

CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL
DE LA NACIÓN COMENTADO

□

TOMO II
ARTÍCULOS 401 A 723

JULIO CÉSAR RIVERA
GRACIELA MEDINA
Directores

MARIANO ESPER
Coordinador

CRISTINA NOEMÍ ARMELLA - SEBASTIÁN BALBÍN
RUBÉN H. COMPAGNUCCI DE CASO - IGNACIO A. ESCUTI
DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO - PEDRO GALMARINI
LILIAN N. GURFINKEL DE WENDY - LUIS F. P. LEIVA FERNÁNDEZ
EDGARDO LÓPEZ HERRERA - GRACIELA MEDINA
OSVALDO FELIPE PITRAU - RENATO RABBI-BALDI CABANILLAS
JULIO CÉSAR RIVERA - GABRIEL G. ROLLERI
EDUARDO GUILLERMO ROVEDA - MARTÍN SIGAL
Directores de área

LIBRO II
RELACIONES DE FAMILIA

DIRECTORES DE ÁREA:
Ich GRACIELA MEDINA Y EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

AUTORES:
epn Eduardo Guillermo Roveda
y Carla F. Alonso Reina
(arts. 401-402 y 594-637)

FOTOCOPIADORA
C.E.D.

COD.

SF
DF



20000632

<i>Eduardo Guillermo Roveda</i> <i>y Mercedes Robba</i> (arts. 403-409)
<i>Eduardo Guillermo Roveda</i> <i>y Marcela Lorena Sasso</i> (arts. 410-415)
<i>Eduardo Guillermo Roveda</i> (arts. 416-420, 427-430, 446-453, 481-487, 565)
<i>Eduardo Guillermo Roveda</i> <i>y Matías Martínez</i> (arts. 421-423)
<i>Eduardo Guillermo Roveda</i> <i>y Agustín Peres</i> (arts. 424-426)
<i>Mercedes Robba</i> <i>y Marcela Lorena Sasso</i> (arts. 431-434)
<i>Mariana Holweck</i> (arts. 435, 475-480 y 496-504)
<i>Sandra F. Veloso</i> (arts. 436-445, 488-495 y 505-508)
<i>Graciela Medina</i> (arts. 454-474 y 638-647)
<i>Eduardo Guillermo Roveda</i> <i>y Patricia S. Giovannetti</i> (arts. 509-528)
<i>Patricia S. Giovannetti</i> <i>y Florencia Ricolfi</i> (arts. 529-557)
<i>Ignacio González Magaña</i> (arts. 558-564)
<i>Andrés Gitter</i> (arts. 566-575)
<i>María Alejandra Massano</i> (arts. 576-593)
<i>María Soledad Miguez de Bruno</i> (arts. 648-657)
<i>Osvaldo Felipe Pitrau</i> (arts. 658-671)
<i>Graciela Cristina Ignacio</i> (arts. 672-684)
<i>Silvina Cerra</i> (arts. 685-704)
<i>Mariela Panigadi</i> (arts. 705-723)

ÍNDICE GENERAL

Pág.

LIBRO II

RELACIONES DE FAMILIA

TÍTULO I

MATRIMONIO

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS DE LIBERTAD Y DE IGUALDAD

Por Eduardo Guillermo Roveda
y Carla F. Alonso Reina

Art. 401.— Esponsales	4
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	4
II. Comentario.....	4
III. Jurisprudencia.....	5
Art. 402.— Interpretación y aplicación de las normas	5
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	5
II. Comentario.....	6
III. Jurisprudencia.....	6

CAPÍTULO 2

REQUISITOS DEL MATRIMONIO

Por Eduardo Guillermo Roveda y Mercedes Robba

Art. 403.— Impedimentos matrimoniales	7
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	7
II. Comentario.....	8
1. Concepto	8
2. Clasificación de los impedimentos.....	9
2.1. Impedimentos dirimentes e impedientes	9
2.2. Absolutos o relativos	9
2.3. Perpetuos o temporales.....	9
2.4. Dispensables e indispensables	10
3. Efectos de los impedimentos.....	10
4. Impedimentos dirimentes	10
31505 Art. 404.— Falta de edad nupcial. Dispensa judicial.....	12
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	13

II. Comentario.....	13
1. Falta de edad nupcial. Dispensa judicial.....	13
2. Falta de aprobación de las cuentas de la tutela.....	14
tx540.....	14
III. Jurisprudencia.....	14
Art. 405.— Falta de salud mental y dispensa judicial.....	15
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	15
II. Comentario.....	15
III. Jurisprudencia.....	16
Art. 406.— Requisitos de existencia del matrimonio.....	16
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	16
II. Comentario.....	17
1. Requisitos de existencia del acto matrimonial.....	17
2. Consecuencias de la inexistencia.....	18
III. Jurisprudencia.....	18
Art. 407.— Incompetencia de la autoridad que celebra el acto.....	19
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	19
II. Comentario.....	19
Art. 408.— Consentimiento puro y simple.....	19
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	19
II. Comentario.....	20
Prohibición de modalidades.....	20
Art. 409.— Vicios del consentimiento.....	20
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	20
II. Comentario.....	21
1. Vicios del consentimiento.....	21
2. Error.....	21
3. Dolo.....	22
4. Violencia.....	23
III. Jurisprudencia.....	23

CAPÍTULO 3

OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Por Eduardo Guillermo Roveda y Marcela Lorena Sasso

Art. 410.— Oposición a la celebración del matrimonio.....	25
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	25
II. Comentario.....	25
Art. 411.— Legitimados para la oposición.....	26
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	26
II. Comentario.....	26

Art. 412.— Denuncia de impedimentos.....	27
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	27
II. Comentario.....	28
Art. 413.— Forma y requisitos de la oposición.....	28
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	28
II. Comentario.....	29
Art. 414.— Procedimiento de la oposición.....	29
Art. 415.— Cumplimiento de la sentencia.....	29
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	30
II. Comentario.....	30

CAPÍTULO 4

CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

SECCIÓN 1ª

MODALIDAD ORDINARIA DE CELEBRACIÓN

Por Eduardo Guillermo Roveda

Art. 416.— Solicitud inicial.....	33
Art. 417.— Suspensión de la celebración.....	34
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	34
II. Comentario.....	34
Art. 418.— Celebración del matrimonio.....	34
Art. 419.— Idioma.....	36
Art. 420.— Acta de matrimonio y copia.....	36
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	37
II. Comentario.....	37

SECCIÓN 2ª

MODALIDAD EXTRAORDINARIA DE CELEBRACIÓN

Por Eduardo Guillermo Roveda y Matías Martínez

Art. 421.— Matrimonio en artículo de muerte.....	39
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	39
II. Comentario.....	40
Matrimonio en artículo de muerte o <i>in extremis</i>	40
Art. 422.— Matrimonio a distancia.....	41
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	41
II. Comentario.....	41

III. Jurisprudencia.....	42
--------------------------	----

CAPÍTULO 5

PRUEBA DEL MATRIMONIO

Por Eduardo Guillermo Roveda y Matías Martínez

Art. 423.— Regla general. Excepciones. Posesión de estado	43
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	43
II. Comentario.....	44
III. Jurisprudencia.....	44

CAPÍTULO 6

NULIDAD DEL MATRIMONIO

Por Eduardo Guillermo Roveda y Agustín Peresart. 424.— Nulidad absoluta. Legitimados	47
owidctIpar	I. Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto	47
II. Comentario.....	48
III. Jurisprudencia.....	49
Art. 425.— Nulidad relativa. Legitimados	49
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	50
1. Falta de edad legal	50
2. Privación de la razón	50
3. Impotencia	51
4. Vicios del consentimiento	51
II. Comentario.....	52
1. Falta de edad legal	52
2. Falta permanente o transitoria de salud mental	52
3. Impotencia	53
4. Vicios del consentimiento	53
III. Jurisprudencia.....	53
Art. 426.— Nulidad matrimonial y terceros	54
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	54
II. Comentario.....	54
Art. 427.— Buena fe en la celebración del matrimonio.....	55
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	55
II. Comentario.....	55
Art. 428.— Efectos de la buena fe de ambos cónyuges	56
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	56
II. Comentario.....	56
Art. 429.— Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges	57

tqrI.....	Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto	57

II. Comentario.....	57
trparArt. 430.— Efectos de la mala fe de ambos cónyuges	58
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	58
II. Comentario.....	58

CAPÍTULO 7

DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

Por Mercedes Robba y Marcela Lorena Sasso

Art. 431.— Asistencia	59
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	59
II. Comentario.....	60
Art. 432.— Alimentos	61
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	61
II. Comentario.....	61
III. Jurisprudencia.....	61
Art. 433.— Pautas para la fijación de los alimentos.....	62
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	63
II. Comentario.....	63
III. Jurisprudencia.....	64
Art. 434.— Alimentos posteriores al divorcio	64
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	65
II. Comentario.....	65
III. Jurisprudencia.....	67

CAPÍTULO 8

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

ng1025 SECCIÓN 1ª

CHCAUSALES

Por Mariana Hollyweck

Art. 435.— Causas de disolución del matrimonio	69
¶2I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	69
II. Comentario.....	69

SECCIÓN 2ª

PROCESO DE DIVORCIO

5Por Sandra F. Veloso

Art. 436.— Nulidad de la renuncia	71
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	71
II. Comentario.....	72
Art. 437.— Divorcio. Legitimación	72

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	72
II. Comentario	73
Art. 438.— Requisitos y procedimiento del divorcio	73

SECCIÓN 3ª

EFFECTOS DEL DIVORCIO

Por Sandra F. Veloso

Art. 439.— Convenio regulador. Contenido	75
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	75
II. Comentario	76
1. De la propuesta o convenio regulador	76
2. De la audiencia	78
3. Del proceso	79
3.1. El proceso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	79
3.2. El proceso en la Provincia de Buenos Aires	80
4. Del divorcio incausado y sin plazos	83
Art. 440.— Eficacia y modificación del convenio regulador	84
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	84
II. Comentario	84
in624Art. 441.— Compensación económica	85
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	85
II. Comentario	85
Art. 442.— Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad	87
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	88
II. Comentario	88
1. Semejanzas y diferencias de la compensación con otras instituciones del Derecho Civil	88
1.1. Con el esquema alimentario	88
1.2. Con la indemnización por daños y perjuicios	88
1.3. Con el enriquecimiento sin causa	89
Art. 443.— Atribución del uso de la vivienda. Pautas	89
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	90
II. Comentario	90
1. Principios generales para la protección de la vivienda familiar	90
2. Pautas para la atribución del uso de la vivienda	91
2.1. La persona a quien se atribuye la custodia de los hijos	91
2.2. La persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios	91
2.3. El estado de salud y edad de los cónyuges	92
2.4. Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar	92
3. Oportunidad para el reclamo	92
Art. 444.— Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar	93
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	93
II. Comentario	93

1. Renta compensatoria por el uso del inmueble	93
15052. Restricción al poder de disposición del inmueble	94
3. Posibilidad de continuar con la locación del cónyuge	94
III. Jurisprudencia	94
Art. 445.— Cese	95
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	95
II. Comentario	95

TÍTULO II

RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

SECCIÓN 1ª

CONVENCIONES MATRIMONIALES

Por Eduardo Guillermo Roveda

Art. 446.— Objeto	99
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	99
II. Comentario	100
1. Introducción	100
2. Características del régimen	100
3. La incorporación de los regímenes optativos. El debate	100
4. El debate en la doctrina contemporánea y la tendencia hacia la autonomía	102
5. El contenido del nuevo artículo	104
Art. 447.— Nulidad de otros acuerdos	104
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	104
II. Comentario	104
Art. 448.— Forma	105
x680	I. Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto	105
II. Comentario	106
454Art. 449.— Modificación de régimen	106
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	106
II. Comentario	107
III. Derecho transitorio	107
Art. 450.— Personas menores de edad	107
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	108
II. Comentario	108

SECCIÓN 2ª

DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO

Por Eduardo Guillermo Roveda

Art. 451.— Normas aplicables.....	109
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	109
II. Comentario.....	109
Art. 452.— Condición implícita.....	109
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	110
II. Comentario.....	110
III. Jurisprudencia.....	110
Art. 453.— Oferta de donación.....	110
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	110
II. Comentario.....	111

SECCIÓN 3*

DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS RÉGIMENES

Por Graciela Medina

ln. InderogabilidadóAplicaci —Art. 454.....	114
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	114
II. Comentario.....	115
1. Concepto.....	115
2. Caracteres.....	116
3. Modificación del régimen primario.....	116
4. Contenido del régimen patrimonial primario.....	116
Art. 455.— Deber de contribución.....	116
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	117
II. Comentario.....	117
1. Objeto de la contribución.....	117
2. Clase de negocio jurídico.....	118
3. Forma de la contribución.....	118
4. Proporción en la que ha de contribuir cada esposo.....	118
5. Recursos para obtener el cumplimiento de la contribución. Demanda de cumplimiento, medidas cautelares.....	119
Art. 456.— Actos que requieren asentimiento.....	119
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	119
II. Comentario.....	119
1. Protección de la vivienda.....	119
2. Protección a la vivienda familiar en la constitución nacional, provincial y en los tratados internacionales.....	120
3. Alcance de la protección constitucional a la vivienda familiar.....	120
4. Extensión a dar al término vivienda común.....	121
5. Actos que requieren el asentimiento.....	121
6. Las cosas muebles.....	122
7. Innecesariedad de la existencia de hijos.....	122
8. Ejecución de la vivienda familiar.....	122

9. Anulación del acto, restitución, plazo de caducidad.....	123
Art. 457.— Requisitos del asentimiento.....	123
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	123
II. Comentario.....	123
1. Naturaleza jurídica del asentimiento.....	123
2. ¿A qué se obliga quien asiente?.....	124
3. Asentimiento anticipado.....	124
4. Alcance del asentimiento.....	124

III. JURISPRUDENCIA

ART. 458.— AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	125
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	125
II. COMENTARIO.....	125
1. SUPUESTOS QUE REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	125
2. FUNDAMENTO.....	126
3. EFECTOS.....	126
4. LA AUTORIZACIÓN CUANDO EL CÓNYUGE NO PUEDE PRESTAR EL ASENTIMIENTO.....	126
5. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA PARA LA DISPOSICIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR.....	127
6. LA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL POR SUBROGACIÓN.....	127
III. JURISPRUDENCIA.....	128
ART. 459.— MANDATO ENTRE CÓNYUGES.....	128
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	129
II. COMENTARIO.....	129
1. CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES.....	129
2. CONTRATO DE MANDATO ENTRE CÓNYUGES.....	129
3. LÍMITES AL CONTRATO DE MANDATO ENTRE CÓNYUGES.....	130
4. EL MANDATO GENERAL ANTICIPADO.....	130
5. RENDICIÓN DE CUENTAS.....	130
ART. 460.— AUSENCIA O IMPEDIMENTO.....	130
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	131
II. COMENTARIO.....	131
ART. 461.— RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.....	131
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	131
II. COMENTARIO.....	132
1. PRINCIPIO GENERAL, SEPARACIÓN DE RESPONSABILIDAD.....	132
2. EXTENSIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA.....	132
3. ICHSOSTENIMIENTO Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS NO COMUNES, RESPONSABILIDAD MAN- COMUNADA.....	133
ART. 462.— COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES.....	133
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	134
II. COMENTARIO.....	134

CAPÍTULO 2

RÉGIMEN DE COMUNIDAD

SECCIÓN 1*

DISPOSICIONES GENERALES

POR GRACIELA MEDINA

24 ART. 463.— CARÁCTER SUPLETORIO.....	135
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	135
II. COMENTARIO.....	136
1. RÉGIMEN DE COMUNIDAD	136
2. CARÁCTER SUPLETORIO, ALCANCE.....	136
3. MOMENTO EN EL QUE COMIENZA A REGIR LA COMUNIDAD, SUPUESTO DE UNIÓN CONVENCIONAL ANTERIOR.....	137
4. ¿SE PUEDE PACTAR QUE EL CAMBIO DE RÉGIMEN DE SEPARACIÓN A LA COMUNIDAD SEA RETROACTIVO?.....	138

SECCIÓN 2*

BIENES DE LOS CÓNYUGES

POR GRACIELA MEDINA

ART. 464.— BIENES PROPIOS.....	140
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	142
1. INCISO A).....	143
2. INCISO B).....	143
3. INCISO C).....	143
4. INCISO D).....	143
5. INCISO E).....	143
6. INCISO F).....	143
7. INCISO G).....	144
8. INCISO H).....	144
9. INCISOS I) Y J).....	144
10. INCISO K).....	144
11. INCISO L).....	144
12. INCISO M).....	144
13. INCISO N).....	144
14. INCISO Ñ).....	144
15. INCISO O).....	145
II. COMENTARIO.....	145
1. INCISO A).....	145
1.1. BIENES PROPIOS POR EL MOMENTO DE ORIGEN DE LA PROPIEDAD, EL DERECHO REAL O LA POSESIÓN	145
1.2. LOS BIENES APORTADOS AL MATRIMONIO QUE PERTENECÍAN A LOS CONVIVIENTES EN CALIDAD DE GANANCIALES CON ANTERIORIDAD AL MATRIMONIO.....	146
2. INCISO B).....	146
2.1. ALCANCE DE LA REFORMA	146
2.2. LOS BIENES GANANCIALES DE TITULARIDAD DE UN CÓNYUGE DONADOS AL OTRO CÓNYUGE	146
2.3. DONACIONES HECHAS CON MOTIVO DEL MATRIMONIO	147

2.4. DONACIONES REMUNERATORIAS.....	147
3. INCISO C).....	147
3.1. ALCANCE DE LA REFORMA	147
3.2. BIENES ADQUIRIDOS POR PERMUTA	147
3.3. BIENES DUALES	147
3.4. APORTE GANANCIAL SUPERIOR AL APORTE PROPIO	148
4. INCISO D).....	148
5. INCISO E).....	148
6. INCISO F).....	148
7. INCISO G).....	149
8. INCISO H).....	149
9. INCISO I).....	149
10. INCISO K).....	150
10.1. EL MAYOR VALOR	150
11. INCISO L).....	151
12. INCISO M).....	151
12.1. EL ALCANCE A DAR "ROPAS Y OBJETOS DE USO PERSONAL DE UNO DE LOS CÓNYUGES"	151
12.2. LO NECESARIO PARA EL EJERCICIO DEL TRABAJO O LA PROFESIÓN	151
12.3. LOS ÚTILES DE TRABAJO QUE FORMEN PARTE DE UN ESTABLECIMIENTO MERCANTIL O UNA EXPLOTACIÓN QUE FORME PARTE DE LA COMUNIDAD	152
12.4. DIFERENCIA ENTRE LA ROPA Y BIENES PERSONALES Y LOS INSTRUMENTOS DE TRABAJO	152
13. INCISO N).....	152
13.1. LA SOLUCIÓN EN EL ORDENAMIENTO	152
13.2. LAS INDEMNIZACIONES Y LA SUBROGACIÓN REAL	152
13.3. LA INDEMNIZACIÓN POR DAÑO EXTRAMATRIMONIAL.....	152
14. INCISO Ñ).....	153
14.1. ALCANCE DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA	153
14.2. FUNDAMENTO DEL CARÁCTER PROPIO DE LA JUBILACIÓN, DEL DERECHO A PENSIÓN Y DE ALIMENTOS.....	153
14.3. FUNDAMENTO DEL DERECHO PROPIO DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA	154
15. INCISO O).....	154
15.1. DERECHOS INTELECTUALES	154
15.2. PATENTE	155
F1 III. JURISPRUDENCIA	155
1. INCISO A).....	155
2. INCISO C).....	155
3. INCISO D).....	155
4. INCISO F).....	156
5. INCISO G).....	156
6. INCISOS I) Y J).....	156
7. INCISO K).....	156
8. INCISO M).....	157
9. INCISO N).....	157
10. INCISO Ñ).....	157

ART. 465.— BIENES GANANCIALES	158
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	160
1. INCISO A)	160
2. INCISO B)	160
3. INCISO C)	160
4. INCISO D)	160
5. INCISO E)	161
6. INCISO H)	161
7. INCISO Ñ)	161
II. COMENTARIO	161
1. INCISO A)	161
2. INCISO B)	161
3. INCISO C)	161
4. INCISO D)	162
4.1. LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO IMPROCEDENTE PRODUCIDA DURANTE EL RÉGIMEN DE GANANCIALES	163
4.2. INDEMNIZACIONES DESTINADAS A COMPENSAR EL LUCRO CESANTE QUE SE HUBIERA OBTENIDO POR EL TRABAJO	163
5. INCISO E)	163
6. INCISO F)	164
7. INCISO G)	164
8. INCISO H)	164
9. INCISO I)	164
10. INCISO J)	164
11. INCISO K)	164
12. INCISO L)	164
13. INCISO M)	164
14. INCISO N)	165
15. INCISO Ñ)	165
ART. 466.— PRUEBA DEL CARÁCTER PROPIO O GANANCIAL	166
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	166
II. COMENTARIO	166
1. REQUISITOS EXIGIDOS DE LA PRUEBA DEL CARÁCTER PROPIO DEL BIEN REGISTRAL OPONIBLE A TERCEROS	167
2. FORMA DE SUBSANAR LA OMISIÓN DE DECLARACIÓN DEL CARÁCTER PROPIO DEL BIEN EN LA ESCRITURA DE ADQUISICIÓN	167
3. LA ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD POR VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES	167
4. LA CONFESIÓN DE QUE EL BIEN ES PROPIO	168
5. ATRIBUCIÓN CONVENCIONAL DE PRIVATIVIDAD	168
6. CONFESIÓN POSTERIOR A LA ADQUISICIÓN	168
7. LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN ENTRE CÓNYUGES	168
8. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN DE PRIVATIVIDAD	168

SECCIÓN 3*

DEUDAS DE LOS CÓNYUGES

POR GRACIELA MEDINA

ART. 467.— RESPONSABILIDAD	172
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	172
II. COMENTARIO	172
1. FUNDAMENTO DE LAS DEUDAS SOLIDARIAS DEL ART. 461	173
2. FUNDAMENTO DE LAS DEUDAS CONCURRENTES DEL ART. 467	173
3. DEUDAS PERSONALES	173
ART. 468.— RECOMPENSA	173
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	174
II. COMENTARIO	174
III. JURISPRUDENCIA	174

SECCIÓN 4*

GESTIÓN DE LOS BIENES EN LA COMUNIDAD

POR GRACIELA MEDINA

ART. 469.— BIENES PROPIOS	177
ART. 470.— BIENES GANANCIALES	177
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	178
II. COMENTARIO	178
1. EL PRINCIPIO GENERAL	179
2. LA NECESIDAD DE PRESTAR EL ASENTIMIENTO. ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE QUIEN PRESTA EL ASENTIMIENTO	179
3. LAS CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE ASENTIMIENTO	180
4. LOS ACTOS PARA LOS QUE SE DEBE PRESTAR EL ASENTIMIENTO	180
4.1. ENAJENAR	180
BCH4.2. GRAVAR	180
5. LOS BIENES QUE DEBEN SER ENAJENADOS O GRAVADOS CON EL ASENTIMIENTO CONYUGAL DEL CÓNYUGE NO TITULAR	180
5.1. LOS BIENES REGISTRABLES	180
5.2. LAS ACCIONES NOMINATIVAS NO ENDOSABLES Y LAS NO CARTULARES, CON EXCEPCIÓN DE LAS AUTORIZADAS PARA LA OFERTA PÚBLICA, SIN PERJUICIO DE LA APLICACIÓN DEL ART. 1824	182
5.3. LAS PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES NO EXCEPTUADAS EN EL INCISO ANTERIOR	182
5.4. LOS ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES, INDUSTRIALES O AGROPECUARIOS	182
6. LAS PROMESAS DE VENTA	183
7. DE LA FORMA DE PRESTAR EL ASENTIMIENTO	183
8. AUTORIZACIÓN JUDICIAL	183
III. JURISPRUDENCIA	184
ART. 471.— BIENES ADQUIRIDOS CONJUNTAMENTE	184
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	184
II. COMENTARIO	184
1. DISENSO	185
2. DIVISIÓN DE CONDOMINIO	185
3. ENAJENACIÓN DE LAS CUOTAS PARTES	185
ART. 472.— AUSENCIA DE PRUEBA	186

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	186
II. COMENTARIO.....	186
ART. 473.— FRAUDE	186
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	186
II. COMENTARIO.....	186
ART. 474.— ADMINISTRACIÓN SIN MANDATO EXPRESO	187
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	187
II. COMENTARIO.....	187

SECCIÓN 5*

al EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

POR MARIANA HOLLWECK

ART. 475.— CAUSAS	191
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	191
II. COMENTARIO.....	192
LA CALIFICACIÓN DE LAS CAUSALES	194
III. JURISPRUDENCIA	194
ART. 476.— MUERTE REAL Y PRESUNTA	195
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	195
II. COMENTARIO.....	195
FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA REFORMA	195
III. JURISPRUDENCIA	197
ART. 477.— SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES	197
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	197
II. COMENTARIO.....	198
1. LA MALA ADMINISTRACIÓN DEL OTRO SI LE ACARREA EL PELIGRO DE PERDER SU EVEN- TUAL DERECHO SOBRE LOS BIENES GANANCIALES	198
2. EL CONCURSO PREVENTIVO O QUIEBRA DEL OTRO CÓNYUGE.....	200
3. SI LOS CÓNYUGES ESTÁN SEPARADOS DE HECHO SIN VOLUNTAD DE UNIRSE	201
4. SI POR INCAPACIDAD O EXCUSA DE UNO DE LOS CÓNYUGES, SE DESIGNA CURADOR DEL OTRO A UN TERCERO	202
III. JURISPRUDENCIA	203
1505ART. 478.— EXCLUSIÓN DE LA SUBROGACIÓN	204
I. HICHRELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	204
II. COMENTARIO.....	205
ART. 479.— MEDIDAS CAUTELARES	205
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	205
II. COMENTARIO.....	205
III. JURISPRUDENCIA	207
ART. 480.— MOMENTO DE LA EXTINCIÓN	208
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	209
II. COMENTARIO.....	209
III. JURISPRUDENCIA	211

SECCIÓN 6*

INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

POR EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

ART. 481.— REGLAS APLICABLES	214
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	214
II. COMENTARIO.....	214
III. JURISPRUDENCIA	215
ART. 482.— REGLAS DE ADMINISTRACIÓN	215
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	215
II. COMENTARIO.....	215
III. JURISPRUDENCIA	216
ART. 483.— MEDIDAS PROTECTORIAS	217
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	217
II. COMENTARIO.....	217
III. JURISPRUDENCIA	218
ART. 484.— USO DE LOS BIENES INDIVISOS	218

sb45.....	I. RELACIÓN CON EL	
CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....		219
II. COMENTARIO.....		219
III. JURISPRUDENCIA.....		219
ART. 485.—FRUTOS Y RENTAS.....		220
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....		220
II. COMENTARIO.....		220
ART. 486.—PASIVO.....		221
ART. 487.—EFECTOS FRENTE A LOS ACREEDORES.....		221
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....		221
II. COMENTARIO.....		221
III. JURISPRUDENCIA.....		222

SECCIÓN 7*

LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

POR SANDRA F. VELOSO

ART. 488.— RECOMPENSAS.....	223
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	223
II. COMENTARIO.....	223
ART. 489.— CARGAS DE LA COMUNIDAD.....	224
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	225
II. COMENTARIO.....	225
ART. 490.— OBLIGACIONES PERSONALES	226
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	226
II. COMENTARIO.....	226
ART. 491.— CASOS DE RECOMPENSAS.....	227

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	228
II. COMENTARIO.....	228
678 ART. 492.— PRUEBA.....	229
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	229
II. COMENTARIO.....	230
ART. 493.— MONTO.....	230
19 I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	230
II. COMENTARIO.....	230
ART. 494.— VALUACIÓN DE LAS RECOMPENSAS.....	230
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	231
II. COMENTARIO.....	231
ART. 495.— LIQUIDACIÓN.....	231
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	231
II. COMENTARIO.....	231

SECCIÓN 8*

PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD

POR MARIANA HOLLWECK

ART. 496.— DERECHO DE PEDIRLA.....	234
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	234
II. COMENTARIO.....	235
III. JURISPRUDENCIA	236
ART. 497.— MASA PARTIBLE.....	236
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	236
II. COMENTARIO.....	236
III. JURISPRUDENCIA	237
ART. 498.— DIVISIÓN.....	237
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	238
II. COMENTARIO.....	238
III. JURISPRUDENCIA	240
ART. 499.— ATRIBUCIÓN PREFERENCIAL.....	240
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	241
II. COMENTARIO.....	241
III. JURISPRUDENCIA	243
ART. 500.— FORMA DE LA PARTICIÓN.....	243
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	243
II. COMENTARIO.....	244
III. JURISPRUDENCIA	245
ART. 501.— GASTOS.....	245
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	245
II. COMENTARIO.....	245
ART. 502.— RESPONSABILIDAD POSTERIOR A LA PARTICIÓN POR DEUDAS ANTERIORES	246
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	246
II. COMENTARIO.....	246

I. FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA REFORMA	246
ART. 503.— LIQUIDACIÓN DE DOS O MÁS COMUNIDADES	246
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	247
II. COMENTARIO.....	247
ART. 504.— BIGAMIA	248
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO	248
II. COMENTARIO.....	249
III. JURISPRUDENCIA	250

FCSO CAPÍTULO 3

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Por Sandra F. Veloso

Art. 505.— Gestión de los bienes.....	251
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	251
II. Comentario.....	251
Art. 506.— Prueba de la propiedad.....	252
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	252
II. Comentario.....	252
Art. 507.— Cese del régimen	252
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	253
II. Comentario.....	253
Art. 508.— Disolución del matrimonio.....	253
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	253
II. Comentario.....	253

TÍTULO III

UNIONES CONVIVENCIALES

Por Eduardo Guillermo Roveda y Patricia S. Giovannetti

I. Introducción	255
II. Antecedentes históricos	256
III. Diferentes modelos para regular las uniones	257

CAPÍTULO 1

CONSTITUCIÓN Y PRUEBA

5085678 Art. 509.— Ámbito de aplicación	258
315051.....Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	259
II. Comentario.....	259
1.Concepto	259
2.Caracteres	260
III. Jurisprudencia.....	261

Art. 510.— Requisitos	261
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	261
II. Comentario	261
1. Mayoría de edad	261
2. Parentesco	262
3. Ligamen	262
4. Plazo	263
Art. 511.— Registración	263
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	263
II. Comentario	264
Art. 512.— Prueba de la unión convivencial	265
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	265
II. Comentario	265
III. Jurisprudencia	265

CAPÍTULO 2

PACTOS DE CONVIVENCIA

Por Eduardo Guillermo Roveda y Patricia S. Giovannetti

I. Introducción	267
Art. 513.— Autonomía de la voluntad de los convivientes	267
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	268
II. Comentario	268
1. Forma	268
2. Capacidad	268
3. Contenido	269
Art. 514.— Contenido del pacto de convivencia	269
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	269
II. Comentario	270
Art. 515.— Límites	271
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	272
II. Comentario	272
Art. 516.— Modificación, rescisión y extinción	273
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	273
II. Comentario	273
Art. 517.— Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros	274
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	274
II. Comentario	274

CAPÍTULO 3

EFFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES DURANTE LA CONVIVENCIA

Por Eduardo Guillermo Roveda y Patricia S. Giovannetti

I. Preliminar	277
1. Incompatibilidades e inhabilidades	278
2. Presunción de paternidad	278
3. Adopción	278
4. Deber de colaboración	278
5. Progenitores afines	278
6. Medidas provisionales	278
7. Beneficio de competencia	279
8. Legitimación	279
9. Suspensión de prescripción	279
10. Afectación de la vivienda	279
Art. 518.— Relaciones patrimoniales	279
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	280
II. Comentario	280
Art. 519.— Asistencia	280
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	280
II. Comentario	280
Art. 520.— Contribución a los gastos del hogar	281
1. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	281
II. Comentario	281
Art. 521.— Responsabilidad por las deudas frente a terceros	282
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	282
II. Comentario	282
Art. 522.— Protección de la vivienda familiar	283
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	284
II. Comentario	284
1. Protección entre convivientes	284
2. Protección frente a terceros	285

CAPÍTULO 4

CESE DE LA CONVIVENCIA, EFECTOS

*Por Eduardo Guillermo Roveda
y Patricia S. Giovannetti*

Art. 523.— Causas del cese de la unión convivencial	287
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	288
II. Comentario	288
1. La cuestión terminológica	288
2. Causas	289
2.1. Muerte de uno de los convivientes y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (incs. a y b)	289
2.2. Matrimonio o nueva unión convivencial	289
2.3. Matrimonio de los convivientes	289
2.4. Mutuo acuerdo	290
2.5. Voluntad unilateral	290
2.6. Cese de la convivencia por más de un año	290

Art. 524.— Compensación económica.....	290
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	291
II. Comentario.....	291
n6241. Naturaleza jurídica. Concepto.....	291
2. Procedencia.....	292
3. Forma de pago.....	293
tx397Art. 525.— Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.....	293
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	294
II. Comentario.....	294
1. Pautas.....	294
2. Caducidad.....	294
3. Competencia.....	294
Art. 526.— Atribución del uso de la vivienda familiar.....	295
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	295
II. Comentario.....	295
Art. 527.— Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes.....	297
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	298
II. Comentario.....	298
Art. 528.— Distribución de los bienes.....	299
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	299
II. Comentario.....	299
III. Jurisprudencia.....	300

TÍTULO IV

PARENTESCO

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Patricia S. Giovannetti y Florencia Ricolfi

Art. 529.— Concepto y terminología.....	301
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	301
II. Comentario.....	302
1. Parentesco por naturaleza.....	302
2. Parentesco por adopción.....	302
3. Parentesco por técnicas de reproducción.....	302
n42 n humana asistida.....	302
4. Parentesco por afinidad.....	303
Art. 530.— Elementos del cómputo.....	303
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	303
II. Comentario.....	303

Art. 531.— Grado. Línea. Tronco.....	303
alang1025I.Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	303
II. Comentario.....	303
Art. 532.— Clases de líneas.....	304
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	304
II. Comentario.....	304
Art. 533.— Cómputo del parentesco.....	305
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	305
II. Comentario.....	305
Art. 534.— Hermanos bilaterales y unilaterales.....	305
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	305
II. Comentario.....	306
Art. 535.— Parentesco por adopción.....	306
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	306
II. Comentario.....	307
III. Jurisprudencia.....	307
Art. 536.— Parentesco por afinidad. Cómputo. Exclusión.....	307
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	307
II. Comentario.....	308
III. Jurisprudencia.....	308

CAPÍTULO 2

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PARIENTES

Por Patricia S. Giovannetti y Florencia Ricolfi

SECCIÓN 1ª

83ALIMENTOS

cs0 ART. 537.— ENUMERACIÓN.....	310
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	311
II. COMENTARIO.....	311
III. JURISPRUDENCIA.....	312
ART. 538.— PARIENTES POR AFINIDAD.....	312
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	312
II. COMENTARIO.....	312
ART. 539.— PROHIBICIONES.....	313
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO.....	313
II. COMENTARIO.....	313
CARACTERES DE LOS ALIMENTOS.....	313
III. JURISPRUDENCIA.....	314
ART. 540.— ALIMENTOS DEVENGADOS Y NO PERCIBIDOS.....	314

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	314
II. COMENTARIO.....	314
III. JURISPRUDENCIA	315
Art. 541.— CONTENIDO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.....	315
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	315
II. COMENTARIO.....	315
1. CONTENIDO	316
2. PRESUPUESTOS	316
III. JURISPRUDENCIA	316
Art. 542.— MODO DE CUMPLIMIENTO	316
ch I.....Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	316
II. Comentario.....	317
fault1.Modo de pago	317
2.Periodicidad	317
Art. 543.— Proceso	317
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	317
II. Comentario.....	317
Competencia	318
Art. 544.— Alimentos provisorios	318
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	319
II. Comentario.....	319
III. Jurisprudencia.....	319
Art. 545.— Prueba	319
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	319
II. Comentario.....	320
Art. 546.— Existencia de otros obligados.....	320
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	321
II. Comentario.....	321
Art. 547.— Recursos	321
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	321
II. Comentario.....	321
Art. 548.— Retroactividad de la sentencia	322
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	322
II. Comentario.....	322
dArt. 549.— Repetición	323
insrsid15085678	I.Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto	323
II. Comentario.....	323
Art. 550.— Medidas cautelares.....	324
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	324
II. Comentario.....	324
1. Alimentos futuros	324
2. Alimentos devengados.....	325

Art. 551.— Incumplimiento de órdenes judiciales	325
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	325
II. Comentario.....	325
Art. 552.— Intereses	326
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	326
II. Comentario.....	326
III. Jurisprudencia.....	326
Art. 553.— Otras medidas para asegurar el cumplimiento	327
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	327
II. Comentario.....	327
III. Jurisprudencia.....	328
Art. 554.— Cese de la obligación alimentaria	328
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	328
II. Comentario.....	328
1. Cese de la cuota alimentaria	328
2. Incidente de cese, aumento o reducción	329
III. Jurisprudencia	330

SECCIÓN 2ª

§1280DERECHO DE COMUNICACIÓN

Art. 555.— Legitimados. Oposición	330
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	331
II. Comentario.....	331
III. Jurisprudencia.....	332
Art. 556.— Otros beneficiarios	332
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	332
II. Comentario.....	332
III. Jurisprudencia.....	333
Art. 557.— Medidas para asegurar el cumplimiento	334
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	334
II. Comentario.....	334

TÍTULO V

FILIACIÓN

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Por Ignacio González Magaña

Art. 558.— Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos	335
---	-----

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	336
II. Comentario.....	336
1. Filiación por naturaleza	336
2. Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida	337
2.1. Diferencias con la filiación determinada por naturaleza y por adopción	339
angfe112743. Filiación por adopción	340
4. Equiparación filiatoria	341
ng1025 4.1. El doble vínculo filial como límite legal	341
III. Jurisprudencia.....	341
Art. 559.— Certificado de nacimiento	342
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	342
II. Comentario.....	343
III. Jurisprudencia.....	344

CAPÍTULO 2

REGLAS GENERALES RELATIVAS A LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Por Ignacio González Magaña

Art. 560.— Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida	345
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	345
II. Comentario.....	345
1. Caracteres del consentimiento	345
2. Efectos	347
III. Jurisprudencia.....	347
Art. 561.— Forma y requisitos del consentimiento.....	347
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	347
II. Comentario.....	348
1. La instrumentación del consentimiento informado en la ley 26.862... ..	348
2. Revocación del consentimiento	348
31505Art. 562.— Voluntad procreacional.....	348
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	349
II. Comentario.....	349
1. Voluntad procreacional	349
1.1. Concepto	349
1.2. Caracteres	349
III. Jurisprudencia.....	351
Art. 563.— Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproduc- ción asistida	352
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	352
II. Comentario.....	352
Alcance de la norma.....	352
Art. 564.— Contenido de la información	353
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	353

II. Comentario.....	353
1. El derecho a la información de la persona nacida por Técnicas de Reproducción Humana Asistida. Fuentes. Derecho Comparado	353
2. Derecho a conocer los datos del donante. Excepciones	354
III. Jurisprudencia.....	355

CAPÍTULO 3

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Por Eduardo Guillermo Roveda

Art. 565.— Principio general	357
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	357
II. Comentario.....	357

lchCAPÍTULO 4

RTlCHDETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Por Andrés Gitter

Art. 566.— Presunción de filiación	359
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del Código Civil.....	360
II. Comentario.....	360
1. Presunción de filiación - ausencia del deber de fidelidad	360
2. Presunción <i>iuris tantum</i>	360
3. Reproducción humana asistida. Falta de consentimiento. Remisión	361
4. Incorporación a la presunción "del o de la cónyuge"	361
5. Precisión en el cómputo del plazo para el cese de la presunción	362
III. Jurisprudencia.....	362
Art. 567.— Situación especial en la separación de hecho	362
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	363
II. Comentario.....	363
1. Situación de separación de hecho	363
2. Consentimiento de ambos cónyuges	363
Art. 568.— Matrimonios sucesivos	363
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	364
II. Comentario.....	364
1. Matrimonios a los que se aplica esta norma	364
2. "Mujer que da a luz"	364
3. Plazos - carácter de la presunción	365
Art. 569.— Formas de determinación	365
es0 I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	365
II. Comentario.....	365

últ. Eliminación del término "padres"	365
2. Técnica de reproducción humana asistida	366

CAPÍTULO 5

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Por Andrés Gitter

Art. 570.— Principio general	367
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	367
II. Comentario	367
1. Técnicas de reproducción humana asistida	367
2. Formas de determinación de la filiación extramatrimonial	368
Art. 571.— Formas del reconocimiento	368
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	368
II. Comentario	368
1. Reordenamiento de normas	368
2. Reconocimiento del hijo por nacer	369
3. Formas del reconocimiento	369
4. Unilateralidad del reconocimiento por parte del padre	369
Art. 572.— Notificación del reconocimiento	369
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	369
II. Comentario	370
1. Información al reconocido y a su madre	370
2. Unilateralidad del reconocimiento y derechos del reconocido	370
Art. 573.— Caracteres del reconocimiento	370
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	370
II. Comentario	371
1. MANTENIMIENTO DE LOS CARACTERES DEL RECONOCIMIENTO DEL HIJO	371
2. RECONOCIMIENTO DEL HIJO YA FALLECIDO	371
Art. 574.— Reconocimiento del hijo por nacer	371
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	371
II. Comentario	372
1. Reconocimiento del hijo por nacer	372
2. Interés superior del niño	372
Art. 575.— Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida	372
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	373
II. Comentario	373
1. Filiación extramatrimonial y técnicas de reproducción humana asistida	373
2. Fertilización "heteróloga" - Inexistencia de vínculo jurídico con los "terceros"	373
3. Dolo, fraude o simulación en el consentimiento previo, informado y libre	374

CAPÍTULO 6

ACCIONES DE FILIACIÓN. DISPOSICIONES GENERALES

Por María Alejandra Massano

Art. 576.— Caracteres	376
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	376
II. Comentario	376
III. Jurisprudencia	377
Art. 577.— Inadmisibilidad de la demanda	377
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	377
II. Comentario	377
6780 Art. 578.— Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial	379
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	379
II. Comentario	379
III. Jurisprudencia	380
Art. 579.— Prueba genética	380
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	380
II. Comentario	380
III. Jurisprudencia	382
Art. 580.— Prueba genética <i>post mortem</i>	382
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	383
II. Comentario	383
III. Jurisprudencia	383
Art. 581.— Competencia	384
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	384
II. Comentario	384
III. Jurisprudencia	385

CAPÍTULO 7

ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN

Por María Alejandra Massano

220 Art. 582.— Reglas generales	387
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	388
II. Comentario	388
III. Jurisprudencia	389
Art. 583.— Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad	390
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	390
II. Comentario	390
Art. 584.— Posesión de estado	391
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	391
II. Comentario	391
III. Jurisprudencia	392
Art. 585.— Convivencia	392
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	393

II. Comentario.....	393
III. Jurisprudencia.....	394
Art. 586.— Alimentos provisorios	394
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	394
II. Comentario.....	395
III. Jurisprudencia.....	396
Art. 587.— Reparación del daño causado	397
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	397
II. Comentario.....	397
III. Jurisprudencia.....	398

CAPÍTULO 8

ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

Por María Alejandra Massano

Art. 588.— Impugnación de la maternidad.....	402
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	402
II. Comentario.....	402
III. Jurisprudencia.....	404
Art. 589.— Impugnación de la filiación presumida por la ley	404
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	404
II. Comentario.....	404
III. Jurisprudencia.....	405
Art. 590.— Impugnación de la filiación presumida por ley. Legitimación y caducidad	405
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	406
II. Comentario.....	406
Art. 591.— Acción de negación de filiación presumida por la ley	410
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	411
II. Comentario.....	411
Art. 592.— Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley ..	412
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	413
II. Comentario.....	413
Art. 593.— Impugnación del reconocimiento	414
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	414
II. Comentario.....	414
III. Jurisprudencia.....	415

TÍTULO VI

ADOPTACIÓN

CAPÍTULO 1

§24 DISPOSICIONES GENERALES

Por Eduardo Guillermo Roveda y Carla F. Alonso Reina

Art. 594.— Concepto	418
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	419
II. Comentario.....	420
III. Jurisprudencia.....	421
Art. 595.— Principios generales.....	421
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	421
II. Comentario.....	422
1. Interés superior del niño.....	423
2. El respeto por el derecho a la identidad	423
3. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada	423
4. La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas	424
5. El derecho a conocer los orígenes	424
6. El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez (10) años.....	424
III. Jurisprudencia.....	425
Art. 596.— Derecho a conocer los orígenes	425
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	426
II. Comentario.....	426
III. Jurisprudencia.....	427
Art. 597.— Personas que pueden ser adoptadas	428
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	428
II. Comentario.....	428
III. Jurisprudencia.....	428
Art. 598.— Pluralidad de adoptados	429
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	429
II. Comentario.....	429
Art. 599.— Personas que pueden ser adoptantes	430
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	430
II. Comentario.....	430
III. Jurisprudencia.....	431
Art. 600.— Plazo de residencia en el país e inscripción	431
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	431
II. Comentario.....	431
Art. 601.— Restricciones.....	432
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	432
II. Comentario.....	432
Art. 602.— Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial	433
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	433
II. Comentario.....	433

Art. 603.— Adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial	434
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	434
II. Comentario	434
Art. 604.— Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial	435
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	436
II. Comentario	436
III. Jurisprudencia	436
Art. 605.— Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores	437
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	437
II. Comentario	437
Art. 606.— Adopción por tutor	437
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	437
II. Comentario	438

CAPÍTULO 2

DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

*Por Eduardo Guillermo Roveda
y Carla F. Alonso Reina*

Art. 607.— Supuestos	439
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	440
II. Comentario	440
III. Jurisprudencia	442
Art. 608.— Sujetos del procedimiento	442
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	443
II. Comentario	443
III. Jurisprudencia	443
Art. 609.— Reglas del procedimiento	444
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	444
II. Comentario	444
III. Jurisprudencia	445
Art. 610.— Equivalencia	445
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	445
II. Comentario	445

CAPÍTULO 3

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

Por Eduardo Guillermo Roveda y Carla F. Alonso Reina

Art. 611.— Guarda de hecho. Prohibición	447
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	448
II. Comentario	448
III. Jurisprudencia	450
Art. 612.— Competencia	451
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	451
II. Comentario	451
Art. 613.— Elección del guardador e intervención del organismo administrativo	452
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	452
II. Comentario	452
III. Jurisprudencia	453
Art. 614.— Sentencia de guarda con fines de adopción	454
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	454
II. Comentario	454

CAPÍTULO 4

JUICIO DE ADOPCIÓN

Por Eduardo Guillermo Roveda y Carla F. Alonso Reina

Art. 615.— Competencia	455
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	455
II. Comentario	455
Art. 616.— Inicio del proceso de adopción	455
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	456
II. Comentario	456
Art. 617.— Reglas del procedimiento	456
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	456
II. Comentario	456
Art. 618.— Efecto temporal de la sentencia	457
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	457
II. Comentario	457

CAPÍTULO 5

TIPOS DE ADOPCIÓN

Por Eduardo Guillermo Roveda y Carla F. Alonso Reina

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 619.— Enumeración	459
------------------------------	-----

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	459
II. Comentario	459
Art. 620.— Concepto	460
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	460
II. Comentario	460
III. Jurisprudencia	460
Art. 621.— Facultades judiciales	461
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	462
II. Comentario	462
III. Jurisprudencia	462
Art. 622.— Conversión	463
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	463
II. Comentario	463
Art. 623.— Prenombre del adoptado	463
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	463
II. Comentario	463
III. Jurisprudencia	464

SECCIÓN 2ª

ADOPCIÓN PLENA

b113 Art. 624.— Irrevocabilidad	464
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	464
II. Comentario	464
Art. 625.— Pautas para el otorgamiento de la adopción plena	465
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	465
II. Comentario	465
Art. 626.— Apellido	467
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	467
II. Comentario	467
III. Jurisprudencia	468

SECCIÓN 3ª

ADOPCIÓN SIMPLE

Art. 627.— Efectos	468
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	469
II. Comentario	469
III. Jurisprudencia	471
Art. 628.— Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción	471
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	471
II. Comentario	471
Art. 629.— Revocación	472
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	472
II. Comentario	472

SECCIÓN 4ª

8 ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN

Art. 630.— Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen	473
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	473
II. Comentario	473
Art. 631.— Efectos entre el adoptado y el adoptante	474
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	475
II. Comentario	475
Art. 632.— Reglas aplicables	475
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	476
II. tab Comentario	476
Art. 633.— Revocación	476
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	476
II. Comentario	476

CAPÍTULO 6

NULIDAD E INSCRIPCIÓN

Por Eduardo Guillermo Roveda y Carla F. Alonso Reina

Art. 634.— Nulidades absolutas	477
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	477
II. Comentario	478
Art. 635.— Nulidad relativa	478
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	478
II. Comentario	478
Art. 636.— Normas supletorias	479
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	479
II. Comentario	479
Art. 637.— Inscripción	479
I. Relación con el Código Civil. Fuente del nuevo texto	479
II. Comentario	480

TÍTULO VII

RESPONSABILIDAD PARENTAL

AF40CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

dotlparPor Graciela Medina

Art. 638.— Responsabilidad parental. Concepto	482
---	-----

I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	482
II. Comentario	483
1. Concepto	483
2. Objetivo de la responsabilidad parental	483
3. Comienzo de la responsabilidad parental	484
III. Jurisprudencia	484
Art. 639.— Principios generales. Enumeración	485
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	486
II. Comentario	486
1. El valor de los principios generales	486
2. Capacidad progresiva del niño	486
3. El derecho del niño a ser oído	488
4. El interés superior del menor	489
III. Jurisprudencia	490
Art. 640.— Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental	490
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	490
II. Comentario	491
1. La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental	491
2. El cuidado personal del hijo	491
3. La guarda otorgada por el juez a un tercero	492
III. Jurisprudencia	492

CAPÍTULO 2

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Por Graciela Medina

fcsl Art. 641.— Ejercicio de la responsabilidad parental	493
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	494
II. Comentario	494
1.Padres que conviven	494
2. Padres que no conviven por separación, divorcio o nulidad de matrimonio	494
3.Cese o suspensión de la responsabilidad parental	495
4.Hijo extramatrimonial con un solo vínculo reconocido	495
5. Hijo extramatrimonial con filiación establecida por sentencia judicial	495
III. Jurisprudencia	495
Art. 642.— Desacuerdo	496
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	496
II. Comentario	496
1.Intervención judicial en caso de desacuerdo	496
2.Legitimación	496
3.Juez competente	497
4. Procedimiento	497
5.La mediación	497

6.Atribución del ejercicio a uno de los progenitores	497
7.Plazo	498
8.La intervención del Ministerio Público	498
Art. 643.— Delegación del ejercicio	498
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	498
II. Comentario	498
1.Personas a quien se puede delegar	498
2.Carácter delegable de la responsabilidad parental	499
3.Responsabilidad por actos ilícitos	499
4.Adopción	499
5.El procedimiento	499
III. Jurisprudencia	499
Art. 644.— Progenitores adolescentes	500
dI. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	500
II. Comentario	500
112741.Actos que pueden realizar los progenitores adolescentes	501
2.Actos de disposición	501
3.Actos trascendentes para la vida del niño	501
4.La seguridad de los terceros	501
5.La diferencia entre asentimiento y consentimiento	501
6.Resolución de los conflictos	502
Art. 645.— Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores	502
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	502
II. Comentario	502
1.Carácter de la enumeración	502
III. Jurisprudencia	504

CAPÍTULO 3

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES . REGLAS GENERALES

Por Graciela Medina

Art. 646.— Enumeración	507
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	508
II. Comentario	508
1.Cuidado	508
2.Convivencia	508
3.Alimentos	508
4.Educación	509
5.El respeto de la personalidad del menor	509
6.El respeto del derecho del niño a ser oído	509
7.El respeto a la comunicación con los abuelos y otros parientes	510
8.La administración de los bienes	510
9.La representación	510
Art. 647.— Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado	511
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	511

II. Comentario.....	511
---------------------	-----

PARDCAPÍTULO 4

trchDEBERES Y DERECHOS SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS

POR MARÍA SOLEDAD MIGUEZ DE BRUNO

ART. 648.— CUIDADO PERSONAL.....	515
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	515
II. COMENTARIO.....	515
1. TERMINOLOGÍA.....	515
2. CONCEPTO.....	516
ART. 649.— CLASES	516
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	516
II. COMENTARIO.....	516
III. JURISPRUDENCIA	517
ART. 650.— MODALIDADES DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO.....	518
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	518
II. COMENTARIO.....	518
1. VENTAJAS DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO	518
2. EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO ALTERNADO	519
3. EL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO INDISTINTO	519
4. LA CONVENIENCIA DEL CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO EN SU GENERALIDAD	520
III. JURISPRUDENCIA	520
ART. 651.— REGLAS GENERALES	521
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	521
II. COMENTARIO.....	521
III. JURISPRUDENCIA	524
ART. 652.— DERECHO Y DEBER DE COMUNICACIÓN.....	525
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	525
II. COMENTARIO.....	525
III. JURISPRUDENCIA	526
TRCH,ATERALUIDADO PERSONAL UNILC—.653 ,RTADEBER DE COLABORACIÓN	527
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	527
II. Comentario.....	527
III. Jurisprudencia.....	528
Art. 654.— Deber de informar	530
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	530
II. Comentario.....	530
III. Jurisprudencia.....	531
Art. 655.— Plan de parentalidad.....	531
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	532
II. Comentario.....	532
III. Jurisprudencia.....	533

Art. 656.— Inexistencia de plan de parentalidad homologado.....	534
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	534
II. Comentario.....	534
III. Jurisprudencia.....	535
Art. 657.— Otorgamiento de la guarda a un pariente	535
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	535
II. Comentario.....	535
III. Jurisprudencia.....	536

CAPÍTULO 5

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES . OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Por Osvaldo Felipe Pitrau

Art. 658.— Regla general	540
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	541
II. Comentario.....	541
III. Jurisprudencia.....	542
fcslArt. 659.— Contenido	543
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	543
II. Comentario.....	543
1. Contenido de la obligación alimentaria. Gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio	543
2. Modo de cumplimiento de la prestación	544
III. Jurisprudencia	545
Art. 660.— Tareas de cuidado personal	545
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	546
II. Comentario.....	546
III. Jurisprudencia.....	547
Art. 661.— Legitimación	547
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	547
II. Comentario.....	548
Art. 662.— Hijo mayor de edad.....	549
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	549
II. Comentario.....	550
III. Jurisprudencia.....	551
Art. 663.— Hijo mayor que se capacita.....	552
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	552
II. Comentario.....	552
III. Jurisprudencia.....	553
Art. 664.— Hijo no reconocido.....	554
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	554
II. Comentario.....	554
III. Jurisprudencia.....	555

42Art. 665.— Mujer embarazada.....	555
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	555
II. Comentario.....	556
III. Jurisprudencia.....	556
Art. 666.— Cuidado personal compartido	557
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	557
II. Comentario.....	557
III. Jurisprudencia.....	558
Art. 667.— Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores	558
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	559
II. Comentario.....	559
Art. 668.— Reclamo a ascendientes.....	560
I. Relación con el Código Civil y Fuentes del nuevo texto	560
II. Comentario.....	560
III. Jurisprudencia.....	562
Art. 669.— Alimentos impagos	563
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	563
II. Comentario.....	564
III. Jurisprudencia.....	566
Art. 670.— Medidas ante el incumplimiento.....	567
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	567
II. Comentario.....	567
III. Jurisprudencia.....	568

CAPÍTULO 6

DEBERES DE LOS HIJOS

Por Osvaldo Felipe Pitrau

Art. 671.— Enumeración	571
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto.....	571
II. Comentario.....	571
1. Deber de respeto (inc. a). Reciprocidad	572
2. Deber de obediencia limitado por el interés superior del niño (inc. b)	572
3. Deber de colaboración y cuidado (inc. c)	574
III. Jurisprudencia.....	575

CAPÍTULO 7

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES E HIJOS AFINES

Por Graciela Cristina Ignacio

ch. 1. El presente artículo establece los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines. 2. Los progenitores tienen el deber de proporcionar a sus hijos el cuidado, la educación y la formación que les corresponde. 3. Los hijos tienen el deber de respetar a sus progenitores y de colaborar en el sostenimiento de su familia. 4. Los progenitores tienen el derecho de decidir sobre el cuidado y la educación de sus hijos, siempre que no se oponga a su interés superior. 5. Los hijos tienen el derecho de ser escuchados en los asuntos que les afectan, de acuerdo a su edad y madurez. 6. Los progenitores tienen el deber de proporcionar a sus hijos el cuidado y la educación que les corresponde, de acuerdo a sus recursos económicos y sociales. 7. Los hijos tienen el deber de respetar a sus progenitores y de colaborar en el sostenimiento de su familia. 8. Los progenitores tienen el derecho de decidir sobre el cuidado y la educación de sus hijos, siempre que no se oponga a su interés superior. 9. Los hijos tienen el derecho de ser escuchados en los asuntos que les afectan, de acuerdo a su edad y madurez. 10. Los progenitores tienen el deber de proporcionar a sus hijos el cuidado y la educación que les corresponde, de acuerdo a sus recursos económicos y sociales.

1. La denominación y su alcance	578
2. El parentesco por afinidad	578
3. Las diferencias del parentesco por afinidad tradicional con la regulación del padre afín del Código Civil y Comercial	579
4. Familia ensamblada	580
Art. 672.— Progenitor afín	580
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	580
II. Comentario.....	580
La figura del progenitor afín	580
6220	581
III. Jurisprudencia	581
Art. 673.— Deberes del progenitor afín.....	582
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	582
II. Comentario.....	582
1. El rol del progenitor afín. Deberes	582
2. ¿Cuáles son los derechos laborales del progenitor afín?	583
Art. 674.— Delegación en el progenitor afín	583
I. Relación con el Código Civil y fuentes del nuevo texto	584
II. Comentario.....	584
1. Delegación del ejercicio de la responsabilidad parental	584
2. Homologación. Excepciones	585
3. Carácter subsidiario de la delegación. Homologación judicial	585
Art. 675.— Ejercicio conjunto con el progenitor afín	586
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	586
II. Comentario.....	586
1. Pacto de ejercicio conjunto con el progenitor afín	586
2. Desacuerdos	587
3. Cesación	587
III. Jurisprudencia.....	587
Art. 676.— Alimentos	587
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	587
II. Comentario.....	588
1. Alimentos entre parientes afines	588
2. Alimentos a cargo del progenitor afín	588
3. El contenido de la prestación alimentaria	590
31505	590
III. Jurisprudencia	590

CAPÍTULO 8

REPRESENTACIÓN, DISPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO MENOR DE EDAD

Por Graciela Cristina Ignacio y Silvina Cerra

Art. 677.— Representación.....	591
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	591
II. Comentario.....	592

M

III. Jurisprudencia.....	595
Art. 678.— Oposición al juicio	596
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	596
II. Comentario.....	596
III. Jurisprudencia.....	597
Art. 679.— Juicio contra los progenitores	597
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	597
II. Comentario.....	598
Art. 680.— Hijo adolescente en juicio.....	598
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	598
II. Comentario.....	598
1. Defensa penal	598
2. Reconocimiento de hijos	599
III. Jurisprudencia.....	600
Art. 681.— Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años	600
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	600
II. Comentario.....	600
1. Servicios del hijo	600
2. Obligarse "de otra manera"	601
Art. 682.— Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años	601
cs0	I. Relación con el
Código Civil. Fuentes del nuevo texto	602
II. Comentario.....	602
III. Jurisprudencia.....	602
chArt. 683.— PRESUNCIÓN DE AUTORIZACIÓN PARA HIJO MAYOR DE DIECISÉIS AÑOS	602
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	603
II. COMENTARIO.....	603
III. JURISPRUDENCIA	603
Art. 684.— CONTRATOS DE ESCASA CUANTÍA.....	604
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	604
II. COMENTARIO.....	604
Art. 685.— ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES.....	605
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	605
II. COMENTARIO.....	605
Art. 686.— EXCEPCIONES A LA ADMINISTRACIÓN.....	606
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	606
II. COMENTARIO.....	607
Art. 687.— DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE ADMINISTRADOR.....	607
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	608
II. COMENTARIO.....	608
Art. 688.— DESACUERDOS.....	608
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	608
II. COMENTARIO.....	608

Art. 689.— CONTRATOS PROHIBIDOS.....	609
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	609
II. COMENTARIO.....	609
enter Art. 690.— CONTRATOS CON TERCEROS	609
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	609
II. COMENTARIO.....	609
Art. 691.— CONTRATOS DE LOCACIÓN.....	610
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	610
II. COMENTARIO.....	610
Art. 692.— ACTOS QUE NECESITAN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.....	610
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	610
II. COMENTARIO.....	610
Art. 693.— OBLIGACIÓN DE REALIZAR INVENTARIO	610
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	611
II. COMENTARIO.....	611
Art. 694.— PÉRDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN.....	611
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	611
II. COMENTARIO.....	612
Art. 695.— ADMINISTRACIÓN Y PRIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL	612
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	612
II. COMENTARIO.....	612
Art. 696.— REMOCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN	612
I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	612
II. COMENTARIO.....	613
Art. 697.— RENTAS.....	613
19 I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO	613
II. COMENTARIO.....	613
rtlch Art. 698.— Utilización de las rentas	614
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	615
II. Comentario.....	615
III. Jurisprudencia.....	615

CAPÍTULO 9

EXTINCIÓN, PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Por Silvina Cerra

Art. 699.— Extinción de la titularidad	618
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	618
II. Comentario.....	619
Art. 700.— Privación.....	619
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	620
II. Comentario.....	620

III. Jurisprudencia	622
Art. 701.— Rehabilitación	623
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	623
II. Comentario	623
Art. 702.— Suspensión del ejercicio	624
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	624
II. Comentario	624
Art. 703.— Casos de privación o suspensión de ejercicio	625
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	625
II. Comentario	626
Art. 704.— Subsistencia del deber alimentario	626
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	626
II. Comentario	626

TÍTULO VIII

PROCESOS DE FAMILIA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por Mariela Panigadi

Art. 705.— Ámbito de aplicación	630
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	630
II. Comentario	630
1. Introducción	630
2. Legislación procesal en el Código sustantivo	631
3. Ámbito de aplicación: procesos en materia de familia	632
4. Sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos	632
Art. 706.— Principios generales de los procesos de familia	632
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	633
II. Comentario	633
1. Principios generales de los procesos de familia	633
2. Tutela judicial efectiva	633
2.1. Fuentes	633
2.2. Contenido	634
3. Inmediación	634
4. Buena fe y lealtad procesal	635
5. Oficiosidad	636
6. Oralidad	637
7. Acceso limitado al expediente	637
8. Acceso a la justicia	638
18.1. Contenido	638
9. Personas vulnerables	639
10. Resolución pacífica de los conflictos	639
11. Especialización	640

11.1. Órganos y fuero especializados	640
11.2. Órgano de apoyo multidisciplinario	640
12. El interés superior de niños, niñas o adolescentes	641
III. Jurisprudencia	643
Art. 707.— Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes	643
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	643
II. Comentario	643
1. Derecho a ser oído	643
2. Ámbito de aplicación	644
2.1. Sujetos del derecho	644
2.2. Edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio	644
3. Procesos que los afecten directamente	644
4. Instrumentos procesales para asegurar el derecho: "entrevista personal, según las circunstancias del caso"	645
4.1. Entrevista personal con el juez y defensor o asesor	645
4.2. Entrevista con el Equipo Interdisciplinario	645
4.3. El apoyo al niño para que comparta sus puntos de vista	645
4.4. Abogado del niño	647
5. Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta	647
Art. 708.— Acceso limitado al expediente	647
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	648
II. Comentario	648
Art. 709.— Principio de oficiosidad	648
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	648
II. Comentario	649
1. Principio de oficiosidad	649
2. El impulso de oficio	649
3. Excepción al impulso de oficio	649
4. Limitación del principio de disposición de los hechos y el proceso	649
5. Las facultades en materia de prueba	650
Art. 710.— Principios relativos a la prueba	650
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	650
II. Comentario	650
1. Principios de la prueba	650
1.1. Libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba	650
1.2. Favor probatione	651
2. Carga dinámica de la prueba	651
2.1. Notión de carga de la prueba	651
2.2. La carga recae en quien está en mejores condiciones de probar	652
2.3. Carga de colaboración	653
Art. 711.— Testigos	654
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	654
II. Comentario	654
III. Jurisprudencia	655

CAPÍTULO 2

ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA

Por Mariela Panigadi

Art. 712.— Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad	657
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	657
II. Comentario	657
b451. Estado de familia y acciones de estado de familia	657
2. Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de las acciones de estado	658
3. Extinción por caducidad	658
4. Derechos patrimoniales emanados del estado de familia	659
III. Jurisprudencia	659
Art. 713.— Inherencia personal	659
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	659
II. Comentario	660
Art. 714.— Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges	660
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	660
II. Comentario	660
Art. 715.— Sentencia de nulidad	661
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	661
II. Comentario	661

CAPÍTULO 3

REGLAS DE COMPETENCIA

Por Mariela Panigadi

Art. 716.— Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes	663
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	663
II. Comentario	664
1. El centro de vida	664
2. Ámbito de aplicación: primera decisión o modificación de lo decidido	665
Art. 717.— Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio	665
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	665
II. Comentario	666
ter1. Elección del actor	666
1.1. Pretensiones conexas y efectos de la sentencia	666
2. Concurso o quiebra del cónyuge, fuero de atracción	667
Art. 718.— Uniones convivenciales	668
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	668
II. Comentario	668
Art. 719.— Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes	668
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	669
II. Comentario	669

1. Competencia en procesos de alimentos	669
2. Alimentos entre cónyuges o convivientes	669
3. Concurso o quiebra del alimentante	670

Art. 720.— Acción de filiación	670
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	670
II. Comentario	670

CAPÍTULO 4

MEDIDAS PROVISIONALES

Por Mariela Panigadi

Art. 721.— Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio	671
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	672
II. Comentario	672
1. Medidas provisionales relativas a las personas	672
id15085678 1.1. Concepto de medidas provisionales	672
1.2. Trámite	672
1.3. Presupuestos	673
1.4. Ámbito de aplicación	673
1.5. Caducidad	673
2. Enumeración	673
III. Jurisprudencia	674
Art. 722.— Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio	675
Art. 723.— Ámbito de aplicación	675
I. Relación con el Código Civil. Fuentes del nuevo texto	675
II. Comentario	675
1. Trámite	675
2. Requisitos	676
3. Caducidad	676
4. Medidas	676
5. Plazo de duración	677

LIBRO II

CENTERRELACIONES DE FAMILIA

Bibliografía general: BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, *Manual de derecho de familia*, 8ª ed. actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2006; BORDA, GUILLERMO, *Tratado de derecho de familia*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993; BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Manual de derecho de familia*, 6ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 2004; BUERES, ALBERTO J., HIGHTON, ELENA I., *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 1-b, Hammurabi, Buenos Aires, 2008; CIFUENTES, SANTOS (dir.), *Código Civil Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2003/04; FALCÓN, ENRIQUE M., *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Procesos sobre sucesiones, personas y familia*, t. VII, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2007; *Tratado de la prueba*, t. I, Astrea, Buenos Aires; FASSI, SANTIAGO CARLOS, *Estudios de Derecho de Familia*, Editora Platense, La Plata, 1961; FERRER, FRANCISCO, *Cuestiones de derecho civil. Familia y Sucesiones*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1979; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y ROVEDA, EDUARDO G., *Manual de Derecho de Familia*, 3ª ed. act. y ampl., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA (dir.), HERRERA, MARISA (coord.), *La familia en el nuevo derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2000; LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de derecho civil - Sucesiones*, t. I, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932; LAGOMARSINO, CARLOS A. y SALERNO, MARCELO HUGO, *Enciclopedia de Derecho de Familia*, Universidad, Buenos Aires, 1992; LLAMBIAS, JORGE J., RAFFO VENEGAS, PATRICIA, POSSE SAGUIER, FERNANDO, *Código Civil Anotado. Doctrina - Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002; MAZZINGHI, JORGE A., *Derecho de Familia*, Abaco, Buenos Aires, 1995; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Los principios jurídicos en las relaciones de familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, y D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Derecho de familia*, t. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2001; MORELLO, AUGUSTO M., *Familia y Sucesiones. Enfoque actual*, Librería Editora Platense, La Plata, 2006; MORELLO, AUGUSTO M., MORELLO DE RAMÍREZ, MARÍA SILVIA, *El moderno derecho de familia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2002; PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho procesal civil*, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994; PERRINO, JORGE O., *Derecho de Familia*, 2ª ed. act. y ampl., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011; RIVERA, JULIO C., *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, 4ª ed. act., LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007; SPOTA, ALBERTO G., *Tratado de Derecho Civil*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1962; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Matrimonio Civil*, Astrea, Buenos Aires, 1991; ZANNONI, EDUARDO A., *Derecho Civil - Derecho de Familia*, 5ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2006.

TÍTULO I

MATRIMONIO

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS DE LIBERTAD Y DE IGUALDAD

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA
Y CARLA F. ALONSO REINA

Bibliografía de la reforma: MEDINA, GRACIELA, *Matrimonio y disolución*, en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.) y MEDINA GRACIELA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

Bibliografía clásica: BELLUSCIO, AUGUSTO C., "Restitución de donaciones entre prometido (inversiones en la cosa propiedad del padre de la novia)", JA, 20-1973-378; D'ANTONIO, DANIEL HUGO, *Régimen legal del matrimonio civil*, ley 23.515, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987; FERRER, FRANCISCO A. M. y otros, *Nuevo régimen legal del matrimonio civil*, ley 26.618, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2010; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS

dbch, "Constitución, familia y matrimonio", LA LEY, 2007-F-487; GUASTAVINO, ELÍAS P., "Restitución de bienes entregados por causa de matrimonio", JA 1973-502, sec. Doctrina; LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J. *Régimen del matrimonio, separación personal y divorcio*, Ley 23.515, Depalma, Buenos Aires, 1989; MAZZINGHI, JORGE A., y otros, *Nuevo régimen de matrimonio civil*, ley 23.515, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989; MEDINA, GRACIELA, "Responsabilidad por la ruptura del noviazgo", LA LEY, 1999-B, 941; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Régimen legal del matrimonio civil*, ley 23.515, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, *Familia, Matrimonio y Divorcio*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1998; SOLARI, NÉSTOR E., "Restitución de bienes y daños y perjuicios derivados de la ruptura del noviazgo", Derecho de familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, n° 20, p. 113; SOLARI NÉSTOR, VON OPIELA, CAROLINA (dirs.), *Matrimonio entre personas del mismo sexo*; URIARTE, JORGE A., "Responsabilidad por la ruptura de la promesa de matrimonio", JA, 1992-III-843; VIDAL TAQUINI, *Matrimonio Civil*, ley 23.515, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2000; ZANNONI, EDUARDO A., "Obligación reparatoria derivada de la ruptura de la promesa de matrimonio", JA, 24-1974-468.

Art. 401.— Esponsales. Este Código no reconoce esponsales de futuro. No hay acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio ni para reclamar los daños y perjuicios causados por la ruptura, sin perjuicio de la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, si así correspondiera.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se denomina esponsales a la promesa recíproca de matrimonio.

Vélez, siguiendo a Freitas, estableció en el art. 166, Cód. Civil, que "la ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de daños que ellos hubieren causado". El artículo fue reproducido por el

art. 8º, de la ley 2393, la cual establecía los impedimentos y la obligación de restituir lo dado en razón de la promesa. Con la reforma de la ley 23.515 el nuevo art. 165 mantuvo el no reconocimiento legal de los esponsales y la negativa de la acción para exigir su cumplimiento, pero suprimió la prohibición de demandas indemnizatorias.

Se había optado por una fórmula que suprime la prohibición, pero nada aclara en cuanto a la extensión del resarcimiento. Zannoni entiende que la reparación a título de daño emergente podría comprender los gastos realizados y eventualmente las obligaciones contraídas, pero no el lucro cesante entendido como la pérdida de chance de obtener ganancias con el futuro matrimonio, ya que éste no puede ser concebido en estos términos.

II. COMENTARIO

El Código Civil y Comercial continúa la idea de que en nuestro derecho no se reconocen esponsales de futuro. Asimismo pone fin a la discusión en relación a los daños indemnizables, ya que expresamente prohíbe la reparación de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del incumplimiento de la promesa matrimonial. Sin embargo, reconoce la aplicación de las reglas del enriquecimiento sin causa, o de la restitución de las donaciones, en el caso en que éstas correspondieran.

En otras palabras, la ruptura de los esponsales sólo da derecho a los prometidos a reclamarse los presentes o donaciones que se hubieren hecho, rigiendo los principios regulatorios del enriquecimiento sin causa.

Se trata de un retroceso, a nuestro entender, el principio por el cual toda persona que sufre un perjuicio por el obrar culpable del otro que deriva del deber de no dañar establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional, sufre una importante mengua cuando se prohíben las indemnizaciones, máxime cuando se opone a la extensa evolución doctrinaria de las reparaciones de daños y perjuicios en el derecho de familia, que se encuentra consolidada en su procedencia.

De todas formas la costumbre de comprometerse previa al matrimonio prácticamente ha desaparecido en nuestra sociedad.

III. JURISPRUDENCIA

Las donaciones efectuadas o prometidas a la mujer por razón de matrimonio y con prescindencia de que se celebre o no alguna convención matrimonial, llevan la condición implícita de que se realice el matrimonio; si el mismo no se celebró y sin que importen las especificidades de quien tuvo o no la culpa, la obligación de devolver los enseres obsequiados —en el caso, televisor, combinado y lustra aspiradora— resulta evidente (CNCiv., sala B, 16/5/1978, JA, 1978-IV-539).

Art. 402.— Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La igualdad jurídica de los cónyuges había sido consagrada por la ley 23.515, y la ley 26.618 (BO 22/7/2010), había incorporado el principio de no discriminación entre los matrimonios constituidos por parejas heterosexuales u homosexuales; así en su art. 42 disponía: “Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo como al constituido por dos (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por dos (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por dos (2) personas de distinto sexo”.

La admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo generó varios debates acerca de su aplicación, fundamentalmente en materia filiatoria, a modo de ejemplo cómo establecer vínculo filial entre la esposa de una mujer que da a luz durante el matrimonio. Este artículo de la ley 26.618 pretendió limitar esos debates forzando la interpretación de las normas no reformadas para adaptarlas a un nuevo ordenamiento que no había sido contemplado en ellas.

II. COMENTARIO

La igualdad es un principio de raigambre constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura. El Título del Capítulo que analizamos, da inicio aludiendo a él como eje rector de las normas y de su interpretación. En este sentido, se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes, además se agrega un contenido más amplio a la norma ya que se pone énfasis en la igualdad de género estableciendo la obligatoriedad de interpretar todo el ordenamiento jurídico familiar a la luz de esa igualdad.

Basta recordar que la ley 23.515 en su reforma del art. 206 había establecido una preferencia a favor de la mujer que se desaparece en el Código vigente.

Entre otros temas esta norma será muy útil en el análisis del deber de alimentos entre cónyuges, sea durante la separación de hecho como luego del divorcio.

III. JURISPRUDENCIA

El principio de igualdad entre cónyuges establecido en el art. 198 del Cód. Civil termina —a diferencia del régimen anterior estipulado en la ley 2393—, que el cónyuge que pretenda alimentos estando separados de hecho o en trámite de divorcio vincular o separación personal, debe acreditar su necesidad de percibirlos, que es el presupuesto de la solidaridad conyugal (CCiv. y Com. Mercedes, sala II, 4/12/2009, La Ley Online)

El sistema de asistencia espiritual y material, incluida la prestación alimentaria que a partir de la ley 23.515 (Adla. XLVII-B, 1535) pesa sobre ambos cónyuges, continúa durante la separación de hecho. En consecuencia, tanto podrán solicitar alimentos la mujer como el marido separados de hecho (CNCiv., sala B, 29/3/1994, LA LEY,

CAPÍTULO 2

REQUISITOS DEL MATRIMONIO

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y MERCEDES ROBBA

Bibliografía clásica: BALEIRO DE BURUNDARENA, ÁNGELES, FILGUEIRA, BÁRBARA, "Dispensa judicial para contraer matrimonio. Un fallo a favor de la multiculturalidad", *Derecho de familia*, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2005-II-55; GOWLAND, ALBERTO J., "Impedimento de menor de edad, dispensa y matrimonio gitano", ED, 211-123; IGNACIO, GRACIELA, "La ley 26.579 y los impedimentos matrimoniales vinculados con la edad de las personas", RDPyP año 2, n° 4, p. 30; SAMBRIZZI, EDUARDO A., *Impedimentos matrimoniales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

♦ ♦ ♦

Art. 403.— Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimientes para contraer matrimonio:

- a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo;
- c) la afinidad en línea recta en todos los grados;
- d) el matrimonio anterior, mientras subsista;
- e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges;
- f) tener menos de dieciocho años;
- g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En comparación con el art. 166 del Código Civil sustituido, la presente norma establece expresamente el carácter de dirimientes de los impedimentos enunciados. Por su parte, mantiene sin alteración alguna los siguientes impedimentos para contraer matrimonio: la afinidad en línea recta en todos los grados (art. 166, inc. 4); el matrimonio anterior, mientras subsista (art. 166, inc. 6); y tener menos de dieciocho años (art. 166, inc.

~5).

Respecto de los actuales incs. a) y b), se reemplazan los impedimentos de consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación; la consanguinidad entre hermanos o medio hermanos; y el vínculo derivado de la adopción plena y la adopción simple (art. 166, incs. 1, 2 y 3), optando por una regulación más amplia y genérica ya que establece el impedimento para el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo (actual inc. a) y para el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, también cualquiera que sea el origen del vínculo (actual inc. b). Cabe tener en cuenta que el presente Código dispone como fuentes de la filiación además de la naturaleza y la adopción, las técnicas de reproducción humana asistida (art. 558).

En relación al actual inc. e), establece como impedimento el haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges, agregando, en este punto, la necesidad de condena que el antiguo art. 166, inc. 7, no exigía expresamente.

Por otra parte, en el presente inc. g), se concilia la terminología utilizada para regular el impedimento con el régimen de salud mental regulado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657. En este sentido, se sustituye la privación permanente o transitoria de la razón (antiguo art. 166, inc. 8), por el impedimento dirimente de falta permanente o transitoria de salud mental, aludiendo expresamente a que ello es así en el supuesto de que esa falta le impida tener discernimiento para el acto matrimonial.

Finalmente, cabe mencionar que se elimina el impedimento de sordomudez cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera, anteriormente establecido en el art. 166, inc. 9.

Sus fuentes son: art. 166 del Código Civil sustituido, ley 26.579, ley 26.657 y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

II. COMENTARIO

1. Concepto

Nuestro derecho, al igual que el romano y el canónico, ha aceptado el principio según el cual toda persona está facultada para contraer matrimonio, salvo que quedare comprendida en una prohibición o impedimento para hacerlo. De tal modo, la regla es el matrimonio y los impedimentos son las excepciones, y pueden contraer matrimonio todos aquellos a quienes el derecho no se lo prohíbe.

Los impedimentos son prohibiciones establecidas por la ley que afectan a las personas para contraer matrimonio, que se encuentran predeterminadas por el legislador.

2. Clasificación de los impedimentos

2.1. Impedimentos dirimientes e impedientes

Esta clasificación reconoce su origen en el derecho canónico (canon 1036 del Código de 1917 y canon 1073 del Código de 1983) y se refiere a la índole de la sanción a la que da lugar la inobservancia del impedimento.

Son dirimientes aquellos cuya violación habilita el ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio, por lo cual se considera que es un obstáculo para la celebración de un matrimonio válido.

Se llama impediende a aquel que no dando lugar a la nulidad del matrimonio, se resuelve en una sanción de otro tipo, o simplemente cumple una función preventiva, obligando al oficial público advertido de su presencia a no celebrar el matrimonio, ya que, de celebrarse, su inobservancia acarrearía consecuencias civiles y eventualmente sanciones administrativas para el funcionario interviniente, pero ello sin provocar la invalidez del matrimonio. Ello sin duda se inspira en la aplicación del *favor matrimonii*, principio que concede un trato especial de protección al matrimonio en orden a la conservación de su esencia y mantenimiento de sus finalidades.

2.2. Absolutos o relativos

Atiende a la extensión del impedimento respecto de las personas con las cuales no permite casarse. Así, son absolutos aquellos que obstan a la celebración del matrimonio con cualquier persona, como, por ej., la falta de edad legal o el matrimonio anterior mientras subsista. En cambio, hay impedimentos relativos que representan una prohibición sólo respecto de determinadas personas comprendidas en dicho obstáculo, tales como el parentesco o el crimen.

2.3. Perpetuos o temporales

Fundada en la subsistencia en el tiempo del impedimento, esta clasificación no trasciende mayormente en nuestro derecho, al menos no con la importancia que posee en el canónico, en el cual los impedimentos temporales no obstan a la convalidación simple del matrimonio una vez desaparecidos. Ejemplo clásico del impedimento perpetuo es el parentesco. En cambio, la falta de edad legal está sujeta a extinguirse por el transcurso de un determinado lapso.

2.4. Dispensables e indispensables

Si el impedimento puede ser removido a través de su dispensa por la autoridad, se lo denomina dispensable, verbigracia la falta de edad nupcial (art. 404) y la falta de salud mental (art. 405). El resto de los impedimentos que no son susceptibles de ser removidos se denominan indispensables.

3. Efectos de los impedimentos

1) Son causa de oposición a la celebración del matrimonio (art. 410) y de denuncia (art. 412); 2) Así como de la suspensión de la celebración por parte del oficial público que tiene conocimiento de la existencia de ellos (art. 415); 3) Dan lugar a la aplicación de sanciones civiles, tales como la nulidad del matrimonio si se trata de los dirimientes, o de otro tipo de sanciones, en el caso de los impediendes; y 4) Así también pueden dar lugar a la aplicación de sanciones penales (arts. 134 a 137, Cód. Penal).

4. Impedimentos dirimientes

4.1. *Parentesco en línea recta en todos los grados y entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera sea el origen del vínculo.* El parentesco como impedimento matrimonial encuen-

tra fundamentos de orden natural y cultural. Desde la antigüedad se han reconocido las razones biológicas, eugenésicas y éticas contra el incesto.

El presente artículo en sus incs. a) y b) determina los distintos supuestos de parentesco entre los futuros contrayentes constituyentes de impedimentos. Entre parientes en línea recta, la prohibición comprende a ascendientes y descendientes sin limitación (inc. a). Por su parte, prohíbe también a hermanos unilaterales o bilaterales (inc. b), diferenciándose así de otras legislaciones comparadas, que extienden el impedimento, si bien con carácter dispensable, a colaterales de tercero e incluso cuarto grado. Ambos incisos en su párrafo final rezan: "cualquiera que sea el origen del vínculo". De esta manera, se incluye tanto a la filiación por naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida como la adopción.

4.2. *Parentesco por afinidad.* Entre los afines, comprende la línea recta en todos los grados (inc. c). Están comprendidos, por lo tanto, todos los ascendientes y descendientes de quien fuera cónyuge del contrayente. No hay obstáculo para el matrimonio con afines en línea colateral. Es claro que este impedimento opera después de la disolución del matrimonio causante de la afinidad, pues, subsistente ese matrimonio, tal circunstancia obstaría al nuevo vínculo. El impedimento se extingue en caso de anulación del matrimonio que le dio origen al parentesco.

4.3. *Ligamen.* El matrimonio anterior, mientras subsista, es impedimento para un nuevo casamiento (inc. d) y su violación es causa de nulidad absoluta. Dicha prohibición ha sido recogida por todas aquellas legislaciones que consagran como principio el matrimonio monogámico, independientemente de la posibilidad de que se admita, o no, la disolución del matrimonio en vida de los esposos. Son una excepción los regímenes jurídicos que, bajo la influencia de la cultura islámica, aceptan la pluralidad de esposas.

Si existió un matrimonio anterior, éste debió haber sido disuelto, sochea por muerte de uno de los cónyuges, sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento o divorcio declarado judicialmente, para que se pueda contraer otro matrimonio válidamente.

Conforme el actual ordenamiento, en el caso de la ausencia con presunción de fallecimiento, la sentencia firme produce directamente la disolución del vínculo (art. 435, inc. b), a diferencia del Código Civil sustituido que establecía como causal de disolución el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento (art. 213, inc. 2 del anterior Código Civil).

4.4. *Crimen.* El condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges está impedido de contraer matrimonio con el supérstite. El impedimento existe aun en el caso de que el homicidio hubiere sido perpetrado sin intención de casarse con el supérstite, sino por cualquier otro motivo, ya que la ley nada exige sobre las intenciones del autor, y además por considerar inaceptable que éste tome provecho de una situación que él mismo provocó con su accionar delictivo.

Son condiciones para el impedimento, en primer lugar, la existencia de un homicidio consumado, seguido por la calificación de la conducta del autor, la cual debe ser dolosa. Quedan, por tanto, excluidos del impedimento los supuestos de tentativa, homicidio culposo, preterintencional, legítima defensa, o aquellos de los cuales resulta que el autor es inimputable.

Con esta nueva redacción ha quedado zanjada la discusión de la doctrina sobre la exigencia de condena criminal.

4.5. *Falta de edad nupcial.* La Ley de Matrimonio Civil estableció, como límite mínimo para contraer matrimonio, 12 años de edad para la mujer y 14 para el hombre, que fueron elevados a 14 y a 16, respectivamente, por la ley 14.394. Con el inc. 5° del art. 166 (texto según ley 23.515) no se permitía a la mujer contraer matrimonio si era menor de 16 años y al hombre si era menor de 18.

La ley 26.449 modificó el texto del mencionado inc. 5° del art. 166 y equiparó la edad del varón y la mujer en los 18 años, postura que mantiene el presente artículo. Se trata de un impedimento dispensable (art. 404).

4.6. *Falta de salud mental.* El matrimonio, como acto libre y voluntario, presupone el discernimiento de los contrayentes, por lo que el derecho comparado coincide en señalar a la falta de salud mental, como un factor que obsta a su celebración válida; en algunos casos se lo menciona como impedimento dirimente, y en otros, sólo como un vicio del consentimiento que produce la nulidad del vínculo.

El inc. g) de la presente norma establece como impedimento "la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial".

Recientemente la República Argentina ha ratificado la Convención de la Organización de las Naciones Unidas denominada "Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" (ley 26.378, BO 9/6/2008). En ella se incluye a la discapacidad mental y en su art. 23, inc. a), se reconoce el derecho a casarse sobre la base del consentimiento libre y pleno.

En estas condiciones, el impedimento aparece adaptado a la legislación, ya que en el art. 405, al cual nos remitimos, se dispone que el matrimonio puede celebrarse previa dispensa judicial, en caso de que conserven capacidad para dar consentimiento matrimonial.

Es destacable la sustitución terminológica del concepto "privación de razón" por "

falta permanente o transitoria de salud mental", acorde con los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país.

Art. 404.— Falta de edad nupcial. *Dispensa judicial.* En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial.

El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales.

La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de

las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.

La dispensa para el matrimonio entre el tutor o sus descendientes con la persona bajo su tutela sólo puede ser otorgada si, además de los recaudos previstos en el párrafo anterior, se han aprobado las cuentas de la administración. Si de igual modo se celebra el matrimonio, el tutor pierde la asignación que le corresponda sobre las rentas del pupilo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 inciso d).

2831. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 167 del Código Civil sustituido establecía la necesaria dispensa judicial para contraer matrimonio respecto de las personas menores de 18 años. A diferencia de la anterior legislación, se incorpora que la decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, en concordancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 (BO 26/10/2005).

Finalmente, respecto de la dispensa matrimonial entre el tutor y/o sus descendientes con la persona bajo su tutela, sólo se autoriza la celebración, si se han aprobado las cuentas de la administración; caso contrario, el tutor pierde la asignación que le correspondería sobre las rentas del pupilo, en idéntico sentido que lo dispuesto en el art. 171 del Código Civil sustituido.

Las fuentes del nuevo texto son: arts. 166 y 171 del Código Civil sustituido, ley 26.579, ley 26.061 y Convención sobre los Derechos del Niño.

II. COMENTARIO

1. Falta de edad nupcial. Dispensa judicial

La edad nupcial en el presente artículo se mantiene en los 18 años, tanto para hombres como mujeres, en consonancia con la mayoría de edad fijada mediante ley 26.579.

Sin perjuicio de ello se modifica el régimen anterior y se establece una distinción entre menores de dieciséis años y mayores de esa edad pero menores de dieciocho.

Los menores de dieciséis años requieren, en todos los casos dispensa judicial de edad. En cambio los mayores de esa edad pero menores de dieciocho sólo requieren autorización de sus representantes legales. En el caso de ser negada esta autorización, también será necesaria la dispensa.

Se entiende por dispensa judicial a dejar de lado el impedimento de falta de edad legal y autorizar el matrimonio. Para ello, el actual articulado exige la entrevista personal del juez con los futuros contrayentes y con sus representantes, como paso previo a la decisión judicial. En dicha oportunidad, el juez deberá evaluar la edad y grado de madurez alcanzado por la persona (art. 24 y 27, ley 26.061, art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño), respecto de la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial. En este sentido, la norma fija y enmarca los límites de la ponderación que deberá efectuar el juez, debiendo circunscribirse a la evaluación de la comprensión con la que cuenta la persona respecto del acto a celebrarse y sus consecuencias. Asimismo, se establece la evaluación obligatoria de la opinión de los representantes, en caso que la

hubiesen expresado.

Finalmente, agregamos que la resolución judicial deberá resultar acorde con el interés superior del niño (art. 3 de la ley 26.061, art. 3 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*), que si bien no está indicado expresamente en la norma, es sabido que dicho interés es el principio rector en todas las cuestiones que afecten a niños y adolescentes.

2. Falta de aprobación de las cuentas de la tutela

El actual artículo conserva la prohibición de celebración de matrimonio entre el tutor y/o sus descendientes con su pupilo/a, mientras no hayan sido aprobadas las cuentas de la administración.

La norma encuentra su fundamento en la necesidad de evitar que una administración irregular de los bienes del menor, por parte del tutor, pueda ser encubierta por el matrimonio entre ambos, y encuentra antecedentes en el derecho romano.

El texto lleva a consecuencias excesivas, pues dos personas plenamente capaces —un hijo o nieto del tutor, mayor de edad, y la ex pupila, igualmente mayor— pueden verse impedidos de contraer matrimonio por la actitud unilateral del ex tutor.

La sanción para el tutor, en caso de contravenirse la prohibición legal, consiste en la pérdida del derecho a obtener la retribución sobre las rentas del pupilo, conforme con lo establecido en el art. 129 inc. d).

III. JURISPRUDENCIA

La dispensa judicial se otorgará con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese, previa audiencia personal del juez con quienes pretenden casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor" (CNCiv., sala E, 8/9/2004, ED, 211-113).

Art. 405.— Falta de salud mental y dispensa judicial. En el supuesto del inciso g) del artículo 403, puede contraerse matrimonio previa dispensa judicial.

La decisión judicial requiere dictamen previo del equipo interdisciplinario sobre la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial y de la aptitud para la vida de relación por parte de la persona afectada.

El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes; también puede hacerlo con su o sus apoyos, representantes legales y cuidadores, si lo considera pertinente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no regulaba la dispensa judicial en caso de falta de salud mental.

Sus fuentes son: ley 26.657 y Convención sobre los Derechos de las Personas con

Discapacidad.

II. COMENTARIO

El presente artículo recepta los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 23), permitiendo la dispensa judicial, en caso de personas con falta de salud mental.

En este supuesto, previo a la decisión judicial, se impone la obligatoriedad de un dictamen de los equipos de salud, a los fines de evaluar la comprensión de la persona afectada respecto de la celebración del acto matrimonial y sus consecuencias, y de su aptitud para la vida de relación. En consecuencia, la norma tiende a asegurar que el futuro contrayente cuente con discernimiento sobre el acto jurídico matrimonial, a los efectos de garantizar que el matrimonio sea un acto libre y voluntario.

Asimismo, se obliga al juez a mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes. Por su parte, se lo faculta de realizar una entrevista con sus representantes legales y cuidadores, de estimarlo conveniente.

De esta manera, la incorporación del presente articulado concilia la normativa civil con los postulados de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y a la vez, se constituye como superadora de la discusión doctrinaria sobre si la interdicción es indispensable para la aplicación del impedimento como así también respecto de la capacidad para celebrar matrimonio de las personas interdictas que se encuentran en un intervalo lúcido, al someter la cuestión a decisión judicial.

En este sentido, en caso de que exista sentencia judicial de interdicción, deberá establecerse en ella la capacidad o incapacidad de la persona interdicta para celebrar matrimonio; y en el supuesto de personas con falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial, deberá solicitarse la dispensa judicial.

III. JURISPRUDENCIA

La persona que, sin perjuicio de haber sido declarada incapaz, comprende rectamente la implicancia y el alcance que la unión matrimonial civil le genera, puede ser dispensada del impedimento dispuesto por el art. 166, inc. 8, del Cód. Civil, debiendo evaluarse la dispensa mencionada de acuerdo con los caracteres personales y particulares de la autorización que su curadora ha planteado y que, luego, el mismo peticionante ha solicitado en presencia de la Asesoría de Incapaces y del juez (TColeg. Inst. Única del Fuero de Familia Nro. 2 de Mar del Plata, 6/9/2010, AP Online: 70064724).

Art. 406.— Requisitos de existencia del matrimonio. Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia.

El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La presente norma conserva intacta la redacción del art. 172 del Código Civil sustituido, con excepción de las siguientes particularidades: 1) el anterior artículo indicaba que es indispensable el consentimiento *pleno y libre*; 2) el presente artículo además de establecer que el consentimiento debe ser expresado de manera personal, agrega *conjuntamente*; 3) actualmente se establece que el acto que carece de este requisito no produce efectos civiles, eliminando la expresión "*aunque las partes hubieran obrado de buena fe*".

II. COMENTARIO

1. Requisitos de existencia del acto matrimonial

El matrimonio, como acto jurídico, humano y voluntario, en los términos de los arts. 259 y 260, Cód. Civil, es un acto libre y personalísimo de los contrayentes, puesto que el consentimiento de ambos es condición de existencia del acto, conforme lo establece el presente artículo y la Convención de Nueva York de 1962 (ley 18.444).

El art. 406, Cód. Civil, conserva los elementos estructurales del acto jurídico matrimonial que establecía el art. 172 del Código Civil sustituido, y que, a partir de la ley 26.618, son sólo dos:

1.1. *Consentimiento*: La manifestación de voluntad de los contrayentes de querer celebrar el matrimonio.

Si falta la manifestación de voluntad el matrimonio es inexistente, mientras que si el consentimiento no es pleno, por haber sido prestado sujeto a plazo, cargo o condición, el matrimonio existe y la condición se tendrá por no expresada (art. 408).

Acierta el artículo en suprimir los caracteres de "libre y pleno" del régimen derogado. Si el consentimiento no es libre, el matrimonio resulta afectado con nulidad relativa por vicios del consentimiento (arts. 425, inc. c), pero existe e incluso puede ser convalidado.

El consentimiento debe ser prestado personalmente, como acto libre y personalísimo, y además, en forma conjunta por ambos contrayentes, con la salvedad de los casos de matrimonio a distancia, regulados en el art. 422, al cual nos remitimos.

1.2. *Intervención del oficial público*: El consentimiento debe ser expresado personal y conjuntamente por los contrayentes ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio, esto es, ante el oficial público encargado del Registro Civil.

Para su celebración, deben coexistir las condiciones exigidas a las personas de los contrayentes, su consentimiento y demás solemnidades que establece la ley para garantizar la regularidad del acto y el control de legalidad que ejerce el oficial público encargado del Registro Civil.

Cabe mencionar que la diversidad de sexos (hombre y mujer) fue suprimida por la reforma del art. 172 Cód. Civil, mediante ley 26.618, al eliminar la referencia de sexos y cambiarla por la palabra "contrayentes".

Establecidas así las condiciones de existencia del matrimonio, se corresponden dos supuestos de inexistencia:

1.3. *Falta de consentimiento*: La falta absoluta de consentimiento puede resultar tanto en el caso de que uno de los contrayentes lo negase en el acto de celebración y no obstante se asiente en el acta su respuesta afirmativa, como también en supuestos menos evidentes. Tal sería el caso del consentimiento prestado por apoderado, ya que aquél debe ser prestado en forma personal; en el matrimonio a distancia, cuando el ausente ha dado su consentimiento para contraer matrimonio con una persona distinta de la que concurre a la celebración; o bien cuando uno de los contrayentes o ambos aparentan una identidad falsa, constando en el acta como casados quienes no concurren personalmente a la ceremonia. Esto último, al igual que en el caso del matrimonio a distancia, no debe confundirse con el error sobre la identidad de la persona civil —que torna anulable el matrimonio—, dado que en este supuesto existe consentimiento, pero se encuentra viciado por el error, como sería el matrimonio a distancia contraído con un homónimo.

1.4. *Falta de expresión del consentimiento ante el oficial público competente*: Dado que el acto matrimonial constituye un acto jurídico complejo que se integra con el consentimiento de los contrayentes y el control de su legalidad por parte del oficial público encargado del Registro Civil, la falta de este último requisito acarrea la inexistencia del matrimonio. El matrimonio es inexistente cuando, por ej., se presta el consentimiento por escritura pública; o en forma privada ante testigos; o bien cuando sólo se celebra el matrimonio en forma religiosa.

2. Consecuencias de la inexistencia

La ausencia de alguno de los elementos estructurales aquí enumerados lleva a que el matrimonio carezca de todo efecto civil.

El matrimonio inexistente, al estar privado de todo efecto *ab initio*, no requiere la promoción de una acción judicial que así lo declare, ésta sólo lo es necesaria cuando existe un acta de matrimonio, la cual debe ser anulada (art. 84, ley 26.413. BO 6/10/2008).

III. JURISPRUDENCIA

De conformidad a lo dispuesto en el art. 172, Cód. Civil (texto según ley 23.515), la categoría de la inexistencia aparece legalmente establecida desde que "es indispensable para la existencia del matrimonio" el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por hombre y mujer ante la autoridad competente para celebrarlo. De donde si los contrayentes tienen el mismo sexo (no son hombre y mujer), si falta el consentimiento de alguno o ambos o si el acto no se ha celebrado en presencia del oficial público competente, quedará habilitada la vía de la declaración de inexistencia, cuyos efectos difieren notablemente de los de la nulidad (art. 172, párrafo último, cit.) (SCBA, 24/5/2006, AP Online 70043443).

Art. 407.— Incompetencia de la autoridad que celebra el acto. La existencia del matrimonio no resulta afectada por la incompetencia o falta del nombramiento legítimo de la autoridad para celebrarlo, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe, y aquellos ejercieran sus funciones públicamente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La incompetencia de la autoridad que celebra el acto matrimonial no se encontraba expresamente regulada en el Código Civil sustituido.

II. COMENTARIO

El artículo regula dos supuestos diferentes, por un lado la incompetencia del oficial público y por otro el nombramiento ilegítimo de la autoridad para celebrarlo.

En cuanto al primero de los aspectos es difícil comprender la inteligencia de la norma, la competencia del oficial público se determina por razones de índole territorial, así, y a modo de ejemplo, el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de San Isidro es competente para celebrar matrimonios en esa ciudad e incompetente para celebrarlos en otras localidades.

Tal vez la norma haya querido regular el caso donde, los cónyuges sin domicilio en determinada localidad hayan querido celebrar matrimonio allí, pero ese no es un caso de incompetencia del oficial público.

El otro supuesto previsto es aún más difícil de comprender, ¿cuál sería el supuesto de nombramiento ilegítimo del funcionario público? Se nos ocurre el caso de un funcionario nombrado por un gobierno que hubiere usurpado el poder, mas no sabemos de casos donde se haya planteado la inexistencia del matrimonio porque el oficial público fue designado por la última dictadura militar.

Art. 408.— Consentimiento puro y simple. El consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado, sin que ello afecte la validez del matrimonio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El actual artículo conserva la prohibición establecida en el art. 193 del Código Civil sustituido. Sólo se modifican dos términos, a saber: "la declaración de los contrayentes de que se toman respectivamente por esposos" se cambia por "el consentimiento matrimonial"; y en lugar de decir se tendrán por no puesto, el actual artículo reza "se tiene por no expresado".

Sin perjuicio de las modificaciones terminológicas enunciadas, la norma se mantiene sin alteración en cuanto a su sentido.

II. COMENTARIO

Prohibición de modalidades

La introducción de ciertas modalidades por los contrayentes en el acto matrimonial ha sido considerada por el derecho canónico, el cual permitía su existencia siempre que tuvieran objeto lícito.

En el derecho argentino, el art. 44, ley 2393 y, luego el art. 193 (conf. ley 23.515), y

ahora, el actual art. 408, Cód. Civil, expresamente prohíbe otorgar el consentimiento bajo condición, cargo o plazo.

El presente articulado indica la consecuencia de la introducción de modalidades en el acto matrimonial: el matrimonio será válido y surtirá sus efectos como tal, y las modalidades bajo las cuales los contrayentes dieron su consentimiento no se tomarán en cuenta ni tendrán efecto.

Art. 409.— Vicios del consentimiento. Son vicios del consentimiento:

a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente;

b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía.

El juez debe valorar la esencialidad del error considerando las circunstancias personales de quien lo alega.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La redacción del presente artículo es idéntica a la del art. 175 del Código Civil sustituido, con la salvedad que en su última parte en lugar de decir "las condiciones personales y circunstancias" de quien lo alega, lo sustituye por la expresión "circunstancias personales".

II. COMENTARIO

1. Vicios del consentimiento

Los actos voluntarios deben ser otorgados con discernimiento, intención y libertad (art. 260, Cód. Civil), y los hechos producidos sin alguno de estos elementos, cuando configuren error de hecho esencial, dolo esencial o violencia, causan la nulidad del acto y no producen por sí obligación alguna (arts. 265, 272 y 276 Cód. Civil).

A estos últimos se los conoce como vicios del consentimiento y se encuentran regulados en general en los arts. 265 y ss. Cód. Civil.

En materia matrimonial, específicamente el artículo enumera las circunstancias que pueden viciar el consentimiento ellas son: el error —que incluye el error en la persona y en las cualidades personales del otro contrayente—, la violencia y el dolo.

2. Error

El error es la idea falsa o la falta de idea que se tiene sobre una cosa, es una concepción equivocada sobre los hechos al momento del acto, que en ese momento debió haberse sabido o conocerse correctamente.

El error puede ser de hecho o de derecho. El error de hecho, a su vez, se divide en esencial y en accidental. El esencial es aquel de tal magnitud que de haber sido conocido el matrimonio no se hubiera celebrado, dando por ello lugar a la declaración de nulidad; mientras que el error accidental no da lugar a la invalidación.

El error de derecho se refiere, por el contrario, al desconocimiento de las normas jurídicas aplicables y no puede invocarse en nuestro ordenamiento.

En general, la existencia de error da lugar a la sanción de nulidad, pero si llega a implicar completa falta de consentimiento (por ej., firmar en el entendimiento de que se concurría como testigo y no como contrayente, celebrar el matrimonio a distancia con una persona homónima distinta del contrayente esperado), se trataría de supuestos de inexistencia.

En materia matrimonial se admite tanto el error en la persona física del contrayente, así como también el error acerca de las cualidades personales del otro cónyuge.

Si bien el art. 409 mantiene la posibilidad de alegar error en la persona física, este supuesto raramente pueda darse y corresponde más a una etapa histórica en el caso de matrimonios acordados por las familias de los contrayentes o de personas recién llegadas al país por el proceso de inmigración, donde los novios no se conocían sino hasta el momento del matrimonio.

En cuanto al error en las cualidades, es el que recae sobre circunstancias personales de los contrayentes que eran desconocidas por el otro en el momento de la unión y que afectan el consentimiento en tanto éste no hubiere sido prestado en caso de conocerlas, y en tal sentido debe ser determinante, excusable y esencial.

Resulta imposible realizar una categorización *a priori* de las circunstancias que pueden alegarse como error en las cualidades personales. En nuestros tribunales pueden mencionarse los casos de negativa posterior a contraer matrimonio religioso cuando se sabía que éste fue una condición determinante para contraer la unión propuesta.

En la mayoría de las ocasiones el error no será espontáneo, sino inducido por el dolo del otro contrayente, pero nuestro ordenamiento permite admitir supuestos en los cuales el error se produzca sin la intención del otro consorte.

3. Dolo

Conforme el art. 271, Cód. Civil, la acción dolosa es toda aserción de lo falso o simulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee para la celebración del acto; y que puede consistir también en una actitud omisiva, de reticencia u ocultación.

El dolo esencial para estar configurado debe ser grave, determinante, provocar daño y no ser recíproco (art. 272). Si cumple todos estos requisitos, el acto viciado por dolo será nulo, de nulidad relativa (art. 425, inc. c).

Hay diversas categorías respecto de dicho concepto: 1) Dolo determinante o principal y dolo incidental: el primero determina la voluntad de la víctima, no así el segundo; 2) Dolo positivo y negativo: en el primero existe una acción, en tanto que en el segundo encontramos una omisión; y 3) Dolo de las partes (directo) y de terceros (indirecto).

La jurisprudencia sobre el dolo matrimonial es muy variada, y comprende tanto casos de engaños sobre circunstancias secundarias, en los cuales se rechazó la nulidad, como otros donde los artificios y falsedades eran múltiples y complejos, hasta viciar la voluntad del otro contrayente.

Ocultar la edad o el estado de familia no son, en principio, determinantes del dolo, pero deben ser evaluados en el contexto del caso, como la nulidad declarada donde el esposo resultó ser diez años menor de la edad que decía tener, carecer del título universitario que invocaba y habiéndose establecido pericialmente que se trataba de un neurótico suicida.

La realidad presenta matices infinitos y el dolo o la ocultación dolosa deben aparecer como graves y determinantes del consentimiento matrimonial prestado para convertirlo en inválido.

s314. Violencia

La violencia puede ser física o moral, si bien es casi imposible imaginar un supuesto de violencia física para que otro otorgue su consentimiento debido a que el acto se celebra ante el oficial público, salvo convivencia con aquél.

El art. 276, Cód. Civil, establece: "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".

Para que haya violencia moral es necesario: 1) que exista una amenaza realmente grave y perjudicial; 2) que provoque sobre el otro temor, siempre y cuando cualquier persona normal en su lugar lo hubiere sentido; 3) es necesario que sea próxima en el tiempo. No es necesario que la violencia sea ejercida por uno de los contrayentes, también es considerado vicio del consentimiento aquella violencia que es ejercida por un tercero ajeno a la pareja (art. 277 Cód. Civil).

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde decretar la nulidad del matrimonio celebrado entre las partes por encontrarse configurado el error en las cualidades personales del marido —art. 175, Cód. Civil—, en tanto se acreditó que mantenía una relación paralela al momento de contraer nupcias y que la mantuvo tiempo después de su celebración, lo que afectó aspectos esenciales de la vida matrimonial y vició el consentimiento brindado por la cónyuge (CNCiv., sala C, 22/12/2010, LA LEY, 2011-B, 569 con nota de Verónica A. Castro; LA LEY, 2011-C, 37 con nota de Néstor E. Solari; DFyP, 2011 [junio], 49 con nota de Eduardo A. Sambrizzi; JA, 2011-III-529; AR/JUR/95180/2010).

CAPÍTULO 3

OPOSICIÓN A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

Por 28 EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y MARCELA LORENA SASSO

Bibliografía clásica: SOLARI, NÉSTOR E., *Matrimonio: Celebración, Impedimentos y Nulidades*, 1ª ed., 3ª reimp., La Ley, Buenos Aires, 2008.

1250♦♦♦

Art. 410.— Oposición a la celebración del matrimonio. Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley.

2La oposición que no se funde en la existencia de alguno de esos impedimentos debe ser rechazada sin más trámite.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La redacción del presente artículo se conserva similar al art. 176 modificando únicamente el tiempo verbal al presente ("funde" por "fundare" y "será" por "debe ser"); no implicando ello una alteración del sentido.

