firma p. 514, 515, 563

Fraude a la ley p. 41, 42, 43, 401, 403

Frutos p. 181, 192, 254, 257, 382, 383, 394, 421, 423, 432, 561, 563, 564, 565, 623

frutos pendientes p. 258, 259, 564

Fundaciones p. 285, 288, 292, 297, 300, 311, 312, 316, 317, 319, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 421, 526, 531, 589

comité ejecutivo p. 348, 349, 350

consejo de administración p. 342, 344, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 358, 359, 531

G

Guarda del menor p. 175, 206, 207, 208, 209, 220, 221, 223, 225, 226, 243, 258, 278, 280, 281, 282

guardador p. 60, 152, 206, 208, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 232, 235, 236, 243, 248, 258, 281, 282, 503, 504, 505, 517

H

Hecho jurídico p. 56, 169, 428, 429, 430, 431, 433

acto involuntario p. 64, 436

acto voluntario p. 56, 57, 64, 119, 161, 295, 432, 433, 435, 439, 444, 458, 575

Infojus

hechos de la naturaleza p. 429, 430
hechos humanos p. 429, 430, 431, 435
simple acto lícito p. 56, 431, 432, 608

I

Ignorancia de las leyes *véase* **Principio de inexcusabilidad**

Ineficacia de los actos jurídicos p. 596
acto indirecto p. 600, 601
ineficacia eventual p. 615
ineficacia simple p. 596, 597, 615
inoponibilidad p. 549, 550, 551, 553, 554, 596, 597, 610, 615, 616, 617, 618

Inhabilitados p. 102, 123, 217
cese de la inhabilitación p. 125
declaración de inhabilitación p. 123, 124, 214
pródigos p. 123, 125, 214, 217

Instrumentos legales p. 5, 193
enmiendas p. 485, 499, 500, 517, 518
fecha cierta p. 518, 519, 597, 616
instrumentos particulares no firmados p. 474, 513
instrumentos privados p. 335, 474, 475, 512, 513, 518, 519, 597, 616
instrumentos públicos p. 161, 369, 370, 414, 439, 473, 474, 477, 478, 479, 480, 482, 485, 486, 487, 488, 490, 491, 495, 506, 507, 511

Internación p. 66, 82, 84, 86, 89, 90, 91, 95, 96, 105, 106, 107, 108, 110, 112, 113, 114, 271
internación involuntaria p. 106, 108, 109, 110, 111, 270

Interpretación de la ley p. 13, 14, 15, 16, 402, 435
prelación normativa p. 15, 16, 131

Intervalos del derecho p. 21, 22, 23

Inventario p. 90, 183, 189, 190, 191, 192, 225, 226, 227, 237, 240, 241, 242, 244, 267, 268, 344, 478, 530

Investigaciones en seres humanos p. 141, 142, 143, 144, 145, 146

M

Manifestación de la voluntad p. 87, 94, 114, 116, 147, 271, 276, 395, 438, 440, 441, 442
discernimiento p. 63, 64, 65, 69, 70, 73, 86, 101, 119, 120, 121, 181, 221, 222, 270, 432, 433, 435, 436, 437, 438, 539, 579, 580
manifestación tácita de voluntad p. 442

Matrimonio p. 10, 25, 26, 29, 42, 59, 74, 75, 102, 156, 157, 159, 160, 165, 176, 189, 192, 199, 259, 260, 261, 280, 472, 495, 589
matrimonio igualitario p. 7, 156
nulidad del matrimonio p. 74, 160

Medidas cautelares p. 89, 90, 91, 165, 180
medidas conservatorias p. 179, 241, 562, 563, 567

Modalidades de los actos jurídicos p. 465, 555
cargo p. 556, 569, 570, 571, 572, 573
cargo prohibido p. 573
condición p. 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 565, 566, 569, 573, 596
condiciones prohibidas p. 465, 557, 558, 559
condición pendiente p. 562, 563
condición resolutoria p. 54, 211, 312, 356, 558, 559, 562, 563, 564, 569, 570, 572, 573
condición suspensiva p. 465, 466, 557, 558, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 569, 570, 571, 573, 615
cumplimiento de la condición p. 312, 464, 465, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 573
plazo p. 556, 565, 566, 567, 568, 569, 571, 572