II. COMENTARIO

La oposición es el derecho que la ley reconoce a determinadas personas y al Ministerio Público para que, previo a la celebración del matrimonio, aleguen la existencia de los impedimentos establecidos por ley; en caso de no alegarse impedimentos la oposición será rechazada sin más trámite.

El fundamento de esta disposición, es proteger el orden público familiar y que la celebración del matrimonio no quede librada a alegaciones que, arbitrariamente, obstaculicen la celebración.

Art. 411.— Legitimados para la oposición. El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete:

- a) al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio;
- b) a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo;
- c) al Ministerio Público, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona realizada de conformidad con lo dispuesto en el ar-

tículo siguiente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 177 del antiguo Código Civil enumeraba quienes se encontraban legitimados para deducir oposición. Entre ellos se encontraban: 1º) al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; 2º) a los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos; 3º) al adoptante y al adoptado en la adopción simple; 4º) a los tutores o curadores; al Ministerio Público, 5º) que deberá deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos.

De su lectura podemos advertir que en la enumeración que realiza el Código vigente se introducen algunas modificaciones, siendo el primer inciso el único que se mantuvo incólume.

Así, se deroga la legitimación del tutor o curador para oponerse a la celebración del matrimonio del pupilo o la persona restringida en su capacidad ya que la persona que pretenda contraer matrimonio siempre debe contar con dispensa judicial, resultando suficiente este control; y se unifican en un mismo inciso los parientes facultados para oponerse, cualquiera sea el origen del vínculo.

II. COMENTARIO

La enumeración que efectúa la norma en cuanto a quienes se encuentran legitimados para deducir la oposición tiene carácter taxativo. A saber:

1. Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio. La legitimación de éste tiene su razón de ser en cuanto que el matrimonio subsiste, evitándose que se realice nuevo matrimonio que se pretende celebrar, el cual se encuentra expuesto a una eventual nulidad en virtud de haber existido impedimento de ligamen.

2. A los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los futuros esposos, cualquiera sea el origen del vínculo. En el parentesco por consanguinidad, el derecho a oponerse le comprende en línea recta sin límite y en línea colateral hasta el segundo grado. Se encuentran comprendidos los consanguíneos y los adoptivos.

3. Al Ministerio Público, que debe deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos, especialmente, por la denuncia de cualquier persona realizada de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente. El Ministerio Público tiene la obligación legal de ejercer la oposición correspondiente, poniendo especial atención, la nonna, en aquellos supuestos en que tome conocimiento del impedimento de manera directa o denuncia.

Art. 412.— Denuncia de impedimentos. Cualquier persona puede denunciar la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 403 desde el inicio de las diligencias previas y hasta la celebración del matrimonio por ante el Ministerio Público, para que deduzca la correspondiente oposición, si lo considera procedente, con las formalidades y el procedimiento previstos en los artículos 413 y 414.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 178 del Código Civil sustituido establecía que cualquier persona puede denunciar ante el Ministerio Público o ante el oficial público del Registro correspondiente que ha de celebrar el matrimonio, la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el art. 166; mientras el art. 180 disponía que la oposición podía deducirse desde que se hayan iniciado las diligencias previas hasta el momento en que el matrimonio se celebre.

Nótese que se han unificado los conceptos de dichos artículos y se ha eliminado la posibilidad de denunciar ante el oficial público del Registro correspondiente, razón por la cual se suprimió el antiguo art. 185 que determinaba el obrar de dicho oficial.

Por otra parte, se ha conservado la oportunidad en que debe deducirse.

0838 Ahora bien, el procedimiento que el antiguo Código tenía previsto se encontraba regulado en el art. 185, el cual resulta idéntico al contemplado en el art. 414 del actual Código Civil y Comercial.

3II. COMENTARIO

La ley prevé la posibilidad de que otras personas efectúen la denuncia de la existencia de impedimentos matrimoniales ante la autoridad respectiva.

En este sentido, cabe destacar la diferencia entre la oposición y la denuncia. La primera de ellas es una acción de ejercicio de estado que busca efectivizar un derecho subjetivo familiar asumiendo el carácter de parte; mientras que la denuncia es una facultad que tiene toda persona de poner en conocimiento de la autoridad respectiva el hecho que obsta a la celebración de un acto jurídico contrario al ordenamiento jurídico, sin ser parte del incidente.

En cuanto al tiempo, debe deducirse desde el inicio de las diligencias previas hasta la celebración del matrimonio, puesto que una vez realizado queda abierta —si correspondiere— la acción de nulidad del matrimonio.

Art. 413.— Forma y requisitos de la oposición. La oposición se presenta al oficial público del Registro que ha de celebrar el matrimonio verbalmente o por escrito con expresión de:

- a) nombre y apellido, edad, estado de familia, profesión y domicilio del oponente;
- b) vínculo que une al oponente con alguno de los futuros contrayentes;
- c) impedimento en que se funda la oposición;
- d) documentación que prueba la existencia del impedimento y sus referencias, si la tiene; si no la tiene, el lugar donde está, y cualquier otra información útil.

Cuando la oposición se deduce en forma verbal, el oficial público debe levantar acta circunstanciada, que firma con el oponente o con quien

firmo a su ruego, si aquél no sabe o no puede firmar. Cuando se deduce por escrito, se debe transcribir en el libro de actas con las mismas formalidades.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo encuentra su correlato con los arts. 179 y 181 del Código Civil sustituido. El primero de los señalados disponía que la oposición debía deducirse ante el oficial público que intervenga en la celebración del matrimonio; éste era el de domicilio de cualquiera de los contrayentes (conforme art. 186 del Código sustituido). Por su parte, y en cuanto a forma y requisitos se refiere, el art. 181 permitía que se efectúe en forma escrita o verbal, lo que se mantiene en la actualidad, enumerando aquello que debe expresarse.

Si bien la redacción de los requisitos enunciados ha sufrido algunas modificaciones, en general, el contenido se ha mantenido a excepción del inciso cuarto del antiguo art. 181 que exigía que se expresara los motivos que tenga para creer que existe el impedimento que ha sido eliminado.

II. COMENTARIO

La ley dispone que la oposición se presenta al Oficial Público del Registro que ha de celebrar el matrimonio; pudiendo hacerlo verbalmente o por escrito y estableciendo aquello que debe expresarse: 1) los datos filiatorios y personales del oponente; 2) su vínculo con alguno de los futuros contrayentes; 3) el impedimento en que se base la oposición y 4) la documentación que respalde su existencia.

Art. 414.— Procedimiento de la oposición. Deducida la oposición el oficial público la hace conocer a los contrayentes. Si alguno de ellos o ambos admite la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hace constar en acta y no celebra el matrimonio. Si los contrayentes no lo reconocen, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los tres días siguientes al de la notificación; éste levanta un acta, remite al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración del matrimonio.

El juez competente debe sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Recibida la oposición, da vista por tres días al Ministerio Público. Resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público.

Art. 415.— Cumplimiento de la sentencia. Recibido el testimonio de la sentencia firme que desestima la oposición, el oficial público procede a celebrar el matrimonio.

Si la sentencia declara la existencia del impedimento, el matrimonio no puede celebrarse.

En ambos casos, el oficial público debe anotar la parte dispositiva de

la sentencia al margen del acta respectiva.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código Civil sustituido el procedimiento de la oposición se encontraba regulado en los arts. 182, 183 y 184. Podemos decir que, en términos generales, el procedimiento previsto en ambos Códigos no presenta mayores diferencias, pese a que la redacción de la norma ha sufrido modificaciones, predomina la intervención del Ministerio Público que se dispone y que anteriormente no se encontraba expresamente contemplada.

II. COMENTARIO

La norma dispone que una vez deducida la oposición, el oficial público la haga conocer a los contrayentes. No obstante, al igual que el régimen anterior, no se prevé la forma en que ésta debe llevarse a cabo.

Tratándose de un procedimiento de naturaleza administrativa, entendemos que la forma quedará a criterio de la autoridad administrativa, siempre que la misma resulte fehaciente.

Asimismo, se omitió regular el plazo para dar cumplimiento con dicha notificación, consideramos que ella debe ocurrir en el plazo más breve posible.

La doctrina ha entendido que si la oposición se deduce antes del acto del matrimonio, el oficial público debe comunicar a los futuros contrayentes en el domicilio de cada uno de ellos a fin de que concurran al Registro respectivo a notificarse de dicha oposición.

Cuando la oposición fuere efectuada en el mismo acto de la celebración del matrimonio, se llevará a cabo personalmente, en el mismo acto.

Si la notificación se realiza de manera personal, en el acto de celebración del matrimonio, en ese momento o tres días después de tomar conocimiento de la oposición, los futuros contrayentes pueden manifestar si admiten o no la existencia del impedimento.

En el supuesto que alguno de ellos o ambos la admita, es decir si mediere allanamiento de alguna de las partes, el oficial público lo hace constar en el acta y no celebrará el matrimonio.

Si los contrayentes no reconocen la existencia del impedimento en que se funda la oposición, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los tres días siguientes de haber sido notificados; pudiendo agregar la documentación que estimen pertinente.

En cuanto al plazo de tres días siguientes al de la notificación que refiere el artículo, debe interpretarse que sólo se computan los días hábiles administrativos.

Luego, el oficial público debe levantar un acta, que suscribirá junto con los comparecientes, y remitir al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración

del matrimonio. A partir de entonces, el trámite pierde su naturaleza adminis-

trativa para ser un proceso jurisdiccional.

Resulta juez competente aquel que entienda en asuntos de familia en el lugar donde está el asiento del Registro que iba a entender en la celebración del matrimonio. Así debe sustanciar y decidir la oposición por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Recibida la oposición, da vista por tres días al Ministerio Público y resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público.

Si la oposición es rechazada, el oficial público debe celebrar el matrimonio. En caso que la oposición prospere, el matrimonio no será celebrado hasta que no desaparezca el impedimento que originó la respectiva oposición. En ambos supuestos, debe anotar la parte dispositiva de la sentencia al margen del acta respectiva.

CAPÍTULO 4

CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO

SECCIÓN 1ª

MODALIDAD ORDINARIA

DE CELEBRACIÓN

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

Art. 416.— Solicitud inicial. Quienes pretenden contraer matrimonio deben presentar ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos, una solicitud que debe contener:

340a) nombres y apellidos, y número de documento de identidad, si lo tienen;

b) edad;

c) nacionalidad, domicilio y el lugar de su nacimiento;

d) profesión;

e) nombres y apellidos de los padres, nacionalidad, números de documentos de identidad si los conocen, profesión y domicilio;

f) declaración sobre si han contraído matrimonio con anterioridad. En caso afirmativo, el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar de celebración del matrimonio y causa de su disolución, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, según el caso.

Si los contrayentes o alguno de ellos no sabe escribir, el oficial público debe levantar acta que contenga las mismas enunciaciones.

Art. 417.— Suspensión de la celebración. Si de las diligencias previas no resulta probada la habilidad de los contrayentes, o se deduce oposición, el oficial público debe suspender la celebración del matrimonio hasta que se pruebe la habilidad o se rechace la oposición, haciéndolo constar en acta, de la que debe dar copia certificada a los interesados, si la piden.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El primer artículo reúne dos normas del Código de Vélez, los arts. 186 y 187. El segundo tiene su fuente en el art. 195.

II. COMENTARIO

Prácticamente el artículo que analizamos mantiene la redacción del Código anterior, con la salvedad que se le agregó a este 416 el primer párrafo del viejo art. 187 del Código Civil, el que establecía el "deber de acompañar copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiese anulado o disuelto el matrimonio anterior de uno o ambos esposos, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, en su caso". Como bien se observa la finalidad ha sido la de sintetizar y unificar los criterios para tal fin.

Si resulta de las diligencias previas la inhabilidad de los contrayentes para celebrar el acto, o bien si existiere oposición o se hiciere denuncia, el matrimonio no podrá celebrarse.

Art. 418.— Celebración del matrimonio. El matrimonio debe celebrarse públicamente, con la comparecencia de los futuros cónyuges, por ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos.

Si se celebra en la oficina que corresponde a ese oficial público, se requiere la presencia de dos testigos y las demás formalidades previstas en la ley. El número de testigos se eleva a cuatro si el matrimonio se celebra fuera de esa oficina.

En el acto de la celebración del matrimonio el oficial público da lectura al art. 431, recibe de cada uno de los contrayentes la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronuncia que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley.

La persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral debe expresar su voluntad por escrito o por cualquier otra manera inequívoca.

keepf. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El viejo art. 188 hacía referencia a la imposibilidad de que uno de los contrayentes no pueda concurrir a la celebración, donde establecía que la celebración podía llevarse a cabo en el domicilio del impedido o en su residencia actual. Nada se dice de ello en el nuevo articulado, donde solo menciona la posibilidad de celebrarse fuera de la oficina del oficial público.

Se agrega al art. 418 el último párrafo que no se encontraba con anterioridad a la reforma.

II. COMENTARIO

La estructura del artículo con relación al art. 188 derogado se mantiene, con la salvedad hecha que se elimina la elección de llevar adelante la celebración del matrimonio ante el impedimento de uno de los contrayentes, en el domicilio del impedido o en su residencia actual.

El último párrafo es un agregado que el art. 188 no contemplaba en su redacción anterior, por lo tanto brinda una posibilidad al contrayente que se encuentre en dificultades para expresar su consentimiento de forma expresa, que lo haga por escrito si sabe leer y escribir, o bien mediante otra forma inequívoca de expresión como podría ser las señas claras e inequívocas.

La función desempeñada por el oficial público en la celebración se limita a comprobar la identidad de las partes, la habilidad para contraer nupcias y, por sobre todas las cosas, la expresión de su consentimiento.

Existen dos posibilidades para el lugar de celebración del matrimonio: La primera de ella es en la oficina del jefe del Registro Civil con competencia para tal fin, con la presencia de dos testigos.

La otra posibilidad que brinda el artículo es que la celebración se realice fuera de la dependencia del Registro Civil, con la salvedad que ya no es suficiente dos testigos sino que su número asciende a cuatro.

Este último supuesto puede darse en situaciones donde uno de los contrayentes esté imposibilitado de concurrir a la oficina del oficial público encargado de llevar adelante la ceremonia, y por tal motivo, sea llevada a cabo en el domicilio del imposibilitado. También puede suceder que los contrayentes decidan llevar al oficial público al lugar que ellos deseen para la celebración, siempre y cuando lo sea dentro del límite territorial de jurisdicción del oficial.

Art. 419.— Idioma. Si uno o ambos contrayentes ignoran el idioma nacional, deben ser asistidos por un traductor público matriculado y, si no lo hay, por un intérprete de reconocida idoneidad, dejándose debida constancia en la inscripción.

Art. 420.— Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener:

- a) fecha del acto;
- b) nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado civil, nacionalidad, profesión, domicilio y lugar de nacimiento de los comparecientes;
- c) nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad, profesión, y domicilio de sus respectivos padres, si son conocidos;
- d) lugar de celebración;
- e) dispensa del juez cuando corresponda;
- f) mención de si hubo oposición y de su rechazo;
- g) *rsid15540838* declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y del oficial público de que quedan unidos en matrimonio en nombre de la ley;
- h) nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tienen, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto;
- i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convenición matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó;
- j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes;
- k) documentación en la cual consta el consentimiento del contrayente ausente, si el matrimonio es celebrado a distancia.

El acta debe ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervienen en el acto, o por otros a su ruego, si no pueden o no saben hacerlo.

El oficial público debe entregar a los cónyuges, de modo gratuito, copia del acta de matrimonio y de la libreta de familia expedida por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El primer artículo tiene su fuente en el art. 190 del Código de Vélez, el segundo reproduce en parte el texto del art. 191.

II. COMENTARIO

Del análisis de cada inciso en particular, podemos mencionar que se agregó el estado civil, se eliminó el requisito del nombre y apellido del cónyuge anterior, cuando alguno de los contrayentes haya estado casado, se incorporó el lugar de celebración

Al modificarse el régimen patrimonial del matrimonio, permitiendo la opción por el régimen de separación de bienes se establece que los contrayentes deben expresar la existencia de convenciones patrimoniales con indicación del escribano interviniente como así también si han optado por el régimen de separación.

En cuanto al idioma se mantiene la legislación anterior y la necesidad de un traductor en caso que alguno de los contrayentes no hable el idioma castellano.

SECCIÓN 2ª

MODALIDAD EXTRAORDINARIA DE CELEBRACIÓN

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y MATÍAS MARTÍNEZ

Bibliografía clásica: BLANCO, GUILLERMO, "Celebración del matrimonio por ceremonia diferida. Matrimonio "a distancia" o "sin comparecencia personal", LA LEY, 1999-F, 1111.

♦ ♦ ♦

Art. 421.— Matrimonio en artículo de muerte. El oficial público puede celebrar matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades previstas en la Sección 1ª, cuando se justifica que alguno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte, con el certificado de un médico y, donde no lo hay, con la declaración de dos personas.

En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, el matrimonio en artículo de muerte puede celebrarse ante cualquier juez o funcionario judicial, quien debe levantar acta de la celebración, haciendo constar las circunstancias mencionadas en el artículo 420 con excepción del inciso f) y remitirla al oficial público para que la protocolice.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo tiene su fuente en el 196 del Código de Vélez. Se cambia la expresión "dos vecinos" por "dos personas", lo cual otorga mayor practicidad a la cuestión, eliminando la expresión de que los declarantes fueren vecinos (por lo que ya no se necesita acreditar dicha circunstancia), sino que puede serlo cualquier persona en general, incluso aquellos que pudieren tener mayor conocimiento de las circunstancias del caso, por ejemplo un médico o un familiar.

II. COMENTARIO

Matrimonio en artículo de muerte o *in extremis*

La norma contempla el supuesto en el que uno de los contrayentes se encuentra en peligro de muerte y desea contraer matrimonio.

En este caso, el elemento necesario para justificar dicho estado es el certificado médico y al igual que en el régimen anterior, el oficial público puede prescindir del cumplimiento de las diligencias preliminares, e incluso el matrimonio puede ser celebrado por un juez de paz o por el secretario de un juzgado si el oficial no se encuentra disponible.

En estrecha relación con la urgencia del instituto, la intervención del magistrado o funcionario judicial es excepcional, en caso de no hallarse la autoridad natural para su celebración.

Ch Ante la ausencia de certificado médico, el funcionario puede celebrar igualmente el matrimonio, contando con la declaración de dos personas que justifiquen el peligro de muerte de uno de los contrayentes.

En caso de que se deduzca oposición o se denuncien impedimentos, el oficial público puede igualmente celebrar el matrimonio, quedando a salvo los derechos del opo- nente a demandar la posterior nulidad del matrimonio.

Parte de la doctrina entiende que ante la ausencia del certificado médico, y con la comparecencia de dos personas, el matrimonio debe celebrarse, en principio, ante el oficial público.

Asimismo, respecto de la intervención, o no, de funcionarios judiciales (del tenor de pro-secretarios, auxiliares letrados, etc.), si bien no existe uniformidad en la doctrina, se debe estar a favor de la celebración del matrimonio por esta modalidad, ante la excepcionalidad de las circunstancias.

En el mismo sentido, cabe destacar que por aplicación de la ley 20.094 (BO 2/3/1973), el capitán de buque también resulta competente para la celebración del matrimonio *in extremis*.

Finalmente, la norma plantea —respecto de la prescindencia de las diligencias previas— el interrogante en el caso de que uno o ambos contrayentes fueren menores de edad.

Visto la actual redacción de la norma, entendemos que la celebración del matrimonio “artículo mortis”, cuando uno de los contrayentes —o ambos— no alcanzaron la mayoría de edad, no resulta posible. La dispensa judicial de edad no es una “formalidad” de la que puede prescindirse en los términos de la norma.

Art. 422.— Matrimonio a distancia. El matrimonio a distancia es aquel en el cual el contrayente ausente expresa su consentimiento personalmente, en el lugar en que se encuentra, ante la autoridad competente para celebrar matrimonios, según lo previsto en este Código en las normas de derecho internacional privado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los arts. 173 y 174 del Código Civil regulaban el denominado “matrimonio a distancia”, en realidad se trataba de casos donde uno de los contrayentes no se encontraba en el lugar de celebración y podía dar el consentimiento ante el oficial público del lugar que se encuentre. El consentimiento así prestado tenía una validez limitada a noventa días desde su otorgamiento y debía ser presentado ante la autoridad competente del domicilio donde se encuentre el otro contrayente.

Según las disposiciones de los derogados artículos, era el oficial público receptor quien verificaba la inexistencia de impedimentos matrimoniales y evaluaba las causas alegadas para justificar la ausencia. Ante él debía prestar el consentimiento el otro contrayente, y así se perfeccionaba el acto y si éste se negare a celebrar el acto, la norma contemplaba un procedimiento judicial para acreditar las circunstancias que autorizan la celebración del matrimonio en estas condiciones.

Dichas circunstancias y procedimientos no fueron incorporados en la actual reforma.

Su fuente es la Convención de Nueva York de 1962, ratificada por la ley 18.444 (BO 24/11/1969).

II. COMENTARIO

Se trata del caso en donde las partes otorgan su consentimiento en forma separada, encontrándose a distancia uno del otro.

El trámite del matrimonio a distancia se integra con la manifestación del consentimiento de uno de los contrayentes (calificado como el ausente) en el lugar donde se encuentra, ante la autoridad competente para recibirlo.

Se trata de un matrimonio entre presentes que se encuentran a distancia y no de un supuesto de consentimiento otorgado por mandatario, supuesto expresamente prohibido por la Convención de Nueva York.

La referida Convención exige que el consentimiento para la celebración, sea expresado por ambos contrayentes, aunque en circunstancias excepcionales admite que solo uno de ellos esté presente.

Se han eliminado las exigencias acerca de la prueba de la razón de la ausencia o distancia del contrayente.

III. JURISPRUDENCIA

No se acepta en ningún supuesto el matrimonio por poder, pues la Convención de Nueva York de 1962 —ratificada por ley 18.444—, que así lo dispone, sólo autoriza el denominado “matrimonio a distancia” o sin comparecencia personal. En efecto: el párrafo 1° de su art. 1° exige que quien comparezca al acto haya prestado su consentimiento ante otra autoridad competente, por lo que no basta que uno de los contrayentes esté representado por apoderado (CNCiv., sala E, LA LEY, 1979-A, 275).

CAPÍTULO 5

PRUEBA DEL MATRIMONIO

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y MATÍAS MARTÍNEZ

Bibliografía clásica: MAZZINGHI, JORGE A., "Ineficacia del título con que se pretende acreditar el matrimonio", LA LEY, 1996-B, 171.

♦ ♦ ♦

Art. 423.— Regla general. Excepciones. Posesión de estado. El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado, o con la libreta de familia expedidos por el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Cuando existe imposibilidad de presentarlos, la celebración del matrimonio puede probarse por otros medios, justificando esta imposibilidad.

La posesión de estado, por sí sola, no es prueba suficiente para establecer el estado de casados o para reclamar los efectos civiles del matrimonio.

Si existe acta de matrimonio y posesión de estado, la inobservancia de las formalidades prescriptas en el acto de celebración no puede ser alegada contra la existencia del matrimonio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Tanto la redacción, como así los efectos prácticos de la norma, no resultan notoriamente disímiles respecto del sustituido art. 197. Cabe hacer una aclaración respecto de la invocación de la posesión de estado, en el anterior art. 197, la redacción de la norma admitía interpretar que se excluía totalmente la invocación de la posesión de estado como prueba del matrimonio.

Ahora bien, de la lectura de la norma en el nuevo régimen, la posesión de estado no puede invocarse por sí sola como prueba. Es decir, queda abierta la posibilidad de invocar la posesión de estado dentro de un conjunto de pruebas. Pareciere ser, en principio, un criterio más amplio.

II. COMENTARIO

El título de estado es el instrumento público o conjunto de instrumentos públicos de los cuales emerge el estado de familia. En el caso, se acredita el matrimonio y se hace oponible *erga omnes* mediante el acta de celebración, su testimonio, copia, certificado libreta de familia. Complementando lo precedentemente afirmado, la ley 26.413 (BO 6/10/2008) que en su art. 23 le asigna a estos documentos carácter de instrumento público.

Ahora bien, en los casos en que resulte imposible obtener la prueba ordinaria (sea por pérdida o destrucción de los archivos registrales, por ejemplo), se debe acreditar dicha imposibilidad para que se admita entonces la prueba del matrimonio por cualquier medio, recurriendo a la vía judicial.

Dicha prueba ha de referirse a la celebración del matrimonio (fotografías, invitaciones, publicaciones o trámites laborales realizados con motivo de la boda, declaración de testigos, etc.) y no resulta suficiente acreditar la posesión de estado ni la convivencia en aparente matrimonio (como admitía, en cambio, el art. 197).

La prueba supletoria puede tramitar como información sumaria si los cónyuges (o sus sucesores, en caso de fallecimiento) están de acuerdo, y por la vía contenciosa si hay discrepancia sobre la existencia del matrimonio entre las partes interesadas.

III. JURISPRUDENCIA

"Dado que no es taxativa la enumeración que contiene la ley sobre los casos en que procede la prueba supletoria tendiente a acreditar la existencia del matrimonio, ésta prueba debe también admitirse en los casos en que medie completa imposibilidad de obtener la partida correspondiente como ocurre cuando el interesado alega ignorancia del lugar y fecha de celebración de acto, y esa ignorancia es verosímil" (C2° Civ. y Com. La Plata, sala 1°, 8/9/1953, LA LEY, 73-158).

"Existiendo acta de celebración en el extranjero, aunque ésta no esté certificada o legalizada, y posesión de estado, no puede desconocerse la inexistencia del mismo en el caso alegado, para fundar la vocación a la pensión" (SCBA, 16/9/1997. LLBA, 1997-1250).

"La ley establece como hecho —condición que sustituye la prueba ordinaria por la extraordinaria—, la posibilidad de presentar la partida, y dispone que tal situación debe acreditarse" (CNCiv., sala D, 3/2/1961, LA LEY, 102-365).

"El Código Civil determina expresamente que la libreta de familia es uno de los medios de prueba del matrimonio, asignándole además la categoría de instrumento público" (CNCiv., 17/5/1991, LA LEY, 1992-B, 152).

CAPÍTULO 6

NULIDAD DEL MATRIMONIO

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y AGUSTÍN PERES¹

Bibliografía clásica: CALDERÓN VICO DE DELLA SAVIA, "Matrimonio in fraudem legis. Título y legitimación para la vocación sucesoria como cuestión previa. Orden público", LA LEY, 2007-D, 131; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA L. y RODRÍGUEZ, MÓNICA S., "Matrimonios en fraude a la ley argentina. Requiem para una muerte anunciada", JA, 2007-IV-799; MAZZINGHI, JORGE A., "Determinación de la buena fe en un matrimonio nulo", LA LEY, 1996-B, 171; id.,

¹ La coautoría con AGUSTÍN PERES corresponde al comentario de los arts. 424 a 426 y 430.

"Nulidad de matrimonio y vocación hereditaria", ED, 188-644; RAMAYO, RAÚL A., "La validez del matrimonio *in fraudem legis*", ED, 215-210; SOLARI, NÉSTOR E., "Caducidad de la acción de nulidad de matrimonio planteada por un cónyuge sano en caso de enfermedad mental", LA LEY, 2007-B, 507; VIDAL TAQUINI, CARLOS, "Caducidad de la acción de nulidad por impotencia", LA LEY, 1986-B, 805; ZABALA, LILIANA, "Nulidades matrimoniales en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil", JA, 1986-I-720.

♦♦♦

Art. 424.— Nulidad absoluta. Legitimados. Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos a), b), c), d) y e) del artículo 403.

La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que podían oponerse a la celebración del matrimonio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las causales de nulidad absoluta se encontraban enumeradas en el art. 219, Cód. Civil, resultando de los impedimentos de parentesco (por consanguinidad, afinidad y parentesco derivado de la adopción plena y simple), ligamen y crimen (art. 166, incs. 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7°). En estos supuestos la nulidad es absoluta, dado que se encuentra afectado el orden público familiar, no sólo interno sino también internacional.

Por ello los matrimonios celebrados en el extranjero con estos impedimentos carecen de eficacia en nuestro territorio, sin perjuicio de la eficacia que puedan tener según la ley del lugar de celebración (antiguo art. 160, Cód. Civil).

Los legitimados para deducir la acción de nulidad de matrimonio se encontraban enumerados en el art. 219, Cód. Civil y eran cualquiera de los cónyuges y por los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio.

El art. 84, ley 2393, sólo otorgaba legitimación para demandar la nulidad absoluta del matrimonio al cónyuge que ignoró la existencia del impedimento. Esto no era más que una aplicación de la regla del *nemo auditur*, también contenida en el art. 1047, Cód. Civil, en cuanto legitimaba a demandar la nulidad absoluta a todo aquel que tenga un interés legítimo, excepto el que ejecutó el acto sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba.

Distinta es la solución que brindaba el art. 219 —texto conforme la ley 23.515— al otorgar legitimación para demandar la nulidad absoluta del matrimonio a cualquiera de los cónyuges, incluso al que pudo tener conocimiento del impedimento que lo invalida.

II. COMENTARIO

Habíamos adelantado que se mantiene la distinción entre causales de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, en el artículo en comentario se regula la nulidad absoluta. Se mantienen como causales los impedimentos de parentesco (aunque el 403 no hace referencia a la adopción como lo hacía el anterior) ligamen y crimen (ver a este respecto el comentario del art. 403).

Se trata de casos donde está en juego el orden público, por lo tanto la legitimación

para solicitar la nulidad es amplia e incluye al cónyuge de mala fe, dejando de lado el principio del *nemo auditur*. Sin perjuicio de ello, al igual que en el régimen anterior, la nulidad no podrá ser decretada de oficio.

Además, para el impedimento de crimen, se introduce el requisito de estar condenado, concluyendo la vieja discusión doctrinaria sobre la necesidad de contar con sentencia judicial.

III. JURISPRUDENCIA

Es procedente la declaración de nulidad de un matrimonio celebrado en el extranjero entre dos personas domiciliadas en la República, toda vez que la demandada era de estado civil casada en el país, sin disolución del vínculo en la Argentina, por lo que carecía de la aptitud nupcial necesaria para contraer su segundo matrimonio, ya que no se admite la producción de efectos a matrimonios celebrados en el extranjero con el impedimento de ligamen (CNCiv., sala M, 11/8/2006, LA LEY, 2007-A, 311; DJ, 2007-I-28; LA LEY, 2007-C, 492 con nota de Néstor E. Solari; cita online: AR/JUR/6707/2006).

=Art. 425.— Nulidad relativa. Legitimados. Es de nulidad relativa:

a) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del artículo 403; la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad.

Si se rechaza, el matrimonio tiene los mismos efectos que si se hubiera celebrado con la correspondiente dispensa. La petición de nulidad es inadmisibles después de que el cónyuge o los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal.

b) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso g) del artículo 403. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento.

La nulidad no puede ser solicitada si el cónyuge que padece el impedimento ha continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud; y en el caso del cónyuge sano, luego de haber conocido el impedimento.

El plazo para interponer la demanda es de un año, que se computa, para el que sufre el impedimento, desde que recuperó la salud mental, y para el cónyuge sano desde que conoció el impedimento.

La nulidad también puede ser demandada por los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El plazo para interponer la demanda es de tres meses desde la celebración del matrimonio. En este caso, el juez

debe oír a los cónyuges, y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto.

c) el matrimonio celebrado con alguno de los vicios del consentimiento a que se refiere el artículo 409. La nulidad sólo puede ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia. La nulidad no puede ser solicitada si se ha continuado la cohabitación por más de treinta días después de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. El plazo para interponer la demanda es de un año desde que cesa la cohabitación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

1. Falta de edad legal

Según disponía el art. 220, inc. 1º, Cód. Civil, estaba afectado de nulidad relativa el matrimonio celebrado bajo el impedimento de falta de edad legal de uno de los cónyuges. Esto es, por tener alguno o ambos contrayentes menos de dieciocho años (art. 166, inc. 5º, Cód. Civil, texto según ley 26.579, BO 26/12/2009).

El artículo citado legitimaba para demandar la nulidad al propio incapaz y a los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. Conforme el art. 177, podían oponerse el padre y la madre del incapaz, en su caso su tutor o curador y el Ministerio Público concentrado en la figura del asesor de menores como representante promiscuo (art. 59, Cód. Civil). No se ve afectada la validez del matrimonio si, no obstante la falta de edad legal, mediaba dispensa judicial en los términos del art. 167, Cód. Civil. El derecho a pedir la nulidad caducaba cuando el cónyuge alcanzaba la mayoría de edad o cualquiera sea la edad cuando la esposa hubiere concebido.

2. Privación de la razón

Era causal de nulidad relativa la privación permanente o transitoria de la razón de uno de los cónyuges al momento de la celebración (arts. 220, inc. 2º, y 166, inc. 8º, Cód. Civil).

La antigua Ley de Matrimonio Civil definía como impedimento a "la locura", lo cual dio lugar a múltiples dudas interpretativas, que quedaron superadas con la reforma introducida por la ley 23.515 al prever tanto la privación de la razón permanente (dementia de hecho) como la transitoria (por efecto de drogas, alcohol, etc.).

La acción de nulidad correspondía: a) A los que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio, es decir, los ascendientes, descendientes y hermanos de los cónyuges, el adoptante o adoptado en la adopción simple, el tutor o el curador del demente y el Ministerio Público; b) Al propio incapaz luego de recobrada la razón si no continuare la cohabitación; c) Al otro cónyuge cuando ignorase la privación de la razón del otro al tiempo de la celebración, siempre que no continuare la cohabitación luego de conocido el impedimento. Si se trataba de un demente declarado, le bastaba probar la ignorancia sobre la incapacidad del otro cónyuge al momento de la celebración del ma-

trimonio. Mientras que si se trataba de un demente no declarado, o en el caso de privación transitoria de la razón, debería acreditar, además, el hecho de la privación de la razón al momento de contraer matrimonio.

3. Impotencia

El art. 220, inc. 3º, Cód. Civil, preveía como causal de nulidad relativa, la impotencia de uno o ambos cónyuges que impidan absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. Al hablar de la impotencia la ley sólo lo hacía como causal de nulidad, más no como impedimento. Esto es así, pues el legislador ha considerado que es una cuestión que sólo interesa al cónyuge que no la padece. Otra razón por la que la impotencia no constituía impedimento es que nuestra ley, al igual que la mayoría de las legislaciones, no establecía límites de edad máxima para contraer matrimonio, no habiendo obstáculo legal para matrimonios en los cuales no sería posible la unión sexual, como, por ej., entre personas muy ancianas o enfermas, *in articulo mortis*, etc.

4. Vicios del consentimiento

El art. 220, inc. 4º, preveía la nulidad del matrimonio en los casos de vicios del consentimiento, es decir, dolo, violencia o error sobre la persona del otro contrayente o acerca de sus cualidades personales (art. 175, Cód. Civil).

La legitimación para demandar la nulidad sólo era otorgada al cónyuge que hubiese sufrido el dolo, violencia o error siempre que interrumpiere la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el vicio (dolo o error) o de haber sido suprimida la violencia.

La razón por la que se otorgaba legitimación sólo al cónyuge afectado por el vicio del consentimiento se fundaba en el interés protegido en esta causal de la nulidad del matrimonio. Se establecía además un breve plazo para interrumpir la cohabitación, pues su continuación implicaría una confirmación tácita del matrimonio. Al respecto, el esclarecimiento o disipación del vicio del consentimiento debe ser completa, de modo que el afectado pueda tomar con claridad su decisión de continuar o no la convivencia en el limitado plazo de treinta días. Belluscio entiende que, "dado lo breve del plazo fijado para que se produzca la confirmación, corresponde exigir que ésta sea inequívoca, y la no perduración de una falsa vida en común durante un lapso de dudas, vacilaciones o consultas".

Además de las normas mencionadas, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la ley 26.657 (BO 3/12/2010), constituyen las fuentes de esta nueva normativa.

II. COMENTARIO

1. Falta de edad legal

El artículo mantiene la legitimación del propio adolescente para pedir la nulidad de su matrimonio, la terminología utilizada no es feliz ya que se habla del cónyuge que "padece" el impedimento, si bien la adolescencia es una etapa traumática de atravesar ello no significa que se "padezca". También se mantiene la redacción relativa a los representantes legales del adolescente.

En este último caso cuando la nulidad es pedida por los representantes legales se introduce el deber del juez de oír al adolescente teniendo en cuenta su edad y grado de madurez. Luego de escucharlo deberá resolver la nulidad, en caso de rechazarla el matrimonio tendrá la misma validez que si se hubiese conferido dispensa judicial.

El derecho a pedir la nulidad caduca cuando el o los cónyuges alcanzan la edad legal. Se elimina la caducidad por concepción del texto anterior.

2. Falta permanente o transitoria de salud mental

La norma actualiza la terminología utilizada en el Código de Vélez y la encuadra en la ley 26.657 (BO 3/12/2010), así ahora se habla de "falta permanente o transitoria de salud mental" que impide tener discernimiento para el acto matrimonial. Se establece como causal de caducidad de la acción; para el afectado continuar la cohabitación luego de haber recuperado la salud y para el sano desde que conoció el impedimento. En el párrafo siguiente se introduce un plazo que no se aclara si se trata de un plazo de prescripción o de caducidad. Se establece el término de un año para interponer la demanda que se computará para el afectado por el problema de salud desde que la recuperó y para el sano desde que conoció el impedimento. Tal como está redactada la norma parece ser un plazo de prescripción.

También se encuentran legitimados los parientes de la persona afectada que podría haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este caso el plazo de prescripción es de tres meses desde la celebración del matrimonio. Cuando la acción es deducida por los parientes el juez debe escuchar a los contrayentes a los efectos de evaluar si comprenden el acto que han celebrado.

3. Impotencia

f31505A diferencia del Código anterior, la nueva normativa suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de intimidades en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia pueden ser diversas, de carácter objetivo y subjetivo, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificultaba su prueba.

4. Vicios del consentimiento

Se mantiene la misma estructura del art. 220 inc. 4 derogado. En cuanto al ejercicio de la acción la demanda de nulidad por vicios del consentimiento puede entablarse dentro del plazo de un (1) año, desde que cesa la cohabitación. Ella debe concluir dentro de los treinta (30) días de conocido el error o cesado la violencia.

fcs1 III. JURISPRUDENCIA

"DE ACUERDO CON EL ART. 220, INC. 4º, CÓD. CIVIL, EN LOS VICIOS DEL CONSENTIMIENTO LA CADUCIDAD TIENE LUGAR POR NO INTERRUMPIRSE LA COHABITACIÓN DENTRO DE LOS TREINTA DÍAS DE CONOCIDO EL DOLO, ERROR O DE SUPRIMIDA LA VIOLENCIA" (CNCIV., SALA

G, 6/12/2000, ED, 196-546).

"RESULTA PROCEDENTE LA DEMANDA DE NULIDAD DE MATRIMONIO SI EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL DE UNO DE LOS CONTRAYENTES ESTUVO VICIADO POR EL ERROR EN LAS CUALIDADES DEL OTRO —EN EL CASO, LA ORIENTACIÓN SEXUAL DEL DEMANDADO—. ELLO, TODA VEZ QUE FUE LA ORIENTACIÓN SEXUAL DEL DEMANDADO LA QUE IMPIDIÓ QUE SU MATRIMONIO FUERA CONSUMADO Y PROVOCÓ LA RUPTURA DEL MISMO. DICHA FACETA DEL DEMANDADO DETERMINA LA CONCURRENCIA DE UN ERROR QUALITIS QUE CONFORMA UNA CARACTERÍSTICA ESENCIAL DE SINGULAR IMPORTANCIA EN LA VALORACIÓN DE LAS CONDICIONES DEL ACCIONADO A LA LUZ DE LA VIDA MARITAL Y SU DESCONOCIMIENTO POR PARTE DE LA ACTORA DEBE REPUTARSE DECISIVO EN EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL. LO QUE SE JUZGA NO ES LA ORIENTACIÓN SEXUAL DEL ACCIONADO POR CUANTO ÉSTA ES UN ASPECTO DE SU PERSONALIDAD QUE SE ENCUENTRA DENTRO DE LAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES PROTEGIDAS CONSTITUCIONALMENTE Y RESPECTO DE LA CUAL NADIE TIENE DERECHO A INMISCUIRSE —ART. 19 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL—. SÓLO SE VALORA LA MISMA COMO CAUSAL DE NULIDAD DE MATRIMONIO. ES DECIR, EN LA MEDIDA QUE AQUELLA AFECTA TANTO LOS DERECHOS DE TERCEROS —EN EL CASO EL DE LA CÓNYUGE— QUE ES UNO DE LOS VALLADARES INEXPUGNABLES QUE IMPONE NUESTRA CARTA MAGNA A LAS MENCIONADAS ACCIONES PRIVADAS DE LOS HOMBRES COMO ASÍ TAMBIÉN ASPECTOS ESENCIALES DE LA VIDA MATRIMONIAL Y EN TANTO SU CONOCIMIENTO PREVIO AL CASAMIENTO HUBIERA SIDO DETERMINANTE PARA QUE NO DE LOS CONTRAYENTES NO PRESTARA EL CONSENTIMIENTO QUE DICHO INSTITUTO REQUIERE PARA SU CELEBRACIÓN (CNCIV., SALA C, 23/5/2011, SUMARIO 21949 DE LA BASE DE DATOS DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA CIVIL).

CABE DECRETAR LA CADUCIDAD DEL DERECHO DEL ACTOR PARA PETICIONAR LA NULIDAD DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO CON LA DEMANDADA, EN VIRTUD DE LA ENFERMEDAD MENTAL QUE ESTA PADECE, TODA VEZ QUE NO ACREDITÓ FEHACIENTEMENTE HABER INTERRUMPIDO LA COHABITACIÓN DENTRO DEL PLAZO DE TREINTA DÍAS DESDE QUE TUVO CONOCIMIENTO DE LA ENFERMEDAD DE SU CÓNYUGE (CNCIV., SALA C, 30/3/2005, DJ, 2005-2-495; LA LEY, 2007-B, 505 CON NOTA DE LUIS ALBERTO VALENTE; CITA ONLINE: AR/JUR/505/2005).

ART. 426.— NULIDAD MATRIMONIAL Y TERCEROS. LA NULIDAD DEL MATRIMONIO Y LA BUENA O MALA FE DE LOS CÓNYUGES NO PERJUDICA LOS DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS QUE DE BUENA FE HAYAN CONTRATADO CON LOS CÓNYUGES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

efaultEL NUEVO CÓDIGO NO MODIFICA LA ANTIGUA REDACCIÓN ESTABLECIDA EN EL ART. 226 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

LA PRIVACIÓN RETROACTIVA DE LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO ANULADO SUFRE VARIAS EXCEPCIONES. EN PRIMER LUGAR, NO SE ALTERAN LOS EFECTOS QUE EL MATRIMONIO HABRÍA PRODUCIDO CON RESPECTO A TERCEROS DE BUENA FE, LO QUE CONSTITUYE UNA APLICACIÓN DE LA IDEA DE LA VALIDEZ PROVISORIA DEL ACTO ANULABLE. QUEDAN ASÍ PROTE-

GIDOS LOS DERECHOS DE QUIENES HUBIESEN CONTRATADO CON LOS CONTRAYENTES CREYÉNDOLOS VÁLIDAMENTE CASADOS, CUANDO LA EFICACIA DE ESOS DERECHOS DEPENDIERA DE LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO. LA DISPOSICIÓN CONSTITUYE UNA JUSTA APLICACIÓN DE PRINCIPIOS GENERALES: NO SÓLO DE LA MENCIONADA VALIDEZ PROVISIONAL DEL ACTO ANULABLE, SINO TAMBIÉN DE LA DOCTRINA DE LA APARIENCIA JURÍDICA Y DE LA PROTECCIÓN DE QUIEN SUFRE UN ERROR COMÚN. SIN EMBARGO, EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO, SU CAMPO DE APLICACIÓN ERA MUY LIMITADO: APARENTEMENTE, SU Ú

F42 NICA TRASCENDENCIA TENDRÍA LUGAR CON RELACIÓN A LOS ACREEDORES DE UNO DE LOS CONTRAYENTES POR DEUDAS COMPRENDIDAS EN LOS TÉRMINOS DE LOS ARTS. 461 Y 467 QUIENES CONSERVARÍAN CONTRA EL OTRO LA ACCIÓN QUE TAL ARTÍCULO LES OTORGA, A PESAR DE LA ANULACIÓN DEL MATRIMONIO.

LA BUENA FE DEL TERCERO SE PRESUME, DE MANERA QUE INCUMBE AL CONTRAYENTE QUE SE OPONGA A LA INVOCACIÓN DE DERECHOS QUE TUVIESEN POR BASE LA EXISTENCIA DEL MATRIMONIO, LA CARGA DE LA PRUEBA DE LA MALA FE, ES DECIR, DE QUE EL TERCERO CONOCÍA LA CAUSA DE NULIDAD DEL MATRIMONIO. ADEMÁS, LA BUENA FE DEBE HABER EXISTIDO EN EL MOMENTO DE CONTRATAR, DE MODO QUE ES INDIFFERENTE QUE, CON POSTERIORIDAD, EL TERCERO HUBIERA CONOCIDO LA CAUSA DE NULIDAD.

ART. 427.— BUENA FE EN LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO. LA BUENA FE CONSISTE EN LA IGNORANCIA O ERROR DE HECHO EXCUSABLES Y CONTEMPORÁNEOS A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO SOBRE EL IMPEDIMENTO O LA CIRCUNSTANCIA QUE CAUSA LA NULIDAD, O EN HABERLO CONTRAÍDO BAJO LA VIOLENCIA DEL OTRO CONTRAYENTE O DE UN TERCERO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA EN COMENTARIO RECONOCE SU FUENTE EN EL ART. 222 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, SIN EMBARGO ALLÍ SE DEFINÍA A LA MALA FE, EN CAMBIO EN EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS SE DEFINE A LA BUENA FE.

II. COMENTARIO

LA BUENA FE CONSISTE EN LA CREENCIA EN LA INEXISTENCIA DE IMPEDIMENTOS O CIRCUNSTANCIAS QUE PUEDAN DAR LUGAR A LA NULIDAD DEL MATRIMONIO. NO SUPONE BUENA FE LA IGNORANCIA O EL ERROR DE DERECHO, NI EL ERROR DE HECHO QUE NO SEA EXCUSABLE, QUEDANDO A SALVO LOS SUPUESTOS EN QUE EL ERROR PROVENGA DEL DOLO DEL OTRO CONTRAYENTE O DE UN TERCERO.

TAL COMO SURGE DEL ARTÍCULO, LA BUENA FE ASÍ DEFINIDA DEBE EXISTIR AL MOMENTO DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, SIENDO IRRELEVANTE EL CONOCIMIENTO QUE SE LLEGARE A TENER LUEGO SOBRE EL IMPEDIMENTO O CIRCUNSTANCIA QUE OCASIONA LA NULIDAD.

CON RESPECTO DE LA CARGA DE LA PRUEBA, EXISTEN DIVERSAS POSTURAS. EN PRINCIPIO, ESTÁ AMPLIAMENTE ACEPTADO POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA QUE LA BUENA FE SE PRESUME, SIENDO LA MALA FE DE UNO O AMBOS CÓNYUGES LA QUE DEBE SER ALEGADA Y PROBADA POR QUIEN LA INVOKA.

SIN EMBARGO, TAL COMO SOSTIENE BELLUSCIO, LA PRESUNCIÓN DE BUENA FE NO CONSTITUYE UNA REGLA ABSOLUTA, DADO QUE EN ALGUNOS CASOS ES PRESUMIBLE LA MALA FE DE UNO DE LOS CONTRAYENTES. TAL SERÍA EL CASO DEL MATRIMONIO CONTRAÍDO CON IM-

PEDIMENTO DE PARENTESCO O DE LIGAMEN, EN DONDE LA BUENA FE DEBERÍA ACREDITARSE SOBRE LA BASE DE LA IGNORANCIA DEL PARENTESCO O EN LA CREENCIA RAZONABLE SOBRE EL FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNYUGE.

EN CAMBIO, MOLINARIO Y GUASTAVINO SE ENROLAN EN LA POSICIÓN CONTRARIA, PARTIENDO DE LA PRESUNCIÓN DE LA MALA FE, Y CONSIDERAN QUE LA BUENA FE DEBE SER DEMOSTRADA. ESTOS AUTORES ARGUMENTAN QUE SIENDO LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO PUTATIVO UNA EXCEPCIÓN AL RÉGIMEN GENERAL DE LAS NULIDADES, SU APLICACIÓN DEBE SER RESTRICTIVA. DE ESTA MANERA, SI LA BUENA FE NO ES ALEGADA Y PROBADA FEHA-CIENTEMENTE, LOS EFECTOS SERÁN LOS PREVISTOS PARA LA MALA FE DE AMBOS.

FINALMENTE, EXISTE UNA TESIS INTERMEDIA SOSTENIDA POR RÉBORA Y MAZZINGHI, PARA QUIENES NO CABE PRESUMIR NI LA BUENA NI LA MALA FE LOS CÓNYUGES, SINO QUE TAL CARÁCTER RESULTARÁ DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO Y DE LA PRUEBA APORTADA EN EL PROCESO.

O ART. 428.— EFECTOS DE LA BUENA FE DE AMBOS CÓNYUGES. SI EL MATRIMONIO ANULADO HA SIDO CONTRAÍDO DE BUENA FE POR AMBOS CÓNYUGES PRODUCE TODOS LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO VÁLIDO HASTA EL DÍA EN QUE SE DECLARE SU NULIDAD.

LA SENTENCIA FIRME DISUELVE EL RÉGIMEN MATRIMONIAL CONVENCIONAL O LEGAL SUPLETORIO.

SI LA NULIDAD PRODUCE UN DESEQUILIBRIO ECONÓMICO DE UNO ELLOS EN RELACIÓN CON LA POSICIÓN DEL OTRO, SE APLICAN LOS ARTÍCULOS 441 Y 442; EL PLAZO SE COMPUTA A PARTIR DE LA SENTENCIA QUE DECLARA LA NULIDAD.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTE ARTÍCULO RECONOCE SU FUENTE EN EL ANTIGUO 221 DEL CÓDIGO CIVIL DEROGADO. APARECE LA REFERENCIA A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA QUE NO EXISTÍA EN EL RÉGIMEN ANTERIOR.

II. COMENTARIO

EN ESTOS CASOS EL MATRIMONIO ANULADO PRODUCIRÁ, HASTA EL DÍA EN QUE SE DECLARE SU NULIDAD, TODOS LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO VÁLIDO. ES DECIR, LA SENTENCIA DE NULIDAD PRODUCE EFECTOS PARA EL FUTURO A PARTIR DEL MOMENTO EN QUE QUEDA FIRME.

A DIFERENCIA DEL RÉGIMEN ANTERIOR SE ELIMINA EL DEBER ALIMENTARIO YA QUE NO SE HACE NINGUNA REMISIÓN A LOS ARTÍCULOS QUE LO DETERMINAN.

EN CUANTO AL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO, LA NULIDAD OPERA COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN TANTO PARA EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD COMO PARA EL DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Como adelantáramos se agrega la referencia a la compensación económica en caso de desequilibrio manifiesto y con las pautas establecidas en los arts. 441 y 442. En cuanto al contenido de la compensación económica remitimos al comentario de estos

artículos.

Art. 429.— Efectos de la buena fe de uno de los cónyuges. Si uno solo de los cónyuges es de buena fe, el matrimonio produce todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto al cónyuge de buena fe y hasta el día de la sentencia que declare la nulidad.

La nulidad otorga al cónyuge de buena fe derecho a:

- a) solicitar compensaciones económicas, en la extensión mencionada en los artículos 441 y 442; el plazo se computa a partir de la sentencia que declara la nulidad;
- b) revocar las donaciones realizadas al cónyuge de mala fe;
- c) demandar por indemnización de daños y perjuicios al cónyuge de mala fe y a los terceros que hayan provocado el error, incurrido en dolo, o ejercido la violencia.

Si los cónyuges hubieran estado sometidos al régimen de comunidad, el de buena fe puede optar:

- i) por considerar que el matrimonio ha estado regido por el régimen de separación de bienes;
- ii) por liquidar los bienes mediante la aplicación de las normas del régimen de comunidad;
- iii) por exigir la demostración de los aportes de cada cónyuge a efectos de dividir los bienes en proporción a ellos como si se tratase de una sociedad no constituida regularmente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las fuentes de este artículo son los arts. 222 y 225 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Cuando ha existido buena fe de uno solo de los cónyuges, el matrimonio también producirá, hasta el día de la sentencia que declare la nulidad, todos los efectos del matrimonio válido, pero sólo respecto del esposo de buena fe.

Las consecuencias derivadas de este principio son las siguientes:

Respecto de los bienes cuando les hubiere resultado aplicable el régimen de comunidad, el cónyuge de buena fe puede optar por un régimen de separación de bienes en el cual cada uno de los cónyuges conserva los bienes por él adquiridos o producidos antes y durante el matrimonio; o bien aplicar el régimen de comunidad; o el de las sociedades de hecho, régimen por el cual se dividen los bienes adquiridos en proporción a los aportes realizados por cada cónyuge. Por otra parte, el cónyuge de buena fe puede revocar las donaciones hechas al cónyuge de mala fe por causa de matrimonio.

El cónyuge de buena fe posee acción de daños y perjuicios contra el cónyuge de

mala fe y contra el tercero que provocó el vicio (error, dolo o violencia) que invalida el matrimonio y también podrá eventualmente demandar la compensación económica.

En el aspecto de la demanda de daños y perjuicios hay un cambio en cuanto al régimen anterior donde sólo se permitía entre los contrayentes, ampliándose en este caso la legitimación pasiva. La demanda de daños podrá incluir los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales.

Art. 430.— Efectos de la mala fe de ambos cónyuges. El matrimonio anulado contraído de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno.

Las convenciones matrimoniales quedan sin efecto, sin perjuicio de los derechos de terceros.

Los bienes adquiridos hasta la nulidad se distribuyen, si se acreditan los aportes, como si fuese una sociedad no constituida regularmente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El texto es similar al del art. 223 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

En estos casos la sentencia de declaración de nulidad produce efectos retroactivos al momento de la celebración y la unión no produce efecto civil alguno, con la excepción de la oponibilidad a terceros de buena fe que hubieren contratado con alguno o ambos cónyuges (art. 426, Cód. Civil).

Respecto de los bienes, se aplicarán las normas sobre sociedad de hecho, debiéndose probar los aportes realizados por cada uno de los cónyuges, dado que la existencia de tal sociedad no se presume.

Asimismo, quedan sin efecto las convenciones matrimoniales a raíz del incumplimiento de la condición suspensiva —celebración de matrimonio válido o putativo— a la que están subordinadas.

=CAPÍTULO 7

DERECHOS Y DEBERES DE LOS CÓNYUGES

Por MERCEDES ROBBA Y MARCELA LORENA SASSO

Bibliografía sobre la reforma: BASSET, ÚRSULA CRISTINA, "El matrimonio en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-E, 912; "Incidencia en el derecho de familia del proyecto de Código con media sanción", LA LEY, 2013-F, 1056; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley Online, AR/DOC/3592/2014; MEDINA, GRACIELA, "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-E, 1302, DFyP 2013 (marzo), 3; MIZRAHI, MAURICIO

LUIS, "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", LA LEY, 2012-D, 888; ROVEDA, EDUARDO G., "El deber de fidelidad durante la separación de hecho", LA LEY 2012-D, 525; SAMBRIZZI, EDUARDO A., "El relativismo moral y el derecho de familia", Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 30/4/2013, LA LEY, 2013-C, 725.

Bibliografía clásica: BARBADO, ANALÍA R. BARBADO, PATRICIA B., *Alimentos según la jurisprudencia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000; BELLUSCIO, CLAUDIO, *Prestación alimentaria*, Universidad, Buenos Aires, 2006; BOSSERT, GUSTAVO, *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 2004; CAMPOS, ROBERTO, *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009; LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J., *Derecho y obligación alimentaria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981; OTERO, MARIANO C., *Derechos a alimentos*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2009.

✎ • ◻ ♦ ♦ ♦

Art. 431.— Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La redacción del presente artículo modifica sustancialmente las normas originarias que establecían como derechos-deberes recíprocos de los esposos: la fidelidad (art. 198), la cohabitación (arts. 199 y 200), la asistencia y los alimentos (arts. 198, 207 a 209 y 231).

31505II. COMENTARIO

Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida común, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Su redacción tiene relación con la eliminación de las causas de divorcio, en el régimen vigente el divorcio pasa de causado a voluntario. En consecuencia ya no se enumera deberes/derechos de los cónyuges sino que se hace referencia a la decisión conjunta de llevar adelante un proyecto de vida.

Esto determina que la cohabitación y la fidelidad ya no son conductas exigibles al otro cónyuge sino que dependerá de la voluntad de ellos vivir juntos y abstenerse de tener relaciones sexuales con otras personas. Claro está que cada matrimonio elabora por acuerdo el contenido moral de su unión y en consecuencia el Código ha decidido no ingresar en dicho acuerdo estableciéndole pautas mínimas. Nótese que la convivencia y la fidelidad ni siquiera estaban nombradas en el Anteproyecto elevado por la Comisión Redactora y que aparece como deber moral en el proyecto que el Poder Ejecutivo remitió al Congreso de la Nación. La cohabitación es agregada por la Comisión Bicameral.

Queda entonces la asistencia como único deber entre los esposos durante la unión, ella en su aspecto o faz moral, se refiere a la ayuda espiritual, al apoyo afectivo. Implica un respeto y atención especial que debe evidenciarse en el trato cotidiano entre los esposos, compartiendo sus emociones: alegrías, sufrimientos, en el cuidado ante una enfermedad, el acompañamiento en los emprendimientos laborales. En sentido amplio, implica comprometerse con lo que le sucede al otro, facilitando la vida en común.

En otro orden, los alimentos constituyen la faz material del deber asistencial entre cónyuges. Este derecho-deber debe diferenciarse del resto de las prestaciones alimentarias familiares, tales los derivados del parentesco y de la responsabilidad parental, puesto que nace como consecuencia de la celebración del matrimonio y tiene un régimen jurídico autónomo.

En concordancia con el principio de igualdad jurídica de los cónyuges, ambos deben por igual contribuir a la subsistencia y manutención material del hogar conyugal, en la medida de sus posibilidades, evidenciándose de esta forma el carácter recíproco de la obligación.

Su incumplimiento no trae aparejado sanciones en el ámbito civil puesto que se estableció el divorcio incausado, aunque se conservan las sanciones previstas en la esfera del derecho penal como el incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Art. 432.— Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la vida en común y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes.

Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

15540838 El Código sustituido enunciaba en su art. 198 los deberes de fidelidad, asistencia y alimentos, mientras que el Código vigente regula los derechos y deberes de asistencia y alimentos en dos artículos, refiriéndose el presente específicamente a los alimentos.

II. COMENTARIO

La igualdad jurídica de los cónyuges impone considerar que ambos, en la medida de sus posibilidades, deben contribuir a la satisfacción de las necesidades tanto económicas como de cualquier otra.

lochndole.

Además del carácter recíproco de la obligación alimentaria, ella también es permanente puesto que tiene duración en la convivencia como así también durante la separación de hecho, conforme surge expresamente de la letra de la presente norma.

Esto último ha sido sostenido durante años por la jurisprudencia, y posteriormente, recibido por este Código.

Respecto de los alimentos posteriores al divorcio, el presente artículo dispone que los cónyuges se deben alimentos sólo en los supuestos previstos en el Código y por convención de partes, que trataremos a continuación.

chFINALMENTE, DISPONE LA APLICACIÓN SUBSIDIARIA DE LOS ARTÍCULOS REFERIDOS A LOS ALIMENTOS ENTRE PARIENTES. EN ESTE PUNTO, NOS REMITIMOS A LOS COMENTARIOS FORMULADOS EN EL CAPÍTULO 2, SECCIÓN 1ª DE ESTE PLEXO NORMATIVO.

III. JURISPRUDENCIA

"Ambos esposos son iguales en cuanto a sus obligaciones y corresponsivos derechos, y deben prestarse alimentos mutuamente. En consecuencia, los recursos que ingresen como producto de la vida matrimonial deben ser gozados por partes iguales, cualquiera sea su proveniencia, sin que exista preferencia o privilegio alguno en razón del origen de aquellos" (SCBA, Ac. 84097, 23/12/2002, WebRubinzal scjba 07/2003 2.4.1.2.r2).

"Los cónyuges separados de hecho tienen derecho a reclamarse alime

lentos, ya que dicho deber deriva del vínculo conyugal y no de la cohabitación. En tal sentido se ha dicho que durante la separación continúa vigente el sistema de asistencia espiritual y material, incluida la prestación alimentaria que prevé el art. 198 del Código Civil, sin perjuicio de las adecuaciones a la cuota que derivarán del hecho de vivir separados (Bossert, Gustavo A. 'Régimen jurídico de los alimentos', 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 29; Escribano, Carlos y Escribano, Raúl 'Alimentos entre cónyuges', p. 25; Fanzolato, Eduardo 'Alimentos y reparaciones en la separación y en el divorcio', p. 9; esta sala, causas n° 29.002, 'Michaud...', del 8/7/1987, n° 30.604, 'Di Giano...', del 16/2/1989; n° 34.054, 'Alak...', del 11/3/1993; n° 51.517, 'Leguizamón...', del 28/2/2008; n° 54.655, 'Lioi...' del 28/12/2010; n° 55.616, 'Simari...' del 2/2/2012, entre otras; sala II, causa n° 46.719, 'Mansilla de Vélez...', del 2/9/2004, entre otras)" (Juzg. Familia Nro. 1 de Azul, causa n° 1-56640-2012).

Art. 433.— Pautas para la fijación de los alimentos. Durante la vida en común y la separación de hecho, para la cuantificación de los alimentos se deben tener en consideración, entre otras, las siguientes pautas:

- a) el trabajo dentro del hogar, la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades;
- b) la edad y el estado de salud de ambos cónyuges;
- c) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos;
- d) la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- e) la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar;
- f) el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona;
- g) si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial;
- h) *nsr/sid15540838 si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación;*
- i) la situación patrimonial de ambos cónyuges durante la convivencia y durante la separación de hecho.

El derecho alimentario cesa si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba expresamente los alimentos debidos entre cónyuges durante la convivencia y la separación de hecho. Resultaba de aplicación el 198 aunque éste no contenía pautas para la fijación. El antiguo art. 207 disponía esas pautas para los supuestos de separación personal y divorcio vincular por causales subjetivas, que resultan similares a las previstas en el presente artículo.

II. COMENTARIO

Este artículo enumera las circunstancias a tener en cuenta para el otorgamiento de una prestación alimentaria, pues la asignación del monto tiende a que el cónyuge conserve, razonablemente, el status económico propio del matrimonio, aunque habrán de ponderar sus propios recursos, su patrimonio y las necesidades de ambos cónyuges.

En comparación con lo previsto en el art. 207 del Código sustituido, se conservan las siguientes pautas: la dedicación a la crianza y educación de los hijos y sus edades, contemplando también el trabajo dentro del hogar; la edad y el estado de salud de ambos cónyuges; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien solicita alimentos; y la situación patrimonial de ambos cónyuges, especificando su duración.

Y se incorporan: la colaboración de un cónyuge en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar; el carácter ganancial, propio o de un tercero del inmueble sede de esa vivienda. En caso de ser arrendada, si el alquiler es abonado por uno de los cónyuges u otra persona; si los cónyuges conviven, el tiempo de la unión matrimonial; y si los cónyuges están separados de hecho, el tiempo de la unión matrimonial y de la separación.

Para la procedencia de la acción, el cónyuge que los pretenda deberá acreditar en primer lugar su título, es decir, el matrimonio, y en su caso, la separación de hecho. A partir de esa base, para determinar el monto de la prestación, cabrá la prueba de los recursos del demandado, las necesidades del accionante, y demás pautas previstas y precedentemente mencionadas.

El artículo establece la cesación del derecho alimentario si desaparece la causa que lo motivó, el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial, o incurre en alguna de las causales de indignidad. Se trata de conductas que el orden jurídico considera incompatibles con la continuidad de la prestación alimentaria, no se trata aquí de prohibir al cónyuge que se encuentra recibiendo alimentos el inicio de otra relación, sino que ésta supone un nuevo marco afectivo que razonablemente libera al cónyuge que viene pagando alimentos. Las conductas que configuran la indignidad en términos sucesorios son de por sí indicativas de un comportamiento incompatible con los beneficios de la cuota de alimentos.

Resultará necesario promover incidente de cesación de cuota, pues éste será el ámbito donde deberán probarse los hechos en que se basa la pretensión. En este supuesto,

si el alimentante suspende unilateralmente el pago y la parte alimentada promueve ejecución, no habría lugar en dicho procedimiento para que la invocación y prueba de las causales puedan usarse como defensa ante la ejecución de los alimentos adeudados.

III. JURISPRUDENCIA

“El cónyuge al que correspondiere percibir alimentos deberá, en tanto no exista pronunciamiento que decrete la separación personal o el divorcio, hacerlo con ajuste al derecho que le confiere el art. 198 del Código Civil, que es el que regula con exclusividad la obligación alimentaria durante el matrimonio (...) que nos brinda dos valiosísimas pautas. Que ambos esposos son iguales en cuanto a sus obligaciones y corresponsivos derechos, y que deben prestarse alimentos mutuamente. Por ello ha podido expresarse en doctrina que para la fijación de los alimentos mientras se sustancia el juicio de separación personal o divorcio se considerarán las tareas hasta ese momento desarrolladas por uno y otro cónyuge y las contribuciones en dinero y en labores domésticas que cada uno ha venido realizando, para mantener el mismo nivel de aportes” (SCBA, Ac. 81.796, 29/10/2003, por unanimidad, a partir del voto del Dr. Negri, WebRubinzal scjba 04/2004 2.6.1.1.r1).

Art. 434.— Alimentos posteriores al divorcio. Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio:

a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.

b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo 433. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441.

En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad.

Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La redacción del presente artículo conserva los dos supuestos establecidos en los antiguos arts. 208 y 209, fundados en el principio de solidaridad familiar: 1) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio transmitiéndose a los herederos del alimentante; y 2) a favor de quien carece de recursos suficientes y de la posibilidad razonable de procurárselo.

II. COMENTARIO

El cónyuge que padeciere una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impida autosustentarse podrá reclamar de prestación alimentaria contra el cónyuge sano. Si bien la norma actual no hace referencia alguna a todo lo necesario para su tratamiento y recuperación, como se regulaba anteriormente, entendemos que ello queda comprendido como uno de los contenidos de la obligación alimentaria, conforme lo establecido en el art. 541 de este cuerpo legal.

Esta obligación continúa aún en caso de muerte del obligado, convirtiéndose el mantenimiento de la cuota en carga de su sucesión. Como puede advertirse el régimen es más amplio que en Código sustituido donde la obligación de alimentos era para el cónyuge que sufriera una enfermedad mental grave de carácter permanente, alcoholismo o adicción a las drogas. Aquí esa fórmula fue reemplazada por “enfermedad grave” que puede ser de cualquier naturaleza y no sólo mental.

Para los casos de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos, se prevén los denominados por la doctrina alimentos de “toda necesidad”.

Es decir, aquellos que comprenden lo estrictamente necesario para subvenir a las necesidades de alimentación, vestuario y habitación, y se encuentran basados en la solidaridad familiar.

a31505 Estos suponen, para su procedencia, la prueba de que el actor carece de recursos y de la posibilidad de obtenerlos, y que el demandado dispone de medios para atender las necesidades básicas de aquél.

Para su determinación cabe tomar en cuenta las pautas de los incs. b), c) y e) del art. 433, es decir, la edad y estado de salud de ambos cónyuges; la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quien los reclama, y la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar.

Los primeros dos supuestos coinciden con los que preveía el antiguo art. 207 del Código Civil, incs. 1 y 3, mientras que la atribución judicial o fáctica de la vivienda familiar vino a reemplazar la dedicación al cuidado y educación de los hijos del progenitor a quien se otorgue la guarda de ellos.

ch Asimismo, se incorpora un límite temporal atento a que la obligación alimentaria no puede permanecer más allá del número de años que duró el matrimonio; ello implica un cambio sustancial en el régimen de los alimentos que tradicionalmente estuvo basado en la continuidad de la necesidad del alimentado o la posibilidad del alimentante, se establece entonces un régimen basado únicamente en la duración del matrimonio. Este plazo no rige para el caso de los alimentos derivados de la enfermedad mental grave.

Por otra parte, no procede a favor del que recibe la prestación compensatoria del art. 441.

La obligación alimentaria cesa, conforme expresa la norma, si desaparece la causa que lo motivó, si el beneficiado contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando incurre en alguna de las causales de indignidad (art. 2281). Todas éstas son

conductas que el orden jurídico considera incompatibles con el deber alimentario.

Cabe interpretar que el cese se produce de pleno derecho por las nuevas nupcias del alimentado, frente a la cual el alimentante puede suspender inmediatamente el pago de la cuota y, ante una eventual ejecución, oponer como defensa el acta de matrimonio.

En igual sentido deberá procederse en caso de uniones convivenciales registradas (arts. 511 y 512). En cambio, si se tratara de una unión convivencial no registrada, será necesario promover el incidente de cesación, en iguales términos que lo indicado en el punto III, última parte, del artículo anteriormente comentado (art. 433). Por otra parte habrá que analizar si el cumplimiento del plazo para el reconocimiento de derechos en la unión convivencial (art. 510) puede aplicarse retroactivamente al momento de comenzar la convivencia, de ser así la cesación se producirá con el inicio de la convivencia y no con el cumplimiento del plazo (ver comentario arts. 509 y 510).

Si existiere convenio regulador del divorcio referido a los alimentos, regirán las pautas allí acordadas.

III. JURISPRUDENCIA

"La subsistencia del deber alimentario entre cónyuges, no sólo se funda en la permanencia del vínculo matrimonial, pues también se consagra entre cónyuges divorciados vincularmente (conf. art. 217, Cód. Civil), habida cuenta que el derecho de percibir alimentos de fuente legal, se corresponde con pautas de solidaridad ética, que la ley respeta y mantiene. Por esa razón es que sólo cesa el derecho alimentario en caso que el beneficiario contraiga nuevo matrimonio, viva en concubinato o incurra en injurias graves contra el otro cónyuge, circunstancias no invocadas en la especie (arts. 218 y 210 del Cód. Civil)" (CCiv., Com., Lab. y de Minería, I Circ. Jud., sala I, 19/10/2010, Expte. 34575, Año 2008, Fallo: 182/10).

CAPÍTULO 8

DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

SECCIÓN 1ª

CAUSALES

Por MARIANA HOLLWECK

Art. 435.— Causas de disolución del matrimonio. El matrimonio se disuelve por:

- a) muerte de uno de los cónyuges;
- b) sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento;
- c)2 divorcio declarado judicialmente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La redacción de esta norma es similar a la del 213 del Código de Vélez.

8 II. COMENTARIO

La norma mantiene las tres causales previstas en el ordenamiento anterior. En caso de muerte la disolución del vínculo se produce de pleno derecho; de igual modo, el vínculo se disuelve por esta causal aun cuando se encontraren los cónyuges en proceso de divorcio, el que se extingue por ello.

par Producida la muerte de uno de los cónyuges, se actualiza la vocación sucesoria del supérstite. De acuerdo con lo establecido por nuestro ordenamiento sustantivo el cónyuge sobreviviente es llamado a la sucesión de su consorte y tiene reservada una porción —legítima— de su haber sucesorio.

La disolución del matrimonio se produce también la sentencia que declare la ausencia con presunción de fallecimiento, ello implica un cambio en relación al Código de Vélez que establecía la disolución con "el matrimonio que contrajere el cónyuge del declarado ausente con presunción fallecimiento". Ahora la sola sentencia de ausencia con presunción de fallecimiento extingue el vínculo.

Por último el divorcio extingue el vínculo matrimonial, y permite a ambos ex cónyuges recuperar la aptitud nupcial.

SECCIÓN 2ª

PROCESO DE DIVORCIO

Por SANDRA F. VELOSO

Bibliografía de la reforma: CORDOBA, CARLOS MARÍA, "Análisis del Proyecto en materia de divorcio", RDPyP, julio 2012, p. 66; HOLLWECK, MARIANA, "Divorcio vincular. Interpretación de los arts. 437 y 438 del Proyecto", RDPyP, julio 2012, p. 73; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", LA LEY, 4/7/2012; ROVEDA, EDUARDO G. - SASSO, MARCELA L. - ROBBA, MERCEDES, "El divorcio en el Proyecto de Código Civil y Comercial", RDPyP, julio 2012; SAMBRIZZI, EDUARDO, "La eliminación del doble régimen (separación personal y divorcio) y de las causales de divorcio, y el llamado divorcio Express", RDPyP, julio 2012, ed. esp., Análisis del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, La Ley, p. 90; SANTISO, JAVIER, "Reforma al régimen de divorcio", RDPyP, julio 2012, p. 36; SIRKIN, EDUARDO, "El divorcio en el Proyecto de Reformas al Código Civil. Sintaxis del matrimonio y divorcio en la Argentina. Sus implicancias socioculturales a través de las distintas épocas. Responsabilidad de las decisiones del o los cónyuges", elDial.com, 21/6/2012, DC18B6.

Bibliografía clásica: BERIZONCE, ROBERTO O., *El proceso civil en transformación*, Editora Platense, La Plata, 2008; BOSSERT, GUSTAVO A., "2 La mujer y el derecho de familia", LA LEY, 1993-C, 634; VELOSO, SANDRA F., *Las audiencias del Proceso de Familia de la Provincia de Buenos Aires*, RDPyP, La Ley, mayo 2012.

♦♦♦

Art. 436.— Nulidad de la renuncia. Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta primera norma modifica la redacción del art. 230 del Código Civil, que indicaba como nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal, o el divorcio vincular al juez competente, así como también, toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos.

Se vislumbra, en este enunciado, la magnitud de la transformación del proceso que se propone, en cuanto suprime, en su nueva redacción, a la separación personal, en cualquiera de sus formas, y también las causas que dan derecho a solicitar el divorcio vincular.

40838 II. COMENTARIO

La palabra divorcio, significa la disolución o separación por el juez competente de las personas unidas en matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal. Abarcaba tanto la separación personal, esto es sólo de cuerpos y bienes, sin posibilidad de contraer nuevo matrimonio, cuanto el divorcio vincular, que comprendía las dos facultades para los divorciados.

Este concepto muta con el nuevo Código, en tanto limita esta posibilidad a un solo postulado, el divorcio, y la nulidad de la renuncia a pedirlo.

Desaparece, consecuentemente, la figura de la separación personal y con ella la prevista para los supuestos de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga si tales afecciones impiden la vida en común.

Recordemos que el caso de las alteraciones mentales, y otras causales del art. 203 del Cód. Civil, no admitía el divorcio vincular en forma directa, sino por conversión, a pedido de cualquiera de los cónyuges transcurridos tres años de la sentencia firme de separación personal (art. 238 del Cód. Civil).

Con esta nueva modalidad, el divorcio, en los supuestos referidos, podrá obtenerse en forma directa.

El instituto de la conversión irá también desapareciendo paulatinamente, puesto que el nuevo divorcio enunciado no exige ni plazos ni causas.

Art. 437.— Divorcio. Legitimación. El divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En la redacción anterior del Código dos normas aludían a la forma de presentación del divorcio, el art. 215 que autorizaba la presentación conjunta, transcurridos tres años del matrimonio, y con la manifestación al juez de la existencia de causas graves que hacían imposible la vida en común, y el art. 229 que señalaba la vía judicial como la

única posibilidad para obtener la sentencia que declare la separación personal o el divorcio vincular.

II. COMENTARIO

La vía judicial sigue siendo la única posible para obtener el divorcio, y por ser una acción de carácter personal, sólo quienes conforman el matrimonio están legitimados para iniciarlo. Se trata de un proceso dispositivo en los que se mantiene la regla de que el juez no puede disponer de oficio su iniciación (principio de demanda), sino la parte privada que cuente con legitimación para ello.

Se da amplia trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge, sin depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, ni de la separación previa, ni del cumplimiento de plazos, sólo bastará con la expresión exteriorizada mediante la solicitud respectiva.

Alcanza con que uno de los esposos no desee continuar con el matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el contrario pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. En síntesis, el matrimonio se celebra y se sostiene por la voluntad coincidente de los contrayentes, y cuando la voluntad de uno de ellos o de ambos desaparece, se faculta a cualquiera de los integrantes de la pareja a disolver su vínculo matrimonial.

Sea que la presentación se realice en forma individual o de manera conjunta, es importante tener en cuenta que cada cónyuge debe contar con su propio patrocinio letrado. El hecho de que ambos coincidan en la presentación de un único escrito, para formular el planteo ante el juez, no significa que no existan intereses contrapuestos. La admisibilidad de un único letrado para la defensa o asesoramiento de ambas partes, pese a que en algunos tribunales es aceptada, resulta contraria a las normas que reglamentan el ejercicio de la profesión de abogado, a las normas procesales, y también a las de índole constitucional.

La sentencia de divorcio recaída como resultado de la acción entablada, constituye en sí misma el título de estado de familia que emplaza a los cónyuges en el estado de "divorciados" a partir de que aquella pasa en autoridad de cosa juzgada.

Art. 438.— Requisitos y procedimiento del divorcio. Toda petición de divorcio debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste; la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición.

540838 Si el divorcio es peticionado por uno solo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta.

Al momento de formular las propuestas, las partes deben acompañar los elementos en que se fundan; el juez puede ordenar, de oficio o a petición de las partes, que se incorporen otros que se estiman pertinentes. Las propuestas deben ser evaluadas por el juez, debiendo convocar a los cónyuges a una audiencia.

En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la

Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local.

EFFECTOS DEL DIVORCIO

Bibliografía clásica: MEDINA, GRACIELA, *Tratado jurisprudencial y doctrinario. Divorcio y proceso de divorcio*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2011; PEYRANO, J. W., “El juez y la búsqueda de la verdad en el proceso civil”, LA LEY, 25/2/2011; VELOSO, SANDRA F., “Las audiencias del Proceso de Familia de la Provincia de Buenos Aires”, RDPyP, La Ley, mayo 2012.

◆◆◆

1. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Si la conciliación no era posible el juez convocaba a las partes a una nueva audien-

Su calificación pertenecía a la de divorcio-remedio, puesto que los esposos pretendían el logro de una sentencia exculpatoria. Bastaba con aducir causas graves que permitieran al juez el convencimiento de la existencia de un desquicio matrimonial o una ruptura irremediable de la unión para poner fin al conflicto. Un presupuesto absolutamente distinto al sistema de divorcio por culpa. El juez contaba aquí con amplias facultades para apreciar si los motivos aducidos por las partes resultaban suficientemente graves o no. Además de esa valoración, ejercía un control de legalidad de la pretensión común de los cónyuges. No bastaba su sola intención.

Es importante destacar que la posición “activa” del juez respecto de las pruebas no es incompatible con la preservación de su imparcialidad; ya que cuando se determina oficiosamente la realización de una prueba, no puede prever con seguridad a cuál de los

litigantes le será favorable el éxito de la diligencia. Encuentra, además, justificación en el propio fin público del proceso; el pronunciamiento de una decisión intrínsecamente justa (Berizonce).

Se prevé, también, la posibilidad de que el juez exija al obligado que otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio (art. 440), y está contemplada, incluso, la eventual revisión del acuerdo si la situación se modifica sustancialmente.

En todos los supuestos, aun existiendo conformidad entre los cónyuges respecto a cada una de las cuestiones llevadas a la justicia, la audiencia ante el juez aparece como un requisito incluídible, y la presencia del magistrado como inexcusable, además de necesaria.

Recién luego de la celebración de la audiencia prevista por el art. 438 podrá ser decidida la contienda. Recordemos que el desacuerdo en el convenio, en ningún caso suspende el dictado de la sentencia de divorcio.

Uno de los aspectos que ha de tener en cuenta el magistrado en el análisis del convenio, presentado para su homologación, es que éste no perjudique, de modo manifiesto, los intereses de los integrantes del grupo familiar. Es decir que si del análisis de los intereses en juego el juez considera que se encuentran vulnerados los derechos de uno de los cónyuges, o el de sus hijos, podrá rechazar el pedido de homologación y resolver de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local. En caso de desacuerdo será él quien decida la contienda.

La intervención del Asesor o Defensor de incapaces (denominación que difiere según la jurisdicción de que se trate), será necesaria cuando se encuentren involucrados intereses de los hijos menores de edad o de personas declaradas incapaces o con capacidad restringida.

2. De la audiencia

La audiencia señalada en el artículo es la única que marca el nuevo procedimiento, su fin no es, en principio, el de procurar la conciliación entre los cónyuges, cuyo propósito si estaba contemplado en el art. 236 del anterior Código Civil, para los casos de separación personal o divorcio por presentación conjunta, sino el de generar el auspicio de soluciones autocompuestas por las propias partes, al efecto de lograr acuerdos relacionados con los temas conexos al divorcio, y que enmarcan la conflictiva familiar en su conjunto.

Tal idea se relaciona con el denominador común que existe en todas aquellas audiencias del fuero de familia, donde el magistrado está presente, cualquiera sea la jurisdicción de que se trate, que es el abordaje prioritario del objeto que las convoca, en cumplimiento del principio de inmediación procesal, pero sin olvidar el tratamiento de la problemática familiar en forma integral, en procura de lograr una solución efectiva.

Lograr consenso respecto a los puntos controvertidos será la guía de la audiencia, y las cuestiones que queden pendientes se ventilarán por la vía que se considere más apropiada, según la materia de que se trate, o la complejidad del asunto. Podrá ser incidental, sumaria u ordinaria, el magistrado decidirá de acuerdo al procedimiento previsto en la ley local. En definitiva es él quien tiene el gobierno de las formas, en atención a

que la finalidad prioritaria en las cuestiones de familia es lograr que la protección se materialice, y como director del proceso, es además, el que debe velar por la tutela de los intereses involucrados.

Las cuestiones sobre las que no haya conformidad de las partes siempre se resolverán, con total independencia de la sentencia que decreta el divorcio.

En cuanto a la oportunidad para su fijación el artículo da algunas pautas, pero a su vez otorga cierto margen.

Entendemos que resulta oportuna la fijación de la audiencia en forma previa a la producción de la prueba, puesto que si hay acuerdo, la realización de aquella deviene innecesaria. Además, en caso de resultar indispensable, por ejemplo: la tasación de algún inmueble, o la producción de alguna prueba específica, a los fines conciliatorios, podrá ser solicitada al juez en la misma audiencia, y ser evaluada en un siguiente encuentro, de acuerdo a las audiencias que están previstas por la ley de la jurisdicción de que se trate, ello teniendo en miras la posibilidad de concretar un acuerdo, de ser posible, global.

Sin embargo, consideramos que sí debe haber traslado de demanda, para que el demandado quede interiorizado de cuál es la pretensión de la actora, y pueda concurrir a la audiencia con más elementos para la negociación.

Además de ésta audiencia, cada sistema procesal tiene a su vez previsiones específicas. Sin olvidar la presunción de coherencia que reina en el sistema normativo, la interpretación debe efectuarse de tal manera que las normas armonicen entre sí, y que no produzcan choques, o pugnas entre ellas.

Con tal premisa, transitaremos el camino del proceso en el orden de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires donde resulta competencia de los jueces nacionales en lo civil con competencia en asuntos de familia y en el de la Provincia de Buenos Aires.

3. Del proceso

3.1. El proceso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El Código Procesal Civil y Comercial Nacional contiene una norma específica sobre el tema, el art. 34 inc. 1º, que impone una audiencia previa, establece que "en los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal".

La audiencia preliminar es la segunda oportunidad que tiene el juez para conciliar a las partes en los términos de los arts. 360 y 360 bis, la que se señala cuando haya hechos controvertidos y conducentes. Pero en atención a la simplificación del proceso en lo concerniente al divorcio en sí, sólo quedará reservada para los temas que se encuentran concatenados con aquél.

A su vez el art. 319 del CPCCN prevé el proceso ordinario para todas las contiendas que no tuvieran señalada una tramitación especial.

El proceso previsto para encauzar procesalmente los intereses contrapuestos de los cónyuges en relación a los efectos del divorcio, tramitarán, en principio por la vía del art. 319 del CPCCN, es decir por la ordinaria. Igual tramitación podrá asignarse al convenio regulador que, a criterio del juez, perjudique, de modo manifiesto, los intereses de los integrantes del grupo familiar. Y decimos “en principio” porque dependerá en cada caso particular cuál es la cuestión controvertida que se encuentre pendiente de resolución, y si tiene asignado o no un proceso especial, en cuyo caso será éste y no el ordinario el que deba ser aplicado. La simplicidad del debate pendiente podrá incluso ser canalizado, útilmente, por una vía incidental.

[illegible][illegible][illegible][illegible][illegible][illegible]

~~ALL INFORMATION CONTAINED HEREIN IS UNCLASSIFIED EXCEPT WHERE SHOWN OTHERWISE~~

~~DATE 08-29-2017 BY 60322 UCBAW/BJS/KAC~~

~~REASON FOR DECLASSIFICATION: 25X(1) DURING THE PERIOD OF RELEVANCE TO NATIONAL DEFENSE~~

~~EXEMPTION CODES: 25X(1)~~

~~AUTHORITY: E.O. 13526, 68 FR 61755, OCTOBER 13, 2003; E.O. 13526, 68 FR 61755, OCTOBER 13, 2003~~

[illegible][illegible]

~~ALL INFORMATION CONTAINED HEREIN IS UNCLASSIFIED~~

ACORDADO

CONSIDERANDO QUE EL CONCEPTO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

CONSIDERANDO QUE LA ALTA PRENSION POR EL RESPETO A LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD, QUE BRINDA LA NUEVA NORMATIVA, REPERCUTIRA EN TODOS LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA, SEA CUAL FUERE SU COMPOSICION. PORQUE SUPONE UNA NUEVA GRADACION DE VALORES, PRINCIPIOS Y DERECHOS. SE PERSIGUE PROPENDER AL ARRIBO DE ACUERDOS Y A UN DIVORCIO INCAUSADO QUE AYUDE A MANTENER LA ARMONIA FAMILIAR.

4. Del divorcio incausado y sin plazos

La alta pretensión por el respeto a la autonomía de la voluntad, que brinda la nueva norma, repercutirá en todos los miembros de la familia, sea cual fuere su composición. Porque supone una nueva gradación de valores, principios y derechos. Se persigue propender al arribo de acuerdos y a un divorcio incausado que ayude a mantener la armonía familiar.

Acentuar la problemática entre los progenitores, especialmente en lo que hace al divorcio sanción, implicaba también agudizar los conflictos de la pareja en su relación como padres, la confrontación perjudicaba su relación hacia el futuro, sobre todo

cuando hay hijos habidos de dicha unión.

Este nuevo sistema, tiene como vértice a la persona humana, y al humanismo como valor supremo. La conciliación y la prevención adquieren una importancia que merece ser reconocida, y hacen cierto el mandamiento de una justicia continua y efectiva.

Nótese, que en el vínculo matrimonial se parte de una comunidad de vida en la que se entremezclan comportamientos cuyos respectivos orígenes son de muy difícil identificación; a lo que se suma el problema que el hallazgo de la verdad tiene en el terreno del juicio civil, en tanto ésta depende de la prueba a rendirse; del acierto en su ofrecimiento y la diligencia en su producción.

El nuevo divorcio, que elimina todo juicio de reproche, y toda imputación de un cónyuge hacia el otro de conductas culpables tipificadas, también borra todo tipo de plazo de espera así como la expresión de motivos que puedan subordinarlo. Resulta suficiente la mera exteriorización de su voluntad en tal sentido, y el acompañamiento de una fórmula que contemple "los efectos del divorcio".

Desde otro aspecto, elimina la dificultad que siempre tiene el juzgador en la determinación, con cierto grado de certeza, de quién fue el verdadero responsable del fracaso matrimonial, si es que lo hubo, evitándose en definitiva la deshumanización de los protagonistas de la conflictiva familiar.

En síntesis, se realiza una nueva valoración, contemporánea, de lo que debe constituir el contenido del orden público matrimonial. Postura legislativa que se funda, conforme resulta de los fundamentos del nuevo Código, en la necesidad de evitar intromisiones estatales irrazonables en el ámbito de intimidad de los cónyuges.

Brinda una plena autonomía y libertad al individuo cuando ya no desea seguir vinculado matrimonialmente a su compañero.

Art. 440.— Eficacia y modificación del convenio regulador. El juez puede exigir que el obligado otorgue garantías reales o personales como requisito para la aprobación del convenio.

El convenio homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código sustituido ni en los proyectos de reforma.

II. COMENTARIO

La posibilidad que otorga este primer párrafo constituye una herramienta para garantizar el cumplimiento del convenio. Faculta al magistrado a exigir garantía real o personal para la aprobación de aquél, y está dirigida a la parte que se considere más fuerte en la relación jurídico-matrimonial. Será la jurisprudencia la que, en definitiva, vaya trazando el camino hacia lo que en el futuro será la práctica cotidiana.

En cuanto al segundo apartado, debemos considerar que siempre que hablamos de revisión judicial debemos hacer alusión a la autoridad de cosa juzgada. La que consti-

tuye uno de los principios esenciales en que se funda la seguridad jurídica y que debe ser respetada, a los fines de dotar de estabilidad a las relaciones de derecho. Estabilidad que es exigencia de orden público y posee jerarquía constitucional.

Sin embargo, cuando de una cuestión de familia se trata, se ha resuelto que el principio rector es el imposterable y primordial interés de los hijos, por lo que las resoluciones que sobre este aspecto se tomen se caracterizan por la mutabilidad, en la medida en que las circunstancias así lo aconsejen, no produciéndose el efecto normado de la cosa juzgada.

La tutela de los intereses superiores de la familia y de cada uno de sus integrantes es vista en su dinámico desplazamiento, y pretende bregarse por su efectiva protección.

La sentencia que condena la prestación de alimentos, por ejemplo, al no producir *cosa juzgada material*, es susceptible de modificación ulterior, si varían las circunstancias de hecho que se tuvieron en miras al momento del dictado del pronunciamiento o de la celebración del acuerdo alimentario, sea que se haya modificado la necesidad del alimentado o bien la posibilidad económica del alimentante.

Así, la cosa juzgada no es ni puede ser absoluta. Si bien tiene por fin *gach* ~~la conservación de la paz y la armonía familiar, y la protección de los intereses de los hijos, por lo que las resoluciones que sobre este aspecto se tomen se caracterizan por la mutabilidad, en la medida en que las circunstancias así lo aconsejen, no produciéndose el efecto normado de la cosa juzgada~~ para cuya vigencia y afianzamiento se han instituido las leyes que nos gobiernan.

De lo hasta aquí desarrollado se sigue que no todo convenio homologado ni toda decisión judicial puede ser revisada. Sólo podrá efectivizarse tal revisión en los casos donde existe real modificación de la situación que se tuvo en miras al resolver o acordar de tal o cual forma, que amerite una nueva tutela. Es decir cuando afecte seriamente la situación familiar o la de los hijos menores, o, en materia alimentaria, si varían sustancialmente la situación del alimentante o la del alimentado. De lo contrario la revisión no será procedente.

Art. 441.— Compensación económica. El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Esta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

La pensión compensatoria consiste en la prestación económica, que debe abonar un cónyuge al otro, nacida en virtud del desequilibrio manifiesto que importa un empeo-

ramiento de la situación patrimonial, ocasionada por el quiebre del matrimonio.

Tiene su fundamento en el principio de solidaridad familiar y puede ser realizada a través de una prestación única, o mediante una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. O de cualquier otro modo que las partes acuerden, o disponga el juez.

Un ejemplo que puede dar claridad a esta pensión lo constituye el caso de quienes, al momento de contraer nupcias, optaron por llevar adelante una familia en la cual uno solo de los cónyuges era el proveedor económico y el otro cumplía sus funciones en el seno del hogar, en apoyo a la profesión o al desarrollo profesional del otro. Aquí el quiebre de la unión dejaría, en principio, desamparado a aquel de los cónyuges que invirtió su tiempo en tareas hogareñas, que no se traducen en réditos económicos, y que se reflejan en una mayor dificultad de reinserción laboral con el correr de los años, ocasionada por la falta de experiencia y preparación laboral. En este caso, la fijación de una compensación económica se presenta como razonable. La que a su vez podrá asumir distintas modalidades de pago: pensión, pago en cuotas, dinero en efectivo, rentas, etc.

La pronunciada amplitud en que está formulada esta propuesta otorga un gran poder a la figura del juez, quien tiene a su cargo la potestad de decisión. Aunque nada impide que sean los cónyuges quienes convengan el monto y su forma de pago.

Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, para poder evaluar si hubo eventualmente un desequilibrio que necesite ser recompuesto a través de la fijación de una compensación económica; además de la comprobación de que exista nexo de causalidad entre el quiebre matrimonial y el empeoramiento del patrimonio del cónyuge que reclama la compensación.

Este nuevo elemento, que se encuentra tanto en poder de los cónyuges como en el del juez, debe ser utilizado con extremada responsabilidad, justicia y equidad, para impedir el abuso del derecho, dado que su redacción permite un sinnúmero de posibilidades, y otorga a su vez un final abierto, y no del todo previsible.

Consideramos, asimismo, que la idea de la compensación no debe ser tomada como regla general, sino de modo excepcional, como elemento morigerador, ante la demostración de un real desequilibrio patrimonial, que signifique un empeoramiento de la situación ocasionada por la ruptura del matrimonio. Este desequilibrio patrimonial, a su vez, no debe ser confundido con la pérdida del valor intrínseco del capital, que por motivos ajenos al divorcio, pueda hacer zozobrar el patrimonio de cualquiera de los cónyuges. Por ejemplo: la devaluación de la moneda, la inflación, los malos negocios, etc.

El titular del derecho deberá, en definitiva, demostrar no sólo el grave perjuicio, que importe una desproporción tal que amerite ser restaurada económicamente, sino también el nexo de causalidad.

Además, en virtud de los componentes a tener en cuenta para la resolución de la compensación, habrá que extremar los recaudos para que ésta no sea liquidada dos veces por distintos conceptos, lo que podría ocurrir si se fija una compensación pagadera en cuotas por varios años y simultáneamente una cuota alimentaria a favor del cónyuge. Deberá analizarse cada caso en particular, y optar por una sola de esas posibilidades,

para evitar situaciones de abuso de derecho.

Por eso insistimos en que no puede tomarse como un medio simplista de imponer la justicia o la equidad en las relaciones jurídicas, pues admitida superficialmente y sin discriminaciones puede resultar peligrosa, pudiendo trastornar las instituciones jurídicas vigentes y el orden social. La compensación debe ser apreciada con extrema cautela, de modo excepcional, y sólo cuando exista para el titular del derecho un verdadero sacrificio desigual, que no tiene la obligación de tolerar.

Art. 442.— Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial;
- b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio;
- c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica;
- e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quién abona el canon locativo.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse dictado la sentencia de divorcio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Señala la norma una guía que tendrá en cuenta el juzgador en el caso de estimar necesario la fijación de la compensación, que en modo alguno, ofrece pautas taxativas. Para una mejor comprensión realizaremos un análisis comparativo de esta nueva institución con otras del Derecho Civil.

I. Semejanzas y diferencias de la compensación con otras instituciones del Derecho Civil

1.1. Con el esquema alimentario

Con el esquema alimentario comparte la idea de que ambas tienen entidad económica; que el derecho y la obligación de prestarlo están fundados en la relación de familia, y se afirman, a su vez, en la existencia de la solidaridad familiar. La situación del beneficiario y el caudal económico de la persona a quien se le reclaman son también pautas comunes a tener en cuenta. En ambos supuestos se persigue la protección de aquel a quien se lo considera más débil o desprotegido.

En relación a las diferencias, apreciamos que los alimentos tienen como fin satisfacer las necesidades materiales y espirituales con la extensión que corresponda según el caso, su alcance estará condicionado por el grado de parentesco, y puede o no estar basado en el vínculo matrimonial; los legitimados activos y pasivos son más amplios. El objeto de la prestación económica, en cambio, surge con motivo del quiebre del matrimonio y sólo están legitimados para su reclamo los cónyuges. Su objetivo también es diferente, puesto que en el caso de la compensación lo que se persigue es evitar el desequilibrio económico que es causado por el mismo divorcio.

1.2. Con la indemnización por daños y perjuicios

Respecto a la indemnización por daños y perjuicios lo acompaña la idea de ser las dos estimables en dinero, la compensación económica puede a su vez ser pagada mediante el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes, o decida el juez. El responder civil por daños a veces es sancionador y otras veces distribuidor, (por limitarse a asignar quién ha de soportar los males generados). Son requisitos para que proceda la responsabilidad civil la existencia de un obrar contrario a la ley, que ese obrar sea imputable a una persona determinada, que además la conducta produzca un daño, que exista una relación de causalidad entre el comportamiento y el perjuicio ocasionado, y finalmente que no haya razones que eximan de responsabilidad al autor. En la compensación también debe ser demostrado el daño ocasionado, y la relación de causalidad que el daño sea consecuencia inequívoca del divorcio. En este caso, el daño será sólo de contenido económico.

Atento las especiales peculiaridades que presenta esta institución, y la falta de derechos deberes del matrimonio, en los términos que en la actualidad se desarrollan, puede darse el insólito caso de que se decida una compensación a favor de un cónyuge que ocasionó un daño al otro, a través de su comportamiento incorrecto, por ejemplo, realizando actos injuriosos que causen heridas punzantes al otro; y ser a su vez, quien está legitimado activamente para efectivizar un reclamo compensatorio, en virtud de haberle causado el divorcio una descompensación económica, o un empeoramiento grave de su situación, tal como lo expresa el artículo. Puesto que el daño que se pretende resarcir a través de la fijación de la compensación es netamente económico.

1.3. Con el enriquecimiento sin causa

En ambos casos debe ofrecerse y producirse la prueba que dé cuenta del perjuicio de quien lo está reclamando. Los dos tienden a restaurar el equilibrio alterado, procurando que las partes afectadas lo sean en la menor medida posible. Mientras que en el enrique-

cimiento sin causa, debe ser probado el empobrecimiento, como condición de existencia del derecho a repetir, en la compensación, lo que deberá probarse es el desequilibrio manifiesto que haya significado un empeoramiento de su situación patrimonial y que tiene por causa el vínculo matrimonial y su ruptura. El perjuicio indemnizable, estará representado por la apreciación patrimonial que se considere adecuada para paliar el daño ocasionado.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio. Aunque no se aclara en forma expresa, entendemos el cómputo debe realizarse a partir de que la sentencia adquiere firmeza.

Art. 443.— Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras:

- a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos;
- b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios;
- c) el estado de salud y edad de los cónyuges;
- d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez no contenía una norma similar a la que comentamos, puede mencionarse como fuente indirecta de él al antiguo art. 211, aunque regulaba un supuesto diferente como lo era la atribución del hogar al cónyuge inocente cuando hubiere continuado habitando allí.

II. COMENTARIO

1. Principios generales para la protección de la vivienda familiar

La protección de la vivienda familiar constituye una constante de las legislaciones modernas, cualquiera sea el régimen matrimonial que se aplique. Inspira proteger la vivienda de los cónyuges y la de sus hijos. Tiene un sentido económico pero también social, y encuentra su basamento jurídico en los arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional.

A falta de acuerdo, y a solicitud de parte, resulta imprescindible reconocer a los jueces la facultad de determinar a quién corresponde instalarse en la que fuera sede del hogar conyugal.

La atribución del inmueble que constituyó el hogar matrimonial es una de las formas que tiene la ley para brindar protección, y puede importarse, o bien el retiro de uno de los esposos, o bien el reintegro del cónyuge peticionante.

El resultado de la decisión, dependerá de las circunstancias particulares de cada caso y no pueden ser estipuladas de antemano como pautas estándar o prefijadas, de entenderlo de otro modo puede arribarse a conclusiones injustas, que pueden no compadecerse con los intereses que están en juego.

Existe para el derecho un interés de dimensión familiar, que deriva de la suma de intereses, o preocupaciones recíprocas que, normalmente, de acuerdo a lo que debe ser la familia, deben existir entre los miembros que la componen. La existencia de este interés es el que justifica la normativa relativa a la protección habitacional.

A su vez, los conflictos que surgen en la vida real ponen de manifiesto la dificultad para entender a la familia, en sí misma, como portadora de intereses propios, puesto que la familia no es un sujeto de derecho ni tampoco un organismo jurídico. En ella solo se desarrollan intereses que son exigencias de las personas como padres, cónyuges e hijos. En ese sentido no podrá atribuirse al interés familiar una categoría jurídica diferenciada.

Por eso se prefiere hablar de lineamientos o de pautas a tener en cuenta a la hora de la toma de la decisión por parte del magistrado, o bien al momento del arribo de los acuerdos entre los cónyuges, sin perder de vista que debe primar la valoración conjunta de todas las circunstancias presentadas.

2. Pautas para la atribución del uso de la vivienda

2.1. La persona a quien se atribuye la custodia de los hijos

La persona a quien se le atribuye la custodia de los hijos, representa el criterio mayoritario de todas las decisiones donde resuelve la atribución del hogar y hay hijos menores de edad, y se traduce en la protección del grupo familiar más numeroso.

Este enunciado, sustenta, además, un criterio tutelar que privilegia la mayor conveniencia de los niños y procura evitar, entre otros aspectos, el cambio innecesario del hogar en que éstos habitan y tienen contruidos sus hábitos, así como también, el ámbito que el progenitor tiene para desarrollar su propio hábitat.

No existe preferencia en favor de ninguno de los dos cónyuges, en principio, en razón del género; solución que resulta coherente con los criterios de igualdad asentados por la ley 26.618 de matrimonio igualitario. Sin embargo en las soluciones cotidianas hay mayor número de mujeres que de hombres que se quedan morando en el que fue asiento del hogar conyugal, en general con sus hijos menores o mayores de edad.

2.2. La persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios

Esta pauta suele estar relacionada con la mencionada anteriormente, puesto que es lógico que quien tiene a cargo a sus hijos se encuentre a su vez en una situación económica más desventajosa para proveerse por sí una vivienda, y la mujer, es quien está más frecuentemente en estas condiciones, mientras que el marido, en general, se presenta como aquel que tiene mayores posibilidades de conseguir una nueva vivienda, y consecuentemente, a falta de otras circunstancias que aconsejen lo contrario, prevalece el

criterio de su exclusión.

La ayuda que uno de ellos prestó a la formación profesional del otro, entre otras circunstancias, ayudará también a la toma de la decisión final por parte del juez.

Este criterio, suele presentar algunas circunstancias especiales que pueden hacer cambiar la decisión, tal es el caso en que uno de los cónyuges ejerce el comercio dentro del inmueble. En este contexto se ha decidido la atribución del hogar a este cónyuge con la consecuente determinación de una cuota alimentaria para el otro y los hijos que contemple la provisión de una vivienda digna.

2.3. El estado de salud y edad de los cónyuges

El esposo enfermo o quien presente disminución de las facultades de desplazamiento físico tendrá prioridad para la asignación del hogar, o al menos en forma provisoria hasta tanto mejore su situación o se liquiden los bienes que pertenecen a la comunidad.

2.4. Los intereses de otras personas que integran el grupo familiar

Puede ocurrir que en la casa vivan también otras personas, por ejemplo el padre o madre de uno de los cónyuges, que por su ancianidad o por tener problemas de salud, deban ser considerados en la decisión final que atribuye el hogar a uno de los consortes. En la actualidad se observa una preocupación creciente en cuando a la protección que merecen todas las personas que por particulares circunstancias se encuentran en estas condiciones, el aumento de la dependencia intrafamiliar derivada tanto del aumento de los ancianos dependientes, como también de otras situaciones de vulnerabilidad debidas a una enfermedad, discapacidad o accidente de algún miembro de la unidad familiar. Es un punto fundamental que no era observado antes, y constituye un real acierto en una norma que con carácter tutelar brinda solución a las diferentes situaciones que presenta cada grupo familiar.

3. Oportunidad para el reclamo

En cuanto a la oportunidad para efectuar el reclamo, ninguna limitación establece la normativa proyectada, si bien está incluida dentro de los efectos del divorcio, nada impide que pueda ser solicitada durante la tramitación del proceso (por vía incidental), antes de promovido éste (como medida cautelar genérica), y con mayor razón después de dictada la sentencia que decreta el divorcio, puesto que está expresamente prevista como uno de los efectos derivados del divorcio.

Art. 444.— Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar.
A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene

derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código Civil de Vélez la renta compensatoria estaba contemplada para aquel cónyuge que ocupa el inmueble ganancial en forma exclusiva durante el período de indivisión postcomunitaria, quien debe abonarle al otro, un canon locativo en el caso que este último lo solicitara judicialmente (art. 1306 segundo párrafo). También está contemplada para el supuesto que enuncia el art. 211 del Cód. Civil cuando el inmueble es propio, respecto de quien continuó ocupando el que fue asiento del hogar conyugal, o si se le atribuyó la vivienda durante el juicio y no dio causa a la separación personal, o fue declarada en los términos del art. 203 del Cód. Civil.

II. COMENTARIO

1. Renta compensatoria por el uso del inmueble

Esta renta o canon constituye una retribución por igual uso del que se ve privado el otro cónyuge, el único requisito es realizar el reclamo judicial al otro coparticipante, ya que, mientras no se exteriorice de ese modo, se considera que la tolerancia en la ocupación exclusiva comporta una tácita admisión del carácter gratuito.

Esta nueva formulación elimina toda distinción del carácter del bien de que se trata (propio-ganancial), así como toda diferencia entre cónyuge inocente y culpable o sano y enfermo.

La petición por la parte interesada será el puntapié inicial que brinda la posibilidad al juez para establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda pudiendo tratarse tanto de un bien propio como de uno ganancial.

Dicha compensación se debe desde la fecha de su formal reclamo, o bien desde el día en que le fue notificada la demanda o incidente de fijación del canon locativo. Criterio éste, que resulta también aplicable extensivamente al supuesto del art. 444 del anteproyecto.

Es que cuando se le impone a un cónyuge a que soporte la atribución de la vivienda familiar al otro —aunque fuere titular propio del bien—, se lo condena a pagar una compensación económica o alimentos a quien fue su consorte, podrá ejecutar esas prestaciones simplemente por su condición de sujeto *realizador de actos*; porque no obstante que el divorcio rompe el vínculo no por ello aniquilará su existencia anterior.

2. Restricción al poder de disposición del inmueble

Otra de las formas de dar protección a la vivienda familiar es limitando su libre disposición.

Que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

En ambos casos, como es lógico, la decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Se amplía, también aquí, el criterio de protección asentado en la redacción del art. 1277 del Cód. Civil prevista para el caso de bienes gananciales, o propios donde estuviera radicado el hogar conyugal y hubiere hijos menores de edad o incapaces.

3. Posibilidad de continuar con la locación del cónyuge

Una nueva modalidad de amparo, hacia la vivienda de la familia, la da el último apartado del artículo, que brinda la posibilidad, al cónyuge no locatario, de continuar en la locación del inmueble que fuera asiento del hogar conyugal, hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

III. JURISPRUDENCIA

El art. 211 del Cód. Civil consagra un caso de indivisión parcial o exclusión de la partición del inmueble que fue asiento del hogar conyugal y cuya ocupación fue atribuida durante el proceso de separación personal o divorcio vincular al cónyuge no culpable, o que de hecho lo continuó ocupando, si su liquidación o inclusión en la partición le causa grave perjuicio. Sin embargo, la atribución provisoria que se resuelve al momento de iniciarse la demanda de separación o antes si mediaren razones de emergencia (art. 231 del Cód. Civil) o ya luego durante la sustanciación del juicio o la mera ocupación de hecho por uno de los esposos desunidos, suele responder a causas ajenas al fundamento de la prerrogativa reconocida a quien no ha dado causa de separación. No se trata entonces de una situación *ab initio* consolidada con el otorgamiento de la protección legal, sino que bien cabe el análisis del desarrollo de la causa a los efectos de verificar su mantenimiento u otorgamiento (C2° Civ. y Com. La Plata, sala I, 6/4/2006, 14/139266).

Aunque no se trate del hogar conyugal —porque hubo divorcio de los cónyuges— en tanto haya una persistencia del concepto de “casa”, de “vivienda común”, de “residencia compartida”, que se derive del hogar conyugal, éste representa el antecedente inmediato anterior a la posterior morada compartida. Esa continuidad determina una situación tanto inescindible entre “hogar conyugal inmediato anterior” y “vivienda común inmediata posterior”. Ello así, si afloran hechos agraviantes que pueden poner en riesgo la integridad física de uno de los ex cónyuges, no pueden ser desconocidos como motivos de exclusión porque desapareció el concepto de “hogar conyugal” transfigurándose en “vivienda común” o en “casa compartida”. (En el caso luego de decretado el divorcio, subsistió la residencia común de los ex cónyuges, compartiéndose la morada) (CNCiv., sala II, 27/5/1992, LA LEY, 1992-C, 273; DJ, 1992-2, 217; AR/JUR/1846/1992).

Art. 445.— Cese. El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa:

- a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez;
- b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación;

c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Si bien no existía ninguna norma sobre este aspecto en el Código de Vélez ella reconoce cierta similitud con el antiguo art. 210 previsto para la cesación de los alimentos entre cónyuges.

II. COMENTARIO

El derecho de atribución de la vivienda cesa, en principio, cesa una vez vencido el plazo fijado por el juez o acordado por las partes.

También cesa cuando haya algún cambio en las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación. El fundamento de este segundo inciso está dado en razón de que en algunas cuestiones de familia, no rige el imperio de la cosa juzgada material, vista la propia dinámica de las relaciones de los miembros que la integran, y la necesidad tuitiva de darles una adecuada protección. Así es que el principio de la permanencia, de las decisiones que se tomen, tiene efectividad siempre con rasgos de provisoriedad, puesto que lo decidido en un momento dado, puede no resultar conveniente en el día de hoy, e invocándose razones de entidad suficiente, puede dar lugar a transformaciones sustanciales.

Como última posibilidad de cesación del uso de la vivienda, el último inciso hace una remisión a las causales de indignidad previstas en materia sucesoria.

En este proceso, tal como se describe a aquellos otros a los que se considera como "procesos modernos",⁵ el juez se erige necesariamente en protagonista principal, por el considerable cúmulo de sus atribuciones, —especialmente en el amplio margen que se le otorga en lo concerniente al convenio regulador y más aún en la decisión de las pensiones regulatorias— sin perjuicio, claro está, de la paralela y concurrente misión que se reserva a las partes, no sólo en cuanto a la iniciativa y disponibilidad del derecho —coto exclusivo de ellas—, sino también, en el terreno de la instrucción probatoria. El proceso ha de constituir una labor conjunta que realizan en común las partes, junto a sus abogados, y el juez, pero bajo la dirección de éste.

TÍTULO II

RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

TRCH. 1 NÓCCIS

CONVENCIONES MATRIMONIALES

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

Bibliografía sobre la reforma: AZPÍR, JORGE O., "Algunas pautas para la reforma al régimen de bienes en el matrimonio", RDF, Abeledo-Perrot, noviembre 2011, p. 11; BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil", LA LEY, 1999-D, 892; CAMPOS, ROBERTO D., "La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado", DFyP, La Ley, noviembre 2012; CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "Protección de la vivienda matrimonial en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP, La Ley, noviembre 2012; "¿Es bueno que existan contratos prenupciales en Argentina?", Revista del Notariado, CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, julio-septiembre 2012, año 65, 909; CÁRDENAS, EDUARDO JOSÉ, "La familia en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-D, 1394; CIFUENTES, SANTOS y otros, "Proyectos legislativos referidos al régimen patrimonial del matrimonio", Rev. Anales, Acad. Nac. de Der. y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 46-2008, 455; COLOMBO, SILVINA DEL VALLE, "Convenciones y pactos del régimen patrimonial en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", Revista del Notariado CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, ps. 57-69, enero-marzo 2013, 911; DAMILANO DE MOSCONI, MARÍA ADELINA BEATRIZ, "Breves consideraciones sobre el régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reforma del Código Civil.42 Decreto 685/95", Rev. Notariado. Colegio de Escribanos de Buenos Aires, t. 866-2001; DOLBER, LAURA MARIANA, LARROUDÉ, CECILIA MARÍA, PERONI, PAMELA, "Algunas cuestiones acerca de las convenciones matrimoniales a la luz del derecho proyectado. Los pactos de convivencia", Revista del Notariado. CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, ps. 71-85, enero-marzo 2013, 911; DORADO, CLAUDIA R., "Las convenciones matrimoniales: reflexiones acerca de las posibles in-

locumbencias notariales", Revista del Notariado. CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, ps. 121-133, julio-septiembre 2012, año 65, 909; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL, "¿Imperatividad o autonomía? El régimen matrimonial de bienes en el proyecto de reforma del Código Civil", LA LEY, 1999-F, 1309; HERNÁNDEZ, LIDIA B., "El régimen patrimonial del matrimonio. El rol de la autonomía de la voluntad", *trch* Rev. DPyC, Sociedad Conyugal II, Rubinzal, 2008-2; "Los bienes de los cónyuges y su gestión en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio", RDF, 2001-18, Abeledo Perrot, Buenos Aires; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA R., "Lineamientos generales del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de reformas al Código Civil", JA, 1993-IV-842; "La vivienda en el Proyecto de Código único de 1998", RDF, Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. 18, 2001; 31505 LAMBER, NÉSTOR DANIEL, "Convenciones matrimoniales y su oponibilidad a terceros en el Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", p. 59-69, Revista del Notariado, CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, abril-junio 2013, 912; MALASPI-

NA, JOSÉ RAFAEL, "Reflexiones sobre el régimen de bienes en el matrimonio y su eventual reforma", DJ, 2003-I; MEDINA, GRACIELA, "Autonomía de la voluntad y elección del régimen patrimonial (forma y límites de la elección frente al proyecto de reforma al Código Civil)", JA, 1999-III-958; Régimen patrimonial matrimonial primario y las reformas al Código Civil, ED, 13/9/1999; id., "LA LEY, 1999-E, 1050; id., "El régimen patrimonial del matrimonio en la reforma al Código Civil y Comercial", DFyP, La Ley, noviembre 2012; id., *Los principios de la codificación contemporánea. Su reflejo en el derecho sucesorio. Instituciones de Derecho privado moderno*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001; id., "Situación de la mujer en el proyecto de Código Civil de 1998", JA, 2000-I; PACHECO DE ARIAUX, MARÍA IVANA, EZERNITICH, DARÍO JOSÉ, "Asentimiento y convenciones matrimoniales a la luz del Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial", Revista del Notariado, CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, ps. 87-104, enero-marzo 2013, 911; ROCA, EDUARDO A., "El régimen comunitario del patrimonio conyugal en el Proyecto de Código", LA LEY, 11/9/2012, I; ROVEDA, EDUARDO G., "El régimen patrimonial del matrimonio", Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; SOLARI, NÉSTOR E., "Acercas del proyecto sobre convenciones matrimoniales", DJ, 2005-2-448; SANDA, EVELIN, "Evolución de los regímenes matrimoniales. Incidencia y modificación del proyecto de Código Civil", VIII Congreso Nacional y VIII Latinoamericano de Derecho, Buenos Aires, Fuba, 2001.

Bibliografía clásica: AZPÍRI, JORGE O., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2012; BASSET, ÚRSULA CRISTINA, *La calificación de bienes en la sociedad conyugal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010; BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La elección del régimen patrimonial por los esposos", LA LEY, 1994-A, 799; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español*

42 al Común y Foral, t. 5, Derecho de Familia, Reus, Madrid, 1983; CORNEJO, RAÚL J., *Régimen de bienes en el matrimonio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961; id., "El régimen de bienes en el matrimonio y la ley 17.711", en LA LEY, 132-1350; CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, París 1974; CORSI, *Il régimen patrimoniale della famiglia*, Milán, 1979, en el *Trattato di CICU-MESSINEO*; CRESPI, J. E., *Sociedad conyugal, en Examen y crítica de la reforma del Código Civil*, t. 4, vol. 1, p. 43; CUADRADO PÉREZ, CARLOS, "Régimen Jurídico Matrimonial - disposiciones generales", en *Tratado de Derecho de Familia*, vol. III, Los regímenes económicos matrimoniales, MARIANO IZQUIERDO TOLSADA y MATILDE CUENA CASAS (dirs.), Thomson Reuters, Pamplona, España, 2011; DE PAOLA Y MACRÍ, *Il nuovo regime patrimoniale della famiglia*, Milán, 1978; FASSI, SANTIAGO C. - BOSSERT, GUSTAVO, *Sociedad conyugal, comentario de los artículos 1217 a 1275 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1977; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL - ROVEDA, EDUARDO G., *Régimen de bienes del matrimonio*, 3ª ed., act. y ampl., La Ley, Buenos Aires, 2012; GUAGLIANONE, AQUILES HORACIO, *Régimen patrimonial del matrimonio*, Ediar, Buenos Aires, 1968 (dos vols.); HERNÁNDEZ, LIDIA B., "Artículos 1217 a 1322", en BUERES-HIGHTON DE N2 OLASCO, *Código...*; id., "Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. III, p. 698; KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, "Situación jurídica de la mujer casada y régimen de la sociedad conyugal en la reforma del Código Civil", en LA LEY, 130-1129; MATTERA, MARTA R. y LENTINI, SILVIA J., *Sociedad conyugal, jurisprudencia sistematizada*, Exequor, Buenos Aires, 1988; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Estudios sobre sociedad conyugal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981; PATARIN-MORIN, *La réforme des régimes matrimoniaux*, dos vols, París, 1968; RAUCENT, *Les régimes matrimoniaux*, Bruselas, 1978; STILERMAN, MARTA y SEPLIARSKY, SILVIA, *Sociedad conyugal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2006; TEDDSCHI, *I rapporti patrimoniali fra coniugi*, Turin, 1957 (forma parte del *Trattato de Vassalli*); *Commentario alla riforma del Diritto di famiglia*, a cura di CARRARO, OPPO y TRABUCCHI, I, 2, Padua, 1977; VAZ FERREIRA, EDUARDO, *Tratado de la sociedad conyugal*, 3ª ed. act., Astrea, Buenos Aires, 1979; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., *Régimen de bienes en el matrimonio*, 3ª ed. act. y ampl., 4ª reimp., Astrea, Buenos Aires, 1999.

Art. 446.— Objeto. Antes de la celebración del matrimonio los fu-

turos cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

- a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio;
- b) la enunciación de las deudas;
- c) las donaciones que se hagan entre ellos;
- d) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo reconoce como antecedente el art. 1217 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

1. Introducción

Uno de los aspectos destacados del Código Civil y Comercial de la Nación es la incorporación de la posibilidad de optar en el régimen de bienes del matrimonio.

Desde hace más de treinta años la mayoría de la doctrina se ha manifestado a favor de esta incorporación haciendo hincapié en la necesidad de renovar el régimen económico matrimonial que había permanecido casi inalterado desde la redacción del Código. Por otra parte, las sucesivas reformas parciales que el régimen había sufrido determinaron una gran dificultad para su estudio, ello en virtud de que se modificaron aspectos sustanciales relativos al régimen (capacidad civil de la mujer casada, gestión y pasivo), sin producir una reforma integral del articulado, lo cual llevaba a enormes dificultades para la interpretación del verdadero sentido de las normas no derogadas.

2. Características del régimen

El Código abandona el régimen imperativo al permitir que los cónyuges opten por el régimen de separación de bienes, ya que a falta de ella se aplica supletoriamente el régimen de comunidad, es de suponer que quienes no elijan la separación de bienes no expresen nada y como consecuencia se les aplique el supletorio a falta de opción.

Los cónyuges pueden cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya pasado un año desde la última modificación. Se establece además un conjunto de normas que resultan aplicables a ambos regímenes. En ellas se regula sobre la protección del hogar conyugal y su ajuar, el deber de contribución en las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para sostener los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos comunes.

3. La incorporación de los regímenes optativos. El debate

El régimen imperativo de comunidad establecido por el Código Civil fue aplicado durante más de un siglo sin que, en lo sustancial, generara controversias doctrinarias ni mayores cuestionamientos sobre la justicia de sus resultados. Fue así mantenido por

Bibiloni en su anteproyecto, por los rs0 eDACTORES DEL PROYECTO DE 1936, POR EL ANTEPROYECTO DE 1954, Y POR LA REFORMA DE LA LEY 17.711 DE 1968.

LAS PRINCIPALES RAZONES PARA SOSTENERLO SON LAS SIGUIENTES:

A) LA COMUNIDAD DE GANANCIAS ES UN RÉGIMEN DE ESTRUCTURA JUSTICIA PARA LOS MATRIMONIOS DONDE EXISTE UNA DIFERENCIACIÓN DE ROLES, Y UNO DE LOS CÓNYUGES PONE SU MAYOR ATENCIÓN EN EL HOGAR Y LOS HIJOS MIENTRAS EL OTRO REALIZA UNA ACTIVIDAD EXTERNA MÁS REMUNERATIVA EN TÉRMINOS ECONÓMICOS, EN LAS FAMILIAS DONDE LA ESPOSA (O, MENOS FRECUENTEMENTE, EL MARIDO) ESTÁ DEDICADA PRINCIPALMENTE AL HOGAR Y A LA ATENCIÓN DE LOS HIJOS, AUNQUE TUVIERA ALGUNA ACTIVIDAD COMPLEMENTARIA REMUNERADA, LA ALTERNATIVA DE LA SEPARACIÓN DE BIENES LLEVARÍA A SITUACIONES DE EXTREMA INJUSTICIA Y DESAMPARO AL MOMENTO DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO O SEPARACIÓN CONYUGAL, Y SIGNIFICARÍA UN INJUSTO ENRIQUECIMIENTO PARA EL OTRO CÓNYUGE, QUE HABRÍA ACUMULADO GANANCIAS CON EL RESPALDO DE QUIEN ESTABA DEDICADA AL HOGAR, PARA LUEGO CONSERVARLAS EXCLUSIVAMENTE PARA SÍ.

Y EN LOS CASOS MINORITARIOS DE MATRIMONIOS DONDE AMBOS CÓNYUGES REALIZAN TAREAS REMUNERADAS A LA PAR (P. EJ., MARIDO Y MUJER PROFESIONALES, EMPRESARIOS, ETC.), AUN CUANDO LA COMUNIDAD DE GANANCIAS NO RESULTA TAN INDISPENSABLE, DE NINGÚN MODO LLEVA A UN RESULTADO INJUSTO. EN ESTOS CASOS NO SE ADVIERTE CUALES SERÍAN LAS SOLUCIONES VALIOSAS QUE UN RÉGIMEN IMPERATIVO DE COMUNIDAD NO PERMITE ALCANZAR.

B) LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL TIENE UN ASPECTO PERSONAL NO PECUNARIO Y UN ASPECTO PATRIMONIAL, SON DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA, Y ES LA MISMA SUSTANCIA LA QUE DA FORMA A AMBAS CARAS, CARACTERIZADA POR LA PRIMACÍA DEL ORDEN PÚBLICO, LO QUE RESULTABA TANTO DEL CÓDIGO CIVIL, COMO LUEGO DE LA LEY 2393, Y DE LA LEY 23.515.

ES ACONSEJABLE QUE EL ASPECTO PATRIMONIAL GUARDE COHERENCIA CON EL ASPECTO PERSONAL; LA POSIBILIDAD DE DISCUTIR Y CONVENIR EL RÉGIMEN DE BIENES DURANTE EL MATRIMONIO AGREGARÍA, MÁS QUE UN ELEMENTO DE UNIÓN MATRIMONIAL, UN INNECESARIO MOTIVO DE FRICCIÓN. CONCORDANTEMENTE, SOSTENÍA BIBILONI, EN LOS FUNDAMENTOS DE SU ANTEPROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL: "ES MANIFIESTO QUE LA SOCIEDAD CONYUGAL NO ES UN CONTRATO. ES IMPUESTA POR LA LEY; LOS ESPOSOS NO PUEDEN EVITARLA, SU VOLUNTAD ES INOPERANTE. SE TRATA DE UN RÉGIMEN, Y DE UN RÉGIMEN DE ORDEN PÚBLICO, CONCEBIDO COMO NECESARIO PARA MANTENER Y ESTRECHAR LA UNIÓN DE LOS ESPOSOS, ESTIMULARLOS EN LA COOPERACIÓN, Y VINCULARLOS EN LA PROSPERIDAD COMÚN. REALIZA EL NOBLE IDEAL DEL MATRIMONIO, UNIÓN PERFECTA, COMPLETA, DE DOS SERES QUE EL AFECTO HA LIGADO, Y QUE NINGUNA IDEA INTERESADA DEBE SEPARAR. LA EXPERIENCIA GENERAL REVELA QUE LA COOPERACIÓN EXISTE, AUN EN LOS PAÍSES EN QUE LA SEPARACIÓN DE LOS BIENES ES EL RÉGIMEN LEGAL, ENTRE LOS ESPOSOS BIEN AVENIDOS, Y QUE LA SEPARACIÓN EFECTIVA TRAE EL DISTANCIAMIENTO Y LA DESTRUCCIÓN DE LA UNIÓN ENTRE ELLOS".

EL MATRIMONIO IMPLICA UN PROYECTO COMÚN DE VIDA, CUYA ARMONÍA PARECE POCO COMPATIBLE CON EL ENFRENTAMIENTO DE LOS CÓNYUGES EN LA NEGOCIACIÓN DE UN CONTRATO MATRIMONIAL, O DE SU MODIFICACIÓN. EL PRINCIPIO LEGAL Y SOCIAL TIENDE A LA INTEGRACIÓN DE INTERESES Y NO A SU CONTRAPOSICIÓN.

C) EL RÉGIMEN LEGAL ÚNICO OFRECE UNA MEJOR PROTECCIÓN A LOS TERCEROS, QUE PUEDEN IDENTIFICAR LA SITUACIÓN JURÍDICO-PATRIMONIAL DE LA PERSONA CASADA CON QUIEN CONTRATAN. EL SISTEMA CONVENCIONAL PRODUCE UN MARGEN DE INSEGURIDAD, ESPECIAL SI SE ADMITE SU MUTABILIDAD, Y PUEDE CREAR SITUACIONES DE GRAN CONFUSIÓN JURÍDICA EN LA RELACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE LOS CÓNYUGES FRENTE A SUS ACREEDORES Y CONTRATANTES, SOBRE TODO SI ÉSTOS CORRESPONDEN A DIVERSOS PERÍODOS DE SUS CAMBIANTES RÉGIMENES PATRIMONIALES.

4. EL DEBATE EN LA DOCTRINA CONTEMPORÁNEA Y LA TENDENCIA HACIA LA AUTONOMÍA

EN LAS ÚLTIMAS TRES DÉCADAS, EL DEBATE SOBRE LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE MANTENER LA IMPERATIVIDAD O DE ADMITIR LAS CONVENCIONES SE CONVIRTIÓ EN UN CLÁSICO EN LOS CONGRESOS Y JORNADAS DE DERECHO CIVIL REALIZADOS EN NUESTRO PAÍS. EN DIVERSOS ENCUENTROS DONDE SE DISCUTIÓ EL TEMA, COMO EL CONGRESO HISPANO-AMERICANO DE DERECHO DE FAMILIA, REALIZADO EN SALTA EN 1983, LAS XI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (BUENOS AIRES, 1987), LAS II JORNADAS NACIONALES DE PROFESORES DE DERECHO (BUENOS AIRES, 1992) Y EL X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA (MENDOZA, 1998), HA PREDOMINADO EL CRITERIO FAVORABLE A LA ADMISIÓN DE RÉGIMENES CONVENCIONALES.

EN PARTICULAR, EL X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA (MENDOZA, 20 AL 24 DE SEPTIEMBRE DE 1998), LA COMISIÓN 3 DEDICÓ UN ESPACIO IMPORTANTE A LA CUESTIÓN, Y LAS RECOMENDACIONES DE LA MAYORÍA FUERON LAS SIGUIENTES:

"1. EL PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, QUE SE MANIFIESTA EN TODO EL CAMPO DEL DERECHO, DEBE SER TAMBIÉN ADMITIDO DENTRO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO, Y LOS CÓNYUGES DEBEN TENER CIERTA LIBERTAD PARA PACTAR EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE SU MATRIMONIO. 2. EL LEGISLADOR DEBERÁ DETERMINAR SI ESA OPCIÓN ES LIBRE O SI SÓLO SE PUEDE OPTAR ENTRE RÉGIMENES PATRIMONIALES PREVIAMENTE ESTABLECIDOS. A FALTA DE OPCIÓN REGIRÁ SUPLETORIAMENTE EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES, O EL QUE PREVEA LA LEY... 7. LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN PATRIMONIAL CONVENCIONAL DEBE PODER EFECTUARSE EN EL ACTO DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, ANTES DEL MISMO O DURANTE SU VIGENCIA. 8. LAS CONVENCIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO DEBEN SER FORMALES Y SATISFACER LAS EXIGENCIAS DEL RÉGIMEN PUBLICITARIO REGISTRAL PARA LA PROTECCIÓN DE TERCEROS".

EN EL DERECHO COMPARADO PREDOMINA TAMBIÉN LA ACEPTACIÓN DE LAS CONVENCIONES, CON DIVERSAS VARIANTES EN CUANTO AL RÉGIMEN LEGAL EN LOS CASOS MÁS CERCAÑOS A NUESTRA EXPERIENCIA SE MANIFIESTA UNA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HACIA UNA MAYOR AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.

PARALELAMENTE A LA EXPANSIÓN DE LOS RÉGIMENES CONVENCIONALES, EN LAS ÚLTIMAS DÉCADAS SE HA PRODUCIDO UNA CORRIENTE INVERSA, TENDIENTE A MODERAR LOS RESULTADOS INJUSTOS A LOS QUE PUEDE LLEVAR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES (AUN SIENDO CONVENCIONAL). ESA TENDENCIA SE EXPRESA A TRAVÉS DEL ESTABLECIMIENTO LEGAL DE NÚCLEOS IMPERATIVOS —PROTECCIÓN DEL "PATRIMONIO FAMILIAR" Y OTRAS VARIANTES— QUE RESTRINGEN LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES, Y DE LA ADMISIÓN JURISPRUDENCIAL DE "PRESTACIONES COMPENSATORIAS" PARA EL CÓNYUGE QUE SE VE MUY PERJUDICADO POR LAS CONSECUENCIAS ESTRUCTURAS DE UNA SEPARACIÓN DE BIENES (POR EJEMPLO, LAS REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS DE 1965, DEL

CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1981, DEL CÓDIGO CIVIL DE QUEBEC DE 1989).

EN NUESTRO PAÍS SE ADUCEN MÚLTIPLES RAZONES A FAVOR DE LA ADMISIÓN DE LAS CONVENCIONES; SE SEÑALA QUE EL RÉGIMEN IMPERATIVO DE COMUNIDAD SE RELACIONABA CON UNA ESTRUCTURA ECONÓMICA Y SOCIAL DE LA FAMILIA (LA MUJER RESERVADA A LA VIDA DOMÉSTICA Y A LA CRIANZA DE LOS HIJOS) QUE HA CAMBIADO SUSTANCIALMENTE, FUES AHORA HOMBRE Y MUJER COMPARTEN EL MERCADO DE TRABAJO Y DESARROLLAN ACTIVIDADES ECONÓMICAS PRODUCTIVAS EN UN PIE DE IGUALDAD; QUE EL PLURALISMO SOCIAL ACONSEJA NO IMPONER UN MODELO ÚNICO Y PERMITIR QUE LOS DIRECTAMENTE INTERESADOS ELIJAN EL QUE MÁS SE AJUSTA A SUS CIRCUNSTANCIAS; QUE LA IGUALDAD ENTRE LOS CÓNYUGES IMPLICA RECONOCERLES LA LIBERTAD PARA ACORDAR SUS PROPIAS REGLAS PATRIMONIALES; QUE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA LE CONCEDE UN LUGAR CADA VEZ MÁS AMPLIO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD; QUE LA VIGENCIA DEL DIVORCIO GENERA SEGUNDOS MATRIMONIOS DONDE LOS CONTRAYENTES FRECUENTEMENTE NO QUIEREN VERSE NUEVAMENTE ATADOS POR LAS COMPLICACIONES DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL COMUNITARIO; Y QUE LA CIRCUNSTANCIA DE QUE UNA EVENTUAL MAYORÍA PREFIERA PARA SÍ EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD NO JUSTIFICA IMPONER ESAS REGLAS A LA MINORÍA. SE RECONOCE EL PESO DE TODOS LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS, LA AUTORIDAD DE QUIENES LOS SOSTIENEN, Y EL CLARO PREDOMINIO EN EL DERECHO COMPARADO, DE LOS SISTEMAS CONVENCIONALES. A PESAR DE TODO ELLO, ENTIENDO QUE LA REFORMA PROPUESTA PUEDE SER PERJUDICIAL Y PUEDE ACARREAR MÁS INCONVENIENTES QUE BENEFICIOS.

UNA DE LAS RAZONES QUE, HISTÓRICAMENTE, SUSTENTABA LA JUSTICIA DEL RÉGIMEN IMPERATIVO DE COMUNIDAD ERA PROTEGER LOS DERECHOS DE LA MUJER-AMA DE CASA, COLOCADA EN UNA SITUACIÓN DE INFERIORIDAD ECONÓMICA Y JURÍDICA RESPECTO DEL MARIDO.

ACTUALMENTE, LA DESIGUALDAD JURÍDICA HA SIDO SUPERADA, Y LOS CONVENIOS INTERNACIONALES, LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y LAS NORMAS SUSTANCIALES DE NUESTRO DERECHO CIVIL PONEN A LOS CÓNYUGES EN UN PIE DE IGUALDAD.

QUIENES ARGUMENTAN A FAVOR DE LA ADMISIÓN DE LAS CONVENCIONES MATRIMONIALES, SOSTIENEN QUE DICHA IGUALDAD TAMBIÉN EXISTE EN EL PLANO ECONÓMICO Y SOCIAL, Y QUE YA NO SE JUSTIFICARÍA TOMAR EN CUENTA COMO SITUACIÓN PREDOMINANTE AL ESQUEMA "MARIDO PROVEEDOR-MUJER AMA DE CASA".

5. EL CONTENIDO DEL NUEVO ARTÍCULO

COMO HE ADELANTADO, MODIFICA UNA DE LAS CARACTERÍSTICAS DE NUESTRO RÉGIMEN DE BIENES AL ADMITIR LA OPCIÓN ENTRE DOS RÉGIMENES.

SE PERMITEN TRES CONVENCIONES QUE SON LA DENOMINADA CONVENCIÓN DE INVENTARIO A LA QUE SE AGREGA COMO INC. B) LA POSIBILIDAD DE INVENTARIAR TAMBIÉN LAS DEUDAS QUE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES POSEA ANTES DEL INICIO DE LA UNIÓN. EL INC. C) REGULA LAS DONACIONES PROPTER NUPTIAS.

EL ÚLTIMO INCISO REGULA LA OPCIÓN. ALLÍ SE ESTABLECE QUE ANTES DEL MATRIMONIO LOS CÓNYUGES PUEDEN OPTAR POR ALGUNO DE LOS RÉGIMENES PREVISTOS EN EL CÓDIGO. EN RIGOR DE VERDAD SOLO SE PUEDE ELEGIR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN YA QUE A FALTA DE EXPRESIÓN DE VOLUNTAD SE APLICARÁ EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD.

ELLO SIGNIFICA QUE EN CASO DE ELEGIR SEPARACIÓN SERÁN DE APLICACIÓN EL RÉGI-

MEN PRIMARIO Y LOS ARTS. 504 A 508. DE NO OPTARSE POR SERÁ DE APLICACIÓN EL RÉGIMEN PRIMARIO Y LOS ARTS. 463 Y SIGUIENTES.

ART. 447.— NULIDAD DE OTROS ACUERDOS. TODA CONVENCIÓN ENTRE LOS FUTUROS CÓNYUGES SOBRE CUALQUIER OTRO OBJETO RELATIVO A SU PATRIMONIO ES DE NINGÚN VALOR.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 1218 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ ESTABLECÍA LA NULIDAD DE CUALQUIER CONVENCIÓN QUE NO FUERA DE LAS PERMITIDAS POR EL ART. 1217, ES DECIR, LA DESIGNACIÓN DE LOS BIENES QUE CADA UNO LLEVA AL MATRIMONIO (INC. A) Y LAS DONACIONES QUE UN FUTURO CÓNYUGE HICIERA AL OTRO (INC. C, TEXTO SEGÚN LEY 26.618).

TAMBIÉN SE PROHIBÍA CUALQUIER MODIFICACIÓN QUE INTENTEN REALIZAR RESPECTO DE LAS ESTIPULACIONES QUE HUBIEREN REALIZADO.

ESTO RESPONDÍA AL CARÁCTER IMPERATIVO DE LAS NORMAS SOBRE EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO, QUE SE CARACTERIZABA POR SER INMUTABLE Y FORZOSO QUE ENCUADRABA EN EL SISTEMA DE COMUNIDAD DE GANANCIALES.

SU FUENTE ES EL ART. 439 PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 1998.

II. COMENTARIO

COMO VIMOS AL COMENTAR EL ARTÍCULO ANTERIOR, LOS ÚNICOS CONVENIOS PERMITIDOS ENTRE LOS FUTUROS CÓNYUGES SON LOS CONCERNIENTES A LA DESIGNACIÓN Y AVALÚO DE LOS BIENES QUE CADA UNO LLEVA AL MATRIMONIO, LA ENUNCIACIÓN DE LAS DEUDAS, LAS DONACIONES QUE SE HAGAN ENTRE ELLOS Y LA OPCIÓN QUE HAGAN POR ALGUNO DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES PREVISTOS EN ÉSTE CÓDIGO.

ESTO IMPLICA QUE EN NUESTRO RÉGIMEN LA CONVENCIONALIDAD SE LIMITA A LA OPCIÓN. RESULTA ENTONCES QUE LOS CÓNYUGES NO PUEDEN REALIZAR CONVENIOS QUE PERMITAN MODIFICAR ALGUNOS DE LOS ASPECTOS DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD O DEL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN, COMO ASÍ TAMBIÉN LA POSIBILIDAD DE COMBINAR AMBOS RÉGIMENES COMO LO PERMITES ALGUNOS CÓDIGOS EXTRANJEROS.

ES SUGESTIVA LA MODIFICACIÓN QUE PRODUJO LA COMISIÓN BICAMERAL, SUSTITUYENDO EL TÉRMINO "MATRIMONIALES" POR "PATRIMONIALES" EN EL ARTÍCULO ANTERIOR Y EN ÉSTE. PODRÍA INTERPRETARSE A LA NORMA COMO UNA PROHIBICIÓN GENERAL DE TODA POSIBILIDAD DE CONTRATAR ENTRE CÓNYUGES SOBRE CUALQUIER ASPECTO PATRIMONIAL, SERÍA LA PRIMERA NORMA EXPRESA EN ESE SENTIDO EN NUESTRO ORDENAMIENTO. NOS INCLINAMOS POR PENSAR QUE LOS CONTRATOS ENTRE CÓNYUGES ESTÁ PERMITIDOS CON AMPLITUD AL HABERSE DEROGADO EXPRESAMENTE LAS NORMAS QUE LOS LIMITABAN. ELLO IMPLICA QUE PODRÁ EXISTIR TRANSFERENCIA DE PROPIEDAD, A TÍTULO ONEROSO O GRATUITO, ENTRE CÓNYUGES, ALTERANDO ASÍ LA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD, CON CONSECUENCIAS FUNDAMENTALMENTE SUCESORIAS.

ADEMÁS EN EL RÉGIMEN DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES SE PERMITEN LOS DENOMINADOS "PACTOS DE CONVIVENCIA" QUE PUEDEN TENER UN ALCANCE MÁS AMPLIO QUE EL AQUÍ REGULADO, SOBRE TODO POR LA CANTIDAD DE COMBINACIONES QUE PODRÍAN REALI-

ZARSE. ESTADÍSTICAMENTE EL NÚMERO DE MATRIMONIOS HA BAJADO EN LOS ÚLTIMOS AÑOS EN NUESTRA SOCIEDAD, ENTENDEMOS QUE CON NORMAS COMO LA QUE ESTUDIAMOS CADA VEZ MÁS PAREJAS SE INCLINARÁN POR LA CONVIVENCIA NO MATRIMONIAL EN TANTO MEJOR SATISFACE LA EXPRESIÓN DE SU VOLUNTAD EN LA REGULACIÓN DE SUS RELACIONES ECONÓMICAS.

ART. 448.— FORMA. LAS CONVENCIÓNES MATRIMONIALES DEBEN SER HECHAS POR ESCRITURA PÚBLICA ANTES DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, Y SÓLO PRODUCEN EFECTOS A PARTIR DE ESA CELEBRACIÓN Y EN TANTO EL MATRIMONIO NO SEA ANULADO. PUEDEN SER MODIFICADAS ANTES DEL MATRIMONIO, MEDIANTE UN ACTO OTORGADO TAMBIÉN POR ESCRITURA PÚBLICA. PARA QUE LA OPCIÓN DEL ARTÍCULO 446 INCISO D), PRODUZCA EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS, DEBE ANOTARSE MARGINALMENTE EN EL ACTA DE MATRIMONIO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 1223 CONSERVABA SU REDACCIÓN ORIGINAL DE VÉLEZ, ESTABLECIENDO LA ESCRITURA PÚBLICA PARA LAS CONVENCIÓNES MATRIMONIALES SIEMPRE QUE LOS BIENES NO SUPERAREN UNA SUMA DETERMINADA (MIL PESOS). EXCEPCIONALMENTE Y PARA LOS CASOS EN QUE NO HABÍA ESCRIBANOS PÚBLICOS, SE ESTABLECÍA LA POSIBILIDAD DE HACERLO ANTE EL JUEZ Y DOS TESTIGOS, PARA LOS BIENES QUE NO SUPERAREN LA SUMA REQUERIDA PARA LA ESCRITURA PÚBLICA, SE OTORGABA LA POSIBILIDAD DE CONVENIRSE EN INSTRUMENTO PRIVADO.

TAMBIÉN EL ART. 1225 ESTABLECÍA EL CONTENIDO QUE DEBÍA PLASMARSE EN DICHAS ESCRITURAS.

SU FUENTE ES EL ART. 440 PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 1998

II. COMENTARIO

CÓMO CASI TODAS LAS LEGISLACIONES QUE ADMITEN LAS CONVENCIÓNES MATRIMONIALES SE ESTABLECE LA ESCRITURA PÚBLICA COMO FORMA OBLIGATORIA, POR RAZONES ATRIBUIDAS A LA PUBLICIDAD DEL ACTO. EN CONCORDANCIA CON ELLO CUANDO SE REGULA EL CONTENIDO DEL ACTA MATRIMONIAL SE ESTABLECE EN SU 1) QUE DEBE INDICARSE LA REALIZACIÓN DE CONVENCIÓNES Y LOS DATOS DE LA ESCRITURA PÚBLICA.

LA OPCIÓN POR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN NO REQUIERE ESCRITURA PÚBLICA, SU ELECCIÓN PUEDE HACERSE EN EL MOMENTO DE CONTRAER MATRIMONIO Y ASÍ DEBE CONSTAR EN EL ACTA RESPECTIVA (ART. 420 INC. J).

LA EFICACIA DE LAS CONVENCIÓNES SE ENCUENTRA CONDICIONADA A LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO.

ART. 449.— MODIFICACIÓN DE RÉGIMEN. DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, EL RÉGIMEN PATRIMONIAL PUEDE MODIFICARSE POR CONVENCIÓN DE LOS CÓNYUGES. ESTA CONVENCIÓN PUEDE SER OTORGADA DESPUÉS DE UN AÑO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL, CONVENCIONAL O LEGAL, ME-

DIANTE ESCRITURA PÚBLICA, PARA QUE EL CAMBIO DE RÉGIMEN PRODUZCA EFECTOS RESPECTO DE TERCEROS, DEBE ANOTARSE MARGINALMENTE EN EL ACTA DE MATRIMONIO.

LOS ACREEDORES ANTERIORES AL CAMBIO DE RÉGIMEN QUE SUFRAN PERJUICIOS POR TAL MOTIVO PUEDEN HACERLO DECLARAR INOPONIBLE A ELLOS EN EL TÉRMINO DE UN AÑO A CONTAR DESDE QUE LO CONOCIERON.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO REGULADO EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ SE CARACTERIZABA POR SER DE ORDEN PÚBLICO, FORZOSO E INMUTABLE.

ESTO SIGNIFICABA QUE LOS CÓNYUGES POR EL SOLO HECHO DE CONTRAER MATRIMONIO SE SOMETÍAN AL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS NO PUDIENDO SER MODIFICADO POR LOS CONTRAYENTES.

SU FUENTE ES EL ART. 441 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN DE 1998, EN DONDE SE ESTABLECÍA QUE PODÍA MODIFICARSE DESPUÉS DE DOS AÑOS DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA PRESENTADA ANTE EL JUEZ PARA SU HOMOLOGACIÓN.

II. COMENTARIO

SE PREVÉ LA POSIBILIDAD DE MODIFICAR LA OPCIÓN EJERCIDA LUEGO DE UN AÑO DE VIGENCIA, NO EXISTE NINGÚN LÍMITE EN EL NÚMERO DE VECES QUE EL RÉGIMEN PUEDE SER MODIFICADO. A DIFERENCIA DE LOS PROYECTOS ANTERIORES SÓLO SE PREVÉ LA FORMA DE LA ESCRITURA PÚBLICA, SIN INTERVENCIÓN JUDICIAL PARA UN EVENTUAL CONTROL.

PARA LA PUBLICIDAD DEL CAMBIO DE RÉGIMEN SE ESTABLECE LA NECESIDAD DE ANOTAR MARGINALMENTE EN EL ACTA DE MATRIMONIO LA MODIFICACIÓN.

HABRÁ QUE ANALIZAR CON DATOS ESTADÍSTICOS CUANDO LA MODIFICACIÓN COMIENCE A FUNCIONAR SI SE PRODUCEN CAMBIOS DE RÉGIMEN, TEÓRICAMENTE HABLANDO PARECE POCO PROBABLE QUE LOS ESPOSOS CAMBIEN SU ACUERDO ORIGINARIO Y SEGURAMENTE ENCERRARÁ UN CONFLICTO MATRIMONIAL LA DISCUSIÓN SOBRE SU CAMBIO.

LOS ACREEDORES PUEDEN SOLICITAR QUE LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LES SEA INOPONIBLE SI ELLO LES ACARREA PERJUICIOS. LA ACCIÓN PARA RECLAMARLA PRESCRIBE AL AÑO DE HABER CONOCIDO EL CAMBIO DEL RÉGIMEN. LA NORMA SERÁ APLICABLE EXCLUSIVAMENTE A LOS ACREEDORES DE LOS CÓNYUGES BAJO RÉGIMEN DE COMUNIDAD QUE CAMBIAN AL DE SEPARACIÓN Y EXCLUSIVAMENTE PARA LAS DEUDAS REGULADAS EN EL ART. 467 (CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DE LOS BIENES COMUNES), YA QUE ÉSTE ES EL ÚNICO CASO DONDE EL PERJUICIO PUEDE EVENTUALMENTE PRODUCIRSE.

LANGFE11274III. DERECHO TRANSITORIO

LAS PAREJAS CASADAS ANTES DE LA ENTRADA EN VIGENCIA DEL CÓDIGO PODRÁN CAMBIAR EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD FORZOSO POR EL DE SEPARACIÓN A PARTIR DEL 1º DE ENERO DE 2016, Y SIEMPRE Y CUANDO HAYAN CUMPLIDO UN AÑO DE CASADOS.

ART. 450.— PERSONAS MENORES DE EDAD. LAS PERSONAS MENORES DE EDAD AUTORIZADAS JUDICIALMENTE PARA CASARSE NO PUEDEN HACER DONACIONES EN LA CONVENCIÓN MATRIMONIAL NI EJERCER LA OPCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 446 INCISO D).

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 1222 DEL ANTIGUO TEXTO ESTABLECÍA QUE EL MENOR QUE CON ARREGLO A LAS LEYES PUEDE CASARSE, PUEDE TAMBIÉN HACER CONVENCIÓNES MATRIMONIALES, CONCURRIENDO A SU OTORGAMIENTO LAS PERSONAS CUYO PREVIO CONSENTIMIENTO NECESITA PARA CONTRAER MATRIMONIO.

SU FUENTE ES EL ART. 442 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 1998.

COMO LA EDAD MÍNIMA PARA CONTRAER MATRIMONIO COINCIDE CON LA MAYORÍA DE EDAD, SIEMPRE QUE LOS MENORES DE DIECIOCHO AÑOS DESEEN CASARSE, DEBERÁN HACERLO MEDIANTE DISPENSA JUDICIAL O AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES SI SON MAYORES DE DIECISÉIS AÑOS (ART. 404). EN ESOS CASOS, NO PUEDEN CELEBRAR CONVENCIÓNES MATRIMONIALES.

II. COMENTARIO

TAMPOCO PUEDE OPTAR POR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN O DE COMUNIDAD. ESTO SIGNIFICA QUE LOS MENORES DE EDAD QUEDARÁN SOMETIDOS IMPERATIVAMENTE AL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PREVISTO COMO RÉGIMEN SUPLETORIO DEL ART. 463 Y SIGUIENTES. SIN EMBARGO ENTENDIENDO QUE UNA VEZ ALCANZADA LA MAYORÍA PODRÁN OPTAR POR LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN PREVISTO EN EL ARTÍCULO ANTERIOR.

LAS CONVENCIÓNES U OPCIÓN CELEBRADA EN VIOLACIÓN A ESTA DISPOSICIÓN SON NULAS DE NULIDAD ABSOLUTA.

SECCIÓN 2ª

DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO

POR EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

ART. 451.— NORMAS APLICABLES. LAS DONACIONES HECHAS EN LAS CONVENCIÓNES MATRIMONIALES SE RIGEN POR LAS DISPOSICIONES RELATIVAS AL CONTRATO DE DONACIÓN, SÓLO TIENEN EFECTO SI EL MATRIMONIO SE CELEBRA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTE ARTÍCULO TIENE SU ANTECEDENTE EN EL ART. 1230 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. SIN EMBARGO ATENTO QUE MANTENÍA SU REDACCIÓN ORIGINAL SÓLO SE REGULABA LAS DONACIONES QUE EL ESPOSO HICIERE A LA ESPOSA. NÓTESE QUE EL CAPÍTULO QUE REGULABA ESTA INSTITUCIÓN SE TITULABA "DE LAS DONACIONES A LA MUJER". ENTENDEMOS QUE ES

TA NORMA HABÍA SIDO TÁCITAMENTE DEROGADA POR LA REFORMA DEL INC. 3 DEL ART. 1217.

SU FUENTE ES EL ART. 443 DEL PROYECTO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 1998.

II. COMENTARIO

SE REMITE A LAS REGLAS DE LAS DONACIONES EN CONSECUENCIA LE SERÁN APLICABLES LAS NORMAS ESTABLECIDAS EN LOS ARTS. 1542 A 1573 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN.

LA ÚNICA PARTICULARIDAD ES QUE SÓLO TIENEN EFECTO EN CASO DE QUE EL MATRIMONIO SE CELEBRE.

ART. 452.— CONDICIÓN IMPLÍCITA. LAS DONACIONES HECHAS POR TERCEROS A UNO DE LOS NOVIOS, O A AMBOS, O POR UNO DE LOS NOVIOS AL OTRO, EN CONSIDERACIÓN AL MATRIMONIO FUTURO, LLEVAN IMPLÍCITA LA CONDICIÓN DE QUE SE CELEBRE MATRIMONIO VÁLIDO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 1238 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ DISPONÍA QUE LAS DONACIONES HECHAS EN LAS CONVENCIÓNES MATRIMONIALES PRODUCERAN EFECTOS SIEMPRE Y CUANDO EL MATRIMONIO SE CELEBRASE Y QUE NO FUESE ANULADO.

SU FUENTE ES EL ART. 448 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 1998.

II. COMENTARIO

YA LA DOCTRINA HABÍA SEÑALADO QUE LAS DONACIONES QUE SE HICIERAN LOS NOVIOS POR CAUSA DEL MATRIMONIO LLEVABA LA CONDICIÓN IMPLÍCITA QUE EL MATRIMONIO SE CELEBRE.

CABE PREGUNTARSE SI LA CONDICIÓN OPERA COMO SUSPENSIVA O RESOLUTORIA. SAMBRIZZI AFIRMA QUE SE TRATABA DE UNA CONDICIÓN SUSPENSIVA YA QUE LA EFICACIA DE LAS DONACIONES SE SUPEDITA A QUE EL MATRIMONIO SE CELEBRE.

OTROS AUTORES EN CAMBIO SOSTIENEN QUE SE TRATA DE UNA CONDICIÓN RESOLUTORIA, ASÍ ENTENDIDA LA DONACIÓN SERÁ VÁLIDA AB-INITIO PERO EN CASO DE QUE EL MATRIMONIO NO SE LLEGARA A CELEBRAR, LA DONACIÓN QUEDARÍA SIN EFECTO DE PLENO DERECHO DEBIENDO SER RESTITUIDAS LAS COSAS DONADAS AL DONANTE. NOS INCLINAMOS POR ESTA POSICIÓN.

id15540838 III. JURISPRUDENCIA

LAS DONACIONES EFECTUADAS O PROMETIDAS A LA MUJER EN RAZÓN DEL MATRIMONIO Y CON PRESCINDENCIA DE QUE SE CELEBRE O NO ALGUNA CONVENCIÓN MATRIMONIAL, LLEVAN LA CONDICIÓN IMPLÍCITA DE QUE SE CELEBRE EL MATRIMONIO; SI EL MISMO NO SE CELEBRÓ Y SIN QUE IMPORTEN LAS ESPECIFICIDADES SOBRE QUIÉN TUVO O NO LA CULPA, LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LOS ENSERES OBSEQUIADOS —EN EL CASO, TELEVISIÓN, COMBINADO Y LUSTRA ASPIRADORA— RESULTA EVIDENTE (CNCIV., SALA B, JA, 1978-IV-538).

ART. 453.— OFERTA DE DONACIÓN. LA OFERTA DE DONACIÓN HECHA POR TERCEROS A UNO DE LOS NOVIOS, O A AMBOS QUEDA SIN EFECTO SI EL MATRIMONIO NO SE CONTRAE EN EL PLAZO DE UN AÑO. SE PRESUME ACEPTADA DESDE QUE EL MATRIMONIO SE CELEBRA, SI ANTES NO HA SIDO REVOCADA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LAS DONACIONES HECHAS POR TERCEROS SE ENCONTRABAN REGULADAS EN EL ART. 1240 DEL CÓDIGO CIVIL QUE DISPONÍA COMO REGLA GENERAL LA IRREVOCABILIDAD DE LAS DONACIONES POR CAUSA DE MATRIMONIO, Y LA POSIBILIDAD DE REVOCACIÓN EN CASO DE ESTAR SUJETAS A UNA CONDICIÓN, EN ESTE CASO SI EL MATRIMONIO NO SE CELEBRASE.

SU FUENTE ES EL ARTS. 445 DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 1998

II. COMENTARIO

TAMBIÉN LA OFERTA DE DONACIÓN HECHA POR TERCERO A UNO DE LOS NOVIOS O A AMBOS LLEVA LA CONDICIÓN IMPLÍCITA QUE EL MATRIMONIO SE CELEBRE. NO CABE DUDA QUE DICHA CONDICIÓN ES RESOLUTORIA, YA QUE EXPRESAMENTE DISPONE QUE LA DONACIÓN "QUEDARÁ SIN EFECTO".

PERO ESTA CONDICIÓN TAMBIÉN ESTÁ SUJETA A UN PLAZO; EL MATRIMONIO DEBE CELEBRARSE EN EL PLAZO DE UN AÑO, VENCIDO ESE TÉRMINO LA DONACIÓN QUEDA RESUELTA DE PLENO DERECHO.

SECCIÓN 3ª

DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS RÉGIMENES

POR GRACIELA MEDINA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: ARIANNA, CARLOS ALBERTO, "LA RESPONSABILIDAD POR LAS DEUDAS DE LOS CÓNYUGES EN EL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL", *RDF*, ABELEDO PERROT, T. 18, 2001; BORETTO, MAURICIO, "EL ASENTIMIENTO CONYUGAL: SU REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DEL AÑO 1998", *JA*, 2001-IV-1168; DELLA SAVIA, BEATRIZ, "EL ASENTIMIENTO CONYUGAL: SU REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y COMERCIAL DEL AÑO 1998", *JA*, 2001-IV-1168; GIRARDI, ADRIANA, "LAS DEUDAS DE LOS CÓNYUGES Y EL PROYECTO DE REFORMA DE 1998", *JA*, 2000-I; JUNYENT BAS, FRANCISCO, "LA VIVIENDA FAMILIAR ANTE LA QUEBRA DEL INSTITUYENTE A LA LUZ DEL NUEVO PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO", HOMENAJE A DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, ACADEMIA NAC. DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA, 111-2, 2000; KEMELMAIER DE CARLUCCI, AIDA, 1505, "LA VIVIENDA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO ÚNICO DE 1998", *RDF*, ABELEDO PERROT, T. 18, 2001; LEVY, LEA, "LA VIVIENDA FAMILIAR EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL", *SJA*-2012/06/20-36; *JA*, 2012-II; LAMBER, NÉSTOR DANIEL, "PRIMERA APROXIMACIÓN AL ASENTIMIENTO EN INTERÉS FAMILIAR EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL", *REVISTA DEL NOTARIADO*, CABA, COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, PS. 77-88, ABRIL-JUNIO 2013, 912; *id.*, "EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY ANTE EL ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO Y PODER PARA ASENTIR PREVIOS EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN", *REVISTA DEL NOTARIADO*, CABA, COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, PS. 71-76, ABRIL-JUNIO 2013, 912; MALASPINA, JOSÉ RAFAEL, "REFLEXIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO Y SU EVENTUAL REFORMA", *DJ*, 2003-I; MEDINA,

GRACIELA, "LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL PROYECTO", *DFYP*, N° 6, JULIO DE 2012; AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EJERCICIO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL (FORMA Y LÍMITES DE LA ELECCIÓN FRENTE AL PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO CIVIL)", PANDIELLA MOLINA, JUAN C., "BIENES Y PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA", EN *COMENTARIOS AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN 2012*, RIVERA, JULIO C. (DIR.) Y MEDINA, GRACIELA (COORD.), ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2012; PULERO, HÉCTOR RAÚL, SOCIEDAD CONYUGAL. EL ASENTIMIENTO CONYUGAL PARA LA DISPOSICIÓN DE BIENES, DEPALMA, BUENOS AIRES, 1976; ROCA, EDUARDO A., "EL RÉGIMEN COMUNITARIO DEL PATRIMONIO CONYUGAL EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", *LA LEY*, 2012-E, 1357; SANDA, EVELIN, "EVOLUCIÓN DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES, INCIDENCIA Y MODIFICACIÓN DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL", VIII CONGRESO NACIONAL Y VIII LATINOAMERICANO DE DERECHO, FUBA, BUENOS AIRES, 2001.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: BORDA, GUILLERMO A., "ACCIÓN DEL TERCERO INTERESADO PARA PEDIR LA VENIA SUPLETORIA DEL ART. 1277 DEL CÓDIGO CIVIL", *ED*, 96-710; BOSSERT, GUSTAVO, "SOBRE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL AL ACTO DE DISPOSICIÓN DE UN CÓNYUGE", *LA LEY*, 1982-C, 8 (NOTA A FALLO); DELLA SAVIA, BEATRIZ Y DELLE COSTE DE SOSA, NOEMÍ, "ASENTIMIENTO GENERAL ANTICIPADO. SU VALIDEZ", *REVISTA DEL NOTARIADO* N° 813, AÑO 1988; MEDINA, GRACIELA, "PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA VIVIENDA FAMILIAR, CON ESPECIAL REFERENCIA A LAS MODERNAS CONSTITUCIONES PROVINCIALES", *RDF*, N° 7, 1992, P. 39; OCHDE LA TORRE, ESTEBAN S., *EL ASENTIMIENTO CONYUGAL*, ALBERONI EDICIONES, CÓRDOBA, 1999; FANZOLATO, EDUARDO I., *EL ASENTIMIENTO CONYUGAL*, CÓRDOBA, 1986; FASSI, SANTIAGO C., "EJERCICIO POR SUBROGACIÓN DE LA FACULTAD DE PEDIR AL JUEZ EL CONSENTIMIENTO QUE UN CÓNYUGE NIEGA AL OTRO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS ACTOS JURÍDICOS QUE ÉL HA REALIZADO", *LA LEY*, 1975-A, 212; *id.*, "EL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE DEL ART. 1277 DEL CÓDIGO CIVIL", *LA LEY*, 1976-B, 527; FERRARI CERETTI, FRANCISCO, "LA FORMA DE EXTERIORIZAR EL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE QUE REQUIERE EL ART. 1277 DEL CÓDIGO CIVIL", EN *REVISTA DEL NOTARIADO* 824-233; 221, GATTARI, CARLOS N., PODER DISPOSITIVO DE LOS CÓNYUGES, CONSENTIMIENTO CONYUGAL, LIBRERÍA JURÍDICA, LA PLATA, 1974; GUASTAVINO, ELÍAS P., "MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO CONYUGAL", EN *REVISTA DEL NOTARIADO*, N° 699; *id.*, "NATURALEZA DEL REQUISITO DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL EN EL ART. 1277 DEL CÓDIGO CIVIL", *LA LEY*, 153-632; *id.*, "REVOCABILIDAD DEL ASENTIMIENTO CONYUGAL", *JA*, 29-1975-472; *id.*, "SUBROGACIÓN EN ACCIONES DERIVADAS DE LA FALTA DE ASENTIMIENTO", *LA LEY*, 151-965; HERRERA, MICAELA, "ASENTIMIENTO CONYUGAL EN LOS JUICIOS POR ESCRITURACIÓN", *LA LEY*, 1997-D, 513; INSTITUTO ARGENTINO DE CULTURA NOTARIAL, ESTUDIOS SOBRE LA VALIDEZ DEL ASENTIMIENTO GENERAL ANTICIPADO, 1974; MÉNDEZ COSTA, MARÍA ROSA 15540838 JOSEFA, "ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y ACTOS DE DISPOSICIÓN", EN *REVISTA DEL NOTARIADO* 711-701, Y ESTUDIOS SOBRE SOCIEDAD CONYUGAL, RUBINZAL-CULZONI, SANTA FE, 1981.

FENP11274 ART. 454.— APLICACIÓN, INDEROGABILIDAD. LAS DISPOSICIONES DE ESTA SECCIÓN SE APLICAN, CUALQUIERA SEA EL RÉGIMEN MATRIMONIAL, Y EXCEPTO QUE SE DISPONGA OTRA COSA EN LAS NORMAS REFERENTES A UN RÉGIMEN ESPECÍFICO.

SON INDEROGABLES POR CONVENCIÓN DE LOS CÓNYUGES, ANT

F42 ERIOR O POSTERIOR AL MATRIMONIO, EXCEPTO DISPOSICIÓN EXPRESA EN CONTRARIO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL CARECÍA DE UN ESTATUTO PATRIMONIAL FAMILIAR BÁSICO, EN GRAN MEDIDA PORQUE ADMITÍA EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD COMO ÚNICO RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL Y LO ESTABLECÍA EN FORMA OBLIGATORIA LEGAL Y FORZOSA.

EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ADMITE LA POSIBILIDAD DE ELEGIR EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO ANTES DE SU CELEBRACIÓN Y DE MODIFICARLO DURANTE SU VIGENCIA. ESTE CAMBIO DE PARADIGMAS HACE NECESARIO ESTABLECER UN MÍNIMO DE NORMAS PATRIMONIALES COMUNES A TODOS LOS RÉGIMENES QUE ORGANICEN LA FORMA COMO SE VAN A CUBRIR LAS NECESIDADES ELEMENTALES DEL GRUPO FAMILIAR PRIMARIO Y QUE PROTEJAN LA VIVIENDA CONYUGAL.

EL ARTÍCULO, SIGUIENDO EL MODELO DEL CÓDIGO FRANCÉS REFORMADO EN 1965 —QUE, A LA VEZ, SE BASÓ EN ANTERIORES MODIFICACIONES DE LA LEGISLACIÓN BELGA Y DE LA HOLANDESA—, PROPONE UN CUERPO DE NORMAS APLICABLES A LOS CÓNYUGES, SEA QUE PERMANEZCAN BAJO EL RÉGIMEN LEGAL, O HAYAN ELEGIDO ALGUNO DE LOS CONVENCIONALES, QUE EN LOS PAÍSES DE ORIGEN ES DENOMINADO "RÉGIMEN MATRIMONIAL PRIMARIO" Y QUE CONSTITUYE NO SÓLO LA BASE DE TODO RÉGIMEN SINO TAMBIÉN LAS REGLAS ESENCIALES PARA LOS MATRIMONIOS QUE CARECEN DE FORTUNA.

POR OTRA PARTE SE TOMA COMO REFERENCIA

ALOS ARTS. 446 DEL PROYECTO DE 1998 Y 503 DEL PROYECTO DE 1993.

II. COMENTARIO

LANGF112741, CONCEPTO

BAJO EL NOMBRE DE "DISPOSICIONES 42 COMUNES A TODOS LOS RÉGIMENES" EL CÓDIGO RECEPTA UN RÉGIMEN QUE EN DOCTRINA SE DENOMINA "ESTATUTO PATRIMONIAL DE BASE", "ESTATUTO FUNDAMENTAL", "RÉGIMEN PATRIMONIAL PRIMARIO" "RÉGIMEN PRIMARIO IMPERATIVO" O "RÉGIMEN PRIMARIO" CONSTITUIDO POR EL CONJUNTO DE NORMAS, REFERIDAS A LA ECONOMÍA DEL MATRIMONIO

AL 31505 QUE SE APLICAN DE FORMA IMPERATIVA A TODO RÉGIMEN MATRIMONIAL, DE ORIGEN CONVENCIONAL O LEGAL Y QUE TIENEN POR OBJETO TANTO ASEGURAR UN SISTEMA SOLIDARIO QUE OBLIGUE A AMBOS CÓNYUGES A SATISFACER LAS NECESIDADES DEL HOGAR Y ASEGURE A LOS ACREEDORES QUE ESAS DEUDAS SERÁN SOLVENTADAS CON EL PATRIMONIO DE LOS DOS ESPOSOS, COMO PROTEGER LA VIVIENDA FAMILIAR Y LOS BIENES QUE LA COMPONEN.

LA DENOMINACIÓN "RÉGIMEN PRIMARIO", QUE ES DE ORIGEN FRANCÉS Y SE UBICA SU ORIGEN EN EL DERECHO CONTINENTAL EN LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN FRANCÉS DE 1965, SURGE DE LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS "PRIMARIAS" QUE SON LAS INDEROGABLES QUE NACEN COMO CONSECUENCIA DEL MATRIMONIO, Y NORMAS "SECUNDARIAS" QUE SON LAS QUE SURGEN DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES AL ELEGIR EL RÉGIMEN DE BIENES DEL MATRIMONIO O DE LA APLICACIÓN SUPLETORIA DE LA LEY.

EN ARAS DE PROTEGER LA COMUNIDAD DE VIDA FAMILIAR, CON INDEPENDENCIA QUE ÉSTA SEA MATRIMONIAL O EXTRAMATRIMONIAL SE ESTABLECEN EFECTOS PATRIMONIALES, BÁSICOS, DIRECTOS E INELUDIBLES QUE SE CIMIENTAN EN LA IDEA DE SOLIDARIDAD.

2. CARACTERES

LAS DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS RÉGIMENES TIENEN LOS SIGUIENTES CARACTERES:

RACTERES:

- IMPERATIVAS,

- INDEROGABLES,

- PERMANENTES,

- DENSIOSID 15540838 ORDEN PÚBLICO.

3. Modificación del régimen primario

El artículo deja a salvo lo dispuesto en contrario en las convenciones patrimoniales; sin embargo, como en las convenciones que se propone admitir se prevé el cambio de régimen pero no la modificación de las disposiciones comunes a todos los regímenes, se proyecta que las normas sean imperativas salvo que la propia ley permita apartarse de ellas.

4. Contenido del régimen patrimonial primario

El régimen patrimonial primario se ocupa fundamentalmente de:

- Determinar cómo deben contribuir los cónyuges a solventar las necesidades del hogar.
- Establecer los caracteres de responsabilidad de los cónyuges frente a los acreedores.
- Fijar normas de protección de la vivienda familiar y de los bienes que la componen.
- Disponer la necesidad del asentimiento para los actos relativos a la disposición de la vivienda en común y de los bienes que la componen.
- Prever la forma en que se suplirá la falta de asentimiento conyugal, por ausencia impedimento o negativa injustificada.
- Determinar la ineficacia de los actos realizados sin el asentimiento conyugal.
- Otorgar medidas precautorias para impedir que se defraude el régimen.

Art. 455.— Deber de contribución. Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma de similares características en el Código Civil; el art. 1300 se refería a la separación de los cónyuges y el 1275 definía a las cargas de la "sociedad conyugal" y que podrían emparentarse con el artículo en comentario, por otra parte el artículo reconoce como fuente a los arts. 214 del Código francés, 221 del Código belga, 447 del Proyecto de 1998 y 504 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

1. Objeto de la contribución

Ambos cónyuges deben contribuir a las necesidades del hogar, de los hijos comunes y de los hijos del otro cónyuge que conviven con ambos.

- *El hogar* al que hace alusión la norma es la sede de la familia. Éste puede ser el normal o el transitorio, es decir que comprende las necesidades de una familia que transitoriamente por cualquier causa, como ser una enfermedad, se haya trasladado a un lugar que no es su residencia habitual. También abarca el pago del canon locativo, dado que el hogar conyugal puede no estar en un inmueble propio.

- *Los hijos* con los cuales ambos deben contribuir son los hijos comunes y los incapaces de uno de los cónyuges que convivan con ellos. Tal contribución no es exactamente igual porque en el caso de los hijos comunes la obligación se extiende, aun cuando no convivan con los padres: durante la menor edad, y mientras exista obligación alimentaria, es decir hasta los 21 años (art. 658 Cód. Civ. y Com.), durante la incapacidad, hasta los 25 años mientras estudien o se capaciten (art. 663) y siempre que le falten medios para alimentarse y que no sea posible adquirirlo con su trabajo (art. 622).

Mientras que para el supuesto de hijos de uno solo de los cónyuges, para que exista el deber de contribución deben convivir en el hogar común y ser incapaces. No se extiende ni al supuesto en que no habiten en el hogar, ni al caso de mayores de 18 años, menores de 25 años estudiantes, ni al de mayores de edad sin medios para alimentarse.

- *Los familiares*: la manutención de los familiares, a cargo de uno de los cónyuges, no está comprendida dentro del deber de contribución salvo en el supuesto que por vivir en el hogar común, los gastos sean considerados del sostenimiento del hogar.

- *Los alimentos* comprenden³ las incumbencias de alimentación, cuidado corporal, vestido, educación, menaje, entretenimiento, transporte, suministros corrientes, servicio doméstico, reparaciones ordinarias y el pago de todos los bienes y servicios que componen la razonable cobertura de las necesidades vitales de la familia.

2. Clase de negocio jurídico

³No tiene importancia qué tipo de acto jurídico sea fuente de la obligación del deber de contribución, siempre que sirva realmente a las "necesidades ordinarias de la familia".

Por ello ambos cónyuges estarán obligados por los contratos de compraventa, depósito, garaje, mandato, arrendamiento y comutuos, estos últimos siempre que se pacten

con el fin de conseguir fondos para atender a las necesidades familiares.

3. Forma de la contribución

li0Cada

lrech UNO DE LOS CÓNYUGES ESTÁ OBLIGADO A CONTRIBUIR CON LAS NECESIDADES PRIMARIAS DE LA FAMILIA EN⁴ PROPORCIÓN A SUS RECURSOS, CON TODO SU PATRIMONIO.

4. PROPORCIÓN EN LA QUE HIA DE CONTRIBUIR CADA ESPOSO

EL ARTÍCULO ESTABLECE QUE CADA CÓNYUGE CONTRIBUIRÁ EN LA MEDIDA DE SUS RECURSOS ECONÓMICOS. ELLO IMPLICA QUE UNO DE LOS CÓNYUGES PUEDE CONTRIBUIR CON BIENES Y EL OTRO CON SU TRABAJO PERSONAL DERIVADO DE LAS TAREAS DOMÉSTICAS. EN DEFINITIVA LOS CONSORTES PUEDEN SATISFACER SUS NECESIDADES Y LAS DE SUS HIJOS CON PRESTACIONES PERSONALES EN LA FORMA QUE RESULTE MÁS VIABLE PARA CADA PAREJA.

SEA CUAL FUERE LA MANERA EN QUE CADA UNO ASUMIÓ EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN, EL CUMPLIMIENTO DE ESE DEBER PUEDE DAR LUGAR A DERECHO DE REEMBOLSO A FAVOR DE QUIEN ASUMIÓ LA SATISFACCIÓN EN MAYOR MEDIDA DE LA QUE ERA EXIGIBLE. TAL CIRCUNSTANCIA PUEDE SUCEDER POR EJEMPLO SI ENTRE LOS ESPOSOS EXISTE UN RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y POR ALGÚN MOTIVO EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN SE CUMPLE EXCLUSIVAMENTE CON EL PATRIMONIO DE UNO DE ELLOS, A PESAR QUE EL OTRO CONSORTE TIENE MEDIOS SUFICIENTES PARA CONTRIBUIR.

5. RECURSOS PARA OBTENER EL CUMPLIMIENTO DE LA CONTRIBUCIÓN. DEMANDA DE CUMPLIMIENTO, MEDIDAS CAUTELARES

EL CÓDIGO PREVÉ QUE EL CÓNYUGE O CONVIVIENTE QUE NO DA CUMPLIMIENTO A ESTA OBLIGACIÓN PUEDE

lrech SER DEMANDADO JUDICIALMENTE POR EL OTRO PARA QUE LO HAGA.

ENTENDEMOS QUE, PROBADO EL PELIGRO, CUALQUIER MEDIDA PRECAUTORIA PODRÁ A SER DICTADA EN SALVAGUARDA DEL RÉGIMEN PRIMARIO.

bArt. 456.— Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Una de las novedades más radicales que contiene el nuevo Código es la protección de la vivienda familiar que resulta mucho más tuitiva que la otorgada en la actualidad por el bien de familia y por el art. 1277 del Código Civil derogado.

El art. 1277 del Código Civil establecía que para disponer del inmueble en que está

iradicado el hogar conyugal se requiere del asentimiento de ambos cónyuges. El Código propone una norma más amplia porque habla

no de disponer de los derechos sobre la vivienda, y por otra parte no se requiere la existencia de hijos menores o incapaces para dar operatividad a la protección.

Las fuentes de la norma son los arts. 215 del Código francés, 215 Código belga, 881 del holandés;

af31505 401 a 406 Código de Quebec, art. 448 del Proyecto de 1998 y trch506 DEL PROYECTO DE 1993.

II. COMENTARIO

1. PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA

UNA DE LAS CUESTIONES DE RSID15540838 MAYOR TRASCENDENCIA EN TODO MATRIMONIO ES LA RELATIVA A LA VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA. EN EFECTO, LA VIVIENDA HABITUAL, COMO BASE FÍSICA DEL HOGAR, ASÍ COMO LOS MUEBLES DE USO ORDINARIO DE LA FAMILIA, SON ELEMENTOS ESENCIALES PARA LA SATISFACCIÓN DE SUS NECESIDADES MÁS ELEMENTALES; Y ELLO CON INDEPENDENCIA DE QUE SU TITULARIDAD CORRESPONDA A AMBOS CÓNYUGES, A UNO SOLO DE ELLOS E INCLUSO A UN TERCERO. ES POR ELLO QUE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO CONTIENE REGLAS IMPERATIVAS, QUE RÉGIMEN CUALQUIERA SEA EL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO O CONVIVENCIAL PACTADO Y QUE, DE UNA PARTE, TIENEN POR OBJETO EVITAR QUE UNO DE LOS CÓNYUGES LLEVE A CABO UNILATERALMENTE ACTOS DISPOSITIVOS SOBRE LOS DERECHOS DE LA VIVIENDA HABITUAL Y, POR OTRA PARTE, IMPIDEN QUE SE DISPONGA UNILATERALMENTE DE LOS BIENES MUEBLES DE USO ORDINARIO DE LA FAMILIA, EN CUANTO PUDIERA AFECTAR A LA ESTABILIDAD DE LA SEDE FAMILIAR.

NÓTESE QUE EL ARTÍCULO EN COMENTARIO IMPOSIBILITA LA DISPOSICIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA Y QUE ESTAS PROHIBICIÓN ES MÁS AMPLIA QUE EL IMPEDIMENTO A DISPONER DENSRSID15540838 LA VIVIENDA, YA QUE IMPLICA QUE ADEMÁS DECH NO PODERSE DISPONER DE LA PROPIEDAD TAMPOCO SE PUEDE DISPONER DEL CONTRATO DE LOCACIÓN O DEL DERECHO DE USO Y HABITACIÓN SIN EL ASENTIMIENTO CONYUGAL O CONVIVIENTE.

2. Protección a la vivienda familiar en la constitución nacional, provincial y en los tratados internacionales

La vivienda familiar tiene una indiscutible protección constitucional, que surge tanto del texto de la Constitución Nacional (arts. 14 y 14 bis), como de las diferentes constituciones provinciales, como de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, Const. Nacional).

3. Alcance de la protección constitucional a la vivienda familiar

4. Extensión a dar al término vivienda común

Por vivienda común se entiende:

a) La vivienda propia de uno de los cónyuges donde resida el hogar conyugal

b) El inmueble de propiedad común de ambos cónyuges.

c) El inmueble alquilado, prestado, usufructuado, entregado como parte de pago de un contrato de trabajo.

d) El mueble o embarcación donde los cónyuges residan habitualmente.

e) El lugar donde cada uno de ellos resida cuando hanf31505 resuelto no cohabitar.

En definitiva para la protección es indiferente el título por el cual la familia ocupe el inmueble destinado a ser sede del hogar conyugal, es decir que no importa que se trate de una propiedad o de una locación, ni tampoco quién sea el propietario o el locatario, ello no transforma sin más al cónyuge no propietario en propietario de la vivienda, ni en locatario de ella. La singularidad de la protección no reside en rsid15540838 que forzosamente hayan de ser los cónyuges cotitulares del inquilinato, sino en la indisponibilidad de los derechos arrendaticios de un esposo por voluntad unilateral, de modo que el cónyuge arrendatario no podrá extinguir el contrato por su sola voluntad, traspasarlo, cederlo en los casos 2 que la ley o el pacto lo permiten, subarrendar, etc. Si bien, un esposo dispuesto a dejar el arriendo

fsi tiene, cuando el arrendado también lo quiere así, el refugio de incurrir en una causa de desahucio, que si no va acompañada de un acuerdo fraudulento con el arrendador dará lugar, cuando lo haga valer éste, a la extinción del arriendo.

Creemos que la protección no alcanza a la segunda vivienda, o residencia alternativa o secundaria, como podría ser la casa de fin d15540838 de semana o de vacaciones casas quintas o viviendas de vacaciones.

5. Actos que requieren el asentimiento

LACH FÓRMULA DERECHO SOBRE LA VIVIENDA ES MÁS AMPLIA QUE ACTOS DE DISPOSICIÓN Y COMPRENDE TODOS LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE CONTENIDO REAL, ES DECIR LA VENTA, PERMUTA, USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN Y TAMBIÉN LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE TIPO PERSONAL COMO LA LOCACIÓN Y EL COMODATO.

EN DEFINITIVA LOS ACTOS QUE REQUIEREN ASENTIMIENTO SON TODOS AQUELLOS QUE IMPIDEN O RESTRINGEN EL USO DE LA VIVIENDA POR LOS CÓNYUGES.

RESULTA DISCUTIBLE SI

uno de los cónyuges puede vender el inmueble con reserva de usufructo. Puede pensarse que sí porque no puede compararse la estabilidad del dominio con la del

derecho de usufructo. Sin embargo por nuestra parte pensamos que no es necesario tal asentimiento porque si bien el acto encierra un acto de disposición, la 2ª reserva de usufructo preserva los derechos sobre el bien.

6. Las cosas muebles

LA NORMA EN ANÁLISIS SE REFIERE A LOS MUEBLES INDISPENSABLES DEL HOGAR. EN ÉSTOS DEBEN ENTENDERSE COMPRENDIDOS LOS ELEMENTOS MÍNIMOS PARA EL DESARROLLO DE LA VIDA CONYUGAL PARA CUYA DETERMINACIÓN TENDRÁ IMPORTANCIA TODA LA JURISPRUDENCIA RELATIVA A LA EMBARGABILIDAD DE BIENES, EL MOBILIARIO AL 8 IGUAL QUE LA VIVIENDA DEBE TENER UN USO FAMILIAR, NO SÓLO EN LA FAMILIA EN SU CONJUNTO SINO DE CUALQUIERA DE SUS MIEMBROS.

EL FUNDAMENTO DEL PRECEPTO PARECE CLARO: SE TRATA DE SALVAR EL ALOJAMIENTO DEL MATRIMONIO Y LOS MUEBLES QUE LO GUARNECEN DE LA ARBITRARIEDAD O MALA VOLUNTAD DEL

CONYUGE QUE PUEDE DISPONER DE ELLOS: DUEÑO O ARRENDATARIO; ES DECIR, DE IMPEDIR QUE UN CONYUGE PUEDA, POR SÍ, DEJAR AL OTRO EN LA CALLE, O EN UNA CASA SIN AMUEBLAR, NI AUNQUE SEA EL DUEÑO DE LA HABITACIÓN O EL MOBILIARIO.

7. Innecesariedad de la existencia de hijos

La nueva legislación no contiene el requisito de la existencia de hijos para dar la protección a la

LA VIVIENDA FAMILIAR. ES DECIR QUE ÉSTA SE OTORGA DESDE EL NACIMIENTO DEL MATRIMONIO AUN CUANDO NO EXISTIERAN DESCENDIENTES. BASTA PARA OTORGARLA QUE EN EL HÁBITAT VIVAN LOS CONYUGES O CONVIVIENTES INDEPENDIENTEMENTE DE LA EXISTENCIA DE HIJOS.

8. EJECUCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR

SE LIMITA LA POSIBILIDAD DE EJECUCIÓN DE

LA VIVIENDA FAMILIAR POR LOS ACREEDORES DE UNO SOLO DE LOS CONYUGES A FIN DE EVITAR QUE MEDIANTE EL ENDUDAMIENTO EL PROPIETARIO DE LA VIVIENDA COMPROMETA A ÉSTA SIN INTERVENCIÓN DEL OTRO CONYUGE.

LA VIVIENDA FAMILIAR PUEDE SER EMBARGADA POR DEUDAS CONTRAÍDAS CON ANTERIORIDAD AL MATRIMONIO O POR LAS QUE HAYAN SIDO CELEBRADAS CONJUNTAMENTE POR AMBOS ESPOSOS O POR UNO DE ELLOS CON EL ASENTIMIENTO DEL OTRO.

EL PROBLEMA SE PLANTEA CON LAS DEUDAS QUE DERIVAN DE TASAS, CONTRIBUCIONES QUE GRAVAN AL INMUEBLE, COMO ASÍ TAMBIÉN DE LOS SERVICIOS O DE LAS DEUDAS POR EXPENSAS COMUNES, Y DE OBLIGACIONES DERIVADAS DE LAS REFORMAS O CONSTRUCCIONES REALIZADAS EN LA VIVIENDA; ENTENDEMOS QUE EN TALES CASOS, SI EL INMUEBLE PUEDE SER EJECUTADO CUANDO LOS CONYUGES CONJUNTAMENTE HAN CONTRAÍDO LA DEUDA YA QUE INDISCUTIBLEMENTE AMBOS HAN PRESTADO SU ASENTIMIENTO A LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO O A LA REALIZACIÓN DE LA MEJORA, O SE HAN BENEFICIADO CON EL OBJETO DE LA TASA O CONTRIBUCIÓN; O SE TRATA DE DEUDAS QUE HACEN AL SOSTENIMIENTO DEL HOGAR CONYUGAL QUE AMBOS CONYUGES RESPONDEN SOLIDARIAMENTE CON TODO SU PATRIMONIO.

ESTA NORMA DEBE ANALIZARSE EN CONJUNTO CON LO DISPUESTO EN FORMA GENERAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA (ARTS. 249 Y SS.).

9. Anulación del acto, restitución, plazo de caducidad

En cuanto a la sanción, se deja en claro que se trata de un acto anulable, no nulo de pleno derecho, por lo que en la acción de nulidad es facultad judicial apreciar si el acto afectaba o no afectaba el interés familiar. El plazo de caducidad se toma del modelo francés y es de seis meses de haber conocido el acto, pero no más de seis meses desde que se haya puesto fin al matrimonio.

Art. 457.— Requisitos del asentimiento. En todos los casos en que se requiere el asentimiento del cónyuge para el otorgamiento de un acto jurídico, aquél debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código Civil derogado el asentimiento conyugal fue regulado en el art. 1277 que lo exigía actos de disposición o gravamen sobre bienes gananciales, la doctrina elaborada sobre la naturaleza y extensión del asentimiento es aplicable válidamente a los supuestos en que se requiere el asentimiento del cónyuge o del conviviente para el otorgamiento de un acto jurídico.

Las fuentes de la norma en comentario son la doctrina francesa elaborada entorno al art. 1286 del Código Civil francés y los arts. 449 del Proyecto de 1998 y 507 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

1. Naturaleza jurídica del asentimiento

Al esposo o conviviente a quien se le exige el asentimiento se le solicita solamente una expresión de conformidad con el negocio del consorte, que no lo hace parte del acto jurídico.

En este sentido el asentimiento dado por el cónyuge que no realizó el acto es un presupuesto de validez llamado a remover los obstáculos con que tropieza el poder positivo del cónyuge titular.

En sus caracteres generales, el asentimiento conyugal es un acto jurídico unilateral, entre vivos, a título gratuito, no formal y especial para cada acto.

2. ¿A qué se obliga quien asiente?

Es importante destacar que quien presta el asentimiento no se obliga, ni responde por las deudas que origine el acto, ni tampoco responde por vicios redhibitorios, ni por garantía de evicción, ya que no es parte del acto, ni es el dueño del bien.

3. Asentimiento anticipado

Coincidimos con Belluscio que el asentimiento no necesita ser concomitante con el acto que se otorga; puede perfectamente ser anterior. De lo que no cabe duda, pues, es que el cónyuge del otorgante puede dar su asentimiento anticipado —tanto en el régimen vigente como en el proyectado— con tal de que se expresen todos los elementos del acto (bien al cual se refiere, naturaleza del acto proyectado, precio, forma de pago, etc.).

No será válido en cambio el asentimiento general dado por anticipado, ya que ello violentaría el espíritu de la norma.

gfe112744. Alcance del asentimiento

A fin de eliminar dudas sobre el alcance del asentimiento requerido en diversas disposiciones, se establece que debe darse para cada acto en particular, con identificación no sólo del acto sino también de sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etc.).

III. JURISPRUDENCIA

Lo que se pretende del cónyuge no titular no es el consentimiento respecto del acto de disposición que se va a celebrar, sino simplemente el asentimiento. Esto tiene importancia porque el mismo sólo implica una declaración de conformidad con un acto jurídico ajeno, es decir concluido por otro (fallo de primera instancia) (CNCiv., sala A, 3/3/1981, ED, 94-569; C1° Civ. y Com. La Plata, sala III, 17/12/1992; id., C2° Civ. y Com. La Plata, sala III, 14/11/1989).

Quien efectivamente dispone es el cónyuge titular. El no titular no asume responsabilidad alguna respecto de la otra parte, ni por evicción ni por el pago de gastos que origine el acto; no debe presentar certificado de inhibiciones ni tiene derecho a la mitad del precio (CNCiv., sala E, 23/7/1980, ED, 91-402; id., sala A, 6/3/1989, LA LEY, 1990-C, 539; id., sala F, 4/5/1994). Por ello quien dio su asentimiento para que el esposo titular pudiera gravar un inmueble con hipoteca, carece de legitimación para actuar como co-ejecutado ya que la prestación de su asentimiento para la constitución del gravamen no lo convierte en deudor (CNCiv., sala C, 8/4/1999, ED, 184-264). En definitiva el cónyuge que en un acto de disposición de bienes asiente en los términos del art. 1277 del Código Civil, no asume responsabilidad ni deuda alguna por ese acto (CNCiv., sala B, 18/4/1997, elDial - AE1051, LA LEY, 1998-F, 360).

Art. 458.— Autorización judicial. Uno de los cónyuges puede ser autorizado judicialmente a otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro, si éste está ausente, es persona incapaz, está transitoriamente impedido de expresar su voluntad, o si su negativa no está justificada por el interés de la familia. El acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo reconoce como antecedentes los arts. 1276 y 1277 del Código de Vélez.

Sus fuentes próximas en el derecho comparado son los arts. 217 del Código francés, 215 del Código belga, 436 del Código de Quebec, art. 450 del Proyecto de 1998 y 508 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

n1. Supuestos que requieren autorización judicial

En determinados supuestos, las facultades de administración y disposición establecidas en el régimen primario pueden ser objeto de ampliación o de reducción con el fin de evitar la imposibilidad de contratar por causa de impedimento voluntario o involuntario de uno de los cónyuges o con el objeto de proteger los intereses familiares.

El art. 458 prevé la autorización judicial para aquellos actos que precisan el asentimiento del cónyuge en el supuesto de que éste:

- a) se halle impedido para manifestar su voluntad;
- b) se niegue a prestarla y su negativa redunde en perjuicio del interés general;
- c) o cuando no pueda prestarla.

En el supuesto en que el cónyuge no pueda prestar el asentimiento hay que distinguir si se trata de una persona incapaz o con capacidad restringida o si esta transitoriamente imposibilitado de prestar el asentimiento.

2. Fundamento

Se trata de soluciones legales que tiene por fundamento evitar la parálisis del régimen patrimonial matrimonial.

3. Efectos

En estos casos el negocio otorgado con autorización judicial es oponible al otro cónyuge sin que ello le imponga obligación personal alguna a su cargo.

En definitiva la actuación del juez en sustitución del cónyuge que se niega injustificadamente a prestar su consentimiento es similar a la que hubiera producido el asentimiento del cónyuge cuyo consentimiento se suple, por tratarse de la solución que menos puede perjudicar a ese cónyuge.

4. La autorización cuando el cónyuge no puede prestar el asentimiento

Dos son los supuestos en que procede la autorización judicial supletoria: la imposibilidad de prestar el asentimiento y la negativa injustificada a dar el consentimiento que es posible prestar.

En cuanto al primer supuesto, al no efectuar distinciones la norma, caben los dos tipos de imposibilidad, la transitoria y la definitiva. La primera hace referencia a un

impedimento temporal, que dejará de serlo con el transcurso del tiempo, como sucede con una intervención quirúrgica que impide a un cónyuge prestar el consentimiento para la realización de un acto. En la imposibilidad transitoria, el cónyuge no puede prestar el consentimiento en el presente pero puede prestarlo en el futuro, una vez que se remueva la causa que le impide hacerlo en la actualidad. La imposibilidad definitiva alude al caso en que el cónyuge no puede prestar el consentimiento en el presente ni podrá hacerlo en el futuro, como sucede cuando contrae una enfermedad que le impide gobernarse a sí mismo.

Aunque es lógico pensar que el supuesto de incapacidad transitoria es el que cuadra mejor con la posibilidad de obtener la autorización judicial para la realización de actos concretos mientras que el supuesto de incapacidad definitiva encaja más adecuadamente con el caso de transferencia judicial de la gestión, que veremos más adelante, la ley deja en manos de los interesados la posibilidad de acudir a una u otra solución.

5. La autorización judicial supletoria para la disposición de la vivienda familiar

Para que proceda dicha autorización va a ser necesario que se demuestre que la disposición del derecho sobre la vivienda no perjudica el interés de la familia, pero no entendido como interés patrimonial, sino en el sentido que entre la situación anterior a la autorización judicial y la posterior no se genere una ausencia de vivienda familiar, acorde con las circunstancias familiar en el momento de la concesión.

Se trata de garantizar el alojamiento de la familia y ése será el interés que debe tener presente la autoridad judicial, aunque obviamente las circunstancias patrimoniales deben ser tenidas en cuenta porque no cabe mantener una modalidad de alojamiento a cualquier precio.

Esta autorización la puede solicitar el cónyuge titular del derecho sobre la vivienda ante la negativa de su consorte a otorgarla o en el caso que esté impedido de otorgarla (ausencia, incapacidad o capacidad disminuida).

Cabe señalar que la autorización debe ser solicitada con anterioridad a la realización del acto. El asentimiento posterior prestado por el cónyuge no titular sana el acto anulable.

Es necesario señalar que el juez no tiene la facultad de confirmar un acto anulable por lo cual la autorización del magistrado no puede ser otorgada con posterioridad a la realización del acto.

6. La solicitud de autorización judicial por subrogación

Cabe preguntarse si los acreedores pueden presentarse en lugar de su deudor a solicitar la autorización judicial supletoria.

En principio el fin de la autorización es superar un conflicto entre cónyuges que ha de resolverse conforme al interés familiar. De allí que si ambos están de acuerdo en no realizar la operación (el no titular negándose a asentir y el titular a requerir la venia judicial), la intervención judicial es improcedente porque obedecería al interés de un tercero y no al interés de la familia. Esta era la opinión de Borda, Trigo Represas, Araujo, Pulero, durante la vigencia del Código Civil. Por su parte Fanzolato, estima

que el poder de asentir, o de no hacerlo, es una potestad inherente a la persona del cónyuge y que el interés familiar solamente puede ser evaluado e invocado por órganos privados (el cónyuge) o jurisdiccionales (jueces).

Por el contrario la mayoría de la doctrina sostenía durante la vigencia del *nsr-sid15540838* Código Civil que el pedido de autorización judicial supletoria puede ser hecho también por el tercero adquirente, subrogando en tal derecho al obligado a escriturar, cuando falta el asentimiento de su cónyuge. Así lo han admitido la jurisprudencia y doctrina mayoritarias (Belluscio, Zannoni, Vics0 dal Taquini, Méndez Costa, Fassi y Bossert).

Por nuestra parte coincidimos con 2 Roveda y Fleitas Ortiz de Rozas en que, negar la posibilidad de dicha subrogación puede favorecer actitudes de abuso de derecho e incluso concertaciones fraudulentas entre los cónyuges. Su procedencia, sin embargo, cuando es requerida por un tercero, debería ser evaluada más estrictamente, sobre todo en lo relativo a la prueba de la razonabilidad del acto.

III. JURISPRUDENCIA

La autorización judicial procede ante la ausencia del cónyuge de domicilio actual desconocido o que no se ha hecho presente durante veinte años (CNCiv., sala B, 9/3/1990, LA LEY, 1991-D, 381; CApel. de Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 8/4/2002, LLLitoral, 2003-66, fallo1505 2560; RDPC, N°

fcs12003-1, p. 4531). La imposibilidad de obtener la conformidad del cónyuge separado de hecho la justifica (CNCiv., sala B, 8/11/1983, LA LEY, 1984-B, 31; CCiv. y Com. Azul, 20/10/1993, LA LEY, 1994-D, 227; CCiv. y Com. Lomas de Zamora, 28/4/1994, Rep. LA LEY, LIV-2039, 14-S).

Corresponde al oponente fundar sus razones y la falta de fundamentación puede ser decisiva, apreciada restrictivamente *nsr-sid15540838* (CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala I, 26/4/1994, LLBA, 1994-8124).

Como la valoración del interés del cónyuge que solicita el asentimiento responde a criterios objetivos, también se ha resuelto que no le basta con manifestar qué quiere disponer, debe ofrecer los elementos necesarios para la actuación

lrech judicial (CNCiv., sala C, 0838 7/9/1984, LA LEY, 1985-B, 164; sala D, 19/5/1981, LA LEY, 1981-D, 333).

La venia judicial puede ser solicitada antes de haberse concertado el negocio (CNCiv., sala G, 23/11/1981, LA LEY, 1981-C, 208).

Art. 459.— Mandato entre cónyuges. Uno de los cónyuges puede dar poder al otro para representarlo en el ejercicio de las facultades que el régimen matrimonial le atribuye, pero no para darse a sí mismo el asentimiento en los casos en que se aplica el artículo 456. La facultad de revocar el poder no puede ser objeto de limitaciones.

Excepto convención en contrario, el apoderado no está obligado a rendir cuentas de los frutos y rentas percibidos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La posibilidad de celebrar contrato de mandatos entre cónyuges estaba establecida en el art. 1276 del Código Civil según texto introducido por la ley 17.711.

La norma tiene como fuente los arts. 218 del Código francés; 212 del Código belga, 475 del Código de Quebec 451 del Proyecto de 1998 y 509 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

rapdefault1. Contratos entre cónyuges

langfel1274En el Código Civil si bien el principio era la posibilidad de contratar entre cónyuges, existían severas limitaciones a la posibilidad de su realización, ya que los esposos no podían celebrar contratos de compraventa, ni de permuta, ni de donación ni cualquier otro y tenían muy restringida la posibilidad de celebrar contratos de sociedades. Lo que el legislador buscaba con esas prohibiciones era proteger a la mujer casada e impedir la alteración de las normas que regían las relaciones patrimoniales entre ellos.

El Código Civil y Comercial elimina toda interdicción de contratar entre cónyuges, sin incorporar ninguna como la contenida en el art. 1323 del Código español que admite expresamente la libertad de contratación entre cónyuges., simplemente se suprimen todas las interdicciones a la libertad de contratar contenidas en el anterior Código, de esta manera se reconoce la plena igualdad de los cónyuges.

En este nuevo orden jurídico resulta lógico que se permita la libertad de que los esposos celebren contrato de mandato, sin embargo, este tiene algunas limitaciones, que resultan una excepción a la libertad de contratar.

2. Contrato de mandato entre cónyuges

No obstante que rige la libertad de contratación entre marido y mujer en esta materia se prefirió aclarar, siguiendo la norma francesa y las similares, que se autoriza el mandato de uno de los cónyuges en favor del otro para ejercer los poderes que al mandante corresponden según el régimen matrimonial, lo que no se entiende excluyente de mandatos con otras finalidades sino aclaratorio de la facultad de otorgarlo en estos casos.

Resulta indiscutible que los cónyuges pueden otorgarse entre sí cualquier tipo de contrato de mandato, ya que de no ser así hubiera sido necesario una norma especial que así lo

hicidispusiera.

3. Límites al contrato de mandato entre cónyuges

A fin de eliminar dudas, se aclara también que no es posible que el mandatario se dé a sí mismo el asentimiento que debe dar el mandante en los casos en que la ley lo requiere.

4. El mandato general anticipado

En la doctrina argentina se ha discutido largamente si el mandato podía a ser general y anticipado.

En general la doctrina se manifestaba contrario a su aceptación porque el otorgamiento de un poder con ese alcance desnaturalizaba el régimen de administración dual que era considerado de orden público.

En la actualidad la discusión aparece zanjada porque el asentimiento debe ser dado para el acto en sí y los elementos que lo componen, con lo cual aparece como imposible que anticipadamente y en forma general se conozcan los elementos que componen el acto.

ng1025 5. Rendición de cuentas

Finalmente, se aclara y perfecciona la disposición actualmente vigente sobre rendición de cuentas en el mandato de administración.

Art. 460.— Ausencia o impedimento. Si uno de los cónyuges está ausente o impedido transitoriamente de expresar su voluntad, el otro puede ser judicialmente autorizado para representarlo, sea de modo general o para ciertos actos en particular, en el ejercicio de las facultades resultantes del régimen matrimonial, en la extensión fijada por el juez.

A falta de mandato expreso o de autorización judicial, a los actos otorgados por uno en representación del otro se les aplican las normas del mandato tácito o de la gestión de negocios, según sea el caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo en comentario no tiene antecedentes directos el Código Civil aunque cabe señalar que el art. 1284 del Código Civil preveía la transferencia de la administración de los bienes de la sociedad conyugal a la mujer cuando sea nombrada curadora del marido con las mismas facultades y responsabilidades que aquél, los arts. 1285 y 1288 se referían a los poderes de la esposa en tal situación. A partir de la ley 17.711 tales normas dejaron de tener sentido ya que se entendía que si uno de los cónyuges caía en incapacidad y el otro era designado su curador, la facultades y responsabilidades estaban regidas por las normas de la curatela.

Sus fuentes más cercanas son los arts. 219 del Código francés, 220 del Cód. belga, art. 90 holandés, 444 Cód. de Quebec, 452 del Proyecto de 1998 y 510 del Proyecto de 1993.

83II. COMENTARIO

El art. 460 regula el supuesto de imposibilidad de prestación del consentimiento por parte de uno de los cónyuges y dispone que en este caso el otro cónyuge puede solicitar judicialmente una autorización para representarlo con carácter general o para ciertos

actos particulares en relación con los poderes propios del régimen matrimonial, debiendo fijarse en la autorización las condiciones y extensión de las facultades conferidas. En defecto de la existencia de un poder conferido legalmente o de mandato o habilitación

hacen legal, los actos efectuados por uno de los cónyuges en representación del otro producen para éste los efectos propios de las reglas de la gestión de negocios ajenos.

Art. 461.— Responsabilidad solidaria. Los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.

fcs0 Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE REFORMULAN LAS NORMAS DE LOS ARTS. 5° Y 6° DE LA LEY 11.357, SOBRE LA BASE DE LAS CONCLUSIONES DE LA DOCTRINA NACIONAL Y DE LAS XI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (BUENOS AIRES, 1987), ASÍ COMO DEL CÓDIGO FRANCÉS.

LAS FUENTES DEL ARTÍCULO SON LOS ARTS. 220 DEL CÓDIGO FRANCÉS, 222 DEL CÓDIGO BELGA, 453 DEL PROYECTO DE 1998 Y 511 DEL PROYECTO DE 1993.

II. COMENTARIO

1. PRINCIPIO GENERAL. SEPARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

SE MANTIENE, AL IGUAL QUE EL ORDENAMIENTO ANTERIOR, EL SISTEMA DE SEPARACIÓN DE RESPONSABILIDADES ESTABLECIDO EN LOS ARTS. 5° Y 6° DE LA LEY 11.357. LA PRINCIPAL DIFERENCIA CON EL RÉGIMEN DEROGADO ES QUE AHORA EXISTEN CASOS EN LOS CUALES LA RESPONSABILIDAD ES SOLIDARIA ENTRE LOS ESPOSOS. ANTES LA RESPONSABILIDAD SE EXTENDÍA AL CÓNYPGE QUE NO CONTRAJÓ LA DEUDA HASTA LOS FRUTOS DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES. EN LA ACTUALIDAD EL ACREEDOR PODRÁ ATACAR TODOS LOS BIENES (SEAN PROPIOS Y GANANCIALES) DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYPGES Y SIEMPRE Y CUANDO SE TRATE DE DEUDAS CONTRAÍDAS PARA SOLVENTAR LAS NECESIDADES ORDINARIAS DEL HOGAR O EL SOSTENIMIENTO O LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS COMUNES.

2. EXTENSIÓN DE LA CONTRIBUCIÓN SOLIDARIA

UNO DE LOS PROBLEMAS QUE PRESENTA LA NORMA EN ANÁLISIS ES DETERMINAR QUÉ OBLIGACIONES CONTRAÍDAS POR LOS CÓNYPGES DETERMINAN LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. LAMENTABLEMENTE LA RESPUESTA EN ESTE TEMA NO ES UNÍVOCA PORQUE DEPENDER

DE:

A) EL FIN DEL GASTO;

B) LA RAZONABILIDAD DEL GASTO;

C) QUE SE TRATE DE NECESIDADES ORDINARIAS;

D) QUE SEAN GASTOS USUALES;

E) STANDARD DE VIDA DE LA FAMILIA.

LAS SOLUCIONES EN EL DERECHO COMPARADO NO SON UNIFORMES, ASÍ EN ALEMANIA SE CONSIDERA COMO INTEGRANTES DEL PODER DOMÉSTICO EL ARRENDAMIENTO DE UNA VIVIENDA, LA CONTRATACIÓN DE UN VIAJE O UN APARTAMENTO DE VACACIONES, O LA COMPRA DE OBJETOS DE REGALO PARA PARIENTES O AMIGOS, MIENTRAS EN ESPAÑA EL ARRENDAMIENTO DE UNA VIVIENDA DE VACACIONES ES CONSIDERADO EN GENERAL UN ACTO DE ADMINISTRACIÓN EXTRAORDINARIA AJENO AL DEBER DE CONTRIBUCIÓN DE AMBOS CÓNYPGES.

EN ALEMANIA SE INCLUYE EN LA ESFERA DE GASTOS A LOS QUE ESTÁN OBLIGADOS A CONTRIBUIR AMBOS CÓNYPGES LA COMPRA DE UN AUTOMÓVIL SI NO TIENE PREPONDERANTEMENTE FINALIDAD NEGOCIAL O DEPORTIVA, MÁS ELLO EN ESPAÑA EXCEDE DE LOS LÍMITES LEGALES QUE REPRESENTA SATISFACCIÓN DE UNA NECESIDAD ORDINARIA.

EL CÓDIGO FRANCÉS ESTABLECE EN EL ART. 220 QUE LA SOLIDARIDAD DE LOS ESPOSOS FRENTE A LOS CONTRATOS QUE TENGAN POR OBJETO LOS GASTOS DEL HOGAR NO TIENE LUGAR CUANDO LOS GASTOS FUERAN EXCESIVOS FRENTE AL TREN DE VIDA DE LOS ESPOSOS O LA UTILIDAD O INUTILIDAD DE LA OPERACIÓN O LA MALA O BUENA FE DE LOS TERCEROS CONTRATANTES.

EN DEFINITIVA EL LEGISLADOR NO DA EN NINGÚN PAÍS UNA DEFINICIÓN EXACTA DE LAS DEUDAS QUE DETERMINAN LA OBLIGACIÓN SOLIDARIA. POR LO QUE PARA SU DETERMINACIÓN COBRA GRAN IMPORTANCIA LOS PRINCIPIOS ENUMERADOS AL COMIENZO DE ESTE TÍTULO Y LAS DECISIONES JURISPRUDENCIALES, QUE EN EL DERECHO COMPARADO HAN SIEMPRE CONSIDERADO QUE AMBOS CÓNYPGES DEBEN CONTRIBUIR A LOS GASTOS DE VESTIMENTA, DOMÉSTICOS, MÉDICOS, QUIRÚRGICOS Y FARMACÉUTICOS, Y HAN ESTIMADO QUE NO ESTÁN COMPRENDIDOS EN EL DEBER DE CONTRIBUCIÓN LAS OPERACIONES DE BOLSA, NI LOS CONTRATOS REALIZADOS PARA COLABORAR CON UN HIJO MAYOR DE EDAD, NI LA COMPRA DE DECENAS DE LIBROS DE LUJO.

POR OTRA PARTE HAY QUE TENER EN CUENTA EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUCIÓN ES EL SOCORRO Y AYUDA MUTUA. EN TAL SENTIDO CABE PREGUNTARSE SI DENTRO DEL DEBER DE CONTRIBUCIÓN SE PUEDE CONSIDERAR COMPRENDIDOS LO NECESARIO PARA EL PERFECCIONAMIENTO DE LOS PROPIOS CÓNYPGES A FIN DE ACCEDER O CONSERVAR PUESTOS DE TRABAJO. CREEMOS QUE SÍ PUES ATIENDE AL LEGÍTIMO INTERÉS DEL CÓNYPGE DE PERFECCIONARSE PERSONAL Y PROFESIONALMENTE Y SUPONE UN INCREMENTO DE LA EXPECTATIVA DE INGRESOS PARA LA UNIDAD FAMILIA Y UNA FORMA DE CONTRIBUIR A LA COMUNIDAD DE VIDA ESENCIAL DURANTE LAS NUPCIAS.

3. SOSTENIMIENTO Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS NO COMUNES. RESPONSABILIDAD MANCOMUNADA

EL ART. 455 ESTABLECE QUE LOS CÓNYPGES RESPONDEN SOLIDARIAMENTE POR LAS DEUDAS CONTRAÍDAS PARA EL SOSTENIMIENTO Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS COMUNES, A CONTRARIO SENSU NO RESPONDERÁN SOLIDARIAMENTE POR AQUELLAS CONTRAÍDAS PARA

EL SOSTENIMIENTO Y LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS NO COMUNES, SIN IMPORTAR SI ELLOS VIVEN O NO EN EL HOGAR CONYUGAL.

ART. 462.— COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES. LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN A TÍTULO ONEROSO DE COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES CUYA TENENCIA EJERCE INDIVIDUALMENTE UNO DE LOS CÓNYUGES, CELEBRADOS POR ÉSTE CON TERCEROS DE BUENA FE, SON VÁLIDOS, EXCEPTO QUE SE TRATE DE LOS MUEBLES INDISPENSABLES DEL HOGAR O DE LOS OBJETOS DESTINADOS AL USO PERSONAL DEL OTRO CÓNYUGE O AL EJERCICIO DE SU TRABAJO O PROFESIÓN,

ULTO EN TALES CASOS, EL OTRO CÓNYUGE PUEDE DEMANDAR LA NULI

AF42DAD DENTRO DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE SEIS MESES DE HABER CONOCIDO EL ACTO Y NO MÁS ALLÁ DE SEIS MESES DE LA EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO CIVIL CARECE DE UNA NORMA COMO LA COMENTADA SUS FUENTES SON EL. Cód. FRANCÉS, ART. 222; Cód. DE QUEBEC, ART. 402 Y ARTS. 455 DEL PROYECTO DE 1998 Y 513 DEL PROYECTO DE 1993.

II. COMENTARIO

LA DISPOSICIÓN PROYECTADA TIENDE A COMPLETAR LA PROTECCIÓN DE TERCEROS DE BUENA FE QUE DERIVA DEL ART. 2412 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, SIGUIENDO AL CÓDIGO FRANCÉS Y A SU DOCTRINA INTERPRETATIVA.

ESTE ARTÍCULO HAY QUE CORRELACIONARLO CON EL ART. 1895 QUE DICE QUE "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 EXCEPTO QUE EL VERDADERO PROPIETARIO PRUEBE QUE LA ADQUISICIÓN FUE GRATUITA".

EN LA NORMA EN COMENTARIO LA PROTECCIÓN SE AMPLÍA A LOS BIENES MUEBLES SOBRE LOS QUE SIMPLEMENTE SE TENGA LA TENENCIA PUES PARA EL TERCERO NO ES FÁCIL DISTINGUIR SI EXISTE O NO EXISTE ANIMUS DONANDI DE PARTE DEL CÓNYUGE; POR LA OTRA, SE LIMITA A LOS ADQUIRENTES A TÍTULO ONEROSO, REQUISITO NO EXIGIDO POR EL CÓDIGO FRANCÉS PERO SÍ POR EL DE QUEBEC, YA QUE ENTRE EL INTERÉS DE LA FAMILIA Y EL DEL ADQUIRENTE A TÍTULO GRATUITO, PARECE PREFERIBLE EL PRIMERO; FINALMENTE, SE EXCLUYEN BIENES QUE, POR SU ÍNDOLE, EL TERCERO NO PUEDE IGNORAR QUE SON DE USO COMÚN O DEL OTRO CÓNYUGE, EN EL CONCEPTO DE COSAS MUEBLES NO REGISTRABLES DEBEN CONSIDERARSE INCLUIDOS LOS VALORES MOBILIARIOS, COSAS MUEBLES POR SU CARÁCTER REPRESENTATIVO.

EN LOS MUEBLES INDISPENSABLES PARA EL HOGAR, SÓLO COMPRENDEN LOS MUEBLES DESTINADOS A AMUEBLAR LA RESIDENCIA FAMILIAR, E INCLUSO A ADORNARLA; LOS CUADROS Y OBRAS DE ARTE FORMAN PARTE DE LOS ADORNOS.

CAPÍTULO 2

RÉGIMEN DE COMUNIDAD

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

POR GRACIELA MEDINA

F42BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: BASSET, ÚRSULA, "MODIFICACIONES AL RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO EN EL PROYECTO", RDPYC, N° 2, RUBINZAL CULZONI, 2012.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", JA, 5-1970-866.

1ART. 463.— CARÁCTER SUPLETORIO. A FALTA DE OPCIÓN HECHA EN LA CONVENCIÓN MATRIMONIAL, LOS CÓNYUGES QUEDAN SOMETIDOS DESDE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO AL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS REGLAMENTADO EN ESTE CAPÍTULO. NO PUEDE ESTIPULARSE QUE LA COMUNIDAD COMIENCE ANTES O DESPUÉS, EXCEPTO EL CASO DE CAMBIO DE RÉGIMEN MATRIMONIAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 449.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO DE VÉLEZ SANSFIELD, REGLAMENTABA EL RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN LOS ARTS. 1217 A 1322 COMPRENDIDOS EN EL LIBRO SEGUNDO, SECCIÓN TERCERA, TÍTULO SEGUNDO DEL CÓDIGO CIVIL, BAJO EL NOMBRE "DE LA SOCIEDAD CONYUGAL".

EL SISTEMA ERA INCOMPLETO Y DIFÍCIL Y YA QUE NO EXISTÍAN DISPOSICIONES CLARAS NI CON RESPECTO AL RÉGIMEN DE DEUDAS ENTRE LOS CÓNYUGES AL MOMENTO DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, NI CON REFERENCIA A LAS NORMAS A APLICAR A LA INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA, NI AL SISTEMA DE LAS RECOMPENSAS. LAS SOLUCIONES SE ESTRUCTURABAN DE ACUERDO A UNA JURISPRUDENCIA QUE SE CONSOLIDABA MUY LENTAMENTE, CON LAS CONSIGUIENTES INSEGURIDADES JURÍDICAS, PRODUCIDA POR LAS DIVERGENCIAS EN LAS DIFERENTES JURISDICCIONES.

EN DEFINITIVA SI BIEN LA LABOR DE LA JURISPRUDENCIA CLARIFICABA LA CUESTIÓN, LO CIERTO ES QUE SE REQUERÍA UNA ADECUACIÓN DEL RÉGIMEN DE BIENES ENTRE LOS CÓNYUGES COHERENTE CON EL SISTEMA PATRIMONIAL IMPERANTE Y CON LA SITUACIÓN DE LA MUJER, PROTEGIDA POR MÚLTIPLES CONVENCIONES INTERNACIONALES QUE HACÍAN INSOSTENIBLE REFERENCIAS A LA DOTE DE LA "MUJER CASADA". PARA SU REGULACIÓN SE HA TENIDO COMO FUENTES LOS ARTS. 148 DEL CÓDIGO DE VENEZUELA, 1948 DEL CÓDIGO CIVIL URUGUAYO, 1640 DEL CÓDIGO DE BRASIL, 1715 DEL CÓDIGO DE CHILE, 38 DEL DE PARAGUAY, 2078 DEL CÓDIGO DE PERÚ, 1344 DEL DE ESPAÑA, 177 DEL CÓDIGO DE ITALIA, 1400 DEL CÓDIGO DE FRANCIA, Y 1967 DEL DE PORTUGAL.

II. COMENTARIO

1. RÉGIMEN DE COMUNIDAD

EL CÓDIGO OPTA POR UN RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS DE CARÁCTER SUPLETORIO CUYA CARACTERÍSTICA PRINCIPAL ES LA FORMACIÓN DE UNA MASA DE BIENES QUE A LA DISOLUCIÓN DEBE DIVIDIRSE ENTRE LOS ESPOSOS O ENTRE ÉSTOS Y SUS HEREDEROS, POR PARTES IGUALES.

DURANTE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO LOS CÓNYUGES SÓLO TIENEN UNA EXPECTATIVA SOBRE LA MITAD DE LOS BIENES Y SU DERECHO A LA MITAD DE LOS GANANCIALES RECIÉN SURGE AL TIEMPO DE LA DISOLUCIÓN.