N

Niño, niña o adolescente p. 7, 8, 10, 16, 57, 58, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 86, 123, 124, 146, 147, 148, 152, 157, 158, 159, 164, 165, 172, 175, 176, 189, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 276, 278, 279, 280, 281, 282, 418, 420, 436, 437, 503, 504, 505, 575, 603, 613
abogado del niño p. 65, 69, 212, 218
Convención sobre los Derechos del Niño p. 51, 58, 61, 65, 68, 69, 70, 152, 157, 170, 176, 211, 213, 217, 220, 222, 227, 228, 229, 230, 231, 238, 239, 438
derecho del niño a ser oído p. 61, 70, 92, 210, 212, 220, 222, 229, 239, 242, 243, 262
interés superior del niño p. 61, 63, 65, 70, 71, 73, 155, 156, 176, 212, 220, 222, 224, 227, 230, 232, 239, 257, 280

Nombre p. 151, 152, 153, 154, 156, 158, 159, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 295, 296, 297
cambio de nombre p. 158, 161, 162, 163, 168
prenombre p. 2, 151, 152, 153, 154, 155, 157, 158, 161, 163, 164
seudónimo p. 161, 162, 163, 168

Notificaciones p. 93, 172, 177, 298, 478, 508, 509

Nulidad p. 74, 75, 98, 103, 117, 120, 121, 160, 173, 202, 203, 209, 218, 232, 234, 240, 337, 358, 359, 443, 444, 445, 446, 447, 449, 450, 451, 453, 454, 455, 457, 458, 459, 460, 461, 465, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 499, 500, 501, 503, 506, 507, 518, 538, 540, 541, 542, 543, 546, 547, 548, 549, 550, 558, 573, 579, 580, 581, 596, 597, 598, 599, 600, 608, 609, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 621

confirmación del acto p. 542, 603, 604, 614

confirmación expresa p. 612, 613, 614

confirmación tácita p. 604, 612, 613

declaración de nulidad p. 118, 119, 444, 461, 543, 545, 604, 607, 608, 611

efectos de la nulidad p. 549, 607

nulidad absoluta p. 506, 558, 598, 601, 602, 603, 604, 608, 610, 611

nulidad parcial p. 173, 606, 607

nulidad relativa p. 75, 209, 216, 249, 263, 455, 456, 462, 560, 598, 601, 602, 604, 605, 610, 611, 613

nulidad total p. 415, 558, 606

O

Orden público p. 23, 28, 29, 41, 42, 43, 56, 57, 135, 136, 152, 173, 178, 286, 288, 295, 317, 401, 402, 403, 462, 463, 464, 465, 469, 482, 507, 523, 558, 560, 601, 602, 603, 604, 605

P

Pago p. 550, 554, 561, 567, 568, 571, 601

pago anticipado p. 567

Patrimonio p. 45, 46, 123, 124, 125, 241, 242, 299, 313, 315, 316, 319, 320, 334, 338, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 353, 356, 361, 362, 407, 408, 534, 622

patrimonios especiales p. 406, 409, 422

Persona jurídica p. 228, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 294, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 323, 324, 325, 326, 327, 332, 333, 335, 336, 338, 339, 341, 342, 345, 346, 347, 357, 394, 482, 499, 503, 514, 524, 526, 574, 575

administradores p. 179, 198, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 309, 310, 315, 316, 320, 321, 325, 327, 335, 337, 339, 344, 346, 347, 352, 353, 357, 358, 394, 525, 531, 576

escisión p. 311, 312, 313

estatuto p. 285, 293, 294, 295, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 305, 307, 308, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 328, 329, 330, 331, 334, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 503, 574

fusión p. 311, 312, 313, 347, 354, 358, 359, 360

personalidad jurídica p. 80, 99, 193, 196, 282, 284, 286, 287, 288, 290, 291, 292, 293, 295, 300, 307, 319, 528

Personas jurídicas privadas p. 284, 285, 289, 291, 292, 293, 294, 295, 317, 319, 333, 355, 524, 526

personas jurídicas públicas p. 287, 289, 290, 291, 292, 394

principio de especialidad p. 283, 300

responsabilidad de la persona jurídica p. 304, 305

responsabilidad de los administradores p. 305, 306, 307, 308, 309, 326

transformación p. 311, 312

Personas con discapacidad p. 5, 58, 59, 60, 79, 80, 81, 82, 84, 85, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 98, 99, 100, 101, 102, 110, 111, 112, 115, 124, 125, 144, 147, 152, 210, 214, 272, 275, 279, 280, 281, 497, 498

Persona humana p. 126, 136, 139, 142, 175, 177, 197, 228, 282, 285, 295, 297, 341, 347, 348, 349, 524, 526, 527, 528

Persona menor de edad *véase* **niño, niña o adolescente**

Prenotación p. 183, 189, 190, 191, 192, 385, 409

Prescripción p. 32, 33, 146, 152, 327, 395, 432, 456, 482, 506, 541, 546, 547, 549, 550, 563, 571, 572, 598, 603, 604, 611, 617, 618, 622, 623

Presunción de fallecimiento p. 178, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 200, 234, 281, 409

declaración de fallecimiento presunto p. 184, 185, 186, 187, 188, 189, 191, 192, 234, 409

día presuntivo del fallecimiento p. 188, 189, 190

Principio de igualdad p. 7, 19, 50, 155

igualdad de condiciones p. 59, 60, 80, 81, 94, 99, 100, 110, 205, 236, 279, 280, 328

no discriminación p. 50, 92, 94

Principio de inexcusabilidad p. 33, 34

Principio de razonabilidad p. 17, 18, 37, 109, 112, 323

Progenitor afín p. 208, 209, 221, 223, 224, 226, 229, 236, 237, 243, 504, 505

Propiedad horizontal p. 293, 374, 375, 420, 526, 531

Infojus

R

Relación de consumo p. 23, 30, 31, 32, 404, 433

consumidor p. 9, 23, 28, 30, 31, 32, 38, 173, 297, 319, 404, 410, 606

protección del consumidor p. 31

Relaciones de familia p. 10, 225, 407, 415, 441, 503, 574, 575

Rendición de cuentas p. 76, 220, 227, 242, 248, 255, 258, 259, 261, 262, 263, 264, 265, 270, 276, 348, 579

Representación p. 32, 61, 62, 63, 67, 68, 87, 88, 89, 93, 100, 101, 116, 137, 189, 205, 206, 209, 210, 211, 213, 216, 217, 218, 219, 222, 223, 225, 229, 231, 233, 235, 236, 242, 243, 247, 254, 255, 258, 262, 269, 270, 281, 286, 301, 302, 303, 304, 308, 309, 311, 315, 320, 321, 327, 341, 365, 434, 448, 451, 473, 502, 503, 504, 524, 574, 576, 577, 581, 584, 585, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595

apoderamiento p. 574, 576, 577, 579, 580, 586, 589, 590, 592, 593, 594

mandato p. 178, 182, 184, 187, 230, 236, 244, 245, 265, 303, 308, 341, 351, 352, 443, 482, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 581, 582, 584, 587, 590, 591, 593, 594, 595, 601

pluralidad de representantes p. 592, 593

poder p. 181, 182, 187, 240, 288, 300, 303, 308, 341, 343, 482, 502, 504, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 601, 616

ratificación p. 576, 581, 584, 585, 586, 587, 591

representación aparente p. 578, 582, 583

representación legal p. 67, 100, 208, 210, 220, 221, 222, 224, 243, 270, 503, 505, 575

representación voluntaria p. 574, 575, 578, 579, 588

representante p. 58, 72, 73, 94, 102, 107, 108, 113, 144, 146, 147, 186, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 216, 217, 218, 220, 221, 223, 231, 232, 236, 238, 242, 243, 258, 261, 281, 282, 293, 300, 301, 303, 305, 308, 309, 454, 502, 503, 505, 514, 517, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595