2. CARÁCTER SUPLETORIO, ALCANCE

COMO EL SISTEMA DE COMUNIDAD DE GANANCIAS ES UN SISTEMA ACEPTADO POR LA MAYORÍA DE LA POBLACIÓN Y RESULTA ÉTICA Y MORALMENTE VALIOSO, SE LO ACEPTA COMO RÉGIMEN SUPLETORIO, ELLO IMPLICA QUE:

A) LOS CÓNYUGES NO ESTÁN OBLIGADOS A REALIZAR UN CONTRATO PARA DETERMINAR LA FORMA COMO VAN A REGULAR SUS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE SÍ Y FRENTE A TERCEROS.

B) EL HACER UNA CONVENCIÓN ESTABLECIENDO UN RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL CONSTITUYE UNA OPCIÓN.

C) SI LOS CÓNYUGES NO OPTAN POR FORMALIZAR UNA CONVENCIÓN AL TIEMPO DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO QUEDAN SOMETIDOS DESDE LA CELEBRACIÓN DE LAS NUPCIAS AL RÉGIMEN DE COMUNIDAD.

CABE PREGUNTARSE CUÁL ES EL ALCANCE A DAR AL TÉRMINO SUPLETORIO. ESTÁ CLARO QUE LA PRIMERA REGLA ES LA VOLUNTAD DE LOS CÓNYUGES Y QUE POR ENDE EL RÉGIMEN QUE RIGE ES EL QUE ELLOS ELIJAN Y QUE SÓLO SUPLETORIAMENTE SE APLICARÁ EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD, LO QUE NO ES TAN CLARO ES SI UNA VEZ ELEGIDO DICHO RÉGIMEN, LAS NORMAS COMUNITARIAS SE APLICAN OBLIGATORIAMENTE O SÓLO SUPLETORIAMENTE MIENTRAS LOS CÓNYUGES NO LAS MODIFIQUEN.

EL NUEVO CÓDIGO NO TIENE NORMAS ESPECÍFICAS SOBRE LA APLICACIÓN OBLIGATORIA DE LAS REGLAS DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD, UNA VEZ QUE SE HA OPTADO POR ÉL, SI LAS TIENE EL RÉGIMEN PRIMARIO DE BIENES, DONDE SE ESTABLECE QUE SUS NORMAS SON DE ORDEN PÚBLICO, INDEROGABLES E INMODIFICABLES POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

ANTE LA FALTA DE DISPOSICIÓN NORMATIVA EXPRESA SOBRE EL TEMA CABE PREGUNTARSE SI LOS ESPOSOS, ¿PODRÍAN CONVENIR MODIFICACIONES AL RÉGIMEN DE COMUNIDAD LEGALMENTE ESTABLECIDO CUYAS NORMAS SÓLO REGIRÍAN EN FORMA SUPLETORIA?

CREEMOS QUE EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD PUEDE SER MODIFICADO POR LOS ESPOSOS EN SUS RELACIONES INTERNAS PERO NO EN SUS RELACIONES EXTERNAS. ELLO ASÍ LOS ESPOSOS PODRÍAN PACTAR DISTINTAS PAUTAS SOBRE LA FORMA DE ADMINISTRAR SUS BIENES, MEDIANTE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE MANDATO TÁCITOS O EXPRESOS, TAMBIÉN PODRÍAN ALTERAR EL CARÁCTER PROPIO O GANANCIAL DE LOS BIENES MEDIANTE LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA Y DE DONACIÓN Y FINALMENTE PODRÍAN NO DIVIDIR SUS BIENES POR MITADES AL MOMENTO DE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO.

EN CAMBIO FRENTE A LOS TERCEROS EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD NO SE MODIFICA POR ACUERDO DE PARTES PORQUE EL TRÁFICO JURÍDICO REQUIERE SEGURIDAD, ESTO SURGE CLARO DE LA NORMA QUE ESTABLECE CÓMO DEBE SER PROBADO EL CARÁCTER DE LOS BIENES. ASÍ EL ART. 456 DEL CÓD. CIV. Y COM. ESTABLECE QUE FRENTE A LOS TERCEROS NO ES SUFICIENTE PRUEBA DEL CARÁCTER PROPIO LA CONFESIÓN DE LOS CÓNYUGES, LO QUE PRUEBA ACABADAMENTE LA INVALIDEZ FRENTE A LOS ACREEDORES DE LOS ACUERDOS PARA CAMBIAR EL CARÁCTER DE LOS BIENES. ELLO NOS PERMITE AFIRMAR QUE EN ESTE ASPECTO UNA VEZ ELEGIDO EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD SUS NORMAS SON OBLIGATORIAS EN SUS RELACIONES CON TERCERAS PERSONAS.

HAY QUE TENER EN CUENTA QUE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL SE ACEPTA LA LIBERTAD DE CONTRATACIÓN COMO PRINCIPIO GENERAL Y QUE POR LO TANTO SÓLO SE ENCUENTRA PROHIBIDO EN MATERIA CONTRACTUAL AQUELLO QUE LA LEY EXPRESAMENTE DISPONGA, O LO QUE SEA CONTRARIO A LA MORAL, LAS BUENAS COSTUMBRES Y AL ORDEN PÚBLICO, COMO LAS CONVENCIONES ENTRE CÓNYUGES NO SON NI CONTRARIAS A LA MORAL, NI A LAS BUENAS COSTUMBRES, MIENTRAS NO VIOLAN ALGUNA DISPOSICIÓN DE ORDEN PÚBLICO SON VÁLIDAS.

3. MOMENTO EN EL QUE COMIENZA A REGIR LA COMUNIDAD. SUPUESTO DE UNIÓN CONVIVENCIAL ANTERIOR

EL ART. 463 ESTABLECE QUE NO PUEDE ESTIPULARSE QUE LA COMUNIDAD COMIENCE ANTES O DESPUÉS DE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO, EXCEPTO EN EL CAMBIO DE RÉGIMEN, PREVISTO EN EL ART. 449.

ESTE ARTÍCULO HAY QUE COORDINARLO CON LO DISPUESTO PARA LAS UNIONES CONVIVENCIALES EN LOS ARTS. 513 A 517 QUE REGULAN LOS PACTOS DE CONVIVENCIA.

HAY QUE TENER EN CUENTA QUE LOS CONVIVIENTES PUEDEN PACTAR QUE SUS RELACIONES ECONÓMICAS ESTARÁN REGIDAS POR UN RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS, EN EL SUPUESTO QUE LOS CONVIVIENTES CON POSTERIORIDAD SE CASEN HUBIERE SIDO PREFERIBLE QUE SE ESTABLEZCA LA RETROACTIVIDAD DEL COMIENZO DE LA COMUNIDAD DE GANANCIAS, YA QUE ELLA NACIÓ EN EL MOMENTO EN QUE SE CELEBRA EL PACTO DE CONVIVENCIA. LUEGO, SI LOS CONVIVIENTES CONTRAEN MATRIMONIO PODRÁN OPTAR POR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN O CONTINUAR CON EL DE COMUNIDAD CON EL MENCIONADO EFECTO RETROACTIVO.

LAMENTABLEMENTE ELLO NO HA SIDO RECIBIDO POR LA NORMA QUE COMENTAMOS; ELLO GENERARÁ PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN, POR EJEMPLO PENSEMOS EN UNA PAREJA QUE VIVE DURANTE 10 AÑOS EN UNIÓN CONVIVENCIAL Y CELEBRAN UN PACTO CONVIVENCIAL DE COMUNIDAD DE BIENES CON LO CUAL TODOS LOS BIENES QUE ADQUIEREN A NOMBRE DE CUALQUIER CONVIVIENTE SON GANANCIALES. PASADOS LOS 10 AÑOS LA PAREJA SE CASA, NO HACE OPCIÓN POR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN CON LO CUAL SE LES APLICA EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD. ¿CUÁL SERÍA EL CARÁCTER DE LOS BIENES GANANCIALES ADQUIRIDOS DURANTE LA CONVIVENCIA A NOMBRE DE UNO DE LOS CONVIVIENTES? ¿CÓMO INGRESARÍA ESE BIEN A LA COMUNIDAD MARITAL? ¿DEBERÍA CONSIDERARSE PROPIO DEL TITULAR REGISTRAL POR HABER SIDO ADQUIRIDO CON ANTERIORIDAD AL MATRIMONIO, AUN CUANDO FUERA GANANCIAL DURANTE LA UNIÓN CONVIVENCIAL?

4. ¿SE PUEDE PACTAR QUE EL CAMBIO DE RÉGIMEN DE SEPARACIÓN A LA COMUNIDAD SEA RETROACTIVO?

CREEMOS QUE EL PRINCIPIO DE LIBERTAD DE CONTRATACIÓN Y EL RESPETO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA MUTABILIDAD DE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES MATRIMONIALES HACEN POSIBLE PACTAR LA COMUNIDAD CON EFECTO RETROACTIVO, SIEMPRE DENTRO DE LA VIGENCIA DEL MATRIMONIO.

SE TRATA DE ABANDONAR EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN Y PACTAR EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD RETROACTIVO AL COMIENZO DEL MATRIMONIO, CON LA LIMITACIÓN INTRÍNSECA DE LA EXISTENCIA DE UN VERDADERO MATRIMONIO Y AL DE LA VIGENCIA TEMPORAL DE ÉL.

F42 STE (NO PODRÍA PACTARSE LA RETROACTIVIDAD AL MOMENTO DE LA UNIÓN CONVIENCIAL).

POR OTRA PARTE CABE ACLARAR QUE ESA ALTERACIÓN TEMPORAL DE LA VIGENCIA DEL RÉGIMEN NO PODRÍA MODIFICAR LOS DERECHOS DE TERCEROS.

SECCIÓN 2ª

BIENES DE LOS CÓNYUGES

POR GRACIELA MEDINA

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ALLENDE, ALBERTO G., "EL BIEN DE NATURALEZA MIXTA EN LA SOCIEDAD CONYUGAL (IMPORTANCIA PARA EL DERECHO NOTARIAL DE SU CALIFICACIÓN)", ED, 28-885; "CONCURRENCIA DE APORTES PROPIOS Y GANANCIALES ADQUISITIVOS DE DOMINIO", REVISTA DEL NOTARIADO N° 834, 1993; ALLENDE, LUIS MARÍA, "LOS LLAMADOS BIENES MIXTOS EN LA SOCIEDAD CONYUGAL", REVISTA DEL NOTARIADO N° 806, 1986; ALTOMARE SIGLER, MARÍA ISABEL, "TRATAMIENTO DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL", REVISTA DEL NOTARIADO, CABA, COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, ABRIL-JUNIO 2013, 912; BELLUSCIO, AUGUSTO C., "INMUEBLE ADQUIRIDO POR UNO DE LOS CÓNYUGES EN VIRTUD DEL BOLETO DE COMPRAVENTA ANTERIOR AL MATRIMONIO", LA LEY, 154-281; BORDA, GUILLERMO A., "CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES QUE COMPONEN LA SOCIEDAD CONYUGAL", LA LEY, 1983-A, 836; BOSSERT, G. A., "LOS INMUEBLES PROPIOS DE LA MUJER CASADA", JA, 1971-484; CACIARDI, NORBERTO; CATUREGLI, SRSID15540838 SUSANA; GOLDFARB, MARTA; NOSTRO DE SEGHEITI, NILDA; PELOSI, HORACIO; SEGHEITI, 5540838 ROBERTO Y SLIMOVICH DE BURSTEIN, RITA, "PROBLEMÁTICA DE LOS LLAMADOS BIENES MIXTOS EN EL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL. ANÁLISIS DEL PLENARIO 'SANZ'", REVISTA DEL NOTARIADO N° 834, 1993; CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "LA OMISIÓN DEL ORIGEN DE LOS FONDOS CON LOS QUE SE ADQUIERE UN INMUEBLE Y SU SUBSANACIÓN POSTERIOR", LA LEY, 1989-E, 236; "PREVALENCIA DE LA CALIFICACIÓN DE BIENES COMO PROPIOS A PESAR DEL SILENCIO RESPECTO AL ORIGEN DEL DINERO EN LA ESCRITURA DE COMPRA", ED, 181-573; "TRASCENDENCIA DE UN RECIENTE PLENARIO SOBRE CALIFICACIÓN DE BIENES DEL MATRIMONIO", REVISTA 31505 DEL NOTARIADO N° 830, 1992; CAPPARELLI, J. C., CIFUENTES, S., "CLASIFICACIÓN DE LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, LA PRESUNCIÓN DE GANANCIALIDAD Y LOS ELEMENTOS QUE LA CONTRADICEN. OMISIÓN DE LA MANIFESTACIÓN QUE PREVÉ EL ARTÍCULO 1246 DEL CÓDIGO CIVIL", LA LEY, 1999-D, 560; CERRA, SILVINA, "CALIFICACIÓN Y PRUEBA DE LOS BIENES. APLICACIÓN A UN SUPUESTO ESPECIAL: ADQUISICIÓN DE UN INMUEBLE MEDIANTE EL EMPLEO DE FONDOS DE CARÁCTER PROPIO Y GANANCIAL", RDPY, 2010-I, 50; CÓRDOBA, LUCILA INÉS, "¿ES GANANCIAL LA INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE?", RDPY, HOJA 3, NÚMERO 1; DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "PRUEBA DE LA PROPIEDAD DEL DINERO CON QUE COMPRO LA MUJER CASADA (ART. 1246, Cód. CIV.)", JA, 1943-II-20; FERRARI CERETTI, FRANCISCO, "BIENES EN PARTE PROPIOS Y EN PARTE GANANCIALES EN EL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", NSRSID15540838 REVISTA DEL NOTARIADO HN° 833, 1993; "LA FACILIDAD DE SUBSANAR POR UNA ESCRITURA ACLARATORIA LA OMISIÓN DE CONSIGNAR

EN EL INSTRUMENTO ADQUISITIVO DEL DOMINIO LA PROCEDENCIA DEL DINERO EMPLEADO POR LA MUJER, EXIGIDA POR EL ARTÍCULO 1246 DEL CÓDIGO CIVIL", JA, 1993-I-486; GUASTAVINO, ELÍAS, "LOS DERECHOS INTELLECTUALES Y LA COMUNIDAD DE BIENES DEL MATRIMONIO", ED, T. 21;

LTRCH, ABAYRU, JOSÉ MARÍA, "¿PUEDE SER UN BIEN PROPIO Y GANANCIAL A LA VEZ?", REVISTA DEL NOTARIADO N° 834, 1993; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO COMÚN Y FORAL, COMETA S.A., 1993; MARTORANI, FELIFE Y GONZÁLEZ GUERRICO, CÉSAR, "EL CARÁCTER GANANCIAL DEL DINERO ACUMULADO EN LA CUENTA DE CAPITALIZACIÓN INDIVIDUAL DE UN

AF31505 TRABAJADOR CASADO, AFILIADO A UNA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE JUBILACIONES Y PENSIONES", JA, 1996-II-733; MEDINA, GRACIELA, "DERECHO DE AUTOR Y RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO", LA LEY, 1998-E, 1022; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "CONDOMINIO Y COSAS GANANCIALES INDIVISAS: UN ASPECTO DE LA CUESTIÓN", LACH-LEY, 1990-B, 322; RAMS ALBESA, JOAQUÍN J., LA SOCIEDAD DE GANANCIALES, TECNOS, 1992; ROVEDA, EDUARDO G. Y FILLIA, LAURA E., "CALIFICACIÓN DE LAS INDEMNIZACIONES POR DESPIDO LUEGO DE LA DISOLUCIÓN" REVISTA INTERDISCIPLINARIA DE DERECHO DE FAMILIA, VOL. 2004-III; SAMBRIZZI, EDUARDO A., "SUPUESTOS QUE HAN PRESENTADO DUDAS EN CUANTO A LA CALIFICACIÓN DE LOS BIENES EN PROPIOS O GANANCIALES", RDPYC, 2008-F; VÁZQUEZ, ALEJANDRO A., "BIENES COMPRADOS CON DINERO DE LA ESPOSA", JA, 1949-I-13 Y LA LEY,

RTLCH 53-966; VIDAL TAQUINI, ICS C. H., "EL RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO Y LAS V JORNADAS DE DERECHO CIVIL", LA LEY, 146-1098; "DE ALGUNAS CUESTIONES SUCESORIAS ANTE LA CONCURRENCIA DEL CÓNYUGE", LA LEY, 1976-C-198; "VIGENCIA INALTERADA DEL ARTÍCULO 1246 DEL CÓDIGO CIVIL ARGENTINO", LA LEY, 148-163; ZANNONI, EDUARDO A., "BIENES ADQUIRIDOS POR LA CÓNYUGE DURANTE EL MATRIMONIO, CON DINERO PROPIO", LA LEY, 120-541; "SUBROGACIÓN REAL Y SOCIEDAD CONYUGAL", LA LEY, 139-276.

♦ ♦ ♦

Art. 464.— Bienes propios. Son bienes propios de cada uno de los cónyuges:

a) los bienes de los cuales los cónyuges tienen la propiedad, otro derecho real o la posesión al tiempo de la iniciación de la comunidad;

b) los adquiridos durante la comunidad por herencia, legado o donación, aunque sea conjuntamente por ambos, y excepto la recompensa debida a la comunidad por los cargos soportados por ésta.

Los recibidos conjuntamente por herencia, legado o donación se reputan propios por mitades, excepto que el testador o el donante hayan designado partes determinadas.

No son propios los bienes recibidos por donaciones remuneratorias, excepto que los servicios que dieron lugar a ellas hubieran sido prestados antes de la iniciación de la comunidad. En caso de que el valor de lo donado exceda de una equitativa remuneración de los servicios recibidos, la comunidad debe recompensa al donatario por el exceso;

c) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por ésta.

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien es ganancial, sin perjuicio de la recompensa debida al cón-

yuge propietario;

d) los créditos o indemnizaciones que subrogan en el patrimonio de uno de los cónyuges a otro bien propio;

e) los productos de los bienes propios, con excepción de los de las canteras y minas;

f) las crías de los ganados propios que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa. Sin embargo, si se ha mejorado la calidad del ganado originario, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado propio aportado;

g) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación;

h) los adquiridos en virtud de un acto anterior a la comunidad viciado de nulidad relativa, confirmado durante ella;

i) los originariamente propios que vuelven al patrimonio del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;

j) los incorporados por accesión a las cosas propias, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de ella;

k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición;

l) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió antes del comienzo de la comunidad, si el usufructo se extingue durante ella, así como la de los bienes gravados con otros derechos reales que se extinguen durante la comunidad, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales;

m) las ropas y los objetos de uso personal de uno de los cónyuges, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si son de gran valor y se adquirieron con bienes de ésta; y los necesarios para el ejercicio de su trabajo o profesión, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si fueron adquiridos con bienes gananciales;

n) las indemnizaciones por consecuencias no patrimoniales y por daño físico causado a la persona del cónyuge, excepto la del lucro cesante correspondiente a ingresos que habrían sido gananciales;

ñ) el derecho a jubilación o pensión, y el derecho a alimentos, sin perjuicio del carácter ganancial de las cuotas devengadas durante la comunidad y, en general, todos los derechos inherentes a la persona;

o) la propiedad intelectual, artística o industrial, si la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida, o el invento, la marca o el diseño industrial han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad.

El derecho moral sobre la obra intelectual es siempre personal del autor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los bienes propios en el Código Civil estaban determinados básicamente en los arts. 1243 y 1263, también se encontraban enunciados en otros códigos y leyes como el Código de Minería y la ley de pensiones y jubilaciones.

La reforma ha tenido como objetivo hacer una prolija enumeración de los bienes propios aclarando todos aquellos supuestos que hubieran originados confusiones doctrinarias o jurisprudenciales, a un solo artículo, para evitar la búsqueda en distintas normas y la coordinación de distintas fuentes.

Las fuentes son los arts. 1243 y 1263; Cód. francés, art. 1405, párr. 1°, Cód. belga, art. 1399; Cód. de Quebec, art. 450, inc. 1°; Cód. italiano, arts. 179 a 457 del Proyecto de 1998 y 515 del Proyecto de 1993.

1. Inciso a)

Las fuentes de derecho argentino son los arts. 1243 y 1263 del Código Civil, 457 del Proyecto de 1998 y 515 del Proyecto de 1993.

Mientras que las fuentes de derecho comparado del inc. 1 del art. 463 son el art. 1405, párr. 1°, Código francés; el art. 1399 del Código belga, el art. 450 inc. 1° Código de Quebec, y el art. 179 inc. a) del Código italiano, de donde se extrae el concepto de los derechos reales sobre los bienes.

2. Inciso b)

Sus fuentes son los arts. 1243, 1263, 1264, 1265 y 1274 del Código Civil. En su redacción se ha tenido en cuenta lo dispuesto por el Cód. francés, art. 1405, párr. 1°; Cód. belga, art. 1399; Cód. de Quebec.

5540838 3. Inciso c)

Su fuente es el art. 1266 del Código Civil derogado. Y como fuente extranjera se tuvieron en cuenta, los arts. 1407 y 1436 Cód. francés y art. 1400, inc. 5° del Cód. belga.

4. Inciso d)

Este supuesto no estaba contemplado en el Código Civil, pero había sido previsto en el proyecto de 1998. En su redacción se tuvo como fuente fundamental el: Cód. francés, art. 1406, párr. 2°; Cód. de Quebec, art. 482, inc. 30.

5. Inciso e)

El inc. e) del art. 464 del Cód. Civ. y Com. tiene como fuente el art. 318 del Cód. de Minería.

6. Inciso f)

En el Código Civil no existía ninguna disposición específica sobre el ganado, sólo había disposiciones sobre los frutos de los bienes propios¹⁵⁰⁵ que eran consideradas gananciales, su aplicación literal traía injusticias porque el cónyuge que aportaba al matrimonio ganado de naturaleza propia, que con el correr de los años era reemplazado por sus crías, como éstas eran consideradas gananciales por ser fruto, al final del matrimonio 2 se encontraba con que había perdido sus bienes propios.

Las fuentes de derecho extranjero son los arts. 1963 del Código Civil uruguayo, el art. 1350 del Código Civil español y el art. 1187 del Código Civil de Panamá.

7. Inciso g)

En el Código Civil la solución estaba dada por el art. 1267, su redacción era poco clara motivo por el cual su texto fue reformado siguiendo lo dispuesto por los arts. 302 del Código Peruano, 1961 del Código Uruguayo y lo establecido por el art. 31 de la ley 1/92 de Paraguay.

8. Inciso h)

540838 La cuestión estaba contemplada en el art. 1268 del Cód. Civil, a este supuesto se añade —siguiendo a la doctrina francesa— el caso de nulidad relativa confirmada durante la comunidad, por ser similar.

9. Incisos i) y j)

Sus fuentes son el Cód. francés, art. 1406, párr. 210 y el art. 1266 del Código Civil.

10. Inciso k)

Sus fuentes son los arts. 1406, párr. 1º, y 1408 del Cód. francés; y el art. 488 del Cód. de Quebec.

11. Inciso l)

El art. 1270 del Código de Vélez es la fuente de esta norma.

12. Inciso m)

En los objetos de uso personal se adopta

af42 la solución del art. 1404 del Código francés y se los considera propios otorgando un derecho de recompensa cuando

dbchse trata de cosas de gran valor.

13. Inciso n)

El inc. n) del art. 464, tuvo como fuente inmediata lo establecido por el Cód. francés en el art. 1404: Cód. belga, art. 1401, inc. 3º, Cód. de Quebec, art. 486.

14. Inciso ñ)

Las fuentes del inc. ñ) son el Cód. francés, art. 1404; Cód. Españ

f42 ol, art. 1346, inc. 5º; Cód. belga, art. 1401, inc. 4; Cód. de Quebec, art. 485.

15. Inciso o)

El inciso en comentario modifica la solución adoptada por el art. 1272 del Código Civil reformado por la ley 17.711 y vuelve al criterio de la jurisprudencia anterior.

HICHL. COMENTARIO

En el artículo en comentario hse ha tratado de sistematizar la enunciación, agrupando los diversos supuestos de la siguiente manera:

En el inc. a), los bienes aportados al matrimonio.

En el inc. b), los adquiridos a título gratuito.

En los incs. c) a f), los adquiridos por subrogación real con otros bienes propios.

En los incs. g) a j), los adquiridos por título o causa anterior al matrimonio.

En el inc. j), los adquiridos por accesión, y en los incs. k) y l) los adquiridos por un supuesto especial de accesión, que mejor podría calificarse de anexión a otros bienes propios.

En los incs. m) a ñ), los bienes propios por su naturaleza.

En el inc. o) se trata la situación especial de la propiedad intelectual e industrial.

Teniendo en cuenta lo antedicho vamos a analizar los incisos donde se enumeran los bienes propios por separado.

1. Inciso a)

1.1. Bienes propios por el momento de origen de la propiedad, el derecho real o la posesión

El inc. a) del art. 464 incluye dentro de los bienes propios, tanto a aquellos sobre los que se tenga un derecho real como aquellos sobre los que se tenga un derecho posesorio.

Nótese que el inciso no alude solamente a los bienes sobre los que se tiene un "derecho de propiedad" sino a todos aquellos sobre los que se tiene un "derecho real" lo que es más amplio que el derecho de propiedad, ello nos remite al art. 1887 del Cód. Civil que enumera los derechos reales.

1.2. Los bienes aportados al matrimonio que pertenecían a los convivientes en calidad de gananciales con anterioridad al matrimonio

Ya dijimos que creemos que si existía comunidad antes del matrimonio ésta debería

continuar después de la celebración de las nupcias. Pero como tal propuesta se encuentra con el valladar que el art. 463 dispone que el régimen de comunidad sólo puede comenzar cuando se celebra el matrimonio, puede ser que se considere que los bienes aportados por los convivientes al matrimonio como bienes propios del conviviente titular, aun cuando éstos hubieran sido adquiridos con el esfuerzo de los dos, lo que a nuestro juicio constituye una injusticia.

2. Inciso b)

2.1. Alcance de la reforma

En el primer párrafo se mantiene el criterio universal en materia de comunidad de ganancias, según el cual los bienes adquiridos por título gratuito son propios. Se engloba la solución del actual art. 1265 Cód. Civil, referente a las donaciones onerosas, aclarándola.

En el segundo párrafo se mantiene la solución del art. 1264 Cód. Civil, considerando propias en todo caso las porciones de los bienes donados conjuntamente a uno y otro cónyuge. Se desecha, así, la solución del art. 1405, párr. 2º, del Cód. francés, que permite estipular que los bienes donados pertenecerán a la comunidad, y que la liberalidad hecha conjuntamente a los dos esposos entra en la comunidad salvo estipulación en contrario.

En el tercer párrafo, se aclara la disposición del actual art. 1274 Cód. Civil, que contraría al art. 1822 Cód. Civil, al referirse a "donaciones remuneratorias... por servicios que no daban acción contra el que las hace". Si los servicios no daban acción, se trata de donaciones comprendidas en el primer párrafo. Además se salva el derecho a recompensa en el caso previsto por el actual art. 1825 Cód. Civil.

2.2. Los bienes gananciales de titularidad de un cónyuge donados al otro cónyuge

En el Código Civil y Comercial desaparece la prohibición de que los cónyuges celebren contratos de donación y rige en toda su extensión el principio de libre contratación entre los esposos, motivo por el cual puede ocurrir que un cónyuge done al otro bienes gananciales de su titularidad, en este caso el fundamento por el cual el bien donado tiene carácter de propio aun cuando hubiera sido adquirido con el esfuerzo de ambos, es el respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

2.3. DONACIONES HECHAS CON MOTIVO DEL MATRIMONIO

LAS DONACIONES HECHAS CON MOTIVO DEL MATRIMONIO ESTÁN DEFINIDAS EN EL ART. 452, QUE DICE: LAS DONACIONES HECHAS POR TERCEROS A UNO DE LOS NOVIOS, O A AMBOS, O POR UNO DE LOS NOVIOS AL OTRO, EN CONSIDERACIÓN AL MATRIMONIO FUTURO, LLEVAN IMPLÍCITA LA CONDICIÓN DE QUE SE CELEBRE MATRIMONIO VÁLIDO.

ESTAS DONACIONES TAMBIÉN TIENEN EL CARÁCTER DE BIENES PROPIOS Y DEPENDERÁ A CUAL DE LOS DOS CÓNYUGES LE HA SIDO REALIZADA LA DONACIÓN.

2.4. Donaciones remuneratorias

Las donaciones remuneratorias son bienes gananciales y la donación que exceda la equitativa remuneración del servicio es gratuita y debe considerarse un bien propio. Ya que si hay un exceso en la donación remuneratoria se trata de una liberalidad y como tal debe calificarse de bien propio.

ch3. Inciso c)

3.1. Alcance de la reforma

Se aclara la norma vigente, así como también el carácter de los bienes adquiridos con inversión de fondos propios y gananciales, y el derecho a recompensa. En el segundo párrafo se adopta la redacción francesa, solucionando el caso de igualdad de aportes.

Se mantiene el régimen del Código argentino de inversión o reinversión de pleno derecho, y de libertad de prueba, pues no ha causado dificultad alguna. Se desecha, así, el sistema francés, en el cual *LA INVERSIÓN O REINVERSIÓN REQUIEREN —EN PRINCIPIO LA FORMALIDAD DE UNA DECLARACIÓN EXPRESA—.*

3.2. BIENES ADQUIRIDOS POR PERMUTA

POR EL PRINCIPIO DE LA SUBROGACIÓN REAL, LOS BIENES QUE SE ADQUIEREN CON LA PERMUTA DE UN BIEN PROPIO, TIENEN EL CARÁCTER DE PROPIO, ESTE SUPUESTO NO REQUIERE MAYORES EXPLICACIONES PORQUE EL NUEVO BIEN OCUPA EL MISMO LUGAR QUE EL BIEN QUE SE TENÍA.

3.3. BIENES DUALES

EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, NO ADMITE LA EXISTENCIA DE BIENES DUALES POR LOS INCONVENIENTES QUE ÉSTOS GENERAN EN CUANTO A SU ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN, POR ESO EL BIEN ADQUIRIDO CON FONDOS PROPIOS Y FONDOS GANANCIALES ES CALIFICADO O COMO PROPIO O COMO GANANCIAL, PERO NUNCA COMO PROPIO Y GANANCIAL.

3.4. APOORTE GANANCIAL SUPERIOR AL APOORTE PROPIO

AL NO ACEPTARSE LA DUALIDAD DEL BIEN SE DEBE DETERMINAR SU CARÁCTER CUANDO HAYAN CONCURRIDO FONDOS DE DIFERENTES ORÍGENES EN SU ADQUISICIÓN.

LA NORMA OPTA POR DETERMINAR QUE SI EL BIEN HA SIDO PAGADO CON UNA PARTE DE DINERO GANANCIAL Y OTRA PARTE DE DINERO PROPIO, ES CALIFICADO COMO PROPIO O GANANCIAL, DE ACUERDO AL VALOR DE LO APORTADO. SI EL APOORTE PROPIO ES MAYOR QUE EL GANANCIAL, EL BIEN SERÁ PROPIO; SI EL APOORTE GANANCIAL ES MAYOR QUE EL PROPIO, EL BIEN SERÁ GANANCIAL, SIN PERJUICIO DE LA RECOMPENSA DEBIDA AL CÓNYUGE PROPETARIO O A LA COMUNIDAD SEGÚN SU CASO.

LA SUBROGACIÓN REAL SE APLICA CUALQUIERA SEA LA NATURALEZA DEL BIEN, POR LO TANTO TAL SOLUCIÓN ANTES EXPLICADA SE APLICA TANTO SI SE TRATA DE REEMPLAZAR UN DERECHO, COMO UN CRÉDITO, UNA COSA MUEBLE, O UNA COSA INMUEBLE.

4. Inciso d)

Aun cuando se trata de un claro supuesto de subrogación real, se creyó adecuado incorporar una norma similar a la del Código francés, que comprenda sin ningún tipo de dudas los siguientes supuestos: el crédito por saldo del precio de venta de un bien propio, o por permuta con un bien propio cuando el copermutante queda adeudando un saldo, las indemnizaciones por seguros, expropiación, daños materiales, etcétera.

5. Inciso e)

Se prevé expresamente el caso de los productos de los bienes propios, lo que se estima que constituye otro caso de subrogación real, pues reemplazan en el patrimonio propio la parte del bien propio cuya extracción disminuye su sustancia. Se exceptúan, sin embargo, los productos de las minas, de acuerdo al art. 318 del Cód. de Minería, y al art. 2866 del Cód. Civil derogado que en materia de usufructo los equipara con los frutos, al igual que lo hace el art. 2141 del Cód. Civ. y Com.

6. Inciso f)

034La mayor parte de la doctrina coincidía en afirmar que las nuevas crías reemplazan como propio el ganado que desaparece por razón del tiempo, y que deben ser consideradas gananciales la diferencia en más de la cantidad de ganado.

Es lo que se ha llamado el principio de "conservación del plantel", que encuentra base en el principio de indemnidad del capital propio, y en la aplicación analógica de lo dispuesto para el caso del usufructo de ganado, donde el usufructuario está obligado a reponer con las crías los animales que mueren ordinariamente.

En el inciso en comentario se ha optado por establecer que son propios las crías de ganado que reemplazan en el plantel a los que faltan, aplicando el principio de la subrogación real y aclarando que si se ha mejorado la calidad del ganado originarios, las crías son gananciales y la comunidad debe al cónyuge propietario recompensa por el valor del ganado aportado como propio.

7. Inciso g)

La calificación como bien propio del bien adquirido durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación se encuentra en la subrogación, en el patrimonio del cónyuge del derecho. Belluscio coincide en señalar que "Si aquel derecho existía en el momento del matrimonio, era propio; por lo tanto, también es propio el bien adquirido como consecuencia de la efectivización de ese derecho", en tal sentido es superfluo el requisito del pago total o parcial con dinero propio, ya que si se pagase con dinero propio la cosa sería propia por el principio de subrogación real.

8. Inciso h)

Se trata de bienes adquiridos por un título viciado, cuya adquisición se perfecciona después del matrimonio, como por ejemplo los bienes adquiridos por incapaces que adquieren la mayoría de edad después de contraer matrimonio.

En el caso de que exista una nulidad relativa, confirmada durante la comunidad, se

juzga que el bien se incorpora al patrimonio del cónyuge no como adquisición nueva, sino simplemente como recuperación de la propiedad en virtud de un título anterior. Rige acá el principio de la "incolumidad".

9. Inciso j)

Se aclara la norma derogada, adoptando la redacción francesa. Se suprime la actual alusión a que los acrecimientos deben formar un mismo cuerpo, lo que implica incluir los inmuebles por su destino del art. 2316, Cód. Civil.

El nuevo texto es más claro que el art. 1266 del Cód. Civil, porque habla de la regla de la accesión que es técnicamente más correcta que referirse a los aumentos materiales que acrecen el bien por aluvión, edificación, o plantación.

El inc. j) comprende tanto la accesión natural determinada por el acrecentamiento por efecto de la naturaleza, como aquella que proviene de la obra del hombre, como lo es la edificación. Este inciso pone fin a la polémica de la naturaleza del bien cuando sobre un terreno propio se ha edificado un inmueble con dinero ganancial, aun cuando el inmueble edificado fuera mucho más valioso que el terreno sobre el cual se edificó, el bien continúa siendo propio y sólo existe un derecho de recompensa por el valor de la mejora. Así, si sobre un lote de 20 m de frente por 30 m de profundidad, de carácter propio se construye un edificio de 40 pisos con dinero ganancial, el edificio es propio de quien era titular del lote y la comunidad sólo tiene un derecho de recompensas por el valor de la edificación.

Cabe recordar que calificar un bien como propio o ganancial tiene mucha importancia a la disolución por muerte, ya que si el bien es ganancial, el viudo recibe el 50 %, mientras que si es propio hereda como un hijo más.

10. Inciso k)

f42 La naturaleza del bien en el cual un cónyuge tenía partes indivisas propias y con posterioridad adquiere otras partes indivisas con dinero ganancial, ha sido largamente discutido en doctrina y en jurisprudencia, mientras un sector sostenía que el bien era propio, otro sector se inclinaba por la naturaleza dual del bien.

El Código Civil y Comercial, se ha inclinado por aceptar la tesis de la unidad siguiendo en esto a la mayoría de la doctrina argentina, que considera que cuando un bien se encuentra en el régimen del Código Civil derogado, la calificación unitaria no se encontraba expresamente determinada, lo que daba lugar a innumerables discusiones doctrinarias. No obstante que no existía ninguna norma legal expresa en la práctica, sin embargo las dificultades que el régimen dual acarrea, llevaban a preferir la solución de la calificación única.

10.1. El mayor valor

El mayor valor que adquiera un bien propio reviste igual carácter que el bien al que valoriza porque así como las cosas perecen para su dueño, aumentan para él.

Por lo tanto, el aumento de valor de bienes por progresos registrados en la zona donde se encuentren, o por razones que no respondan al trabajo o iniciativa de los cónyuges, aumentará el patrimonio del titular, sin variar la condición que corresponda al

bien principal.

Sin embargo, si el mayor valor obedeciera a la actividad de uno de los cónyuges, como en el caso de loteos vendidos por mensualidades, el aumento de valor, que suele incluir intereses, puede ser considerado ganancial.

11. Inciso l)

Se regula la consolidación de la nuda propiedad (bien propio) con el usufructo. Es decir que el inciso regula la anexión del usufructo a la nuda propiedad adquirida antes del comienzo de la comunidad si el usufructo se extingue durante ella, así como a los bienes gravados con otros derechos reales, que se extinguen durante la comunidad dándole a la plena propiedad de los bienes el carácter de propio y dejando a salvo el derecho de recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes gananciales.

Debe quedar claro que el inciso no se refiere a lo que se perciba en virtud de un usufructo oneroso: que, desde la celebración del matrimonio, es ganancial.

12. Inciso m)

12.1. El alcance a dar "ropas y objetos de uso personal de uno de los cónyuges"

Parece claro que, para cualquier clase de bienes, sólo se pueden reputar de carácter personal —incluidos los vestidos— cuando éstos están efectivamente destinados a tal uso. Por lo que no puede predicarse, con la debida precisión técnica, que su carácter de propio sea una consecuencia directa de su propia naturaleza, sino que sólo son propios si están destinados al uso personal.

Además de estas notas caracterizantes debe guardar una relación de proporcionalidad entre el valor intrínseco del objeto en cuestión y el status social y económico de la familia.

12.2. Lo necesario para el ejercicio del trabajo o la profesión

Los bienes necesarios para el ejercicio de la profesión de cada cónyuge, se consideran bienes propios, aun cuando hubieran sido comprados durante la vigencia del matrimonio.

Si para adquirirlos se utiliza dinero ganancial, se debe una recompensa a favor de la sociedad conyugal. La fundamentación de esta norma de puro derecho civil se encuentra con la necesidad de garantizar la indispensable independencia al ejercicio de la profesión u oficio en el marco de la economía familiar.

12.3. Los útiles de trabajo que formen parte de un establecimiento mercantil o una explotación que forme parte de la comunidad

Si los elementos necesarios para la profesión del cónyuge, son accesorios a un establecimiento mercantil o a una explotación que forme parte de la comunidad, son gananciales, porque no son de propiedad del cónyuge, sino que son propiedad de la em-

presa familiar.

12.4. Diferencia entre la ropa y bienes personales y los instrumentos de trabajo

La ropa y bienes personales constituyen una excepción al principio general que son bienes gananciales, aquellos que se adquieren durante la vigencia del matrimonio, la vestimenta y todos los enseres personales, aun cuando se los obtenga durante la vigencia del matrimonio, son bienes propios, y en principio por ellos no se debe recompensa a la comunidad, salvo que sean de un gran valor.

Mientras que por los instrumentos de trabajo siempre se deben recompensar cuando son adquiridos con dinero de la comunidad.

13. Inciso n)

13.1. La solución en el ordenamiento

En el Código Civil no había una solución específica para las indemnizaciones pero la doctrina aceptaba la dada por el inciso que comentamos.

13.2. Las indemnizaciones y la subrogación real

En materia de indemnizaciones se aplica el principio de la subrogación real, en tal sentido el bien será calificado de la misma manera en que era calificado el derecho que viene a reemplazar, así, cuando se indemniza el daño moral o la incapacidad física de la persona, esta indemnización tiene carácter de propio, en cambio cuando se trata de pagar lo que se ha dejado de ganar, esta indemnización tiene carácter de ganancial.

13.3. La indemnización por daño extramatrimonial

rsid15540838 Cabe señalar que el inciso se refiere a las indemnizaciones por daño moral, en realidad comprende a todas las indemnizaciones que provengan de un daño extrapatrimonial. En este sentido, cabe recordar que el Código Civil y Comercial divide a los daños en patrimoniales y extrapatrimoniales, así el art. 1741 establece: "Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible.

La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste.

1505El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas".

14. Inciso ñ)

14.1. Alcance de los derechos inherentes a la persona

El inc. ñ) del art. 463, otorga carácter propio al derecho a alimentos, pensión y jubilación y a todos los derechos inherentes a la persona. Los tres primeros no ofrecen ma-

yores problemas en su conceptualización, más difícil resulta determinar el alcance de los derechos inherentes a la persona.

Al respecto cabe señalar que en los derechos inherentes a la persona la doctrina francesa incluye —además de los alimentos, jubilaciones y pensiones— el derecho sobre los recuerdos de familia, las cartas, condecoraciones, medallas o diplomas que tengan valor económico; el derecho a la clientela formada mediante el ejercicio de profesiones liberales; la renta vitalicia constituida a título oneroso mediante la entrega de bienes gananciales en provecho de uno solo de los esposos, sin perjuicio de la recompensa en favor de la comunidad; ciertas locaciones. La doctrina está dividida respecto de los derechos sociales no negociables. Para una parte son propios, para otra son gananciales, y una tercera considera propia la calidad de socio y ganancial lo propiedad de las cuotas.

14.2. Fundamento del carácter propio de la jubilación, del derecho a pensión y de alimentos.

Hay que distinguir aquí el derecho a la jubilación o pensión, que es, sin duda, bien propio y de carácter personalísimo —ya que no puede ser cedido a terceros por actos entre vivos ni *mortis causa*— de las sumas que periódicamente se perciben en virtud de tal derecho.

Esas sumas tienen carácter ganancial, ya que sustituyen los frutos del trabajo personal, o, mejor dicho, son frutos del trabajo personal, de percepción diferida.

Respecto de las pensiones, como ellas se perciben generalmente a raíz de la muerte de uno de los cónyuges, no ofrecen problemas de calificación como bien propio o ganancial.

En uno de los pocos comentarios específicos publicados sobre el tema, Varde, Martorani y Guerrico entienden que esos fondos son propios del cónyuge aportante en tanto conformarán su derecho a percibir la jubilación que como ha sido dicho es de carácter propio, interpretación que parece la más adecuada a la naturaleza y objeto del sistema provisional.

14.3. Fundamento del derecho propio de los derechos inherentes a la persona

Hay bienes cuya afectación a la persona de uno de los cónyuges está lo suficientemente acentuada como para obstaculizar su ingreso en la comunidad. Por su fundamento o su naturaleza, o por su destino económico, estos bienes se relacionan directamente con la personalidad humana, y en tanto en cuanto su posesión o atribución no es sino el ejercicio de la personalidad, o no sirven sino para dar satisfacción a intereses de la personalidad, deben, aun cuando se realicen pecuniariamente, quedar fuera de la comunidad. En el conflicto entre los intereses personales de cada esposo y los de la comunidad, ninguna regla legal obliga a sacrificar a priori los primeros: el régimen de comunidad tradicional no ha sido comprendido nunca como una absorción absoluta de todos los intereses de los cónyuges y siempre, en más o menos amplia medida han permanecido ciertos muebles fuera

de la masa común. El régimen se basa, ante todo, no sobre la idea de colaboración si hay intereses o bienes que no se adaptan a ella, es lógico y natural mantenerlos fuera de la comunidad. Los intereses de ésta resultan suficientemente salvaguardados por el derecho de goce que sólo posee sobre todos los bienes propios de los partici-

pes.

15. Inciso o)

15.1. Derechos intelectuales

El art. 1272 del Cód. Civil establecía que los derechos de autor, patentes y modelos de invención son siempre bienes propios del autor sin importar el momento de su culminación o primera representación. Ello daba lugar a soluciones injustas, motivo por el cual el inciso en comentario abandona esta posición y califica a los bienes intelectuales teniendo en cuenta la fecha de vigencia del régimen de comunidad. En consecuencia cuando la obra intelectual ha sido publicada o interpretada por primera vez, la obra artística ha sido concluida y el invento, la marca o el diseño han sido patentados o registrados antes del comienzo de la comunidad serán bienes propios.

15.2. Patente

La ley de patentes no ha regulado la incidencia que sobre la titularidad sobre patentes o modelo de utilidad tiene el régimen económico matrimonial del inventor casado, ni ha acuñado la figura del derecho moral de inventor, como hiciera la ley francesa sobre la materia de 2 de enero de 1968 si bien con la limitación de orientarse hacia el reconocimiento de la personalidad del inventor frente a un mundo industrial en el que la titularidad de las patentes pertenece mayoritariamente a las empresas y cada vez más raramente a personas individuales.

Las orientaciones doctrinales más recientes vienen postulando en favor del inventor, junto a una titularidad privativa corporal sobre los planos y documentos en los que se expone el invento, el reconocimiento de un derecho personalísimo a que el descubrimiento o invento no sea divulgado, así como el inscribirlo en el registro público correspondiente, con las consiguientes protecciones, económicas en su mayoría, que se deriven de las potenciales usurpaciones.

III. JURISPRUDENCIA

1. Inciso a)

La jurisprudencia ya había aceptado la solución dada por la 40838 reforma al tema de la posesión al decir: "El bien que tiene el cónyuge antes de su matrimonio en carácter de poseedor *"animus domini"* (derecho posesorio) es un bien propio (aunque no tenga el plazo prescriptivo), desde que la naturaleza de la posesión continúa conforme su régimen (art. 2353, Cód. Civil) dado que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza no pueden concurrir sobre la misma cosa (art. 2401, Cód. Civil) y por consiguiente, la consolidación de ese título nuevo por el transcurso del tiempo, reconocido y publicitado mediante la sentencia meramente declarativa que cierre el correspondiente proceso de usucapión, mantiene dicho carácter (CCiv., Familia y Sucesiones, Tucumán, 8/9/1981, ED, 97-809).

2. Inciso c)

Cuando se adquieren bienes, entregando como contraprestación dinero en parte propio y en parte ganancial, se le reconoce el carácter correspondiente a la entrega mayor, y si la inversión ganancial es menor, debe existir una recompensa a favor de la so-

ciudad conyugal, ya que nuestro sistema legal no acepta la calificación dual de los bienes (CNCiv., sala I, LA LEY, 13/2/2007, fallo núm. 111.177).

3. Inciso d)

Las indemnizaciones percibidas en virtud de la existencia de contratos de seguros, conservan el mismo carácter del bien o el valor que vienen a reemplazar. Así, si se trata de seguros por pérdidas o daños sufridos por las cosas, tienen igual carácter que la cosa perdida o dañada, pues media subrogación real. (En el caso, se trataba de la distribución de un auto —bien ganancial— y subsiguiente percepción del importe del seguro percibido durante el período de indivisión postcomunitaria) (CCiv. y Com. Morón, sala II, 14/6/1990, ED, 139-294).

4. Inciso f)

Que las crías de ganado destinadas a sustituir el plantel propio de uno de los cónyuges tienen carácter propio, teniendo carácter ganancial sólo el excedente que existiera a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal (C1ª Civ. y Com., Bahía Blanca, sala II, 27/2/1996, LLBA, 1997-708).

5. Inciso g)

22Conforme a lo que prescribe el art. 1267 del Código Civil, de lo que se trata es que, en el momento de la celebración del matrimonio, el cónyuge ya tenga un derecho —por lo menos eventual— de adquirir la cosa, derecho que constituya un bien propio. Por lo tanto no existe ~~h~~ que una variante de la subrogación real, caracterizada porque en lugar de sustituirse —en el patrimonio propio de uno de los cónyuges— una cosa por otra, se sustituye un derecho por una cosa. Esta asume entonces el mismo carácter que aquél, es propia 1505(SCBA, 7/3/1994, LLBA, 1995-489 - ED, 164-400 - JA, 1995-III-638; CNCiv., sala A, 3/5/1985, ED, 114-533).

La inscripción registral de la compra del automotor, efectuada con posterioridad a contraer matrimonio, no le da carácter ganancial pese a ser constitutiva, si su causa es anterior a las nupcias; entendiéndose por tal obligación que ha generado el deber de transmitir (CNCiv., sala A, 11/12/1995, LA LEY, 1996-B, 650 - ED, 169-57).

6. Incisos i) y j)

Las mejoras en el bien propio de uno de los cónyuges deben ser interpretados coordinadamente con el resto del ordenamiento, por lo cual si las mejoras son inseparables sin deterioro tienen el carácter propio de la cosa principal a la cual acceden, sin perjuicio de que su realización mediante la inversión de dinero ganancial implique que sea ganancial su valor, generando un crédito o recompensa de la sociedad contra el cónyuge propietario (SCBA, 11/11/1986, DJBA, 1987-132).

7. Inciso k)

Mantiene vigencia el fallo plenario de la Cámara Nacional Civil de la Capital, que sostuvo que reviste el carácter de propio la totalidad del bien, cuando el cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal (CNCiv., en pleno, 15/7/1992, LA

LEY, 1992-D, 260).

8. Inciso m)

Cuando se trata de papeles personales, cartas, títulos, diplomas, condecoraciones y demás elementos que guardan una estrecha relación con la persona que los posee, no se está en presencia de bienes comunes que redunden en un aspecto predominante patrimonial a los fines de la participación de la sociedad conyugal, sino esencialmente personales, los mismos deben ser atribuidos al cónyuge al que pertenecen (CNCiv., sala D, 23/11/1988, LA LEY, 1989-C, 177 - ED, 135-297).

Un tapado de piel de zorro de Groenlandia, es un bien de uso personal de la actora, debe reputarse como bien propio y de carácter personal de la mujer, porque a criterio de este Tribunal tal prenda no demanda una importante erogación que afectara el patrimonio de los cónyuges (C1ª Civ. y Com. La Plata, sala III, 2/9/1993, Jurisprudencia Colegio de Abogados de La Plata N° 41, p. 57).

9. Inciso n)

Los créditos por indemnización derivada de incapacidad absoluta para el trabajo y seguro obligatorio por invalidez total, tiene carácter ganancial (art. 1272, Cód. Civil). Por ello, fallecido el beneficiario, su cónyuge está legitimada para accionar por el cobro del 50% perteneciente al fallecimiento de éste. En cambio, el reclamo del restante 50% perteneciente a su marido fallecido sólo puede estar legitimado por su condición de heredera de aquél, y para ello debe acreditar su derecho mediante la pertinente declaratoria de herederos (SCBA, 10/11/1981, DT, 1982, 569 - ED, 98-726).

La indemnización que corresponde, conforme la ley 24.043, a quien estuvo detenido a disposición del Poder Ejecutivo durante el régimen de facto tiene carácter propio (CNCiv., sala E, 28/2/2000, LA LEY, 2000-D, 174 - DJ, 2000-3-102).

Posee carácter propio la indemnización que fuera otorgada al causante en concepto de incapacidad permanente en una acción derivada de un accidente laboral, pues dicho resarcimiento reemplazaría la pérdida de capacidad de aquél, no sólo para trabajar, sino también para desenvolverse en las distintas actividades de la vida diaria, todo lo cual es de carácter estrictamente personal (CCiv., Com., Lab. y Minería General Pico, La Pampa, 26/8/2010, RDPyP, Año 3, n° 1, p. 70).

10. Inciso ñ)

Con respecto a las jubilaciones y pensiones mantiene vigencia la jurisprudencia que sostiene que en el cálculo de la indemnización proveniente de los denominados mecanismos de retiro voluntario se abarque la antigüedad correspondiente a un tramo anterior a la disolución de la sociedad conyugal, no constituye otra cosa que la implementación de un método para determinarla, sin que el dato sea relevante para signar la circunstancia de la que deriva el derecho a la reparación, proveniente de la disolución del contrato de trabajo. De ahí, que la esposa no pueda aspirar a participar en el ingreso del marido originado por dicha indemnización, devengada con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal (C1ª Civ. y Com. San Nicolás, 2/7/1992, ED, 149-345).

Los haberes jubilatorios adeudados al causante, son de carácter ganancial, en tanto resultan asimilables a los frutos del trabajo (art. 1272 inc. 5° del Cód. Civil). En tal con-

texto, cuando el cónyuge supérstite es llamado a la sucesión en concurrencia con descendientes, del juego armónico de los arts. 3576 y 3570 del mismo cuerpo legal, resulta que a éste no le corresponde proporción alguna sobre los gananciales de propiedad del premuerto, siendo que ya ha recibido la mitad atinente a su condición de integrante de la sociedad conyugal (CNCiv., sala D, 28/6/1996, cIDial AE9A6).

Aunque nuestro régimen de comunidad sea de ganancias en materia civil, a lo acumulado en la cuenta de capitalización individual debe atribuirse el carácter de propio sean los aportes obligatorios o voluntarios (CNCiv., sala J, 29/6/2010, cIDial.com – AA61E6).

Art. 465.— Bienes gananciales. Son bienes gananciales:

a) los creados, adquiridos por título oneroso o comenzados a poseer durante la comunidad por uno u otro de los cónyuges, o por ambos en conjunto, siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo 464;

b) los adquiridos durante la comunidad por hechos de azar, como lotería, juego, apuestas, o hallazgo de tesoro;

c)38 los frutos naturales, industriales o civiles de los bienes propios y gananciales, devengados durante la comunidad;

d) los frutos civiles de la profesión, trabajo, comercio o industria de uno u otro cónyuge, devengados durante la comunidad;

e) lo devengado durante la comunidad como consecuencia del derecho de usufructo de carácter propio;

f) los bienes adquiridos después de la extinción de la comunidad por permuta con otro bien ganancial, mediante la inversión de dinero ganancial, o la reinversión del producto de la venta de bienes gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge si hay un saldo soportado por su patrimonio propio.

Sin embargo, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien es propio, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad;

g) los créditos o indemnizaciones que subrogan a otro bien ganancial;

h) los productos de los bienes gananciales, y los de las canteras y minas propias, extraídos durante la comunidad;

i) las crías de los ganados gananciales que reemplazan en el plantel a los animales que faltan por cualquier causa y las crías de los ganados propios que excedan el plantel original;

j) los adquiridos después de la extinción de la comunidad, si el derecho de incorporarlos al patrimonio había sido adquirido a título onero-

so durante ella;

k) los adquiridos por título oneroso durante la comunidad en virtud de un acto viciado de nulidad relativa, confirmado después de la disolución de aquélla;

l) los originariamente gananciales que vuelven al patrimonio ganancial del cónyuge por nulidad, resolución, rescisión o revocación de un acto jurídico;

m) los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios;

n) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge en caso de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición;

ñ) la plena propiedad de bienes cuya nuda propiedad se adquirió a título oneroso durante la comunidad, si el usufructo se consolida después de su extinción, así como la de los bienes gravados con derechos reales que se extinguen después de aquélla, sin perjuicio del derecho a recompensa si para extinguir el usufructo o los otros derechos reales se emplean bienes propios.

No son gananciales las indemnizaciones percibidas por la muerte del otro cónyuge, incluso las provenientes de un contrato de seguro, sin perjuicio, en este caso, de la recompensa debida a la comunidad por las primas pagadas con dinero de ésta.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En este artículo se reproduce, en primer término, en lo pertinente y con algunas modificaciones, la enunciación de bienes gananciales del art. 1272, Cód. Civil.

Por otra parte el art. 465 encuentra su 38 fuente en los arts. 458 del Proyecto de 1998 y 516 del Proyecto de 1993.

Sus incisos serán analizados por separado.

1. Inciso a)

El carácter ganancial de los bienes adquiridos durante el matrimonio está incluido en el primer párrafo del art. 1272 del Código Civil. Las fuentes de derecho comparado son

af0 el Cód. francés, art. 1401 Cód. español, art. 1347 inc. 3°.

2. Inciso b)

Se reproduce el tercer párrafo del art. 1272 al que agrega "los tesoros".

Tiene como fuente el art. 1351 del Código Civil español que a su vez reproduce el art. 1406 del Código Civil español derogado.

3. Inciso c)

El inc. c) sustituye al tercer párrafo del art. 1272. Sus fuentes son el Código de Quebec en su art. 449 inc. 1°, y el Código Civil español en el art. 1347 inc. 2°.

4. Inciso d)

La norma se relaciona con el párrafo quinto del art. 1272, con una redacción más precisa porque determina que para ser gananciales los frutos civiles deben haber sido devengados durante la comunidad. Las fuentes de derecho comparado del inc. d) son el Código de Quebec en su art. 449 inc. 1°, y el Código Civil español en el art. 1347 inc. 1°.

5. Inciso e)

n0El inciso en comentario se relaciona con el art. 1272, sexto párrafo del Código Civil. Su fuente es el Código Civil español, art. 1349, 2° párrafo.

6. Inciso h)

El inc. h) del art. 465, tiene como fuente el art. 318 del Código de Minería, que dice que son gananciales los productos de las minas particulares de cada uno de los cónyuges.

7. Inciso ñ)

La fuente del inc. ñ) es el Código de Quebec en su art. 454 última parte.

II. COMENTARIO

1. Inciso a)

Se incluyen los bienes creados por los esposos, es decir, los derivados de su propia industria; y también los comenzados a poseer, por las mismas razones que hacen, a los comenzados a poseer antes del matrimonio.

Por otra parte se cambia la limitación que los bienes adquiridos durante el matrimonio son gananciales siempre que no fueran adquiridos por herencia, donación o legado por la remisión al artículo anterior señalando que serán gananciales siempre que no estén incluidos en la enunciación del artículo anterior, lo que constituye una fórmula mucho más precisa y abarcativa.

2. Inciso b)

Desde siempre el producto del azar es considerado ganancial, en el régimen derogado también lo perdido en juegos y apuestas era cargo de la comunidad, con lo cual el sistema se compensaba, lo adquirido era ganancial, lo perdido era a cargo.

Se trata de toda adquisición donde intervenga el azar con independencia del mo-

mento en el cual se hubiere adquirido el derecho de participar en el sorteo o rifa.

3. Inciso c)

Se agrega a la enumeración clásica de los frutos naturales o civiles, los frutos industriales que técnicamente no son ni frutos civiles, ni frutos naturales, y modifica la palabra devengado por percibidos.

El inciso hay que relacionarlo con lo dispuesto por el art. 233 del Código que establece que frutos son los objetos que un bien produce, de modo renovable, sin que se altere o disminuya su sustancia. Y distingue los frutos en naturales industriales y civiles. Aclarando que los primeros son las producciones espontáneas de la naturaleza, los segundos son los que se producen por la industria del hombre o la cultura de la tierra y los frutos civiles son las rentas que la cosa produce.

Por otra parte hay que tener en cuenta que las remuneraciones del trabajo se asimilan a los frutos civiles.

Finalmente hay que distinguir los frutos de los productos. Estos últimos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia y forman un todo con la cosa, si no son separados.

4. Inciso d)

La primera cuestión a plantear es la de dilucidar qué significado debe darse a las voces "trabajo" e "industria". Creemos que por trabajo ha de entenderse cualquier actividad de un esposo de carácter económico, o sea proporcionada a producir rentas, salarios, ganancias o incrementos, comprendiendo los trabajos de aficionado y sin importar, en su caso, la naturaleza de la remuneración ya sea en especie o en efectivo. Mientras que por industria debe comprenderse cualquier actividad del cónyuge encaminada a la obtención de un resultado que pueda recaer en el consorcio, cuando no suponga un trabajo en el sentido habitual de la palabra.

Cabe señalar que, aunque indudablemente la generación de gananciales por la vía del trabajo de los cónyuges tiene valor de regla general, caben excepciones por ejemplo el cónyuge que se confecciona sus propios vestidos, indiscutiblemente trabaja pero el producto de su creación es un bien propio sin que altere su condición de propio la circunstancia que sea producto de su trabajo personal.

El producto del trabajo será o no ganancial de acuerdo al momento en que se realizan, así será ganancial siempre que la actividad que lo genera se haya llevado a cabo durante el régimen de comunidad. El criterio determinante es el del momento de la realización de la actividad, que ha de efectuarse durante la vigencia del régimen de gananciales.

Aunque es un criterio más sencillo y fácil de probar tener en cuenta el momento en que se realizan los ingresos provenientes de esas actividades, creemos que debe prevalecer el momento de realización de la actividad, fecha en la que se produce el devengo o nacimiento del crédito. Cuando la actividad se realice durante la vigencia del régimen de gananciales y en el momento de la disolución aún no se haya percibido el ingreso, la comunidad ostentará un crédito que se transformará en dinero ganancial cuando se perciba lo adeudado.

Se comprenden en este precepto las remuneraciones dinerarias de los trabajadores por cuenta ajena (salarios, trienios, complementos y participaciones en traspasos a otros clubes), las retribuciones en especie, los ingresos que generen las actividades profesionales, comerciales e industriales, los premios, y las pensiones contributivas, las retribuciones obtenidas por la explotación comercial de los derechos de la personalidad y la contraprestación por la cesión de los derechos de explotación de la propiedad intelectual.

4.1. La indemnización por despido improcedente producida durante el régimen de gananciales

A nuestro juicio, la indemnización por despido improcedente es un bien propio del cónyuge despedido porque se trata del resarcimiento por daños inferidos a los bienes, en este caso, a consecuencia de la injusta privación del puesto de trabajo concreto que desempeñaba.

4.2. Indemnizaciones destinadas a compensar el lucro cesante que se hubiera obtenido por el trabajo

Por el contrario serán bienes gananciales las indemnizaciones destinadas a compensar el lucro cesante o rendimientos económicos obtenidos del trabajo o de la industria que previsiblemente hubiera obtenido el cónyuge perjudicado de no haber sido por la acción u omisión ilegítima del

tercero o por el incumplimiento de contrato. Lo mismo sucederá cuando el cónyuge obtenga una compensación en virtud del enriquecimiento sin causa del demandado, relacionado con el trabajo o industria del cónyuge que ha quedado empobrecido.

En ambos supuestos la cantidad percibida sustituye a los ingresos derivados del trabajo o la industria que un cónyuge habría obtenido de no haber intervenido el tercero que lo perjudicó o se enriqueció sin causa.

Si uno de los cónyuges entrega un bien propio o ganancial en usufructo a un tercero, lo que se pague en concepto de usufructo tiene carácter de ganancial al igual que los frutos civiles de los bienes propios o gananciales. Al respecto cabe recordar que el art. 2135 reformado establece que en caso de duda, la constitución del usufructo se presume onerosa.

6. Inciso f)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. c) del art. 464.

7. Inciso g)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. d) del art. 464.

8. Inciso h)

Los productos de los bienes gananciales son gananciales, no así los productos de los bienes propios, con excepción de los productos de las minas, que siguiendo al Código de Minería son gananciales, mientras se encuentren separados de las minas al tiempo de la disolución de la comunidad.

9. Inciso i)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. f) del art. 464.

10. Inciso j)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. g) del art. 464.

11. Inciso k)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. h) del art. 464.

12. Inciso l)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. i) del art. 464. Al tema agregamos que el precepto se refiere a todo tipo de retracto, el legal y el convencional, incluyendo el pacto de retroventa y el contenido de un negocio fiduciario *cum creditore*. La misma consideración deben tener los bienes adquiridos en virtud de otros derechos de adquisición preferente de carácter ganancial como el tanteo de la opción o contrato.

13. Inciso m)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. j) del art. 464. Agregando que este inciso viene a consagrar la idea de que los bienes no cambian de naturaleza por el hecho de que se inviertan en su mejora fondos de procedencia diferente.

En cuanto al valor de la mejora por el que se debe recompensa, si se trata del valor de lo dado o invertido para mejorar el bien o el valor que tiene el bien mejorado.

Sin perjuicio de desarrollar el tema al tratar el art. 493 bástenos decir que el monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

14. Inciso n)

Remisión: En el comentario a este inciso nos remitimos a lo dicho en el inc. k) del art. 464. Agregamos que en los supuestos normales los incrementos patrimoniales de las empresas propias se habrán obtenido con la reinversión de los beneficios obtenidos en las mismas, que son gananciales, aplicación para la que el empresario está facultado por el artículo que permite al cónyuge administrador de sus bienes propios que pueda dis-

poner de los frutos y productos de sus bienes.

15. Inciso f)

42 El párrafo final del artículo hace referencia a los seguros que un cónyuge cobra por la muerte del otro, la indemnización en este caso es lógicamente es propia porque con la muerte se disuelve la comunidad.

La cuestión es diferente en el caso de los seguros de vida que son aquellos que consisten en la entrega de una cantidad al comienzo de un período de tiempo, o de unas primas a lo largo de ese período, contra entrega de una capital al terminar el mismo: naturalmente, si se sobrevive.

En este caso se trata de seguros de vida a los que no se los puede calificar como bienes propios ya que cuando el seguro está vinculado al caso de la supervivencia a un determinado momento; en este caso la suma satisfecha por la compañía aseguradora pertenece a los bienes comunes, fuera del supuesto de que las primas hubieran sido pagadas a costa de los bienes aportados o reservados, en cuyo caso el capital será igualmente aportado o reservado por subrogación. Lo mismo rige para los llamados seguros de vida mixtos, en los cuales el capital del seguro debe ser pagado, bien cuando el contratante ha alcanzado una determinada edad, bien, si no o alcanza, en el momento de su muerte.

En definitiva el seguro de vida, en el cual el beneficio supone la supervivencia del contratante, el derecho de éste no parece tener suficiente carácter personal como para excluirlo de la comunidad: mucho menos el capital que perciba al vencimiento del término. Si tal vencimiento tiene lugar constante matrimonio, el capital será bien común salvo los casos en que por subrogación, negocio jurídico, etc., deba considerarse propio.

Art. 466.— Prueba del carácter propio o ganancial. Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad. Respecto de terceros, no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges.

Para que sea oponible a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que en el acto de adquisición se haga constar esa circunstancia, determinándose su origen, con la conformidad del otro cónyuge. En caso de no poderse obtener, o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL., FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 466 tiene relación con los arts. 1246, 1247, 1271 y 1260 del Cód. Civil y con

los arts. 459 del Proyecto de 1998 y 517 del Proyecto de 1993. Sus fuentes fundamentales son los arts. 1402 del Cód. francés, art. 1405 del Cód. belga, art. 1361 del Cód. español y 448 del Cód. de Quebec.

II. COMENTARIO

Si bien, en principio, el carácter propio o ganancial es indiferente para los terceros por el sistema de separación de deudas, puede llegar a tener importancia si, después de disuelta la comunidad, se intentara disminuir la garantía de los acreedores atribuyendo el carácter de propios a los bienes gananciales a fin de excluirllos de la partición.

Del texto de la norma surge claro que la prueba del carácter de los bienes es de orden público respecto a los terceros mientras que, entre los cónyuges y sus herederos la prueba del carácter de propio se puede demostrar con cualquier medio de prueba, lo que va a permitir tanto cambiar el carácter de propio o ganancial de los bienes como a influir en el régimen hereditarios.

1. Requisitos exigidos de la prueba del carácter propio del bien registral oponible a terceros

La declaración de que un bien registral es propio para que sea oponible a terceros requiere que:

- 1.1. En el acto de adquisición se haga constar que el bien se adquiere con la inversión o reinversión de fondos propios.
- 1.2. Determinar en forma precisa el origen de los derechos sobre los fondos o cosas propias.
- 1.3. Especificar la causa-fuente jurídica de la propiedad del consorte dueño (por ej., derechos hereditarios con los datos que individualicen la sucesión y el juicio sucesorio.
- 1.4. No es indispensable la prueba de estos extremos.
- 1.5. Conformidad del cónyuge del adquirente.

2. Forma de subsanar la omisión de declaración del carácter propio del bien en la escritura de adquisición

La falta de declaración del carácter de propio del bien registral en el acto de adquisición puede subsanarse de diferentes formas. Entre ellas por instrumento complementario y por declaración judicial. Ante la oposición o negativa del cónyuge del adquirente se puede solicitar una declaración judicial.

3. La atribución de ganancialidad por voluntad de los cónyuges

La norma se preocupa por determinar cómo se prueba el carácter propio de los bienes señalando claramente que no basta la confesión de los cónyuges para demostrar la calificación de propio de un bien. Tal limitación no rige para acreditar el carácter ganancial, por ende los esposos pueden demostrar el carácter ganancial de un bien por cualquier medio.

Sobre el tema hay que recordar que la reforma deja de lado las prohibiciones de contratación entre cónyuges, quienes pueden celebrar válidamente cualquier tipo de contratos inclusive la donación, por ende los esposos pueden adquirir un bien durante la comunidad con dinero propio y dejar expresa constancia que el bien tiene carácter ganancial.

El carácter ganancial. Es decir la atribución de ganancialidad es válida, por el principio de libertad contractual. Sin perjuicio del derecho de recompensas de quien aportó el dinero propio, salvo que se trate de una donación, la que en primer lugar no se presume y en segundo lugar genera el deber de pagar el impuesto a la transmisión gratuita de bienes.

4. La confesión de que el bien es propio

La confesión de privatividad o confesión de que un bien es propio consiste en la declaración unilateral realizada por el cónyuge que no adquiere el bien, expresando que dicho bien es propio del cónyuge adquirente. En las relaciones internas entre los cónyuges será suficiente esta confesión para demostrar que un bien es propio. Cabe recordar que de no formularse esta confesión el bien sería presuntivamente ganancial.

5. Atribución convencional de privatividad

A diferencia de la confesión de privatividad, la atribución de privatividad es una declaración formulada por ambos cónyuges en la que señalan que el bien adquirido tiene carácter de privado de uno de los cónyuges o de ambos proindiviso. Esta atribución no tiene efectos *erga omnes* ya que para que tenga efectos frente a terceros se debe cumplir con los requisitos establecidos en el segundo párrafo del artículo en comentario.

6. Confesión posterior a la adquisición

El artículo en comentario no impone el requisito de la confesión de un cónyuge se emita simultáneamente a la adquisición del bien por parte del otro consorte por que cabe perfectamente que se emita después.

7. La libertad de contratación entre cónyuges

La libertad de contratación entre cónyuges permite la transmisión de bienes y derechos por cualquier título de una masa privativa a otra con escasos límites. Por aplicación del principio de libertad de contratación se permite que los cónyuges atribuyan la condición de gananciales a bienes que fueran privativos o hubieran sido de no haberse producido la declaración contraria de ambos.

8. Requisitos de la confesión de privatividad

Para que la confesión de que un bien es propio tenga efectos entre los esposos debe tener los siguientes requisitos:

8.1. El autor de la confesión debe ser uno de los esposos. En principio el acto es personal y de darse poder este debería ser un poder especial para el acto en sí.

8.2. El que la realiza debe ser el cónyuge a quien la confesión perjudica, ya que al declarar que un determinado bien pertenece al patrimonio propio de su esposo admite no tener derechos sobre el bien, ya que acepta que el bien no le es propio ni tampoco es

ganancial.

8.3. Quien efectúa la confesión ha de gozar de capacidad de obrar y poder de disposición.

SECCIÓN 3ª

DEUDAS DE LOS CÓNYUGES

Por GRACIELA MEDINA

Bibliografía sobre la reforma: F31505ARIANNA, CARLOS ALBERTO, "La responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el proyecto de reforma al Código Civil", RDF, t. 18, Abeledo Perrot, 2001; id., "540838 Notas al Proyecto de Código Unificado en materia de recompensas", LA LEY, 2012-E, 1369AZPÍRI, JORGE O., "Algunas pautas para la reforma al régimen de bienes en el matrimonio", RDF, Abeledo Perrot, noviembre 2011, p. 11; "La Filiación en el Proyecto del Código Civil y Comercial", DFyP 1/7/2012, 115; CAMPOS, ROBERTO D., "La regulación de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en el Código proyectado", hDFyP, NOVIEMBRE 2012; ROVEDA, EDUARDO, "Régimen Patrimonial del Matrimonio", en RIVERA, JULIO y MEDINA, GRACIELA (dirs.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, 2012.

Bibliografía clásica: AMADEO, JOSÉ LUIS, "Los cónyuges, sus bienes y sus deudas", JA, 1982-III-857; ANTUÑA, NORMA E., "Los bienes de la mujer y las deudas del marido", en ED, 45-377; ARIANNA, CARLOS A., "La pesificación forzosa y los convenios de liquidación de la sociedad conyugal", RDF, N° 22, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002; ARIANNA, CARLOS A. e ILUNDAIN, MIRTA, "Los bienes gananciales ante la insolvencia del cónyuge", RDF, 13-163; ARSON DE GLIMBERG, GLORIA H., "Cargas de la sociedad conyugal", LA LEY, 1990-C, 240; BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "Responsabilidad de un cónyuge por las deudas contraídas por el otro", en LA LEY, 116-977; "Los artículos 5° y 6° de la ley 11.357 y el juicio ejecutivo", en LA LEY, 1979-C, 233; BÍSCARO, BEATRIZ R., "Reflexiones sobre el artículo 6° de la ley 11.357", LA LEY, 194290-C, 1109; BORDA, ALEJANDRO, voz "Liquidación de la sociedad conyugal", en *Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. II, Universidad, Buenos Aires, 1992; BORDA, GUILLERMO A., "La teoría de las recompensas ha tenido recepción en nuestro país", LA LEY, 102-1110; id., "Un lamentable retroceso", LA LEY, 148-456; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, "Límites legales de la responsabilidad de los padres por los actos ilícitos de sus hijos menores de edad", LA LEY, 1988-B, 280; CAPPARELLI, JULIO CÉSAR, "El deber de contribución entre cónyuges", LA LEY, 2009-958; CAFFERATA, JOSÉ I., "Las 'cargas' de la sociedad conyugal", RDF, p. 215; DÁVALOS, M. V., FRISOLI, M. C.; PARODI, E. E. y YOBE, P. L., "Efectos de la quiebra sobre la sociedad conyugal", DJ, 22-1-2003; DI LELLA, PEDRO, "Calificación de bienes y valuación de recompensas en la sociedad conyugal", RDF, 2003-I-116; id., "Diversas cuestiones de sociedad conyugal", JA, 1996-II-674; DÍAZ DE GUIJARRO, ENRIQUE, "El crédito de la sociedad conyugal por las mejoras que han dado mayor valor a los bienes propios", JA, 47-546; id., "La restitución del valor de los bienes propios del marido cuando no subsisten en especie al liquidarse la sociedad conyugal", JA, 75-999; id., "Responsabilidad de los bienes gananciales por las deudas del marido", JA, 63-512; FANZOLATO, EDUARDO E. y ROITMAN, HORACIO, "Quiebra del cónyuge", RDPC, 12-127; FASSI, SANTIAGO C., "Legado de un bien ganancial y la reforma del Código Civil", ED, 22-953; FERRER, FRANCISCO A. M., *Régimen patrimonial y concurso del cónyuge*, UNL, edición homenaje a Ricardo S. Prono, Santa Fe, 2010; id., "Sistema de Recompensas entre cónyuges", *Código Civil Comentado*, "Derecho de Familia Patrimonial", Rubinzal Culzoni, p. 321; GUAGLIANONE, AQUILES H., "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal", Depalma, Buenos Aires, 1965.

♦♦♦

Art. 467.— Responsabilidad. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

lang1025 Por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales responde también el cónyuge que no contrajo la deuda, pero sólo con sus bienes gananciales.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las fuentes de derecho argentino del art. 467 son los arts. 5° y 6° de la ley 11.357, 460 del Proyecto de 1998 y 520 del Proyecto de 1993.

Las fuentes de derecho comparados son los arts. 1414 del Código Civil francés, y 463 del Código de Quebec.

II. COMENTARIO

Se mantiene el principio de responsabilidad separada del art. 5° de la ley 11.357. Ello implica que durante la vigencia del matrimonio cada uno de los esposos responde frente a sus acreedores con sus bienes propios y gananciales, independiente de los bienes propios y gananciales del otro cónyuge.

No obstante ello existen hipótesis de excepción a la regla de la separación de deudas, que están dados por las normas fijadas en el régimen primario para los supuestos de necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes en el cual ambos cónyuges responden en forma solidaria por el total de la deuda, en el régimen de comunidad en el supuesto de deudas para el mantenimiento y reparación de los bienes gananciales el cónyuge que no la contrajo responde sólo con sus bienes gananciales.

Las dos excepciones al sistema de separación de deudas son diferentes. La establecida en el art. 461 para pagar las necesidades del hogar, el sostenimiento y la educación de los hijos comunes constituye una obligación solidaria que deben afrontar los dos cónyuges con todo su patrimonio cualquiera que fuere el régimen que elijan.

Mientras que las deudas contraídas para la reparación y conservación de los bienes gananciales sólo obligan al cónyuge que no la contrajo a responder con sus bienes gananciales, no con sus bienes propios, en forma concurrente con el cónyuge obligado.

En consecuencia, las deudas de una persona casada bajo el régimen de ganancialidad se clasifican en *personales, solidarias y concurrentes*. La distinción se justifica por la naturaleza de las deudas, y por las características del régimen de comunidad.

1. Fundamento de las deudas solidarias del art. 461

*tap0*La necesaria solidaridad de los esposos en la contribución a las cargas del hogar y a la educación y mantenimiento de los hijos justifican las obligaciones solidarias en estos casos, ya que es justo y razonable que las deudas contraídas en el interés de los esposos y de la familia más próxima entren en la esfera de responsabilidad de ambos, en forma igualitaria cualquiera sea el con-

tratante, y el régimen patrimonial que se elija.

2. Fundamento de las deudas concurrentes del art. 467

Por otra parte también nos encontramos con las deudas concurrentes que son aquellas contraídas para la conservación y reparación de los bienes gananciales, para solventar estas deudas serán también ejecutables bienes de destino común integrantes del patrimonio del cónyuge no contratante, con el fin de proteger a los terceros y ampliar las posibilidades crediticias de los esposos.

3. Deudas personales

La totalidad de las deudas contraídas por los cónyuges durante el matrimonio son personales de quien las contrajo, independientemente que su consorte también responde ya sea solidariamente en el caso del art. 461 o en forma concurrente en el supuesto del art. 467.

Art. 468.— Recompensa. El cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y ésta debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios deudas de la comunidad.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil había receptado la teoría de las recompensas de una manera casuística, similar a la del Código Napoleón, pero sin dedicarle un capítulo específico, ni una regulación detallada.

Las fuentes del art. 468 son los arts. 461 del Proyecto de 1998 y 521 del Proyecto de 1993. Las fuentes de derecho comparado son el art. 1415 del Código Civil francés, y el art. 475 del Código de Quebec.

II. COMENTARIO

El artículo alude a que el cónyuge cuya deuda personal fue solventada con fondos gananciales, debe recompensa a la comunidad; y agrega que la comunidad debe recompensa al cónyuge que solventó con fondos propios sus deudas.

Como la norma hace mención a que la comunidad debe recompensas al cónyuge se debe aclarar que la comunidad no tiene personería jurídica, no es persona, ni tiene fondos por lo que mal puede pagar recompensas a nadie.

Los únicos que pueden pagar recompensas son los cónyuges o sus herederos. El pago de las recompensas debe encararse, como la satisfacción de una relación crédito-deuda entre un cónyuge acreedor y un cónyuge deudor, pues se trata de créditos u obligaciones, respectivamente, debidos entre cónyuges, o entre uno de ellos y los herederos del otro, a causa de su participación en la comunidad de gananciales.

Cuando la norma habla de recompensas debidas a la comunidad y por la comunidad lo hace como un recurso técnico y práctico, utilizable en las operaciones de liquidación de la comunidad. Estrictamente, la recompensa es una operación contable que se

contabiliza en las relaciones de debe y haber de la comunidad.

III. JURISPRUDENCIA

En materia de liquidación de sociedad conyugal, para estar en presencia de un supuesto de recompensa, lo que importa, en todas las hipótesis, es el desplazamiento patrimonial producido en favor de una masa propia o ganancial y en perjuicio de otra u otras; ese desplazamiento debe ser compensado o indemnización en toda oportunidad, pues la donación directa o indirecta está excluida del régimen matrimonial, y esa compensación o indemnización tendrá un fundamento legal específico o sólo el principio que veda enriquecerse injustamente, según sean los hechos y los actos lícitos o ilícitos que hayan originado la traslación de bienes o valores (CNCiv., sala E, 24/8/1984, JA, 1985-I-661).

A través de las recompensas se procura mantener cada masa de bienes en su integridad, reincorporándole los valores que se han desprendido de ella para ser aplicados a las otras masas y resarciendo los perjuicios que la masa ganancial o propia de un esposo ha sufrido por obra de otra masa (CNCiv., sala B, 12/5/1994, ED, 160-309; id., sala D, 30/11/1977, ED, 82-425).

Resulta improcedente el reconocimiento de intereses sobre recompensas en forma anterior a la liquidación de la sociedad conyugal (CNCiv., sala A, 5/6/2000, eDial-AE15E6).

SECCIÓN 4ª

GESTIÓN DE LOS BIENES EN LA COMUNIDAD

Por GRACIELA MEDINA

Bibliografía sobre la reforma: LAFFERRIÈRE, JORGE NICOLÁS; MENÉNDEZ, RITA JOSEFINA (Comp.), "Aciertos y desaciertos del Código proyectado en materia de asentimiento", Revista del Notariado, CABA, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2013; Universidad Católica Argentina, Facultad de Derecho, "Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012", ED, Buenos Aires, 2012, disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisisproyecto-nuevo-codigo-civil.pdf>.

Bibliografía clásica: AXELRUD DE LENDNER, R. M. y MASSA, M. E., "La transferencia de acciones nominativas no endosables y el consentimiento conyugal", Revista del Notariado, N° 804, p. 1229; BELLUSCIO, AUGUSTO C., "Promesa de enajenación de inmueble ganancial sin asentimiento del cónyuge del enajenante", LA LEY, 1975-A, 212; GAGLIARDI, MARIANO, "¿Es siempre necesario el asentimiento conyugal en las sociedades comerciales? (Comentario breve)", ED, 174-92; GAGO, CARLOS B., "Transmisión de acciones nominativas no endosables", JA, 1986-II-857; MEDINA, GRACIELA, "Aplicabilidad del artículo 1277 del Código Civil a la transferencia o gravamen de acciones nominativas endosables" La Ley, 1986-E, 1048; MOSSET ITURRASPE, JORGE, "Boleto de compraventa de un bien ganancial y el asentimiento del artículo 1277 del Código Civil", JA, 27-1975-458; NISSEN, RICARDO A., "El artículo 1277 del Código Civil y su aplicación a las sociedades comerciales", LA LEY, 1997-F, 751; PELOSI, CARLOS A., "¿La cesión del boleto requiere asentimiento conyugal?", Revista del Notariado, 759-944.

Art. 469.— Bienes propios. Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto lo dispuesto en el artículo 456.

Art. 470.— Bienes gananciales. La administración y disposición de los bienes gananciales corresponde al cónyuge que los ha adquirido.

Sin embargo, es necesario el asentimiento del otro para enajenar o gravar:

a) los bienes registrables;

b) las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del artículo 1824.

c) las participaciones en sociedades no exceptuadas en el inciso anterior;

d) los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios.

También requieren asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los incisos anteriores.

Al asentimiento y a su omisión se aplican las normas de los artículos 456 a 459.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La relación con el Código de Vélez son los arts. 1276 y 1277 textos según ley 17.711.

La fuente más cercana de derecho comparado del art. 474 es el art. 1424 del Código Francés que dice "*Los cónyuges no pueden, individualmente, enajenar o gravar con derechos reales los inmuebles, comercios y explotaciones comunes, ni tampoco los derechos sociales no negociables y los bienes muebles cuya enajenación esté sujeta a publicidad. No pueden, sin su consorte, percibir los capitales que provengan de tales operaciones*".

40838 II. COMENTARIO

Se confirma el régimen de gestión separada establecido por el antiguo art. 1276, determinándose que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios, en cuanto a los gananciales rige el mismo principio pero se precisa mejor las limitaciones a ese poder dispositivo.

Así la norma comentada corrige el actual primer párrafo del art. 1277 adoptando una redacción, mucho más precisa. Las principales modificaciones son las siguientes:

1) el asentimiento se requiere para enajenar o gravar, terminología jurídica clara que comprende toda enajenación (venta, donación, permuta, dación en pago, aporte en sociedad, etc.), y toda constitución de gravámenes (derechos reales de garantía o que im-

plican desmembramiento del dominio, dación a embargo, etc.);

2) se incluyen los actos relativos a establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, llenando un vacío de la actual legislación;

3) se suprime la alusión expresa a los aportes a sociedades, por tratarse de actos de enajenación;

4) se adopta la fórmula más extensa de enajenar o gravar las participaciones sociales —excepto las acciones al portador—, la que comprende la transformación y fusión de sociedades de personas,

5) se incluye la referencia a las promesas, a fin de dejar aclarada la situación de los boletos de compraventa.

1. El principio general

El principio general es la libre administración y disposición de los bienes gananciales por parte del cónyuge titular conforme a la libertad contractual que rige en general y que se reflejan en el ámbito patrimonial matrimonial.

Este principio sufre grandes excepciones, fundadas en la necesidad de preservar el eventual derecho al 50 % de los bienes del cónyuge no titular, que podría verse afectado en su expectativa por enajenaciones o gravámenes fraudulentos.

2. La necesidad de prestar el asentimiento. Alcance de la obligación de quien presta el asentimiento.

El cónyuge titular del bien ganancial y su consorte no intervienen en un pie de igualdad en el acto de disposición o de gravamen, ya que no actúan conjuntamente, no lo otorgan ambos ni codisponen de la misma forma en que los condóminos codisponen de la cosa común, ya que mientras al cónyuge titular le corresponde la iniciativa y la disposición; el no titular debe prestar su asentimiento.

Es decir que al esposo no titular del bien ganancial se le solicita solamente una expresión de conformidad con el negocio del consorte. El asentimiento dado por el cónyuge no propietario es un presupuesto de validez llamado a remover los obstáculos con que tropieza el poder dispositivo del cónyuge titular.

Es importante destacar que quien presta el asentimiento no se obliga, ni responde por las deudas que origine el acto, ni tampoco responde por vicios redhibitorios, ni por garantía de evicción, ya que no es parte del acto, ni es el dueño del bien.

3. Las consecuencias de la falta de asentimiento

La falta de asentimiento conyugal o de poder conferido por el cónyuge que debe prestarlo es un acto que adolece de nulidad relativa y es invocable por el cónyuge preterido; no obstante, el acto puede ser confirmado por éste.

La acción de nulidad puede ejercitarse sin que sea preciso instar la disolución de la comunidad.

El que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto dentro del plazo de caducidad de seis (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis (6)

meses de la extinción del régimen matrimonial según lo dispuesto en el art. 456 del Cód. Civ. y Com.

4. Los actos para los que se debe prestar el asentimiento

El art. 1277 requería el asentimiento del cónyuge no titular para disponer y gravar los bienes inmuebles y los bienes muebles cuyo registro se hubiere establecido en forma obligatoria.

La totalidad de la doctrina consideraba que la redacción era incorrecta ya que los actos de disposición comprendían a los actos de gravamen.

La norma en comentario en lugar de requerir el asentimiento para los actos de disposición lo solicita para la enajenación y el gravamen.

4.1. Enajenar

Los actos de enajenación comprenden tanto los actos de transferencia de derechos reales de condominio, propiedad horizontal, superficie, usufructo o uso, como los actos de constitución de derechos reales de condominio, superficie, usufructo, uso, habitación, y servidumbre, y los actos de transferencia de la titularidad de títulos valores registrales, ya sea a título gratuito u oneroso.

4.2. Gravar

Los actos que gravan son todos aquellos actos de constitución de derecho real de garantía, así como también los de dación de embargo o de desembargamiento del dominio.

5. Los bienes que deben ser enajenados o gravados con el asentimiento conyugal del cónyuge no titular

5.1. Los bienes registrables

En el régimen del art. 1277 del Código Civil se establecía la necesidad del asentimiento para disponer o gravar los bienes cuyo registro se hubieren impuesto en forma obligatoria.

El Código reformado se refiere a los bienes registrales en general sin aclarar si se requiere el asentimiento para disponer de los bienes inscriptos en cualquier registro o sólo en aquellos obligatoriamente registrales.

Ninguna duda cabe de la necesidad de contar con la aquiescencia conyugal para los actos de disposición o gravamen de los bienes cuyo registro ha impuesto la ley en forma obligatoria. Más difícil es determinar si se requiere igual requisito para los actos de disposición o gravamen de bienes cuyo registro no es obligatorio. En principio creemos que si el registro no es obligatorio, no se puede exigir el asentimiento conyugal, por razones de seguridad jurídica.

Son derechos registrables: los derechos reales sobre inmuebles (arts. 2505 y correlativos); los derechos que se fundan en gravámenes sobre automotores (art. 7º, ley 22.977), sobre aeronaves (art. 45, ley 17.285), sobre buques (arts. 51 y 499, ley 20.094), sobre caballos de pura sangre de carrera (art. 2º, ley 20.378); los derechos emergentes de

prendas con registro (arts. 17 y 24, decreto-ley 15.348/1946, t. o. dec. 897/1995; ley 12.962); las marcas y señales de ganado (ley 22.939, registros provinciales); los derechos emergentes de boletos de compraventa de inscripción obligatoria (art. 12, ley 19.724 de "prehorizontalidad"; art. 4º, ley 14.005 de "loteos"); los derechos emergentes de contratos de locación según el régimen promocional de adquisición de viviendas (ley 23.091), de automotores (art. 20, decreto-ley 6582/1958 y las leyes 20.167, 22.977, 24.673, 25.345 y 25.677, habiendo sido ordenado nuevamente el primer decreto citado por el decreto 1114/1997), las maquinarias agrícolas autopropulsadas, viales e industriales (decreto 2281/1976, ley 24.673), siendo de registro obligatorio el dominio de tractores, cosechadoras, sembradoras, fumigadoras, pavimentadoras, aplanadoras, palas mecánicas, grúas, motoniveladoras, etcétera (art. 1º, disposición 849/96 de la Dirección de Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios); de aeronaves (art. 45, inc. 6º, ley 17.285), las armas de guerra y de uso civil condicional y las armas de uso civil (ley 20.429); los equinos de pura sangre de carrera (ley 20.378); las palomas de carrera mensajeras (decreto-ley 17.160/43, ley 12.913); las motocicletas y ciclomotores (res. 586/88) de buques (arts. 220 y 228, ley 20.094), de palomas de carrera mensajeras (art. 6º, decreto-ley 17.160/43; ley 12.913); los derechos mineros (arts. 25, Código de Minería); las cuotas sociales en sociedades comerciales (los arts. 36, inc. 3º, y 39 del Código de Comercio y 5º y 7º de la ley 19.550 disponen la inscripción de los contratos en el Registro Público de Comercio); las acciones, debentures y otros títulos valores privados emitidos en serie por personas jurídicas constituidas en el país y derechos reales que los gravan (arts. 213, 335 y 336, ley 19.550, y ley 23.576); warrants (en la primera transferencia por endoso, art. 8º, ley 9643); los derechos sobre semillas y variaciones fitogenéticas (ley 20.247 y dec. 2183/1991). Las acciones escriturales o nominativas de sociedades anónimas (art. 215, ley 19.550, y leyes 23.299 y 24.587, arts. 1º y ss.) Los derechos de autor (ley 11.723), las patentes de invención y los modelos de utilidad (ley 24.481).

Cabe aclarar en cuanto a las marcas de animales lo que se registra es la marca por lo tanto para lo que hace falta el asentimiento es para transferencia de ella no para no para la transferencia de los animales marcados (ley 22.939).

5.2. Las acciones nominativas no endosables y las no cartulares, con excepción de las autorizadas para la oferta pública, sin perjuicio de la aplicación del art. 1824

El inciso en cuestión viene a poner fin a una larga disputa sobre la necesidad o innecesidad de brindar el asentimiento conyugal para la transferencia de acciones nominativas no endosables, ya que la ley había impuesto obligatoriamente su registro pero éste no es un registro público porque no es llevado por un órgano público y puede ser llevado por la misma sociedad.

loch5.3. LAS PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES NO EXCEPTUADAS EN EL INCISO ANTERIOR

Se requiere el asentimiento conyugal para disponer de las participaciones en cualquier sociedad, la ley no distingue entre sociedades regulares e irregulares, por lo tanto

se requerirá contar con la conformidad del consorte para disponer de las participaciones gananciales en las sociedades de un solo socio, en las de capital e industria, en las colectivas, en las en comandita si es simple y en comandita por acciones, como así también en las sociedades irregulares o en formación.

5.4. Los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios

La ley no aclara a qué se refiere cuando requiere el asentimiento conyugal para enajenar los establecimientos comerciales industriales o agropecuarios

Por nuestra parte creemos que el inciso comprende la transmisión de establecimientos comerciales e industriales contemplado en la ley 11.867, pero también advertimos que la norma en comentario hace referencia a los establecimientos agropecuarios que no están comprendidos en la ley 11.867 y que también requieren asentimiento conyugal.

Cabe recordar que los arts. 7º y 12 de la ley 11.867 establecen la obligatoriedad de inscribir la transferencia en el Registro Público de Comercio por lo tanto a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial unificado se requerirá el asentimiento conyugal para transferir los establecimientos comerciales o industriales que se registren en el Registro Público de Comercio y también para los establecimientos agropecuarios.

6. Las promesas de venta

En la doctrina se discutió arduamente si era requisito necesario contar con el asentimiento conyugal para disponer por boleto de compraventa y para ceder los derechos de un boleto de compraventa.

El Código Civil y Comercial unificado se ha inclinado por exigir el asentimiento en las promesas de venta. Consideramos que la solución encierra una respuesta práctica valiosa que va evitar multiplicidad de conflictos y que contribuye a dar seguridad jurídica.

Pensamos que también resulta necesario definir si es necesario requerir el asentimiento para la cesión de un boleto de compraventa por el adquirente, que tiene la posesión del inmueble, pues el otro cónyuge ya no va a tener la posibilidad de cuestionar el acto al momento de la escrituración a favor del cesionario. La cesión y la entrega de la posesión no son, formalmente, una "enajenación" de inmuebles pero constituye una promesa de compraventa que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial requiere el asentimiento conyugal aun cuando esta cesión no alcance para transferir el dominio.

7. De la forma de prestar el asentimiento

El asentimiento se debe prestar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos, según lo dispuesto en el art. 457 a cuyo comentario nos remitimos.

Bástenos decir que hoy no cabe ninguna posibilidad de otorgar un asentimiento general anticipado para disponer los bienes gananciales porque el asentimiento debe darse para cada acto en particular, con identificación no sólo del acto sino también de sus elementos constitutivos (precio, plazos para el pago, garantías, etcétera).

8. Autorización judicial

En los supuestos de negativa injustificada, ausencia, o incapacidad para asentir el cónyuge titular del bien puede ser autorizado judicialmente a otorgar el acto y éste será oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó, pero de él no deriva ninguna obligación personal a su cargo. Conforme lo dispuesto en el art. 458 a cuyo comentario nos remitiremos.

III. JURISPRUDENCIA

No se requiere asentimiento para la ejecución forzada de un bien, ni en actos de última voluntad (un legado), ni para el convenio de desocupación de un inmueble, ni para autorizar al corredor para intervenir en la venta (CNCiv., sala B, 24/4/1997, LA LEY, 1998-D, 243; DJ, 1998-3-107; sala C, 2/3/1971, ED, 38-805; sala A, 3/6/1996, LA LEY, 1996-E, 641, 38.976-S; CNCom., sala E, 20/12/1996, LA LEY, 1997-D, 173; DJ, 1997-2-845.

Art. 471.— Bienes adquiridos conjuntamente. La administración y disposición de los bienes adquiridos conjuntamente por los cónyuges corresponde en conjunto a ambos, cualquiera que sea la importancia de la parte correspondiente a cada uno. En caso de disenso entre ellos, el que toma la iniciativa del acto puede requerir que se lo autorice judicialmente en los términos del artículo 458.

A las partes indivisas de dichos bienes se aplican los dos artículos anteriores.

A las cosas se aplican las normas del condominio en todo lo no previsto en este artículo. Si alguno de los cónyuges solicita la división de un condominio, el juez de la causa puede negarla si afecta el interés familiar.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Las fuentes del art. 471 son el art. 464 del Proyecto de 1998 y el art. 524 del Proyecto de 1993, en él se establecen reglas para regir la situación de los bienes adquiridos en común por los dos esposos, la cual no se encuentra prevista en los textos actuales. Se propone la aplicación de las reglas del condominio, pero con importantes limitaciones que hacen a la especificidad de las relaciones entre cónyuges: supresión de la decisión por mayoría en la administración, posibilidad de autorización judicial en caso de disenso sobre la administración o la disposición, y limitación de la facultad de requerir la división de los condominios.

II. COMENTARIO

Es posible que los cónyuges sean condóminos exclusivos sobre una cosa y que cada una de ellos tenga una parte indivisa.

Si no se especifica cuál es el porcentaje de las partes indivisas de los cónyuges condóminos se presumen iguales, pero si el título dispone la proporción hay que

estar a esta proporción.

El condominio presenta dos problemas especiales el primero es la influencia del porcentaje en la toma de decisiones y el segundo la forma de disponer de las cuotas partes indivisas que se tienen en común con el cónyuge.

Con respecto a la forma cómo se administra y dispone de la cosa en común, si aplicáramos estrictamente las reglas del condominio deberíamos decir que la resolución de la mayoría absoluta computada según el valor de las partes indivisas aunque, obliga al otro cónyuge y en caso de empate debe decidir la suerte según lo dispuesto por el art. 1994. Sin embargo esta solución

LA RESOLUCIÓN NO SE APLICA EN EL CASO DE CONDOMINIO ENTRE CÓNYUGES DONDE LAS DECISIONES DEBEN SER TOMADAS CONJUNTAMENTE CUALQUIERA SEA EL PORCENTAJE QUE SE TENGA SOBRE LA COSA EN COMÚN. LA DIFERENCIA DE SOLUCIÓN ENTRE EL CONDOMINIO COMÚN Y EL CONDOMINIO ENTRE CÓNYUGES SOBRE BIENES GANANCIALES ENCUENTRA SU RAZÓN DE SER, EN LA ESPECIALIDAD DEL RÉGIMEN DE COMUNIDAD.

1. DISENOSO

PLAIN EN CASO DE DISENOSO ENTRE LOS CÓNYUGES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN O DISPOSICIÓN DE LOS BIENES EN COMÚN LAS DECISIONES NO SE TOMAN POR LA SUERTE COMO ESTABLECE EL ART. 1994 SINO QUE DEBERÁ DECIDIR EL JUEZ DE ACUERDO AL INTERÉS FAMILIAR APLICANDO EL ART. 458.

ES DECIR QUE UNO DE LOS CÓNYUGES CONDÓMINOS PUEDE SER AUTORIZADO JUDICIALMENTE A OTORGAR UN ACTO SOBRE TODA LA COSA EN COMÚN, SI LA NEGATIVA DE SU CONSORTE NO ESTÁ JUSTIFICADA POR EL INTERÉS DE LA FAMILIA. EL ACTO OTORGADO CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL ES OPONIBLE AL CÓNYUGE SIN CUYO ASENTIMIENTO SE LO OTORGÓ, PERO DE ÉL NO DERIVA NINGUNA OBLIGACIÓN PERSONAL A SU CARGO.

2. DIVISIÓN DE CONDOMINIO

SEGÚN EL ART. 1997 EXCEPTO QUE SE HAYA CONVENIDO LA INDIVISIÓN, TODO CONDÓMINO PUEDE, EN CUALQUIER TIEMPO, PEDIR LA PARTICIÓN DE LA COSA.

EN EL CASO DEL CONDOMINIO ENTRE CÓNYUGES EL JUEZ DE LA CAUSA PUEDE NEGARLA SI LA CONSIDERA CONTRARIA AL INTERÉS FAMILIAR.

3. ENAJENACIÓN DE LAS CUOTAS PARTES

EN EL CONDOMINIO COMÚN CADA CONDÓMINO PUEDE ENAJENAR Y GRAVAR LA COSA EN LA MEDIDA DE SU PARTE INDIVISA SIN EL ASENTIMIENTO DE LOS RESTANTES CONDÓMINOS. LOS ACREEDORES PUEDEN EMBARGARLA Y EJECUTARLA SIN ESPERAR EL RESULTADO DE LA PARTICIÓN, QUE LES ES INOPONIBLE (ART. 1989).

EN CAMBIO EN EL CONDOMINIO ENTRE CÓNYUGES SE REQUIERE EL ASENTIMIENTO DEL OTRO CÓNYUGE PARA GRAVAR O ENAJENAR LAS CUOTAS PARTES DE LOS BIENES REGISTRABLES Y DE LAS PARTICIPACIONES ACCIONARIAS, ASÍ COMO TAMBIÉN PARA PROMETERLAS EN VENTA.

ART. 472.— AUSENCIA DE PRUEBA. SE REPUTA QUE PERTENECEN A LOS DOS CÓNYUGES POR MITADES INDIVISAS LOS BIENES RESPECTO DE LOS CUALES NINGUNO DE ELLOS PUEDE JUSTIFICAR LA PROPIEDAD EXCLUSIVA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO NO RECONOCE ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

SE ESTABLECE UNA REGLA DE PRUEBA CUANDO LOS ESPOSOS ADQUIERAN EN FORMA CONJUNTA SIN DETERMINAR EL PORCENTAJE QUE CADA UNO DE ELLOS ADQUIERE, SE TRATA DE UNA PRESUNCIÓN QUE ADMITE PRUEBA EN CONTRARIO.

SE APLICAN LOS PRINCIPIOS RESEÑADOS EN EL ARTÍCULO ANTERIOR PARA LA GESTIÓN DEL BIEN O BIENES ASÍ ADQUIRIDOS.

ART. 473.— FRAUDE. SON INOPONIBLES AL OTRO CÓNYUGE LOS ACTOS OTORGADOS POR UNO DE ELLOS DENTRO DE LOS LÍMITES DE SUS FACULTADES PERO CON EL PROPÓSITO DE DEFRAUDARLO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 1298 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ REGULABA LA ACCIÓN DE FRAUDE ENTRE CÓNYUGES, LA NORMA, SIN EMBARGO, TENÍA UN ALCANCE BIEN DIFERENTE A LA QUE COMENTAMOS. EN ELLA SE REMITÍA A LO DISPUESTO AL FRAUDE A LOS ACREEDORES. AQUÍ SE REGULA UN RÉGIMEN DIFERENTE.

II. COMENTARIO

340 SE INCORPORA ESTE ARTÍCULO EN LA SECCIÓN DEDICADA A LA GESTIÓN DE LOS BIENES GANANCIALES, CLARO ESTÁ QUE LA POSIBILIDAD DE FRAUDE EXISTIENDO ASENTIMIENTO CONYUGAL PARA ACTOS DE TRASCENDENCIA PATRIMONIAL ACHICA EL MARGEN OPERATIVO DE LA NORMA EN CUESTIÓN.

COMO ADELANTÁRAMOS SE ELIMINA LA REMISIÓN QUE REALIZABA VÉLEZ AL FRAUDE PAULANO, YA QUE ERA COINCIDENTE LA DOCTRINA AL CONSIDERAR QUE ESAS NORMAS NO RESULTABAN APLICABLES AL FRAUDE ENTRE CÓNYUGES. ASÍ SE ADOPTA UNA FÓRMULA MÁS AMPLIA QUE PERMITE CONSIDERAR FRAUDULENTO CUALESQUIERA ACTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES EN LA GESTIÓN DE LOS BIENES QUE PERMITA EVADIR EL RÉGIMEN DE LA GANANCIALIDAD.

ART. 474.— ADMINISTRACIÓN SIN MANDATO EXPRESO. SI UNO DE LOS CÓNYUGES ADMINISTRA LOS BIENES DEL OTRO SIN MANDATO EXPRESO, SE APLICAN LAS NORMAS DEL MANDATO O DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS, SEGÚN SEA EL CASO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO EXISTÍA UNA NORMA SIMILAR EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

EN EL RÉGIMEN ANTERIOR SE HABÍA CUESTIONADO JUDICIALMENTE LA VALIDEZ DE LOS ACTOS CELEBRADOS POR UNO DE LOS CÓNYUGES SIN MANDATO EXPRESO DEL TITULAR DEL BIEN O DERECHO EN CUESTIÓN. PARA SOSTENER LA VALIDEZ DE LOS ACTOS SE HABÍA SOSTENIDO QUE DEBÍAN APLICARSE LAS NORMAS DEL MANDATO TÁCITO O DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS. CON LA NORMA EN COMENTARIO SE RESUELVE LA CUESTIÓN ADMITIÉNDOSE LA APLICACIÓN DE ESAS FIGURAS JURÍDICAS.

SECCIÓN 5ª

EXTINCIÓN DE LA COMUNIDAD

POR MARIANA HOLWECK

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: AMARANTE, ANTONIO ARMANDO, COMENTARIOS RESPECTO DE LA LEGÍTIMA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, DFYP, LA LEY, 2012, 165; FERRER, FRANCISCO, CÓRDOBA, MARCOS M. NATALE, ROBERTO M., "RSID15540838 OBSERVACIONES AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL EN MATERIA SUCESORIA", DFYP, 2012-127.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ALBERTO, ANDREA R., "DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR LA CAUSAL DE ABANDONO", DJ, 1990-I, 625; ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, ANA, "LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL OBJETIVA DE SEPARACIÓN PERSONAL O DIVORCIO VINCULAR: ¿SE COMPARTEN LOS BIENES GANANCIALES ADQUIRIDOS DURANTE LA SEPARACIÓN DE HECHO CUANDO HAY DECLARACIÓN ACERCA DE LA CULPA DE UNO O DE AMBOS CÓNYUGES?", ED, 158-293; ARIANNA, CARLOS A., "DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", ENCICLOPEDIA DE DERECHO DE FAMILIA, 1-870; ID., "SEPARACIÓN DE HECHO, DIVORCIO SIN ATRIBUCIÓN DE CULPAS Y GANANCIALIDAD", LA LEY, 1996-C, 1287; ARIANNA, CARLOS A. Y ARÉCHAGA, PATRICIA V., "¿ES LA CAUSAL DE 'MALA ADMINISTRACIÓN' UNA NORMA OPERATIVA COMO PRESUPUESTO DE LA ACCIÓN DE SEPARACIÓN DE BIENES?", LA LEY, 1990-C, 1002; "EL ABANDONO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE BIENES (UNA PROPUESTA DE LEGE FERENDAJ)", LA LEY, 1990-A, 887; ARIANNA CARLOS A. Y DUTTO, RICARDO J., "LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES POR ABANDONO DE HECHO", JA, 1991-IV-188; ARIANNA, CARLOS A. E ILUNDAIN, MIRTA, "LOS BIENES GANANCIALES ANTE LA INSOLVENCIA DEL CÓNYUGE", RDF, 13-163; BARBERO, OMAR U., "SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES ENTRE CÓNYUGES (NUEVO ART. 1294 DEL Cód. CIV., SEGÚN LA LEY 23.515)", DJ, 1988-I-529; AZPIRI, JORGE O., "LA SEPARACIÓN DE HECHO Y SU INCIDENCIA EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", JA, 2000-I-557; BASSET, ÚRSULA CRISTINA, "RETROACTIVIDAD DE LOS EFECTOS DE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, CUANDO CONCURREN CAUSALES DISTINTAS", DFYP, 2010 (ENERO); BELLUSCIO, AUGUSTO C., "LA SEPARACIÓN DE BIENES SIN SEPARACIÓN DE CUERPOS", RDF, 4-67; BISCARO, BEATRIZ, "LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CUANDO LA SEPARACIÓN PERSONAL Y EL DIVORCIO SE FUNDAN EN LA SEPARACIÓN DE HECHO", LA LEY, 1999-F, 3; BLANCO, LUIS GUILLERMO, "DILIGENCIAS PRELIMINARES Y MEDIDAS CAUTELARES REFERENTES A LOS BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", LA LEY, 1992-A, 101; CAPPARELLI, JULIO C., "LA MUTACIÓN DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN EL ARTÍCULO 1294 DEL CÓDIGO CIVIL", LA LEY, 1988-B, 909; CHECHILE, ANA MARÍA, "DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN EN LA SOCIEDAD CONYUGAL ENTRE CÓNYUGES SEPARADOS DE HECHO", JA, 1997-II-753; DÍAZ DE GUIJARRO, E., "LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO NUPCIAL POR DIVORCIO Y POR AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLA O SESECAMIENTO", JA, 1957-III-35; DUTTO, RICARDO J., "LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES POR CONCURSO DEL CÓNYUGE", JA, 1991-IV-48; "LA SEPARACIÓN JUDICIAL DE BIENES Y EL ABANDONO DE HECHO", JA, 1991-IV-1; ES-

CRIBANO, CARLOS, LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR CAUSA DE DIVORCIO, LA LEY, BUENOS AIRES, 1982; FALBO, M. N., "DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL POR CAUSA DE MUERTE", REVISTA DEL NOTARIADO, 774-1657; FANZOLATO, EDUARDO A. Y ROITMAN, HORACIO, "QUIEBRA DEL CONYUGE", RDPYC, N° 12, P. 127; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL, "INCIDENCIA DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", LA LEY, 1979-C, 284; GATTI, HUGO E., "DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", EN ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, T. VIII; GOWLAND ALBERTO JORGE, "EL CONCURSO: DESAFORTUNADA REAPARICIÓN EN LA LEY 23.515 DE UNA DESAPARECIDA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE BIENES (DOS SENTENCIAS COINCIDENTES)", ED, 153-463; ID., "SOCIEDAD CONYUGAL: CALIFICACIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS DESDE LA SEPARACIÓN DE HECHO HASTA LA SENTENCIA EN LAS CAUSALES OBJETIVAS DE LOS ARTÍCULOS 204 Y 214, INCISO 2° DEL CÓDIGO CIVIL", REVISTA DEL NOTARIADO 860-307; "SOCIEDAD CONYUGAL: LA SEPARACIÓN DEL HECHO Y EL CESE DE LA GANANCIALIDAD", ED, 217-327; GROSMAN, CECILIA P., "LA MALA ADMINISTRACIÓN DE UN CONYUGE COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE BIENES", REV. TRIBUNALES 8-1988-7; GROSMAN, CECILIA Y MINYERSKY, NELLY, LOS CONVENIOS DE LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, ÁBACO, BUENOS AIRES, 1976; GUAGLIANONE, AQUILES H., DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, EDIAR, BUENOS AIRES, 1965; GUASTAVINO, ELÍAS P., DERECHO DE FAMILIA PATRIMONIAL. PARTICIÓN DE GANANCIALES DESPUÉS DEL DIVORCIO, RUBINZAL CULZONI, SANTA FE, 1985; "LOS GANANCIALES DEL FALLIDO Y EL ENIGMA DEL ARTÍCULO 1294 DEL CÓDIGO CIVIL", ED, 160-71; HIGHTON, FEDERICO R., "BIENES GANANCIALES ANTE LA QUIEBRA DEL CONYUGE" 2, LA LEY, 1993-C, 241; JUNYENT BAS, FRANCISCO, "UNA VEXATA QUESTIO LA CONVERGENCIA DEL RÉGIMEN MATRIMONIAL PATRIMONIAL ANTE EL CONCURSO Y LA QUIEBRA", DFYP, 2010 (AGOSTO), 118/2010, 26; "INSOLVENCIA Y FAMILIA", EN VÁZQUEZ Y LLOVERAS, DERECHO PATRIMONIAL DE FAMILIA, ALBERIONE, CÓRDOBA, 2000; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "PRIMERAS APROXIMACIONES AL TEMA INSOLVENCIA Y RÉGIMEN DE BIENES EN EL MATRIMONIO", EN ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO, 2001-385; KIELMANOVICH, J., "MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE FAMILIA", LA LEY, 1996-A, 1199; LAGOMARSINO, CARLOS A. R., ACTUALIZADA POR URIARTE, JORGE A., JUICIO DE DIVORCIO, 2ª ED., HAMMURABI, BUENOS AIRES, 1993; LAGOMARSINO, CARLOS Y URIARTE, JORGE A., SEPARACIÓN PERSONAL Y DIVORCIO, BUENOS AIRES, 1997; LAGOMARSINO, CARLOS, "SEPARACIÓN DE HECHO, DIVORCIO Y SOCIEDAD CONYUGAL", LA LEY, 139-1146; LORENZO DE FERRANDO, MARÍA ROSA, "TIFICACIÓN DE LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN PERSONAL O DIVORCIO. CUESTIONES PROCESALES", DJ, 1988-2-225; MATTERA, MARTA DEL ROSARIO, "EFECTOS DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN EL RÉGIMEN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", ED, 104-133; MAZZINGHI, JORGE A., "EL CONCURSO COMO CAUSA DE SEPARACIÓN DE BIENES", ED, 131-237; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "DOS IMPORTANTES CUESTIONES SOBRE SOCIEDAD CONYUGAL, SEPARACIÓN DE HECHO Y DIVORCIO POR PRESENTACIÓN CONJUNTA", LA LEY, 1980-D, 234; ID., "INCIDENCIA DE LA LEY 17.711 SOBRE EL RÉGIMEN DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD CONYUGAL DE BIENES", JA, 1969-223; PRADA, VIRGINIA, NUEVO RÉGIMEN DE MATRIMONIO CIVIL, ABELEDO-PERROT, BUENOS AIRES, 1989; RIVERA, JULIO CÉSAR, "INTERSECCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA Y EL DERECHO CONCURSAL", EN X CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO DE FAMILIA, MENDOZA, 1998; SAJÓN, JAIME, "EL CONCURSO DE UNO DE LOS CONYUGES Y LOS BIENES DEL MATRIMONIO", ED, 126-919; SCHERMAN, IDA, "LA SEPARACIÓN DE HECHO Y LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", DERECHO DE FAMILIA 16-198; UGARTE, LUIS A., "LA SEPARACIÓN DE BIENES POR MALA ADMINISTRACIÓN Y LAS GARANTÍAS LEGALES OTORGADAS AL CONYUGE NO ADMINISTRADOR", EN LA LEY, 1988-D, 493; UGARTE, LUIS A. Y URIARTE, JORGE A., "XII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL", DJ, 1989-2; VERA OCAMPO, JUAN C., "DISOLUCIÓN. MEDIDAS PRECAUTORIAS", LA LEY, 1990-B-182; ZANNONI, EDUARDO A., "SOCIEDAD CONYUGAL Y SEPARACIÓN DE HECHO", LA LEY, 132-1431; ZANNONI, EDUARDO A., LIQUIDACIÓN Y CALIFICACIÓN DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, ID15540838 ASTREA, 1976.

Art. 475.— Causas. La comunidad se extingue por:

- a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- b) la anulación del matrimonio putativo;
- c) el divorcio;

- d) la separación judicial de bienes;
- e) la modificación del régimen matrimonial convenido.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el sistema del Código Civil la sociedad conyugal comienza con la celebración de las nupcias (art. 1261) no pudiendo estipularse que principie antes o después, la culminación de la misma resultaba ser consecuencia de hechos taxativamente determinados por la ley en virtud de devenir aquella de un régimen legal y forzoso sobre el cual no tenían poder dispositivo la voluntad de las partes.

La expresión "disolución de la sociedad conyugal" no era la más apropiada, en particular a partir de la ley 17.711, pues no describía en términos jurídicos la disolución de un ente societario sino que aquella importaba la culminación de un régimen durante el cual las adquisiciones de los cónyuges tenían carácter ganancial, por lo tanto llamadas a formar una masa partible.

El art. 1291 establecía que la sociedad conyugal se disuelve *por la separación judicial de los bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de alguno de los cónyuges*.

Esta enunciación resultaba incompleta ya que había que incorporar las causales contempladas en otras normas como ser la ausencia con presunción de fallecimiento (art. 30 de la ley 14.394), el divorcio vincular, la separación personal y la nulidad de matrimonio (arts. 1306, 221 inc. 2° y 222 inc. 3° del Cód. Civil).

A su vez las causales antes enunciadas podían surgir como consecuencia de la disolución del matrimonio como el supuesto de la muerte natural de uno o ambos cónyuges, por segundo matrimonio del cónyuge del ausente, por divorcio vincular y por nulidad de matrimonio con buena fe de ambos o por optar el cónyuge por la disolución de buena fe o sin disolución de la unión matrimonial en los casos de separación judicial de bienes, separación personal y muerte presunta.

Sus fuentes son el Código Civil francés, art. 1441; Código Civil belga, art. 1405, Código Civil español, art. 1392, Código Civil de Québec, art. 465, Código Civil chileno, art. 1764; y Código Civil uruguayo, art. 1998.

II. COMENTARIO

La disolución del régimen de gananciales se produce en el momento en el que concluye la comunidad dinámica de bienes y se transforma en una comunidad estática pendiente de liquidación y partición.

Reproduciendo el sistema del Código Civil y en armonía con lo que prescribe el art. 463 del Cód. Civ. y Com. con relación al inicio de la comunidad, las causas de disolución de la comunidad son taxativamente enumeradas en el artículo en comentario, ello en virtud de que el régimen de comunidad se organiza sobre normas relativamente imperativas a las que están sometidos los cónyuges y los terceros.

Se concentran en una norma todas las causales de extinción de la comunidad que, como referenciáramos anteriormente, se encontraban dispersas en los arts. 1291, 1313 y 1306 y en la ley 14.394, con excepción de la separación personal que ha sido derogada

en el art. 437 del Cód. Civ. y Com. Lo dicho importa que no existe disolución de la comunidad fundada en el acuerdo de partes salvo el supuesto de modificación de régimen matrimonial y con esos alcances.

Conforme lo antes expuesto el inc. a) establece como primer causal a la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges, convirtiendo a la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento en causa de disolución de la comunidad que opera de pleno derecho, lo que implica la eliminación del régimen establecido en los arts. 1307 a 1311, Cód. Civil y la última parte del art. 30 de la ley 14.394, ello en función de las dudas interpretativas que se planteaban acerca de la subsistencia de esas disposiciones y por considerarse actualmente injustificados los recaudos legales limitativos de los efectos de la muerte presunta.

Anteriormente, el art. 213 inc. 2º Cód. Civil —en concordancia con lo prescripto por el art. 31 de la ley 14.394— establecía como causales de extinción del vínculo además de la muerte de uno de los esposos y la sentencia de divorcio, el supuesto del nuevo matrimonio que contrajera el cónyuge del declarado ausente con presunción de fallecimiento, abriéndose el interrogante de si aquello importaba la disolución de la sociedad conyugal. Por otro lado el desencuentro doctrinario giraba en torno a la interpretación del art. 1307 del Cód. Civil, que otorgaba a la mujer un derecho de opción para mantener vigente la sociedad conyugal por un período de cinco años posteriores a la declaración de muerte presunta. La doctrina se dividía en tres interpretaciones: a) La subsistencia de derecho de opción para la mujer previsto por el art. 1307 (Llambías, Cornejo, Vidal Taquini, Belluscio); b) la subsistencia de esa opción extendida también al esposo superviviente (Guaglianone, Fassi y Bossert, Cafferata, Méndez Costa) debiendo los herederos o legatarios del presunto fallecido solicitar la partición una vez cumplido el período de prenotación; c) la derogación del derecho de opción (Borda, Mazzinghi, Zannoni).

En lo atinente a la nulidad de matrimonio, como no todos sus supuestos producen la extinción de un régimen matrimonial, aclara la norma en el inc. b) que sólo la comunidad se extinguirá en el supuesto del matrimonio putativo [arts. 428 y 429 ii) del Cód. Civ. y Com.].

La sentencia de divorcio produce la extinción de la comunidad de pleno derecho estableciendo el inc. c) de la norma en comentario a la institución como causal disolutiva de la comunidad.

El inc. d) estipula a la separación de bienes como causal extintiva a pesar del arduo debate sobre el sentido y la conveniencia de mantener la institución en análisis. Luego en el art. 477 del Cód. Civ. y Com. se establecen las causales de separación judicial de bienes.

De conformidad a lo dispuesto en el art. 449 del Cód. Civ. y Com., la circunstancia de que los cónyuges puedan elegir entre el régimen de comunidad o el de separación de bienes y a su vez modificar luego esa decisión, determinó la necesidad de estipular una nueva causal de extinción de la comunidad, la que fue agregada en el inc. e) como *la modificación del régimen convenido*.

Esta incorporación importa que los cónyuges puedan convenir la disolución de la comunidad, circunstancia ésta que antes vedaba nuestro ordenamiento, para pasar a

tener otro régimen patrimonial.

La jurisprudencia deberá determinar si esta modificación puede pactarse inicialmente sujeta a una condición, por ejemplo optarse por el régimen de comunidad hasta el momento que los hijos cumplan la mayoría de edad.

Los efectos de la disolución operan hacia futuro, independientemente de la retroactividad que determinará la sentencia en algunos supuestos, autorizando la liquidación y partición de la masa de bienes existente a dicha fecha, así como también respecto de los bienes adquiridos con posterioridad a ella, ya que con la extinción de la comunidad cesan las condiciones de ganancialidad de los bienes que ingresen posteriormente salvo las adquisiciones que se hiciesen en el marco de lo previsto por el art. 465 del Cód. Civ. y Com.

La calificación de las causales

A los fines de una mejor comprensión del tema podemos afirmar que las causales de disolución de la comunidad pueden dividirse en judiciales y extrajudiciales.

Las causales extrajudiciales son la muerte y el pacto de un régimen diferente al de comunidad mientras que las causales judiciales resultan ser la nulidad, el divorcio, la separación judicial de bienes y la muerte presunta.

Por otra parte las causales también pueden dividirse entre las que operan de pleno derecho de las que requieren petición de parte. Son causales automáticas de finalización de la comunidad la muerte declarada o presunta, el divorcio y la nulidad y por el contrario las requieren petición de parte son el cambio de régimen y la separación judicial de bienes (la mala administración, el concurso, la quiebra, la separación sin voluntad de unirse y la administración de bienes por un tercero).

III. JURISPRUDENCIA

Por el fallecimiento del cónyuge opera la transmisión hereditaria del consorte prefallecido sin lapso alguno, de manera que coexisten la indivisión postcomunitaria, entre el superviviente y los herederos, y la comunidad hereditaria entre herederos exclusivamente, por lo cual los acreedores del causante no puede ejecutar un bien ganancial que aun cuando continúa inscripto a nombre de su deudor, pasó a formar parte de la universalidad sucesoria, por lo que el tratamiento de las deudas ha de seguirse conforme a los principios generales determinados por las relaciones de comunidad que la disolución y simultánea transmisión hereditaria producen (C1ª Civ. y Com., San Nicolás, 23/4/2009, DFyP, 2010-173; con nota de Néstor E. Solari, DFyP, 2010-172; con nota de Graciela Medina, DFyP, 2009-132, AR/JUR/8848/2009).

El régimen patrimonial de la sociedad conyugal organizado por nuestro Código tiene carácter imperativo, porque está organizado en base a normas que, en su casi totalidad, son de orden público y en consecuencia, no pueden ser modificadas por voluntad de los esposos

(C1ª Civ. y Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 26/5/2010, La Ley Online).

340Art. 476.— Muerte real y presunta. La comunidad se extingue

por muerte de uno de los cónyuges. En el supuesto de presunción de fallecimiento, los efectos de la extinción se retrotraen al día presunto del fallecimiento.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La muerte estaba prevista como causal de disolución de la sociedad conyugal en el art. 1291 y como causal de disolución del matrimonio en el art. 213 del mismo cuerpo legal.

Todo lo relativo a la presunción de fallecimiento estaba legislado primitivamente en el Libro I, Sección I, Título VIII, arts. 110 al 125 del Cód. Civil, los que luego fueron sustituidos por los arts. 15 al 32 de la ley 14.394, por lo que la remisión que efectuaban los arts. 116 y 117 del Cód. Civil debía interpretarse que era hacia los arts. 26 y 27 de la ley 14.394.

Fuente: Código Civil francés, art. 1442; Proyecto de reforma al Código Civil de 1993, art. 531 y Proyecto de reforma de 1998, art. 470.

II. COMENTARIO

Fundamento y alcance de la reforma

Conforme lo analizado precedentemente la muerte de uno de los cónyuges produce la extinción de la comunidad de pleno derecho a partir del día del fallecimiento.

A diferencia de lo previsto por los arts. 2277 y 2280 del Cód. Civ. y Com. que establece que la apertura de la sucesión se da con la muerte del causante o sea la sola presencia del hecho mismo del fallecimiento causa la apertura de la sucesión, la norma en comentario prescribe que la comunidad se extingue el día del fallecimiento del cónyuge, siguiendo en este aspecto el criterio sentado por Zannoni, Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, entre otros.

De esta manera se zanja un viejo debate con relación a cuál era el momento de la disolución de la sociedad conyugal cuando ésta acaecía por muerte, ello toda vez que frente a la posición receptada por la reforma se esgrime otra que sostiene que la disolución se produce de pleno derecho en el mismo momento en que acaece la muerte, con basamento en lo dispuesto por el art. 3282 del Cód. Civil que fijaba la apertura de la sucesión en la muerte del causante y nota respectiva que informa que *"La muerte, la apertura y la transmisión de la herencia, se causan en el mismo instante. No hay entre ellas el menor intervalo de tiempo, son indivisibles"* (Rébora, Fassi, Bossert, Mazzinghi, Belluscio, Guaglianone, Méndez Costa, Sambrizzi).

Perrino por su parte sostiene que la norma debe ser interpretada en el contexto del régimen sucesorio, el cual no es otro que el de la continuidad de la persona del causante.

En ese mismo sentido Ferrer, Córdoba y Natale proponían la modificación del artículo comentado ya que pensaban que la solución dada por la norma podría importar que ante el fallecimiento de un cónyuge a las 4 hs. del día 22 de abril, siendo que ese mismo día a las 12 hs. le comunican al supérstite que ganó la lotería, si la disolución se produce en el día del deceso, ese premio será ganancial [art. 465, inc. b), del Cód. Civ. y

Com.] y lo deberá repartir por mitades con los otros herederos; si la disolución se produce al momento de la muerte, será propio del supérstite.

La injusticia de la primera solución nos parece evidente. Además, es incoherente, porque si el régimen de comunidad se disuelve por el fallecimiento de uno de los cónyuges, lo más lógico es que los efectos jurídicos de tal hecho se deban regir por el derecho sucesorio. Esa discordancia anotada se debería haber resuelto haciendo prevalecer los principios sucesorios.

Por otro lado la norma aclara, siguiendo en ello el destierro que realizara el Código francés de la institución denominada "comunidad continuada", que una vez producida la muerte resultará imposible la continuación de la comunidad tanto si esa prórroga en el tiempo hubiera sido acordada oportunamente por los cónyuges como si ella resultara del acuerdo del supérstite con los herederos del causante, invalidándose de esta manera los pactos en contrario.

Finalmente, el artículo pone punto final al interrogante que se había generado respecto a la disolución de la sociedad conyugal en caso de muerte presunta.

Al respecto se habían esgrimido en doctrina cuatro teorías que sostenían a saber: 1. la subsistencia del derecho de opción sólo respecto de la mujer; 2. la extensión del derecho de opción al marido, sobre la base de la igualdad jurídica de los cónyuges; 3. la desaparición del derecho de opción por lo que dictada la sentencia de fallecimiento presunto cualquiera de los herederos o el propio cónyuge puede pedir la liquidación de la sociedad conyugal; y 4. la disolución de la sociedad conyugal de pleno derecho al día de la muerte presunta, manteniendo el cónyuge presente un derecho a oponerse a la liquidación hasta el cumplimiento de los plazos previstos en el art. 30 de la ley 14.394.

La norma en análisis opta por establecer la retroactividad de los efectos al día presunto del fallecimiento, opinión compartida por buena parte de la doctrina nacional respecto a la interpretación que correspondía hacerse de la ley 14.394.

III. JURISPRUDENCIA

Si la sociedad conyugal se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, las deudas del cónyuge premuerto deberán satisfacerse con imputación al acervo (arts. 3431 y 3474, Cód. Civil), y serán ejecutables sobre la masa (SCBA, 15/10/1996, DJBA).

Art. 477.— Separación judicial de bienes. La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges:

- a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales;
- b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge;
- c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse;
- d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero.

fs II. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La separación judicial de bienes es una acción autónoma destinada a hacer cesar la comunidad de gananciales hacia el futuro sin que ello importe la disolución del vínculo matrimonial.

En el texto original del Código Civil se facultaba a los cónyuges a pedir la separación judicial en el caso de divorcio, confiriéndosele legitimación activa sólo al inocente de aquel proceso. A su vez, la mujer podía solicitar la separación de bienes en dos hipótesis, cuando el marido era declarado insano y ella no asumía la administración de la sociedad conyugal, recayendo aquélla en un tercero (art. 1290) y ante el supuesto de que la mala administración o concurso del marido la colocase en peligro de perder sus bienes propios (art. 1294).

A partir de la sanción de la ley 17.711 la sentencia de divorcio produciría de pleno derecho la disolución de la sociedad conyugal (art. 1306 párr. 1°), desapareciendo así la acción autónoma por divorcio.

Al organizar la aludida reforma un sistema de administración separada de los bienes de los cónyuges (art. 1276 del Cód. Civil) manteniéndose la división de responsabilidades determinada por los arts. 5° y 6° ley 11.357, parte de la doctrina entendió que la causal prevista en el art. 1294 del Cód. Civil había perdido virtualidad o razón de ser, mientras que para otros estaba directamente derogada.

La ley 23.515 introdujo cambios en la redacción original ratificando la vigencia de la institución a pesar de las opiniones antes referidas y de las modificaciones legislativas en lo relativo al régimen de bienes en el matrimonio, circunstancia ésta que fue considerada por Gowland como una desafortunada reaparición.

Sus fuentes son el Código Civil francés, arts. 1442, 1443; Código Civil español, art. 1393; Código Civil de Quebec, art. 465, Proyecto de 1998, art. 471 y Proyecto de 1993, art. 532.

II. COMENTARIO

Como referenciaríamos anteriormente, la doctrina y la jurisprudencia han debatido arduamente sobre el sentido de la institución en análisis. Para algunos la separación judicial de bienes —en un régimen de gestión y responsabilidad separadas que implica la formación de dos masas diferenciadas (arts. 1276 y 1277 y arts. 5° y 6° de la ley 11.357)— carece de utilidad, lo que parece verse confirmado por el escaso uso que se hace de esta institución. Otros en cambio, destacan la finalidad protectora de la causal (Méndez Costa), su carácter preventivo individual respecto de la persona y general en relación a los bienes gananciales (Vidal Taquini) y su sentido de amparo tendiente a resguardar el interés comunitario (Grosman).

Los legisladores han optado nuevamente por mantener la institución en análisis con algunas modificaciones y concentrando en una sola norma las causales que habilitan a requerirla que antes se encontraban dispersas en los arts. 1289, 1290 y 1294 del Cód. Civil.

A continuación analizaremos cada una de las causales.

1. La mala administración del otro si le acarrea el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales

Se reproduce en este inciso parte del art. 1294 del Cód. Civil.

Como ya dijéramos, algunos autores han insistido en la inutilidad de este dispositivo insistiendo en que puede volverse en contra del cónyuge que pretende hacer valer la separación

lochin patrimonial, pues podría ver disminuido su acervo por efecto de la insolvencia del otro y la necesidad de soportar las cargas familiares comunes con su propia masa de bienes gananciales de administración reservada. Otros en cambio valoran el criterio de protección que fundamenta la norma —basado en la comunidad de intereses del matrimonio, en el amor y el esfuerzo mutuo— que permite separar los bienes y liquidar la sociedad conyugal cuando la ganancialidad de los bienes de uno de los esposos peligra ante la mala administración del otro esposo.

En este sentido, además del sistema de asentimiento conyugal como vía de contralor de la gestión del cónyuge administrador, el régimen patrimonial del matrimonio contiene esta norma de protección de la comunidad matrimonial. Así, si la labor de control del esposo no administrador se ve afectada por una conducta impropia del cónyuge administrador que pone en peligro la comunidad de bienes, la ley otorga la vía de resguardo al esposo "afectado" que, si bien han resultado una alternativa polémica tanto en el ámbito doctrinario como jurisprudencial, integra la tutela de la comunidad matrimonial.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil el despacho de la comisión de Familia señaló por unanimidad que el propósito legal perseguido por la norma es el de establecer dentro del propio régimen de la sociedad conyugal un resguardo del patrimonio así como de las necesidades económicas de la familia, garantizando una facultad de control del cónyuge no administrador ante el peligro de la frustración del derecho a compartir los gananciales al momento de la disolución de la sociedad conyugal, o eventualmente las recompensas que correspondieren.

La norma reitera la vieja terminología utilizada por el art. 1294 al aludir a la "mala administración", sin especificar qué debe entenderse por tal frente al significado diverso que aquella expresión mereció a lo largo del tiempo. Ello determina que deba recurrirse para su interpretación a las pautas que la jurisprudencia reseñara al respecto, como ser la existencia de importantes resultados negativos en la administración de los bienes, el endeudamiento elevado y sin justificación y la concurrencia para su configuración de dos elementos, uno de carácter objetivo, consistente en la gestión inepta, evidenciada en gastos excesivos, disipación e insolvencia, y otro subjetivo, imputable al accionado por negligencia, falta de aptitud, culpa o dolo en la administración de los bienes.

Como dato adicional para la valorización de la norma en estudio y su vinculación con tendencias modernas dentro del derecho comparado, se señaló su recepción en numerosas legislaciones extranjeras, algunas de ellas inspiradoras de determinadas soluciones recogidas por la ley 23.515. En Francia, la reforma de 1965 al Código Civil dio como causas de separación de bienes al desorden en los negocios del otro, la mala ad-

ministración y la conducta del cónyuge administrador (art. 1443). El Código Civil español hace referencia a los "actos de gestión patrimonial que entrañen fraude, daño o peligro para los derechos del otro en la sociedad" (art. 1393, inc. 2º). Preceptos similares han sido establecidos en las legislaciones de Italia, Alemania, Suiza, Noruega, Polonia, Bolivia y Colombia.

Entendemos que los alcances de la causal se extienden tanto al patrimonio ganancial como al propio, en función de que, por ejemplo, el dispendio de los bienes propios del mal administrador puede comprometer la subsistencia de los gananciales de quien padece la gestión al momento de operarse la disolución de la sociedad conyugal.

2. El concurso preventivo o quiebra del otro cónyuge

Se recepta aquí la opinión mayoritaria de la doctrina que venía sosteniendo que el vocablo "concurso" debía entenderse como sinónimo de quiebra o falencia y no de concurso preventivo, opinión ésta compartida también por la jurisprudencia.

Al respecto se ha sostenido que como en la quiebra el fallido, a diferencia del concurso, queda desposeído de pleno derecho (arts. 15, 16, 17, 109 y concs. LC) no caben dudas que el art. 1294 del Cód. Civil comprende el supuesto de quiebra declarada, mas no media unanimidad si comprende el concurso preventivo.

Si bien la quiebra del esposo no conlleva la disolución de la sociedad conyugal (CNCom., sala C, 14/6/1991, con nota de Federico Highton, "Bienes gananciales ante la quiebra del cónyuge", LA LEY, 1993-C, 241; Méndez Costa, M. Josefa, "Código Civil Comentado. Derecho de Familia Patrimonial", p. 246,) se decidió que aunque "se susciten dudas sobre el alcance de la expresión concurso" esto es, si ella refiere sólo a la quiebra o también al concurso preventivo, o sobre si es exigible que además se configure el "peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales", como el marido está en quiebra —supuesto concursal más severo y, por ende, al cual refiere sin duda el art. 1294 cit.—, y ese proceso concursal está enderezado prioritariamente a la liquidación de bienes, el peligro a que alude dicha regla está "in re ipsa" y no requiere prueba adicional" (CCiv. y Com. Rosario, sala 1ª 5/3/1993, JA, 1994-II-167).

La causal de disolución en estudio es procedente desde la apertura del concurso o quiebra hasta la rehabilitación del concursado o finalización del proceso falencial.

La discusión desarrollada anteriormente en relación a la utilidad actual de la causal de mala administración también puede hacerse extensiva al supuesto de concurso y quiebra.

Respecto de esta última cabe recordar que el esposo reclamante de la separación no podrá anteponer su derecho sobre los bienes gananciales titularidad del fallido hasta desinteresarse a los acreedores de la quiebra, quienes podrán avanzar sobre la cuota que le corresponde al fallido de los gananciales del otro cónyuge.

Sobre el tema resulta esclarecedor el voto de Kemelmajer de Carlucci *in re* "de La Roza de Gaviola en Gaviola, Alberto. suc.", en el cual sostuvo que *La muerte y el concurso no deben producir modificaciones respecto a la garantía patrimonial que tenían los acreedores cuando el causante vivía. Producida la muerte o la quiebra, el acreedor anterior debe tener frente a sí los mismos bienes que tenía antes de la existencia del proceso colectivo. Es que el acreedor no*

contrató con una "sociedad", sino con una persona casada que le respondía con todos los bienes de su titularidad (propios y gananciales); la garantía de su crédito debe seguir siendo la misma mientras no exista publicidad de la real mutación de cada uno de los bienes.

Ello puede resultar disvalioso porque tendría que dividir los gananciales de su titularidad con el concurso y si los bienes reconocieran titularidad del cónyuge concursado, nada recibiría por la presunción de insolvencia del concurso; no puede aspirar preferencia al pago de los acreedores por recompensas a su favor hasta tanto aquéllos no queden satisfechos.

Por esta razón algunos autores han insistido en la inutilidad de este dispositivo e incluso han llegado a sostener que puede volverse en contra del esposo que pretende hacer valer la separación patrimonial, pues podría ver disminuido su acervo por efecto de la insolvencia del otro y de la necesidad de soportar las cargas familiares comunes con su propia masa de bienes gananciales de administración reservada.

De la redacción de la norma en comentario surge de manera clara la legitimación activa en cabeza de cónyuge *in bonis* solamente.

t03. Si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse

La causal de abandono prevista por el art. 1294 del Cód. Civil se configuraba con la interrupción unilateral e injustificada de la cohabitación por parte de uno de los cónyuges, siendo para ello necesario valorar las circunstancias que mediaron en la separación ya que el abandono de hecho del que nos hablaba la norma aludida suponía "imputabilidad", es decir la sustracción voluntaria e injustificada al deber de cohabitación unilateralmente transgredido. Era sin dudas un abandono calificado teniendo los mismos alcances del abandono voluntario y malicioso previsto por el art. 202, inc. 5º y el 214, inc. 1º del Cód. Civil.

No era suficiente el mero "elemento objetivo" de la separación de hecho, sino que se requería también la abdicación culpable y deliberada de los deberes conyugales.

En virtud de las características apuntadas, el mantenimiento de esa causal en esos términos resultaba abiertamente contradictorio con la reducción de los deberes matrimoniales dispuesta por el art. 431 del Cód. Civ. y Com. y con el divorcio incausado previsto en el art. 437 del mismo cuerpo legal.

Ya no se debe indagar la culpabilidad en la separación toda vez que el deber de cohabitar no se encuentra estipulado como tal.

Por ese motivo la reforma adecuó la causal legitimando activamente a solicitar la separación judicial de bienes a ambos cónyuges que se encuentren separados de hecho. Esta última circunstancia habilita por sí sola la acción en base a que el fundamento ético económico de la subsistencia de la comunidad de gananciales entre los cónyuges es el esfuerzo y aportes comunes. Frente al hecho del cese de convivencia matrimonial esta causal se constituye en un remedio para evitar que los cónyuges separados de hecho tengan que compartir las adquisiciones que cada uno de ellos realice con su propio esfuerzo.

Recepta de esta manera la reforma la opinión doctrinaria que venía propiciando

—incluso en oportunidad de sancionarse la ley 23.515— la sustitución de la causal de abandono por la de separación de hecho de los cónyuges. Algunos autores pensaban que la norma también era aplicable cuando el abandono era recíproco, basado en el mutuo acuerdo de concluir la convivencia.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en San Carlos de Bariloche en abril de 1989 se presentaron algunas ponencias en donde se admitía el abandono de hecho recíproco, lo que traía como consecuencia la legitimación activa tanto del abandonado como del abandonante, pero se desestimaron estas posturas sosteniendo que ninguno de los cónyuges que interrumpiera la convivencia de común acuerdo tenía legitimación activa para entablar la acción de separación de bienes. En este caso sólo se podrán ejercer las acciones de estado de separación personal y la de divorcio vincular por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse.

Arianna en este sentido sostuvo que si el cónyuge abandonado no recurre a la vía del art. 1294 del Cód. Civil para requerir la disolución de la sociedad conyugal, entre la fecha del abandono y la notificación del traslado de la demanda de divorcio regirá el último párrafo del art. 1306 del Cód. Civil, con lo cual el esposo inocente participará de las ganancias habidas durante ese período por el otro, reteniendo las suyas, lo cual parece injusto.

4. Si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero

Si uno de los cónyuges no puede o no quiere asumir la curaduría del consorte en las hipótesis mencionadas en la norma, el curador que necesariamente debe designarse asumirá la administración de los bienes del cónyuge, conforme a la reglamentación legal correspondiente sin afectar la gestión del otro cónyuge sobre sus bienes propios y gananciales.

El viejo art. 1289 del Cód. Civil prescribía que *"si por incapacidad, o excusa de la mujer, se encargare a otra persona la curaduría del marido, o de los bienes de la sociedad conyugal, el curador tendrá la administración de todos los bienes de la sociedad conyugal, con las obligaciones y responsabilidades impuestas al marido"*. A su vez el art. 1290 establecía que si la mujer no quisiera someter esa administración de los bienes de la sociedad, podría pedir la separación de ellos.

Las disposiciones transcritas tenían mayor interés en la época de la sanción del Código, ya que al ser el esposo el único administrador de la sociedad conyugal el tercero designado curador era el encargado de administrar todo el patrimonio, lo que habilitaba a la mujer a requerir la separación de bienes, pero en la actualidad mucho se ha debatido acerca de su utilidad.

Arianna afirma que lo normado por el art. 1290 conserva operatividad.

Méndez Costa se manifestó en igual sentido entendiendo que manteniéndose el régimen patrimonial matrimonial debería, por ejemplo y en su caso, solicitarse el asentimiento del curador del consorte, lo que es inaceptable, o depender siempre de la autorización judicial.

Sambrizzi es partidario de la necesidad de la norma ya que si bien cada uno de los esposos tiene la libre administración y disposición de sus bienes, cada uno "conserva

una legítima expectativa sobre el 50% de los bienes gananciales que administraba el otro declarado interdicto", por lo cual es entendible que se le haya conferido al esposo sano el derecho de pedir la separación judicial de bienes.

Receptando estas opiniones la reforma optó por mantener la causal y consagrar el derecho de ambos cónyuges a reclamar la separación en este supuesto conforme la igualdad jurídica de que gozan los cónyuges.

III. JURISPRUDENCIA

"Hay una mala administración de la sociedad conyugal cuando el marido administra su masa de gananciales en forma desordenada, inepta, dispendiosa, de tal manera, que haya perjudicado a la mujer respecto de sus bienes gananciales o propios o entrañe peligro de que la perjudique en esos bienes o en los gananciales de su administración. Por ello, la mala administración que autoriza a pedir la separación de bienes no se configura por una pérdida o quebranto accidental, por el mayor o menor acierto en los negocios, sino que esa causal requiere una conducta de contornos definidos que se exteriorice en una serie de actos y que, en el contexto de una administración, evidencien un obrar desaprensivo, temerario o de franca ineptitud" (CNCiv., sala B, LA LEY, 1988-D, 493).

"Dado que el art. 1294 del Cód. Civil establece que uno de los cónyuges puede pedir la separación de bienes cuando el concurso o la mala administración del otro le acarree peligro de perder su eventual derecho sobre bienes gananciales, encontrándose el esposo de la actora en estado de quiebra, se configura el presupuesto objetivo de operatividad de la norma precitada" (CCiv. y Com. Azul, sala II, 5/7/2007, LLBA, 2007-904, AR/JUR/3423/2007).

Si bien el inmueble en base al cual la actora pretende fundar la procedencia de la separación de bienes de su cónyuge fallido, es propio de éste, resulta procedente la acción de separación en los términos del art. 1294 del Cód. Civil, pues acreditada la existencia de otros bienes gananciales, corresponde interpretar que el objeto petitorio recae en la mentada separación de bienes gananciales eventuales, no obstante que en el inicio sólo se haya mencionado y hecho hincapié en aquel inmueble propio" (CCiv. y Com. Azul, sala II, 5/7/2007, LLBA, 2007-904, AR/JUR/3423/2007).

Acreditados los datos objetivos (el concurso del esposo y el matrimonio) se entiende viable la causal disolutoria por concurso del cónyuge desde la apertura del concurso y hasta la rehabilitación del concursado como *dies a quo* y *dies ad quem* respectivamente (CCiv. y Com. y Lab. Venado Tuerto, 6/11/1990).

La separación de hecho no habilita un régimen especial o diferente de sociedad conyugal en cuanto a los bienes que la integran y a los adquiridos con posterioridad a que se configure, puesto que se requiere de una declaración judicial para retrotraer los efectos de aquella (CNCiv., sala K, 19/8/2005, LA LEY, 19/10/2005, 8, LA LEY, 2005-E, 870, cita online: AR/JUR/2081/2005).

Art. 478.— Exclusión de la subrogación. La acción de separación de bienes no puede ser promovida por los acreedores del cónyuge por vía de subrogación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

rsid15540838 Calificada como una acción de ejercicio de estado en atención a la finalidad que tiende a alcanzar quien la promueve, se la distinguió de las acciones de separación personal y divorcio vincular y de la acción de fraude contemplada en el art. 1298 Cód. Civil.

En lo atinente a la legitimación en proceso de separación judicial de bienes la doctrina sostuvo reiteradamente que el único legitimado a entablarla es aquel que es víctima de la materia objeto de la causal y no quien la hubiera ocasionado, pues lo contrario autorizaría a invocar la propia torpeza para sustituir el régimen ordinario de la sociedad conyugal por el de separación de bienes.

Por el contrario, existió consenso unánime en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el sentido de que esta acción no podía ser ejercida por los acreedores por vía de subrogación por tratarse de un derecho inherente a la persona, y a tenor de lo preceptuado en materia de pasivo provisorio de la sociedad conyugal (arts. 5° y 6°, ley 11.357).

Sus fuentes son el Código Civil francés, art. 1446. Arts. 472 del Proyecto de 1998 y 533 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

Se recepta lo manifestado por la doctrina respecto a la necesidad de determinar —ante ausencia de norma específica— si los acreedores tienen o no legitimación para iniciar, vía subrogación, la acción de separación judicial de bienes de su deudor, adoptando la posición negativa mayoritaria que se basa en el carácter personalísimo de la acción.

En contraposición a lo antes expuesto, en el derecho comparado encontramos que el Código suizo les reconoce a los acreedores el derecho a intentar esta separación de bienes subrogatoriamente.

Art. 479.— Medidas cautelares. En la acción de separación judicial de bienes se pueden solicitar las medidas previstas en el artículo 483.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Con la sanción de la ley 23.515 se incorporó al Cód. Civil el art. 233, que receptan la jurisprudencia existente para aquella época amplió la legitimación activa para el requerimiento de las medidas cautelares patrimoniales a ambos cónyuges, ya que en el sistema originario del Código el art. 1295 sólo legitimaba a la mujer a pedir, una vez entablada la acción de separación de bienes y aun antes de ella, el embargo de sus bienes muebles que estuvieran en poder del marido y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad.

Sus fuentes son los arts. 473 del Proyecto de 1998 y 526 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

El art. 233 del Cód. Civil era lo suficientemente amplio como para comprender

cualquier medida de seguridad, por esa razón la reforma ha juzgado preferible sustituir la regla del art. 1295 del Cód. Civil por la más amplia del art. 233, reproduciéndose esta última en el art. 722 del Cód. Civil y Comercial.

Ahora bien, la norma en análisis nos remite al art. 483 del Cód. Civil y Comercial, que reglamenta las medidas protectorias que se pueden requerir en la etapa de la indivisión postcomunitaria.

El art. 483 del Cód. Civil y Comercial establece en primer término el derecho de los cónyuges a requerir las medidas cautelares que prevén los ordenamientos provinciales para luego enunciar en dos incisos las medidas urgentes que específicamente puede solicitar uno de los cónyuges en la acción de indivisión postcomunitaria a saber, a) la autorización judicial supletoria para la realización de actos que requieren el consentimiento del otro cónyuge frente a la negatoria injustificada del otro, así como b) la designación de un administrador de la masa del otro cónyuge, ya sea en su persona o en un tercero, desempe

Flo ese que se regirá por las normas de administración de herencia en cuanto a facultades y obligaciones del administrador.

Entendemos que en lo atinente a la gama de medidas que se podrían solicitarse para resguardar los bienes en el marco de la acción de separación judicial de bienes se debió haber remitido en primer término al art. 722 del Cód. Civil que regula todas las medidas cautelares que se pueden solicitar en el marco de la acción de estado y no solamente a las medidas previstas en los ordenamientos locales. Esa remisión hubiera evitado la posibilidad de una interpretación taxativa del artículo que limite la posibilidad de cautelar los bienes de los cónyuges y eludir, por otro lado, un tratamiento riguroso respecto de los requisitos de admisibilidad de las medidas.

Respecto a la posibilidad de designar al cónyuge o un tercero como administrador de la masa reproduce la norma de manera actualizada el viejo art. 74 de la ley 2393, que establecía que si durante el juicio de divorcio la conducta del marido hiciese temer enajenaciones fraudulentas o disipación de los bienes del matrimonio, la mujer podía pedir al juez de la causa que se haga inventario de ellos y se pongan a cargo de otro administrador.

Consideramos apropiada su expresa incorporación ya que no toda la doctrina y jurisprudencia era conteste en considerarla procedente en el marco del viejo art. 233 del Cód. Civil.

Con esa mirada restrictiva Vidal Taquini sostenía que la ley 23.515 no había contemplado expresamente esa medida, de lo que resultaría que el legislador no tuvo ánimo de mantenerla, siendo a su vez inconcebible el desplazamiento de la administración con el régimen de gestión separada de los bienes que consagraba el art. 1276 del Cód. Civil.

Frente a dicho razonamiento, otros juristas entendían en cambio que era posible a pesar de la reforma operada requerir la sustitución del otro cónyuge como administrador, ya que el resto de las medidas cautelares podrían resultar insuficientes a los efectos perseguidos, vale decir la protección de los bienes del cónyuge requirente frente a supuestos extremos y siempre que existieran riesgos evidentes, ya sea de enajenaciones fraudulentas, de disipación de bienes del matrimonio o hechos similares que hagan inciertos los derechos del cónyuge.

El antiguo art. 233 del Cód. Civil, actualmente art. 722, es suficientemente amplio como para que el juez pueda ordenar cualquier medida cautelar que tuviera por objeto inmediato resguardar los derechos patrimoniales de un cónyuge frente a la administración o disposición de los bienes efectuada por el otro, no siendo necesaria una mención expresa de la norma para la procedencia de la medida, a pesar de lo cual la celebramos por los motivos antes referidos.

III. JURISPRUDENCIA

Las medidas precautorias no buscan satisfacer un crédito singular, sino que tienen como finalidad evitar que la gestión de los bienes comunes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, volver inciertos o defraudar los derechos de aquel no propietario o no administrador, hasta que se liquiden los bienes matrimoniales, por ello el juez se encuentra facultado en virtud del art. 233 del Código Civil, para adoptar aquellas medidas idóneas al fin indicado (C2ª Civ., Com., Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, 28/7/2010, La Ley Online, cita online: AR/JUR/43251/2010).

El art. 233 del Cód. Civil autoriza al juez a adoptar las medidas precautorias idóneas para evitar que la gestión de los bienes comunes por parte de uno de los cónyuges pueda poner en peligro, volver inciertos o defraudar los derechos del otro. En tal orden, resultan proponibles aquellas que sin afectar ilegítimamente los derechos del otro cónyuge o de terceros, se encaminen a preservar la intangibilidad del patrimonio ganancial administrado por aquél, teniendo en cuenta que la sola promoción de la demanda hace presumir la existencia de peligro en la demora (CNCiv., sala H, 9/5/1996, LA LEY, 1996-E, 288).

Las medidas de seguridad fundadas en el art. 1295 del Cód. Civil tienen su origen en la ley de fondo y no en la procesal. Por esta razón y porque la existencia de la sociedad conyugal acuerda máxima verosimilitud a las pretensiones de los esposos, se considera que en principio resulta improcedente toda posibilidad de pedir contracautela para disponerlas (CNCiv., sala G, 26/2/1985, LA LEY, 1985-D, 281).

Las medidas precautorias que pueden obtenerse por medio del art. 1295 del Cód. Civil, tienden a proteger la integridad del patrimonio de la sociedad conyugal y los derechos que pudieran corresponderle al cónyuge que las obtuvo cuando se proceda a la liquidación; de allí, que medidas de este tipo sean más severas que las acordadas por las leyes para otra clase de relaciones patrimoniales (CNCiv., sala E, 17/5/1992, ED, 149-108, id., sala D, 17/4/1990, ED, 139-636; id., sala G, 12/12/1989, ED, 137-634, id., sala A, 2/5/1988, ED, 130-283; id., sala C, 16/10/1985, ED, 119-569, id., sala D, 23/8/1985, ED, 119-573; id., sala G, 6/6/1984, ED, 109-492).

Las medidas precautorias previstas por el art. 1295 del Cód. Civil no se pueden equiparar a las medidas precautorias que se dictan en los demás juicios, dado que se trata del régimen patrimonial del matrimonio que se funda en la presunta armonía, confianza y afecto entre los cónyuges, pendientes cada uno de ellos de la buena fe del otro y, por ello, resulta ser el más indefenso de los acreedores, de allí que este tipo de medidas sean más severas y fulminantes que las acordadas por las leyes en otro tipo de relaciones patrimoniales (CNCiv., sala A, 2/5/1988, ED, 130-283).

Las medidas precautorias en el juicio de divorcio (arts. 233 y 1295 del Cód. Civil), tienden a asegurar los derechos de los cónyuges hasta tanto se decida y efectivice la li-

quidación del activo ganancial, por lo que sólo deben ser dispuestas en la medida indispensable y en modo tal que no signifiquen una extorsión, o imposibiliten el normal desenvolvimiento de la parte afectada por ellas (CNCiv., sala M, 16/8/1995, elDial - ABEFF).

Art. 480.— Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación.

El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho.

En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito.

En el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los artículos 505, 506, 507 y 508.

ICHI. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En la primitiva redacción del Código Civil nada se estipulaba sobre el momento en el cual se producía la disolución de la sociedad conyugal. Lo que llevó a los jueces a admitir distintas soluciones como ser que aquélla ocurriera a la fecha de interposición de demanda, o de su notificación, la fecha de la sentencia o del momento en que se producía la separación de hecho.

Luego la ley 17.711 estipuló que la disolución para el supuesto de divorcio se producía con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda quedando a salvo los derechos de los terceros de buena fe sin estipular la aludida retroactividad para los supuestos de presentación conjunta incorporados por la misma norma en el art. 67 bis.

Finalmente la ley 23.515 incorporó el art. 1306 del Código Civil estableciendo que para los supuestos del art. 67 bis los efectos de la retroactividad lo serían a la presentación conjunta de los cónyuges.

En relación a los efectos de la sentencia de separación de bienes la doctrina venía dando soluciones diversas en virtud de la carencia de un texto expreso en el Cód. Civil. Tanto con relación a la causal de mala administración como a la de abandono de hecho, por sobre la tesis que recomendaba su retroactividad al día de la demanda encontramos quienes prefieren aplicar análogicamente el art. 1306, primer párr., Cód. Civil, y tomar el momento de la notificación de la demanda a los fines de determinar a partir de cuándo los cónyuges quedarán sujetos al régimen de separación de bienes, dejándose a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

Sus fuentes son los arts. 535 Proyecto de reforma 1992, 474 del Proyecto de 1998, 466 Código de Quebec, y 1445 Código francés.

II. COMENTARIO

Siguiendo la tendencia doctrinaria actual en cuanto a la necesidad de equiparar los efectos temporales de todas las causales de disolución de la comunidad, la norma en comentario establece que para las causales previstas en los incisos b, c, y d, del art. 475 de Cód. Civil y Comercial, la sentencia que recaiga tendrá efectos retroactivos en lo atinente a la extinción de la comunidad a la fecha en que se notificara el traslado de demandada o presentación conjunta de las partes.

Se adopta de esta manera el criterio sostenido según el cual para los efectos de la sentencia de separación de bienes debía recurrirse por analogía a lo normado por el art. 1306 del Cód. Civil —en su anterior redacción—, para los supuestos de divorcio vincular y separación personal (Mazzinghi, Sambrizzi, Perrino).

El segundo párrafo se avoca al supuesto de separación de hecho previa a la demanda de divorcio o nulidad estableciendo que los efectos de la sentencia se retrotrazarán a la fecha de ese alejamiento.

La norma omite enunciar —en el segundo párrafo— el supuesto de la separación de bienes por separación de hecho previa ya que expresamente prescribe que *"si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación"*.

Esta omisión podrá oportunamente ser interpretada en marco de lo dispuesto por el párrafo tercero de la norma en análisis para así extender dicha retroactividad a la separación de hecho previa a la acción de separación de bienes intentada con motivo de esa causal.

Esta solución era desde hace mucho tiempo propiciada por parte de la doctrina nacional al entender que obligar a los consortes a mantener el régimen patrimonial matrimonial cuando ya no hay colaboración ni convivencia carecía de fundamento.

Al respecto Chile entendió que la ley 23.515 al modificar el art. 1294 del Cód. Civil dio el primer paso en un camino que debiera continuar permitiendo la acción de separación judicial de bienes frente a esta situación fáctica, a petición de cualquiera de los cónyuges independientemente de la culpa.

En las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche-1989) se sugirió que "debiera sustituirse la causal de abandono de hecho de la convivencia matrimonial por la de separación de hecho de los cónyuges, sin voluntad de unirse, como supuesto objetivo".

Este último criterio también fue el receptado en el Proyecto de reforma del año 1998 previendo su art. 474 que *"...a pedido de uno de los cónyuges, el Tribunal puede decidir si lo considera equitativo que en las relaciones entre ellos los efectos de la extinción se retrotraigan al día de la separación de hecho"*.

La reforma no consagra a la separación de hecho como causal de disolución, criterio éste que es unánime tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, pero sí le reconoce los efectos patrimoniales que aquélla debe producir.

Con la extensión de la retroactividad a la fecha de la ruptura de la vida en común la norma en comentario resuelve, frente a la regulación de un divorcio total y exclusiva-

mente incausado, que no ingresarán a la masa común los bienes que adquirieran los cónyuges a partir de la separación de hecho, bienes éstos a los cuales se los calificaba como gananciales anómalos.

Al no haber inocente que pudiera participar de los bienes que engrosaron el patrimonio del culpable durante la separación, la reforma opta por excluir a ambos de la participación de dichos bienes al extender los efectos de la disolución de la comunidad de manera retroactiva al día en que comenzó aquella separación, lo que resulta lógico ya que los bienes que los cónyuges adquieren luego no provienen del esfuerzo común de ambos como dijéramos anteriormente, salvo que fueran producto de la subrogación con otros bienes gananciales existentes con anterioridad a la separación.

Finalmente en el tercer párrafo se faculta al magistrado interviniente a fijar la extensión que deberá tener la retroactividad frente a los supuestos de abuso del derecho o al fraude, lo que también obedece a un espíritu de equidad a la hora de establecer las pautas de la disolución, quedando en todos los supuestos a salvo los derechos de los terceros de buena fe.

Esta protección a los terceros se debe a que el derecho de cada cónyuge sobre la mitad indivisa de los bienes del otro ha de quedar larvado "hasta que el cónyuge interesado obtenga cómo conferirle publicidad", la que para los bienes registrables se obtiene mediante la inscripción en el registro respectivo.

En el último párrafo el artículo remite para los supuestos de separación judicial de bienes al capítulo que regula el régimen patrimonial de separación de bienes, ello toda vez que sigue vigente el matrimonio entre los cónyuges.

III. JURISPRUDENCIA

El art. 1306 del Código Civil —en su anterior redacción— declaraba operada la disolución de la sociedad conyugal con efecto retroactivo "al día de la notificación de la demanda"; la norma tomaba en cuenta y como parámetro no la traba de la litis, sino antes, el mero anoticiamiento de la promoción de la litis por el demandado, fecha desde la cual las partes debían actuar en consecuencia y responsablemente cada uno con el patrimonio de su administración (SCBA, 14/4/2010, C. 95.953).

SECCIÓN 6ª

INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

3Bibliografía clásica: ÁLVAREZ, OSVALDO ONOFRÉ, "Sociedad conyugal y canon locativo sobre un bien ganancial", ED, 162-170; BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "El régimen de la sociedad conyugal en el período de su liquidación", Revista del Notariado, N° 848, 1986; BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "La acción de fraude entre cónyuges", en VÁZQUEZ, H. y

EICHLLOVERAS DE RESK, M. E., *Devecho patrimonial de familia* (dirs.), Alveroni, Córdoba, 2000;

BLANCHMAN, ROBERTO GABRIEL, "Fraude en perjuicio de la sociedad conyugal", LA LEY, 1991-C, 16; BLANCO, LUIS GUILLERMO, "Diligencias preliminares y medidas cautelares referentes a los bienes de la sociedad conyugal", LA LEY, 1992-A, 101; DI LELLA, PEDRO, "En torno de las deudas contraídas por el titular registral del inmueble y el fallecimiento del cónyuge", JA, 2002-II-812; "La sociedad disuelta y los acreedores", RDF, 2007-III, 59; FASSI, SANTIAGO C. y BOSSERT, GUSTAVO, "Las masas indivisas en la liquidación postcomunitaria", LA LEY, 1977-B, 901; "Indivisión o liquidación postcomunitaria", ED, 71-583; FERRER, FRANCISCO A. y ROLANDO, CARLOS H., "Compensación por uso exclusivo de bienes gananciales indivisos. Art. 211 del Código Civil", JA, 1989-III-913; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y PITRAU, OSVALDO P., "La indivisión postcomunitaria en la sociedad conyugal: problemas e interpretaciones", LA LEY, 1987-E, 366; GÓMEZ, JULIO L., "Sociedad conyugal, proceso de divorcio vincular y determinación de canon locativo por uso exclusivo y excluyente de bien ganancial", ED, 148-582; GUASTAVINO, ELÍAS P., "Sociedades conyugales disueltas y no liquidadas", JA, 1975-I-105; GUTIÉRREZ, DELIA M., "Ejecución por el acreedor de bienes de su deudor ante la disolución de la sociedad conyugal", ED, 156-399; HERNÁNDEZ, LIDIA B., "Medidas cautelares respecto de los bienes en el juicio de divorcio", Revista interdisciplinaria de Derecho de Familia, N° 16, p. 95; KANEFSCK, MARIANA J., "Deudas de los cónyuges. Responsabilidad frente a terceros con posterioridad a la resolución del régimen patrimonial matrimonial. Necesidad de una regulación", RDF, 2010-I, 201; KIELMANOVICH, JORGE, "Medidas cautelares en el proceso de familia", LA LEY, 1996-A, 1199; "Las medidas cautelares en la liquidación de la sociedad conyugal", DPyC, 2008-I, p. 315; LACOUR, MARIA VIRGINIA, "Disolución de la sociedad conyugal: Situación de los bienes durante el período de indivisión postcomunitaria", Revista del Notariado N° 813, 1988; LAROCCA, ANA CARINA, "Responsabilidad por las deudas de un cónyuge después de su fallecimiento", LA LEY, 1997-A, 234; LOYARTE, DOLORES y ROTONDA, ADRIANA E., "Indivisión postcomunitaria. Fijación de un canon locativo por uso de inmueble ganancial. Doctrina de los actos propios", LA LEY, 1996-D, 691; MALASPINA, JOSÉ RAFAEL, "Reflexiones sobre la responsabilidad de los cónyuges durante el régimen económico del matrimonio y con posterioridad a su disolución", ED, 99-903; SMÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Las deudas de los cónyuges", Astrea, Buenos Aires, 1979; PUGA, MÓNICA, "La muerte y las deudas de los cónyuges", JA, 2001-IV-1007; REYSIN, MOIRA, "Indivisión postcomunitaria", JA, 2001-II-1034; SIRKIN, EDUARDO, "Amparo abusivo de normas del Código Civil y otras medidas cautelares en conflictos familiares", el Dial.com DCCID; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., "Administración y disposición de bienes gananciales durante el período de tramitación del juicio de divorcio y después de disuelta la sociedad conyugal", Revista del Notariado N° 801, Año 1985; ZANNONI, EDUARDO A. y BOSSERT, GUSTAVO A., "La administración de las deudas de la sociedad conyugal disuelta, en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil", JA, 1980-II-790.

Art. 481.— Reglas aplicables. Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria.

Si se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos siguientes de esta Sección.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código de Vélez, no existía normativa alguna relativa a la indivisión postcomunitaria, ello a partir de la postura del codificador que encerraba un disvalor hacia las indivisiones no queridas por los comuneros (ver nota art. 3451 del antiguo Código Civil).

II. COMENTARIO

Este silencio generó un gran debate en nuestra doctrina acerca de la naturaleza jurídica de esa indivisión y los problemas que se plantearon fueron: la integración de la indivisión; el uso de los bienes durante ese período; el régimen de gestión sobre ellos y, fundamentalmente, el régimen de deudas de los cónyuges durante ese período.

Se denomina indivisión postcomunitaria al estado de los bienes gananciales desde la disolución del régimen de comunidad y hasta su efectiva partición. Claro está que esos bienes no se mantienen inmutables durante el período, es así que también integrarán la indivisión sus frutos y los bienes que eventualmente se adquieran con causa producida durante la vigencia del régimen de comunidad.

Es entonces que la sección que comentamos regula por primera vez sobre la indivisión postcomunitaria partiendo de la postura de Eduardo Zannoni que distingue las causales de disolución a los efectos de la regulación.

Así el artículo en comentario establece que si la extinción se produce por muerte, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria. Ellas también resultan aplicables al caso de muerte de uno de los cónyuges durante la indivisión. En este último se aparta el Código de la postura de Zannoni, ya que el mencionado autor distingue además en caso de muerte en deudas contraídas durante la comunidad y las contraídas por el superviviente luego de la muerte del otro.

En caso de extinción en vida de ambos cónyuges se aplican los artículos que comentamos a continuación.

III. JURISPRUDENCIA

"La indivisión postcomunitaria es la situación en que se halla la masa de bienes gananciales desde la disolución de la sociedad conyugal hasta la partición. Sobre la masa tienen un derecho de propiedad proindiviso, por partes iguales, los dos cónyuges si la disolución se ha producido en vida de ambos" (CCiv. y Com., Morón, sala II, 14/6/1990, ED, 139-294).

Art. 482.— Reglas de administración. Si durante la indivisión postcomunitaria los ex cónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección.

Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existían normas que regulen este aspecto.

II. COMENTARIO

En el régimen anterior se esbozaron, básicamente, dos posturas en cuanto al régimen de gestión de los bienes gananciales durante el período de indivisión postcomunitaria, un grupo de autores proponía aplicar las reglas del condominio y en consecuencia la gestión conjunta de dichos bienes. Otro sector de la doctrina, en cambio, entendía que continuaba en aplicación el régimen de los arts. 1276 y 1277 del Código Civil derogado, f42en otras palabras, que continuaba el régimen de gestión separada y la necesidad de asentimiento. La única salvedad era ochla obligación de los cónyuges de rendir cuentas a contrario de lo dispuesto en el mencionado art. 1276.

El texto sancionado se aparta en alguna medida de esas soluciones doctrinarias, en primer lugar porque se otorga a los ex cónyuges la posibilidad de acordar la gestión de los bienes indivisos, es decir

hich que podrán formularse acuerdos donde se decida la gestión conjunta de todos los bienes gananciales o alguno de ellos o la continuidad de las normas vigentes durante la comunidad. También podría pactarse la distribución de gestión de acuerdo a la naturaleza de los bienes o15540838 los intereses de los cónyuges.

A falta de acuerdo se inclina el Código por la postura que extiende la aplicación de las reglas de la comunidad durante el período de indivisión postcomunitaria, es decir que cada uno de los ex cónyuges conservará la libre administración y disposición de los bienes por él adquiridos (art. 470).

Se crea la obligación de informar al otro, con antelación razonable, la intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria y se otorga el derecho de formular oposición a esos actos. No se entiende el sentido de esta última disposición. En primer lugar cabe preguntarse qué se entiende por "antelación razonable" y en segundo lugar, qué se entiende por "administración ordinaria". En cuanto a este último punto, el Código, al regular la gestión durante la comunidad, ha utilizado el verbo "enajenar". Podría entenderse que los actos de administración ordinaria serán aquellos que no importen la enajenación del bien, más esto no surge de la redacción de la norma que analizamos.

Por otra parte no se encuentra prevista la sanción ante la falta de cumplimiento de la obligación de informar, claro está que si el acto es de enajenación o gravamen la falta de asentimiento determina su eventual nulidad por aplicación del art. 470 y si es que se trata de uno de los actos allí enumerados.

III. JURISPRUDENCIA

Si al tiempo de la venta cuestionada los cónyuges estaban en estado de indivisión postcomunitaria, sin perjuicio de las distintas posturas doctrinarias, no se duda de que esa estado importa la atribución a cada copartícipe de una parte alicuota sobre los bienes que fueron gananciales —situación 2 en la que se encuentran las acciones objeto del acto cuestionado— y una parte alicuota también sobre los distintos elementos de esa 2 universalidad, considerados *ut singuli*. Por ende, sea por aplicación de las reglas de la indivisión hereditaria, sea por las de condominio (arts. 2680, 2682, remisión del 2698, 3451 y conec., Cód. Civil), ninguno de los copartícipes pueden disponer de bienes comunes sin la anuencia del otro" (CNCiv., sala G, 11/4/1986, ED, 121-447).

Art. 483.— Medidas protectorias. En caso de que se vean afectados sus intereses, los partícipes pueden solicitar, además de las medidas que prevean los procedimientos locales, las siguientes:

a) la autorización para realizar por sí solo un acto para el que sería necesario el consentimiento del otro, si la negativa es injustificada;

b) su designación o la de un tercero como administrador de la masa del otro; su desempeño se rige por las facultades y obligaciones de la administración de la herencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Los arts. 233 y 1295 del Cód. Civil derogado regulaban las medidas cautelares derivadas del régimen de bienes del matrimonio.

II. COMENTARIO

sid15540838 Las medidas cautelares son aquellas que se dictan

cbchcon el objeto de informar sobre la situación patrimonial de los cónyuges o con la finalidad de inmovilizar, física o jurídicamente determinados bienes.

En las leyes procedimentales locales se encuentran previstas medidas cautelares con ambas finalidades, así, se prevén las medidas de inventario, vista de libros, designación de veedor, etc. con el objeto de determinar la composición o las actividades comerciales de

10 uno de los esposos. En cuanto a las medidas de inmovilización sid15540838 podemos mencionar al embargo, la inhibición general de bienes, la medida de no innovar, la prohibición de contratar, la designación de recaudadores o interventores.

En este punto el Código deja librado a la ley local la enumeración, extensión y procedencia de las medidas cautelares. Sin embargo se agregan dos medidas cautelares especiales.

La primera denssid15540838 ellas es, en realidad, una regulación similar a la prevista enoch el antiguo art. 1277 que facultaba al cónyuge administrador a solicitar la autorización judicial en caso de negativa injustificada del otro a prestar su asentimiento. es1 NÓTESE QUE EN UNA RÉMORA DEL ORDENAMIENTO ANTERIOR15540838 SE VUELVE A UTILIZAR LA PALABRA CONSENTIMIENTO Ench LUGAR DE LA CORRECTA "ASENTIMIENTO".

LA SEGUNDA MEDIDA ES LA POSIBILIDAD DE SOLICITAR SE EXCLUYA AL OTRO DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES POR ÉL ADQUIRIDOS. LA NORMA NO LO ACLARA, MAS ENTENDEMOS QUE ELLA SÓLO PODRÁ OTORGARSE CUANDO LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN DEL TITULAR PONGAN lchen peligro la sid15540838 participación del solicitante sobre esos bienes, ya que

insrsid15540838 de no ser así la medida no tendría 540838 justificación. Se aplicará aquí la doctrina elaborada sobre la base del texto anterior (art. 1294 Cód. Civil derogado) referida a la denominada causal de separación de bienes.

Otro supuesto de posible aplicación de la norma es el caso de declaración de incapacidad.

ciudad absoluta de uno de los cónyuges, supuesto en el cual perderá la gestión de sus bienes.

III. JURISPRUDENCIA

El embargo sobre los bienes muebles existentes en el domicilio del marido es pertinente incluso respecto de bienes que serán inembargables para terceros acreedores siempre que sean susceptibles de integrar la liquidación de la sociedad conyugal (CNCiv., sala F, 9/8/1995, LA LEY, 1986-A, 44).

Si bien la inhibición general que autoriza el art. 1295 del Cód. Civil procede cuando no se conocen con precisión los bienes del demandado o existe la posibilidad de que además de los conocidos existan otros; para la obtención de tal medida no resulta necesaria la prueba fehaciente de actos del marido en perjuicio de la sociedad conyugal (CNCiv., sala B, 2/4/2002, el Dial - AE190B).

Para que resulte procedente una medida precautoria, de la apreciación de los hechos objetivos de la causa debe surgir la convicción de que si se mantiene como administrador al cónyuge que detentó hasta ese entonces ese carácter, corren peligro los bienes los bienes a él confiados y por ende, los derechos del otro consorte. Ello puede haberse de ser ajeno al análisis de la conducta del titular de los bienes mientras se encontraban en ejecución otras medidas cautelares, porque uno de los modos de establecer el grado de confianza que puede otenerse es el acatamiento que preste a los mandatos judiciales (CNCiv., sala G, 16/4/1984, ED, 109-626).

Art. 484.— Uso de los bienes indivisos. Cada copartícipe puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro.

Si no hay acuerdo, el ejercicio de este derecho es regulado por el juez.

El uso y goce excluyente sobre toda la cosa en medida mayor o calidad distinta a la convenida, solo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente, y en beneficio del oponente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía norma alguna sobre este aspecto, sin embargo era doctrina imperante la obligación de pagar canon locativo por el uso exclusivo de los bienes desde el momento de la intimación a ello.

II. COMENTARIO

Se regula por primera vez el derecho al uso y goce de los bienes indivisos durante este período.

La redacción de la norma no es del todo clara y de su lectura no se infiere directamente que el uso exclusivo del bien genere un derecho a favor del otro copartícipe de reclamar un canon locativo por él. Sin perjuicio de ello, puede interpretarse que ese derecho se encuentra regulado en la segunda parte del tercer párrafo, aunque se utilice el término "indemnización".

Tampoco aparece prístino el momento desde el cual "la indemnización" es debida ya que se dice a partir de la oposición fehaciente. Hubiera resultado más claro decir "esta indemnización se deberá desde el momento en

el cual el copartícipe fuera fehacientemente intimado al pago".

En nuestro entender se trata de la regulación de lo que en la doctrina del Código anterior se denominaba "canon locativo" y que se debía desde el momento de la intimación al pago ya que antes se presumía que el otro había consentido de manera gratuita tal uso.

Tal como ha quedado previsto los copartícpes pueden acordar el pago de dicho canon y en caso de falta de acuerdo los jueces pueden resolver su procedencia de acuerdo a las características del bien y el interés familiar comprometido.

III. JURISPRUDENCIA

"Mientras dure la etapa de indivisión comunitaria, uno de los cónyuges tiene derecho, a reclamar del otro el pago de un alquiler por el uso exclusivo que el último hace de un bien de carácter ganancial susceptible de locación" (SCBA, 28/4/1992, AyS, 1987-V-87; CI* Civ. y Com., Bahía Blanca, sala I, 16/8/1994, LLBA, 1995-38; ED, 162-172).

El pago del valor locativo por la ocupación exclusiva del inmueble ganancial debe ser retribuido desde que es reclamado, sin que corresponda retrotraer su devengamiento a la fecha en que uno de los esposos se retiró del bien, pues a falta de reclamo ha existido consentimiento tácito con la ocupación gratuita. No corresponde posponer el canon por la ocupación exclusiva del inmueble ganancial para la oportunidad en que se dictara sentencia de divorcio declarándose disuelta la sociedad conyugal, pues se considera gratuita en desmedro de la propiedad del cónyuge titular del dominio, máxime si el ocupante se encuentra en condiciones de solventar la renta (CNCiv., sala A, 4/7/2000, el Dial - AE160C; CNCiv., sala B, 9/3/1995, el Dial, AE1600).

Art. 485.— Frutos y rentas. Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión. El copropietario que los percibe debe rendición de cuentas, y el que tiene el uso o goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro la solicita.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía norma alguna en el Código Civil derogado sobre este aspecto.

II. COMENTARIO

Coincidía la doctrina en que los frutos naturales o civiles que producen los bienes

gananciales durante este período acrecen a la indivisión, en consecuencia la norma recoge dicha postura. Se incorpora como novedad la obligación de rendir cuentas en caso de que alguno de los copartícpes posea el uso

EXCLUSIVO DEL BIEN O BIENES.

LUEGO DE REGULAR ESTA RENDICIÓN DE CUENTAS LA NORMA SE OSCURECE EN CUANTO A SU SENTIDO Y SIGNIFICADO YA QUE SE VIENE HABLANDO DE LOS FRUTOS Y RENTAS PERO EL ARTÍCULO CONCLUYE CON LA REGULACIÓN DE UNA COMPENSACIÓN POR EL USO EXCLUSIVO DE ALGUNO DE LOS BIENES INDIVISOS. EN NUESTRO ENTENDER CHELLO YA SE ENCUENTRA REGULADO EN EL ARTÍCULO ANTERIOR. TAL VEZ SE QUIERA DECIR QUE EL COPARTÍCIPE QUE PERCIIBE FRUTOS O RENTAS EN VIRTUD DEL USO EXCLUSIVO DEL BIEN TIENE LA OBLIGACIÓN DE ENTREGAR AL OTRO LA MITAD DE ELLOS UNA VEZ DEDUCIDOS LOS GASTOS DE EXPLOTACIÓN Y CON ARREGLO A LA 42 RENDICIÓN DE CUENTAS PRESENTADAS.

ART. 486.— PASIVO. EN LAS RELACIONES CON TERCEROS ACREEDORES, DURANTE LA INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA SE APLICAN LAS NORMAS DE LOS ARTÍCULOS 461, 462 Y 467 SIN PERJUICIO DEL DERECHO DE ÉSTOS DE SUBROGARSE EN LOS DERECHOS DE SU DEUDOR PARA SOLICITAR LA PARTICIÓN DE LA MASA COMÚN.

ART. 487.— EFECTOS FRENTE A LOS ACREEDORES. LA DISOLUCIÓN DEL RÉGIMEN NO PUEDE PERJUDICAR LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES ANTERIORES SOBRE LA INTEGRALIDAD DEL PATRIMONIO DE SU DEUDOR.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO EXISTÍA NORMA ALGUNA EN ESTE ASPECTO EN EL CÓDIGO CIVIL DEROGADO.

II. COMENTARIO

EL TEMA MÁS CONFLICTIVO EN MATERIA DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA ES EL DE LA RESPONSABILIDAD FRENTE A LOS ACREEDORES. DURANTE LA VIGENCIA DEL CÓDIGO ANTERIOR SE HABÍAN ESBOZADO VARIAS POSTURAS PARA LA RESOLUCIÓN DEL PROBLEMA; ALGUNOS AUTORES ENTENDÍAN QUE CADA MASA DE GESTIÓN DEBÍA SEGUIR SOPORTANDO SU PASIVO, Y EN CONSECUENCIA CONTINUABAN CON LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 5° Y 6° DE LA LEY 11.357. OTROS EN CAMBIO, SOSTENÍAN QUE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD IMPLICABA LA FORMACIÓN DE UNA MASA ÚNICA QUE DEBÍA SOPORTAR EL PASIVO DE AMBOS CÓNYUGES PRODUCIÉNDOSE ASÍ UN ENCOGIMIENTO/ESTIRAMIENTO DE LA GARANTÍA DE LOS ACREEDORES DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES. POR ÚLTIMO OTROS AUTORES ENTENDÍAN QUE LA RESPUESTA ESTABA DETERMINADA POR EL MODO EN EL CUAL SE HABÍA DISUELTO LA COMUNIDAD; SI LA CAUSA DE DISOLUCIÓN ERA LA MUERTE SE APLICARÍA LO DISPUESTO PARA LA DIVISIÓN DE LAS HERENCIAS Y EN CASO QUE LA CAUSAL NO SEA LA MUERTE CONTINUARÍAN EN APLICACIÓN LOS ARTÍCULOS QUE REGÍAN EL PASIVO DURANTE LA COMUNIDAD.

EL CÓDIGO SE INCLINA POR ESTA ÚLTIMA TESIS Y EN CONSECUENCIA MANTIENE LA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS RELATIVOS AL RÉGIMEN DE DEUDAS DURANTE LA COMUNIDAD. ASÍ SE ESTABLECE LA CONTINUIDAD DE LOS ARTS. 461, 462 Y 467 DEL ORDENAMIENTO DURANTE ESTE PERÍODO. TAMBIÉN SE OTORGA EXPRESAMENTE LA POSIBILIDAD DEL ACREEDOR DE SUBROGARSE EN LOS DERECHOS DE SU DEUDOR Y SOLICITAR LA PARTICIÓN DE LA MASA COMÚN.

CLARO ESTÁ QUE SE MANTIENE VIGENTE LA DOCTRINA ELABORADA EN EL ORDENAMIENTO ANTERIOR DONDE LA EXTINCIÓN DEL RÉGIMEN NO PODÍA ALTERAR LA MASA DE BIENES QUE LOS ACREEDORES TENÍAN FRENTE A SÍ PARA EL COBRO DE SUS ACREENCIAS.

1505III. JURISPRUDENCIA

TRAS LA DISOLUCIÓN POR DIVORCIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL O SEPARACIÓN DE BIENES, CADA MASA SOPORTA, FRENTE A TERCEROS, SU PROPIO PASIVO, POR LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 5° Y 6° DE LA LEY 11.357, REPARTIÉNDOSE LUEGO LOS ESPOSOS POR MITADES LOS SALDOS ACTIVOS QUE RESULTEN (SCBA, 19/9/1989, LA LEY 1989-E, 496; ED, 138-484 (ÍD., 6/3/1990, DJBA, 1990-138, P. 147; AYS, 1990-I-298).

LA SENTENCIA QUE DISPONE LA DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD CONYUGAL, NO IMPORTA LA SEPARACIÓN INMEDIATA DE BIENES, SINO QUE A PARTIR DE ALLÍ PENDE UN ESTADO LLAMADO DE INDIVISIÓN POSTCOMUNITARIA, QUE DESEMBOCARÁ EN LA PARTICIÓN DE LOS BIENES QUE CONSTITUYE LA EFECTIVA SEPARACIÓN DE LOS MISMOS; MIENTRAS TANTO, SUBSISTIRÁ EL RÉGIMEN DE DEUDAS POR LO CUAL EL CÓNYUGE SERÁ RESPONSABLE DE LAS DEUDAS QUE SUMA CON LOS BIENES PROPIOS Y LOS DE ADMINISTRACIÓN RESERVADA (CNCIV., SALA D, 28/4/1998, ED, 131-237; ÍD., SALA D, 28/4/1988, ED, 131-237).

SECCIÓN 7°

LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD

POR SANDRA F. VELOSO

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: DUPRAT, DIEGO, "DIVIDENDOS Y SOCIEDAD CONYUGAL. CARÁCTER PROPIO O CANANCIAL DEL DIVIDENDO", DFYP, 2010, 12; GUASTAVINO, E. P., "EL SISTEMA DE INDEMNIZACIONES O RECOMPENSAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL", REV. DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE SANTA FE, N° 32.

ART. 488.— RECOMPENSAS. EXTINGUIDA LA COMUNIDAD, SE PROCEDE A SU LIQUIDACIÓN. A TAL FIN, SE ESTABLECE LA CUENTA DE LAS RECOMPENSAS QUE LA COMUNIDAD DEBE A CADA CÓNYUGE Y LA QUE CADA UNO DEBE A LA COMUNIDAD, SEGÚN LAS REGLAS DE LOS ARTÍCULOS SIGUIENTES.

pararsid15540838 I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO CIVIL NO TENÍA NINGUNA NORMA EXPRESA QUE RECOGIERA LA TEORÍA DE LAS RECOMPENSAS, SINO DIVERSOS EJEMPLOS QUE CONTENÍAN TAL CONCEPTO. EL ART. 1259, REFERÍA A LO QUE "LA SOCIEDAD ADEUDARE A LA MUJER", EL ART. 1260, "EL CRÉDITO QUE TENGA LA MUJER CONTRA LOS BIENES DEL MARIDO O DE LA SOCIEDAD CONYUGAL"; Y EL ART. 1280, "LOS ABONOS QUE DEBA HACER EL MARIDO A LA SOCIEDAD CONYUGAL O LA SOCIEDAD AL MARIDO.

II. COMENTARIO

CORRECTAMENTE DEFINE LA NORMA, CON LA DENOMINACIÓN DE "RECOMPENSAS", A AQUELLOS CRÉDITOS ENTRE UNO DE LOS CÓNYUGES Y LA COMUNIDAD, QUE SURGEN CON MOTIVO DE LA GESTIÓN PATRIMONIAL DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES, DURANTE LA VIGENCIA DE LA COMUNIDAD. SU PROPÓSITO ES ESTABLECER CON EXACTITUD LA MASA QUE HA DE ENTRAR EN LA PARTICIÓN, RESTABLECIENDO LA DEBIDA COMPOSICIÓN DE LAS MASAS PATRIMONIALES PROPIAS DE CADA CÓNYUGE, TENIENDO EN CUENTA LOS BIENES QUE LAS CONSTITUYAN AL INICIARSE EL RÉGIMEN Y LOS QUE FUERON ADICIONÁNDOSE O SUSTRAYÉNDOSE DESPUÉS. LA DETERMINACIÓN DE LAS RECOMPENSAS PROCURA EVITAR QUE EL HABER PROPIO DE CADA CÓNYUGE AUMENTE A EXPENSAS DEL COMÚN O DISMINUYA EN BENEFICIO DE LA MASA GANANCIAL, EN LA FORMA DISPUESTA EN EL ART. 495 DEL CÓDIGO.

LA ACCIÓN PARA OBTENER EL RECONOCIMIENTO DE LA RECOMPENSA ES PERSONAL, ESTÁ SUJETA A LA PRESCRIPCIÓN DECENAL, Y NO GOZA DE PRIVILEGIO ALGUNO.

TAL COMO LO ENUNCIA EL ARTÍCULO, LA ADMISIÓN DEL DERECHO A RECOMPENSA NO SE RESUELVE EN UN PAGO A REALIZARSE ENTRE LOS ESPOSOS SINO A TRAVÉS DE SU COMPUTACIÓN EN LA CUENTA DE DIVISIÓN DE LA COMUNIDAD.

A CONTINUACIÓN SE ENUNCIAN EL ART. 489, REFERIDO A LAS CARGAS DE LA COMUNIDAD, Y EL ART. 490, QUE ALUDE A LAS OBLIGACIONES PERSONALES. TAL REMISIÓN SIGNIFICA QUE NACERÁ UN DERECHO DE RECOMPENSA, QUE SE EVALUARÁ AL MOMENTO DE LA LIQUIDACIÓN DE LA COMUNIDAD, SIEMPRE QUE UNA DEUDA PROPIA SEA SOLVENTADA CON DINERO GANANCIAL O UNA DEUDA GANANCIAL SEA SOLVENTADA CON DINERO PROPIO, SEGÚN LA OPINIÓN DE BELLUSCIO.

ESTA OPINIÓN NO HA SIDO UNÁNIME, OTROS HAN SOSTENIDO QUE HABRÍA QUE DISTINGUIR ENTRE LAS DEUDAS CONTRAÍDAS CON DESTINO A UNA INVERSIÓN Y LAS ASUMIDAS PARA ENFRENTAR UN GASTO ORIGINADO DURANTE EL MATRIMONIO. ES DECIR QUE SÓLO HABRÍA DERECHO A RECOMPENSA CUANDO SE TRATA DE UNA INVERSIÓN. SI ÉSTA ES GANANCIAL Y SE PAGA CON DINERO PROPIO, O VICEVERSA. PERO NO EXISTIRÍA, EN CAMBIO, CUANDO, POR EJEMPLO HAN PROCURADO DAR CUMPLIMIENTO AL DEBER ALIMENTARIO, O DE ASISTENCIA DE LOS CÓNYUGES ENTRE SÍ O RESPECTO A SUS HIJOS, E INCLUSO TAMPOCO SI UNO DE ELLOS HA SOLVENTADO LOS GASTOS POR LA OPERACIÓN DEL OTRO O DE UN HIJO Y LO PAGARA CON BIENES PROPIOS. (MAZZINGHI).

ART. 489. — CARGAS DE LA COMUNIDAD. SON A CARGO DE LA COMUNIDAD:

A) LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS DURANTE LA COMUNIDAD, NO PREVISTAS EN EL ARTÍCULO SIGUIENTE;

B) EL SOSTENIMIENTO DEL HOGAR, DE LOS HIJOS COMUNES Y DE LOS QUE CADA UNO TENGA, Y LOS ALIMENTOS QUE CADA UNO ESTÁ OBLIGADO A DAR;

C) LAS DONACIONES DE BIENES GANANCIALES HECHAS A LOS HIJOS COMUNES, Y AUN LA DE BIENES PROPIOS SI ESTÁN DESTINADOS A SU ESTABLECIMIENTO O COLOCACIÓN;

D) LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 1275 ENUNCIABA CUÁLES ERAN LAS CARGAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. INCLUÍA DENTRO DE ELLAS A: LA MANUTENCIÓN DE LA FAMILIA Y DE LOS HIJOS DE UNO DE LOS CÓNYUGES Y LOS COMUNES, Y AQUELLOS QUE CADA UNO ESTÁ OBLIGADO A DAR A SUS ASCENDIENTES; LOS REPAROS Y CONSERVACIÓN EN BUEN ESTADO DE LOS BIENES PARTICULARES DE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES; TODAS LAS DEUDAS Y OBLIGACIONES QUE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES CONTRAJERA DURANTE EL MATRIMONIO; LO QUE SE DIERE O GASTARE EN LA COLOCACIÓN DE LOS HIJOS; LO PERDIDO POR HECHOS FORTUITOS, COMO LOTERÍA, JUEGO, APUESTAS ETC.

II. COMENTARIO

SON A CARGO DE LA COMUNIDAD:

A) LAS OBLIGACIONES CONTRAÍDAS DURANTE LA COMUNIDAD, NO PREVISTAS EN EL ARTÍCULO SIGUIENTE

MIENTRAS QUE LA REDACCIÓN ANTERIOR INCLUÍA COMO CARGAS A TODAS AQUELLAS DEUDAS Y OBLIGACIONES QUE CUALQUIERA DE LOS CÓNYUGES CONTRAJERA DURANTE EL MATRIMONIO, ESTA NUEVA FORMULACIÓN ENUNCIA UNA LIMITACIÓN, EXCEPTUANDO COMO CARGAS DE LA COMUNIDAD A AQUELLAS QUE ESTÉN INDICADAS EN EL ARTÍCULO SIGUIENTE, QUE LAS ANUNCIA COMO OBLIGACIONES PERSONALES.

B) EL SOSTENIMIENTO DEL HOGAR, DE LOS HIJOS COMUNES Y DE LOS QUE CADA UNO TENGA, Y LOS ALIMENTOS QUE CADA UNO ESTÁ OBLIGADO A DAR

FCSO ESTE PUNTO SE MANTIENE COMO EN LA ANTERIOR NORMA, PERO CON UNA REDACCIÓN MÁS CORRECTA Y ACTUALIZADA, COMPRENDE TODOS LOS GASTOS ORDINARIOS DE AQUEL, EL DE LOS CÓNYUGES E HIJOS, EN DEFINITIVA TODO LO NECESARIO PARA LA MANUTENCIÓN DE LA FAMILIA COMO ASISTENCIA MÉDICA, COMESTIBLES, ROPA, Y GASTOS DE VACACIONES, ENTRE OTROS.

C) LAS DONACIONES DE BIENES GANANCIALES HECHAS A LOS HIJOS COMUNES, Y AUN LA DE BIENES PROPIOS SI ESTÁN DESTINADOS A SU ESTABLECIMIENTO O COLOCACIÓN

MIENTRAS QUE EN EL ANTIGUO CÓDIGO SE INCLUÍA TODO LO QUE SE DIERE O GASTARE EN LA COLOCACIÓN DE LOS HIJOS, ESTA NUEVA FORMULACIÓN ALUDE A LAS DONACIONES DE BIENES GANANCIALES HECHAS A LOS HIJOS SI TIENEN TAL DESTINO. EN DEFINITIVA, NO CAMBIA EL CONCEPTO BASE, PUESTO QUE INCLUYE TODAS=AQUELLAS EROGACIONES QUE EN DEFINITIVA ESTÉN RELACIONADAS CON LA EDUCACIÓN DE LOS HIJOS, EN SENTIDO AMPLIO.

D) LOS GASTOS DE CONSERVACIÓN Y REPARACIÓN DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES

RESULTA DE TODA LÓGICA PUESTO QUE LOS FRUTOS DE LOS BIENES PROPIOS Y GANANCIALES SON DE CARÁCTER GANANCIAL. UNA REDACCIÓN MÁS COMPLETA QUE LA ANTERIOR EN TANTO INCLUYE A LOS BIENES GANANCIALES, QUE SI BIEN SE INTERPRETABA SU INCLUSIÓN, NO LO ESTABAN EN LA LETRA DE LA NORMA. NO DEBEN CONFUNDIRSE, DE TODAS MANERAS, LOS REPAROS CON LAS MEJORAS. LOS PRIMEROS SON LOS GASTOS PARA CONSERVAR LA

COSA EN BUEN ESTADO, COMO LA PINTURA, EL ARREGLO DE CAÑOS ETC., MIENTRAS QUE LAS MEJORAS AGREGAN UN VALOR A LA COSA.

2 LOS ACTOS CONSERVATORIOS NO SON SOLO AQUELLOS QUE SE REFIEREN A LA CONSERVACIÓN FÍSICA DE LA COSA, SINO TAMBIÉN LOS REFERIDOS A SU CONSERVACIÓN JURÍDICA, POR ELLO SER INCLUIRÁN EN ESTE RUBRO AQUELLOS GASTOS U HONORARIOS DEVENGADOS EN JUICIOS VINCULADOS A LA CONSERVACIÓN DE BIENES PROPIOS Y GANANCIALES Y TAMBIÉN LAS PRIMAS DE LOS CONTRATOS DE SEGUROS QUE PROTEJAN A LA PROPIEDAD CONTRA INCENDIOS, ACCIDENTES, ROBO ETC.

ESTA NUEVA REDACCIÓN SUPRIME COMO CARGA DE LA COMUNIDAD LO QUE SE HUBIERE PERDIDO POR HECHOS FORTUITO, COMO LOTERÍA JUEGO, APUESTAS ETC. ESTA SITUACIÓN ARMONIZA CON LA FALTA DE INCLUSIÓN DE LOS BIENES ADQUIRIDOS POR HECHOS FORTUITOS EN EL LISTADO DE BIENES GANANCIALES.

Art. 490.— Obligaciones personales. Son obligaciones personales de los cónyuges:

- a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad;
- b) las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges;
- c) las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios;
- d) las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial;
- e) las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No había una norma similar en el Código Civil.

II. COMENTARIO

Se incluyen, con acierto, en este artículo aquellas deudas que serán consideradas personales de cada uno de los cónyuges, lo que significa que deberán ser, en definitiva, solventadas con dinero propio, o con la porción que reciba luego de la liquidación de los bienes gananciales. En el Código Civil no estaban enunciadas, sólo resultaban *a contrario sensu* de la interpretación que se hiciera del art. 1275, en especial de su inc. 3°.

a) *las contraídas antes del comienzo de la comunidad*: no hay duda que aquella deuda que cualquiera de los contrayentes tenga antes del inicio de la comunidad deberá ser solventada con su dinero propio, o con la hijuela que le corresponda al momento de liquidación respectiva.

b) *las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges*: Por aplicación del principio de subrogación real, resulta lógico también que mantengan estas también el mismo carácter de propio.

c) *las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios*. Hay que distinguir aquí, nuevamente, los gastos para adquisición o mejora que si serán propios con aquellos otros gastos que sean de carácter conservatorio, que son considerados como obligaciones comunes conforme la inclusión que se efectúa en el artículo anterior.

d) *las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial*: Este inciso importa un novedoso cambio en torno a la responsabilidad por deudas en la relación interna de los cónyuges, puesto que de acuerdo a la antigua norma del art. 1275 todas las deudas y obligaciones que cualquiera de los cónyuges contrajera durante el matrimonio iban a ser solventadas con el haber ganancial.

Sin embargo esta distinción importa que tales obligaciones serán solventadas con el haber ganancial sólo en aquellos casos en que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial, debiendo en los demás casos ser solventadas con dinero propio.

e) *las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales*. También éstas deberán ser solventadas con el dinero del cónyuge que resulte responsable.

Art. 491.— Casos de recompensas. La comunidad debe recompensar al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad.

Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad.

Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensar a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No había una norma similar en el Código Civil

II. COMENTARIO

Tal como lo expusieramos en el comentario del art. 488, el objeto esencial de las recompensas es establecer con exactitud la debida composición de la masa que ha de entrar en la partición, constituye un mecanismo corrector del proceso de liquidación.

En relación a la presunción que enuncia el segundo párrafo, en cuanto a la enajenación de los bienes propios sin reinversión, recepta el criterio mayoritario formulado en doctrina, y jurisprudencia. Si bien no se discutía la admisibilidad del derecho al reintegro en tales situaciones, el problema radicaba en estipular quién de los cónyuges tenía la carga de la prueba y en su caso qué era lo que debía probar. Será suficiente, entonces, que aquel que reclama la recompensa acredite la venta del bien y la recepción del precio para que se presuma *iuris tantum* que el dinero lo aplicó a la satisfacción de gastos que se encuentran a cargo de la comunidad, correspondiendo, en consecuencia, al otro cónyu-

ge, justificar que los fondos no fueron realmente empleados en beneficio de aquélla, sea porque se reinvirtieron en la compra de otro bien propio, o se gastaron en beneficio exclusivo del enajenante, o bien, se destinaron a actos extraños a la comunidad. La opinión minoritaria refería que el enajenante es quien debía probar que dichos fondos habían sido destinados a gastos de la sociedad conyugal para tener el correspondiente derecho al crédito, por encontrarse en mejores condiciones para hacerlo (Borda, Maz-zinghi, Guastavino).

En el tercer párrafo reza el artículo que *...si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.*

La interpretación acerca del carácter de la capitalización de utilidades ha estado siempre dividida. No coincidimos con la solución dada. Entendemos que si bien el mayor valor que adquieren las acciones, sea por causa ajena a la sociedad o por decisión de ésta, beneficia al propietario de las acciones y mantienen el carácter de bien propio que tenían. Por iguales argumentos, las pérdidas por desvalorización que sufran las acciones afectarán al cónyuge titular de las acciones propias, y en nada influirán en la sociedad conyugal del socio.

Sin embargo entendemos que el mayor valor que adquirieran las acciones propias, por retención de las utilidades no generará —al momento de disolverse la sociedad conyugal— derecho de recompensa alguno a favor del cónyuge no socio, porque el mayor valor adquirido por tales acciones no se originó en la reinversión o disposición de bienes gananciales, sino de bienes que nunca ingresaron al patrimonio del cónyuge/socio.

La utilidad es de la sociedad anónima, persona absolutamente distinta a la de los socios, de modo que mientras las utilidades no se pongan a disposición de los accionistas, convertidas en dividendos, no les pertenecen. El aumento que tales reservas, constituidas durante el matrimonio, determinen en el precio de las acciones propias no cuenta para descalificarlas (Roca).

Por ello con mucha menos razón podrá considerarse ganancial el mayor valor de acciones propias, cuyo aumento de valor se deba a circunstancias vinculadas a la gestión empresarial, prestigio en plaza de la sociedad emisora, fluctuaciones bursátiles, condiciones económicas y financieras externas, etc., donde no se verifica, siquiera, capitalización alguna de fondos de la sociedad.

Aun cuando pudiera determinarse que la actividad del socio fue la causa directa y exclusiva del aumento patrimonial de la sociedad, deberá tenerse en cuenta que los fondos reinvertidos o aplicados a negocios corporativos, siempre fueron fondos de la sociedad que nunca se transfirieron a sus socios y que la eventual gestión "exitosa" del cónyuge socio dentro de la sociedad pudo haber sido debidamente remunerada a través del pago de salarios u honorarios, los cuales sí tienen carácter ganancial.

Consideramos que el mayor valor adquirido por las acciones propias, durante la vigencia de la sociedad conyugal, seguirá teniendo el carácter de propio, ya sea por revalorizaciones de los activos o por capitalizaciones que no impliquen desembolsos por parte de los accionistas, no genera, a nuestro criterio, derecho de recompensa alguno por no haberse utilizado, en ningún momento, fondos gananciales, ni siquiera fondos

propiedad del accionista. Por eso no coincidimos con la solución dada.

Art. 492.— Prueba. La prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1260 del Código Civil enunciaba que la mujer podía probar el crédito que tenga contra los bienes... de la sociedad conyugal, por todos los medios que pueden hacerlo los terceros acreedores personales, con excepción de la confesión del marido, cuando concurran otros acreedores.

II. COMENTARIO

np11274 Tal como lo menciona el artículo la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca; es decir, al cónyuge acreedor o sus sucesores si se trata de recompensa a su favor, y al cónyuge no deudor o sus sucesores si se trata de recompensa a favor de la comunidad.

idct|parArt. 493.— Monto. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad, al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1316 bis del Código Civil regulaba el modo de calcular las recompensas dejando a la apreciación de los jueces su monto.

II. COMENTARIO

La redacción del artículo pretende poner un límite en relación al monto que debe abonarse por la recompensa. Ésta, según el enunciado, deberá ser equivalente al monto de lo que se invirtió, si éste es menor al beneficio que aquella inversión produjo, o en el supuesto que de dicha erogación no derivara beneficio alguno para el cónyuge o para la comunidad, según sea la recompensa reclamada. Todo ello apreciado en valores constantes y si bien no lo dice expresamente, de acuerdo a lo que contempla el artículo siguiente, será al momento de la liquidación de la comunidad. Aunque no parece muy clara la redacción, en especial en relación al último párrafo puesto que no surge cómo debe tenerse en cuenta el valor de la erogación realizada, necesariamente ha de computarse al momento actual, es decir al de la liquidación de la sociedad conyugal...

Art. 494.— Valuación de las recompensas. Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1316 bis del Código Civil que introdujera la ley 17.711 hacía referencia a los créditos de los cónyuges contra la sociedad conyugal al tiempo de la disolución de ésta, se determinarán reajustándolos equitativamente, teniendo en cuenta la fecha en que se hizo la inversión y las circunstancias del caso.

II. COMENTARIO

El 1316 bis del Código Civil otorgaba en definitiva al juez la apreciación de la medida del reajuste allí previsto, además de las circunstancias del caso, entre ellas la depreciación de la moneda o la desvalorización de las mejoras. Esta nueva redacción permite una mejor forma de valuación. Resulta de toda lógica que si las recompensas se determinan después de la disolución del régimen de comunidad que su valuación sea realizada al tiempo de la liquidación, lo que por otra parte elimina todo problema de desvalorización de la mejora o el cambio del poder adquisitivo de la moneda.

Art. 495.— Liquidación. Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquél, el saldo en favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo en favor del cónyuge le debe ser atribuido a éste sobre la masa común.

angfenp11274 En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una norma similar en el Código Civil.

II. COMENTARIO

Explica el artículo que si la recompensa es de la comunidad contra el cónyuge, su valor se adiciona al haber ganancial y se imputa a la porción del cónyuge deudor; y si la recompensa es del cónyuge contra la comunidad, su valor se debita del haber ganancial, y al cónyuge acreedor se le atribuye, además de la mitad del haber ganancial líquido, el importe de la recompensa. Sólo habrá lugar a pagos de uno de los cónyuges al otro cuando el haber común sea insuficiente para cubrir los derechos del cónyuge no deudor, o en su caso subsistirá el crédito.

SECCIÓN 8*

PARTICIÓN DE LA COMUNIDAD

Por MARIANA HOLLWECK

Bibliografía clásica: ALLES MONASTERIO DE CERIANI CERNADAS, ANA, "Liquidación y partición de la sociedad conyugal. Cuestiones previas a la partición en el proceso liquidatorio con-

trovertido", LA LEY, 1993-A, 188; BENDERSKY, MARIO J., "Solicitud de exclusión de la liquidación y partición de la sociedad conyugal. El inmueble que ocupa el cónyuge inocente", LA LEY, Actualidad 7/3/1989; BOSSERT, GUSTAVO A., "Convenios de liquidación entre cónyuges", LA LEY, 149-968; FASSI, SANTIAGO C., "La partición de sociedades conyugales superpuestas en caso de bigamia", LA LEY, 94-889; GOGGI, C. H., "Indivisión y modificación de un acuerdo de liquidación de la sociedad conyugal", LA LEY, 1995-D, 712; GOWLAND, ALBERTO J., "La pretendida invalidez de un convenio de liquidación de sociedad conyugal por causa de inequidad", LA LEY, 1989-B, 61; GUASTAVINO, ELÍAS P., *Partición de gananciales después del divorcio*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985; "Indivisión impuesta por el cónyuge supérstite", JA, 1957-III-30; "Los procedimientos, formas y técnicas de partición de los gananciales en caso de divorcio", LA LEY, 1985-B, 492; "Partición provisional y partición parcial de sociedades conyugales disueltas por divorcio", LA LEY, 1994-C, 255; HOLLWECK, MARIANA; "La problemática atribución de la vivienda y el ajuar familiar (art. 211 del Cód. Civil)", LAFAILLE, HÉCTOR, *Curso de derecho civil: Sucesiones*, t. I, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932; LAMBOIS, SUSANA E., "Una vez más sobre los convenios de liquidación de la sociedad conyugal previos a la disolución", JA, 2001-I-574; MARTÍNEZ, ANA MARÍA y BASILE, CARLOS ALBERTO, "Los convenios de partición de la sociedad conyugal y la lesión subjetiva", LA LEY, 2006-F, 978; MATTERA, MARTA DEL ROSARIO, "Derechos patrimoniales del cónyuge putativo en caso de bigamia", ED, 178-976; MEDINA, GRACIELA y HOLLWECK, MARIANA, "El divorcio por presentación conjunta y los convenios de liquidación de la sociedad conyugal", LLBA, 2001-1333; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Partición de gananciales: negocio jurídico único", LA LEY, 1986-E, 155; "Disposición de bienes gananciales después de iniciado el juicio de divorcio", RDPC, 2008-2-213; "La vocación hereditaria conyugal en el proyecto de 1998", LA LEY, 2000-C, 1066; "Oponibilidad a terceros del régimen patrimonial matrimonial y sus mutaciones", Revista del Notariado, 794, 369; MINYERSKY, NELLY, *Convenios de liquidación de la sociedad conyugal, en Enciclopedia de Derecho de Familia*, t. I, Universidad, Buenos Aires, 1991; MOLINARIO, ALBERTO, *Indivisiones hereditarias y condominios forzados organizados por la ley 14.394*, La Plata, 1959; PÉREZ LASALA, JOSÉ LUIS, *Liquidación de la sociedad conyugal por muerte y partición hereditaria*, Depalma, Buenos Aires, 1993; PÉREZ LASALA, JOSÉ L. y MEDINA, GRACIELA, *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*, Depalma, Buenos Aires, 1992; ROVEDA, EDUARDO G., "La acción de liquidación de bienes gananciales ¿Prescribe?", LA LEY, 2003-B, 94; SOLARI, NÉSTOR E., "Improcedencia del pedido de exclusión de un bien en la liquidación de la sociedad conyugal", LA LEY, 24/6/2010; "El pasivo de la sociedad conyugal en el proceso de liquidación", LA LEY, 2010-C, 521; D15540838 UGARTE, LUIS ALEJANDRO, "Disolución y liquidación de la sociedad conyugal por causa de muerte en un caso de bigamia", LA LEY, 1990-B, 134; WAGMAISTER, ADRIANA M., "Acuerdo entre cónyuges en la proyectada Ley de Matrimonio Civil", LA LEY, 1986-D, 1087.

♦ ♦ ♦

Art. 496.— Derecho de pedirla. Disuelta la comunidad, la partición puede ser solicitada en todo tiempo, excepto disposición legal en contrario.

831. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no contenía normas específicas para la liquidación y partición de la sociedad conyugal, sólo se refería a la liquidación de la misma por muerte cierta o presunta del cónyuge en los arts. 1311 y 1313.

El art. 1313 del Cód. Civil nos remitía a lo dispuesto en el Libro Cuarto para la partición hereditaria siguiendo lo dispuesto por el art. 1476 del Código francés. Si bien esa norma se refería sólo al supuesto de disolución por muerte se interpretaba que era apli-

cable a todas las causales de extinción de la comunidad.

Tal remisión alcanza no sólo a la necesidad de realizar inventario y avalúo de los bienes sino también a todas las reglas que rigen la partición hereditaria.

Cualquiera de los cónyuges o quienes tenían derecho a solicitar la partición de la herencia del prefallecido eran las personas legitimadas para incoar la acción. En este sentido el art. 3452 del Cód. Civil establecía la obligatoriedad de la partición al prescribir que *"los herederos, sus acreedores y todos los que tengan en la sucesión algún derecho declarado por las leyes, pueden pedir en cualquier tiempo la partición de la herencia, no obstante cualquier prohibición del testador o convenciones en contrario"*.

A su vez, el art. 3460 del Cód. Civil establecía que la acción de partición era imprescriptible mientras que el art. 4020 del mismo cuerpo legal prescribía que cuando alguno de los copartícipes ha intervertido su título y comenzado a poseer como dueño, la acción prescribía a los veinte años, mas no como consecuencia de la prescripción liberatoria sino como resultado de la prescripción adquisitiva que se ha operado.

La nota al art. 3451 del Cód. Civil daba cuenta de esta característica de la acción de partición ya que allí podía leerse que *"porque la comunión en las cosas es una situación accidental y pasajera que la ley en manera alguna fomenta"*; distingue así Vélez entre la comunidad formada por voluntad de los copartícipes como el caso de las sociedades y la comunión formada por los coherederos que procede de una causa extraña a su voluntad.

Sus fuentes son el Proyecto de 1998, art. 488 y el Proyecto de 1993, art. 547.

II. COMENTARIO

La última etapa de la liquidación de la sociedad conyugal es la partición, período que puede ser definido como el medio a través del cual se convierte el derecho en expectativa a la mitad indivisa que cada cónyuge tenía en una suma de valores concretos de su absoluta propiedad.

Una vez disuelta la comunidad cualquiera de los cónyuges o los herederos del cónyuge fallecido pueden requerir la partición. A su vez el art. 486 del Cód. Civ. y Com. al regular el pasivo durante la indivisión postcomunitaria faculta a los terceros acreedores a subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común dejando a salvo así los derechos de éstos.

Existen dos únicos supuesto en los cuales no habrá partición. Uno es cuando no existen bienes, pues no hay que partir nada y el otro cuando la disolución es por muerte y el cónyuge superviviente es el único heredero, ya que se transferirá *ipso iure* a éste todo el haber conyugal.

La demanda podrá ser incoada en cualquier momento ya que los términos absolutos en que está redactado el texto acentúan la posición en que se había colocado el Código Civil al extremar las facilidades para dividir las herencias, no dando validez a las convenciones entre coherederos para mantener la indivisión durante un plazo, dejando a salvo los supuestos de excepción que establezca la ley en contrario.

74 Al igual que lo previsto por el art. 476 del Cód. Civ. y Com., la norma sigue el destierro que realizara el Código francés de la institución denominada "comunidad continuada", ya que una vez producida la muerte resultará imposible la continuación de

la comunidad tanto si esa prórroga en el tiempo hubiera sido acordada oportunamente por los cónyuges como si ella resultara del acuerdo del superviviente con los herederos del causante, invalidándose de esta manera los pactos en contrario.

III. JURISPRUDENCIA

La partición es la operación por la cual se determinan los bienes que se adjudican a cada una de las partes (CNCiv., sala F, 16/9/1991, LA LEY, 1993-A, 188).

Los cónyuges, sus herederos o sus acreedores subrogatoriamente pueden pedir la partición de los bienes gananciales en cualquier momento (CNCiv., sala D, 19/9/1960, LA LEY, 101-203; sala C, 10/9/1963, ED, 8-831).

Es aplicable el plazo de prescripción general para las acciones personales —10 años— del art. 4023 del Cód. Civil para la acción de división de sociedad conyugal ya que la liquidación de ésta tiene por objeto determinar el carácter propio o ganancial de los bienes existentes al momento de la disolución, reconocer o no las recompensas o compensaciones que pudieron alegar las partes y en definitiva, especificar los saldos líquidos gananciales que hayan de partirse (CCiv. y Com. San Isidro, sala II, 9/4/2002, LLBA, 2002, 1307, LLBA, 2003, 3, LA LEY, 2003-B, 944).

Art. 497.— Masa partible. La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

Sus fuentes son el art. 500, Proyecto de 1998, art. 489 y Proyecto de 1993, art. 548.

II. COMENTARIO

Superando el silencio guardado por el Código Civil la norma en comentario establece expresamente que la masa partible estará constituida por los activos gananciales líquidos de cada uno de los cónyuges.

Entre los cónyuges el activo líquido se determina mediante una operación matemática que reste el pago o satisfacción de las cargas de la sociedad conyugal o deudas comunes del pasivo definitivo, al total de los valores del activo, formado por los bienes adquiridos por los cónyuges.

El activo de la comunidad disuelta está integrado por los bienes gananciales existentes al momento de la disolución de la sociedad conyugal, los adquiridos después por título o causa anterior a la disolución, los que los sustituyen por subrogación real y los que se suman por accesión, los créditos gananciales de uno y otro esposo aun los divisibles, y los frutos, rentas y productos de los bienes gananciales que, como accesorios, engrosan lo principal.

Para que la partición sea factible es necesario que los respectivos créditos y deudas de los cónyuges queden determinados haciendo posible establecer el haber líquido partible.

La norma guarda relación con lo prescripto por el segundo párrafo del art. 2445 el que al establecer las porciones legítimas hereditarias expresa que "dichas porciones se calculan sobre el valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante".

En los supuestos de extinción de la comunidad por muerte en primer lugar habrá que establecer el caudal relicto transmisible (activo bruto), deduciéndosele las deudas. Para la formación de la masa de cálculo de la legítima, según los casos, habrá que estar a lo regulado en los Capítulos 2, 3 y 4 del precedente Título IX (de Sucesiones intestadas).

Es trascendente a su vez esta disposición ya que con el objeto de solucionar el debate doctrinario habido con relación al pasivo en esta etapa mantiene la separación de las deudas contraídas por cada uno de los cónyuges hasta la partición.

En al establecer activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge.

III. JURISPRUDENCIA

Para que la operación de partición en la disolución de la sociedad conyugal sea factible es menester que los respectivos créditos y deudas de los cónyuges queden determinados, haciendo posible establecer el haber líquido partible. De lo contrario, la cuenta particionaria carecería de sustento (CNCiv., sala F, 16/9/1991, LA LEY, 1993-A, 188, DJ, 1993-1, 744, Cita online: AR/JUR/1506/1991).

Art. 498.— División. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía una regulación integral y sistemática de la partición de la denominada sociedad conyugal. Sólo existían disposiciones aisladas o la remisión a las normas de partición hereditaria conforme lo normado por el art. 1313 del Cód. Civil.