Responsabilidad civil p. 15, 130, 134, 166, 457, 462, 542, 609

Responsabilidad parental p. 32, 56, 63, 66, 67, 74, 75, 78, 101, 102, 152, 157, 162, 175, 189, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 213, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 238, 239, 240, 243, 247, 279, 280, 281, 282, 503, 504, 505

S

Salud mental p. 57, 60, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 85, 90, 96, 104, 106, 107, 108, 110, 113, 118, 119, 120, 121, 234, 272, 276, 281, 437

T

Técnicas de reproducción humana asistida p. 2, 16, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 140, 156

embrión in vitro p. 2, 50, 51, 52, 62

fertilización in vitro p. 51

Transmisión de los derechos p. 251, 430, 618, 619

sucesiones p. 6, 13, 34, 35, 76, 176, 178, 189, 191, 240, 241, 343, 357, 433, 434, 522, 537, 618, 622, 623, 624

sucesores p. 191, 195, 430, 433, 434, 455, 461, 479, 488, 514, 519, 536, 543, 546, 548, 549, 563, 567, 569, 570, 598, 605, 614, 622, 624

sucesores singulares p. 567, 572, 622, 624

sucesores universales p. 622, 624

Tutela p. 9, 60, 61, 76, 116, 176, 205, 207, 209, 210, 211, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 239, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 273, 276, 277, 278, 280, 281

cuentas de la tutela p. 75, 260, 261, 263

discernimiento de la tutela p. 226, 235, 237, 238, 239, 240

remoción del tutor p. 219, 234, 245, 259, 261, 267, 268

tutela dativa p. 227, 228, 229, 230

tutela especial p. 66, 69, 206, 207, 212, 229, 230, 231, 232, 233, 240, 262, 270

tutor p. 56, 57, 60, 63, 66, 67, 69, 75, 77, 147, 172, 206, 207, 208, 209, 210, 212, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 273, 275, 278, 279, 280, 281, 434, 503, 575, 576, 578, 603

U

Uniones convivenciales p. 10, 88, 123, 159, 160, 176, 192, 260, 385, 411, 420, 421, 422, 425, 426, 487, 500

Usos y costumbres p. 5, 12, 150, 439

Usufructo p. 27, 78, 258, 259, 283, 345, 363, 370, 376, 381, 408, 430, 579, 584

V

Vicios de la voluntad p. 34, 443, 444, 452, 453, 458, 459, 580
acción dolosa p. 452, 454, 455
dolo p. 41, 259, 261, 265, 429, 436, 440, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 462, 489, 515, 539, 604, 605, 606, 609, 611, 612
dolo esencial p. 454, 456, 457, 458
dolo incidental p. 453, 456, 457
error como vicio de la voluntad p. 34, 443
error de cálculo p. 449, 450
error de derecho p. 33, 34, 35, 444, 445
error de hecho p. 34, 443, 444, 445, 446, 447, 451
error en la declaración p. 450, 451, 452
error esencial p. 444, 447, 448, 450, 451, 469
error reconocible p. 445, 446
intimidación p. 436, 453, 458, 459, 461
omisión dolosa p. 452, 453, 454, 456
violencia como vicio de la voluntad p. 458

Vicios de los actos jurídicos p. 538
acción revocatoria p. 549, 550, 554
contradocumento p. 489, 490, 544, 545, 546
fraude p. 453, 464, 518, 549, 550, 552, 553, 554, 555, 563, 616, 617, 618, 619, 622
lesión p. 129, 131, 364, 419, 538, 539, 540, 541, 602, 611, 619
simulación p. 440, 490, 541, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 553, 563, 597, 619, 621
simulación ilícita p. 453, 542, 543
simulación lícita p. 543

Vivienda familiar p. 41, 111, 169, 198, 220, 243, 246, 284, 410, 411, 412, 413, 416, 417, 418, 421, 423, 425, 427, 468
protección de la vivienda p. 124, 385, 409, 410, 411, 413, 414, 415, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 424, 425, 426, 428

Infojus