De modo que la incorporación de una regulación integral y sistemática satisface una antigua aspiración de la doctrina nacional manifestada en diversas jornadas y congresos así como en distintos trabajos sobre la materia.

Sus fuentes son el art. 501 del Proyecto de 1998, art. 490, Proyecto de 1993, art. 549, Código francés, art. 1475, párrafo 1º, Cód. Civil de Quebec, art. 481.

II. COMENTARIO

El saldo partible o líquido partible queda determinado por la suma de todos los bienes gananciales, más los créditos y el valor de las mejoras a colacionar conforme lo

dispuesto por el art. 495 del Cód. Civ. y Com. A ello deben restarse las deudas y cargas que correspondieren.

La masa común o partible es la que en definitiva se dividirá en partes iguales conforme prevé el art. 498.

De igual manera que lo que prescripto por el art. 1315 del Cód. Civil la nueva normativa establece la división por mitades de la masa común habida entre los cónyuges, reproduciéndose de esta manera el principio de igualdad que —como dice Zannoni— es el pivote sobre el que gira la comunidad de ganancias y adquisiciones en nuestro país.

Una vez determinados los bienes que deben partirse, pagadas que hayan sido las deudas y realizadas las compensaciones correspondientes, los bienes gananciales debe repartirse por mitades entre ambos cónyuges o entre uno de ellos y los herederos del otro.

La norma consagra la finalidad del régimen de comunidad, la cual no es otra que la de participar ambos cónyuges de las ganancias obtenidas desde el comienzo de la comunidad hasta su culminación, sin ponderar para ello los montos o contribuciones efectuadas por cada uno, toda vez que no se repartirá la masa común en base al porcentaje de aportes gananciales efectuado, sino por mitades.

Luego de sentar ese principio se aclara que si existiese en el convenio regulador acuerdo en relación a la liquidación de los bienes de la comunidad regirán las pautas allí establecidas. Nada dice respecto a la validez de las convenciones que pudieran efectuar los cónyuges en las que no se respete la división por mitades.

Al respecto cabe reiterar nuestra opinión ya esgrimida en un trabajo anterior en el que sosteníamos que si bien la directiva básica sobre el modo de realizar la partición se encontraba en el art. 1315 del Cód. Civil, según el cual *los gananciales se dividirán por partes iguales entre los cónyuges*, este principio de igualdad no obstaba a que los cónyuges resolvieran liquidar sus bienes conforme otras pautas, ya que no regirían más entre ellos la prohibición contenida en los arts. 1218 y 1219, Cód. Civil que impedían todo acuerdo sobre los gananciales. Tampoco rigen entre ellos las prohibiciones de comprar, vender o hacerse mutuamente cesiones y/o permutas, ya que tienen la plena capacidad de formar lotes iguales o desiguales en valor y composición. En conclusión, tienen plena validez estos acuerdos pues no existiendo ya la sociedad conyugal no hay un interés superior que tutelar expresado en normas de orden público.

La prohibición y el orden público derivados del régimen patrimonial del matrimonio ya no resultan aplicables.

Pero no era unánime la doctrina respecto a los alcances de la autonomía de la voluntad de las partes para regular sus derechos. Así, Vidal Taquini sostenía que "*estos convenios deben ser producto de una sana voluntad de los cónyuges, debiéndose respetar principios fundamentales como los de restitución de los bienes propios y la partición por mitades de los adquiridos; es decir la igualdad que sobre todo debe primar (arts. 1299 y 1315, Cód. Civil)... Si estos presupuestos esenciales no se cumplen el convenio no puede ser homologado*".

Asimismo, cuando los esposos se encontraban divorciados ya no regían entre ellos la prohibición del art. 1358 del Cód. Civil razón por la cual resultaba factible la adjudicación a uno de los cónyuges de todo el haber ganancial con la debida compensación

pecuniaria con fondos propios; sin perjuicio de ello, Guaglianone sostenía que se trataría de una compraventa y sería nula de nulidad absoluta por aplicación del artículo aludido.

Pero la doctrina no era conteste al respecto sosteniéndose que una vez sobrevenida la disolución de la sociedad conyugal la autonomía de la voluntad de los esposos recupera su eficacia, pudiendo dividir los bienes de modo que ellos consideren corresponde e incluso que un cónyuge ceda al otro la totalidad de su porción.

Ahora bien, la remisión que realiza la norma analizada al convenio regulador previsto en el art. 439 del Cód. Civil y Com. importa una preeminencia de lo acordado por las partes en lo atinente al modo de distribuir sus bienes, debiendo ser interpretado a favor de la validez de aquellas convenciones que no respetasen el principio de igualdad, sin perjuicio de la labor del juez al homologar el acuerdo debiendo analizar cada caso en particular para evitar el abuso de uno de los cónyuges sobre el otro.

Ello dicho no menoscaba el derecho de cada partícipe a atacar el acuerdo cuando se hubiese ocultado algún bien, o el valor de alguno hubiera sido alterado, lo que decimos es que cada cónyuge puede libremente decidir cómo repartir la masa común, siempre que lo acordado represente una voluntad libremente expresada.

El principio sentado por la norma tiene por objeto garantizar la finalidad de la comunidad coronando el régimen con una participación igualitaria, lo que nunca debe ser interpretado como un cercenamiento de la capacidad volitiva de los cónyuges de generar otras pautas, las que pueden responder a múltiples factores, como ser beneficiar al cónyuge que desempeñará más roles en el cuidado de los hijos, o al que tiene menor capacidad de generar recursos económicos o, incluso, indemnizar de alguna manera el incumplimiento de deberes morales.

III. JURISPRUDENCIA

La división por mitades no es de orden público cuando ya se ha producido la disolución de la sociedad conyugal y los esposos pueden convenir otra solución acordando adjudicar los gananciales en su totalidad o mayor valor a uno de ellos (CNCiv., LA LEY, 18-934).

Los convenios destinados a la liquidación del acervo ganancial son válidos siempre que se hubieran celebrado con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal, pues, a tenor de lo dispuesto por el art. 1315 del Cód. Civil, a partir de entonces los esposos recuperan su capacidad dispositiva para transar y/o renunciar, en el seno de todo tipo de negociación, sobre tales bienes, ya que no rigen las prohibiciones de los arts. 1218 y 1219 del citado cuerpo legal. Si bien es cierto que en virtud del efecto retroactivo de la sentencia que declara disuelto el matrimonio, podría acordarse eficacia a los convenios de partición y liquidación de bienes suscriptos durante el juicio de divorcio, pues resultaría que tales convenios se habrían celebrado una vez disuelto el régimen de comunidad, escapa a esta hipótesis —y por lo tanto carece de valor— el acuerdo suscripto por los cónyuges en fecha anterior a la promoción de la demanda de divorcio (CNCiv., sala B, 24/4/1997; eIDial - AB59C).

Art. 499.— Atribución preferencial. Uno de los cónyuges puede solicitar la atribución preferencial de los bienes amparados por la propiedad intelectual o artística, de los bienes de uso relacionados con su actividad profesional, del establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituya una unidad económica, y de la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad, aunque excedan de su parte en ésta, con cargo de pagar en dinero la diferencia al otro cónyuge o a sus herederos. Habida cuenta de las circunstancias, el juez puede conceder plazos para el pago si ofrece garantías suficientes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La institución analizada tiene sus primeros rastros en las leyes agrarias europeas de finales del siglo XIX y comienzos del XX como medio para impedir las fragmentaciones continuas de la tierra que imponía el sistema hereditario del Código de Napoleón extendiéndose luego a otros supuestos con el objeto de proteger la empresa y patrimonio familiar.

La atribución preferencial de determinados bienes puede darse por distintas causas y en distintas etapas de la historia de cada matrimonio es decir en vida de ambos esposos o después de muerte de alguno de ellos siempre que se trate de un bien ganancial y su inclusión en la partición puede causarle perjuicio al requirente.

El Código Civil español dispone en el art. 1406 que "*cada cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber... 4) en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese residencia habitual*" y en el derecho francés se conoce la llamada "atribución preferencial" introducida primitivamente para los establecimientos agrícola ganaderos, pero que luego con el tiempo fue expandiendo su campo de acción.

El art. 550 del Proyecto de Reforma de 1992 siguió aquellos lineamientos del art. 832 del Cód. francés y del art. 1406 inc. 4° del Cód. español, al proponer incluir la atribución preferencial en virtud de la cual se tiende al mantenimiento de la unidad económica de uno de los esposos cuando esté relacionado con su actividad profesional, comercial o industrial o constituya su vivienda, aunque exceda de su parte en la comunidad, con cargo de pagar la diferencia en dinero, pudiendo concedérsele plazos para dicho pago.

Sus fuentes son el art. 490 Proyecto de 1998, art. 550 del Proyecto de 1992, art. 1406 Cód. Civil español, art. 832 Cód. Civil francés, arts. 1446 y 1447 Cód. belga, y art. 515 Cód. de Quebec.

274 II. COMENTARIO

La norma en comentario incorpora la posibilidad de solicitar la atribución preferencial de determinados bienes, abarcando dos sub-hipótesis determinadas por el bien que es objeto de la solicitud judicial de uno de los esposos, a saber, el establecimiento comercial, industrial o agropecuario por él adquirido o formado que constituye una unidad económica, o la vivienda por él ocupada al tiempo de la extinción de la comunidad.

Al igual que lo previsto por el art. 2375 del Cód. Civ. y Com. la posibilidad de un

resultado antieconómico de los bienes del acervo habilita la adjudicación preferencial a uno o varios de los copartícipes.

La norma no establece como requisito de admisibilidad de la atribución de la vivienda sede del hogar conyugal que la partición del bien de que se trate le cause un grave perjuicio como sí lo hacía el art. 211 del Cód. Civil.

Hubiera sido deseable que la norma estableciera pautas para la atribución frente al supuesto de conflicto de intereses entre los cónyuges o entre el supérstite y los herederos, como podría ser aquel que tuviera a su cargo los hijos menores del matrimonio, o aquel que no pudiera procurarse otra vivienda entre muchas otras pautas que la jurisprudencia nacional a lo largo del tiempo fue creando.

Sólo contempla frente al potencial conflicto que esta adjudicación preferencial pudiera ocasionar en saldar la diferencia en los valores de las hijuelas en dinero.

Finalmente la norma facilita la labor del juez al facultarlo a conceder plazo para el pago mientras se otorgan las garantías suficientes.

Algunos autores propusieron frente a lo normado por el art. 2377 del Cód. Civil y Comercial en lo atinente a la formación de los lotes la eliminación el último tramo del segundo párrafo de dicha norma que prescribe *"El saldo no puede superar la mitad del valor del lote, excepto en el caso de atribución preferencial"*, desde que esta limitación no tiene justificación alguna, pues se trata de una cuestión patrimonial entre los sucesores respecto de la cual rige la autonomía de la voluntad; no hay orden público, ni queda desvirtuada la partición. Además, en este segundo párrafo también propusieron aclarar que las diferencias entre las hijuelas pueden ser compensadas en dinero "o con otros bienes hereditarios o ajenos a la masa hereditaria".

Toda vez que el art. 498 in fine del Cód. Civ. y Com. establece las pautas para la división de la masa partible prescribiendo en su parte final que *"Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los bienes, rigen las pautas convenidas"*, debe interpretarse que si las partes presentan conjuntamente el juez debe homologarlo.

Se ha sostenido al respecto que los cónyuges tienen plena autonomía de voluntad, para dirimir su forma de reparto en cuanto a la atribución de vivienda, distribución de los bienes y eventuales compensaciones económicas entre ellos, prestación alimentaria (art. 439). Además pauta una amplitud global respecto de la materia que puede ser objeto del convenio, marcando el carácter meramente enunciativo de la norma, en cuanto expresa en el segundo párrafo de dicho art. 439, que *"lo dispuesto en el párrafo anterior no impide que se propongan otras cuestiones de interés de los cónyuges"*.

No parece que el juez pueda contradecir esta decisión ni que tenga sentido que lo haga, a menos que "perjudique de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar", como lo establece el art. 438 en su último párrafo.

El art. 439 referido al convenio regulador estipula que debe contener las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda entre otros puntos.

III. JURISPRUDENCIA

El supuesto del art. 211 del Cód. Civil configura un caso de indivisión parcial o exclusión de la partición del inmueble que fue asiento del hogar conyugal (SCBA,

28/2/1995, JA, 1995-III-635; CNCiv., sala G, 3/7/2007, ED, 230-325).

Art. 500.— Forma de la partición. El inventario y división de los bienes se hacen en la forma prescripta para la partición de las herencias.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1313 del Cód. Civil nos remitía a las normas de derecho sucesorio y si bien sólo aludía al supuesto de disolución por muerte, se interpretaba que cualquiera haya sido la causal de extinción de la comunidad, le eran aplicables la normativa que regulaba la partición hereditaria. Por consiguiente, la partición podía ser privada si todos los copartícipes son capaces y están presentes (art. 3462 Cód. Civil) debiendo efectuarse por escritura pública, o por instrumento privado presentado al juez que entiende en la sucesión o en el procedimiento d42e liquidación de la sociedad conyugal (art. 1184, inc. 2° Cód. Civil). En cambio, debía ser judicial cuando a) entre los cónyuges o sus sucesores haya algún menor de edad, aun emancipado, otro incapaz, o un ausente de existencia incierta; b) cuando terceros, fundándose en un interés jurídico, se opongan a que la partición se haga privadamente, y c) cuando los cónyuges o sus sucesores, mayores de edad y presentes, no se pongan de acuerdo para hacer la división privadamente (art. 3465 Cód. Civil). En tales casos debía seguirse el procedimiento establecido para la partición de las herencias.

Sus fuentes son los arts. 492 y 500 del Proyecto de reforma de 1998, 551 del Proyecto de 1993, y art. 1476 Cód. francés.

II. COMENTARIO

Las operaciones básicas de la liquidación son el inventario, el avalúo de los bienes y por último la partición, que pone fin al estado de indivisión. En materia de inventario y avalúo son de aplicación las normas pertinentes del proceso sucesorio, en virtud de la remisión que efectúa la norma en comentario a los arts. 2341 y ss. respecto del inventario y al Título VIII en lo atinente a la partición.

El art. 2369 del Cód. Civ. y Com. reproduce lo establecido por el art. 3462 del Cód. Civil, al señalar que la partición se podrá hacer en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen más conveniente los copartícipes presentes y capaces.

Al respecto Lafaille manifiesta que la división puede ser amigable o extrajudicial, judicial o mixta ya que *"...el legislador fiel a los principios que gobiernan la libertad contractual no ha puesto trabas a la actividad de los coherederos cuando todos ellos son capaces y se encuentran presentes, pero es menester la unanimidad de pareceres si desean sustraer la partición del control judicial"*.

Efectivamente, durante este período las partes se encuentran habilitadas para convenir libremente sobre los bienes que integran la masa de gananciales. Ello así, pues extinta la comunidad renace plenamente entre los cónyuges la libertad contractual, al haber cesado las normas imperativas que gobernaban sus relaciones jurídicas durante la vigencia del régimen patrimonial. Ellos podrán dividir y adjudicarse los bienes de la forma y modo que entiendan pertinente, ya que durante este período rige entre las par-

tes el principio de libertad contractual emanada del art. 1197 del Cód. Civil.

Para considerar unitariamente el conjunto de bienes que integraron la sociedad conyugal, será necesario efectuar no sólo las dos operaciones de determinación de los bienes existentes en el patrimonio y su avalúo, sino también, el procurar los pagos y reintegro de sus bienes a cada uno de los cónyuges (o sus herederos en su caso), al establecer un adecuado régimen de compensaciones, recompensas o indemnizaciones, para finalmente, procurar la división de los gananciales, deducido el pasivo definitivo o las deudas de la comunidad.

Para un análisis más profundizado de esta temática nos remitimos a los comentarios del Título IV.

III. JURISPRUDENCIA

Para la liquidación de la sociedad conyugal disuelta por cualquiera de las causas, rigen los arts. 3462 y ss. del Cód. Civil, es decir, se aplican las normas establecidas para la liquidación y partición de la herencia (CNCiv., sala C, 26/5/1966, LA LEY, 123-527; sala D, 11/12/1970, LA LEY, 143-517; sala F, 7/7/1966, LA LEY, 124-44; misma sala, 22/7/1969, LA LEY, 136-926.

El trámite de liquidación de la sociedad conyugal disuelta consiste en un proceso jurídico-contable tendiente a determinar los bienes que componen el acervo y su valor. A este proceso se vinculan las controversias posibles de suscitarse entre los interesados, que generan juicios incidentales, sumarios u ordinarios, relativos a la naturaleza de los bienes indivisos, las recompensas entre cónyuges, reintegros y compensaciones. La liquidación de cada masa indivisa supone las operaciones útiles de gananciales, previo inventario y tasación de los bienes (CNCiv., sala F, 16/9/1991, LA LEY, 1993-A, 188 y RDPC, N° 3, p. 381. Ver CNCiv., sala F, 31/10/2008, LA LEY, 2009-D, 146).

Art. 501.— Gastos. Los gastos a que dé lugar el inventario y división de los bienes de la comunidad están a cargo de los cónyuges, o del supérstite y los herederos del premuerto, a prorrata de su participación en los bienes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 3474 del Cód. Civil establecía que "40838 en la partición, sea judicial o extrajudicial, deben separarse bienes suficientes para el pago de deudas y cargas de la sucesión". La nota de ese artículo se aboca a explicar las diferencias entre ambas, conceptualizando a las segundas como las obligaciones que han nacido después de la muerte del autor de la herencia tales como gastos funerarios y los relativos a la conservación, liquidación y división de los derechos respectivos, inventarios, tasaciones.

Sus fuentes son los arts. 493 del Proyecto de 1998 y 552 del Proyecto de 1993, art. 1485 del Cód. francés, y art. 1449 del Cód. belga.

II. COMENTARIO

Recepta la norma la opinión esgrimida por la doctrina en el sentido de que las car-

gas deben ser pagadas, al igual que las deudas, en proporción a las cuotas que les corresponden a los beneficiarios en la partición.

Art. 502.— Responsabilidad posterior a la partición por deudas anteriores. Después de la partición, cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores por las deudas contraídas con anterioridad con sus bienes propios y la porción que se le adjudicó de los gananciales.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Sus fuentes son los arts. 494 del Proyecto de 1998 y 553 del Proyecto de 1993, art. 1482 del Cód. francés y 484 del Cód. de Quebec.

II. COMENTARIO

I. Fundamento y alcance de la reforma

La norma se refiere a las deudas que los cónyuges hubieran contraído anteriormente a la partición y que se mantienen impagas, sentando el principio de que aquéllas deberán ser saldadas por cada uno de los cónyuges con sus bienes propios y con la porción de gananciales recibida con motivo de la extinción de la comunidad.

Antes definimos la partición como el medio a través del cual se convierte el derecho en expectativa a la mitad indivisa que cada cónyuge tenía sobre la comunidad, en una suma de valores concretos de su absoluta propiedad, por ello resulta lógico que luego de haberse concretado la división los partícipes respondan frente a sus acreedores con los bienes propios y los gananciales adjudicados.

El régimen de separación de bienes encuentra su expresión más acabada después de concluida la partición de los gananciales. La oponibilidad del derecho de cada cónyuge sobre los bienes que le fueron adjudicados en la división opera desde la inscripción en los registros respectivos, desde la toma de posesión de las cosas muebles no registrables y desde la notificación al deudor del crédito o la transmisión de las acciones no registrables, según el caso. El acreedor por deudas contraídas por uno u otro cónyuge se cobra sobre la totalidad del patrimonio de su deudor, constituido por sus bienes ex propios, los bienes ex gananciales que le fueron adjudicados y los bienes adquiridos posteriormente a la disolución de la sociedad conyugal, teniendo en cuenta la retroactividad de la sentencia.

Art. 503.— Liquidación de dos o más comunidades. Cuando se ejecute simultáneamente la liquidación de dos o más comunidades contraídas por una misma persona, se admite toda clase de pruebas, a falta de inventarios, para determinar la participación de cada una. En caso de duda, los bienes se atribuyen a cada una de las comunidades en proporción al tiempo de su duración.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Sus fuentes son el art. 1314 del Código de Vélez y los arts. 495 del Pro-

yecto de 1998 y 554 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

Reproduce la reforma casi integralmente el art. 1314 del Cód. Civil el que disponía que cuando hubiera que *"ejecutarse simultáneamente la liquidación de dos o más sociedades conyugales contraídas por una misma persona, se admitirá toda clase de prueba, a falta de inventarios para determinar el interés de cada una; y en caso de duda, los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades en proporción al tiempo de su duración, y a los bienes propios de cada uno de los socios"*.

La situación contemplada puede darse cuando disuelta la comunidad por muerte de uno de ellos, no habiéndose liquidado ésta con posterioridad el superstita hubiese contraído nuevo matrimonio constituyéndose una segunda comunidad, la cual al tiempo de su disolución deberá ser liquidada.

Las modificaciones introducidas se centran en el reemplazo de la expresión utilizada por el art. 1314 "interés de cada una", habiéndose ahora preferido "participación de cada una", por entenderse que aquélla podía generar algunas cuestiones interpretativas y con la intención de dejar en claro que lo que verdaderamente hay que evaluar en el supuesto comentado es la participación de los cónyuges en cada comunidad a liquidar.

A su vez se ha derogado la última parte de la norma que prescribía que los bienes se dividirán entre las diferentes sociedades, en proporción al tiempo de su duración y a "los bienes propios de cada uno de los socios", ya que esto resultaba contradictorio con lo normado por art. 1315 del Cód. Civil, entendiendo la doctrina que la proporcionalidad constituye una excepción al principio de la partición por mitades de los gananciales.

Fue generalizada la opinión de que las dos pautas legales que surgían del art. 1314 *"proporción al tiempo de su duración, y a los bienes propios de cada uno de los socios"*, no eran complementarias sino, más bien, contradictorias e imposibles de ser atendidas una y otra. La razonabilidad y la exigencia concreta de la práctica imponen preferir la proporcionalidad a la duración y recurrir, en última instancia y supletoriamente, a la proporcionalidad a los bienes propios cuando aquélla sea indeterminable (Zannoni, Hernández).

Obviamente que pudiendo determinarse las fechas de las adquisiciones que se hubieren realizado no habría problemas, ya que la época determinará el carácter de cada bien respecto de las comunidades constituidas, lo que permite concluir que la norma se aplicará cuando existiesen bienes cuyo carácter no pudiese establecerse por desconocerse la fecha de adquisición.

Los cónyuges pueden valerse de todos los medios de prueba tanto para acreditar la fecha de adquisición como el carácter de los fondos invertidos.

Si bien el artículo comentado especifica que si existiese inventario de los bienes los cónyuges deberán estar a lo que surja de aquél, ello no veda la posibilidad de producir prueba al respecto, ya que el art. 466 del Cód. Civil y Comercial establece que se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad, garantizando el derecho de probar su verdadera naturaleza.

Art. 504.— Bigamia. En caso de bigamia y buena fe del segundo cónyuge, el primero tiene derecho a la mitad de los gananciales hasta la disolución de su matrimonio, y el segundo a la mitad de la masa ganancial formada por él y el bigamo hasta la notificación de la demanda de nulidad.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Contracer un matrimonio sin estar disuelto el anterior es presupuesto de lo que se caracteriza como bigamia (bi y gamos, casados dos veces).

En el derecho romano no se le otorgaba ningún efecto al matrimonio nulo aunque hubiera existido buena fe por parte de ambos contrayentes, situación ésta que fue atemperada por el derecho canónico quienes concibieron la teoría del matrimonio putativo a los fines de mitigar el rigor de privar *ex tunc* de todo efecto a las nupcias anuladas cuando medió buena fe al menos de uno de los esposos.

Con esos alcances nuestra legislación atenúa el rigor de la retroactividad propia de las nulidades estableciendo la validez de la unión viciada hasta la sentencia y disponiendo los efectos para el futuro (*ex nunc*), configurando de esta manera una excepción al principio general en materia de efectos de las nulidades.

El art. 1316 del Cód. Civil según ley 23.515 establecía que *"Si ha habido bigamia, y en el segundo matrimonio aparente, la mujer ha sido de buena fe, la esposa legítima tiene derecho a la mitad de los gananciales adquiridos hasta la disolución del matrimonio. La segunda mujer podrá repetir contra la parte de gananciales del bigamo y contra los bienes introducidos por él durante el matrimonio legítimo, los gananciales que le hubiesen correspondido durante su comunidad con él, si el matrimonio hubiese sido legítimo"*.

La crítica que se realizaba a la norma transcrita radicaba en que consagraba una especie de castigo al cónyuge bigamo al cual podía llegar a no corresponderle percibir bien ganancial alguno. A su vez podía también anularse el derecho hereditario que tenían los descendientes del bigamo de ambas uniones, o sus ascendientes, lo que no parece justo.

Sus fuentes son el art. 496 del Proyecto de 1998 y 555 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

Jurisprudencialmente se sostenía que la normativa sucesoria y de la sociedad conyugal debían armonizarse en el supuesto de concurrencia de la esposa, un hijo y la esposa putativa del difunto, propiciándose que los bienes gananciales denunciados en el sucesorio se dividen adjudicando a la esposa legítima la mitad de los adquiridos hasta la disolución de su matrimonio y que la mitad restante, que corresponde al causante, se reparte por partes iguales entre el descendiente y la segunda esposa. Y en otra especie fue aclarado que para la cónyuge putativa el único bien ganancial adquirido durante la unión legítima se distribuye en un 50% para la esposa legítima y el otro 50%, a título hereditario, entre cada uno de los hijos, por cabeza; y la esposa putativa como un hijo más, pues para ella dicho bien no es reputado ganancial.

La norma comentada establece que si el segundo cónyuge fuere de buena fe, el pri-

mero tiene derecho a la mitad de los gananciales hasta la disolución de su matrimonio, el segundo a la mitad de la masa ganancial formada por él y el bigamo hasta la notificación de la demanda de anulación.

Pero pareciera no quedar claro cómo participan cada uno en la superposición de las comunidades ya que los gananciales que adquiere el cónyuge bigamo lo son de ambas uniones, salvo que la interpretación fuera que el segundo cónyuge perdería su derecho a ellos, cuestión ésta que tampoco parece muy justa.

Pero quizás la solución podría provenir del art. 480, que establece la retroactividad en la extinción de la comunidad mediando separación de hecho previa al día en que aquélla acaeció. Si bien la norma apuntada no se refiere al supuesto de nulidad ya que ésta tiene su propia solución en el art. 428, podría ser una respuesta equitativa que del primer matrimonio la comunidad se extendiese hasta la separación de hecho y del segundo desde su comienzo hasta la sentencia que declara la nulidad.

III. JURISPRUDENCIA

Los bienes gananciales denunciados en el sucesorio se dividen adjudicando a la esposa legítima la mitad de los adquiridos hasta la disolución de su matrimonio y la mitad restante, que corresponde al causante, se reparte por partes iguales entre el descendiente y la segunda esposa (CCiv. y Com., Morón, 12/6/1980, ED, 103-93).

Para la cónyuge putativa el único bien ganancial adquirido durante la unión legítima se distribuye en un 50% para la esposa legítima y el otro 50%, a título hereditario, entre cada uno de los hijos, por cabeza, y la esposa putativa como un hijo más, pues para ella dicho bien no es reputado ganancial (CNCiv., sala G, 12/4/1988, LA LEY, 1990-B, 135; ED, 131-224).

Tratándose del supuesto de la vocación hereditaria del cónyuge legítimo y el consorte putativo de buena fe, cuando acuden ambos a la sucesión del bigamo, la aplicación analógica del art. 1316 del Cód. Civil pierde razonabilidad, si no se ha invocado la existencia de ningún bien ganancial perteneciente a la sociedad conyugal (CNCiv., sala B, 15/5/1980, ED, 88-498).

En el caso de muerte del bigamo, si el único bien ganancial hubiere sido adquirido durante la primera unión; el cónyuge legítimo recibirá el 50% de ese bien, debiendo el cónyuge de la segunda unión concurrir junto a los descendientes del causante en el restante 50% como un hijo más ya que en lo que a ella se refiere el bien no es ganancial (CNCiv., sala G, 12/4/988, LA LEY, 1990-B, 135 - ED, 131-225).

CAPÍTULO 3

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES

Por SANDRA F. VELOSO

Art. 505.— Gestión de los bienes. En el régimen de separación de

bienes, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales, excepto lo dispuesto en el artículo 456.

Cada uno de ellos responde por las deudas por él contraídas, excepto lo dispuesto en el artículo 461.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1299 expresaba: Decretada la separación de bienes quedaba extinguida la sociedad conyugal, la mujer y el marido recibirán los suyos propios y los que por gananciales les correspondieran liquidada la sociedad conyugal.

En cuanto a la responsabilidad, establecía el art. 1300 que durante la separación, el marido y la mujer debían contribuir a su propio mantenimiento, y a los alimentos y educación de los hijos, en proporción a sus respectivos bienes.

Sus fuentes son el art. 497 del Proyecto de 1998 y 556 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

Por régimen de separación de bienes se entiende a aquel donde cada uno de los cónyuges conserva la propiedad de los bienes adquiridos durante la unión matrimonial sin que exista ninguna expectativa de compartir dichos bienes. Este régimen que en el Código anterior se preveía sólo como régimen extraordinario pasa a ser un régimen convencional y mutable anualmente.

En él, cada uno de ellos conserva la libre administración y disposición de sus bienes personales con excepción de lo dispuesto en el art. 456 referido a la vivienda familiar.

Se mantiene el principio general de separación de responsabilidades con la excepción que marca el art. 461, al que hace remisión, responsabilidad solidaria para aquellas obligaciones que hayan sido contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

Art. 506.— Prueba de la propiedad. Tanto respecto del otro cónyuge como de terceros, cada uno de los cónyuges puede demostrar la propiedad exclusiva de un bien por todos los medios de prueba. Los bienes cuya propiedad exclusiva no se pueda demostrar, se presume que pertenecen a ambos cónyuges por mitades.

Demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez puede negarla si afecta el interés familiar.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1305 sostenía que para salvar su responsabilidad futura, podía el marido exigir que se hiciera inventario judicial de los bienes de la mujer que entrasen en una nueva administración o bien determinar la existencia de los bienes por escritura pública firmada por él y la mujer.

Sus fuentes son los arts. 498 del Proyecto de 1998 y 557 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

Se recepa el criterio de amplitud de la prueba para demostrar la propiedad de los bienes, y para el caso que no se lograra probar acabadamente a quién exclusivamente por mitades que les corresponden a ambos e pertenecen, se presumir

En tal caso, y demandada por uno de los cónyuges la división de un condominio entre ellos, el juez podrá negarla si ello afecta el interés familiar.

Art. 507.— Cese del régimen. Cesa la separación de bienes por la disolución del matrimonio y por la modificación del régimen convenido entre los cónyuges.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 1304 del Código anterior indicaba que aquélla podía cesar por voluntad de los cónyuges, si lo hicieren por escritura pública, o si el juez lo decretase a pedimento de ambos. De todas formas se trataba del caso de reconciliación que no tiene relación directa con el artículo.

Sus fuentes son los arts. 499 del Proyecto de 1998 y 558 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

Disuelto el matrimonio cesa también el régimen de separación de bienes, de pleno derecho, ya que los regímenes matrimoniales forman el estatuto que regula el interés pecuniario de los esposos entre sí y en sus relaciones con terceros.

La otra causal de cesación, es la modificación del régimen convenido en los términos de lo que autoriza el art. 449 del Cód. Civ. y Com., se permite en forma anual y mediante escritura pública.

Art. 508.— Disolución del matrimonio. Disuelto el matrimonio, a falta de acuerdo entre los cónyuges separados de bienes o sus herederos, la partición de los bienes indivisos se hace en la forma prescripta para la partición de las herencias.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo no tiene antecedentes en el texto derogado, sus fuentes son los arts. 500 del Proyecto de 1998 y 559 del Proyecto de 1993.

II. COMENTARIO

De igual forma que estaba previsto en el art. 1313 del Cód. Civil, para los casos de la partición del régimen de comunidad, al remitir a las normas para la división de herencias, conforme lo dispone en el Libro 4º del Código, lo hace en esta nueva norma, y en relación al régimen de separación.

Permite a los cónyuges establecer de común acuerdo cuáles han de ser las pautas de la partición, en caso de no lograr una solución autocompuesta deberán estar a las previsiones en materia de partición hereditaria.

TÍTULO III

UNIONES CONVIVENCIALES

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y PATRICIA S. GIOVANNETTI

Bibliografía sobre la reforma: BURGOS BARANDA, MARÍA CECILIA, "Uniones convivenciales. Interrogantes sobre el texto proyectado", Cuaderno Jurídico Familia, El Derecho, agosto 2012, n° 31, p. 6; GIOVANNETTI, PATRICIA y ROVEDA EDUARDO, "Las uniones convivenciales en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", en eDial.com, DC188A, 4/6/2012; id., "Regulación especial para las uniones convivenciales", ponencia en el XVII Congreso Internacional de derecho familiar, las familias y los desafíos sociales, La Ley/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; KRASNOW, ADRIANA N., "Las uniones convivenciales", en *Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.), MEDINA, GRACIELA (coord.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; SOLARI, NÉSTOR E. "Las uniones convivenciales en el proyecto", DFyP, La Ley, julio 2012, p. 98.

Bibliografía clásica: BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "La ley de unión civil de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", LA LEY, 2003-C, 1495; BORGONOV, OSCAR, *El concubinato*, Hammurabi, Buenos Aires 1980; BOSSERT GUSTAVO, *Régimen legal del concubinato*, 4ª ed. act. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1997; BURDEOS FLORENCIA y ROVEDA EDUARDO, "Proyecto de ley para regular las uniones de hecho", en eDial.com DC176B, 30/11/2011; FERRER, FRANCISCO, "El proyecto de ley sobre las uniones de hecho", JA, 1997-III-712; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS - FAMA, MARÍA VICTORIA, "El proyecto de ley de convivencia de parejas", LA LEY, 2005-E, 1507; GIRAUDO ESQUITO, NICOLÁS, "Uniones de hecho del mismo sexo: realidad que debe o no ser regulada", JA 2002-II-959.

♦ ♦ ♦

I. INTRODUCCIÓN

El Código regula por primera vez de manera sistemática las denominadas uniones de hecho. Se inclina por realizar una mixtura entre el modelo de asimilación casi completa de este tipo de uniones con el matrimonio y el modelo contractual francés.

Muchos han sido los intentos legislativos tendientes a regular el concubinato, todos ellos, habían fracasado hasta el momento. Por nuestra parte entendemos, y así lo expresamos en el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar que la regulación implica un innecesario avance sobre la autonomía de la voluntad de quienes deciden no contraer

insrsid15540838 matrimonio.

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En todas las culturas ha existido, bajo diversas formas, el matrimonio como base de la organización familiar. Pero al mismo tiempo también ha existido la convivencia de

hecho, el concubinato, como una realidad social, a veces considerada y otras ignorada por el derecho.

En Roma, el concubinato era un hecho frecuente y fue reconocido por el derecho, en particular cuando la formación de las uniones de hecho se explicaba por las múltiples restricciones jurídicas y sociales a la posibilidad de celebrar matrimonio (advirtiéndose que recién en el siglo V se admitió formalmente el *convubium* entre patricios y plebeyos). Octavio Augusto, por medio de las leyes *Iulia de Maritandis* y *Papia Poppaea*, intentó dar un orden a esa figura, y estableció que el concubino debía ser soltero y no podía mantener más de una concubina, que a su vez sólo podía ser una mujer de bajo rango. Si una mujer honrada o ingenua consentía en ser tomada por concubina, debía ello ser acreditado por un medio formal. Bajo esas condiciones, el concubinato estaba eximido de penalidades, que, en cambio, se conservaban para otras uniones extramatrimoniales. Se regularon así los efectos personales y patrimoniales del concubinato, entre los que cabe destacar el carácter de la filiación: los nacidos de esa unión eran hijos naturales, mientras que los nacidos de otras uniones extramatrimoniales eran *spurii* (éstos no tenían jurídicamente padre, por lo que resultaba imposible su reconocimiento). Justiniano, en el *Corpus Iuris*, estableció la obligación alimentaria a favor de los hijos naturales y confirió a éstos y a la concubina ciertos derechos hereditarios para participar en la sucesión del padre o concubino. De tal modo, el concubinato, bajo las condiciones expresadas, fue reconocido como una suerte de matrimonio de menor categoría.

En los distintos reinos de España la legislación medieval reguló la institución denominada barraganía, poniendo condiciones para su reconocimiento (como la soltería de ambos convivientes) y otorgándole ciertos efectos jurídicos, incluso alimentarios y hereditarios.

El derecho canónico medieval, a pesar de su básica actitud de disfavor frente al concubinato, le atribuyó, cuando los convivientes se hubieran dado palabra o promesa de casamiento, un directo efecto matrimonial, con diversos matices según se tratara de *sponsalia per verba de presenti* o de *sponsalia per verba de futuro, subsequente copula*. A través de una decretal del papa Gregorio IX, se admitió la institución del matrimonio presunto, en el cual, a partir de una interpretación de su voluntad, se tenía a los convivientes por unidos en matrimonio, aunque no hubieran dado formalmente su consentimiento. En el *Droit Coutumier* encontramos un dicho, recogido por Loysel, que refleja el concepto del matrimonio de hecho: "*Boire, manger, coucher ensemble, est mariage ce me semble*".

El Concilio de Trento (1545/1563) estableció la obligatoriedad de contraer matrimonio ante el cura párroco, en ceremonia pública con dos testigos, y creó los registros parroquiales, donde se asentaban las actas, haciendo así desaparecer a los matrimonios presuntos. Sin embargo, estas instituciones de origen medieval prolongaron su vigencia en algunos territorios donde las disposiciones tridentinas no se aplicaron hasta los siglos XVIII y XIX, y también en el *common law marriage* vigente en Escocia y en algunos estados de los Estados Unidos. La tendencia del derecho canónico en los últimos siglos fue acentuar y valorizar la solemnidad del matrimonio y considerar en forma severamente crítica a las uniones de hecho.

Un nuevo enfoque apareció con el derecho francés del siglo XIX, que se resume en la frase atribuida a Napoleón: "*Si les concubines se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*" (si los concubinos prescinden de la ley, la ley se desinteresa de ellos). El Código de 1804 ignoró totalmente el concubinato y se abstuvo de regular los efectos que pudiera

producir. Sin duda, esta actitud legislativa ha sido de gran importancia para la adopción de la línea "abstencionista" seguida en esta materia, durante mucho tiempo, por la mayor parte de las legislaciones occidentales.

Sin embargo, la jurisprudencia fue admitiendo algunos efectos sobre cuestiones planteadas en el marco de relaciones concubinarias, y la primera brecha legislativa importante que se abrió sobre el criterio abstencionista fue la ley del 16/11/1912, que convirtió en figura jurídica al concubinato notorio como fuente de la paternidad natural. Como consecuencia de los problemas planteados a las concubinas de los soldados durante la Primera Guerra Mundial, entre 1914 y 1918 se sancionaron leyes que les reconocían determinados beneficios sociales, y en los años siguientes la jurisprudencia evolucionó contemplando numerosos casos donde se fue perfilando el alcance del concubinato como hecho jurídico.

arºIII. DIFERENTES MODELOS PARA REGULAR LAS UNIONES

=Conviene diferenciar las legislaciones (principalmente latinoamericanas) que otorgan efectos conyugales a la convivencia de parejas en aparente matrimonio, de las (principalmente europeas) que reconocen algunos efectos a las uniones de hecho.

Las primeras, como Bolivia, Cuba, Guatemala, Panamá, El Salvador, Honduras, Perú, algunos estados de México y Brasil, dan efectos amplios al concubinato, incluso similares al matrimonio, cuando concurren determinados requisitos, relativos a la diversidad de sexo, estabilidad, singularidad, aptitud para contraer matrimonio, etc. La base social de dichas regulaciones, sobre todo en países con altos índices de población indígena y rural, se asocia a culturas donde la unión de hecho es la forma "natural" de formar una familia, y donde, sin pasar por el Registro Civil, existe una primaria conciencia matrimonial en quienes así viven. El reconocimiento de efecto jurídico a esas uniones de hecho aparece más emparentado con el matrimonio presunto del derecho canónico medieval o con el *common law marriage* que con las "uniones libres" de tipo europeo. Borda, a pesar de ser crítico con relación a dichas regulaciones, admite que en el fondo, son el *usus romano*, revivido.

Distinta es la situación de los países donde, por sus características culturales, las parejas que deciden convivir sin contraer matrimonio lo hacen conscientes de su falta de voluntad (al menos, por el momento) de dar su consentimiento ante el Registro Civil. Son, propiamente, uniones libres, realizadas en el marco de reserva de las acciones privadas tutelado por el art. 19, CN. ¿Hay razón, en estos casos, para imponer a la pareja un régimen matrimonial o semi-matrimonial coactivo? Por ello, en los países europeos o de culturas similares sigue predominando un relativo criterio abstencionista, donde el concubinato (como situación puramente fáctica) es legislado con normas circunstanciales y de alcance limitado (por ej., en Alemania, España, Italia, Inglaterra, Francia), sin perjuicio de la aparición en numerosas legislaciones europeas de un género intermedio entre el matrimonio y la unión de hecho, que es la unión registrada y regulada.

Un tercer modelo de regulación ha aparecido en Francia y se ha desarrollado también en otros países al que podríamos denominar contractual, en ellos se permite a los convivientes firmar un pacto o convenio destinado a regular su unión. En general debe estarse al contenido del pacto sin otorgarse otros derechos civiles como consecuencia de la unión. En Francia este instituto se denomina Pacto civil de Solidaridad (PACS).

CAPÍTULO 1

CONSTITUCIÓN Y PRUEBA

Art. 509.— **Ámbito de aplicación.** Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Esta nueva legislación regula las uniones convivenciales, instituto que consuetudinariamente se conocía como concubinato o unión libre.

A nivel nacional se intentaron diferentes proyectos a fin de regular este tipo de uniones sin que ninguno de ellos lograra el tratamiento parlamentario correspondiente. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se sancionó la ley 1004 que creó el Registro de Uniones Civiles, en donde dos personas, reuniendo varios requisitos exigidos en la norma, pueden asentar su unión. También en el año 2009 se creó el Registro Voluntario de Uniones Civiles de la ciudad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba, mediante la Ordenanza 279/2009, modificada por Ordenanza 361/2009.

Con la reforma constitucional de 1994 se aceptaron diversas formas de organización familiar que ya eran reconocidos en leyes especiales (tanto a nivel previsional como de beneficios sociales). Además jurisprudencialmente había una tendencia a reconocer la legitimación para solicitar el daño moral por la muerte de su concubino/a, declarándose así la inconstitucionalidad del art. 1078 del antiguo Código Civil.

Los autores del Código fundamentan la regulación de este instituto en el progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión libre, sin celebrar el acto jurídico matrimonial, observándolo desde la perspectiva de Derechos Humanos, el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar.

II. COMENTARIO

1. Concepto

En el artículo en comentario se intenta dar el concepto de “unión convivencial”. La denominación elegida es ajena a nuestros usos y costumbres tanto en el plano jurídico como en el social.

En la definición que se realiza se mezcla la noción de la unión con 1 sus caracteres. Entendemos que, en la inteligencia del Código, debieron separarse los conceptos. Así la norma puede separarse en dos, por un lado la noción “unión basada en relaciones afectivas de dos personas que comparten un proyecto de vida en común”, para luego enu-

merar 505 sus caracteres.

Cabe preguntarse a qué se refiere la norma cuando introduce el concepto de “relaciones afectivas”, esta forma de determinar el tipo de unión aparece difusa y sin contenido jurídico. Existen múltiples situaciones donde las personas conviven afectivamente sin ser pareja, piénsese en dos amigos que deciden alquilar juntos para abaratar sus costos de alojamiento; seguramente entre ellos existirá una relación afectiva, mas ella no será una unión de pareja.

Se ha agregado por el Congreso de la Nación el término “convivencia” en la definición, éste no se encontraba presente ni en el Anteproyecto de la Comisión Redactora ni en el Proyecto remitido al Poder Legislativo. Consideramos importante este agregado ya que el instituto se configura en la convivencia, por lo tanto ella no podía soslayarse en la definición.

2. Caracteres

En cuanto a los caracteres de la unión se enumeran los siguientes: a) singular; b) pública; c) notoria; d) estable y e) permanente.

La unión es singular ya que no se podrá tener más de una, ni tampoco podrá estarse unido en matrimonio y en unión convivencial al mismo tiempo, 5540838 cuestión criticable ya 540838 que legislaciones especiales reconocen derechos a los convivientes sin perjuicio de encontrarse alguno de ellos separado de hecho de su cónyuge.

Entendemos que los caracteres enumerados por separado como “pública” y “notoria” en realidad responden a un único concepto que es el de ser conocida por la comunidad.

Similar 42 son los caracteres de estabilidad y permanencia. Para que dicha unión tenga efectos legales, deberá prolongarse en el tiempo. Se establece un plazo mínimo de dos años, siguiendo las posturas de varias legislaciones extranjeras y leyes nacionales que otorgan determinados efectos a las uniones convivenciales con un plazo mínimo de duración.

Tal como se lo ha regulado entendemos que la unión convivencial genera entre los convivientes un “estado de familia”. Si comparamos su regulación con la prevista en Francia para los “pactos civiles de solidaridad” encontraremos que en el modelo francés el pacto es un contrato civil destinado a regular la convivencia de la pareja, en cambio en nuestra legislación la unión tiene muchos más efectos a lo largo del ordenamiento, lo que a nuestro entender lo transforman en un estado de familia. Claro está que al ser la unión convivencial una situación de hecho, salvo que se encuentre inscripta, el estado de familia carecerá del título de estado correspondiente.

III. JURISPRUDENCIA

838 “La concubina se encuentra legitimada para reclamar los daños y perjuicios por la muerte de su compañero, en tanto demuestre ser una damnificada indirecta del hecho ilícito, debiendo demostrar una relación de hecho similar al matrimonio en forma estable y prolongada y que dependía económicamente del fallecido

94 (SCBA, 11/8/2008, DJ, 2008-II-2305).

Art. 510.— Requisitos. El reconocimiento de los efectos jurídicos previstos por este Título a las uniones convivenciales requiere que:

- a) los dos integrantes sean mayores de edad;
- b) no estén unidos por vínculos de parentesco en línea recta en todos los grados, ni colateral hasta el segundo grado.
- c) no estén unidos por vínculos de parentesco por afinidad en línea recta.
- d) no tengan impedimento de ligamen ni esté registrada otra convivencia de manera simultánea;
- e) mantengan la convivencia durante un período no inferior a dos años.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Son fuentes del nuevo texto legal: art. 515-2, Código Civil francés; art. 158 Código de Familia de Bolivia; art. 5º, ley 1004 Ciudad Autónoma de Buenos Aires;

II. COMENTARIO

Todos los requisitos deben cumplirse para el reconocimiento de efectos a las uniones convivenciales. Los analizaremos a continuación por separado:

nowidct1par1. Mayoría de edad

Desde la sanción de la ley 26.579 la mayoría de edad se alcanza a los 18 años. En relación al texto que comentamos no se encuentra resuelto el caso en el cual una pareja comienza convivir durante la menor edad y el plazo de convivencia (ver *infra* punto 4) lo alcanza en la mayoría de edad. Entendemos que pueden darse dos soluciones al interrogante: a) computar el plazo y tener por cumplido el requisito de convivencia tomando en cuenta el tiempo transcurrido en la menor edad o; b) computar el plazo sólo desde que ambos miembros de la pareja lleguen a la mayor edad.

2. Parentesco

Éste, al igual que la mayoría de edad, se trata de idénticos requisitos que los previstos para la celebración del matrimonio. Con lo cual no se reputará unión convivencial a los id15540838 efectos de este 505capítulo, las personas que se encuentren unidos por vínculo de parentesco en línea recta en todos los grados, ni en línea colateral hasta el segundo grado.

En el inc. c) también se exige no encontrarse unidos por vínculo de parentesco por afinidad en línea recta, sin distinción de grados. Debe distinguirse dos supuestos: a) cuando una pareja unida convivencialmente se separa, entendemos que no existirá im-

pedimento para que inicie una relación convivencial con los parientes en línea recta del otro ya que el parentesco por afinidad sólo nace con la celebración del matrimonio (art. 536); b) donde sí podrá aparecer el impedimento será en el caso de los cónyuges divorciados donde cualquiera de ellos no podrá iniciar unión convivencial con los parientes en línea recta del otro.

3. Ligamen

Para que las uniones convivenciales tengan efectos jurídicos, se exige la inexistencia de ligamen y/u otra unión convivencial registrada.

En cuanto al impedimento de ligamen aparece contradictorio con algunas legislaciones especiales no derogadas por este Código y que reconocen derechos a los convivientes con independencia que uno de ellos este casado. Un ejemplo de ello es el derecho a cobrar la indemnización prevista en el art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo el cual prioriza el concubinato por sobre el matrimonio anterior de los concubinos.

Pueden utilizarse aquí dos criterios para la resolución de la cuestión, uno de ellos será entender que la legislación posterior deroga a la anterior y en consecuencia, denegar el beneficio previsional o la indemnización. Otra posibilidad es entender que la ley especial prevalece sobre la ley general y en consecuencia mantener los beneficios. Teniendo en cuenta lo normado por el art. 2º del Cód. Civil, nos inclinamos por esta última postura.

En cuanto a la inexistencia de otra unión registrada de manera simultánea, entendemos se contradice con lo dispuesto en el art. 523 inc. c) al establecer el cese de la unión convivencial por la existencia de una nueva unión. Por lo tanto, al existir dos uniones registradas ¿2 no surtirán efectos jurídicos la segunda por lo dispuesto en esta norma comentada, o cesará la primera por imperio de lo dispuesto en el art. 523, inc. c)? El Código no lo resuelve. También obsérvese que guarda silencio en cuestiones relativas a la nulidad de la registración de estas uniones.

4. Plazo

El quinto y último requisito es que se mantenga la convivencia durante un período no inferior a dos años. La norma no resuelve desde cuando comienza el reconocimiento de los efectos jurídicos a estas uniones, pueden darse dos respuestas: la primera puede ser que la unión sólo tenga efectos hacia el futuro desde el momento en que se cumplen los dos años o, que la unión tenga efectos retroactivos a su comienzo cuando la pareja alcance unida el término previsto.

Se advierte aquí también discordancia con legislaciones especiales de reconocimiento de derechos. Así, a modo de ejemplo, el actual art. 53 de la ley 24.241 otorga el derecho de pensión del derechohabiente cuando hubiere convivido por los menos cinco años antes del fallecimiento; este plazo se reduce a dos en caso de descendencia.

El nuevo Código no derogó ni modificó este precepto, que deviene manifiestamente enfrentado con él. Deberá en consecuencia, adaptarse también la legislación especial para quedar en concordancia con esta norma.

Finalmente cabe destacar con relación a este requisito que no hace distinción entre la existencia de hijos o no, como lo han establecido algunas leyes especiales.

Art. 511.— Registración. La existencia de la unión convivencial, su extinción y los pactos que los integrantes de la pareja hayan celebrado, se inscriben en el registro que corresponda a la jurisdicción local, sólo a los fines probatorios.

No procede una nueva inscripción de una unión convivencial sin la previa cancelación de la preexistente.

La registración de la existencia de la unión convivencial debe ser solicitada por ambos integrantes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su fuente es el art. 515-3 Código Civil francés.

II. COMENTARIO

Se prevé la registración de este tipo de uniones en un registro exclusivamente a los fines probatorio, sin embargo en algunos otros artículos se requiere la inscripción para el reconocimiento de efectos.

No surge del texto si el registro debe ser uno nuevo a crearse en cada jurisdicción provincial o se trata del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Del texto del artículo siguiente se infiere que se trataría de un registro especial de uniones convivenciales que deberá ser creado en cada provincia y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cada una de ellas deberá dictar una regulación especial para la registración que establecerá el modo en el cual la autoridad de aplicación debe verificar los requisitos para el reconocimiento de efectos de estas uniones, en especial cómo se probará el período mínimo de convivencia establecida. La norma no resuelve la cuestión de la registración de las uniones existentes mientras estos registros no entren en funcionamiento.

Es de destacar que el artículo señala que la inscripción es al solo efecto probatorio. Sin embargo, en algunos casos la registración opera como requisito para el reconocimiento de derechos. Así el art. 522 establece que ella es necesaria para otorgar los efectos previstos para la protección de la vivienda familiar. El art. 517 establece la necesidad de la inscripción de los pactos, su modificación y rescisión como así también de los efectos extintivos del cese de la convivencia para que éstos sean oponibles a terceros. También se requiere la registración en cuanto a la transmisión o gravamen de la vivienda afectada (art. 250).

Se prohíbe la inscripción de una nueva unión sin la cancelación de la preexistente. Y esto es así ya que el art. 510 no admite dos uniones convivenciales simultáneas, también acorde a su carácter singular. Sin embargo no está resuelto el caso en el cual una persona posea dos uniones registradas al mismo tiempo, esto es posible porque al sugerirse la organización de registros locales y no estableciendo un sistema de comunicación entre ellos sucederá al igual que con los matrimonios celebrados en diferentes jurisdicciones. Si bien el caso es poco común puede presentarse. Como eventual solución podrían aplicarse análogicamente las normas previstas para el caso de bigamia matrimonial.

Por último se ha agregado por el Congreso un último párrafo que establece la obligatoriedad de concurrir ambos miembros de la pareja a los efectos de la inscripción de la unión. Ello viene a resolver una omisión del Proyecto. Siendo la registración al solo efecto probatorio, entendemos que si uno de los miembros de la pareja quiere hacer valer los derechos que nacen de ésta, podrá hacerlo por cualquier medio de prueba aun cuando no se haya producido la inscripción. Con la salvedad de aquellos derechos que requieren de la inscripción para su operatividad.

Art. 512.— Prueba de la unión convivencial. La unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba; la inscripción en el Registro de uniones convivenciales es prueba suficiente de su existencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

II. COMENTARIO

Este artículo reafirma lo dispuesto en el anterior en cuanto a los efectos probatorios que posee la registración de las uniones convivenciales, sin perjuicio de las excepciones ya analizadas.

En caso que los convivientes=0 quieran alegar la existencia de la unión convivencial podrán hacerlo por cualquier medio de prueba, ya sea documental, informativa o testimonial. Obsérvese que antes de la entrada en vigencia de este nuevo Código, la convivencia se acreditaba con una mera información sumaria hecha ante el juez con competencia en el domicilio de los convivientes mediante la declaración de tres testigos. Entendemos que este medio probatorio también resulta válido para

la acreditación de la existencia de la unión.

En cambio las que se encuentren registradas podrán acreditar su existencia con la sola comprobación de su inscripción en el registro y ello hace plena prueba. Quien pretenda la inexistencia de la unión registrada deberá probarlo.

III. JURISPRUDENCIA

Si bien todo medio de prueba es admisible para probar la existencia de la sociedad de hecho entre concubinos, ella debe ser apreciada con criterio riguroso, pues la relación concubinaria puede crear una falsa apariencia de comunidad de bienes, debiendo evitarse que la posible confusión conduzca a suponer los mismo efectos patrimoniales del matrimonio (CNCiv., sala F, 23/6/1982, LA LEY, 1983-A, 404).

PACTOS DE CONVIVENCIA

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y PATRICIA S. GIOVANNETTI

Bibliografía sobre la reforma: CORAS, MANUEL O., "Vicios de los actos jurídicos - modalidades - representación - ineficacia", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.) y MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Buenos Aires, d15540838 Abeledo Perrot, 2012; RIVERA, JULIO CÉSAR, "Hechos y actos jurídicos", id., reseña anterior; SOJO, AGUSTÍN, "Efectos de la pretendida regulación de las uniones convivenciales", en eDial.com DC18BF, 10/7/2012.

Bibliografía clásica: BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "Evolución del Pacto Civil de Solidaridad francés", LA LEY, 2009-B, 805; BORILLO, DANIEL A., "El pacto civil de solidaridad: ¿Contratualización del matrimonio o matrimonialización de la convivencia *more uxorio*?", RDE, Abeledo Perrot, n° 46, p. 39.

♦♦♦

I. INTRODUCCIÓN

El nuevo régimen incorpora a nuestro ordenamiento la posibilidad de realizar pactos convivenciales destinados a regular aspectos relativos a la unión.

Conceptualmente estos pactos son contratos destinados a regular relaciones futuras entre los convivientes, su contenido puede ser patrimonial o extrapatrimonial. Sus características son las siguientes:

- Bilaterales: por cuanto se establecen tanto derechos y obligaciones para ambas partes;
- Consensuales: ya que se completan con el solo acuerdo de las partes;
- Formales: toda vez que su forma escrita es requerida por ley.

Art. 513.— Autonomía de la voluntad de los convivientes. Las disposiciones de este Título son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes. Este pacto debe ser hecho por escrito y no puede dejar sin efecto lo dispuesto en los artículos 519, 520, 521 y 522.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

A fines del siglo XX en Francia se modificó el Código Civil incorporando el denominado "Pacto Civil de Solidaridad" que se conoce en doctrina con la abreviatura "PACS". A grandes rasgos, consiste en un contrato celebrado entre personas del mismo o diferentes sexo para organizar su vida en común (art. 515-1).

II. COMENTARIO

1. Forma

La norma se limita a decir que los pactos deberán ser hechos por escrito. Al no estar previsto la escritura pública para este tipo de acuerdo se presenta un problema en cuanto a su inscripción en los registros, principalmente en el Registro de la Propiedad Inmueble, nos explicamos: Imagínese que el pacto impone restricciones a la facultad de disponer de un bien inmueble por parte de uno de los integrantes de la pareja, para inscribir dicha restricción en el Registro de la Propiedad Inmueble será necesaria la escritura pública ya que éste tipo de instrumento es el único admitido. Si el pacto ha sido realizado en instrumento privado no podrá inscribirse y en consecuencia no será oponible a quienes contraten con uno de los convivientes. La restricción acordada entonces, no tendrá efectos frente a terceros.

Este problema puede salvarse estableciendo en una legislación especial que los pactos con relación a los bienes se inscriban en el Registro mediante un trámite administrativo, de forma similar a la inscripción como bien de familia.

Otra posibilidad es aplicar análogicamente lo dispuesto para las convenciones matrimoniales y en consecuencia, exigir la escritura pública para este tipo de actos. Sin embargo esta aplicación no es posible en virtud de lo dispuesto por el inc. d) del art. 1017 que establece la obligatoriedad de la escritura pública exclusivamente en los casos que ella esté prevista expresamente en el ordenamiento.

2. Capacidad

No existe norma especial que regule la trchcapacidad para celebrar este tipo de pactos. En efecto los mayores de edad podrán celebrarlos sin restricciones. En cuanto a los menores de edad ellos no pueden estar en unión convivencial (art. 510, inc. 1), en consecuencia, tampoco pueden celebrar pactos.

En cuanto a los incapaces de ejercicio (art. 24 del ordenamiento) habrá que analizar el contenido de la sentencia que los incapacite a los efectos de determinar si tienen o no restringida la capacidad para estos actos.

En caso que la sentencia incapacite absolutamente para obrar, el unido en convivencia no podrá celebrar pactos.

3. Contenido

En principio lo pactado prevalece sobre las normas previstas en este Título. Estos pactos son optativos para los convivientes y, a falta de ellos, la unión se regirá por lo dispuesto en el ordenamiento legal. Sin embargo, como veremos, la capacidad de pactar tiene límites y existen materias donde el ordenamiento legal prevalece.

Así los pactos no pueden modificar el régimen legal de asistencia recíproca (art. 519), la responsabilidad por deudas contraídas por unos de los convivientes para solventar los gastos del hogar o mantenimiento y educación de los hijos (arts. 520/521) y la protección de la vivienda familiar (art. 522).

En suma, estas uniones se regirán principalmente por lo acordado por las partes, excepto en los siguientes supuestos: a) inexistencia de pacto o silencio sobre algún con-

tenido en particular, en donde la ley se aplica como régimen supletorio; y b) en caso que dichos acuerdos violen las normas de orden público. En este caso, dichas cláusulas se tendrán como no escritas y se aplicará imperativamente lo dispuesto en la norma.

Art. 514.— Contenido del pacto de convivencia. Los pactos de convivencia pueden regular, entre otras cuestiones:

- a) la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común;
- b) la atribución del hogar común, en caso de ruptura;
- c) la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Remisión art. 513, punto I.

II. COMENTARIO

Tal como se encuentra redactada la norma la enumeración dada es solamente enunciativa, pudiendo pactarse otras cuestiones que no se encuentren mencionadas.

Entendemos que el contenido del pacto puede ser tanto patrimonial como extrapatrimonial.

En cuanto a la contribución de las cargas del hogar ellas no se encuentran definidas, sin perjuicio de ello puede sostenerse que son los gastos usuales de mantenimiento de la vivienda familiar.

Aquí no existen restricciones en cuanto al contenido del pacto por los que los convivientes podrán acordar que uno solo de ellos pague los gastos o que ellos se distribuyan de manera desigual, inclusive puede pactarse una enumeración de gastos que eventualmente no estén incluidos como gastos del hogar, por ejemplo: gastos relativos a hobbies u otras actividades lúdicas.

La norma permite también pactar acerca del destino de la vivienda común en caso de ruptura de la unión; ello puede ser estableciendo un derecho de una de las partes a continuar ocupándola con independencia de su propiedad, o fijando un plazo de ocupación que puede estar atado o no a la duración de la unión.

También puede acordarse la fijación de un canon locativo en caso que el inmueble sea de propiedad de uno de los convivientes y sea el otro quien continúe ocupando la vivienda.

Es de destacar que prevalece el contenido del pacto sobre la existencia o no de hijos de la unión, sin embargo entendemos que pueden darse situaciones de abuso de derecho, imagínese el caso de una pareja que ha pactado la continuidad de uno de ellos en el inmueble del otro sin plazo y que no han tenido hijos; el ejercicio de esa continuidad aparece como una restricción al dominio no justificada en ningún interés familiar.

Otros de los temas que pueden plasmarse en el pacto de convivencia es la manera de participar o compartir los bienes producidos durante la unión. Así los convivientes po-

drán acordar compartir por mitades los bienes que ambos adquirieran durante la unión o establecer un régimen de participación diferenciada (por ejemplo el 60% de los bienes para uno de ellos y el resto para el otro). Naturalmente quienes pacten estas participaciones deberán también acordar un régimen de gestión conjunta que impida la disposición libre de los bienes y en consecuencia tornar ilusorio lo pactado.

Nótese que la única restricción al poder de disposición de los convivientes se encuentra referida al hogar familiar.

Entendemos que existe aquí una solución que resulta más beneficiosa para las convivientes que para aquellos que decidan contraer matrimonio en tanto el régimen de comunidad no admite participación desigual pactada.

Además de estos aspectos que la norma enumera puede pactarse cualquier otro punto relativo a la convivencia, tanto patrimonial como extrapatrimonial. Los límites serán que los pactos no pueden tener cláusulas o condiciones que violenten la igualdad de los convivientes ni tampoco condiciones prohibidas (art. 344 Cód. Civ. y Com.).

En relación al contenido extrapatrimonial cabe preguntarse si los convivientes pueden pactar deber de fidelidad recíproco. Belluscio, comentando la ley francesa, sostiene que la cuestión ha generado discrepancias en la doctrina de aquel país. Así algunos autores aceptan que pueda pactarse y, otros en cambio, sostienen que tratándose de libertades individuales ellas no pueden ser restringidas contractualmente, también se ha dicho que incluir este deber resultaría una asimilación al matrimonio y que no debe confundirse el deber de asistencia que implica obligaciones de hacer con el de fidelidad que impone obligaciones de no hacer como las de abstenerse de tener relaciones sexuales con terceros.

Por nuestra parte pensamos que podría acordarse el deber de fidelidad entre convivientes, entendemos que dicha cláusula no resulta contraria a la moral o a las buenas costumbres, siempre y cuando se pacte recíprocamente. Podría preverse también la posibilidad de indemnizaciones por daños y perjuicios en caso en que alguno de los convivientes faltase a ese deber pactado.

No resuelve el Código qué sucede en caso de incumplimiento de lo pactado, entendemos que se abre para el conviviente perjudicado una triple opción: a) requerir judicialmente o extrajudicialmente el cumplimiento. En caso de demandar la acción deberá ser ejercida ante el Juez de familia que corresponda al domicilio de convivencia; b) dejar de cumplir con los derechos y deberes que estén a su cargo con basamento en el incumplimiento del otro; c) retirarse de la convivencia y, en consecuencia dar por finalizada la unión.

Sobre la incidencia de los pactos en el régimen de bienes del matrimonio remitimos a los comentarios de los artículos respectivos.

Art. 515.— Límites. Los pactos de convivencia no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

II. COMENTARIO

La norma comentada impone límites a la voluntad de las partes en la regulación del contenido de la unión. En ellos se prohíbe: a) contrariar el orden público; b) afectar el principio de igualdad de las partes; c) afectar los derechos fundamentales de los integrantes de la unión.

qj Por orden público debe entenderse aquél conjunto de normas que son indisponibles para las partes. Como ya manifestamos al comentar el art. 513, los arts. 519, 520, 521 y 522 son normas de orden público, con lo cual a los convivientes se les encuentra vedada la posibilidad de pactar lo contrario.

A su vez, estos acuerdos deben respetar el principio de igualdad de las personas, tal como lo dispone el art. 16 de nuestra Carta Magna. En este orden de ideas, estos pactos no deben poner en ventaja a uno de los convivientes en desmedro del otro. A modo de ejemplo podemos mencionar —como ya manifestamos al comentar el artículo anterior— que el deber de fidelidad sería posible pactarlo siempre y cuando sea recíproco; al acordarlo sólo para una de las partes se estaría violentando el fin que la norma quiere proteger. También atenta contra este principio la cláusula que prohíba a algunos de los convivientes desempeñarse laboralmente durante la vigencia de la unión convivencial.

Siguiendo este lineamiento la norma también prohíbe las cláusulas que afecten los derechos fundamentales de las partes. Entre ellos, podrían nombrarse el derecho a la vida, a la salud, a la libertad y demás derechos consagrados en la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos.

Atento lo insuficiente de lo normado en este título, deberán aplicarse supletoriamente las reglas generales de los actos jurídicos. En este orden de ideas, lo instrumentado por los convivientes no podrá ser prohibido por la ley, contrario a la moral o a las buenas costumbres (art. 279 Cód. Civ. y Com.).

Lo que la norma no resuelve es su sanción en caso de incumplimiento. Entendemos que las cláusulas que contradigan estos principios deberán tenerse por no escritas. Ello sin perjuicio de la nulidad o anulabilidad que pueda acarrear alguna de las cláusulas o el pacto en su totalidad, por existir vicios de formas o vicios de la voluntad, en cuyo caso deberán aplicarse las normas relativas a la nulidad de los actos jurídicos (arts. 386 y ss. Cód. Civ. y Com.).

Art. 516.— Modificación, rescisión y extinción. Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos convivientes.

El cese de la convivencia extingue los pactos de pleno derecho hacia el futuro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Art. 515-3 del Código Civil francés.

II. COMENTARIO

No existe límite alguno para la modificación o rescisión de los pactos de convivencia. Esto significa que en cualquier momento los convivientes, de común acuerdo, podrán cambiar el pacto o dejarlo sin efecto aun id15540838 cuando la convivencia continúe.

En el segundo párrafo se trata autónomamente el supuesto de extinción por cese de la convivencia, circunstancia que opera de pleno derecho y hacia el futuro.

En cuanto a este último aspecto se puede marcar una contradicción con lo dispuesto en el inc. G del art. 523, donde se establece que una de las causales del cese de la convivencia es su interrupción por un período de un año. Aquí entendemos aparece una confusión terminológica, así se confunde “cese de la convivencia” con “cese de la unión convivencial”. Como señalamos *infra* ambos conceptos deben ser escindidos.

En cuanto al momento de cese de la vigencia de los pactos se abren dos posibilidades de interpretación:

Una posibilidad es que el pacto pierde su vigencia en el momento en que los convivientes dejan de cohabitar (interpretación literal). También puede sostenerse que el cese se produce al año del cese de la convivencia.

La cuestión también puede pensarse de acuerdo al objeto de 42 las diferentes cláusulas incluidas en el pacto, si bien éste tiene como finalidad primordial regular los *nsr-sid15540838* aspectos relativos a la unión, dentro de ellos, también puede haber cláusulas que operen exclusivamente para después de su cese, con lo cual, es recién ahí cuando dichos pactos van a tener efectos jurídicos. Veámoslo con ejemplos: las cláusulas relativas a las cargas del hogar5540838 (art. 514, inc 1),5 o la manera de administrar los bienes (art. 518), como cualquier otra relativa a la convivencia, se extinguen de pleno derecho al cesar ésta o la unión convivencial; pero, al contrario de lo que recepta la norma, las cláusulas relativas a la manera de distribuirse los f31505bienes (art. 528), la atribución del hogar convivencial (art. 526), las compensaciones económicas 0838 en caso que hayan sido pactadas (art. 524), son cláusulas sujetas a una condición: la conclusión de la unión convivencial o de la convivencia propiamente dicha. Por tanto entendemos que dicho acontecimiento no puede extinguir de pleno derecho todos sus efectos.

Para concluir, creemos que lo que la norma quiere expresar que concluida la convivencia, cesan automáticamente todos los derechos y obligaciones que tenían los convivientes durante la vigencia de la unión, no así los que nacen a partir de su ruptura.

Art. 517.— Momentos a partir de los cuales se producen efectos respecto de los terceros. Los pactos, su modificación y rescisión son

oponibles a los terceros desde su inscripción en el registro previsto en el artículo 511 y en los registros que correspondan a los bienes incluidos en estos pactos.

Los efectos extintivos del cese de la convivencia son oponibles a terceros desde que se inscribió en esos registros cualquier instrumento que constate la ruptura.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Remisión

af31505 art. 516, punto I.

II. COMENTARIO

Para que los pactos de convivencia tengan efectos con relación a terceros, deben ser inscriptos tanto en el Registro de uniones convivenciales como en cada Registro local que correspondan a los bienes.

Esta previsión sólo encuentra explicación para el caso en el cual los convivientes hayan pactado gestión conjunta de los bienes adquiridos durante la unión, en este caso si uno de ellos adquiere un bien que es inscripto exclusivamente a su nombre la restricción a la libre disposición sólo operará si el pacto se inscribe en relación a ese bien.

Es por esto que entendemos que para estos acuerdos debería exigirse la escritura pública, ya que dificultará su inscripción, toda vez que los Registros de la Propiedad Inmueble no inscriben instrumentos privados.

Con relación a los convivientes los pactos tienen efectos desde su celebración sin necesidad de inscripción alguna.

La última parte de la norma se refiere a la inscripción de los efectos extintivos del cese de la convivencia. Obsérvese que la norma no habla del cese de la convivencia en sí, sino de los efectos de dicho cese. Esto responde a que si las partes acordaron una distribución de bienes determinada, ella deberá inscribirse en los registros respectivos a cada bien para su oponibilidad a terceros.

CAPÍTULO 3

EFFECTOS DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES DURANTE LA CONVIVENCIA

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y PATRICIA S. GIOVANNETTI

Bibliografía de la reforma: DELLA SAVIA, BEATRIZ y BORETTO, MAURICIO, "El asentimiento conyugal: su regulación en el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial del año 1998", JA, 2001-IV-1168; LEVY, LEA M. y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, "La vivienda familiar y su protección en el anteproyecto de Código Civil", RDF, Abeledo Perrot, noviembre 2012; WAGMAISTER, ADRIANA, "Los alimentos en el proyecto del Código Civil unificado en el

Código de Comercio", RDF, Abeledo Perrot, nro. 18, p. 1.

Bibliografía clásica: BAYO, OSCAR A. "El asentimiento de los cónyuges en la venta de bienes inmuebles de carácter ganancial", LA LEY, 1996-C, 223; BOSSERT, GUSTAVO, "Sobre la autorización judicial al acto de disposición de un cónyuge", LA LEY, 1982-C, 8; FAMA, MARÍA VICTORIA, "'Hogar dulce hogar...' Protección de la vivienda familiar tras la ruptura de la convivencia de la pareja", JA, 2007-IV-1124; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; LEVY, F31505LEA M. y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍA, *Protección de la vivienda familiar*, chHammurabi, Buenos Aires, 2011; VITERBORI, JUAN CARLOS, "El asentimiento conyugal del art. 1277 del Código Civil y la forma", LA LEY, 1192-A, 581.

I. PRELIMINAR

Las uniones convivenciales tienen efectos jurídicos que pueden dividirse en dos grandes grupos: a) efectos que rigen durante la convivencia (arts. 518 a 522) y b) efectos que surgen como consecuencia de la ruptura de la convivencia (art. 524 a 528). El primero de ellos será materia de análisis a continuación y son: las relaciones patrimoniales (disposición y administración de los bienes); asistencia; cargas de hogar conyugal y la responsabilidad por deudas.

Cuando en el párrafo anterior clasificamos los efectos nos referimos exclusivamente a los regulados en este Título, sin embargo ellos no son los únicos efectos que se producen como consecuencia de la unión convivencial; muchos de ellos se encuentran distribuidos por todo el ordenamiento jurídico. Veamos cuáles son:

1. Incompatibilidades e inhabilidades

Se establecen diferentes incompatibilidades y prohibiciones legales entre los convivientes y se encuentran enumerados en el art. 173, 295 y 2481 del Cód. Civ. y Com.

2. Presunción de paternidad

El art. 585 dispone que la convivencia durante la época de la concepción con la mujer cuya maternidad se determina hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada.

3. Adopción

Uno de los convivientes puede adoptar al hijo mayor o menor de edad del otro conviviente (arts. 597 y 599). También pueden adoptar conjuntamente a un menor de edad (arts. 599 y 602 y ss.).

4. Deber de colaboración

Se le otorga al conviviente un derecho-deber de colaboración sobre el cuidado de los hijos del otro conviviente (art. 653, inc. d).

5. Progenitores afines

Los arts. 672 a 676 regulan una situación familiar que hasta el momento no se encontraba en el ordenamiento, son los llamados progenitores e hijos afines. Se denomina progenitor afín al cónyuge o al conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cui-

dado personal del niño o adolescente (art. 672). Estos progenitores afines tienen diferentes derechos y obligaciones como cooperar a la crianza y educación de los hijos del otro conviviente. También se le otorga una obligación alimentaria de carácter subsidiario (art. 676).

6. Medidas provisionales

En caso de conflicto entre convivientes, el Código reconoce el derecho de solicitar las medidas correspondientes (art. 723). Ellas pueden ser: a) la determinación del uso de vivienda familiar; b) establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda; c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal; d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos (art. 721). También podrán solicitar medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los convivientes puedan poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro; así como individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los convivientes fuesen titulares (art. 722).

7. Beneficio de competencia

El acreedor debe conceder el beneficio de competencia cuando su deudor sea el conviviente (art. 893, inc. b).

8. Legitimación

Se le otorga a los convivientes legitimación para: a) solicitar la declaración de incapacidad o la capacidad restringida por discapacidad mental de su pareja mientras la convivencia no haya cesado (art. 33, inc. b); b) reclamar las consecuencias no patrimoniales por muerte del otro conviviente (daño art. 1741); y c) reclamar los daños materiales derivados de la muerte de su conviviente (art. 1745, inc. b).

9. Suspensión de prescripción

Al igual que en el régimen matrimonial, el curso de la prescripción para las acciones que se susciten entre convivientes, se suspende durante el plazo que dure la convivencia (art. 2543, inc. b).

10. Afectación de la vivienda

En el capítulo 3, del Título III, del Libro I (arts. 244 a 256) encontramos la regulación que viene a reemplazar el antiguo régimen del bien de familia, otorgando la posibilidad que el conviviente sea beneficiario (art. 246, inc. a). Si la unión convivencial está inscripta, el inmueble afectado no puede ser transmitido o gravado sin la conformidad del conviviente (art. 250).

Finalizada la breve reseña de los efectos otorgados a los unidos convivencialmente a lo largo de todo el Código Civil y Comercial pasamos a analizar los regulados en este capítulo.

Art. 518.— Relaciones patrimoniales. Las relaciones económicas entre los integrantes de la unión se rigen por lo estipulado en el pacto

de convivencia.

A falta de pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada en este Título para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

II. COMENTARIO

La norma prioriza la autonomía de la voluntad de los convivientes, con lo cual existiendo pacto de convivencia, la administración y disposición de los bienes se regirá de acuerdo a lo allí acordado.

Como ré

El régimen supletorio, establece que cada integrante de la unión administra y dispone de los bienes de su propiedad de manera exclusiva y sin limitación alguna. La única restricción a este poder de disposición recae sobre la vivienda familiar y su ajuar y lo analizaremos al comentar el art. 522.

Esta lógica de la norma responde a que no puede imponerse a los convivientes un régimen similar al matrimonio, cuando su voluntad fue no casarse. Sin embargo nada obsta que los convivientes acuerden lo contrario.

En suma, los convivientes podrán pactar un régimen de administración y disposición conjunta, separada o indistinta. A falta de pacto, cada uno tiene independencia patrimonial de los bienes de su titularidad, rigiéndose los mismos por las normas de los derechos reales.

Art. 519.— Asistencia. Los convivientes se deben asistencia durante la convivencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Fuente: art. 515-4 Código Civil francés.

II. COMENTARIO

Esta norma resulta obligatoria para los convivientes y en consecuencia no pueden pactar relevarse de este deber.

Entendemos que la característica más importante de estas uniones es el proyecto de vida en común, consideramos, en consecuencia, que este deber es recíproco y abarca la

faz material, como la moral.

La asistencia moral es el respeto y cuidado mutuo entre los convivientes. Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, al tratar los efectos del matrimonio, consideran a la faz moral del deber de asistencia un respeto y atención especial en el trato cotidiano de los esposos, compartiendo sus emociones, alegrías, sufrimientos en el cuidado ante una enfermedad y en los emprendimientos laborales.

En cuanto a la faz material, los convivientes tiene el derecho-deber de prestarse recíprocamente alimentos durante la convivencia, también reflejado en los arts. 520 y 521. Esta obligación se extingue de pleno derecho una vez cesada la unión convivencial. Debe resaltarse que el derecho deber de asistencia rige durante la unión convivencial y que una vez que haya cesado no se encuentra previsto, a diferencia de lo regulado para el matrimonio.

Hay que destacar que su incumplimiento no configura un delito penal tipificado por la ley 13.944. Creemos que debería ser incluido por cuanto las uniones convivenciales son una nueva forma familiar y si le otorgamos una regulación en el cual la ley se inserta en la autonomía de la voluntad de los convivientes, también debe otorgarle la protección pertinente.

Cabe poner de resalto que la doctrina aceptaba en materia de uniones de hecho la imposibilidad de repetir lo pagado en concepto de alimentos en virtud de considerarlo una obligación natural.

Art. 520.— Contribución a los gastos del hogar. Los convivientes tienen obligación de contribuir a los gastos domésticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

DII. COMENTARIO

Esta norma forma parte del núcleo imperativo que no puede ser dejado de lado por el pacto. Sin embargo creemos que lo que no puede acordarse es que uno solo de ellos tenga la obligación de solventar todos los gastos del hogar, relevando a la otra parte de este deber; pero sí podría pactarse la manera de cómo van a ser distribuidos dichos gastos de conformidad con la capacidad económica de cada uno de ellos (argumento art. 514, inc. 1).

La norma obliga a ambas partes a contribuir a los gastos del hogar haciendo una remisión expresa al deber de contribución entre cónyuges. Por lo tanto los convivientes deberán contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, de acuerdo a sus ingresos.

Por gastos del hogar debe entenderse de manera amplia y se extienden a todos aquellos gastos que sean indispensables para la subsistencia de los integrantes de la vivienda.

Este deber de contribución se extiende a uno de los convivientes con relación a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad de su pareja, siempre y cuando convivan con ellos.

El art. 455 también otorga la posibilidad de demandar judicialmente a quien incumpla con este deber. En este orden de ideas, creemos que esta posibilidad también se extiende a las uniones convivenciales, pudiendo uno de los convivientes demandar al otro para compelerlo a cumplir con esta manda legal.

Art. 521.— Responsabilidad por las deudas frente a terceros. Los convivientes son solidariamente responsables por las deudas que uno de ellos hubiera contraído con terceros de conformidad con lo dispuesto en el artículo 461.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Resulta fuente de esta norma, el art. 515-4 del Código Civil francés. En cuanto al resto de sus fuentes remitimos a lo comentado en el art. 461.

II. COMENTARIO

Esta norma es indisponible para las partes, encontrándose prohibido todo pacto en contrario (art. 513). Entendemos que las cláusulas que contradigan este principio se tendrán por no escritas.

El principio general será que cada uno de los convivientes responderá frente a los acreedores con los bienes de su titularidad. A título de excepción se impone la responsabilidad solidaria de los convivientes por las deudas contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar, o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes, haciendo una remisión expresa al art. 461 del Cód. Civil. Se trata de un caso de responsabilidad por deuda ajena similar a lo normado por el antiguo art. 6° de la ley 11.357.

Las necesidades ordinarias del hogar es un concepto amplio. Por ellas debe entenderse a las necesidades médicas del grupo familiar, la adquisición de bienes muebles para el hogar, vestimenta para todos los integrantes, gastos de vacaciones familiares, entre otros.

El concepto de sostenimiento y gasto de educación de hijos comunes, comprende todo lo necesario para sus necesidades: vestimenta, alimentos, esparcimiento, actividades deportivas y recreativas. La educación comprende el pago de aranceles de los colegios donde concurren, o de sus profesores particulares, compra de material escolar, etc.

En este contexto, al establecerse una responsabilidad solidaria ambos convivientes responderán con todos sus bienes frente a los acreedores en este tipo de deudas. Será carga del acreedor probar la convivencia y la naturaleza de la deuda para extender la responsabilidad hasta el conviviente que no contrajo la deuda, ello podrá hacerlo, en caso que la unión se encuentre inscrita mediante su certificado o mediante cualquier

otro medio de prueba en caso de no haberse inscripto. Por último, ocnmo se establece responsabilidad solidaria para el caso de deudas contraídas para atender a las necesidades de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad que no sean comunes. Entendemos que hay aquí una discordancia con lo previsto para las cargas comunes y no advertimos elementos que justifiquen tal diferenciación. Por consiguiente debería establecerse la responsabilidad solidaria también para este caso, siempre y cuando convivan con ellos.

Art. 522.— Protección de la vivienda familiar. Si la unión convivencial ha sido inscripta, ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de ésta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido.

Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia.

La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Su principal fuente es el art. 14 bis de la Constitución Nacional que consagra la protección de la vivienda familiar sin distinguir entre familias matrimoniales y no matrimoniales.

II. COMENTARIO

La norma comentada tiene como finalidad proteger a esa vivienda que sea sede del hogar convivencial. Lo regulado no puede ser dejado de lado por las partes mediante pacto de convivencia, es en consecuencia indisponible para los convivientes.

Pero para que la protección opere es requisito esencial la inscripción de la unión, imponiéndose una excepción al principio general consagrado en el art. 511. No aclara la norma a qué inscripción se refiere, puede tratarse de la anotación de la unión convivencial en el Registro a crearse, como así también puede referirse a la inscripción de la existencia de la unión ante el Registro de la Propiedad Inmueble. A los efectos de la operatividad de la norma entendemos que dicha inscripción debe realizarse ineludiblemente ante el Registro de la Propiedad Inmueble, ello así porque desde ella se podrán irradiar con eficacia los efectos de la unión convivencial.

El artículo establece una doble protección: en primer lugar, entre convivientes estableciendo limitaciones a la capacidad para disponer de la vivienda y, en segundo lugar,

frente a terceros determinando la imposibilidad de ejecución en determinadas circunstancias, las analizamos por separado:

1. Protección entre convivientes

Para disponer del bien en donde se asienta la convivencia su titular registral deberá contar con el asentimiento del otro conviviente. Se encuentra utilizada correctamente la palabra "asentimiento", ya que el otro conviviente no es parte en el acto de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia consolidada sobre el antiguo 1277 del Código Civil reformado por la ley 17.711.

Para la aplicación de este principio protectorio, dicha norma no exige la ochexistencia de hijos menores o con capacidad restringida o con discapacidad.

Se trata de actos que impliquen la disposición material del bien, esto puede ser su venta, pero también puede ser aplicado cuando se intente comprometer su destino como en el caso de constituirse hipoteca sobre él. Entendemos también que debería requerirse el asentimiento para el caso que se comprometa el uso de la unidad habitacional, por caso que quiera otorgarse el derecho de uso y habitación, se lo ofrezca en comodato o en locación.

También se requiere del asentimiento para el caso de disposición de los bienes muebles indispensables de ésta, como también para transportarlos fuera de ella. Con muebles indispensables deberá entenderse todos aquellos que sean imprescindibles para las necesidades básicas de las personas que allí habiten.

En cuanto a la forma que debe ser otorgado el asentimiento, la norma guarda silencio. Por lo tanto, no diciendo nada al respecto podría entenderse que puede ser dado sin ningún tipo de formalidad, ya sea en instrumento público o privado, o verbalmente.

Para el caso en que se niegue el asentimiento éste puede suplirse con la autorización judicial si el bien es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Entendemos que en caso de negativa a prestar el asentimiento esta deberá apoyarse en justa causa, quedando en cabeza de quien la niegue la carga de probar los motivos de su oposición.

El segundo párrafo de la norma comentada sanciona con nulidad relativa al acto de disposición efectuado sin el asentimiento. Se recoge así la postura mayoritaria elaborada para el antiguo art. 1277 del Cód. Civil.

Para que la anulación sea procedente deben cumplirse tres extremos: a) que sea demandada por quien debió prestar el asentimiento; b) que ella sea interpuesta dentro del plazo de caducidad de 6 meses contados desde que se conoció el acto de disposición; y c) que al momento de invocarse la nulidad la convivencia no se haya interrumpido.

2. Protección frente a terceros

Como regla general, el art. 522 en su último párrafo prohíbe la ejecución de la vivienda familiar por deudas contraídas después de la inscripción de la unión, excepto que dichas deudas hayan sido tomadas por ambos convivientes o por uno de ellos, con el asentimiento del otro.

Para que el bien no pueda ser ejecutado por los acreedores, hay que distinguir dos

circunstancias: a) el momento en que las deudas fueran contraídas y b) el deudor de dichas obligaciones.

Así esta protección no alcanza a las deudas anteriores a la registración. Recordemos que el art. 510 del Código establece que para que las uniones tengan efectos jurídicos es necesario que se extiendan por el plazo de dos años, razón por la cual existirán deudas contraídas durante la unión pero antes de la registración (que sólo será posible cuando se cumpla el plazo mínimo), dichas obligaciones no están alcanzadas por la imposibilidad de ejecución proyectada.

La vivienda podrá ser ejecutada por las deudas posteriores a la registración cuando hayan sido contraídas por ambos convivientes, o por uno de ellos pero con el asentimiento del otro. Un claro ejemplo de esto sería las deudas con garantía hipotecaria; siendo el gravamen un acto de disposición, el asentimiento del otro conviviente resultará indispensable para la validez del acto.

CAPÍTULO 4

CESE DE LA CONVIVENCIA. EFECTOS

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y PATRICIA S. GIOVANNETTI

Bibliografía de la reforma: AMOREO, MARÍA CRISTINA, "La pensión compensatoria en el reparto de ganancialidad", RDFyP, septiembre 2012, p. 44; LEVY, LEA M. y BACIGALUPO DE GIRARD, MARÍ42 A, "La vivienda familiar y su protección en el anteproyecto de Código Civil", RDF, Abeledo Perrot, noviembre 2012; SOLARI, NÉSTOR A., "Las prestaciones económicas en el Proyecto de Código", RDFyP, octubre de 2012, p. 3.

Bibliografía clásica: BARRIENTOS GRANDON, JAVIER, "La compensación económica como 'derecho'", en Revista chilena de Derecho Privado, N° 9 (2007); CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO, "La compensación económica en la nueva ley de matrimonio civil chilena", RDFyP, agosto 2012, p. 20; CORRAL TALCIANI, HERNÁN, "La compensación económica en el divorcio y en la nulidad matrimonial", Revista chilena de Derecho n° 34 (2007) I; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL y HERRERA, MICAELA, "Efectos jurídicos de las uniones de hecho: responsabilidad por su ruptura", LA LEY, 1999-C, 365, *Responsabilidad civil, Doctrinas Esenciales*, t. IV, 759; HOLLWECK, MARIANA, "La problemática atribución de la vivienda y ajuar familiar", RDFyP, año 2, nro. 8, p. 105; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; MARIANI DE VIDAL, MARINA, "Ley 20.798. Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", LA LEY, 1976-C-498; PIZARRO WILSON, CARLOS, *Nuevo derecho matrimonial chileno*, 3ª ed., Santiago, Lexis Nexis, 2005; ROVEDA, EDUARDO G. y SARQUIS, LORENA, "El derecho real de habitación del cónyuge superviviente", LA LEY, 1997-A, 249; SOLARI, NÉSTOR, "Atribución del hogar conyugal y alcance del convenio celebrado por los cónyuges", LLC 2010 (junio), p. 519; TURNER SAEZ, SUSAN, *La valoración del trabajo doméstico y su influencia en la compensación económica*, Estudios de Derecho Civil II, Lexis Nexis, Santiago, 2006; VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, "La noción de menoscabo en la compensación económica por ruptura matrimonial", Revista de derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXI, Valparaíso, Chile, 2º semestre de 2008; VIDAL TAQUINI, CARLOS H., "El derecho real de habitación del cónyuge superviviente", Revista del Notariado, 743, 1541.

♦ ♦ ♦

Art. 523.— Causas del cese de la unión convivencial. La unión convivencial cesa:

- a) por la muerte de uno de los convivientes;
- b) por la sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento de uno de los convivientes;
- c) por matrimonio o nueva unión convivencial de uno de sus miembros;
- d) por el matrimonio de los convivientes;
- e) por mutuo acuerdo;
- f) por voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro;
- g) por el cese de la convivencia mantenida. La interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

Fuente: art. 515-7 Código Civil francés.

II. COMENTARIO

1. La cuestión terminológica

Este capítulo se denomina cese de la convivencia. Sin embargo el artículo aquí comentado enumera las causas del cese de la unión convivencial. Parece que el Código tomó como conceptos similares al cese de la unión y el cese de la convivencia. Por nuestra parte entendemos que no lo son.

Cuando la ley se refiere a cese de la convivencia regula cuestiones relativas a la finalización de la cohabitación, en otras palabras la separación física de los convivientes. En cambio el cese de la unión convivencial es, a nuestro entender un concepto más amplio: implica la ruptura de la pareja y su finalización como instituto jurídicamente reconocido. Recordemos que pueden existir situaciones que impliquen la interrupción de la cohabitación pero que no implica el final de la unión convivencial, así por ejemplo el traslado por trabajo de uno de los convivientes por determinado tiempo no hace cesar la unión, tal como se indica en la última parte de la norma en comentario.

2. Causas

2.1. Muerte de uno de los convivientes y sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento (incs. a y b)

La muerte de uno de los convivientes o la sentencia que declara la ausencia con

presunción de fallecimiento hace cesar la unión convivencial. No se han previsto derechos sucesorios entre convivientes, salvo que uno de ellos hubiere testado a favor del otro y con las restricciones que imponen las normas de protección de la legítima hereditaria.

La muerte extingue los efectos previstos en el pacto para regir la convivencia, excepto lo relativo a la distribución de los bienes generados durante la unión siempre y cuando se hubiere pactado y el derecho real de habitación en favor del superviviente regulado en el art. 527, el que se explicará más adelante.

2.2. Matrimonio o nueva unión convivencial

La tercera causal es el matrimonio o la nueva unión convivencial de uno de sus miembros. La fecha de celebración del matrimonio será, salvo que se pruebe que dejaron de convivir por un año con anterioridad a ella, la fecha de extinción de la unión.

En cuanto a la nueva unión convivencial la cuestión es más compleja: Como ya hemos explicitado, el art. 510 inc d. impide una unión convivencial si ya hay una registrada; y el art. 511 establece la no procedencia de una nueva registración sin la cancelación de la preexistente.

La nueva unión es un hecho por lo tanto el cese de la primera unión y el eventual comienzo de la segunda será una cuestión de prueba de existir derechos que dependan de la finalización o el comienzo de las uniones.

La existencia de registración tanto de la primera como de la segunda unión (recordemos que los Registros serán locales y puede darse que una persona registre más de una unión en diferentes jurisdicciones) podrá ser desvirtuada por prueba en contrario ya que las autoridades del Registro no tendrán forma de verificar los requisitos para el reconocimiento de efectos jurídicos a estas uniones.

2.3. Matrimonio de los convivientes

Es bastante frecuente que las parejas convivan durante un período más o menos prolongado para luego contraer matrimonio, en estos casos cesan los efectos de la unión y el pacto por ellos celebrados, y entran en vigencia las reglas del matrimonio.

2.4. Mutuo acuerdo

El acuerdo de ambos convivientes en cesar la unión, deja sin efecto la unión a futuro, excepto las cuestiones relativas al cese de la convivencia (compensaciones económicas, distribución de bienes y la atribución del hogar convivencial).

2.5. Voluntad unilateral

El inc. f) del artículo comentado establece como causa de cese de la unión la voluntad unilateral de alguno de los convivientes notificada fehacientemente al otro su voluntad de poner fin a la pareja. La notificación deberá ser por carta documento, acta notarial o cualquier medio que le otorgue certeza. El cese se produce a partir de la notificación al otro conviviente, extinguiendo a partir de allí los efectos de la unión.

44 2.6. Cese de la convivencia por más de un año

La última causa es el cese de la convivencia durante un período superior a un año. La interrupción de la cohabitación no implica por sí el fin de la unión convivencial cuando obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común.

Entonces, para que el cese de la unión produzca efectos deben cumplirse dos requisitos: 1) la interrupción continua de la cohabitación por un plazo de un año sin causa justificada; y 2) la falta de voluntad de vida en común.

Aquí, el cese de la convivencia y la unión convivencial no se producen en el mismo momento, con lo cual se nos plantea el siguiente interrogante: ¿el cese de la unión se produce a partir del año, o se retrotrae al momento en que se produjo el cese de la convivencia? Entendemos que esta distinción de momentos puede traer aparejados diferentes inconvenientes. Supongamos que en el pacto se acordó la distribución por mitades de los bienes adquiridos durante la unión, ¿Qué sucede con los bienes adquiridos por uno de ellos durante ese lapso de un año? Si aplicamos analógicamente el art. 480 la unión convivencial se retrotraería al momento del cese de la convivencia. También trae dificultades al momento de contar el plazo de caducidad para accionar por la compensación económica establecida en el art. 524 que será desarrollada a continuación.

Art. 524.— Compensación económica. Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

En cuanto a sus fuentes, esta norma (cuya redacción idéntica se encuentra para el matrimonio, en el art. 441), fueron inspiradas en el derecho español (art. 97 y ss. Cód. Civil español) y chileno (arts. 61 y 62 de la ley de matrimonio civil).

En Chile se hace referencia a noción de menoscabo económico que ha sido entendido por la doctrina como pérdida de ganancias o lucro cesante o como una situación desmejorada para enfrentar el futuro; también como valor del trabajo doméstico; o pérdida de beneficios que implica el estatuto matrimonial y, por último una carencia patrimonial de efectos nocivos hacia el futuro.

En España, en cambio, el instituto es regulado sin hacer referencia al menoscabo sino que se pone énfasis en la comparación de los patrimonios de los cónyuges y la compensación procede cuando dicha comparación produce un empeoramiento de la situación de uno de ellos y se pretende equilibrar los patrimonios de personas que han estado unidas en matrimonio.

II. COMENTARIO

1. Naturaleza jurídica. Concepto

No es fácil determinar la naturaleza jurídica de esta compensación económica. Ella difiere de los alimentos porque no nace de un estado de necesidad de quien la recibe sino del hecho objetivo de la ruptura de la convivencia y el desequilibrio económico entre los convivientes. Por otra parte puede satisfacerse en una prestación única o por tiempo limitado preestablecido, circunstancia no presente en el derecho alimentario.

Tampoco se trata de una indemnización ya que aquí lo que se compensa es el desequilibrio económico de uno de los convivientes con relación al otro, por causa de la convivencia y su ruptura. En cambio las indemnizaciones nacen a partir de un perjuicio producido por un hecho antijurídico y un factor de atribución (*dolo o culpa*), la ruptura no puede ser considerada como un ilícito y la compensación aún puede proceder a favor del conviviente que la provocó.

OTal como ha sido proyectada podemos definirla como un crédito entre ex convivientes que tiene como causa fuente la ruptura de la unión convivencial y su procedencia se determina por la existencia de un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica.

Es entonces una obligación de origen legal, de contenido patrimonial y que basada en la solidaridad familiar pretende reparar las consecuencias económicas de la ruptura.

La norma comentada regula dos modos de otorgar la compensación, el primero de ellos es que las partes hayan previsto en su pacto de convivencia su procedencia, caso en el cual habrá que estar a los términos del pacto. En caso de incumplimiento el perjudicado podrá solicitar la ejecución de lo pactado.

Un primer interrogante que surge es si, en caso de pacto, el desequilibrio manifiesto debe presentarse o puede pactarse una compensación no vinculada con él. Entendemos que el desequilibrio manifiesto es una condición esencial para la procedencia por tanto no podrá pactarse sin su presencia. La compensación pactada estará entonces sujeta a una condición, la existencia del desequilibrio al momento de la ruptura. Otra posibilidad de respuesta es que habrá de estarse a los términos del pacto con independencia de la existencia de desequilibrio.

Otra pregunta que puede realizarse es si se puede renunciar en el pacto a la prestación compensatoria. *Ut supra* nos hemos pronunciado sobre la naturaleza no alimentaria de esta compensación, razón por la cual resultaría renunciabile. Por otro lado puede pensarse que no es posible renunciar *a priori* a un desequilibrio que no se sabe si va a suceder.

Las partes pueden acordar a la finalización de la unión el monto de esta prestación compensatoria. A falta de acuerdo la compensación debe ser fijada judicialmente de

acuerdo a los parámetros dispuestos en el artículo siguiente.

2. Procedencia

Para su procedencia deben darse los siguientes extremos, sin perjuicio de las aclaraciones que formuláramos *ut supra* sobre la existencia de pacto al respecto:

2.1. El cese de la convivencia.

2.2. El desequilibrio económico manifiesto. No termina de comprenderse cuál es concepto que se pretende regular. En el derecho comparado existen dos vertientes, las que apuntan hacia el pasado y tienden a compensar los perjuicios sufridos por la pérdida de oportunidades a raíz de haber dedicado tiempo y esfuerzo a la crianza de los hijos y el trabajo doméstico; y aquellas que se plantean la cuestión hacia el futuro poniendo el acento en la situación en la queda uno de ellos luego de la ruptura para su reinserción social y laboral.

Ninguna de éstas aparece nitidamente en esta norma, por un lado se hace referencia al desequilibrio y la situación futura del conviviente y por otro se sostiene que la compensación tiene causa adecuada en la convivencia, donde parece poner acento en el pasado.

2.3. Con causa adecuada en la convivencia y su ruptura. Ya hemos adelantado que aparece contradictorio este requisito, para nosotros la causa fuente de la compensación es el cese de la convivencia y la división de los roles durante ella es un indicador del eventual desequilibrio económico. Se deberá acreditar la relación de causalidad entre el cese de la cohabitación y el perjuicio económico. Es decir que, si la unión no hubiese cesado, la situación económica del solicitante no habría variado.

3. Forma de pago

Si resulta procedente, ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Es decir, a modo de ejemplo, si la pareja convivió durante 5 años, ese será el plazo máximo de la obligación. También puede pactarse la manera en que se va a abonar pudiendo ser en dinero, en especie, o con el usufructo de determinados bienes.

5Art. 525.— Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad. El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras:

- a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
- b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;
- c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
- d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;

e) la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;

f) la atribución de la vivienda familiar.

La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Remisión art. 524 punto I.

II. COMENTARIO

1. Pautas

Si no existe acuerdo entre las partes, la norma establece las pautas que debe seguir el juez para determinar su procedencia y su monto respectivamente. Ya adelantamos en los artículos anteriores que es aquí donde se evidencia lo contradictorio de las fuentes elegidas para la regulación del instituto, ya que se hace mención tanto a la diferencia de ganancias durante la unión como a cuestiones relativas a la capacidad económica de los convivientes luego de ellas.

2. Caducidad

La última parte del artículo otorga el plazo de caducidad de seis meses para reclamar la compensación económica.

Dicho plazo se cuenta desde que se produjo cualquiera de las causas de finalización de la convivencia. Entendemos que aquí hubo un error de técnica legislativa ya que la compensación no será procedente en caso de muerte o ausencia con presunción de fallecimiento (arts. 523, incs. a y b), ya que ella sólo procede en caso de ruptura (interpretación literal del art. 524).

En este orden de ideas, cobra relevancia para el cálculo del plazo la diferencia que oportunamente señaláramos entre cese de la unión convivencial y cese de la convivencia, adelantábamos que se trata de conceptos diferentes, en consecuencia el plazo de prescripción comienza al cese de la unión convivencial y no al cese de la cohabitación.

3. Competencia

Tratándose de una cuestión netamente patrimonial, la norma otorga al actor la posibilidad de accionar ante el Juez de Familia del último domicilio convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación (art. 719).

Art. 526.— Atribución del uso de la vivienda familiar. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos:

a) 540838 si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad;

b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

El juez debe fijar el plazo de la atribución, el que no puede exceder de dos años a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523.

A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose él obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

En cuanto a sus fuentes, remitimos al comentario de los arts. 443, 444 y 445, punto I.

II. COMENTARIO

De conformidad con lo dispuesto en el art. 514, inc b), en cuanto a la atribución del hogar prevalece la autonomía de la voluntad. En este orden de ideas, los convivientes podrán acordar: 1) cuál es el conviviente al que se le va atribuir el uso de la vivienda; 2) establecer o no un plazo de duración; 3) establecer un canon locativo a favor del otro conviviente de acuerdo a la titularidad del bien; 4) restringir la disposición del inmueble durante un plazo determinado; etc.

Pero puede suceder que lo oportunamente pactado no satisfaga las necesidades de vivienda de uno de los convivientes; supongamos que se acordó la atribución del hogar a favor de uno de los convivientes y, al concluir la unión convivencial, es el otro quien se encuentra comprendido en alguno de los supuestos establecidos en el art. 526. ¿Puede éste solicitar se deje sin efecto lo estipulado por las partes y pedir la atribución del hogar en su favor? La norma no lo resuelve, entendemos que los jueces deberán resolver aquí con independencia de lo oportunamente pactado en virtud de las necesidades de vivienda insatisfecha que pueda tener el ex conviviente que la reclame.

Ahora bien, a falta de pacto, se regula los supuestos en que podrá ser atribuido a uno de los convivientes el hogar que fue sede del hogar convivencial, a saber: a) quien

tiene a cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; o b) quien acredite extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

En cuanto al primer supuesto, no se aclara si esos hijos deben ser comunes o no. Creemos que puede atribuírsela cuando existan hijos de uno solo de ellos, siempre que sean menores, o con capacidad restringida o discapacidad y se encuentre bajo el cuidado de quien solicita esta atribución y hayan convivido con la pareja formando parte del núcleo familiar.

En cuanto al segundo supuesto, entendemos que su fundamento es proteger a la parte que se encuentre más débil al momento de la ruptura de la unión convivencial. Kemelmajer de Carlucci, al estudiar la atribución del hogar en el divorcio, afirma que no debe descartarse la salud de los cónyuges, la actividad laboral, profesional o empresarial que cada uno despliega dentro del inmueble, es decir, a la parte más necesitada de protección.

Una de las características de este uso de la vivienda es que es limitado en el tiempo. La norma obliga al juez a fijar un plazo para su uso. Así se dispone que el plazo de uso de la vivienda no puede ser mayor al que hubiere durado la convivencia, estableciendo además, un plazo máximo de dos años. Entonces, a modo de ejemplo, si la unión duró un año, la atribución se limitará a ese plazo; en cambio si la unión duró veinte años, el uso de la vivienda familiar será atribuida a uno de los ex convivientes por un plazo de dos años.

La norma comentada, en su tercer párrafo, autoriza al juez —a petición de parte— a establecer: a) una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; b) que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; y c) que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado.

Agregamos que la norma debió incluir supuestos de limitaciones al uso de la vivienda, como darla en locación o usufructo.

En cuanto a la renta compensatoria ella puede ser procedente en el caso en que el bien sea de propiedad del conviviente a quien no se le atribuye la vivienda; o cuando se encuentre en condominio. La norma guarda silencio en cuanto a las pautas a considerar para la fijación de dicho monto.

Cuando el bien sea de propiedad de ambos convivientes, cualquiera de ellos podrá solicitarle al juez que éste no sea partido ni liquidado. Creemos que ello también debe extenderse cuando los convivientes hayan pactado la disposición y administración conjunta de los bienes adquiridos durante la unión tal como lo autoriza el art. 518.

En todos estos casos, la decisión que tome el juez será oponible a terceros a partir de su inscripción registral.

Finalmente, la norma regula la atribución del hogar familiar cuando el bien sea arrendado. Así el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

Las condiciones del contrato se mantienen hasta su vencimiento, con lo cual el pla-

zo de la atribución del hogar, no se circunscribe al tiempo en que duró la convivencia o al plazo máximo de dos años, sino que queda supeditada al vencimiento contractual.

El principal obligado al pago, como también los garantes impuestos en el contrato de locación, se mantienen hasta su culminación, con todos los derechos y obligaciones a su cargo.

Art. 527.— Atribución de la vivienda en caso de muerte de uno de los convivientes. El conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a ésta, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

Este derecho es inoponible a los acreedores del causante.

Se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a ésta.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

En cuanto a su fuente podemos mencionar el art. 3573 bis del antiguo C.Civ. Se recogen en el texto las críticas que se habían realizado a la redacción de esta norma, mejorándola.

II. COMENTARIO

En el supuesto de muerte de uno de los convivientes, la norma le otorga al supérstite la posibilidad de invocar contra los herederos del difunto el derecho real de habitación.

Es importante destacar que: a) es un derecho que nace *iure proprio* en cabeza del conviviente sobreviviente; y b) se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición judicial (art. 1894).

Para que este derecho pueda ser invocado, el conviviente sobreviviente deberá acreditar los siguientes extremos: a) que carece de vivienda propia habitable o de otros bienes para asegurar el acceso a ella; b) que el inmueble sobre el cual se pretende invocar el derecho real de habitación sea de propiedad exclusiva del conviviente fallecido; c) que dicho bien fue sede del hogar convivencial; y d) que al momento de la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas.

A diferencia del régimen del antiguo art. 3573 bis, no se requiere que el acervo hereditario del causante se componga de un solo inmueble habitable, sino que es el conviviente sobreviviente quien debe carecer de bienes inmuebles u otros recursos para proporcionarse un hogar.

Este derecho real es gratuito, pero a diferencia del régimen matrimonial, no es vitalicio. La norma dispone de un plazo máximo de dos años, vencido el cual, el bien podrá ser partido entre los herederos del causante. Nada obsta a que éstos inscriban la declaración de herederos sobre ese bien, pero el inmueble se encuentra afectado por un derecho real de habitación por un plazo determinado, que también deberá ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Este derecho real de habitación será inoponible a los acreedores del causante, por lo tanto durante su vigencia, los acreedores no podrán ejecutar el bien.

La última parte del artículo comentado enumera las causales de extinción de este derecho antes del vencimiento del término. Ellas son: a) si el conviviente superviviente constituye una nueva unión convivencial o contrae matrimonio; o b) adquiere una vivienda propia habitable o cuenta con bienes suficientes para acceder a esta. Tales previsiones no estaban en el art. 3573 bis del ordenamiento anterior y habían sido señaladas por la doctrina.

Art. 528.— Distribución de los bienes. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no regulaba la unión de hecho, por consiguiente no hay normas que tengan relación con el artículo en comentario.

II. COMENTARIO

La norma otorga a las partes la posibilidad de pactar la manera de distribución de los bienes en caso de ruptura. A modo de ejemplo, las partes podrán establecer que los bienes adquiridos durante la unión sean distribuidos por mitades o hacer una distribución que sea desigual entre ellos. A falta de pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron.

Sin embargo, muchas situaciones pueden presentarse entre convivientes. A modo de ejemplo, imagínese que la pareja no celebró pacto, y uno de ellos adquirió un bien del cual, durante la convivencia ambos le realizaron mejoras. Al momento de la culminación de la unión convivencial, el bien quedará íntegramente en el patrimonio de uno de ellos, enriquecido en su valor por el esfuerzo del otro conviviente.

O supongamos que un bien fue adquirido por ambos pero inscripto a nombre de uno sólo de ellos. Para este tipo de situaciones el artículo comentado se aparta de regular acciones específicas entre los convivientes, remitiendo a las normas generales del derecho civil como el enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y cualquier otra acción que pudieren corresponder.

El Código Civil y Comercial de la Nación regula al enriquecimiento sin causa en sus arts. 1794 y 1795. A ella se la define como el enriquecimiento patrimonial sin causa

justificada o lícita de una persona a expensas de otra. Tiene carácter excepcional sujetando su procedencia a la inexistencia de otra acción.

La interposición de personas se da cuando el vendedor no conocía que el adquirente no era el que figuraba como tal, supuesto que no consideramos aplicable entre convivientes, ya que ellos no serán adquirente y vendedor para su aplicación.

En cuanto a las otras acciones consideramos que pueden ser procedentes la de simulación o fraude. Cabe recordar que el plazo de prescripción para interponer estas acciones se encuentra suspendido entre ellos durante la convivencia, de acuerdo a lo establecido en el art. 2543 inc. b).

III. JURISPRUDENCIA

"En el caso debe tenerse por probado la existencia de un condominio entre los miembros de la unión de hecho homosexual sobre los bienes del causante y que el sobreviviente pretende dividir, ello teniendo en cuenta: a) la perdurabilidad en el tiempo de la unión, que duró veinte años; b) el actor, durante la unión de hecho, trabajaba en dos lugares simultáneamente; c) el actor no tiene otros bienes a su nombre, d) no puede presumirse que todo lo ganado por el accionante fuera para el mantenimiento de ambos convivientes y que lo ganado por el otro se empleara para comprar bienes a sochu nombre y e) de los testimonios rendidos surge que los bienes fueron adquiridos con el aporte de ambos" (CCiv. y Com. San Isidro, sala 1ª, 8/6/1999, LLBA, 1999-1072).

"En principio no constituyen aportes a una sociedad de hecho las mejoras realizadas por uno de los concubinos en un bien perteneciente exclusivamente al otro, conducta que puede dar lugar a una acción de reintegro basada en el enriquecimiento sin causa" (CCiv. y Com. Morón, sala 2ª, 6/7/1999, LLBA, 2000-606).

"Es procedente la pretensión del concubino que reclama el cincuenta por ciento de un inmueble inscripto totalmente a nombre de su concubina si probó la realización de aportes para la compra, la inexistencia de *animus donandi* y la causa de tal proceder que, en el caso, consistió en sustraer el bien del proceso de división de bienes de su divorcio" (CCiv. y Com. San Isidro, sala 1ª, 5/7/2002, La Ley Online, AR/JUR/7781/2002).

TÍTULO IV

PARENTESCO

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por PATRICIA S. GIOVANNETTI Y FLORENCIA RICOLFI

Bibliografía de la reforma: BASSET, ÚRSULA C., "La adopción en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (julio), 149; MEDINA, GRACIELA - GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO, "Sucesiones intestadas", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, RIVERA, JULIO (dir.), MEDINA, GRACIELA (coord.), Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012; MO-

LINA DE JUAN, MARIEL F., "El parentesco en el Anteproyecto del Código Civil", JA, 20/6/2012; FERRINO, JORGE, "Parentesco", en *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, RIVERA, JULIO (dir.), MEDINA, GRACIELA (coord.), Abeledo Perrot, Buenos Aires 2012; WAGMAISTER, ADRIANA42, "Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco - Alimentos - Responsabilidad parental", DFyP, 2012 (julio), 197.

♦ ♦ ♦

Art. 529.— Concepto y terminología. Parentesco es el vínculo jurídico existente entre personas en razón de la naturaleza, las técnicas de reproducción humana asistida, la adopción y la afinidad.

Las disposiciones de este Código que se refieren al parentesco sin distinción se aplican sólo al parentesco por naturaleza, por mé42 todos de reproducción humana asistida y por adopción, sea en línea recta o colateral.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 345, Cód. Civil, definía al parentesco como "el vínculo "subsistente" entre todos los individuos de los dos sexos, que descienden de un mismo tronco"; concepto que abarcaba un solo tipo de parentesco, el que derivaba de la consanguinidad, y omitía los vínculos por afinidad y los lazos creados por la adopción.

La definición fue precisada por Zannoni, quien, siguiendo a Borda, caracterizaba al parentesco como el vínculo jurídico existente entre las personas en virtud de la consanguinidad, la afinidad y la adopción, corrigiendo además la palabra "subsistente" utilizada por el codificador por la palabra "existente", que es más apropiada.

II. COMENTARIO

El nuevo texto viene a completar la definición de parentesco formulada en el Código de Vélez. En ella, se distinguen cuatro fuentes de parentesco, tres de las cuales son provenientes de vínculos filiales (art. 558), ya sea natural (consanguinidad), biológico (reproducción humana asistida) o jurídico (adopción).

Adelanta el artículo que cuando las disposiciones de este capítulo no hagan distinción sobre la forma de parentesco, se estará refiriendo en forma exclusiva al que se establece por naturaleza, por adopción y por reproducción humano asistida, excluyendo así al parentesco por afinidad.

1. Parentesco por naturaleza

Vincula a las personas que descienden unas de otras (padres/hijos/nietos, etc.) o de un antepasado común (hermanos, primos, tíos/sobrinos, etc.). El Código, sustituye la noción de parentesco por consanguinidad, por el de filiación por naturaleza, en virtud de sostener que las técnicas de reproducción humana asistida son otra fuente filiatoria.

2. Parentesco por adopción

En la adopción simple el vínculo se establece entre adoptante/s y adoptado, quien es integrado como hijo biológico de aquél o aquéllos, pero no crea vínculo de parentesco

con el resto de la familia de los adoptantes; en cambio, en la plena ésta constituye una filiación que sustituye a la de origen, por la cual el adoptado queda emplazado con los mismos derechos que un hijo biológico, con vinculación con toda la familia de los adoptantes. En ambos casos las nuevas relaciones no excluyen el parentesco de origen a los fines de los impedimentos matrimoniales.

3. Parentesco por técnicas de reproducción humana asistida

El nuevo texto incorpora como fuente filiatoria a las técnicas de reproducción asistida (arts. 560 a 564). El art. 562 dispone que el niño/a nacido de una mujer por dichas técnicas es también hijo del hombre o mujer que han prestado su consentimiento previo.

Esta nueva fuente filiatoria crea vínculo de parentesco asimilable a la filiación por naturaleza.

74. Parentesco por afinidad

Es el vínculo que liga a un cónyuge con los parientes consanguíneos del otro cónyuge (art. 536, Cód. Civil), llamado "parentesco político" en el lenguaje usual. Este vínculo no se extingue con la disolución del matrimonio que le dio origen (interpretación fundada en el impedimento del art. 403, inc. c), aunque sí cesa en caso de anulación de las nupcias.

Art. 530.— Elementos del cómputo. La proximidad del parentesco se establece por líneas y grados.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma es idéntica al art. 346 del antiguo Código Civil.

II. COMENTARIO

La norma en comentario utiliza dos categorías para establecer la proximidad entre parientes: Líneas y grados. Ellas serán detalladas en el artículo siguiente.

Dichas categorías tienen efectos jurídicos relevantes, en particular en el aspecto sucesorio intestado, donde, dentro de la línea recta, los descendientes del causante desplazan a los ascendientes, y todos éstos, a su vez, desplazan a los colaterales.

Art. 531.— Grado. Línea. Tronco. Se llama:

- a) grado, al vínculo entre dos personas que pertenecen a generaciones sucesivas;
- b) línea, a la serie no interrumpida de grados;
- c) tronco, al ascendiente del cual parten dos o más líneas;
- d) rama, a la línea en relación a su origen.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma en comentario unifica en una redacción más sencilla, los antiguos arts. 347 y 348 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

1025 Se llama "grado" al vínculo existente entre una generación y la subsiguiente.

csO SE LLAMA "LÍNEA" A LA SERIE NO INTERRUMPIDA DE GRADOS, DENTRO DE ÉSTA CATEGORÍA SE ENCUENTRA LA "LÍNEA RECTA" QUE ES LA EXISTENTE ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES, MIENTRAS QUE ES "COLATERAL" LA DE LOS PARIENTES VINCULADOS A TRAVÉS DE UN ASCENDIENTE COMÚN (ART. 532).

SE DENOMINA TRONCO AL ANTECESOR DEL CUAL DERIVAN DOS O MÁS LÍNEAS O RAMAS; SU DETERMINACIÓN ES DE UTILIDAD PARA ESTABLECER LA LÍNEA COLATERAL CONSANGUÍNEA, QUE ES AQUELLA QUE UNE A PARIENTES QUE DERIVAN DE UN ANTEPASADO COMÚN (HERMANOS, TÍOS Y SOBRINOS O PRIMOS). LAS RAMAS, POR SU PARTE, TIENEN INCIDENCIA EN EL DERECHO SUCESORIO POR REPRESENTACIÓN (ARTS. 2428, Cód. CIVIL), DONDE LA HERENCIA SE DISTRIBUYE POR RAMA O ESTIRPE ENTRE LOS SUCESESORES Y REPRESENTANTES, Y NO POR CABEZA.

LA MAYOR O MENOR PROXIMIDAD DEL PARENTESCO SE ESTABLECE POR "GRADOS". EL CÓMPUTO SE REALIZA TOMANDO COMO BASE QUE A CADA GENERACIÓN (PADRE/HIJO) CORRESPONDE UN GRADO; ASÍ EXISTEN TANTOS GRADOS COMO GENERACIONES. EN LA LÍNEA RECTA, PADRES E HIJOS ESTÁN VINCULADOS EN PRIMER GRADO, NIETOS Y ABUELOS EN SEGUNDO, Y ASÍ SUCESIVAMENTE.

ART. 532. — CLASES DE LÍNEAS. SE LLAMA LÍNEA RECTA A LA QUE UNE A LOS ASCENDIENTES Y LOS DESCENDIENTES; Y LÍNEA COLATERAL A LA QUE UNE A LOS DESCENDIENTES DE UN TRONCO COMÚN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 349 DEL Cód. CIVIL CLASIFICABA A LAS LÍNEAS EN TRES GRUPOS: LA LÍNEA ASCENDIENTE, LA LÍNEA DESCENDIENTE Y LA LÍNEA COLATERAL.

EN SU ART. 350 DENOMINABA A LA LÍNEA DESCENDIENTE COMO "A LA SERIE DE GRADOS O GENERACIONES QUE UNE EL TRONCO COMÚN CON SUS HIJOS, NIETOS Y DEMÁS DESCENDIENTES". Y EL ART. 351 CONCEPTUALIZABA A LA LÍNEA ASCENDIENTE COMO "LA SERIE INTERRUMPIDAS DE GRADOS O GENERACIONES QUE LIGAN AL TRONCO CON SU PADRE, ABUELO Y OTROS ASCENDIENTES".

II. COMENTARIO

EL NUEVO CÓDIGO SÓLO CLASIFICA DOS TIPOS DE LÍNEAS: LA RECTA Y LA COLATERAL.

LA LÍNEA RECTA ES AQUELLA QUE UNE A LOS ASCENDIENTES Y LOS DESCENDIENTES. EN ESTE SENTIDO ENCONTRAMOS A LOS ABUELOS, PADRES, NIETOS, BISNIETOS, ETC. DE ABUELOS HACIA NIETOS, SE DENOMINA LÍNEA RECTA DESCENDIENTE, EN EL CASO CONTRARIO (DE NIETOS A ABUELOS, POR EJEMPLO) SE DENOMINA, LÍNEA RECTA ASCENDIENTE.

EN CAMBIO LA LÍNEA COLATERAL ES LA QUE UNE A LOS DESCENDIENTES PARTIENDO DE UN TRONCO EN COMÚN. ES DECIR, LOS HERMANOS, QUE TIENEN COMO EL MISMO TRONCO COMÚN, A SUS PROGENITORES, ESTÁN UNIDOS EN LÍNEA RECTA COLATERAL. TAMBIÉN LOS PRIMOS ENTRE SÍ TIENEN A SUS ABUELOS COMO EL TRONCO EN COMÚN.

ART. 533. — CÓMPUTO DEL PARENTESCO. EN LA LÍNEA RECTA HAY TANTOS GRADOS COMO GENERACIONES. EN LA COLATERAL LOS GRADOS SE CUENTAN POR GENERACIONES, SUMANDO EL NÚMERO DE GRADOS QUE HAY EN CADA RAMA ENTRE CADA UNA DE LAS PERSONAS CUYO PARENTESCO SE QUIERE COMPUTAR Y EL ASCENDIENTE COMÚN.

OCHI, RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 352 (LÍNEA ASCENDIENTE Y DESCENDIENTE) Y LOS ARTS. 353 AL 356 (LÍNEA COLATERAL) EXPLICABAN LA MANERA DE COMPUTAR LOS GRADOS DE PARENTESCO.

II. COMENTARIO

LA NORMA EN COMENTARIO SINTETIZA LOS CONCEPTOS CONTENIDOS EN VARIOS ARTÍCULOS DEL ORDENAMIENTO ANTERIOR, TOMANDO A LAS GENERACIONES COMO MODO PARA COMPUTARLOS.

LA FORMA DE CÓMPUTO DEL PARENTESCO SE MANTIENE, SE TOMA LA SERIE DE GRADOS O GENERACIONES QUE LIGAN AL TRONCO CON SU PADRE, ABUELO Y OTROS ASCENDIENTES, O BIEN, SE CONTABILIZA LA SERIE DE GRADOS O GENERACIONES QUE UNEN EL TRONCO COMÚN CON SUS HIJOS NIETOS Y DEMÁS DESCENDIENTES. ASÍ EN LA LÍNEA RECTA HAY TANTOS GRADOS COMO GENERACIONES. A MODO DE EJEMPLO SE PODRÍA DECIR QUE EL ABUELO SE ENCUENTRA EN EL SEGUNDO GRADO CON RELACIÓN A SU NIETO.

PARA COMPUTAR EL PARENTESCO COLATERAL ES NECESARIO CONTAR LOS GRADOS HASTA EL ANTEPASADO COMÚN Y DESCENDER HASTA LA PERSONA CON LA QUE SE QUIERE CALCULAR; ASÍ, LOS HERMANOS ESTÁN VINCULADOS EN SEGUNDO GRADO, LOS TÍOS Y SOBRINOS EN TERCERO, Y LOS PRIMOS EN CUARTO GRADO.

ART. 534. — HERMANOS BILATERALES Y UNILATERALES. SON HERMANOS BILATERALES LOS QUE TIENEN LOS MISMOS PADRES. SON HERMANOS UNILATERALES LOS QUE PROCEDEN DE UN MISMO ASCENDIENTE EN PRIMER GRADO, DIFIRIENDO EN EL OTRO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO TIENE SU ANTECEDENTE EN EL 360 DEL Cód. CIVIL, DEROGADO.

II. COMENTARIO

LOS HERMANOS BILATERALES SON AQUELLOS QUE TIENEN LOS MISMOS PADRES, YA SEAN POR NATURALEZA, POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA O POR ADOPCIÓN. EL NUEVO TEXTO A DIFERENCIA DEL TEXTO ORIGINARIO DE VÉLEZ HABLA DE "PADRES" HACIENDO ALUSIÓN A UNA PALABRA GENÉRICA YA QUE LOS HERMANOS PUEDEN TENER PADRE Y MADRE O DOS PADRES O DOS MADRES.

EN CAMBIO LOS HERMANOS UNILATERALES, SON LOS QUE TIENE UN PROGENITOR EN COMÚN, DIFIRIENDO DEL OTRO.

ESTA DISTINCIÓN TIENE RELEVANCIA EN EL DERECHO SUCESORIO. EL ART. 2440 DEL

NUEVO TEXTO LEGAL, SIGUIENDO EL ANTIGUO ART. 3586, DISPONE QUE "EN LA CONCURRENCIA ENTRE HERMANOS BILATERALES Y HERMANOS UNILATERALES, CADA UNO DE ÉSTOS HEREDA LA MITAD DE LO QUE HEREDA CADA UNO DE AQUELLOS...." ES DECIR QUE EN UNA SUCESIÓN EN DONDE CONCURREN COMO HEREDEROS HERMANOS BILATERAL Y UNILATERALES, ESTE ÚLTIMO HEREDARÁ LA MITAD DE LO QUE HEREDA EL HERMANO BILATERAL. REMITIMOS AL COMENTARIO DEL ARTÍCULO REFERIDO.

ART. 535.— PARENTESCO POR ADOPCIÓN. EN LA ADOPCIÓN PLENA, EL ADOPTADO ADQUIERE EL MISMO PARENTESCO QUE TENDRÍA UN HIJO DEL ADOPTANTE CON TODOS LOS PARIENTES DE ÉSTE.

LA ADOPCIÓN SIMPLE SÓLO CREA VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE EL ADOPTADO Y EL ADOPTANTE.

EN AMBOS CASOS EL PARENTESCO SE CREA CON LOS LÍMITES DETERMINADOS POR ESTE CÓDIGO Y LA DECISIÓN JUDICIAL QUE DISPONE LA ADOPCIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

trparNO EXISTÍA EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ NORMA ALGUNA EN EL TÍTULO VI (DEL PARENTESCO, SUS GRADOS, Y DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS PARIENTES). ESTO RESPONDE A QUE VÉLEZ MANIFESTÓ SU DISFAVOR SOBRE EL INSTITUTO DE LA ADOPCIÓN EN SU NOTA DE ACOMPAÑAMIENTO AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y EN LA NOTA AL ORIGINAL ART. 4050, RAZÓN POR LA CUAL ESTA FUENTE FILIATORIA NO HABÍA SIDO INCORPORADA EN LA DENOMINACIÓN DEL PARENTESCO DEL ANTIGUO ART. 345.

CON LA SANCIÓN DE LA LEY 24.779 (BO 1/4/1997) SE INCORPORÓ AL TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL EL TÍTULO IV (DE LA ADOPCIÓN). EL ART. 323 ESTABLECÍA QUE LA ADOPCIÓN PLENA CREABA UNA FILIACIÓN QUE SUSTITUYE A LA FAMILIA DE SANGRE EXISTIENDO ESE PARENTESCO, TENIENDO EL ADOPTADO EN LA FAMILIA DEL ADOPTANTE LOS MISMOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE EL HIJO BIOLÓGICO. Y EL ART. 329 AL REGULAR LA ADOPCIÓN SIMPLE, CREABA UN VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE EL ADOPTANTE Y ADOPTADO, CONSIDERANDO HERMANOS ENTRE SÍ A ÉSTE Y LOS HIJOS BIOLÓGICOS DEL ADOPTANTE.

II. COMENTARIO

SUPLIENDO LA OMISIÓN QUE TRAÍA EL ANTIGUO CÓDIGO CIVIL, SE INCORPORA A LA ADOPCIÓN ENTRE LAS FUENTES DEL PARENTESCO.

ASÍ EL ARTÍCULO EN COMENTARIO, DISTINGUE ENTRE ADOPCIÓN PLENA Y SIMPLE.

1. ADOPCIÓN PLENA: ÉSTA CREA UN VÍNCULO DE PARENTESCO CON TODA LA FAMILIA DE SANGRE DEL ADOPTANTE, PONIÉNDOLO EN EL MISMO LUGAR QUE UN HIJO BIOLÓGICO.

2. ADOPCIÓN SIMPLE; EN ESTE TIPO DE ADOPCIÓN, EN CAMBIO, SÓLO CREA UN VÍNCULO DE PARENTESCO ENTRE ADOPTANTE Y ADOPTADO, CON LO CUAL, NO EXISTIRÁ NINGUNA RELACIÓN JURÍDICA ENTRE EL ADOPTADO Y LA FAMILIA DE SANGRE DEL ADOPTANTE.

EN VIRTUD DE LA NORMA NO DEBEN REALIZARSE DISTINCIONES LEGALES ENTRE LOS TIPOS FILIALES QUE A TRAVÉS DE SU ENUMERACIÓN EN EL ART. 529 HAN QUEDADO EQUIPARADOS EN RELACIÓN A SUS EFECTOS.

EN CUANTO A LOS ALCANCES Y EFECTOS PARTICULARES REMITIMOS AL COMENTARIO AL TÍTULO VI.

III. JURISPRUDENCIA

PROCEDE OTORGAR LA ADOPCIÓN DE UN MENOR CON CARÁCTER DE PLENA, DADO QUE ELLO NO LE IMPIDE AL ADOPTADO MANTENER LOS LAZOS AFECTIVOS Y LA RELACIÓN CON SUS HERMANOS Y QUE LA CONSERVACIÓN DEL APELLIDO BIOLÓGICO RESULTA INTRASCENDENTE PUES ANTES DE LA GUARDA EL NIÑO SE DESARROLLÓ EN UN MEDIO SOCIAL MUY DISTINTO AL ACTUAL YA QUE VIVIÓ EN OTRA CIUDAD Y LA MAYOR PARTE DE SU VIDA ESTUVO EN UNA INSTITUCIÓN (CCIV. Y COM. PARANÁ, SALA I, 9/10/2009, LLLITORAL 2010 ABRIL, 326, AR/JUR/51485/2009).

ART. 536.— PARENTESCO POR AFINIDAD. CÓMPUTO, EXCLUSIÓN. EL PARENTESCO POR AFINIDAD ES EL QUE EXISTE ENTRE LA PERSONA CASADA Y LOS PARIENTES DE SU CÓNYUGE.

SE COMPUTA POR EL NÚMERO DE GRADOS EN QUE EL CÓNYUGE SE ENCUENTRA RESPECTO DE ESOS PARIENTES.

EL PARENTESCO POR AFINIDAD NO CREA VÍNCULO JURÍDICO ALGUNO ENTRE LOS PARIENTES

LOCHDE UNO DE LOS CÓNYUGES Y LOS PARIENTES DEL OTRO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LOS ARTS. 363 Y 364 REGULABAN EL PARENTESCO POR AFINIDAD, SU DEFINICIÓN Y CÓMPUTO.

II. COMENTARIO

SIGUIENDO EL MISMO LINEAMIENTO QUE EL CÓDIGO DE VÉLEZ, EL PARENTESCO POR AFINIDAD, NACE DEL MATRIMONIO. ASÍ LOS CÓNYUGES TIENEN RELACIÓN DE PARENTESCO SÓLO CON LOS PARIENTES CONSANGUÍNEOS DEL OTRO CÓNYUGE.

SU CÓMPUTO ES DERIVATIVO, ES DECIR, SE COLOCA AL CÓNYUGE EN EL LUGAR DEL OTRO, Y DE ALLÍ SE CUENTA AL IGUAL QUE EN LAS LÍNEAS ANTES EXPLICADAS. DE TAL MODO, EL YERNO O LA NUERA ("HIJOS POLÍTICOS") SON PARIENTES DEL SUEGRO O SUEGRA ("PADRE/MADRE POLÍTICA") EN PRIMER GRADO, Y EL PARENTESCO ENTRE CUÑADOS ES DE SEGUNDO GRADO. NO EXISTE PARENTESCO ENTRE SÍ RESPECTO DE LOS PARIENTES DE CADA UNO DE LOS CÓNYUGES ("CONSUEGROS" O "CONCUÑADOS").

COMO MANIFESTAMOS AL COMENTAR EL ART. 529, ESTE VÍNCULO NO SE EXTINGUE CON LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, EXCEPTO EN EL CASO DE NULIDAD.

ASIMISMO, SI BIEN SE TRATA AQUÍ DE UN TIPO DE PARENTESCO, A ÉSTE NO SE LE APLICAN TODOS LOS ARTÍCULOS QUE TRATEN SOBRE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES QUE DE ÉL DERIVAN, A MENOS QUE SE HAGA UNA REFERENCIA ESPECÍFICA CON TAL FIN.

III. JURISPRUDENCIA

DEL MATRIMONIO NACE EL PARENTESCO POR AFINIDAD. EL ESPOSO Y LA ESPOSA NO SON PARIENTES AFINES, ESTÁN UNIDOS POR UN VÍNCULO MUCHO MÁS ESTRECHO, SON CÓNYUGES. PERO CONFORME A LA LETRA DE LA LEY, EL PARENTESCO COMO VÍNCULO JURÍDICO, SE LIMITA AL CÓNYUGE QUE QUEDA UNIDO A TODOS LOS PARIENTES CONSANGÜÍNEOS DEL OTRO CÓNYUGE, PERO ENTRE LOS PARIENTES CONSANGÜÍNEOS DE UNO Y OTRO NO EXISTE NINGÚN OTRO VÍNCULO (CCIV. Y COM., MORÓN, SALA I, 9/6/1992, LLBA, 1994-601).

CAPÍTULO 2

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PARIENTES

POR PATRICIA S. GIOVANNETTI Y FLORENCIA RICOLFI

BIBLIOGRAFÍA DE LA REFORMA: MEDINA, GRACIELA, "EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL UNIFICADO Y LAS RELACIONES ENTRE ABUELOS Y NIETOS", DFYP 2012 (DICIEMBRE), 3; MERLO, LEANDRO MARTÍN, EL DERECHO ALIMENTARIO EN EL PROYECTO, DFYP, LA LEY, 2012 (JULIO), 189; OTERO, MARIANO C., "LOS ALIMENTOS EN EL PROYECTO", LA LEY, 17/7/2012, 1; "LOS ALIMENTOS EN EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO CIVIL", SJA-2012/06/20-24; JA-2012-II; AP/DOC/2148/2012.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ÁLVAREZ, OSVALDO, "ALGUNAS REFLEXIONES EN ORDEN A LA COMPENSACIÓN DE LAS CUOTAS ALIMENTARIAS", ED 202-663; ID., "DERECHO DE VISITA DE LOS ABUELOS Y UNA BREVE REFLEXIÓN AL ART. 376 BIS DEL CÓDIGO CIVIL", ED, 170-238; AMADEO, JOSÉ L., "PROCEDIMIENTO DEL JUICIO DE ALIMENTOS", JA 2005-III-1455; ANTELO, PABLO, "LA PRUEBA EN EL PROCESO DE ALIMENTOS", JA, 2005-III-948; BASILE, CARLOS, "EL INTERÉS LEGÍTIMO ENTRE UN ADULTO NO PARIENTE Y UN NIÑO EN EL MARCO DE UN PROCESO DE RÉGIMEN DE VISITAS", RDF, ABELEDO PERROT, 2006-II-66; BELLUSCIO, CLAUDIO, "LA CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE OBLIGACIONES ALIMENTARIAS Y EL MERCOSUR", RDF, ABELEDO PERROT, 2005-30-9; "CONTINUIDAD DE LA CUOTA ALIMENTARIA PARA EL HIJO MAYOR DE EDAD", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-38-I; BESOIN, MARÍA S. - JULIANO, PAULA C., "LOS ALIMENTOS EN LA NUEVA FAMILIA CON RELACIÓN A LOS HIJOS ANTERIORES DE UNO DE LOS CÓNYUGES", DJ, 2000-I-821; BÍSCARO, BEATRIZ 1505 R., "ALIMENTOS A CARGO DE LOS ABUELOS. PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD DE LA OBLIGACIÓN", JA, 2006-I-21; CAMMI, LUIS A. - DESIMONE, GUILLERMO P., LOS DELITOS DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR E INSOLVENCIA ALIMENTARIA FRAUDULENTA, 2ª ED., DEPALMA, BUENOS AIRES, 1997; CATALDI, MYRIAM, "OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-I-97; CÓRDOBA, MARCOS M. - VANELLA, VILMA R., "NECESIDAD DE NUEVAS NORMAS TENDIENTES AL CUMPLIMIENTO DEL DEBER ALIMENTARIO", LA LEY, 1998-D, 1003; CHECHILE, ANA MARÍA, "EL DERECHO DEL NIÑO A UNA ADECUADA RELACIÓN CON SUS ABUELOS Y OTROS PARIENTES Y/O TERCEROS", RDF, ABELEDO PERROT, 2005-II-100; DI LELLA, PEDRO, "LA LEGITIMACIÓN EN LOS DENOMINADOS 'RÉGIMENES DE VISITAS'", JA, 2003-III; DI TULLIO BUDASSI, ROSANA G., "EL DERECHO ALIMENTARIO DE LOS ANCIANOS", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-38-65; DUTTO, RICARDO, "LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA: SU PROTECCIÓN", JA, 1991-II-680; GIL, GABRIELA F., "EL INCUMPLIMIENTO DEL RÉGIMEN DE VISITAS Y LAS ASISTENCIAS", LLBA, 1998-149; GOWLAND, ALBERTO J., "VISITAS DE LA ABUELA A LA NIETA", ED, 170-236; GUARNON, SILVIA V., "LA ACTUACIÓN DEL DEMANDADO EN EL JUICIO DE ALIMENTOS", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-38-83; ID., MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO DE FAMILIA, LA ROCCA, BUENOS AIRES, 2011; ID., "MEDIDAS CAUTELARES EN EL JUICIO DE ALIMENTOS", JA, 2005-III-929; HARARI, SOFÍA, "ALIMENTOS A CARGO DE LOS ABUELOS, ¿SUBSIDIARIOS O DIRECTOS?", RDF, ABELEDO PERROT, 2006-II-22; JAUREGUI, RODOLFO G., "LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, LA CUESTIÓN FEDERAL Y LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS", LA LEY, 2006-A, 367; KIELMANOVICH, JORGE L., "INCIDENTES DE AUMENTO, REDUCCIÓN, CESACIÓN Y COPARTICIPACIÓN DE LA CUOTA ALIMENTARIA", JA, 2005-III-973; LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J., "EL DERECHO ALIMENTARIO ENTRE COLATERALES AFINES", LA LEY, 1984-C, 453; MATTERA, MARTA DEL ROSARIO, "ACTUALIZACIÓN MONETARIA EN MATERIA DE ALIMENTOS: NECESI-

DAD DE UNA REVISIÓN CONSTITUCIONAL", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-38-10; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., "ALIMENTOS Y FAMILIA ENSAMBLADA", LA LEY, 1996-D, 466; MÍGUEZ, AGUSTÍN A., "EL EMBARGO COMO GARANTÍA DEL PAGO DE CUOTAS ALIMENTARIAS FUTURAS", LA LEY, 1998-B, 1152; ID., "LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS", DJ, 1999-I-977; MORELLO, AUGUSTO M. - MORELLO DE RAMÍREZ, MARÍA S., "LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA POR PARTE DE LOS ABUELOS", JA, 2005-IV-66; PAGÉS, HERNÁN H., "¿ES SOSTENIBLE QUE LA TASA PASIVA SIGA SIENDO APLICABLE EN MATERIA DE ATRASOS ALIMENTARIOS?", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-38-107; RAGANATO, CLAUDIA G. - BRUNO, FEDERICO M., "¿ES SUBSIDIARIA LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS A FAVOR DE LOS NIETOS MENORES DE EDAD? UN FALLO NOVEDOSO EN LA MATERIA", RDF, ABELEDO PERROT, 2007-38-230; ROCCO, EMMA A., "LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA CIVIL Y EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR DE LA LEY 13.944", LA LEY, 1998-D, 1344; SAMBRIZZI, EDUARDO A., "ACERCA DEL DERECHO DE VISITAS DE LOS PRIMOS", ED, 185-138; ID., "LA MEDIACIÓN PREVIA DE LA LEY 24.573 Y LA ACCIÓN SOBRE RÉGIMEN DE VISITAS", ED, 182-638; SOSA, TORIBIO E., "OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS: SUBSIDIARIEDAD SUBJETIVA Y RELATIVA", LA LEY, 2006-A, 605; TRIONFETTI, VÍCTOR R., "SENTENCIAS, RECURSOS Y EJECUCIÓN EN EL JUICIO DE ALIMENTOS", JA, 2005-III-960; VERDAGUER, ALEJANDRO C. - PAGÉS, HERNÁN H., "GENERALIDADES DEL JUICIO DE ALIMENTOS", JA, 2005-III-919.

parSECCIÓN 1ª

ALIMENTOS

ART. 537.— ENUMERACIÓN. LOS PARIENTES SE DEBEN ALIMENTOS EN EL SIGUIENTE ORDEN:

- A) LOS ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES. ENTRE ELLOS, ESTÁN OBLIGADOS PREFERENTEMENTE LOS MÁS PRÓXIMOS EN GRADO;
- B) LOS HERMANOS BILATERALES Y UNILATERALES.

EN CUALQUIERA DE LOS SUPUESTOS, LOS ALIMENTOS SON DEBIDOS POR LOS QUE ESTÁN EN MEJORES CONDICIONES PARA PROPORCIONARLOS. SI DOS O MÁS DE ELLOS ESTÁN EN CONDICIONES DE HACERLO, ESTÁN OBLIGADOS POR PARTES IGUALES, PERO EL JUEZ PUEDE FIJAR CUOTAS DIFERENTES, SEGÚN LA CUANTÍA DE LOS BIENES Y CARGAS FAMILIARES DE CADA OBLIGADO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 367 ESTABLECÍA LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE PARIENTES A LOS QUE LOS DISTINGUÍA COMO PARIENTES POR "CONSANGUINIDAD", TÉRMINO QUE HA SIDO SUSTITUIDO EN ESTA NUEVA NORMATIVA, YA QUE NO INCLUYE EL PARENTESCO NACIDO POR ADOPCIÓN Y LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA.

II. COMENTARIO

SIGUIENDO LA LÍNEA PLANTEADA EN EL CAPÍTULO ANTERIOR, AL TRATARSE DE DISPOSICIONES QUE AL PARENTESCO HACEN REFERENCIA NO DEBEMOS DISTINGUIR ENTONCES, SI AQUEL DERIVA DE LA ADOPCIÓN, DE LA NATURALEZA O DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA. IDEAS COINCIDENTES CON LAS NUEVAS FORMAS DE FAMILIA QUE EXISTEN, Y EL INTERÉS DE QUE EXISTA UNA ADECUADA PROTECCIÓN PARA QUIENES SE ENCUENTRAN EN ESTADO DE NECESIDAD.

SE TRATA DE UNA OBLIGACIÓN RECÍPROCA, PERSONALÍSIMA E INTRANSFERIBLE, QUE SE ENCUENTRA TODA ELLA ATRAVESADA POR EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR, SOSTENIDO POR LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA FAMILIA Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL QUE A ELLA LE CORRESPONDE —ART. 14 BIS, CONSTITUCIÓN NACIONAL—.

CON ARREGLO A LO DISPUESTO POR EL ART. 541 CÓD. CIVIL, EL DERECHO COMPRENDE LO NECESARIO PARA LA SUBSISTENCIA, HABITACIÓN Y VESTUARIO Y ASISTENCIA FRENTE A LAS ENFERMEDADES DE ACUERDO CON LA CONDICIÓN DE QUIEN LOS PRESTA Y DEL QUE LOS RECIBE.

SE ESTABLECE QUE LA OBLIGACIÓN RECÍPROCA DE ALIMENTOS SE DETERMINA EN EL ORDEN SIGUIENTE: 1º ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES, ENTRE ELLOS ESTARÁN OBLIGADOS PREFERENTEMENTE LOS MÁS PRÓXIMOS EN GRADO, Y 2º LOS HERMANOS BILATERALES Y UNILATERALES.

EN ESTE ORDEN DE IDEAS, EXISTE UN ORDEN PRIORITARIO PARA EL RECLAMO DE ALIMENTOS, YA QUE LA ACCIÓN DEBERÁ DIRIGIRSE CONTRA QUIENES SE ENCUENTREN EN EL PRIMER ORDEN, Y SÓLO A FALTA O IMPOSIBILIDAD DE ELLOS PODRÁ DEMANDARSE AL RESTO DE LOS PARIENTES.

SE TIENE EN CUENTA QUIEN SE ENCUENTRA EN MEJORES CONDICIONES DE PROPORCIONAR LOS ALIMENTOS, PERO ATENDIENDO AL DEBER DE CONTRIBUCIÓN, CUANDO ESTÉN EN IGUALDAD DE GRADOS, Y SI DO42 S O MÁS DE ELLOS ESTÁN EN CONDICIONES DE PROPORCIONARLOS, LA OBLIGACIÓN ES POR PARTES IGUALES. SIN EMBARGO EL JUEZ PUEDE FIJAR CUOTAS DIFERENTES TENIENDO EN CUENTA LA CUANTÍA DE SUS BIENES Y LAS CARGAS FAMILIARES DE CADA UNO DE ELLOS. UN EJEMPLO DE ELLO SE PUEDE DAR ENTRE LOS ALIMENTOS DE LOS ABUELOS TANTO PATERNOS, COMO MATERNOS.

III. JURISPRUDENCIA

LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ABUELOS RESPECTO DE SUS NIETOS ES DE CARÁCTER SUBSIDIARIA, POR LO QUE —EN EL CASO— LA MADRE PARA PODER DIRIGIR EL RECLAMO CONTRA AQUÉLLOS DEBE JUSTIFICAR LA IMPOSIBILIDAD DEL PADRE DE CUMPLIR CON SU DEBER, Y ADEMÁS SU PROPIA INSUFICIENCIA DE RECURSOS O LA IMPOSIBILIDAD DE PROCURARSELOS (CNCIV., SALA I, 7/7/2000, LA LEY, 2001-A, 168; DJ, 2001-1-931; AR/JUR/48/2000).

LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DE LOS ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES SE FUNDA EN EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD FAMILIAR. EL CUMPLIMIENTO DE ESA OBLIGACIÓN CORRESPONDE A LOS PARIENTES DE GRADO MÁS REMOTO SÓLO EN FORMA SUBSIDIARIA Y SUCESIVA, NO SIMULTÁNEA, RESPECTO DE LOS DE GRADO MÁS CERCANO (CNCIV., SALA H, 7/3/1997, LA LEY, 1997-D, 110; DJ, 1998-1-288).

EL DEBER MORAL DE SOLIDARIDAD ENTRE LOS MIEMBROS DEL GRUPO FAMILIAR BRINDA FUNDAMENTO A LA OBLIGACIÓN LEGAL DEL DEBER DE ASISTENCIA. DICHO CARÁCTER ASISTENCIAL PERMITE AFIRMAR QUE TANTO EL DERECHO COMO LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SON DE INJERENCIA PERSONAL DEL ACREEDOR Y DEL DEUDOR DE ALIMENTOS (TRIB. FAMILIA FORMOSA, 20/5/1999, LA LEY, 2000-C, 894, LLLITORAL, 2000-103, AR/JUR/2760/1999).

ART. 538.— PARIENTES POR AFINIDAD. ENTRE LOS PARIENTES POR AFINIDAD ÚNICAMENTE SE DEBEN ALIMENTOS LOS QUE ESTÁN VINCULADOS EN LÍNEA

RECTA EN PRIMER GRADO.

fcs11. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Norma similar establecía el art. 368 del Código de Vélez, que limitaba la obligación alimentaria a los parientes por afinidad, sólo hasta el primer grado.

II. COMENTARIO

Esta norma obliga a los parientes afines que estén vinculados en línea recta en primer grado. Ello significa que los cónyuges deben alimentos a los parientes consanguíneos en primer grado de la línea recta del otro, lo cual incluye al yerno o la nuera en relación con sus suegros o suegras, y los hijos de cualquiera de los cónyuges. En todos los casos la obligación es recíproca.

Esta obligación es subsidiaria de la de los parientes enumerados en el artículo anterior, por lo que no procederá el reclamo en caso de que aquéllos existan y no se demuestre su incapacidad económica.

De ello puede inferirse que cuando para la persona en estado de necesidad de alimentos no haya legitimados pasivos ascendientes o descendientes, ni hermanos bilaterales o unilaterales, o bien que no tengan la capacidad económica para responder, podrá accederse al pariente por afinidad.

Comprende entonces la obligación del suegro y la suegra respecto del yerno o nuera y la obligación alimentaria entre el hijo y el padre afín.

El parentesco por afinidad subsiste aun disuelto el matrimonio que le dio origen, circunstancia que ha dado lugar a problemas de interpretación en caso de nuevo matrimonio del viudo/a o divorciado/a. El interrogante es si se conservan los derechos que se tienen respecto de los afines del primer matrimonio además de los creados en el nuevo o, en cambio, habría un orden de prelación, obligando preferentemente a los del último matrimonio. También puede interpretarse que el derecho a recibir alimentos de los parientes por afinidad del primer matrimonio se extingue por aplicación analógica del art. 434, Cód. Civil. Nos inclinamos, al igual que Bossert, por la última posibilidad esbozada, toda vez que es la que mejor refleja el nuevo orden de relaciones jurídicas que el matrimonio posterior crea.

Art. 539.— Prohibiciones. La obligación de prestar alimentos no puede ser compensada, ni el derecho a reclamarlos o percibirlos, ser objeto de transacción, renuncia, cesión, gravamen o embargo alguno. No es repetible lo pagado en concepto de alimentos.

1. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma sigue la misma línea que el antiguo art. 374, con algunas diferencias de redacción. El antiguo texto era más amplio, prohibiendo además la transferencia por actos entre vivos o por causa de muerte.

II. COMENTARIO

4 Caracteres de los alimentos

El derecho y la obligación alimentaria, en general, tienen los siguientes caracteres:

a) *Intransmisibilidad*: Aunque la norma guarde silencio, el derecho a recibir alimentos no se transmite a los herederos del que los percibía, y tampoco la obligación de pagarlos se traslada a los sucesores del alimentante; ni puede ser ejercido por vía de acción subrogatoria.

b) *Irrenunciabilidad*: El derecho no puede renunciarse. Debe precisarse, sin embargo, que tal restricción se refiere al derecho a percibirlos, mas no a la renuncia a las cuotas ya devengadas, que, como tales, se encuentran en el patrimonio del que las recibe. Esta salvedad vale también en punto a la intransmisibilidad, cuando el crédito o la deuda por alimentos devengados forma parte del patrimonio transmitido a sus herederos (art. 540).

c) *Inalienabilidad*: El derecho a recibir alimentos se encuentra fuera del comercio y, como tal, no puede ser objeto de cesión, o transacción, con la misma salvedad de las cuotas devengadas y no percibidas que pueden ser cedidas. Otra consecuencia de este principio es la imposibilidad de embargar las sumas que se reciban y la incompensabilidad de los alimentos con obligación alguna a cargo del alimentado.

d) *Reciprocidad*: Si bien no hay norma expresa que establezca la reciprocidad de los alimentos entre parientes, esta característica se encuentra implícita en la naturaleza alimentaria.

e) *Irrepetibilidad*: Los alimentos pagados por el alimentante son irrepetibles contra el alimentado.

III. JURISPRUDENCIA

La compensación que prohíbe el art. 374 del Cód. Civil contempla los alimentos ya devengados. En efecto, con relación a los alimentos futuros no podría plantearse la compensación ya que no son exigibles (CNCiv., sala E, 9/6/1982; LA LEY, 1983-C, 162 con nota de Gustavo A. Bossert).

Art. 540.— Alimentos devengados y no percibidos. Las prestaciones alimentarias devengadas y no percibidas pueden compensarse, renunciarse o transmitirse a título oneroso o gratuito.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía en el Código de Vélez norma alguna en este sentido.

II. COMENTARIO

A contrario del artículo anterior, aquí nos encontramos frente al supuesto de prestaciones alimentarias ya fijadas y devengadas que aún no han sido percibidas por el alimentado.

Dichas cuotas ya ingresaron en su patrimonio, por lo tanto, tratándose de un crédito exigible, éstas podrán compensarse, renunciarse o transmitirse a título gratuito u oneroso.

chEl plazo de prescripción para solicitar el cumplimiento de los alimentos atrasados, es de 5 años, conforme el plazo genérico regulado en el art. 2560.

RTLCHIII. JURISPRUDENCIA

El convenio en el cual se instrumentó una renuncia de alimentos tanto vencidos como futuros a cargo de los abuelos del alimentado sólo es válido y debe homologarse respecto de los primeros, ya que el art. 374 del Cód. Civil prohíbe la transacción o renuncia de la obligación alimentaria en sí, tendiendo la cuota alimentaria a satisfacer necesidades impostergables, por lo que cabe presumir que las mensualidades ya devengadas han sido afrontadas por la madre, quien subrogada en los derechos de sus hijos pudo válidamente renunciar a su cobro (CNCiv., sala E, 26/8/2003, LA LEY, 2003-E, 822).

Art. 541.— Contenido de la obligación alimentaria. La prestación de alimentos comprende lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el art. 372 del Código de Vélez la obligación alimentaria comprendía a los gastos para subsistencia, habitación y vestuario. Como gasto extraordinario, extendía la obligación a los gastos para enfermedades.

II. COMENTARIO

Al tratar de definir a los alimentos, jurisprudencial y doctrinariamente, se ha elaborado que cuando se reclaman se trata, en principio, de los *alimentos de toda necesidad* teniendo en cuenta la edad de quien los reclama, el parentesco, condición social, económica, posibilidad de trabajo, salud física y moral del alimentante, etc. Ello implica que la cuota o, en su defecto, la prestación en especie, tienen que cubrir lo necesario para la subsistencia del alimentado, como asimismo todo aquello que pueda resultar *como necesario* al evaluar los diferentes aspectos que hacen a la persona humana, ello teniendo en cuenta los parámetros precedentemente mencionados.

1. Contenido

Esta nueva norma establece que la obligación alimentaria abarca los siguientes los rubros: a) subsistencia; b) habitación; c) vestuario y d) asistencia médica. Esta última ha

sido incorporada a la norma como un gasto ordinario.

Dicha obligación se extiende a los gastos relativos a la educación, si el alimentado es un menor de edad. En este caso, este rubro se extingue de pleno derecho a los 18 años, quedando subsistente los demás hasta que cesen las condiciones que dieron origen al reclamo alimentario.

2. Presupuestos

Para la fijación de la cuota alimentaria se debe tener en cuenta: a) las necesidades del alimentado y b) la capacidad económica del alimentante. Este último presupuesto fue incorporado por esta nueva normativa, supliendo la omisión del antiguo art. 372 del Cód. Civil.

III. JURISPRUDENCIA

Para valorar si el monto fijado de cuota alimentaria es razonable y equitativo a los fines perseguidos deben tenerse en cuenta las necesidades de los alimentados en consonancia con sus edades —en el caso, ambas partes apelaron el monto fijado por el *a quo*— y el deber de los progenitores de proveer a la asistencia de sus hijos, realizando para ello todos los esfuerzos necesarios en trabajos productivos, sin que puedan excusarse de cumplir con su obligación alimentaria invocando falta de trabajo o ingresos suficientes si ello no se debe a imposibilidades insalvables” (CNCiv., sala K, 23/9/2003, DJ, 2003-3-1050).

Art. 542.— Modo de cumplimiento. La prestación se cumple mediante el pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes.

Los pagos se deben efectuar en forma mensual, anticipada y sucesiva pero, según las circunstancias, el juez puede fijar cuotas por períodos más cortos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía norma alguna en el Código Civil que regule la manera de cumplir la prestación alimentaria.

Sus fuentes son el art. 620 Proyecto de Código Civil y Comercial 1998; art. 149 Código Civil francés; art. 443 Código Civil italiano.

II. COMENTARIO

En cuanto al cumplimiento de la prestación alimentaria hay que distinguir: a) la forma de pago y b) su periodicidad.

1. Modo de pago

Como principio general, se establece que la obligación se cumple mediante el pago de una renta en dinero. Dicho pago puede efectivizarse ya sea en el pago contra recibo,

o mediante depósito bancario y/o judicial o mediante la retención de un monto fijo o porcentaje del sueldo por parte del empleador del alimentante. En este último supuesto, el dependiente que incumple la orden de retención será solidariamente responsable en el pago respectivo (art. 551).

Como excepción, por motivos fundados y previa autorización judicial, el alimentante puede solicitar que dicha prestación sea solventada de otra manera, como por ejemplo, en especie, mediante la entrega de ropa o alimentos.

2. Periodicidad

Las cuotas alimentarias se devengan mensualmente, de manera anticipada, y sucesivas. La norma le otorga la posibilidad al juez de restringir ese plazo, pero no ampliarlo.

Art. 543.— Proceso. La petición de alimentos tramita por el proceso más breve que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 375 de Cód. Civil establecía el procedimiento a seguir, dándole el trámite de proceso sumario y prohibiendo su acumulación a causas en donde deban tramitarse por proceso ordinario.

II. COMENTARIO

Si bien se trata de una disposición de tipo procesal, teniendo en cuenta la naturaleza del derecho que tratamos y las implicancias que el mismo tiene para la persona que cuenta con ellos, ha resultado necesario incorporarla en el Cód.

El dígito de fondo a fin de garantizar el cumplimiento de la obligación alimentaria.

En el juicio de alimentos se abre un escenario donde se debaten las necesidades de quien los reclama y la situación económica y posibilidades de quien es demandado, dentro del marco legal que define el fundamento, condiciones y alcance de sus respectivos derechos y obligaciones. Todo ello siguiendo un cauce procesal, que a través de diversos pasos va a conducir a una conclusión concordada o compulsiva.

El derecho alimentario es de carácter urgente e impostergable de las necesidades que debe satisfacer y exigen la vía de un trámite judicial ágil y eficaz para dar respuesta. Por tal razón, la norma comentada, establece que dicho procedimiento tramitará por el proceso más breve que establezcan las leyes locales.

En este orden de ideas, deberán regirse por las normas del proceso sumario o sumarisimo, o en su caso, las normas procedimentales, deberán ajustar el procedimiento previsto a esta nueva legislación en caso de corresponder.

Competencia

La competencia judicial en razón del territorio en los juicios de alimentos depende

de que se trate de una demanda autónoma, o conexas a un juicio principal.

En el primer caso, las reglas generales en el Código Procesal de la Nación y en el de la provincia de Buenos Aires son las del art. 5º, inc. 3º, relativo a las "acciones personales", que dispone la competencia del lugar en que se deba cumplir la obligación y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, al momento de la notificación.

Cabe entender que el "lugar de cumplimiento de la obligación" es el de la residencia del alimentado, lo cual da un amplio marco de alternativas a la parte actora.

El art. 2629 otorga la facultad de elección a quien requiera los alimentos de interponer la acción ante los jueces de su domicilio, de su residencia habitual, o ante los del domicilio o residencia habitual del demandado. A su vez, dispone dicha norma que si fuese razonable ante las circunstancias del caso, podrán interponerse ante los jueces del lugar donde el demandado tenga bienes.

Art. 544.— Alimentos provisionales. Desde el principio de la causa o en el transcurso de ella, el juez puede decretar la prestación de alimentos provisionales, y también las expensas del pleito, si se justifica la falta de medios.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma tiene similar redacción al art. 375 *in fine*.

II. COMENTARIO

La importancia de los alimentos provisionales es la de proveer al actor de los alimentos que hacen a las necesidades de mayor urgencia durante la tramitación del juicio, que sin perjuicio de que el mismo curse por los rieles del proceso más breve, no está exento de demorarse algún tiempo durante el cual quien ha iniciado la acción tiene necesidades que satisfacer.

Se trata de una medida, como su nombre lo indica, provisoria y que supone una evaluación *hprima facie* del derecho del actor, de sus necesidades y de las posibilidades económicas del demandado, todo ello dirigido a fijar una cuota moderada, destinada a afrontar gastos imprescindibles.

Los tribunales no tienen un criterio uniforme para dar trámite a estos pedidos: en algunos casos se resuelven *inaudita parte*, en forma similar a una medida cautelar, y en otros se sustancian con un traslado al demandado y posterior resolución.

Se ha entendido que, al ser otorgados, su curso es retroactivo al momento en que fueron pedidos, y se mantienen hasta la sentencia en el juicio principal.

III. JURISPRUDENCIA

La determinación de alimentos provisionales durante el lapso del proceso previsto por el art. 638 del Cód. Procesal, tiende a cubrir las necesidades imprescindibles de los alimentados hasta tanto se arrimen otros elementos de prueba que permitan determinar

la pensión definitiva (CNCiv., sala I, 27/5/2004, La Ley Online, AR/JUR/4066/2004).

La finalidad de los alimentos provisionales es permitir que los alimentados puedan afrontar los gastos imprescindibles mientras dure el proceso donde se determinará la pensión (CNCiv., sala A, 3/12/1981, La Ley Online, AR/JUR/5603/1981).

Art. 545.— Prueba. El pariente que pide alimentos debe probar que le faltan los medios económicos suficientes y la imposibilidad de adquirirlos con su trabajo, cualquiera que sea la causa que haya generado tal estado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Idéntica norma existía en el art. 370 del Cód. Civil derogado.

II. COMENTARIO

Para que la acción de alimentos sea procedente, el accionante deberá acreditar los siguientes extremos.

1. El vínculo de parentesco: Se deberá comprobar con las respectivas partidas, el vínculo jurídico que lo une con el demandado.

2. Necesidad o falta de medios: Quien pretende alimentos de un pariente debe acreditar su indigencia o insolvencia que le impide alcanzar su propio sustento. Para el caso no son relevantes las causas por las cuales la persona haya llegado a tal estado, incluso su propia prodigalidad o negligencia en la administración de sus bienes.

3. Imposibilidad de obtenerlos por su propio trabajo: Quien los pretende debe probar, además de la falta de recursos, su imposibilidad de obtenerlos por sus propios medios, sea por limitaciones de salud, edad u otras circunstancias, incluyendo las propias del mercado laboral, que no le permitan conseguir trabajo.

Se ha admitido la procedencia del reclamo cuando el solicitante cuenta con ingresos que resultan magros o insuficientes para subvenir a sus necesidades.

4. Capacidad económica del alimentante: La cuota se fija no sólo en atención a la necesidad del requirente, sino considerando la capacidad económica del requerido. Va de suyo que la cuota no puede establecerse en desmedro del alimentante y sus propias necesidades.

El actor puede recurrir a todos los medios de prueba, siendo especialmente importante la prueba de carácter indiciario, como la que resulta del nivel de vida del alimentante, aun cuando no se llegue a identificar su patrimonio.

id15540838 El art. 638, *in fine*, y el art. 639, párr. 1º, CPCCN, dan al accionante la posibilidad de producir su prueba antes de la citación del demandado, recibiendo las declaraciones de los testigos en primera audiencia, sin el control de la contraparte. Estas disposiciones son cuestionables, pues afectan gravemente el derecho de defensa y de control de la prueba del demandado, sin que en la práctica aporten una mayor agilización del proceso, por lo que han sido justamente criticadas.

Art. 546.— Existencia de otros obligados. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía en el Código Civil norma alguna en este sentido.

Su fuente es el art. 623 Proyecto Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

De la redacción del art. 537 se infiere que corresponde al peticionante demandar a los parientes en línea recta y más próximos en grados; en caso de faltar ellos, o que sus recursos sean insuficientes, deberá demandar a los hermanos ya sea bilateral o unilateral o a los parientes por afinidad.

Pero, esta nueva normativa pone en cabeza del demandado la carga de probar que existe algún pariente de grado más próximo, o el pariente de igual grado en condiciones de prestarlos, ya sea para desligarse de la obligación o concurra con él en la prestación.

A más de ello, en caso de reclamarse a varios obligados, el demandado puede citar a juicios a todos los restantes a fin de establecer un litis consorcio pasivo necesario, y la sentencia los alcance.

Asimismo, el demandado, tiene el derecho de pedir en el juicio de alimentos se cite a todos o a aquellos restantes parientes obligados a fin de que sean alcanzados por la condena de alimentos. Esta norma nos parece un avance que respeta los derechos del demandado en el proceso, claro está que la facultad de citar a otros parientes obligados no debe retrasar el dictado de la sentencia, ni el comienzo de su cumplimiento, en atención a las necesidades urgentes del actor.

Art. 547.— Recursos. El recurso contra la sentencia que decreta la prestación de alimentos no tiene efecto suspensivo, ni el que recibe los alimentos puede ser obligado a prestar fianza o caución alguna de devolver lo recibido si la sentencia es revocada.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Idéntica norma establece el art. 373 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

enp11274 La sentencia de primera instancia que deniegue los alimentos será apelable en ambos efectos. Si los admite, el recurso se concederá sólo en efecto devolutivo, o sea que no suspenderá la ejecución del fallo y el actor podrá exigir su cumplimiento al demandado aunque éste hubiera apelado.

Está discutido, en orden a la habilitación de los recursos extraordinarios, si la sentencia de segunda instancia o, en su caso, del tribunal de instancia única es "definitiva", dada su posibilidad de modificación por incidente posterior. Nuestra interpretación, coincidente con la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, es afirmativa, dado que la sentencia es definitiva en relación con lo que fue materia de debate y juicio, y su eventual modificación se abre en función de circunstancias posteriores.

Art. 548.— Retroactividad de la sentencia. Los alimentos se deben desde el día de la interposición de la demanda o desde la interpelación al obligado por medio fehaciente, siempre que la demanda se presente dentro de los seis meses de la interpelación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía norma similar en el Código Civil. Todos los Códigos Procesales provinciales establecían la retroactividad al momento de la interposición de la demandada.

Norma de igual característica se previó en el art. 625 Proyecto Código civil y Comercial 1998.

En el derecho comparado: art. 148, Cód. Civil español (los alimentos "no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda"); y art. 1613, Cód. Civil alemán (desde la traba de la litis o de la constitución en mora).

II. COMENTARIO

Ya antes de la sanción del Código Procesal vigente, la jurisprudencia mayoritaria se había inclinado por la retroactividad a la fecha de interposición de la demanda, considerada como el momento en que se expresa la necesidad del accionante.

Ahora bien, si se ha constituido en mora al alimentante con anterioridad a la iniciación de la demanda, por medio fehaciente, ya sea telegrama o por carta documento o cualquier otro medio con fecha cierta, los alimentos correrán desde la constitución en mora, siempre que la demanda se interponga dentro de los seis meses de la interpelación. Ese plazo de caducidad rige sólo a los efectos de retrotraer la cuota alimentaria a dicha fecha, vencido el cual, los alimentos correrán desde el día de la interposición de la demanda.

La norma representa un avance ya que la doctrina se había manifestado a favor de la retroactividad de los alimentos a la fecha de la constitución en mora, siempre que la demandada se inicie un plazo razonable.

En los casos en los cuales el proceso esté precedido por la etapa previa ante el Consejero de Familia, como en la Provincia de Buenos Aires, o que exista como a nivel Nacional, el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, (ley 26.589 B.O 06/05/2010), la retroactividad procederá desde la fecha de solicitud de dicho trámite.

Art. 549.— Repetición. En caso de haber más de un obligado al pago de los alimentos, quien los haya prestado puede repetir de los otros obligados, en proporción a lo que a cada uno le corresponde.

41. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

rsid15540838 En el Código Civil no existía norma en este sentido. Sin embargo el art. 371 prohibía la repetición de lo abonado en el supuesto de pago voluntario o por decisión judicial contra los parientes que se encuentren en el mismo grado o condición que él; supuesto que difiere de esta nueva normativa ya que ella contempla el caso de condenados al pago.

Su fuente es el art. 620 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 1998.

II. COMENTARIO

De acuerdo a la naturaleza de los alimentos y a la redacción de la norma, la prestación alimentaria es una obligación de carácter solidaria. Por lo tanto, el actor podrá ir contra uno sólo de ellos para satisfacer su crédito.

En este orden de ideas, la norma le otorga la posibilidad a quien abonó la cuota en su totalidad, de repetir contra los demás, en la proporción a lo que cada uno le corresponde.

Dicha acción de repetición prescribe al año (art. 2564, inc e), contados a partir del momento en que se pagó lo que se pretende repetir, momento en cual, comienza a ser exigible (art. 2554).

En cuanto al tipo de proceso entendemos que será un juicio aparte, que tramitará de acuerdo a los respectivos Código procesales, ya que no existen las razones de urgencia para solicitar la repetición.

Es decir que el demandado podrá, en el juicio de alimentos, probar la existencia de otros obligados en grado preferente en relación con el alimentado, o bien en igualdad de grados con él pero con iguales capacidades económicas para responder, o hacer frente a la obligación y luego repetir contra los demás obligados.

Debe distinguirse este supuesto del anteriormente previsto deber de contribución que opera para el futuro.

Art. 550.— Medidas cautelares. Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez previó en su art. 375 la posibilidad de fijar alimentos provisionales y litisexpensas.

Su fuente es el art. 628 Proyecto Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

La posibilidad de disponer de medidas cautelares en materia de alimentos resulta novedosa, sin bien jurisprudencial y doctrinariamente están aceptadas.

Este tipo de normas existen en los códigos procesales locales, sin embargo, la normativa civil otorga la posibilidad de disponer medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos.

1. Alimentos futuros

En cuanto a los alimentos futuros cabe distinguir si ya las cuotas ya han sido determinadas o no.

2 Cuando todavía no han sido determinadas, Guahnon considera que la adopción de medidas cautelares es restrictiva y quien los solicita deberá acreditar la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la caución suficiente. Teniendo los alimentos una finalidad asistencial, no podrá requerirse al alimentado otra caución que no sea la personal.

5Ya determinada la cuota alimentaria, sea provisoria, definitiva o convenida, en caso de ser necesario asegurar su cumplimiento, el art. 648 del CPCCN supedita la traba de embargo a la previa intimación de pago, aunque nada impide que se pueda disponer *inaudita parte* para evitar que el obligado al pago se insolvente o desapodere de sus bienes.

En caso que el bien afectado por la medida cautelar le acarree un perjuicio al demandado, éste podrá solicitar la sustitución de dicha medida ofreciendo otras garantías suficientes.

Las medidas posibles son: el embargo, la inhibición general de bienes, intervención judicial, entre otras.

2. Alimentos devengados

Entendemos que esta norma se aplica sólo a los alimentos futuros y no a los devengados, por cuanto estos últimos no son pasibles de una medida cautelar, sino que ante el incumplimiento de pago procede una medida ejecutiva, tal como lo autoriza el art. 553 que comentaremos más adelante.

Art. 551.— Incumplimiento de órdenes judiciales. Es solidariamente responsable del pago de la deuda alimentaria quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma no existía en el Código de Vélez.

Su fuente es el art. 630 del Proyecto de Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

Es costumbre en la práctica de nuestros tribunales, en la medida en que sea posible, retener directamente del sueldo del obligado al pago, la suma o porcentaje fijado por el juez. Dicho monto es abonado mediante depósito judicial directamente por el emplea-

dor.

Dicha retención no configura un embargo, sino que se descuenta del haber mensual, la suma determinada o convenida, en concepto de retención.

En atención a esta forma práctica de proceder, y a fin de evitar maniobras del obligado al pago con su empleador para evadir el cumplimiento de la cuota alimentaria, se incorporó esta norma al nuevo Código que condena a quien incumple con esta manda, con una responsabilidad civil de manera solidaria. Es decir que en caso de incumplimiento, ya sea en la falta de retención, como en la retención pero en la falta de depósito, debe la suma de la cuota incumplida, solidariamente con el alimentante.

Perrino siguiendo a Bossert, opina que dicho incumplimiento configura el delito de desobediencia tipificado en el art. 239 del Cód. Penal.

Art. 552.— Intereses. Las sumas debidas por alimentos por el incumplimiento en el plazo previsto devengan una tasa de interés equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adiciona la que el juez fije según las circunstancias del caso.

HARSCALEX98I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 622 del Código Civil rezaba que el deudor moroso debía los intereses convenidos y de no haber convenidos los que provean las leyes especiales, y de no existir estos últimos el juez determinaría el interés que debe abonar.

El fundamento para esta postura se halla en la nota que el propio Vélez hace al art. 622, cuando dice:

"Me he abstenido de proyectar el interés legal, porque el interés del dinero varía tan de continuo en la República, y porque es muy diferente el interés de los capitales en los diversos pueblos. Por lo demás, el interés del dinero en las obligaciones de que se trata, corresponde a los perjuicios e intereses que debía pagar el deudor moroso".

II. COMENTARIO

Se ha discutido en doctrina y jurisprudencia, cuál era la tasa a aplicarse en caso de incumplimiento de las cuotas alimentarias. Mayoritariamente se llegó a la conclusión que la tasa pasiva no cumplía con la función resarcitoria de los intereses moratorios.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha terminado con esa discusión al regular expresamente la aplicación de la tasa más alta que cobren los bancos según las reglamentaciones del Banco Central de la República Argentina.

A dicha tasa se le adicionará la que fije el juez en concepto de interés, según las circunstancias del caso. Entendemos que estas últimas se trata de un interés compensatorio.

III. JURISPRUDENCIA

Las deudas de alimentos devengan intereses: a) a partir del vencimiento del plazo fijado en la sentencia para el pago de las cuotas, respecto de las posteriores a ésta; b) a

partir de la constitución en mora desde el vencimiento de cada período, respecto de las anteriores (CNCiv., en pleno, 14/7/1976, La Ley Online, AR/JUR/432/1976).

Art. 553.— Otras medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía en el antiguo Código Civil, normativa en este sentido, siendo de aplicación la imposición de astringentes o sanciones pecuniarias conminatorias, reguladas en el art. 666 bis Cód. Civil.

Su fuente es el art. 629 Proyecto Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

Frente al incumplimiento del alimentante, la vía procesal de ejecución de la sentencia es la prevista por el art. 648, CPCCN: intimación de pago, embargo y ejecución de los bienes.

La doctrina y la jurisprudencia han admitido otros medios procesales compulsivos para obligar al alimentante al cumplimiento de la prestación debida, como la imposición de astringentes o sanciones pecuniarias conminatorias, la interrupción del procedimiento iniciado por reducción de la cuota o cese de los alimentos, la suspensión del juicio de divorcio en trámite, o la suspensión del régimen de visitas del progenitor incumplidor, aunque en este último caso cabe observar que tal derecho no se otorga en beneficio del progenitor sino del niño a tener una adecuada comunicación con él, por lo que entendemos que esta última no es una "medida razonable" a los efectos de este artículo.

Las astringentes se encuentran reguladas en el art. 804 del nuevo texto, otorgando la posibilidad a los jueces de imponer condenaciones conminatorias de carácter pecuniario a quienes no cumplen con deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial, totalmente aplicable a los casos de incumplimiento del deber alimentario.

Existen otras sanciones para dicho incumplimiento en los ordenamientos locales y de reciente creación. Así, por ej., la ley 269 dictada por la Ciudad de Buenos Aires establece un Registro de Deudores Alimentarios, en el cual se incluyen a quienes deban tres cuotas consecutivas o cinco alternadas. La inscripción se realiza por orden del juez que entiende en el proceso de alimentos y trae aparejada como sanción la imposibilidad de ser proveedor del gobierno comunal, de ingresar como empleado de éste, salvo que se asegure el cumplimiento de la cuota o la restricción de obtener registro de conductor, salvo que lo sea por cuestiones laborales y se asegure el monto de la cuota. Recientemente la provincia de Buenos Aires ha dictado una normativa similar (ley 13.074).

Finalmente, el art. 2281, inc. e) enumera como causal de indignidad, a los parientes que no hayan prestados los alimentos debidos.

III. JURISPRUDENCIA

Desde antigua data, doctrina y jurisprudencia han admitido, aparte de los medios comunes a todo acreedor para lograr el cumplimiento de la prestación, diversas sanciones tendientes a obtener la satisfacción de la obligación alimentaria, entre las que figura la suspensión del juicio de reducción de la pensión fijada (CNCiv., sala F, 5/11/1980, ED, t. 92; La Ley Online, AR/JUR/2399/1980).

Art. 554.— Cese de la obligación alimentaria. Cesa la obligación alimentaria:

- a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad;
- b) por la muerte del obligado o del alimentado;
- c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil establecía en su art. 373 (modificada por la ley 23.264) que la obligación alimentaria cesaba si los descendientes en relación a sus ascendientes y los ascendientes en relación a sus descendientes, cometieren algún acto por el que puedan ser desheredados.

Su fuente es el art. 632 Proyecto Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

1. Cese de la cuota alimentaria

El artículo en comentario establece tres causas de cese de la prestación alimentaria. Veamos cuáles:

1.1. Si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad: La norma a diferencia del Código de Vélez hablaba de causales de desheredación. Esto responde a que este instituto de desheredación no fue incorporado al Código Civil y Comercial.

Si bien la exclusión del supuesto indigno sólo puede ser demandada después de abierto el sucesorio del causante, dichas causales pueden ser acreditadas en un incidente de cesación de cuota alimentaria a los efectos de la extinción de la obligación.

Las causales de indignidad se encuentran enumeradas en el art. 2281, haciéndose una remisión a la ley 23.264.

El art. 554 del CCyC establece que la obligación alimentaria cesa en tres casos: a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad; b) por la muerte del obligado o del alimentado; c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el procedimiento más breve que prevea la ley local. Esto significa que el demandante debe elegir el procedimiento que sea el más expedito para su caso, ya sea el ordinario o el sumario, o incluso el de conocimiento de hecho si corresponde.

En el caso de la indignidad, el art. 2281 del CCyC enumera las causales: a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad; b) por la muerte del obligado o del alimentado; c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

2. Incidente de cese, aumento o reducción

Cabe destacar que el cese de la cuota alimentaria, excepto en el caso de muerte el cual se extingue de pleno derecho, debe ser peticionado ante el mismo juez que otorgó los alimentos. Así la última parte de la norma en comentario dispone que la petición de cese, aumento o reducción tramita por el procedimiento más breve, previsto en las leyes locales.

El convenio homologado o la sentencia que fija los alimentos no hacen cosa juzgada material, sino formal y, por lo tanto, pueden ser modificados si cambian las circunstancias de hecho que llevaron a su determinación. Puede suceder, a modo de ejemplo, que el alimentado obtenga recursos propios para su manutención o que el alimentante pierda sus propios recursos y no pueda afrontar el pago de la cuota, entre otros casos relacionados con la existencia de parientes con obligación preferente o igual al que los está abonando.

En tales casos, el alimentante podrá iniciar un incidente que puede estar destinado a la cesación de la cuota, su reducción o, eventualmente, la contribución de algún pariente de igual grado que él. Por su parte, el alimentado puede promover el aumento de la cuota por resultar ésta insuficiente o haber mejorado la capacidad económica del demandado.

La promoción del incidente no suspende la ejecución de la cuota vigente, sino que en caso de hacerse lugar a la nueva cuota o la extinción, ella regirá desde la interposición del incidente respectivo.

El art. 650 del CPCCN, regula esta cuestión, disponiendo que dichas peticiones se sustanciarán por el trámite de los incidentes en el mismo proceso en que fueron solicitados.

III. JURISPRUDENCIA

Las circunstancias eximentes de la obligación alimentaria deben ser probadas por el

propio interesado, en orden a lo dispuesto por los arts. 377 y 643 del Cód. Procesal (ADLA, XXVII-C, 2649), y porque así lo impone la natural propensión de juzgar con amplitud y criterio marcadamente favorable a su procedencia todo lo relativo a la exigencia de cumplimiento del deber alimentario (CNCiv., sala D, 28/12/1981, LA LEY, 1982-B, 414).

Es competente para entender en el trámite incidental en el que se pretende la reducción de la cuota alimentaria el magistrado del fuero civil y comercial ante el cual se tramitó el proceso principal de fijación de la cuota alimentaria que finalizó con sentencia firme, pues es el que se encuentra en mejores condiciones y el único que deviene competente para analizar su modificación, aumento o cese, conforme lo dispuesto por el art. 647 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (SCBA, 22/2/2006; LLBA 2006 mayo, 483).

El aumento, disminución y cesación de la cuota alimentaria requiere una modificación en los presupuestos de hecho sobre cuya base se estableció la pensión y su monto, quedando a cargo de quien la pretende la prueba fehaciente de aquellos extremos (CNCiv., sala G, 3/12/1985, LA LEY, 1986-B, 68, AR/JUR/2085/1985).

SECCIÓN 2ª

DERECHO DE COMUNICACIÓN

Art. 555.— Legitimados. Oposición. Los que tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de estos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado. Si se deduce oposición fundada en posibles perjuicios a la salud mental o física de los interesados, el juez debe resolver lo que corresponda por el procedimiento más breve que prevea la ley local y establecer, en su caso, el régimen de comunicación más conveniente de acuerdo a las circunstancias.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

1505 El art. 376 bis, Cód. Civil, establecía el derecho de visitas para aquellos parientes que tuvieran derecho de reclamarse alimentos entre sí.

La norma surgió como una respuesta a distintos precedentes judiciales en los cuales los abuelos solicitaban ver a sus nietos ante la negativa de los padres de éstos. Para otorgar tal derecho los fallos se apoyaban en que esa visita era beneficiosa para los niños en tanto reafirmaba sus vínculos familiares en un concepto más amplio que la relación familiar nuclear.

Sin embargo, el artículo sancionado no se limitaba a conceder ese derecho a los abuelos para con sus nietos, sino que obligaba a los padres, tutores o curadores de menores de edad e incapaces y a quienes tengan a su cuidado a personas enfermas o imposibilitadas a permitir la visita de los parientes que tengan derecho alimentario. El espectro de legitimados se aumentaba así a los enunciados en los arts. 367 y 368, Cód. Civil,

esto es, ascendientes y descendientes sin limitación, hermanos y medios hermanos y parientes por afinidad en primer grado.

Sus fuentes son el art. 376 bis del Código Civil y el art. 634 Proyecto Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

La norma en comentario, siguiendo el lineamiento del antiguo art. 367 bis, obliga a las personas que tenga a su cargo a menores de edad, con capacidad restringida, enfermas o imposibilitadas a permitir la comunicación de éstos con sus ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, es decir a todos aquellos que tengan un derecho alimentario recíproco (arts. 537 y 538).

Se sustituyen las palabras "padre, tutor o curador" de la anterior regulación, extendiendo la obligación a todos los que tengan "el cuidado" de los menores, que en el régimen anterior era conocido como "tenencia".

Ahora bien, entendemos que la comunicación entre ascendientes y descendientes que establece la norma, no se está refiriendo al deber que tiene el progenitor que tiene el cuidado de sus hijos, con relación al otro no conviviente, por cuanto ellos tienen una regulación específica en el art. 652.

Se deja librado a la prudencia de los jueces las modalidades del derecho otorgado, es decir, la frecuencia de los encuentros, los lugares donde éste se desarrollará, su duración e inclusive la necesidad de acompañamiento por alguna otra persona o funcionario judicial en caso de ser necesario.

Se otorga a los padres la posibilidad de oponerse al pedido cuando consideraren que ello puede ser perjudicial, estableciéndose que el juicio de pedido y la eventual oposición tramitará con arreglo al proceso más breve que prevean las leyes locales.

Dicha oposición deberá ser fundada y estará en cabeza del oponente la carga de la prueba que la comunicación con la persona que la pretende puede ocasionar un perjuicio grave en el niño, niña o adolescente.

III. JURISPRUDENCIA

Si bien cuadra diferenciar el derecho de visita de los padres respecto de sus hijos, con el que el art. 376 bis (Adla, XXXV-C, 2718), concede a los abuelos y demás parientes que se deben recíprocamente alimentos, ello no implica desvalorizar la presencia de tales familiares en la vida de un niño, de un incapaz o de un enfermo (CNCiv., sala E, 7/8/1987, LA LEY, 1988-A, 391).

Art. 556.— Otros beneficiarios. Las disposiciones del artículo 555 se aplican en favor de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código de Vélez no contenía una norma específica en este sentido. Doctrinariamente se ha entendido que la legitimación activa no resulta restrictiva para otros parientes e incluso interesados legítimos que, aun sin tener derecho alimentario, pueden

reclamarlo. Ello así porque si el fundamento es el desarrollo de los vínculos familiares, no existe óbice para que se conceda aún a quienes no tienen obligación de prestar alimentos.

Su fuente es el art. 635 Proyecto Código Civil y Comercial 1998.

II. COMENTARIO

El Código Civil y Comercial de la Nación extiende el derecho a la comunicación con menores de edad, con capacidad restringida, enfermas, o imposibilitadas en favor de quienes justifiquen un interés "afectivo", concepto que se reitera en varias oportunidades a lo largo de todo el articulado.

Pero cabe preguntarse, ¿a quiénes se refiere la norma cuando habla de interés "afectivo legítimo"? Dicho concepto es muy amplio y hasta ambiguo, ya que el afecto se trata de un sentimiento. El dec. 415/2006, reglamentario de la ley 26.061, en su art. 7º asimila al concepto de familia a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos afectivos o significativos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

En este orden de ideas, podemos citar a modo de ejemplo: a) a sus padrinos y/o madrinas, en un sentido religioso; b) al ex conviviente del progenitor que convivía con los hijos menores de su pareja y colaboró en su crianza; c) a las personas que mediante una relación de amistad con los progenitores de los menores que tienen un trato de "tío/sobrino" con ellos; entre otros, que en definitiva quedará a criterio del juez que entienda en la causa.

Si bien se aplican las normas del artículo anterior, entendemos que quien solicite este derecho de comunicación deberá acreditar su vínculo afectivo y que el contacto es beneficioso para la persona en favor de quien se pretende la comunicación.

III. JURISPRUDENCIA

El pedido de fijación de régimen de visitas efectuado por el tío respecto de su sobrino biológico dado en adopción plena debe ser sustanciado con los representantes legales del niño, por lo que no corresponde su desestimación *in limine*. Pues, resulta prioritario para la judicatura el conocimiento del estado actual del niño, la previa citación y audiencia de sus representantes legales, así como también la participación del menor en el proceso en calidad de sujeto de derecho conforme a su edad y madurez. Ello, a los efectos de lograr la promoción y protección integral de sus derechos y el respeto y la preservación de sus relaciones familiares, dispuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 (CNCiv., sala B, 20/9/2009, Infojus, Sumario: C0403570).

"En el régimen de visitas los que no son parientes en el grado indicado en el art. 376 bis del Código Civil solo tienen un interés susceptible de ser legítimo que puede ser tutelado por el ordenamiento en la medida en que coincida con un interés superior de los sujetos por visitar. Cuando se trata de demandas promovidas por quienes invocan un interés legítimo, éstos, además de probar su existencia, han de acreditar que lo pretendido resulta beneficioso para quien sería visitado así como que la oposición que se revela arbitraria o abusiva. El derecho a las visitas es de carácter ambivalente, ya que por un

lado satisface la apetencia a visitar del sujeto activo y por el otro atiende el requerimiento de ser visitado y asistido del sujeto pasivo. En la armonización de ambos intereses debe priorizarse la parte más necesitada, que es el menor o incapaz cuya conveniencia física y espiritual será determinante. Es así que la valoración prudencial de los elementos arrojados a la causa debe primar al tiempo de determinar lo que resulte más conveniente al supremo interés del menor involucrado (CNCiv., sala B, 12/3/2012, Infojus, Sumario: C0409330).

Art. 557.— Medidas para asegurar el cumplimiento. El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado medidas razonables para asegurar su eficacia.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

id15540838 No existía norma alguna en este sentido. Ya en la práctica de nuestros tribunales se aplicaba *astreintes* reguladas por el anterior art. 666 bis.

II. COMENTARIO

El nuevo texto legal le otorga la posibilidad al juez de ordenar medidas complementarias para el caso de incumplimiento de la sentencia judicial que ordene la comunicación con quien lo petitionó.

Si bien alguna jurisprudencia ha considerado que las sanciones pecuniarias, como la aplicación de *astreintes*, o resarcimiento de daños, no resultan suficientes para lograr el restablecimiento de contacto, entiendo que dichas medidas disciplinarias podrían revertir la situación de incumplimiento.

Como manifestamos al comentar el art. 553 establecimos que dichas sanciones conminatorias se encuentran reguladas en el art. 804 del nuevo texto legal.

Sin perjuicio de ello, creo que no sería aplicable la figura penal impuesta por la ley 24.470, toda vez que ésta regula la situación en donde uno de los progenitores impide el contacto con el otro progenitor, y al ser una sanción penal, no podrá hacerse extensiva a personas que la norma no contempla.

TÍTULO V

FILIACIÓN

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Por IGNACIO GONZÁLEZ MAGAÑA

Bibliografía clásica: AZPIL, JORGE O., *Juicio de filiación y patria potestad*, 2ª ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006; BOSSERT, GUSTAVO A. y ZANNONI, EDUARDO A., *Régimen legal de filiación*

y patria potestad, Astrea, Buenos Aires, 1985; FAMÁ, MARÍA VICTORIA, *La filiación. Régimen constitucional, Civil y Procesal*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009; GROSMAN, CECILIA, "De la Filiación" en BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. I-B, Hammurabi, Buenos Aires, 2007; KRASNOW, ADRIANA N., *Filiación*, La Ley, Buenos Aires, 2006; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión jurisprudencial de la filiación*, Rubinzal, Santa Fe, 1997; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA y D'ANTONIO, DANIEL, *hDerecho de familia*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001.

Bibliografía de la reforma: AZPIRI, JORGE O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (julio), 115; BELLUSCIO, CLAUDIO A., "El interés superior del niño. Su fundamentación", DFyP 2012 (octubre), 92; BERBERE DELGADO, JORGE CARLOS, "El Derecho Filial en el proyecto de Código Civil y Comercial - Nuevos paradigmas", DFyP 2012 (julio), 141; BORDA (h.), GUILLERMO J., "Las relaciones de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (julio), 32; LAJE, ALEJANDRO, "Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial por el Proyecto", DFyP 2012 (julio), 136; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", DFyP 2012 (julio), 124; "Regulación del matrimonio y el divorcio en el Proyecto", LA LEY, 2012-D, 888; RIVERA, JULIO CÉSAR, "La proyectada recodificación del derecho de familia, DFyP 2012 (julio); SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Apuntes sobre la filiación en el Proyecto", DFyP 2012 (julio), 129; 3.

♦ ♦ ♦

Art. 558.— Fuentes de la filiación. Igualdad de efectos. La filiación 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, conforme a las disposiciones de este Código.

Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La filiación es la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia.

El Código de Vélez, reconocía tres fuentes para su determinación: 1) el reconocimiento voluntario: proviene del acto voluntario mediante el cual se reconoce a un hijo propio; 2) Fuente legal: cuando la filiación se determina por ley, sobre la base de un supuesto de hecho determinado (art. 565, primer párrafo) y 3) Fuente judicial: el reconocimiento filial es imperativamente otorgado mediante una sentencia judicial, que declara una filiación no reconocida en forma voluntaria.

Por su parte, el Código Civil de Vélez Sarsfield, reconocía dos fuentes generadoras de vínculos jurídicos de filiación: por naturaleza, a través del hecho biológico de la procreación o por vía legal, a través del instituto de la adopción.

Ello implicaba que en la filiación por naturaleza, se generaban vínculos jurídicos entre el hijo engendrado, con su padre y madre; mientras que la filiación determinada por adopción vinculaba al hijo con el o los adoptantes, según el caso.

A su vez, si el vínculo filial era determinado por fuente natural, la ley organizaba los

derechos y deberes emanados de ese vínculo de conformidad al estado civil de los progenitores, estableciendo diversos supuestos según la filiación fuera matrimonial o extramatrimonial; mientras que si la filiación era determinada por vía legal, a través de la adopción, el vínculo entre adoptante y adoptado podía ser otorgado en forma plena o simple, provocando diversas consecuencias la aplicación de uno u otro supuesto.

II. COMENTARIO

1. Filiación por naturaleza

Los principios generales de la filiación por naturaleza se mantienen prácticamente inalterables en relación al texto derogado.

En este sentido, se establece que la filiación por naturaleza, genera vínculos jurídicos entre el hijo engendrado, con su padre y madre, reconociendo el origen en el acto sexual y, por ende, en el elemento biológico como bastión inexpugnable para determinar la filiación.

Lo expuesto, redundante en que el fundamento básico de la filiación por naturaleza, es el vínculo biológico. El legislador, al fijar las presunciones que conducen al vínculo paterno-filial, o al reglamentar su investigación o impugnación, históricamente hizo referencia a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos, o sea a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante.

El ordenamiento legal pretende que el vínculo jurídico que determina el emplazamiento sea consecuencia directa del nacimiento con vida de la persona, armonizando el vínculo jurídico establecido por ley, con la relación biológica preexistente.

2. Filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida

La filiación determinada a través de Técnicas de Reproducción Humana asistida implica un cambio de paradigma radical al modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo.

Ello así, pues la filiación determinada por Técnicas de Reproducción Humana Asistida, tiene fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia de quién haya aportado el material genético (art. 575).

En este sentido, la ley especial que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida, conceptualiza estas prácticas, como todos aquellos procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo (art. 2°, ley 26.862) y es desde esta perspectiva, que el Código regula la filiación determinada por técnicas de reproducción humana asistida en sentido amplio, es decir, receptando la posibilidad de que este vínculo jurídico se establezca tanto sea fruto de prácticas de tipo *homólogas*, es decir, en aquellas donde el material genético corresponde a los comitentes que requieren la técnica, como así también respecto de aquellas de carácter *heterólogas*, en las cuales, el material genético proviene en un todo, o en parte, de un tercero o terceros ajenos al solicitante o pareja requirente.

Armoniza de este modo el Código su texto a los avances normativos alcanzados no

solamente por la ley 26.862, texto al que se adecuó la ley 14.208 de la Provincia de Buenos Aires mediante la reforma introducida por la ley 14.611; sino también al estándar impuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente "Artavia Murillo" del 28/11/2012, en cuanto al reconocimiento del acceso a los beneficios de estas técnicas, como un derecho humano.

En cuanto a su origen, las técnicas de reproducción humana asistida pueden clasificarse de la siguiente forma:

1) Baja complejidad: Son aquellos procedimientos en los cuales se encuentra la inseminación artificial, que consiste en un procedimiento ambulatorio, sin anestesia general y que reconoce variantes, según el lugar del aparato reproductor femenino donde se inyecta el espermatozoides, pudiendo depositarse en el fondo de la vagina, cuello del útero, líquido intraperitoneal o en la cavidad uterina, siendo la nombrada en último término, la que se practica en la actualidad.

2) Alta complejidad: Dentro de esta categoría se incluye a la fertilización *in vitro* (F.I.V) con todas sus variantes, que implica un procedimiento de alta complejidad, que necesita de un laboratorio altamente especializado; en el cual se soluciona la imposibilidad de que el óvulo sea fecundado en forma intrauterina, a través de la extracción, por medio quirúrgico, de óvulos de la mujer, que junto con el semen, serán fecundados en condiciones de laboratorio, es decir, en forma extrauterina; cuyas complejidades, más allá de las aristas de clínica médica que pudiera presentar el caso, ya han repercutido en sede judicial, en lo que respecta al material genético sobrante como resultado de estas prácticas.

Ahora bien, si bien la inseminación artificial y la fecundación *in vitro* resultan ser prácticas de alta complejidad, guardan entre sí una clara diferencia y es que el nombrado en primer término consiste en la introducción del gameto masculino mediante un catéter en el aparato genital femenino, produciéndose la fecundación y la formación del cigoto en su ambiente natural, a diferencia del tratamiento *in vitro*, en el cual la formación del cigoto se produce en una probeta, es decir fuera del seno materno; situación que si bien complejiza la determinación del inicio de la vida humana (art. 19 de este Código), en nada complica la determinación de los vínculos filiales derivados de la aplicación de una u otra técnica.

En conclusión, y conforme la regulación legal prevista por este Código y por la ley especial, se podrán establecer vínculos filiales derivados de técnicas de reproducción humana asistida en los siguientes casos:

1. Matrimonio o pareja heterosexual en la cual la concepción no se puede realizar en forma intrauterina, y con material genético propio de la pareja logran la concepción extracorpórea y su posterior implantación en el seno de la mujer.

2. Matrimonio o pareja heterosexual en la cual la mujer no puede generar óvulos ni concebir y el embrión se forma con el semen del hombre y los óvulos de una mujer donante para luego ser implantada en la mujer.

3. Matrimonio o pareja compuesta dos mujeres en la cual ninguna de ellas puede concebir pero pueden generar óvulos y el embrión se forma con el óvulo de una de las mujeres y con el semen de un hombre donante, pudiendo implantarse un embrión en cualquiera de ellas.

4. Mujer que aporta su gameto y el embrión se forma con el semen de un hombre donante, para luego implantarse en el seno de la mujer aportante.

5. Mujer que no puede generar óvulos; formándose el embrión con material genético donado e implantándose posteriormente en el seno de la mujer que consintió la técnica.

Quedará sujeto al arbitrio judicial la procedencia de los siguientes supuestos ante la falta de una regulación expresa que las autorice:

1. Matrimonio o pareja entre dos hombres en la cual uno de ellos aporta el semen y el embrión se forma con el semen del hombre y el óvulo de una mujer donante; siendo gestado por una tercera mujer, que no aporta material genético alguno para la concepción.

2. Hombre que aporta su gameto y el embrión se forma con el óvulo de una mujer donante, siendo gestado por una tercera mujer que no aporta material genético alguno para la concepción.

3. Matrimonio o pareja heterosexual en la cual la mujer puede generar óvulos pero no puede concebir, el hombre no puede generar espermatozoides fértiles y el embrión se forma con el óvulo de la mujer y con el semen de un hombre donante, para luego implantarse en el seno de una tercera mujer que no aporta material genético alguno para la concepción.

2.1. Diferencias con la filiación determinada por naturaleza y por adopción

La categorización de un nuevo mecanismo para determinar vínculos filiales, se justifica por el distinto origen que poseen las tres vías previstas por la norma para generar el vínculo referido.

En este sentido, debe señalarse que en la filiación por naturaleza reconoce su origen en el dato biológico, derivado del acto sexual; de manera tal de hacer coincidir en lo posible el vínculo biológico a la determinación de la filiación; es decir, dando absoluta supremacía al dato genético como fuente generadora del vínculo.

Con respecto a la adopción, las figuras se acercan, ya que en ambos casos el vínculo se determina por el elemento volitivo, pero se diferencian porque en el caso de las TRHA la voluntad debe ser manifestada con anterioridad a la concepción, mientras que en la adopción la voluntad se expresa con posterioridad al nacimiento (art. 597).

En síntesis, el reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida como fuente autónoma para emplazar vínculos filiales, traduce en términos concretos la aplicación de los principios constitucionales involucrados en relación a este punto y que garantizan el derecho a fundar una familia con base en el principio de igualdad y no discriminación; ya que a partir de este reconocimiento, se prevé la posibilidad de que una mujer sola, pueda ser madre sin necesidad de que esté casada o en pareja con otra persona, o bien la posibilidad de que un matrimonio constituido por dos mujeres pueda constituir vínculos filiales respecto a un niño, sin necesidad de forzar la aplicación analógica del art. 243 del Código Civil de Vélez.

Por último, cabe señalar, que las complejidades sobre la aplicación de estas técnicas, ya había sido advertida al elaborar el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1998,

cuando al tratar del comienzo de la existencia de las personas dispuso que ello se producía con la concepción; eliminando la expresión en el seno materno para que queden comprendidas las concepciones extrauterinas adecuando el concepto entonces no sólo a la realidad científica vigente a ese momento, sino también a la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 4º, inc. 1).

Esta idea rectora ha sido receptada por este Código, conforme se desprende del texto del art. 19, a cuyo comentario remitimos.

3. Filiación por adopción

La filiación determinada por adopción vincula al hijo con el o los adoptantes, produciéndose en el caso de la adopción plena un desmembramiento entre el vínculo jurídico forjado con los adoptantes y el derecho a conocer los orígenes que lo une a la familia biológica.

La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen (ver art. 620 y su comentario), ostentando dentro de su familia adoptiva, los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

Por su parte, la adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante; salvo las excepciones que establece el art. 621, facultando al Juez a mantener subsistentes los vínculos jurídicos que puedan existir con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple.

A su vez, se incorpora un nuevo tipo de adopción denominada como *adopción de integración*, por la cual se mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

4. Equiparación filiatoria

El artículo estipula que la filiación determinada por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

Quedan fuera de esta determinación la filiación por adopción simple y la denominada *adopción de integración*, cuyo tratamiento se encuentra desarrollado en los comentarios a los arts. 627 a 633 de este trabajo.

4.1. El doble vínculo filial como límite legal

En otro tiempo, no muy lejano, hubiese resultado absolutamente innecesario determinar que una persona puede tener hasta un máximo de dos vínculos filiales.

Ello, pues el binomio clásico que reguló las relaciones filiales hasta la reforma que nos ocupa, se basaba en el tándem *padre-madre*, como único e insustituible núcleo capaz de generar vínculos filiales, sea éste de carácter matrimonial o extramatrimonial.

La regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida —y especialmente la regulación específica de las prácticas de carácter heterólogas; previstas por la ley

26.852— toman absolutamente necesaria esta disposición, dado que, como resultado de estos procedimientos, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales.

A su vez, la regulación de la denominada adopción de integración hace necesaria esta salvedad, en caso de que el adoptado tenga un vínculo filial doble de origen, en cuyo caso, será de aplicación la facultad judicial que otorga el art. 621 de este Código, conforme lo dispone en forma expresa el art. 631 inc. b).

III. JURISPRUDENCIA

Son inconstitucionales los arts. 250 del Cód. Civil y 45 de la ley 26.413, en cuanto impiden inscribir reconocimientos sucesivos de una persona por progenitores de un mismo sexo pues, siendo que el instituto de la filiación se estructura en función del mejor interés del hijo, éste queda mejor protegido con la constitución de una doble relación jurídica de filiación que le otorgue los derechos derivados de ella respecto de ambas personas con las que mantenga efectivamente un trato filial (Juzg. Cont. Adm. y Trib. CABA, 24/6/2011, La Ley Online. AR/JUR/27511/2011).

8 Art. 559.— Certificado de nacimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

sl2601. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La presente disposición tiene su antecedente en el art. 5º de la ley 14.267 y el art. 241 del Código Civil de Vélez.

Sus fuentes son también el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1006/2012 y la resolución 36/2012 del Ministerio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

Con fecha 3 de julio de 2012 el Boletín Oficial publicó el decreto 1006/2012, el cual regula un régimen de inscripción de excepción de aquellos hijos menores de edad nacidos en el seno de un matrimonio entre mujeres con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 26.618.

En líneas generales, el decreto establece las siguientes prerrogativas:

a. Fija un plazo de un año contado a partir de su publicación y con carácter excepcional, prorrogable por un (1) año más, un trámite administrativo para completar la inscripción del nacimiento de niños menores de dieciocho (18) años de edad de matrimonios conformados por dos (2) mujeres nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618, de acuerdo con los términos establecidos por el art. 36, inc. c) de la ley 26.413, sustituido por el art. 36 de la citada ley.

b. Determina que ambas cónyuges deberán manifestar expresamente ante el Oficial Público del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas su pleno consen-

miento a la inscripción en los términos del art. 36, inc. c), de la ley 26.413, sustituido por el art. 36 de la ley 26.618.

c. En ningún caso podrán completarse inscripciones, en los términos del presente decreto, si el menor tuviere una filiación paterna inscrita con anterioridad.

En este orden de ideas, el decreto en comentario intenta equiparar las filiaciones generadas con anterioridad a la ley 26.618 con aquellas producidas con posterioridad, mas sólo en matrimonio compuesto entre mujeres.

El decreto fijó, con anterioridad a la sanción de la ley 26.862 y su decreto reglamentario, una clara pauta para la inscripción de nacimientos derivados de técnicas de reproducción humana asistida, insistimos, única vía posible para determinar vínculos filiales no adoptivos en un matrimonio entre personas del mismo sexo.

La resolución 38/2012 del Ministerio de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, en sintonía con lo hasta aquí expuesto, instruyó a la Dirección General de Registro Civil y Capacidad de las Personas para que *"admita y proceda a la inscripción de niños/as, cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo respetando los términos de la ley 26.618, evitando adicionar constancias lesivas o discriminatorias; y equiparando las mismas sin establecer diferencias entre las partidas de niños/as, ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as"* (art. 1º) y que *"suprima de los formularios, inscripciones, partidas y demás documentos oficiales toda referencia que pueda resultar una distinción entre solicitantes del mismo o diverso sexo, generando procesos de identificación y discriminación contrarios al principio de igualdad"* (art. 4º).

La reglamentación aludida es precavida en cuanto regula especialmente el caso en el que se presente un matrimonio o pareja constituido por dos mujeres; en tanto un matrimonio o pareja constituida por dos hombres debe necesariamente ocurrir a la gestación por sustitución, instituto no regulado en forma específica por este Código.

II. COMENTARIO

Importa a que la redacción de la norma difiere en algunos caracteres respecto de sus antecesoras, reconoce la misma finalidad, esto es, favorecer el trato igualitario de los hijos independientemente de que éstos sean matrimoniales, extramatrimoniales o adoptivos.

En este contexto, debe reconocerse que la *causa fin* de la norma es absolutamente loable, pues propicia la determinación del mismo *status jurídico* para todo hijo, ya sea que haya sido concebido mediante técnicas de reproducción humana asistida, o que su filiación haya sido determinada por naturaleza o por vía adoptiva.

Sin perjuicio de ello, debe puntualizarse que la sanción de la ley 26.618 que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo y el reconocimiento normativo que establece la ley 26.862 en cuanto a las técnicas de reproducción humana asistida, no permitirían aplicar este precepto en sentido integral, sobre todo en el caso de presentarse una inscripción filial requerida por un matrimonio constituido entre dos mujeres, por vía de fecundación asistida heteróloga.

En los casos referidos, el niño nacido quedaría inscripto como hijo de "María y Susana", lo que indefectiblemente redundará en establecer que el vínculo filial que refleja

la inscripción ha sido determinado por TRHA o en el mejor de los supuestos, por vía de adopción, mas nunca por naturaleza.

Idéntica situación se plantea en el caso de un niño que sea adoptado por un matrimonio constituido entre dos hombres, pues en este caso resultaría claro en forma palmaria el origen de la filiación, independientemente del modo en que se inscriba la misma.

Advertido de ello, el legislador redacta el artículo en sentido negativo —manteniendo la técnica legislativa de la norma del Código de Vélez—, fijando el modo en que no deberá realizarse la inscripción, pero sin propiciar herramienta legal alguna que permita al Oficial Público establecer la forma en que deberá realizarse la inscripción.

Dejamos de lado las complejidades que pueden derivarse de la inscripción de un niño gestado por encargo, y cuya filiación pretende ser asumida por la persona o pareja contratante, en razón de la falta de regulación expresa que dicho instituto posee en este Código.

III. JURISPRUDENCIA

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe inscribir el reconocimiento efectuado por una mujer respecto del hijo de su esposa, que nació y fue concebido mediante inseminación artificial previamente a la celebración de su matrimonio pues, si el varón integrante de una pareja no casada puede asumir formalmente una paternidad que biológicamente no le corresponde, dicha potestad debe ser aplicada analógicamente a los casos de doble maternidad, frente a la ausencia de normas que los regulen (Juzg. Cont. Adm. y Trib. Nro. 6 CABA, 12/7/2011; LA LEY, 2011-D, 315, LA LEY, 2011-D, 601 con nota de Eduardo A. Sambrizzi, PH Jurídico, LLCABA, Revista de Familia, AR/JUR/33154/2011).

Corresponde rectificar la partida de nacimiento de un menor, debiendo consignarse que es hijo de quien lo dio a luz y de la mujer que es su pareja y donó el óvulo para que se produjera la fecundación pues, una solución contraria implicaría asentar regístralmente una filiación que no corresponde a su verdadero mapa biológico, como así también aceptar una situación de clara discriminación por la condición sexual de la pareja, todo lo cual vulneraría los derechos fundamentales a la identidad y a la autonomía personal (Juzg. Cont. Adm. y Trib. Nro. 4 CABA, 7/4/2011, LA LEY, 2011-C, 370 con nota de Mercedes Ales Uría; LA LEY, 2011-C, 474 con nota de Eduardo A. Sambrizzi; LLCABA 2011 [junio], 281 con nota de Karina A. Bigliardi; María A. Donato; DJ, RDFyP 2011 [julio], 47 con nota de Jorge Nicolás Lafferrère; Úrsula C. Basset; Ignacio González Magaña; RDFyP 2011 [septiembre], 298, AR/JUR/15967/2011).

CAPÍTULO 2

REGLAS GENERALES RELATIVAS A LA FILIACIÓN POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA

Por IGNACIO GONZÁLEZ MAGAÑA

Bibliografía clásica: KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, HERRERA, MARISA, LAMM, ELEONORA, "Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico", LA LEY, 2012-E, 1257.

♦ ♦ ♦

Art. 560.— Consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida. El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo no reconoce fuente legal previa.

Son sus fuentes la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013.

II. COMENTARIO

1. Caracteres del consentimiento

1.1. Debe ser recabado por el centro de salud interviniente: Establece la norma que será el centro de salud interviniente quien deberá recabar el consentimiento previo informado y libre de quien se someta a estas técnicas. Advertimos, sin embargo que su redacción en este punto es poco feliz, pues se refiere a las *trchpersonas* en sentido plural, lo que puede llegar a confundir en cuanto a la interpretación que deba darse a su alcance, es decir, si se refiere a todas las personas que se someten a estas técnicas, o bien, si el sentido plural del término debe entenderse como una limitación a la pareja que concurre a realizar este tratamiento.

1.2. Debe renovarse el consentimiento cada vez que se efectúa una nueva técnica: Resulta absolutamente necesaria y coherente esta aclaración legal; pues este consentimiento libre y pleno otorgado en forma previa a la concepción del embrión es el fundamento de la filiación que se va a determinar una vez que nazca el niño, reconociendo el texto legal que en caso de que este consentimiento no sea prestado en los términos previstos por la norma, se aplicarán los principios relativos a la filiación determinada por naturaleza.

1.3. La instrumentación del consentimiento debe contener los requisitos previstos

por la ley 26.862: El art. 7° del decreto 956/2013 que reglamenta la ley 26.862, establece que el consentimiento informado deberá ser prestado por la persona que requiera la aplicación de técnicas de reproducción médicamente asistida, antes del inicio de cada una de ellas. Este consentimiento y su eventual revocación deberán constar en la historia clínica pertinente, con la firma del requirente, y de la cual surja en forma clara la expresión de voluntad, lo cual luce razonable en atención a la naturaleza de los derechos involucrados. Esta práctica a su vez, deberá adecuarse en lo pertinente a lo previsto por la ley 26.529 de Derechos del Paciente y la ley 25.326 de Protección de Datos Personales.

1.4. Es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción de la mujer o la implantación del óvulo en ella: En sintonía con lo expuesto en el punto anterior, la norma establece que el consentimiento expresado en los términos de la ley 26.862 y su reglamentación, podrá ser revocado mientras no se haya producido la concepción de la mujer o la implantación del óvulo en ella.

El contenido deberá armonizarse con el del art. 19 que establece que el comienzo de la vida humana se da en el momento de la concepción. Ello así, pues en los términos que están redactadas ambas normas admite una peligrosa indefinición legal, que admitiría —por ejemplo— que una persona preste el consentimiento para desarrollar una práctica en la cual el embrión se conciba en forma extracorpórea, dando lugar a una *ventana* temporal durante la cual el solicitante podría revocar el consentimiento aun después de la concepción; pero previo al momento de su implantación en el vientre de la mujer; lo cual demuestra la urgente necesidad de determinar en forma específica el status jurídico del embrión no implantado; como así también el alcance hermenéutico que debe darse a la *concepción* en los términos del art. 19 referido.

2. Efectos

El consentimiento prestado por una persona para someterse a las técnicas, esté o no casada con la gestante, convivan de hecho o no con ella, haya sido el dador del elemento fecundante o no, va a quedar emplazado en el estado de padre o de madre, con total independencia de quién aporte los gametos.

Así lo dispone, en concordancia con este artículo, el texto del art. 575 al establecer que en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento informado y libre prestado de conformidad con lo dispuesto por el Código.

Lo descripto anteriormente, será aplicable a todas aquellas personas que se sometan a TRHA, mas no da respuesta a la solución que debe aplicarse para aquellos embarazos gestados por estas técnicas antes de la sanción de la reforma, pues para determinar el vínculo filial por TRHA se requiere el consentimiento libre pleno e informado previo a la realización de la práctica, bajo sanción de determinar dicho vínculo filial por naturaleza.

838 III. JURISPRUDENCIA

Debe autorizarse a una mujer a implantarse los embriones que se encuentran criopreservados en un instituto especializado, pues la negativa de su marido, de quien se encuentra separada de hecho, no puede ser considerada, en tanto éste se sometió en

forma voluntaria a las implicancias y posibles consecuencias del contrato de consentimiento informado firmado al iniciar el tratamiento de fecundación asistida, en el que específicamente se acordó el procedimiento a seguir en caso de disolución del vínculo matrimonial (CNCiv., sala J, 13/9/2011, LA LEY, 2011-E, 435).

Art. 561.— Forma y requisitos del consentimiento. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo no tiene correlato en el Código de Vélez. Su fuente es la ley 26.862.

II. COMENTARIO

1. La instrumentación del consentimiento informado en la ley 26.862

La norma del Código delega en las disposiciones de la ley especial, los requisitos que debe contener el consentimiento informado, para su posterior protocolización por escribano público.

Al respecto, el art. 7 del decreto 956/2013 establece que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad; aplicándose en lo pertinente las disposiciones sobre los derechos del paciente fijados por la ley 26.529 en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y las disposiciones de la ley 25.326 respecto de la Protección de los Datos Personales del donante a fin de garantizar su anonimato, con las excepciones previstas por el art. 564.

2. Revocación del consentimiento

Este consentimiento podrá ser revocado mientras no se haya producido la concepción en la mujer o la implantación del embrión en el seno materno.

La ley especial, sobre este punto, establece una pauta clara de interpretación

En cuanto expresa que en los casos de técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad el consentimiento es revocable en cualquier momento del tratamiento, o hasta antes del inicio de la inseminación; mientras que si la técnica de reproducción médicamente asistida es de alta complejidad, el consentimiento es revocable hasta antes de la implantación del embrión.

El consentimiento y su revocación deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación fijada por la ley especial, en cabeza del Ministerio de Salud de la

Nación y la Supercintendencia de Seguros de Salud, quienes podrán coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida (art. 3° decreto 956/2013).

Art. 562.— Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

1. Voluntad procreacional

1.1. Concepto

Esta incorporación supone sin lugar a dudas un término absolutamente novedoso para el universo jurídico y cuyos efectos aún no han podido siquiera ser delimitados con precisión.

Sumado a ello, debe recordarse que hasta la sanción del nuevo Código, el fundamento básico de la filiación era el vínculo biológico, previendo el legislador, al fijar las presunciones que conducen al vínculo paterno-filial, o al reglamentar su investigación o impugnación, referencias a fenómenos que suponen una identificación cromosómica entre padres e hijos, o sea a circunstancias que identifican entre sí a las personas que aportaron su material genético para la concepción y al producto resultante. En este orden de ideas, comenzamos por señalar que el principio de la *voluntad procreacional* reside centralmente en una expresión de voluntad, libre y plena, mediante la cual, una persona o una pareja, independientemente de estar constituida por dos personas de distinto o del mismo sexo, se comprometen a asumir los roles parentales respecto de un niño, con independencia de quién haya aportado los gametos para su concepción.

Esta regulación permite en consecuencia, a una persona o a una pareja, independientemente de la orientación sexual que tengan, a satisfacer su derecho a fundar una familia, basado en el principio de igualdad y no discriminación que surge de la Constitución Nacional y que se ve reflejado en el articulado de la ley 26.618 y la ley 26.862 que regula las Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

1.1.2. Caracteres

Conforme surge del texto legal, la voluntad procreacional posee los siguientes caracteres que la diferencian de la filiación determinada por naturaleza y por adopción:

1.2.1. El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito: el consentimiento del o los comitentes para someterse a las TRHA debe ser prestado en forma libre, informada

y plena, rigiendo al respecto —por analogía— el principio general establecido en los arts. 259, 260 y 285 de este Código.

1.2.2. Propone idénticos efectos que los derivados de la filiación por naturaleza: El texto prevé en forma acertada que los vínculos filiales derivados de la aplicación de las TRHA generarán idénticos efectos que aquellos que sean determinados por naturaleza o por adopción. Si bien dicha prerrogativa luce atinada, se desprende del análisis integral de la norma, que las personas nacidas por TRHA no podrán impugnar el vínculo filial que posean, hecho que sí podrá ser atacado por los hijos nacidos por naturaleza (arg. art. 577) lo que lleva a concluir que la equiparación filiatoria que establece el art. 558, no resultaría tan evidente ante estas situaciones que aparentan reconocer dos categorías filiales distintas; si bien resulta entendible la limitación a fin de dotar de seguridad jurídica a los vínculos generados a partir de la expresión de la voluntad del o de los comitentes.

1.2.3. El vínculo filial determinado por las TRHA tiene como fuente la voluntad procreacional y no el hecho del nacimiento: a diferencia del criterio rector de la ley 23.264, cuyo centro para determinar vínculos filiales era el hijo, a quien la ley le brindaba los elementos necesarios para que —dentro de lo posible— pudiera adecuar su realidad biológica a sus vínculos filiales, el nuevo texto impone un criterio *adulto céntrico*, con arraigo en el derecho integral a fundar una familia; sustentado en el principio de igualdad y no discriminación, pues será su consentimiento libre y pleno, expresado en los términos del art. 560, lo que determinará la filiación del hijo, cuya concreción quedará determinada, no sólo antes de su nacimiento, sino antes de su concepción, a la luz del precepto contenido en el art. 19. En el caso de los vínculos filiales adoptivos, los mismos se generan a partir de la sentencia de adopción que así lo determine, mas se diferencia del supuesto analizado precedentemente en cuanto el hijo a adoptar, ha nacido con anterioridad al inicio de las actuaciones judiciales pertinentes.

1.2.4. Es un vínculo filial indestructible e irrevocable: la ley otorga valor supremo a los vínculos filiales derivados de la voluntad procreacional —y determinados por TRHA—. En efecto, si bien permite en forma extraordinaria y excepcional que el hijo requiera y conozca los datos relativos a los donantes de material genético, la ley no admite bajo ningún supuesto acciones de emplazamiento o desplazamiento filial a fin de adecuar su realidad biológica al vínculo filial que le corresponda. Ello es regulado en estos términos, a fin de preservar la eficacia del sistema, ya que de existir posibilidad de que el hijo pueda reclamar la paternidad al donante de semen, se acotaría en forma drástica el nivel de donantes, cuyo aporte resulta necesario para poder llevar adelante este tipo de procedimientos. Este método ha sido receptado por nuestra normativa tomando como fuente la ley 32/2006 de Portugal sobre “Procreación médicamente asistida”.

1.2.5. A la luz de la ley 26.618 sólo aplica para parejas homosexuales femeninas: aún no se ha cerrado la discusión acerca de la constitucionalidad de la ley 26.618, cuya incorporación al plexo normativo nacional reconoce a las personas del mismo sexo la posibilidad de contraer matrimonio. El art. 42 de dicha ley, establece una norma que opera como *llave de interpretación* de los principios establecidos en la misma a la luz de las restantes normas nacionales. Esta introducción resulta necesaria a fin de señalar que la redacción del artículo en comentario deja fuera de su ámbito de aplicación a las parejas homosexuales masculinas, ya que la voluntad permite crear vínculo filial con el

hombre o la mujer de quien ha alumbrado al hijo, dando respuesta a una sola situación posible ya que parte de la premisa de la existencia de relación de maternidad con la mujer de la que nació el hijo. Tal es el sentido que resulta del adverbio “también”. De lo expuesto se deduce que la *voluntad procreacional* sólo habilitaría la relación filial respecto de dos hombres en el caso de someterse a una gestación por sustitución, instituto que ha sido eliminado del articulado del Código; sin que exista una norma que en forma expresa prohíba estos procedimientos.

1.2.6. Ello así, pues según los supuestos previstos en este Código siempre habrá una mujer que alumbró y ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

En este caso, en consecuencia, el hombre aunque haya prestado su voluntad procreacional 15540838 no podrá asumir el vínculo filiatorio con el nacido de una mujer gestado a partir del aporte de semen del otro hombre y la única alternativa que les queda es la gestación por sustitución.

Independientemente de los conflictos expuestos, en definitiva, la voluntad procreacional implica el desplazamiento del elemento genético como dato fundamental para determinar la filiación, constituyéndose en el elemento central para la determinación del emplazamiento filial, prescindiéndose de que el material genético pertenezca o no a la persona que efectivamente tiene la voluntad de ser padre o madre, o si el material genético pertenece a un tercero.

III. JURISPRUDENCIA

El Registro del Estado Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires debe incorporar a la partida de nacimiento de un menor, concebido mediante inseminación artificial, su reconocimiento por parte de la cónyuge mujer de su progenitora biológica, pues si una pareja heterosexual tuviera un hijo mediante tal técnica no se cuestionaría que el marido lo anotara como tal, y el art. 42 de la ley 26.618 establece la imposibilidad de establecer diferencias entre los hijos nacidos en matrimonios constituidos por personas de igual o distinto sexo (Juzg. Cont. Adm. y Trib. Nro. 6 CABA, LA LEY, 2011-D, 315; LA LEY, 2011-D, 601, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; PH Jurídico; LLCABA; Revista de Familia).

Art. 563.— Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

1. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo no reconoce precedentes en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Alcance de la norma

La ley especial, establece que el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad, aplicándose en lo pertinente, los preceptos de las leyes 26.529 de Derechos del Paciente en su relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud y 25.326 de Protección de los Datos Personales.

Por su parte, los arts. 4° y 5° de la ley 26.862 establecen que el Ministerio de Salud de la Nación, deberá crear y llevar en forma actualizada, un registro único en el que deben estar inscriptos todos aquellos establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, quedando incluidos los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones.

Estos establecimientos serán los únicos habilitados para llevar adelante estos procedimientos siempre que se encuentren habilitados conforme los requisitos que determine la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud); por lo que en la práctica, serán estos establecimientos los que deberán llevar el registro previsto por la norma.

Advertimos por último, que esta norma nos ofrece una nueva complicación para aplicar en forma integral el principio establecido por el art. 559 respecto de los datos que deben surgir del certificado de nacimiento al momento de su registración, pues establece que no debe surgir del acta de nacimiento dato relativo a si la persona nació o no por técnicas de reproducción humana asistida, confundiendo el sentido dado por el legislador a este artículo, en cuanto prevé que la información relativa respecto de la persona nacida por TRHA debe constar en el legajo base para la inscripción del nacimiento.

Art. 564.— Contenido de la información. A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;

b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma no tiene precedente en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

1. El derecho a la información de la persona nacida por Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
Fuentes. Derecho Comparado

En términos generales, las legislaciones extranjeras que se ocupan de regular las TRHA pueden alinearse en dos corrientes en relación a la información relativa al donante de gametos.

La primera está conformada por los ordenamientos que no le otorgan al nacido la posibilidad de conocer la identidad del donante, salvo en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o su salud o cuando proceda con arreglo a la legislación penal (p.e., ley española 14/2006 —art. 5.5—; ley griega 3089/2002 —art. 1460—; Cód. Civil de Quebec —art. 542—; Cód. Civil francés —art. 16.8—).

En contraposición, existe un segundo grupo de legislaciones reconocen al hijo el derecho a conocer la identidad del donante anónimo. Esta posibilidad comenzó tímidamente en Suecia y luego fue expandiéndose por distintas legislaciones europeas, despertando tanto elogios como críticas entre la doctrina extranjera y también entre nuestros juristas. La ley sueca reseñada dispone que los datos del donante deben ser registrados y conservados en un diario especial durante por lo menos setenta años, teniendo el hijo, al alcanzar madurez suficiente, derecho a acceder a esos datos (art. 3° y 4°).

El Código adopta una postura intermedia —que encuentra un antecedente en la ley portuguesa 32/06 sobre Procreación Médicamente Asistida—, reconociendo al nacido el derecho a acceder a la información relativa a los datos médicos del donante cuando hay riesgo para la salud, la cual puede obtenerse directamente del centro de salud interviniente, y la posibilidad de que se revele la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, que serán evaluadas por la autoridad judicial.

Esta postura intermedia sigue la línea de la legislación portuguesa referida y en menor medida, las de Gran Bretaña y Noruega, que conceden en forma muy limitada el derecho de obtener información sobre su parentesco genético.

A nivel jurisprudencial resulta ineludible la referencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha expresado sobre este conflicto en un emblemático caso, como ha sido "Odievre c. France", aunque ese caso presentaba una diferencia sustancial con la postura asumida por la legislación argentina, pues en el citado precedente, el derecho de la Sra. Odievre a conocer sus orígenes confrontaba con el derecho de su madre a mantener el anonimato, protegido por la legislación francesa; mientras que en nuestro caso, el derecho a la intimidad del donante anónimo cede ante determinados supuestos determinados por la ley.

2. Derecho a conocer los datos del donante. Excepciones

La norma prevé como excepción que el nacido por TRHA tenga acceso a datos relativos al donante de material genético para su gestación; estableciendo dos supuestos en los cuales el derecho a la intimidad del donante cede ante los intereses del requirente: a) por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local; y b) obtenerse del centro de salud intervi-

niente información relativa a datos médicos del donante, cuando hay riesgo para la salud del requirente.

La clasificación efectuada por el legislador parece adoptar un carácter eminentemente taxativo, por cuanto no admite en forma expresa la posibilidad de justificar la intromisión en la intimidad del donante a excepción de los supuestos previstos por la ley.

Ello, entendemos que tiene por objeto garantizar al donante su intimidad, pues resulta claro que sin esta garantía, el número de donantes de material genético mermaría en forma muy significativa; imposibilitando en la práctica el desarrollo de técnicas de fertilización asistida de carácter heterólogas.

En este contexto, y a la luz de las excepciones previstas por la norma, se puede distinguir el derecho a la intimidad del donante anónimo en tres partes, con un análisis diferente sobre cada uno de estos aspectos, a saber:

2.1. Derecho a conocer: Desde esta esfera, el derecho del donante deberá ceder frente al reclamo por parte de la persona nacida a partir de su material genético donado, a conocer determinados datos respecto de su persona, que pudieran ser necesarios, por ejemplo, en caso de algú

f42 n tipo de problema de salud que presente el nacido (vgr.: podría el receptor requerir conocer el grupo sanguíneo de su dador, a los efectos de determinar si resulta compatible para un posible trasplante de médula, o verificar compatibilidades sanguíneas, a fin de evitar posibles impedimentos matrimoniales por consanguinidad).

2.2. Derecho a acceder: La posibilidad de acceder a toda la información relativa a su donante de material genético, podrá ser requerida ante autoridad judicial que determinará el modo y la valoración de las razones invocadas, pues en este caso, deberá justificar el requirente la intromisión en el ámbito de intimidad del donante anónimo.

2.3. Derecho a rectificar: En este caso, la eventual acción está en cabeza del propio donante, quien podrá requerir ante autoridad judicial a rectificar o corregir los datos que obren en los registros pertinentes, sean fidedignos respecto de su persona.

Entendemos que este aspecto de su derecho a la intimidad implica para el titular del derecho un poder de contralor para que el donante tenga la posibilidad de verificar la veracidad de la información sobre su persona y el uso que de ella se haga de parte de la autoridad de aplicación.

Es claro, en consecuencia, que el legislador ha pretendido resguardar la intimidad del donante a fin de dotar de eficacia a todo el sistema, con excepciones que, basadas en el principio de proporcionalidad con el que deben sopesarse los intereses contrapuestos de dos o más garantías constitucionales; ceden ante el interés del requirente; pero con dos limitaciones: a) el acceso a la información debe brindarse sólo a aquel que la requirió y b) la utilización de los datos brindados sólo debe ser utilizado a los fines para los que fueron recogidos.

III. JURISPRUDENCIA

Se ordena al Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación a que arbitre los medios que estime más convenientes a fin de preservar de manera efectiva la informa-

ción relativa a la donante de los óvulos utilizados para llevar a cabo el procedimiento de fertilización asistida al que se refiere el presente caso, ya sea mediante el dictado de un acto administrativo de alcance particular o general, sin dar acceso a ella a la parte interesada y exclusivamente con el objeto de sea utilizada en las condiciones y modalidades que oportunamente establezca el Congreso de la Nación al dictar la reglamentación legal correspondiente a esta materia" (CNCont. Adm. Fed., sala V, 29/4/2014, con nota de Ignacio González Magaña en DFyP, LaLey, julio 2014, 235).

CAPÍTULO 3

DETERMINACIÓN DE LA MATERNIDAD

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA

Art. 565.— Principio general. En la filiación por naturaleza, la maternidad se establece con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

La inscripción debe realizarse a petición de quien presenta un certificado del médico, obstétrica o agente de salud si corresponde, que atendió el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del nacido. Esta inscripción debe ser notificada a la madre, excepto que sea ella quien la solicita o que quien denuncia el nacimiento sea su cónyuge.

Si se carece del certificado mencionado en el párrafo anterior, la inscripción de la maternidad por naturaleza debe realizarse conforme a las disposiciones contenidas en los ordenamientos relativos al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

rtlchI. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo tiene su fuente en el antiguo 242 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Se establece que la maternidad quedará determinada por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. La ley destaca el hecho del parto, más allá de la voluntad de la madre, para establecer el vínculo. Claro está que la norma sólo es aplicable a la filiación por naturaleza.

La norma exige la prueba de dos hechos: el parto y la identidad del nacido. Si bien no lo menciona, se entiende que también debe identificarse a la madre. El hecho del nacimiento se comprueba por medio del certificado del médico, obstétrica o agente de salud. La habilidad probatoria del certificado supone entonces que su firmante haya intervenido en el parto; y en él deben figurar los datos de identidad de la madre, del

recién nacido, el lugar, el día y la hora del nacimiento.

Pueden existir casos en los cuales no haya certificado, en ese caso se remite a la legislación específica el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Ello implica la aplicación del art. 32, inc. c), ley 26.413, que establece que en caso de nacimientos ocurridos fuera de establecimiento médico asistencial, sin atención médica, será necesario un 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. Se requerirá, además, 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.

Se mantiene la obligatoriedad de notificar a la mujer en caso de que un hijo sea inscripto como suyo, salvo que dicha inscripción la realice el cónyuge.

CAPÍTULO 4

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN MATRIMONIAL

Por ANDRÉS GITTER

Bibliografía de la reforma: GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO, "¿Es aplicable la presunción del art. 243 del Código Civil para el caso de matrimonio entre dos mujeres?", DFyP 2011 (octubre), 19; ROVEDA, EDUARDO G., "La reforma de la ley 26.618 en materia filiatoria", DFyP 2011 (abril), 24.

Bibliografía clásica: BOSSERT, GUSTAVO A., ZANNONI, EDUARDO A., "Dos cuestiones relativas al reconocimiento del hijo y a la presunción de paternidad", LA LEY, 1986-D, 1083; CAPPA-RELLI, JULIO C., "¿Puede la mujer casada no separada inscribir a un hijo sin que la paternidad le sea atribuida al marido?", ED, 191-543; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL M., "La reforma del régimen de filiación. Determinación de la maternidad", LA LEY, 1986-D, 805; GROSMAN, CECILIA P., "La filiación matrimonial. Su reforma según ley 23.264", LA LEY, 1986-D, 924; MEDINA, GRACIELA, "La paternidad matrimonial, extramatrimonial y el reconocimiento", JA, 1993-II-996; MIZRAHI, MAURICIO L., "Caracterización de la filiación y su autonomía respecto de la procreación biológica", LA LEY, 2002-B, 1198; id., "Filiación por naturaleza: concepto y clasificaciones. La unidad de filiación y sus límites", JA, 2002-B-1198; ZANNONI, EDUARDO A.,

'93El reconocimiento del hijo como condición de existencia y de eficacia de la vocación hereditaria de los padres", LA LEY, 1987-B, 865; id., "La presunción de paternidad durante la separación de los cónyuges por divorcio o nulidad del matrimonio", LA LEY, 138-857; id., "Reconocimiento del hijo fallecido: legitimación del progenitor como damnificado directo", JA, 1986-III-565.

Art. 566.— Presunción de filiación. Excepto prueba en contrario, se presumen hijos del o la cónyuge los nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte.

La presunción no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre según lo dispuesto en el Capítulo 2 de este Título.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL CÓDIGO CIVIL

Claramente, la norma en análisis es la que sustituye lo dispuesto por el art. 243 del Código Civil. De todas formas, el Código Civil sustituido no contenía reglas claras y precisas respecto de la forma de la determinación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, luego de la sanción de la ley 26.618. En efecto, vigente el régimen del matrimonio intersexual, el sistema tradicional de determinación de la filiación en cuanto a las presunciones de filiación resultaba ajustado a las normas vigentes, y coherente con el resto del Código Civil.

La mencionada ley 26.618 no aparejó una reforma integral en materia de filiación, el régimen resultaba manifestamente incoherente. Como mero ejemplo, surgió inmediatamente la discusión respecto de si la presunción de paternidad matrimonial contenida en el art. 243 resultaba aplicable a los niños nacidos en el marco de un matrimonio integrado exclusivamente por mujeres.

Sus fuentes son los arts. 554 y ss. del Proyecto de 1998, y la Ley 14/2006 de España.

II. COMENTARIO

1. Presunción de filiación - ausencia del deber de fidelidad

Parecería, *prima facie*, una contradicción mantener una presunción de filiación matrimonial en el Código unificado, mientras se relativizan los deberes de cohabitación y fidelidad. De todas maneras, manteniendo la tradición de presumir que los hijos nacidos dentro de un matrimonio son, efectivamente, de los integrantes del él, se presume la filiación matrimonial, aun sin los deberes referidos.

El cambio notorio (presunción de paternidad por presunción

de filiación), obedece al nuevo paradigma del matrimonio igualitario, y viene a zanjar la situación generada en torno del art. 243 del Código Civil anterior y la vigencia de la ley 26.681. Se ha discutido mucho en doctrina si la presunción de paternidad era aplicable al matrimonio compuesto por dos mujeres, habiéndose resuelto la discusión por la negativa en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Tucumán (2011).

2. Presunción *iuris tantum*

Otro importante cambio respecto del régimen anteriormente vigente (siguiendo el texto proyectado en 1998), es el carácter de la presunción, que pasa a ser *iuris tantum*, lo cual tiene sentido, máxime considerando lo anteriormente expuesto en cuanto a los deberes del matrimonio. Como veremos al analizar las acciones de impugnación de paternidad, la legitimación activa también se ve ampliamente incrementada (ver comentario arts. 589 y ss.).

3. Reproducción humana asistida. Falta de consentimiento. Remisión

En cuanto a los requisitos que debe cumplir el consentimiento previo, informado y libre en casos de técnicas de reproducción humana asistida, nos remitimos al comentario del Capítulo 2 de este título.

En los casos en que este consentimiento previo, informado y libre no se preste (o se lo haga en forma deficiente), la presunción no resulta aplicable. De todas formas, salvo un planteo expresamente formulado por el o la cónyuge, esta disposición no podrá aplicarse, pues en virtud de lo dispuesto por el art. 559, del certificado de nacimiento no podrá surgir información alguna respecto de la fuente de origen de la filiación. Así, y salvo que exista un planteo en tal sentido por parte del o la cónyuge, el oficial del Registro Civil encargado de las inscripciones de los nacimientos deberá hacer efectiva la presunción, pues carecerá de información respecto de la prestación o no del consentimiento.

De todas formas, ante esta situación, la filiación del niño quedará determinada por los principios generales de la filiación extramatrimonial (ver punto II.3. del comentario al art. 575 del Código Civil y Comercial de la Nación).

4. Incorporación a la presunción "del o de la cónyuge"

Quizás una de las cuestiones más interesantes que plantea esta norma es la incorporación a la presunción de filiación "del o de la cónyuge", lo que viene a poner fin a un intenso debate doctrinario luego de la sanción de la ley 26.618.

Incluso, se termina de perfeccionar el sistema deficientemente establecido por dicha ley, que intentó ser mejorado mediante los dictados de la Resolución 38/2012 de la Subsecretaría de Justicia de la CABA y del decreto 1006/2012 sobre "Inscripción del nacimiento de hijos menores de matrimonios de personas del mismo sexo nacidos con anterioridad a la sanción de la ley 26.618".

Desde nuestro punto de vista, estas normas no hacían más que continuar la discusión, al determinar la inscripción de los niños como hijos de la mujer que los dio a luz, "casada con" su cónyuge (fórmula dispuesta por la ley 26.618). Esta formulación no zanjaba la discusión, la que por otra parte implicaba una mera reforma a una ley registral de carácter local, lo que claramente no modificaba el sistema de la filiación determinado por el Código Civil.

Con la redacción del art. 566 del Código Civil y Comercial de la Nación, finaliza la discusión, quedando claramente determinada la presunción de filiación matrimonial para todo tipo de matrimonio.

5. Precisión en el cómputo del plazo para el cese de la presunción

Otro acierto de la norma en análisis es la notable mejora en la redacción del cómputo del plazo para el cese de la presunción de filiación en comparación con el sustituido art. 243 del Código Civil.

De acuerdo con la nueva redacción, ya no pueden quedar dudas respecto de que el plazo comienza a contarse desde la interposición de la demanda de divorcio vincular o

de nulidad del matrimonio, desde la separación de hecho de los cónyuges o desde la muerte. Sin embargo, existen críticas respecto de la aplicación del plazo de 300 días a partir de la presunción de fallecimiento.

III. JURISPRUDENCIA

La inscripción del niño efectuada omitiéndose denunciar el nombre del cónyuge no resulta suficiente para desvirtuar la presunción legal, debiéndose ejercer la acción pertinente para destruirla (CSJN, 7/12/2001, LA LEY, 2002-D, 347).

La presunción de paternidad tiene su fundamento en el valor institucional de la familia legítima y la conveniencia del emplazamiento inmediato del niño nacido en el matrimonio (CSJN, 1/11/1999, LA LEY, 1999-F, 671).

Art. 567.— Situación especial en la separación de hecho. Aunque falte la presunción de filiación en razón de la separación de hecho de los cónyuges, el nacido debe ser inscripto como hijo de éstos si concurre el consentimiento de ambos, haya nacido el hijo por naturaleza o mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida. En este último caso, y con independencia de quién aportó los gametos, se debe haber cumplido además con el consentimiento previo, informado y libre y demás requisitos dispuestos en la ley especial.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

De la misma forma que lo expuesto respecto del artículo anterior, la norma simplemente reitera lo dispuesto por el Código Civil anterior (art. 245), actualizando el contenido teniendo en consideración las técnicas de reproducción humana asistida, que son consideradas como una nueva fuente de la filiación, debiéndose dar cumplimiento con el consentimiento previsto por el Capítulo 2 y las demás disposiciones que oportunamente establezca la ley especial a sancionarse.

Su fuente es el art. 545 del Proyecto de 1998.

II. COMENTARIO

1. Situación de separación de hecho

LA NORMA EN ANÁLISIS SÓLO CONTEMPLA EL CASO EN QUE LA PRESUNCIÓN ESTABLECIDA POR EL ART. 566 NO RESULTE APLICABLE "EN RAZÓN DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES", A DIFERENCIA DE LO DISPUESTO POR EL ART. 245 DEL CÓDIGO CIVIL ANTERIOR, QUE TAMBIÉN PREVEÍA LA POSIBILIDAD DE LA SEPARACIÓN LEGAL.

ATENTAS LAS REFORMAS INTRODUCIDAS EN EL LIBRO SEGUNDO, TÍTULO I, CAPÍTULO 8, SECCIÓN 2ª (PROCESO DE DIVORCIO), A CUYO COMENTARIO REMITIMOS, HA DEJADO DE EXISTIR LA SEPARACIÓN LEGAL (O PERSONAL), Y POR TAL MOTIVO YA NO ES UNA DE LAS SITUACIONES PREVISTAS POR ESTA NORMA.

2. Consentimiento de ambos cónyuges

Sin perjuicio de lo anteriormente comentado, aun en caso de que el nacimiento se produzca una vez vencido el plazo previsto por la normativa en análisis, el niño deberá inscribirse como de ambos cónyuges cuando medie el consentimiento de los dos a tales efectos, ya sea en un caso de filiación por naturaleza, ya sea que se hayan empleado técnicas de reproducción humana asistida.

En este último caso, debe haberse dado cumplimiento integral con el consentimiento libre, previo e informado y los demás requisitos que determine la ley especial a sancionarse, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Art. 568.— Matrimonios sucesivos. Si median matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz, se presume que el hijo nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y dentro de los ciento ochenta días de la celebración del segundo, tiene vínculo filial con el primer cónyuge; y que el nacido dentro de los trescientos días de la disolución o anulación del primero y después de los ciento ochenta días de la celebración del segundo tiene vínculo filial con el segundo cónyuge.

Estas presunciones admiten prueba en contrario.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO,

Este artículo reproduce el contenido del art. 244 del Código Civil sustituido, con la salvedad de que se actualizan los términos, pues, reiteramos, ya no se trata de una presunción de paternidad del marido (conf. art. 244 del Código Civil anterior), sino de una presunción de filiación.

II. COMENTARIO

I. Matrimonios a los que se aplica esta norma

De acuerdo con la redacción de la norma bajo análisis, aparece como evidente que la misma no resulta aplicable al matrimonio de dos hombres, pues claramente refiere a matrimonios sucesivos de la mujer que da a luz.

De todas formas, tampoco pareciera aplicarse esta norma a los matrimonios de dos mujeres, pues se establece la presunción de filiación respecto de “el primer cónyuge” o de “el segundo cónyuge”, mientras que en otros artículos, como el 566, se hace siempre referencia a “el o la cónyuge”.

Esta norma, desde el punto de vista expuesto, debería ser aplicable exclusivamente a matrimonios de personas de distintos sexos. Entendemos que esto podría traer aparejados diversos inconvenientes, particularmente en el caso de matrimonios de mujeres, y que contraría el espíritu de la reforma, por lo que propiciamos una interpretación amplia del artículo, aunque también entendemos que debería contemplarse una modificación, siguiéndose la fórmula del art. 566.

2. “Mujer que da a luz”

La norma en análisis hace referencia a los matrimonios sucesivos de la “mujer que da a luz”, a diferencia de lo que ocurría con el sustituido art. 244 del anterior Código Civil, que refería a la “madre”.

Resulta extraña esta calificación, pues la norma en cuestión claramente se aplica a la “mujer que da a luz” siendo la progenitora del niño o de la niña, máxime considerando que el Código unificado no regula la gestación por sustitución.

Si bien a lo largo del articulado se ha intentado evitar referencias a términos como “padre” o “madre”, entendemos que hubiera resultado más correcto en todo caso emplear la palabra “progenitora”, en vez de “mujer que da a luz”, dado que se trata de una presunción de filiación matrimonial.

3. Plazos - carácter de la presunción

La norma reformada mantiene los mismos plazos que establecía el sustituido art. 244 del anterior Código Civil.

Igualmente, también se establece que las presunciones previstas por el artículo en comentario admiten prueba en contrario.

Art. 569.— Formas de determinación. La filiación matrimonial queda determinada legalmente y se prueba:

- a) por la inscripción del nacimiento en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas y por la prueba del matrimonio, de conformidad con las disposiciones legales respectivas;**
- b) por sentencia firme en juicio de filiación;**
- c) en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, por el consentimiento previo, informado y libre debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.**

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo en análisis reemplaza el sustituido art. 246 del anterior Código Civil, aunque también adapta el lenguaje empleado (suprimiendo el término “padres” del primer inciso), y contempla el caso de las técnicas de reproducción humana asistida.

II. COMENTARIO

par01. Eliminación del término “padres”

Salta a la vista rápidamente, al leerse el primer inciso de la norma, la eliminación del término “padres” respecto del anterior texto del art. 246 del Código Civil sustituido.

Lo expuesto resulta coherente con el espíritu de la reforma, tendiente a eliminar prácticamente toda noción de género en las normas. De todas formas, podría haberse utilizado el término “progenitores”, máxime al quedar excluida de la legislación la ges-

tación por sustitución.

2. Técnica de reproducción humana asistida

El tercer inciso de la norma incorpora la tercera forma de determinación de la filiación, a través de técnicas de reproducción humana asistida (conf. art. 558).

En caso de haberse aplicado una técnica de reproducción humana asistida, siguiendo lo establecido por el art. 560, la filiación quedará determinada por el consentimiento previo, informado y libre de los progenitores (empleamos el plural, pues nos encontramos analizando la filiación matrimonial, es decir que deben existir dos progenitores, que a la vez deben estar casados), que deberá estar inscripto ante el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas.

La norma no establece qué ocurrirá si los cónyuges no han cumplido con el consentimiento previo, informado y libre inscripto ante el Registro Civil del Estado y Capacidad de las Personas. Entendemos que, en tal caso, no quedará determinada la filiación matrimonial.

CAPÍTULO 5

DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL

Por ANDRÉS GITTER

Art. 570.— Principio general. La filiación extramatrimonial queda determinada por el reconocimiento, por el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida, o por la sentencia en juicio de filiación que la declare tal.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo en análisis reemplaza el sustituido art. 247 del anterior Código Civil, adaptando el lenguaje empleado (suprimiendo la frase "paternidad extramatrimonial" por "filiación extramatrimonial"), y contemplando el caso de las técnicas de reproducción humana asistida.

05Las fuentes del capítulo son los arts. 550 y ss. del Proyecto de 1998, y la ley 14/2006 (España).

II. COMENTARIO

1. Técnicas de reproducción humana asistida

La norma reitera prácticamente en forma literal el sustituido art. 247 del Código Civil, salvo por la sustitución de la frase "paternidad extramatrimonial" por "filiación extramatrimonial", de acuerdo con el espíritu de la reforma.

Sin embargo, se incorporan las técnicas de reproducción humana asistida como

fuentes de la filiación extramatrimonial (conf. art. 558), debiéndose cumplir con el consentimiento previo, informado y libre (conf. art. 560).

Claramente, en este caso no puede jugar el reconocimiento, por cuanto la filiación queda determinada por el hecho de la prestación del consentimiento libre, previo e informado. A mayor abundamiento, remitimos al comentario efectuado respecto del art. 560 del Código Civil y Comercial de la Nación.

2. Formas de determinación de la filiación extramatrimonial

De acuerdo con lo dispuesto por esta norma, la filiación extramatrimonial (al igual que lo que ocurría con la paternidad extramatrimonial en el Código Civil), quedará determinada por el reconocimiento y por la sentencia en juicio de filiación que así lo declare.

Además, y conforme fuera anteriormente analizado, la norma incorpora una tercera forma de determinación de la filiación extramatrimonial, cual es el consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

Art. 571.— Formas del reconocimiento. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta:

- a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente;
- b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido;
- c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo prácticamente transcribe lo dispuesto por el art. 248 del Código Civil sustituido. De hecho, lo reitera en forma textual, con la eliminación del último párrafo de la norma.

II. COMENTARIO

1. Reordenamiento de normas

El artículo que comentamos refiere a las formas en que puede ser realizado el reconocimiento paterno en casos de filiación extramatrimonial.

Por ello, sin perjuicio de prácticamente reiterar textualmente el contenido del art. 248 del Código Civil sustituido, la norma no reitera la última parte de dicha norma, que hacía referencia a la situación de la madre en los casos en que no se hubiera dado cumplimiento con lo dispuesto por el art. 242 del Código Civil.

Dado que la materia de determinación de la maternidad es tratada en forma particular por esta reforma, al respecto remitimos al comentario efectuado al art. 565.

2. Reconocimiento del hijo por nacer

Este artículo determina las formas en que un padre podrá efectuar el reconocimiento de su hijo en caso de filiación extramatrimonial, sin perjuicio de lo cual la reforma tiene destinado el art. 574 para consagrar específicamente la posibilidad del reconocimiento del hijo por nacer. Para un mayor detalle, remitimos al comentario de dicho artículo.

s233. Formas del reconocimiento

La norma en análisis, como quedó dicho, prácticamente reitera las disposiciones contenidas en el art. 248 del sustituido Código Civil. Ello determina que continuarán vigentes las discusiones doctrinarias en torno a la suficiencia o no de las formas de operarse el reconocimiento de un hijo extramatrimonial.

De acuerdo con lo que surge de la norma, este reconocimiento podrá realizarse por la declaración ante el Registro del Estado Civil, por la declaración contenida en documentos públicos o privados reconocidos debidamente o por disposiciones de última voluntad.

4. Unilateralidad del reconocimiento por parte del padre

El reconocimiento del hijo extramatrimonial formulado por el padre resultará suficiente a los fines de la determinación de la filiación extramatrimonial, no requiriéndose consentimiento en tal sentido ni de la madre ni del niño.

En otras legislaciones, también empleadas como fuente de diferentes normas del Código Civil y Comercial de la Nación, como por ejemplo el Código de Quebec, si se prevé la necesidad de consentimiento, por ejemplo, de parte del hijo reconocido, para que la determinación de la filiación quede definitivamente conformada.

Art. 572.— Notificación del reconocimiento. El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas debe notificar el reconocimiento a la madre y al hijo o su representante legal.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo no guarda relación con ninguna de las normas del Código Civil sustituido,

II. COMENTARIO

1. Información al reconocido y a su madre

La norma viene a solucionar un vacío en la anterior legislación, pues toda persona que fuera reconocida podía permanecer incluso años sin conocer su nueva filiación. De hecho, si la persona no realizaba ningún trámite ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, nunca se enteraba de su nueva filiación, dado que no se encontraba previsto ningún tipo de notificación en tal sentido.

Por ello, la norma tiene una finalidad de conocimiento que resulta destacable, imponiendo al organismo registral la obligatoriedad de la notificación del reconocimiento

que se formule respecto de un niño nacido en el marco de la filiación extramatrimonial.

2. Unilateralidad del reconocimiento y derechos del reconocido

Conforme se expresara en el comentario al artículo anterior, el reconocimiento formulado por parte del padre es unilateral, y no requiere consentimiento de ningún tipo de parte del reconocido ni de su madre.

Sin embargo, y como medio de articular los derechos de la persona reconocida con los del progenitor que efectúa el reconocimiento, se determina la obligatoriedad de la notificación de este reconocimiento por parte del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas tanto al reconocido como a su madre.

Obviamente, en caso de que el reconocimiento formulado sea falso, los interesados podrán plantear las acciones tendientes a hacerlo caer.

Art. 573.— Caracteres del reconocimiento. El reconocimiento es irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales, ni requiere aceptación del hijo.

El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula, ni a los demás ascendientes de su rama, excepto que haya habido posesión de estado de hijo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma en análisis reproduce integralmente lo dispuesto por el art. 249 del Código Civil sustituido, con el agregado de la última parte del segundo párrafo, que resulta una innovación, no prevista tampoco en proyectos anteriores de reforma.

II. COMENTARIO

1. Mantenimiento de los caracteres del reconocimiento del hijo

El Código Civil y Comercial de la Nación opta por mantener sin modificaciones los caracteres del reconocimiento en el derecho argentino, es decir que éste será irrevocable, no puede sujetarse a modalidades que alteren sus consecuencias legales ni requiere aceptación por parte del reconocido.

En esta materia continúa la tradición según la cual el reconocimiento tiene consecuencias jurídicas de pleno derecho y sin ningún tipo de intervención del reconocido, quien en caso de pretender hacer caer dicho reconocimiento, deberá accionar por la impugnación de la paternidad extramatrimonial.

2. Reconocimiento del hijo ya fallecido

La norma mantiene el principio general, según el cual el reconocimiento de un hijo producido luego de su deceso, no atribuye al padre que reconoce ni a sus ascendientes ningún derecho en su sucesión.

Sin embargo, incorpora una importante innovación, al agregarse en la parte final del artículo una excepción a dicha regla, por la cual si tendrá efectos sucesorios el reconocimiento posterior al fallecimiento en el caso en que haya habido estado de hijo.

Esta inclusión recepta el criterio mayoritario de la doctrina, y resulta esencialmente justa, pues si en vida del hijo se le dio estado de tal, habiendo cumplido el padre con sus deberes paterno filiales, parecería injusto negarle al reconocimiento sus consecuencias sucesorias.

Art. 574.— Reconocimiento del hijo por nacer. Es posible el reconocimiento del hijo por nacer, quedando sujeto al nacimiento con vida.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía en el Código Civil ninguna norma que pueda relacionarse con este artículo, que resulta novedoso para el derecho argentino.

II. COMENTARIO

1. Reconocimiento del hijo por nacer

Acompañando una creciente tendencia en el derecho comparado (ya receptada, entre otros Estados, por Costa Rica, El Salvador, Bolivia, Ecuador, Venezuela, Brasil, Perú e Italia), el Código Civil y Comercial de la Nación prevé la posibilidad de efectuar el reconocimiento del hijo por nacer. Obviamente, el reconocimiento en cuestión quedará sujeto al nacimiento con vida de la persona.

El silencio del Código Civil en esta materia permitió que gran parte de la doctrina considerara permitido el reconocimiento del hijo por nacer fundando el criterio en el principio general según el cual toda persona que no contara con una filiación acreditada podía ser reconocida, y que la existencia legal de la persona física comenzaba con la fecundación en el seno materno (conf. art. 70 del Código Civil).

Sin perjuicio de ese criterio, mayoritario en la doctrina, al no existir una norma de fondo que lo regulara ello era no operativo en nuestro sistema registral.

2. Interés superior del niño

Una de las principales fuentes en materia de filiación en el Código Civil y Comercial de la Nación, de acuerdo con lo manifestado en los fundamentos de elevación del proyecto de ley, es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y particularmente su art. 3º, que establece el interés superior del niño como consideración primordial a tener en cuenta, entre otros, por los órganos legislativos a la hora de dictar leyes.

Sin perjuicio de que, en muchas cuestiones, pueden surgir discrepancias respecto del grado de apego a dicha premisa por parte del Código Civil y Comercial de la Nación, claramente en este caso se ha tenido en cuenta el interés superior del niño y su derecho a que su identidad filiatoria quede inmediatamente determinada.

Así, aun en el caso extremo de la inminencia del fallecimiento del padre, éste podrá reconocer al hijo por nacer y evitar, de ese modo, un innecesario y muchas veces costo-

so y lento juicio de filiación.

Art. 575.— Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

x98I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Siendo absolutamente novedosa la regulación de la filiación derivada de la reproducción humana asistida en el derecho argentino, de más está aclarar que no existía en el Código Civil sustituido ninguna norma que se relacionara con el precepto en análisis.

Su fuente es la ley 14/2006 de España.

II. COMENTARIO

1. Filiación extramatrimonial y técnicas de reproducción humana asistida

Dado que la figura del reconocimiento resulta ajena a la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, se empleó un artículo por separado para regular específicamente la determinación de la filiación en este caso.

La norma en análisis refuerza la diferenciación plasmada por el art. 570 del Código Civil y Comercial de la Nación, asignando al consentimiento previo, informado y libre al uso de las técnicas de reproducción humana asistida la potestad de determinar la filiación del niño que nazca producto de dicha técnica.

2. Fertilización "heteróloga" - Inexistencia de vínculo jurídico con los "terceros"

El segundo párrafo de la norma determina, de forma expresa, una de las cuestiones más importantes en el marco de la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida: ¿qué vínculo existe entre el tercero donante del gameto y el niño nacido producto de dicha técnica?

Claramente, se determina que no existe ningún vínculo jurídico entre este tercero y el niño nacido (se consagra el principio de la voluntad procreacional, por sobre el origen genético), salvo para los impedimentos matrimoniales, en los mismos términos que la adopción plena.

Lo aquí establecido se relaciona directamente con lo dispuesto por los arts. 560 y ss., particularmente el art. 562, según el cual los niños nacidos "por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre", debiendo dicho consentimiento estar "debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacita-

dad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos" (para mayor amplitud, remitimos al comentario efectuado respecto de dicha norma).

3. Dolo, fraude o simulación en el consentimiento previo, informado y libre

La duda surge con la simple lectura de las normas comprometidas: el niño nacido de una mujer por la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida, es también hijo del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre (conf. arts. 560, 561 y 562), pero ¿qué ocurre si el consentimiento se presta mediando dolo, fraude o simulación de alguna de las partes?

La norma no trae una solución expresa a esta cuestión, pero además existen otros problemas, como por ejemplo la relación entre ese niño y quien haya donado los gametos cuando la filiación no surja, justamente, de ese consentimiento prestado en los términos antedichos.

El problema surge, en parte, de la ubicación de las distintas normas anteriormente referidas. Desde nuestro punto de vista, el segundo párrafo del art. 575 debió estar incluido en el artí

lochulo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Surgen dos respuestas posibles al problema planteado: por un lado, y haciendo una interpretación "en favor de la norma", interpretando los arts. 562 y 575 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cualquier caso el tercero que haya donado los gametos no tendría ningún vínculo jurídico con el niño nacido de la implementación de las técnicas de reproducción humana asistida. Por otro lado, aplicando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (de jerarquía constitucional en virtud de lo establecido por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional) y el art. 1º del Código Civil y Comercial de la Nación, la filiación del niño debería regirse por los principios generales de la filiación extramatrimonial, sin regir la voluntad procreacional, y por ende este tercero tendría vínculo de parentesco, debería reconocer al niño y ejercer la responsabilidad parental.

Entendemos que un tema de semejante importancia no puede ser librado al juego de las interpretaciones, por lo que propiciamos una urgente reforma que aclare la situación planteada.

CAPÍTULO 6

ACCIONES DE FILIACIÓN. DISPOSICIONES GENERALES

Por MARÍA ALEJANDRA MASSANO

Bibliografía clásica: AZPÍRI, JORGE OSVALDO, "Los matrimonios homosexuales y la filiación", DFyP, La Ley, Año 2, N° 9, p. 3; BÍSCARO, BEATRIZ, "La determinación de la filiación mediante la prueba de compatibilidad inmunogenética practicada en los abuelos paternos" LA LEY, 1987-C, 66; BOSCH MADARIAGA, ALEJANDRO F. "Prueba genética póstuma", LA LEY, 2004-C, 1328; CALAROTA, EUGENIO O., "Determinación de la paternidad por el método HLA o Completo Mayor de Histo-compatibilidad", LA LEY, 1985-A, 471; CÓRDOBA, CARLOS D.,

"Derecho a la identidad y derecho a la intimidad del presunto padre premuerto y de sus parientes", ED, 158-462; GALLI PIANT, MARÍA MAGDALENA, "Reformas legales y su impacto en la filiación", en *Nuevo Régimen legal el matrimonio civil, ley 26.618*, Rubinzal-Culzoni, 2010; GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, FAMÁ MA, VICTORIA, HERRERA, MARISA, *Matrimonio igualitario y Derecho constitucional de familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010, Capítulo IV "Filiación y homoparentalidad"; GROSMAN, C. y MARTÍNEZ ALCORTA, I., "La filiación matrimonial. Su reforma según la ley 23.264", LA LEY, 1986-D, 935; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, HERRERA, MARISA y LAMM, ELEONORA, "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", LA LEY, 20/9/2010; KIELMANOVICH, JORGE L., "La negativa a someterse a pericias genéticas", LA LEY, 1988-E, 810; KRASNOW, ADRIANA N., "La filiación a la luz de la ley 26.618", SJA 20/10/2010; id., "La verdad biológica y la voluntad procreacional", LA LEY, 2003-F, 1150; LAMM, ELEONORA, "Matrimonio homosexual y presunción de maternidad", RDF, Abeledo-Perrot, N° 37, p. 67; LLOVERAS, NORA y SALOMON, MARCELO, *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009; MEDINA, GRACIELA, "El proyecto de matrimonio homosexual. Vulneración del interés superior del niño. Caos filiatorio", LA LEY 2010-D, 1315; id., "Matrimonio entre personas del mismo sexo en el derecho comparado. Filiación, objeción de conciencia, matrimonio entre extranjeros y constitucionalidad", DFyP, La Ley, Año 2, N° 10, p. 13; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "La prueba genética de la filiación ante la muerte del demandado", LA LEY, 1995-B, 261; id., "Sobre la negativa a someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconocimiento", LA LEY, 1989-E, 563; MORELLO DE RAMÍREZ, "La abuelitud y la determinación de la filiación", RDF, Lexis Nexis, N° 6, 2001, p. 52; ROVEDA, EDUARDO G. y MASSANO, MA. ALEJANDRA, "La reforma de la ley 26.618 en materia filiatoria", Ponencia presentada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Tucumán en el año 2011, <http://ideconsultora.com.ar/bcderechocivil2011/ponencias/>; id., "Un nuevo caso de sustracción internacional de niños", Supl. LA LEY, 2011-F, 134; SAMBRIZZI, EDUARDO A., *La procreación asistida y la manipulación del embrión humano*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001; SCOTTI, LUCIANA BEATRIZ, "Una acertada decisión en un caso de restitución internacional de menores", DFyP, La Ley, año 1, N° 3, nov. 2009, p. 65.

587 5 4 4 4 4

Art. 576.h— Caracteres. El derecho a reclamar la filiación o de impugnación no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Mantiene la misma redacción que el art. 251 del Código Civil de Vélez.

II. COMENTARIO

En el presente capítulo se enumeran y detallan características propias de todas las acciones de filiación, ya sea de reclamación como de impugnación, con una técnica legislativa similar a la utilizada con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil.

Manteniendo la misma redacción que el art. 251 del Código de Vélez, el presente art. 576 establece que las acciones de filiación, al igual que las restantes acciones de estado de familia, son imprescriptibles e irrenunciabiles. No se enumeran las otras características que también poseen ese tipo de acciones como la inalienabilidad y la inherencia personal.

Pero como reza el artículo, los derechos patrimoniales que puedan derivar del estado de familia que se pretende reclamar o impugnar, si están sujetos a las reglas de prescripción generales o específicas de los derechos de que se trate.

Por ejemplo, la acción de reclamación de filiación no prescribe, pero los derechos sucesorios derivados de ese nuevo estado de familia que se pretende si están sujetos a prescripción, ya que por ejemplo, el ejercicio del derecho de opción para aceptar o repudiar la herencia que se defiende se extingue a los diez años de la apertura del sucesorio (art. 2288 del Código Civil).

En igual sentido, la acción de daños y perjuicios por la falta de reconocimiento del hijo, prescribe a los dos años contados desde el pronunciamiento que concreta el emplazamiento del estado filiatorio, a pesar de que dicha acción de reclamación si sea imprescriptible.

III. JURISPRUDENCIA

Tratándose de la acción de daños generados por la omisión de reconocimiento de filiación extramatrimonial, el plazo de prescripción bienal previsto en el art. 4037 del Cód. Civil comienza a computarse a partir de la mayoría de edad del reclamante, por aplicación de la dispensa prevista en el art. 3980 de dicho cuerpo legal, toda vez que no corre la prescripción contra los menores cuando su representante legal es el deudor de la obligación de la cual son acreedores (CApel. Concordia, sala Civ. y Com. I, 7/6/2013, La Ley Online, AR/JUR/21756/2013).

Art. 577.— Inadmisibilidad de la demanda. No es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas, de conformidad con este Código y la ley especial, con independencia de quién haya aportado los gametos. No es admisible el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Este artículo introduce un nuevo principio o paradigma del sistema filiatorio, en el cual se elimina, como se detalla en el capítulo anterior, el binomio filiación natural/filiación adoptiva, para integrar un tercer tipo de vinculación que es la filiación a través del uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

La particularidad de dichas técnicas, requiere necesariamente la readecuación del sistema de determinación filiatoria y, en consecuencia, del sistema de reclamación o impugnación de los vínculos paterno-filiales establecidos. Readecuación que no se había realizado en oportunidad de la sanción de la ley 26.618, cuya omisión, había generado

constantes contradicciones normativas y la crítica, en consecuencia, de la doctrina especializada.

El eje del vínculo así determinado deja de ser el nexo biológico, ya que éste puede no existir en relación a alguno de los miembros de la pareja parental, para pasar a estar determinado por el consentimiento previo, informado y libre prestado para someterse a dichas técnicas. Se es padre no por el aporte de material genético sino por la decisión y elección de ser padres, denominada en doctrina como "*voluntad procreacional*", receptado en el art. 561 del presente Código.

Así sostienen Kernelmajer de Carlucci, Herrera y Lamm que "*esta desmitificación acerca de lo biológico como requisito único y central en la determinación de la filiación responde a la consolidación de la procreación asistida como una fuente propia del derecho filial, con caracteres y reglas especiales, en la que el elemento volitivo ocupa un lugar privilegiado. Tan así es, que se habla de una 'desbiologización de la paternidad' focalizándose en la 'paternidad voluntaria' como un hecho jurídico, compuesto de elementos volitivos, sociales y afectivos, y no exclusivamente de caracteres genéticos*".

En virtud de ello, las acciones de impugnación de la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de dichas técnicas, deben tener sus propias reglas y ya no basarse en la inexistencia del vínculo biológico como sucede en el Código de Vélez, sino en la ausencia del consentimiento prestado en las condiciones exigidas por la norma.

En el mismo sentido, habiéndose determinado el vínculo paterno-filial a través del consentimiento prestado, no pueden admitirse el reconocimiento ni el ejercicio de acciones de reclamación de filiación respecto de niños nacidos como producto de dichas técnicas.

La restricción en el ejercicio de las acciones de filiación antes mencionada, no enerva el derecho a la información de la persona nacida como producto de estas técnicas.

Una disposición similar a la contenida en el presente artículo se incluye en el art. 582 que regula la acción de reclamación de la filiación, el art. 588 de impugnación de la maternidad, en el art. 589 al describir la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley, en el art. 591 en el cual se regula la acción de negación de filiación presumida por la ley, en el art. 592 de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley y en el art. 593 de impugnación del reconocimiento.

Podemos inferir que la técnica legislativa utilizada obedece a la necesidad de mantener estructuralmente la regulación de las acciones de filiación en forma similar al Código de Vélez, y a reafirmar en cada supuesto la introducción de una nueva fuente de filiación que se rige por sus propias reglas y no por las reglas conocidas por nuestra norma hasta el presente y vinculadas exclusivamente a la filiación natural.

Sin embargo, podemos sostener que sería más adecuado, incluso a los fines didácticos, regular las diferentes fuentes de filiación en forma separada, como ya sucede con la filiación adoptiva, en vez de establecer por la negativa la inaplicabilidad de tal supuesto a una fuente filiatoria determinada.

Art. 578.— Consecuencia de la regla general de doble vínculo filial. Si se reclama una filiación que importa dejar sin efecto una anterior-

mente establecida, debe previa o simultáneamente, ejercerse la correspondiente acción de impugnación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo recepta los conceptos ya vertidos en el art. 252 del Código Civil, en consonancia con el antiguo art. 250 en su segundo párrafo.

II. COMENTARIO

La razón de ser del principio legal que la reforma mantiene, está vinculada a la imposibilidad de admitir emplazamientos incompatibles entre sí por representar vínculos que son excluyentes, y la obligatoriedad, en consecuencia, de obtener el desplazamiento del primer vínculo en forma previa o simultánea al ejercicio de la acción de reclamación o al reconocimiento. En el caso de ejercerse en forma simultánea nos encontramos frente al supuesto de acumulación subjetiva de acciones previsto por los ordenamientos procesales (art. 89 CPCCN y CPCCBA).

Antes se hacía referencia a la imposibilidad de tener dos madres o dos padres. En el nuevo Código Civil se neutralizan los conceptos al hablarse de la regla del "doble vínculo filial" dejando atrás el histórico binomio maternidad/paternidad.

4El mantenimiento de la limitación del doble vínculo, ahora con contenido sexual neutro, no resulta una disposición menor de la reforma, ya que permite desterrar las posibilidades elucubradas en la doctrina luego de la sanción de la ley 26.618 en relación a que el niño pueda tener vínculo filial con más de dos personas y que tanta preocupación habían causado.

Aceptar la posibilidad de que se establezcan vínculos filiales con más de dos personas, implica en sí mismo un cambio de paradigma más trascendental y complejo aún, con implicancias propias, incluso, metajurídicas.

III. JURISPRUDENCIA

Quien intenta una acción de filiación extramatrimonial goza al tiempo de iniciarla —necesariamente— de otro estado de familia y por ello la ley le exige ejercer previa o simultáneamente la acción tendiente a desconocer este último (CCiv. y Com. 5ª Nom. Córdoba, 23/7/1980, La Ley Online, AR/JUR/2413/198).

Art. 579.— Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo replica los conceptos ya vertidos en el antiguo art. 253 del Código Civil, admitiendo toda clase de pruebas para la acreditación de la existencia o inexistencia del vínculo biológico alegado, pero resaltando, a su vez, la trascendencia de las pruebas genéticas en este tipo de procesos. Se incorpora la posibilidad de recurrir a otros parientes para la extracción de la muestra y la interpretación de la negativa a someterse al estudio como indicio grave contrario a la posición del renuente, ya contenido con similar alcance en el art. 4º de la ley 23.511.

II. COMENTARIO

Dentro de la pruebas genéticas, la técnica hoy utilizada es la denominada prueba de ADN (ácido desoxirribonucleico), la cual permite obtener un grado de certeza en sus resultados del 99,99%. Además la extracción de las muestras resulta sumamente simple y poco invasivo ya que puede obtenerse la secuencia genética de la sangre de la persona o de tejidos como cabello o saliva.

42 Se incorpora en el texto legal, por primera vez en el Código, la posibilidad de recurrir a otros parientes que permitan obtener algún grado de certeza en el resultado de la prueba genética, ante la imposibilidad de efectuar el estudio a alguna de las partes, aunque su precisión sea menor que si se realiza sobre las personas directamente involucradas. En la jurisprudencia, esa posibilidad ya se había receptado en el caso de fallecimiento del sujeto involucrado, priorizándose a los parientes más próximos en grado.

hEL TEXTO DEL ACTUAL ART. 579 RECEPTA, A SU VEZ, EL TEXTO DEL ART. 4º DE LA LEY 23.511 EN RELACIÓN A LA INTERPRETACIÓN DE LA NEGATIVA A SOMETERSE AL ESTUDIO GENÉTICO, COMO UN INDICIO GRAVE CONTRARIO A LA POSICIÓN DEL RENUENTE. ESTA NORMA INTRODUCE EL CALIFICATIVO DE "GRAVE" NO CONTEMPLADO EN LA REDACCIÓN DADA POR LA LEY ANTECEDENTE.

AHORA BIEN, LA CUESTIÓN QUE SE PLANTEÓ Y, SE SEGUIRÁ PLANTEANDO AÚN DESPUÉS DE LA INCORPORACIÓN DE ESTA NUEVA NORMA, ES LA EXTENSIÓN O EL ALCANCE A DARLE A DICHO INDICIO. EN ESTE PUNTO ENCONTRAMOS BÁSICAMENTE DOS POSICIONES:

QUIENES CONSIDERAN QUE DICHO INDICIO REVISTE UN CARÁCTER SECUNDARIO O COMPLEMENTARIO DE OTRAS PRUEBAS. ESTA POSTURA SOSTIENE QUE SE DEBE RECURRIR A OTROS MEDIOS DE PRUEBA PARA FORMAR LA CONVICCIÓN DEL JUEZ, YA QUE NO CONSTITUYE UNA PRESUNCIÓN LEGAL SINO JUDICIAL (CON EL INDICIO FUNDAMENTE DE LA MISMA SI DERIVADO DE LA LEY), SOMETIDA AL MARGEN DE DISCRETIONALIDAD DEL MAGISTRADO. SIN EMBARGO, SE HA ACLARADO QUE A MAYOR AVANCE CIENTÍFICO EN LA CERTEZA OBTENIDA DE LAS PRUEBAS GENÉTICAS, MAYOR SERÁ EL PESO A OTORGARLE A ESTE INDICIO DERIVADO DE LA NEGATIVA.

SOSTIENE MÉNDEZ COSTA QUE NO SERÍA PRUDENTE (E INCLUSO SERÍA PELIGROSO) LIMITARSE A LA SOLA NEGATIVA AL ESTUDIO GENÉTICO PARA DETERMINAR LA FILIACIÓN RECLAMADA, YA QUE PODRÍA PRESENTARSE EL SUPUESTO DE QUE SE VERIFIQUE UN COMPORTAMIENTO FRAUDULENTO ENTRE LA MADRE Y EL DEMANDADO QUE NO RESULTA SER EL VERDADERO PADRE DEL NIÑO.

ESTA POSTURA RELATIVA A LA IMPORTANCIA DEL INDICIO EN CONTRA DE LA POSICIÓN DEL RENUENTE CONSTITUIDO POR LA NEGATIVA DE ÉSTE A SOMETERSE A LA PRUEBA PERI-

CIAL, SIN QUE EL MISMO CONSTITUYA LA ÚNICA PRUEBA PARA ARRIBAR A LA CEREZA DE LA FILIACIÓN, HA SIDO EL CRITERIO SEGUIDO POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

Quiénes entienden que la negativa sería suficiente en sí misma para acreditar el nexo biológico al punto de asignársele el valor de un reconocimiento de la paternidad imputada. En esta postura se enrola Calarota quien sostiene que la negativa a la pericia, previa advertencia y explicación sobre la seguridad del método, *"deberá ser considerada como reconocimiento de la paternidad imputada"*, con la sola excepción de aquellos supuestos en los cuales se verifica la imposibilidad absoluta de haber concebido: ablación de órganos de reproducción, ausencia prolongada, esterilidad. Kielmanovich adhiere a esta interpretación sosteniendo que la negativa como prueba indiciaria que es, podría ser *"suficiente de por sí"* para acreditar la posible ocurrencia o verificación de los hechos, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, *"máxime cuando la ley no le atribuye a la conducta procesal efectos corroborantes"*. Grosman y Martínez Alcorta han avalado esta postura incluso antes de la sanción de la ley 23.511, sosteniendo que *"la contundente definición que otorgan las pruebas hematológicas en cuanto a la existencia o ausencia del nexo biológico obligan a una enérgica valoración de la negativa de una de las partes a someterse a tales exámenes que debe resolverse en una presunción absoluta en contra de quien se resiste a su producción. Trabrar una comprobación que ofrezca tan elocuente seguridad para establecer la verdad biológica, debe ser juzgada en forma severa, pues por esta vía se fuerza al juez a resolver el litigio en base a elementos más inciertos o de difícil acreditación"*.

Finalmente cabe resaltar que la redacción dada a la norma permite la calificación de la negativa en los sentidos señalados, tanto si proviene del progenitor demandado como de los parientes llamados en segundo término, criterio que ya había sido receptado por la jurisprudencia con anterioridad a la sanción del nuevo Código Civil.

III. JURISPRUDENCIA

La negativa a someterse a la prueba biológica no alcanza por sí sola para establecer la filiación extramatrimonial, pues si bien aquella genera una presunción respecto de la existencia del vínculo alegado no basta para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar al reclamo, sino que debe corroborarse con otros elementos del panorama probatorio de la causa, que revelen otros indicios o presunciones de la argüida paternidad (CCiv. y Com. Salta, sala I, 10/3/2014, La Ley Online, AR/JUR/2710/2014).

La negativa injustificada del demandado en juicio de filiación a realizarse los estudios genéticos ordenados, otorga un indicio contrario a la posición por él asumida, el cual en el caso permite admitir el reclamo al sumarse al reconocimiento que aquél manifestó respecto de la relación que tuvo con la actora y a los dichos de una testigo relativos a que ambas partes eran novios (CNCiv., sala B, 25/4/2011, ED, 243-322, AR/JUR/15968/2011).

La negativa a someterse a la prueba biológica por sí sola no alcanza para conformar el fundamento de una sentencia que haga lugar a un reclamo de filiación (SCBA, 9/6/2010, Online: 70070690).

Art. 580.— Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético

de los dos progenitores naturales de éste.

Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver.

El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Ante la imposibilidad de la toma directa de la muestra genética, por fallecimiento del presunto padre, el artículo en comentario arroja una solución que ya la doctrina y jurisprudencia habían receptado, a fin de obtener el resultado buscado y no ver frustrado el objetivo del proceso.

El orden resulta lógico ya que indica la búsqueda en primer término en los progenitores del padre prefallecido, cuyo estudio genético permitirá determinar o excluir la presencia de nexo biológico, dejando el camino de la exhumación del cadáver como una última opción.

De todos modos queda a criterio del juez determinar el curso de acción más adecuado *"según las circunstancias del caso"*.

En relación a la realización de la prueba genética sobre cadáveres, la norma viene a resolver una discusión que ya se venía planteando en torno a la tensión constitucional existente entre el derecho a la identidad y el derecho a la intimidad, la memoria y el honor de una persona fallecida, en beneficio del primero de los derechos involucrados.

III. JURISPRUDENCIA

Si bien la cremación de los cadáveres de la familia dispuesta por las hijas del matrimonio, a primera vista, podría interpretarse de entidad para presumir alguna intención de ocultar la inexistencia de vínculo filiatorio por parte de éstas, un análisis profundo del tema hace caer dicha presunción, toda vez que la pericia genética puede ser realizada con la actora y su hijo, tal como fuera ofrecido.

Locho por la propia abuela accionante en el escrito inicial (es decir, con carácter previo a que tomara conocimiento de la cremación de dichos cadáveres) y es de conocimiento público a partir de numerosos casos de recuperación de identidad de hijos de desaparecidos (SCBA, 9/6/2010, Online: 70070690).

Art. 581.— Competencia. Cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

El Código Civil de Vélez no preveía una norma de competencia territorial como la aquí comentada, quedando, en consecuencia, dicha materia reservada a las reglas de competencia de los ordenamientos procesales locales, las cuales ya habían sufrido embates en la jurisprudencia.

El actual art. 581 del Código Civil recepta dichas críticas y regula, ya desde el ordenamiento de fondo, la competencia del juez donde el actor tiene su centro de vida o el domicilio del demandado, a elección del primero, siempre y cuando éste sea un menor de edad o una persona con capacidad restringida.

El concepto de "centro de vida" como elemento integrante del universo de derechos de la niñez a proteger o como regla de atribución de competencia cuando hay niños involucrados, ha sido un concepto que ya había sido receptado en diferentes ordenamientos.

La ley 26.061 de Promoción y Protección de los Derechos del Niño, en su art. 3, al definir el interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley, requiere el respeto por su "centro de vida". Y luego define a este último como "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia."

El decreto reglamentario 415/2006 dispone, en su art. 3º, que "*El concepto de 'centro de vida' a que refiere el inc. f) del art. 3º, se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad*".

En ese sentido, el Convenio Argentino-Uruguayo sobre la Protección Internacional de Menores de 1981 establece en su art. 4º que debe interpretarse el concepto de "residencia habitual" como elemento tipificante del traslado o retención ilícito ("punto de conexión") como el lugar donde el menor tiene su centro de vida.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en el caso "Wilner c. Osswald", del año 1995, y lo ha hecho en el mismo sentido que el convenio argentino-uruguayo anteriormente citado. Allí el supremo tribunal nacional estableció que el concepto de residencia habitual "*se refiere a una situación de hecho que supone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores*".

A la luz de las conceptualizaciones anteriormente vertidas, no caben dudas de que será el juez donde el niño desarrollaba su vida el que se encuentra en mejores condiciones para resolver la problemática familiar en cuestión.

La regla de competencia establecida en el artículo en comentario se hace extensiva a las personas con capacidad restringida de acuerdo a la clasificación que efectúa el actual art. 32 del Código Civil, en el entendimiento que la misma tiene como fin primordial la protección del sujeto involucrado.

De todos modos, el actor conserva la doble opción de recurrir al domicilio de su centro de vida o al del demandado.

Si el actor no es menor de edad o persona con capacidad restringida, según el art. 720 del Código Civil, la acción de filiación, tramitará ante el juez del domicilio del demandado.

III. JURISPRUDENCIA

Toda vez que la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes instituida por la ley nacional 26.061 es una norma de orden público pues se ubica dentro de las competencias concurrentes que el sistema Federal argentino habilita al Estado Nacional respecto de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, configurando un piso mínimo e indisponible para la Provincia de Buenos Aires, la competencia para tramitar un incidente de aumento de cuota alimentaria debe acordarse al juez que corresponde a la residencia habitual del menor, pues allí se encuentra su "centro de vida" (C1ª Civ. y Com. Mar del Plata, sala III, 15/4/2014, La Ley Online, AR/JUR/6593/2014).

CAPÍTULO 7

ACCIONES DE RECLAMACIÓN DE FILIACIÓN

Por MARÍA ALEJANDRA MASSANO

Bibliografía clásica: BIDART CAMPOS, GERMÁN, "El emplazamiento judicial de la paternidad y la filiación extramatrimonial: sus perspectivas constitucionales", ED, 145-422; id., "Paternidad extramatrimonial no reconocida voluntariamente e indemnización por daño moral al hijo: un aspecto constitucional", ED, 128-332; BOSSERT, GUSTAVO A., *Régimen jurídico del concubinato*, Astrea, Buenos Aires, 1997; *Régimen jurídico de los alimentos*, Astrea, Buenos Aires, 1993; DE LAZZARI, EDUARDO N., *Medidas Cautelares*, 2ª ed., Lib. Platense, La Plata, 1988; GROSMAN CECILIA y ARIANNA CARLOS A. "Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil", JA, 1992-II-692; GUTIERREZ, DELIA M., "Concubinato, posesión de estado y pruebas biológicas en la acción de reconocimiento de paternidad", LA LEY, 1999-D, 429; MAKIANICH DE BASSET, LIDIA y GUTIERREZ, DELIA, "Procedencia de la reparación del daño moral ante la omisión de reconocimiento voluntario del hijo", ED, 132-477; MEDINA, GRACIELA, *Daños en el derecho de Familia*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2002; MÉNDEZ COSTA, MA. JOSEFA, "Los herederos y el ejercicio de la acción de filiación extramatrimonial", LA LEY, 1980-C, 938; "Sobre la negativa de someterse a la pericia hematológica y sobre la responsabilidad civil del progenitor extramatrimonial no reconociente", LA LEY, 1989-E, 563; MIZRAHI, MAURICIO L., "Posesión de estado, filiación jurídica y realidad biológica", LA LEY, 2004-E, 1197; PEYRANO, JORGE W., "Una categorización adecuada: la concesión de alimentos provisorios urgentes en el seno de un juicio de filiación extramatrimonial, es tutela anticipada", JA, 2000-II-34; SOLARI, NÉSTOR E. "Presunción de paternidad extramatrimonial derivada de la convivencia", LA LEY, 2005-B, 1195; ZANNONI, EDUARDO A., "Responsabilidad civil por el no reconocimiento espontáneo del hijo", LA LEY, 1990-A, 3.

Art. 582.— Reglas generales. El hijo puede reclamar su filiación matrimonial contra sus progenitores si no resulta de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. La acción debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente.

El hijo también puede reclamar su filiación extramatrimonial contra quienes considere sus progenitores.

En caso de haber fallecido alguno de los progenitores, la acción se dirige contra sus herederos.

Estas acciones pueden ser promovidas por el hijo en todo tiempo. Sus herederos pueden continuar la acción iniciada por él o entablarla si el hijo hubiese muerto en la menor edad o siendo persona incapaz. Si el hijo fallece antes de transcurrir un año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo replica los conceptos ya vertidos en el antiguo art. 254 del Código Civil, con algunas variantes.

II. COMENTARIO

42La principal modificación es la excepción establecida en el último párrafo que se repite sistemáticamente en los capítulos 7 y 8 correspondientes a las acciones de filiación.

La razón de ser de su inclusión, está vinculada a que en los mencionados capítulos se regulan las acciones tendientes a lograr el emplazamiento o desplazamiento del vínculo de filiación por naturaleza, ya que el objeto del proceso y, en consecuencia, la prueba a producirse en su marco gira en torno a la existencia o inexistencia del vínculo biológico, principio que no rige como eje en los casos de reproducción humana asistida, en los cuales, como ya expusieramos anteriormente, el factor determinante de la existencia del vínculo paterno-filial es la voluntad procreacional.

Por lo tanto, mediando consentimiento previo, informado y libre a la aplicación de las mencionadas técnicas de reproducción humana asistida, la acción de reclamación de la filiación en los términos del artículo en comentario no resulta aplicable.

Además la norma presenta cambios terminológicos: se sustituyen los términos “padres” o “padre y madre” por “progenitores” o por “cónyuges”, y “sucesores universales” por “herederos”. Además se acorta el plazo para que éstos puedan promover la acción cuando el hijo fallece.

El objetivo de la acción sigue siendo el emplazamiento en el estado de hijo o hija cuando el vínculo filial no fue determinado por algunas de las formas explicitadas en los capítulos I a 5 del título V del Código. El objeto de prueba es la existencia o inexistencia de vínculo biológico.

La legitimación activa para la acción de reclamación de la filiación se concede al hijo y sus herederos.

El hijo tiene la acción en todo tiempo, mientras que sus herederos pueden continuarla en caso de que el hijo fallezca durante el proceso o iniciarla en los casos en que fallezca en la menor edad o siendo incapaz o antes de transcurrir un año (el Código originario preveía el plazo de dos años) computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año (el Código Civil anterior preveía hasta el segundo año) siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda. En este último supuesto, la acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos.

En cuanto a la legitimación pasiva, la acción debe dirigirse contra los progenitores. Si la filiación es matrimonial debe demandarse a ambos cónyuges como un litisconsorcio pasivo necesario, ya que si la madre se encuentra casada, hace nacer la presunción de filiación en relación a su cónyuge, por lo cual éste último debe tener la oportunidad de participar del proceso cuya sentencia surtirá efectos sobre su persona.

En caso de fallecimiento del sujeto pasivo de la acción, la misma debe entablarse contra sus herederos. La redacción del anterior art. 254 se refería a “sucesores universales”. Consideramos correcta la precisión terminológica efectuada en el nuevo código, ya que hay sucesores universales que no continúan la persona del causante o no son titulares de todas las acciones que aquél detentaba en vida, como por ejemplo, los legatarios de cuota.

III. JURISPRUDENCIA

1chLa acción de filiación debe ser admitida, pues al reconocimiento tácito que se colige de la no contestación de la demanda se suma el hecho de que el demandado confesó2 fictamente que se involucró en una relación personal íntima con la progenitora del pretense hijo, que tuvo conocimiento del embarazo y que mantuvo contacto personal con este último durante varios años (CNCiv., sala F, 8/5/2012, La Ley Online, AR/JUR/25269/2012).

Art. 583.— Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad. En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto sólo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacer-

se bajo juramento; previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Antes de remitir la comunicación al Ministerio Público, el jefe u oficial del Registro Civil debe citar a la madre e informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos, de conformidad con lo dispuesto en la ley especial. Cumplida esta etapa, las actuaciones se remiten al Ministerio Público para promover acción judicial.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Mantiene la redacción del art. 255 del Código Civil de Vélez con algunas modificaciones que se detallan a continuación.

II. COMENTARIO

El presente artículo, al igual que el art. 255 del Código Civil, regula el deber del Registro Civil de comunicar al Ministerio Público, a través de la figura del Asesor o Defensor de Menores según la jurisdicción, los nacimientos inscriptos sólo con filiación materna, para que luego el organismo que recibe la comunicación procure, a través de la citación de la madre, individualizar al padre del niño a los efectos de efectivizar la determinación del vínculo faltante, ya sea por un posterior reconocimiento o por el ejercicio de una acción de reclamación de filiación.

La redacción actual de la norma presenta, de todos modos, una gran diferencia con el antiguo art. 255, en relación a la participación que se le otorga a la madre.

El artículo anterior preveía la posibilidad de que el Ministerio Público, ante la falta de reconocimiento voluntario del progenitor, promueva la acción judicial de reclamación, exclusivamente si mediaba conformidad expresa de la madre para hacerlo.

Si la madre no brindaba la información necesaria o no se presentaba estando citada, las actuaciones debían archivarse. Ahora bien, si la madre prestaba su conformidad para el inicio de la demanda, pero luego se arrepentía, su desistimiento no afectaba la facultad del Ministerio Público de continuar adelante con el proceso.

La obligatoriedad de la conformidad de la madre para la promoción de la acción, fue criticada por la doctrina en virtud de que el bien jurídico protegido es la identidad del hijo, no pudiendo supeditarse dicho derecho de raigambre constitucional a la voluntad de un adulto de preservar su intimidad.

En dicho sentido, el actual artículo elimina el requisito, sin perjuicio de lo cual la información que ella debe brindar sigue resultando fundamental para el éxito de la reclamación judicial a promover, ya que de lo contrario, sin su participación, resultará dificultoso individualizar al presunto padre del niño. Es por ello que el actual artículo hace hincapié en informarle sobre los derechos del niño y los correlativos deberes maternos y hacerle saber las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa.

Art. 584.— Posesión de estado. La posesión de estado debidamente

acreditada en juicio tiene el mismo valor que el reconocimiento, siempre que no sea desvirtuada por prueba en contrario sobre el nexo genético.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Mantiene los conceptos ya existentes en el art. 256 del Código Civil de Vélez, el cual, luego de un largo debate doctrinario, ya otorgaba a la posesión de estado debidamente acreditada en juicio, el valor de un reconocimiento expreso.

II. COMENTARIO

Se entiendo por "posesión de estado" al disfrute de un determinado estado de familia, sin que se tenga el título para ese estado.

Los canonistas y glosadores requerían para la existencia de la posesión de estado de hijo la reunión de tres elementos: el *nomen* o sea el uso del apellido del padre por el hijo; *tractatus*, trato de hijo recibido del padre y *fama* publicidad de ese trato; aunque la doctrina moderna admite que en la actualidad se reconoce como único elemento fundamental de la posesión de estado el *tractatus*, de manera que hay posesión de estado filial cuando padre e hijo se dan el trato de tales, aunque éste no llevara el apellido paterno y no hubiera trascendido públicamente la relación filial.

=0En este sentido se ha resuelto que la ley requiere actos que por su reiteración e importancia lleven al convencimiento de que ha existido trato paterno, demostrativo de una voluntad de reconocimiento del hijo, aunque también se ha dicho que si bien algunos hechos aislados no tienen relevancia o pueden parecer poco significativos, la suma de diferentes actos, aun cuando espaciados, pueden definir un comportamiento que evidencie tal relación familiar.

Corolario de lo expuesto resulta ser que se invierte la carga de la prueba, no necesitando el actor que goce de la posesión de estado probar el nexo biológico, pues lo esencial es la verificación de tal extremo, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo filial.

Sin perjuicio de la contundencia de la norma y de la presunción que de la misma deriva, al estar basada en un hecho que requiere verificación, será necesaria la promoción de una acción de reclamación de la filiación, en la cual el objeto de prueba de la actora será la posesión de estado alegada, y, en todo caso, la exclusión del nexo biológico a través del ofrecimiento de la respectiva prueba genética, será una defensa a esgrimir por el demandado.

En consecuencia, lo que genera el emplazamiento formal en el estado de padre e hijo no es la posesión de estado en sí misma, sino la sentencia a dictarse en el mencionado proceso.

III. JURISPRUDENCIA

Visto que el art. 253 del Código Civil admite la amplitud probatoria en los juicios de filiación, no resulta errado tener por acreditada la posesión de estado tan sólo con las pruebas testimoniales (C1ª Civ. y Com. Córdoba, 11/11/2010, LLC 2010 [diciem-

bre], 1286; LLC 2011 [marzo], 143 con nota de Néstor E. Solari, AR/JUR/67658/2010).

El art. 256 del Cód. Civil, según el art. 2º de la ley 23.264 (Adla, XLV-D, 3581), adopta el criterio que otorga a la posesión de estado, debidamente acreditada en juicio, el valor de un reconocimiento expreso. Por ello, no cabe examinar prioritariamente la prueba rendida respecto de la existencia del nexo biológico, pues lo esencial —tanto si el progenitor a quien se le reclama la filiación vive, como si ha fallecido—, es la verificación de tal extremo, sin perjuicio de que el demandado pueda demostrar la falta de nexo filial (CNCiv., sala A, 21/8/1997, LA LEY, 1998-B, 484; DJ, 1998-1-1072; DJ, 1998-2-910; AR/JUR/3108/1997).

Art. 585.— Convivencia. La convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Mantiene la presunción ya consagrada en el art. 257 del Código Civil de Vélez con ciertas precisiones terminológicas.

II. COMENTARIO

La norma actual recepta el mismo principio pero con un contenido sexual neutro, sin hoy referirse a la “*paternidad*” sino al “*vínculo filial*”, y utilizándose el término “*conviviente*” y “*convivencia*”, suprimiendo el uso del término “*concubinato*”.

La razón de ser de tal disposición, al igual que la del art. 257 antecedente, radica en presumir el trato sexual exclusivo entre los convivientes, como elemento determinante y constitutivo de la unión.

De acuerdo a lo establecido en el art. 20 del presente Código, en concordancia con los arts. 76 y 77 originarios, se entiende por época de la concepción al lapso entre el máximo (300 días) y el mínimo (180 días) fijados para la duración del embarazo, lo que arroja un plazo de 120 días que se cuentan aplicando los plazos máximos y mínimos reseñados desde la fecha de nacimiento (única cierta) para atrás.

En el sistema anterior, al encontramos frente a una circunstancia de hecho que requería ser probada, si el conviviente de la madre no efectuaba voluntariamente el reconocimiento, era necesario el ejercicio de la acción de reclamación de filiación, donde debía probarse la convivencia alegada para que nazca la presunción.

En el Código Civil vigente, el reconocimiento de efectos legales a este tipo de uniones ha cambiado dicho criterio, ya que las mismas ven sujeta su existencia, extinción y pactos celebrados a la inscripción en un registro específico (art. 511), constituyendo dicha inscripción prueba suficiente de su existencia, sin perjuicio de poder recurrir a otros medios probatorios (art. 512) ya que la registración no resulta constitutiva.

Si la inscripción de la unión se ha realizado, hace nacer la presunción de filiación del artículo en comentario de pleno derecho, como sucede con la presunción derivada del matrimonio del art. 566. De esta manera, se eliminarían las diferencias existentes

entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Si la unión no se registró, de todos modos, puede recurrirse a cualquier medio probatorio en el marco de la acción de reclamación que deberá deducirse.

Ya el art. 257 del Código originario preveía la admisión de prueba en contrario respecto de la presunción. Se ha entendido por ella, la inexistencia de nexo biológico, la imposibilidad de concebir o mantener relaciones sexuales o la denominada

a)42 *exceptio plurium concubenum*, por la cual, sin negar el hecho de la convivencia con la actora, se invocaría el mantenimiento de relaciones sexuales con otros hombres por parte de la madre a la época de la concepción.

Si la unión convivencial se encuentra registrada en los términos del art. 511, las defensas mencionadas deberán ser canalizadas a través del ejercicio de una acción de impugnación de la filiación, ya que como expusieramos anteriormente, la registración de la unión hace nacer *ipso iure* la presunción filiatoria del presente artículo.

El inconveniente que hallamos es que, dentro de las acciones de impugnación de la filiación presumida por la ley previstas en el nuevo Código Civil, sólo se hace referencia a la nacida del matrimonio (arts. 589 a 592), reservando, como en el sistema anterior, la denominada “impugnación del reconocimiento” (art. 593) para el desplazamiento del vínculo filial extramatrimonial.

Si la unión no fue registrada, al ser necesaria la promoción de una acción de reclamación de la filiación para obtener el emplazamiento filial, en la cual el objeto de prueba de la actora será la convivencia con la parte demandada, no caben dudas de que la “oposición fundada” será una defensa a esgrimir por el demandado en el marco del mencionado proceso.

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde hacer lugar a la demanda de reclamación de filiación extramatrimonial interpuesta si, mediante prueba testimonial ha quedado acreditada la existencia de una relación de pareja entre la madre del actor y el presunto padre a la época de la concepción pues, conforme lo establecido en el art. 257 del Código Civil, el concubinato al tiempo de la concepción consagra una presunción *iuris tantum* de paternidad del concubino de la madre (C1ª Civ. y Com. Córdoba, 11/11/2010, LLC 2010 [diciembre], 1286; LLC 2011 [marzo], 143 con nota de Néstor E. Solari, AR/JUR/67658/2010).

Art. 586.— Alimentos provisionarios. Durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisionarios contra el presunto progenitor, de conformidad a lo establecido en el Título VII del Libro Segundo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

g1034No existe una norma similar en el Código de Vélez.

83II. COMENTARIO

Los alimentos provisorios, con fundamento legal en el art. 544 del presente Código, tienen como finalidad satisfacer las necesidades más básicas del alimentado durante la tramitación del proceso principal, teniendo en cuenta que el bien jurídico protegido resulta de impostergable satisfacción.

Así sostiene De Lázzari que "...si objetivamente surge esa imposibilidad de aguardar la sentencia (o, lo que es lo mismo, se advierte el peligro en la demora) y, además, *prima facie*, se incorporan elementos de juicio que abonan la procedencia de aquella demanda de fondo (o sea, se acredita la verosimilitud del derecho), no hay motivos que impidan otorgar una protección cautelar adecuada. Y aquí, inevitablemente, lo único adecuado es anticipar la prestación alimentaria en sí... Nos encontramos, pues, en presencia de un supuesto excepcional, en el que el contenido de la medida cautelar se superpone, significa o equivale a lo mismo que se pretende lograr en la sentencia a dictarse en el proceso de mérito, vale decir, la fijación de la cuota..."

El pedido de alimentos provisorios se encuadra en la figura de la "medida anticipatoria" (también denominada "cautela material", "tutela satisfactiva interinal", "tutela anticipatoria" —entre otras acepciones—) dentro de la categoría general de lo que en la moderna doctrina se conoce como "procesos urgentes". Lo que pide la actora, al solicitar los alimentos provisorios es, ni más ni menos, que el adelantamiento provisorio del objeto perseguido en la demanda y cuya procedencia definitiva se juzgará al momento de dictarse la sentencia de mérito.

El problema que se presenta es que al ser el reclamo alimentario una acción de ejercicio de estado, es decir, una pretensión judicial tendiente a hacer efectivos los derechos derivados de determinado vínculo legal, resulta imprescindible la acreditación del lazo de parentesco o matrimonial invocado.

Es por ello que, en el marco de una acción de reclamación de filiación, cuando aún no se ha obtenido certeza acerca de la existencia del vínculo paterno-filial, se ha discutido la posibilidad de obtener la fijación de una cautela con carácter provisorio mientras tramita el proceso y fundado en el carácter impostergable de las necesidades que los alimentos están llamados a cubrir.

Así la doctrina y jurisprudencia han sostenido que aunque el derecho a reclamar alimentos se apoya en el emplazamiento en el estado de hijo, como una de las tantas acciones de ejercicio de estado, dado el carácter impostergable de las necesidades que los alimentos atienden, cabe otorgar alimentos, con carácter provisional, a quien, a falta de reconocimiento voluntario por parte del progenitor, ha demandado a éste por reclamación de filiación y el vínculo de filiación invocado surge *prima facie* verosímil. De lo contrario, se condenaría al niño al más absoluto abandono y desprotección si la madre y los parientes de ésta carecen de recursos para atender a sus necesidades.

Este criterio es hoy incorporado por primera vez al texto legal a través del artículo en comentario.

La remisión del propio artículo al Título "De la Responsabilidad Parental" nos lleva al art. 664 el cual expresamente establece que: "*El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar*

la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida".

Determina la norma que debe acreditarse cierta verosimilitud en el derecho invocado para lograr la procedencia del reclamo, a través de "*la acreditación sumaria del vínculo invocado*". Pueden citarse como ejemplos la confesión expresa o tácita del demandado, la ausencia de negativa de la paternidad al contestar la demanda, la posesión de estado de hijo, la convivencia de las partes durante la época de la concepción, los resultados positivos de las pruebas genéticas realizadas judicial o extrajudicialmente, la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica, entre otros supuestos.

Si se inicia el reclamo alimentario antes de la promoción del juicio filiatorio, con criterio acertado atento la naturaleza de los alimentos provisorios y la necesidad de evitar situaciones abusivas, el juez debe establecer un plazo de caducidad dentro del cual debe promoverse la acción principal. Nuestros ordenamientos procesales cuentan con normas de contenido similar al presente para las medidas cautelares, como ser el art. 207 del CPCCBA.

III. JURISPRUDENCIA

En determinados supuestos, es viable la estipulación provisorio y cautelar de una prestación alimentaria, aún antes de una sentencia que determine la filiación de un niño o adolescente, pues se encuentran en juego la protección de los derechos del niño a una vida digna, a un desarrollo armónico, a la salvaguardia de su salud y también se halla comprometida la defensa de su derecho a la igualdad (Juzg. Familia 2ª Nom. Córdoba, 25/2/2013, RDF 2013-IV-175, AP/JUR/152/2013).

En el marco de una acción de filiación extramatrimonial, corresponde fijar con carácter cautelar alimentos provisorios a cargo del demandado, pues se encuentra acreditada la verosimilitud del derecho invocado no sólo por la testimonial aportada que demostró la existencia de relaciones sentimentales entre el demandado y la reclamante, sino también por la insistente negativa de aquél de acceder a la realización de pruebas biológicas a fin de establecer la identidad filiatoria (CCiv., Com. y Minería San Juan, sala I, 18/4/2008, LLGran C31505uyo 2008 [setiembre], 803, AR/JUR/4532/2008).

Art. 587.— Reparación del daño causado. El daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existe una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

El presente artículo constituye la primera norma expresa que admite el derecho a reparación por la falta de reconocimiento voluntario por parte del progenitor.

Con anterioridad a esta incorporación legislativa, nuestra jurisprudencia y doctrina mayoritarias ya reconocían la posibilidad de accionar por daños y perjuicios a quien no fue reconocido voluntariamente por sus padres, como parte de la paulatina y no menos resistida introducción del derecho de daños en el marco especial de las normas de derecho

de familia.

La falta de reconocimiento viola derechos de la personalidad, a la identidad, a tener una filiación, al emplazamiento en un determinado estado civil, concretamente en el estado de hijo, reconocidos en los tratados incorporados a nuestra Constitución Nacional, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño. Por lo tanto, la negativa al reconocimiento voluntario constituye un hecho antijurídico que, si ocasiona daños, genera responsabilidad civil y el derecho a la indemnización a favor del hijo afectado.

Tal como el artículo en comentario lo exige, deben reunirse los requisitos previstos en el Capítulo I del Título V de Libro Tercero de este Código, y, en consecuencia, encontrarse reunidos los presupuestos generales de la responsabilidad civil, a saber: antijuridicidad, causalidad, factor de atribución y daño.

El reconocimiento de un hijo es un deber legal, aunque constituya en sí un acto jurídico familiar voluntario, por lo cual su omisión configura un hecho antijurídico.

En cuanto al factor de atribución, el mismo es siempre subjetivo, a título de culpa o dolo. De acuerdo con lo establecido en el art. 1724 del Código Civil: "*La culpa consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. El dolo se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifestación indiferencia por los intereses ajenos*".

El progenitor será responsable si incumplió intencionalmente su deber jurídico; pero no si acredita que ignoraba la existencia del hijo, o que tenía otros fundamentos para descreer razonablemente de su paternidad, y que se hubiera mostrado dispuesto a realizar la prueba biológica.

Ese hecho antijurídico cometido a título de dolo o culpa debe haber generado un daño.

Se ha entendido que corresponde reparar el daño moral, por la aficción que sufre derecho a la identidad desde el punto de vista individual como social. Su existencia surge *in re ipsa*². Para su cuantificación se deben tomar como parámetros la edad del hijo, su relación con otros niños, la escuela a la que concurre, el sufrimiento por no poder ostentar el apellido paterno, sobre todo en comunidades pequeñas donde aún hoy se sufre la estigmatización por la filiación extramatrimonial y por no aparecer en el ámbito de las relaciones de familia de su progenitor.

También se ha receptado la reparación del daño material, consistente en las carencias materiales derivadas de la falta de emplazamiento. Sin embargo, se ha sostenido que no procede incluir dentro de una acción por resarcimiento cuestiones que deben ser resueltas por el régimen alimentario regulado por el derecho de familia. También se ha incluido como rubro material resarcible la denominada pérdida de chance, entendiendo por ésta a la posibilidad de ganancias que resulta frustrada a raíz del incumplimiento de la obligación o el hecho ilícito, en el caso, por ejemplo, sufrir serias limitaciones económicas y falta de acceso a una buena educación o salud.

La acción para reclamar la reparación por la falta de reconocimiento prescribe a los tres años (art. 2561, Cód. Civil) desde que se encuentra firme la sentencia de filiación, resultando temporánea la demanda de daños interpuesta juntamente con la de filiación.

III. JURISPRUDENCIA

La inacción de la madre durante la minoridad del hijo no puede llevar a la reducción de la indemnización por daño moral que debe abonar el padre por su negativa a reconocerlo, pues de otro modo se incurriría en una solución que no se corresponde con la finalidad que se persigue, es decir, compensar el daño sufrido por el hijo ante la falta de un emplazamiento pleno (materno-paterno), y se vulneraría su derecho a la identidad (CNCiv., sala K, 14/6/2013, DFyP 2013 [diciembre], 227 con nota de Carlos A. Gherzi, RCyS 2014-I, 65, AR/JUR/61522/2013).

A los fines de la cuantificación del daño moral derivado de la falta de reconocimiento filiatorio debe tenerse en cuenta que la conducta totalmente omisiva de la madre y luego de la propia actora desde que llegara a la mayoría de edad hasta la promoción de la demanda —en el caso, cuando tenía 29 años— contribuyó concausalmente en la producción del daño (CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 17/4/2012, LLBA 2012 [junio], 564, AR/JUR/16909/2012).

La falta de reconocimiento voluntario de un hijo por parte del progenitor importa un obrar antijurídico, susceptible de producir un daño cuyo resarcimiento requiere la prueba de que el supuesto padre sabía o debía saber de la paternidad que se le atribuye, razón por la cual el reclamo será inviable cuando aquel ignoraba su paternidad (CNCiv., sala H, 23/12/2010, La Ley Online, AR/JUR/91586/2010).

Cabe hacer lugar a la indemnización en concepto de daño moral a favor de un menor de edad, por falta de reconocimiento de su padre, pues existió una actitud deliberada tendiente a soslayar su responsabilidad procreacional, la cual se tradujo en un menoscabo tras impedir a su hijo el ejercicio y goce de los derechos inherentes al estado de familia que le corresponden (CNCiv., sala F, 17/7/2006, La Ley Online, AR/JUR/7964/2006).

CAPÍTULO 8

ACCIONES DE IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

Por 5^{MA}RIA ALEJANDRA MASSANO

insrid15540838 Bibliografía clásica: AZPÍRI, JORGE O., "La legitimación activa en la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", RDF, LexisNexis, año 2000, n° 17, p. 17; BAZÁN, VÍCTOR, "¿Es actualmente sustentable la negativa a conceder a la madre legitimación activa para plantear la acción de impugnación de la paternidad del marido?", Revista de Derecho Procesal. Derecho Procesal de Familia, N° 1, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002; BEDROSIAN, GABRIEL, "La verdad biológica en un caso de impugnación de la maternidad", LLC, 1999-1471; BELLUSCIO, A. C., "Incidencia de la reforma constitucional sobre el derecho de familia", LA LEY, 1995-A, 946; BIDART CAMPOS, GERMÁN, "La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿Y los derechos del niño?", LA LEY, 2000-B, 22; BIDART CAMPOS, GERMÁN, "Una sentencia ágil en busca de la verdadera filiación del menor". LA LEY, 2002-C, 719; CHECHILE, ANA MARÍA, "La legitimación activa para iniciar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial", RDF, LexisNexis, año 2002, N° 20, p. 163; FERNÁNDEZ, SILVIA E., "El ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial

por el hijo menor de edad a la luz de la Convención de los Derechos del Niño y leyes de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes", SJA 8/7/2009; FIGUEROA, MARCELA y PERACCA, ANA, "Acercas de la constitucionalidad del art. 259 del Cód. Civil", DJ, 2002-2-1041; GIL DOMÍNGURZ, ANDRÉS, "¿Existe una familia basada en la hipocresía? La discriminación prevista en el art. 259 del Código Civil y un fallo de la Corte Suprema que llama a la reflexión", LA LEY, 2000-B, 24; GRAMARI, CINTIA E. y GODOY, NORBERTO, "Legitimación del padre biológico para impugnar la paternidad de un hijo matrimonial", RDF, LexisNexis, 2004-II-87; GUTIÉRREZ, DELIA, "Los tratados sobre derechos humanos y la acción de desconocimiento de la paternidad legítima", en RDF, LexisNexis, año 1997, n° 11, p. 69; IBARLUCÍA, EMILIO A., "La impugnación de paternidad por el padre 'reconociente'. A la luz de los nuevos paradigmas constitucionales de la 'identidad biológica y el 'interés superior del niño'", LA LEY, 2000-F, 761; KRASNOW, ADRIANA NOEMI, "Legitimación activa del presunto padre biológico para impugnar la paternidad matrimonial. Una cuestión constitucional", LLLitoral, 2004-138; LEVY, LEA, "La filiación en el proyecto de reforma del Código Civil", RDF, LexisNexis, 2001, n° 18, p. 52; LÓPEZ DEL CARRIL, "La legitimación activa. Inexistencia de tutela especial", LA LEY, 1989-C, 448; MAZZINGHI, JORGE ADOLFO, "Derecho de la mujer a impugnar la paternidad del marido: Un fallo elogiado de la Corte", ED, 185-452; id., "Legitimación activa para impugnar la filiación legítima", ED, 157-13; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J., "De nuevo sobre la legitimación para impugnar la paternidad matrimonial", ED, 177-71; id., "La filiación después de la reforma constitucional", LA LEY, 1995-E, 1034; REYSKIN, MOIRA, "Legitimación del defensor de Menores para interponer la acción del art. 259 del Cód. Civil", RDF, n° 19, p. 175; SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Sobre la legitimación del Ministerio Público para impugnar la paternidad matrimonial en representación de un menor imputado", ED, 194-651; SOLARI, NÉSTOR E., "En busca de la verdad biológica", JA, 2004-III-402; id., "Legitimación activa del padre reconociente para impugnar el reconocimiento de la filiación extra-matrimonial", DJ, 2006-3-683.

♦♦♦

Art. 588.— Impugnación de la maternidad. En los supuestos de determinación de la maternidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción de impugnación puede ser interpuesta por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo.

La acción caduca si transurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

En los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida la falta de vínculo genético no puede invocarse para impugnar la maternidad, si ha mediado consentimiento previo, informado y libre.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

42Se mantiene la redacción del anterior art. 261 del Código Civil con algunas modificaciones en cuanto al alcance de la acción en el caso de que el sujeto activo sea la madre y con el agregado de supuestos de caducidad de la acción.

II. COMENTARIO

La acción de impugnación de la maternidad tiene por objeto desplazar el vínculo

materno-filial cuando la mujer no es la madre del hijo que pasa por suyo. La prueba estará orientada a demostrar la inexistencia de nexo biológico entre madre e hijo, por lo cual, más allá de la amplitud probatoria que surge del art. 579 del Código Civil, la prueba fundamental serán los exámenes genéticos.

La actual redacción de la norma elimina las diferentes existentes en el tratamiento según el sujeto activo, ya que el antiguo art. 262 del Código Civil distinguía según quién interpusiera la acción. Si lo hacía la madre, se limitaban taxativamente los casos en los cuales la acción procedería: cuando alegue sustitución o incertidumbre acerca de la identidad del hijo. El marido o sus herederos, el hijo y todo tercero que invoque un interés legítimo, podían interponer la acción sin ninguna limitación casuística. La razón de ser de dicha diferenciación tenía que ver con evitar que la madre que hubiese sido cómplice de la maniobra dolosa que llevó a atribuirle falsamente su maternidad, alterando intencionalmente el estado civil de su hijo, pueda luego alegar su propia torpeza para desvirtuar la maternidad determinada legalmente.

Hoy ya no hay diferencias y se mantiene un espectro de legitimación activa amplio, enumerándose al hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. El agregado expreso del cónyuge de la madre se encuentra vinculado a la presunción que surge del art. 566 del Código, ya que si la maternidad de su cónyuge hace nacer el vínculo filiatorio entre el niño y el actor por imperativo de la presunción legal derivada del matrimonio, más allá de poder impugnar su propio vínculo por ausencia del nexo biológico, la falta de vinculación directamente con la madre hacer caer la filiación en relación a ambos. Su inclusión expresa hoy no significa que en el Código anterior no tuviera legitimación, ya que quedaba incluido dentro del concepto de tercero con interés legítimo.

La acción para cualquiera de los legitimados activos, no estaba sujeta, en la redacción anterior de la norma, a plazo de caducidad alguno. En cambio, el artículo aquí en comentario agrega que la acción caduca si transurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se conoció la sustitución o incertidumbre sobre la identidad del hijo. El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo.

El párrafo final del artículo excluye la posibilidad de ejercer la acción de impugnación de la maternidad en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Ello en virtud de que la acción tiende a lograr el desplazamiento del vínculo de filiación materna por naturaleza, y, en consecuencia, la prueba a producirse en su marco gira en torno a la existencia o inexistencia del vínculo biológico, principio que no rige como eje en los casos de reproducción humana asistida, en los cuales, como ya expusieramos anteriormente en el comentario al art. 582 al cual nos remitimos, el factor determinante de la existencia del vínculo paterno-filial es la existencia de voluntad procreacional.

III. JURISPRUDENCIA

La acción de filiación materna deducida es procedente, si el resultado de la prueba biológica llevada a cabo —en el caso, con muestras cadavéricas— y las restantes pruebas producidas, que la complementan debidamente, permiten concluir la existencia del vínculo alegado (CCiv. y Com. Azul, sala I, 8/11/2011, LLBA 2011 [diciembre], 1245, DFyP 2012 [abril], 74 con nota de Julio A. Martínez Alcorta, AR/JUR/67778/2011).

Art. 589.— Impugnación de la filiación presumida por la ley. El o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Para acreditar esa circunstancia puede valerse de todo medio de prueba, pero no es suficiente la sola declaración de quien dio a luz.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 258 del Código de Vélez es la base del presente, sin perjuicio del carácter sexual neutro que ahora posee la norma y la eliminación de la exigencia de acreditar la verosimilitud de los hechos en que se funda el reclamo.

II. COMENTARIO

Las modificaciones realizadas a la norma son en primer lugar terminológicas: se menciona el "vínculo filial" en lugar de "paternidad", "el o la cónyuge" en lugar de "marido", en igual sentido que para la determinación de la filiación.

La acción de impugnación, denominada históricamente de desconocimiento riguroso para diferenciarla de la negación o desconocimiento simple que se regulan en el art. 591, tiene como objeto obtener el desplazamiento del vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho, de la muerte o presunción de fallecimiento alegando "no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño".

A diferencia del art. 258 originario, no se exige en la norma vigente acreditar "previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda", extremo que ya había sido criticado por la doctrina por considerarlo una exigencia irrazonable y desproporcionada en virtud del derecho a la identidad que se encuentra en juego en este tipo de acciones.

El objeto de prueba del proceso será la inexistencia de vínculo biológico presumido, mencionando el artículo que podrá recurrirse a todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de quien dio a luz, manteniéndose la limitación que ya se encontraba en el art. 258 del Código de Vélez.

El párrafo final del artículo excluye la posibilidad de ejercer la acción de impugnación en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Ello en virtud de que la acción tien-

de a lograr el desplazamiento del vínculo de filiación por naturaleza, y, en consecuencia, la prueba a producirse en su marco gira en torno a la existencia o inexistencia del vínculo biológico, principio que no rige como eje en los casos de reproducción humana asistida, en los cuales, como ya expusieramos anteriormente en el comentario al art. 582 al cual nos remitimos, el factor determinante de la existencia del vínculo paterno-filial es la existencia de voluntad procreacional.

III. JURISPRUDENCIA

Debe hacerse lugar a la demanda entablada por el pretense padre biológico de un menor a fin de que se declare el cese de la presunción de paternidad a favor del marido de la madre contenida en el art. 243 del Código Civil, texto según ley 23.264 toda vez que, entre la separación de hecho del matrimonio y el nacimiento del menor transcurrió en exceso el término de trescientos días previsto en la citada norma como plazo máximo para la concepción (CNCiv., sala J, 28/12/2010, LA LEY, 2011-A, 209, JA, 2011-II, 549, AR/JUR/84774/2010).

Art. 590.— Impugnación de la filiación presumida por ley. *hLegitimación y caducidad.* La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

El hijo puede iniciar la acción en cualquier tiempo. Para los demás legitimados, la acción caduca si transcorre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caduca para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El presente artículo tiene su paralelo en el art. 259 del Código de Vélez, con una redacción que ha venido a zanjar una histórica discusión doctrinaria y jurisprudencial acerca de la limitada legitimación activa conferida para impugnar la presunción de la paternidad matrimonial. También se modifican los supuestos de caducidad de la acción.

II. COMENTARIO

El art. 259 establecía que la acción podía ser ejercida por el marido, sus herederos y por el hijo. El actual art. 590 ya no se refiere al "marido" sino al "cónyuge", los herederos habilitados no son sólo los del marido sino los de todos los sujetos legitimados en forma originaria, y, finalmente, incorpora a la madre y "cualquier tercero que invoque un interés legítimo".

Estas últimas dos incorporaciones han sido las más trascendentes en virtud de la ex-

clusión a que dichas personas se vieron sometidas por la rigurosa legitimación que el art. 259 mantenía infranqueable. Nos dedicaremos a su análisis en forma detallada a continuación.

Legitimación de la madre: nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación había tenido oportunidad de expedirse en el tema planteado, a través del caso "Deussen de Paez, Annette c. Osk, Carlos s/ Impugnación de paternidad". En dicha oportunidad la mayoría sostuvo la constitucionalidad de la falta de legitimación de la madre para impugnar la paternidad de su marido, en virtud de la exclusión en la enumeración que hacía el entonces vigente art. 259 del Código Civil, basándose en los siguientes argumentos:

Que al tiempo de la sanción de la ley 23.264, que mantiene la falta de legitimación de la madre para impugnar la paternidad presumida por la ley, los legisladores nacionales conocían los límites que imponían los tratados internacionales vigentes (aunque los mismos no gozaran de jerarquía constitucional preveían frente a la fuente de derecho interna), y sin embargo mantuvieron la restricción del art. 259. Ello implicaría que constituyó una decisión de política legislativa conferir legitimación para promover la acción a determinadas personas, excluyéndose a la madre.

id15540838 La distinción que efectúa el art. 259 del Código Civil no resulta discriminatoria, y por lo tanto, tampoco violatoria de los Tratados Internacionales, sino simplemente el tratamiento jurídico diferenciado frente a situaciones que en los hechos son desiguales, como ser, la paternidad y la maternidad. La mayoría de la Corte expresamente sostuvo que *"no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva a la dignidad humana"*.

El art. 259 no se basa en un privilegio masculino, sino en la vía legal que tiene el marido para destruir la presunción que sobre él hace pesar el art. 243, y no sobre la mujer, cuya maternidad es determinada por la prueba del nacimiento y la identidad del nacido.

Que las autoridades nacionales gozan de un razonable margen de apreciación de los principios e intereses jurídicos que rigen la materia, siendo responsables de establecer entre ellos el balance necesario para asegurar su efectivo cumplimiento. Así tanto el derecho a conocer la identidad biológica como a obtener certeza en los vínculos familiares merecen protección, y es cuestión de política legislativa resolver el conflicto que entre los mismos se plantea, facultad privativa que se ejerció en la redacción del art. 259, el cual *"no transgrede los derechos fundamentales invocados por la recurrente, sino que plasma una reglamentación posible de los valores en tensión, en concordancia con los derechos y garantías de jerarquía constitucional"*. Por lo tanto, una distinta composición de los valores en tensión podrá ser instaurada, pero siempre a través del Poder Legislativo, y no por interpretación jurisprudencial.

Que la filiación paterna no quedaría definitivamente establecida al negarse legitimación a la madre, ya que el hijo, que resulta ser el verdadero interesado, puede ejercerla en todo tiempo.

Según el fallo de primera instancia y la Cámara *a quo*, si se le permitiera a la esposa impugnar la paternidad de su marido, estaría alegando su propia torpeza, en este caso, su propio adulterio. En este mismo sentido, el art. 258 establece que cuando el marido impugne su paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio, no será suficiente

como medio de prueba la sola declaración de la madre.

La minoría de la Corte Suprema, juntamente con el dictamen del Procurador General de la Nación, sostuvieron la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil, más allá de que sólo el Procurador la haya declarado expresamente, ya que los ministros disidentes se limitaron a proponer el rechazo de la defensa de falta de legitimación opuesta por el demandado.

Los fundamentos vertidos por dicha postura fueron:

Resulta improcedente el argumento de que legitimar a la madre para impugnar la paternidad de su marido sería alegar su propia torpeza, ya que la comisión de adulterio debería ser sancionada exclusivamente en cuanto a las relaciones entre los cónyuges, y no en cuanto a las relaciones paterno-filiales, ya que de lo contrario se estaría perjudicando al hijo (generalmente menor de edad) y su derecho a obtener una identidad cierta.

El art. 259 del Código Civil vulnera las siguientes normas, las cuales consagran la igualdad entre todas las personas, sin distinción, entre otras razones, por cuestiones de sexo y el interés superior del niño: el art. 16 de la Constitución Nacional, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, la Convención de los Derechos del Niño y la Ley Antidiscriminatoria 23.592.

Los derechos consagrados en los Tratados de Derechos Humanos citados resultan de inmediata operatividad, sin necesidad de norma que los reglamente.

Deben admitirse distinciones en el tratamiento de determinadas cuestiones cuando las mismas resultan razonables, es decir, contemplar en forma diferente situaciones que se consideran diferentes. En el caso en estudio, la ausencia de legitimación para la esposa a los fines de impugnar la paternidad de su marido, no resulta razonable, constituyendo una exclusión arbitraria, ya que la aleja del legítimo derecho que la mujer goza de asegurar el bienestar de su familia y la realidad de los vínculos que la conforman. Ambos, padre y madre, conforman junto con el hijo, el núcleo básico familiar, sin poder escindirlos ni darle entidad autónoma a la paternidad por un lado y a la maternidad por el otro, teniendo tanto el padre como la madre un interés legítimo, que la ley debe proteger y procura determinar la verdad en el establecimiento del vínculo filial.

Lo que se pretende asegurar por medio de esta acción son valores de rango superior como la veracidad de la paternidad y la protección de la minoridad.

Más allá de que el hijo posee legitimación para ejercer la acción, concedérsela también a la madre asegura la protección de su identidad en todo tiempo, sin que sea necesario aguardar a que el hijo pueda ejercerla por derecho propio, con los perjuicios que ello acarrearía al desarrollo de su personalidad en una etapa tan determinante como es la infancia.

Incluso la acción ejercida por derecho propio por el hijo va a depender siempre de la información que a éste le brinde la madre, por lo cual, siempre va a estar ligada a la voluntad de ésta última.

Los códigos civiles de Italia, España y Francia consagran la legitimación de la madre para impugnar la presunción de paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio.

Esta posición minoritaria, que se gesta desde una visión constitucional del derecho de familia, fue cobrando peso en la doctrina y la jurisprudencia, hasta verse plasmado en la reforma legal que se introduce en el artículo en comentario.

Legitimación de terceros con un interés legítimo: La legitimación del artículo se amplía, en consonancia con la acción de impugnación de la paternidad extramatrimonial y de la maternidad, para incluir a todo tercero que pruebe un interés legítimo (patrimonial o moral) en la promoción de la acción.

Dentro de esta categoría incorporada por el actual art. 590 del Código Civil, podemos incluir claramente a otro sujeto históricamente postergado por el entonces art. 259 y cuya legitimación generó numerosas discusiones en doctrina y jurisprudencia: el padre biológico del niño. Hoy a través de la figura del "tercero con un interés legítimo" puede considerarse legitimado para impugnar la filiación presumida erróneamente por la ley de acuerdo al art. 566.

La razón de ser de su histórica exclusión tenía que ver directamente con evitar las injerencias de terceros extraños en cuestiones vinculadas con la intimidad de la familia.

Sin embargo, estando aún vigente el art. 259, ya se habían alzado voces a favor de la incorporación del padre biológico dentro de los sujetos legitimados. Es así que contamos con el voto minoritario del Dr. Negri en un fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del año 1993, quien sostuvo que del solo hecho de que el art. 259 enumerara a dos legitimados no puede inferirse la exclusión de un tercero, pues si la ley hubiese querido restringir las posibilidades de accionar, hubiera recurrido a alguna construcción gramatical que así lo expresara.

La Suprema Corte de Justicia de Mendoza, por su parte, ha considerado que debe analizarse cada caso en concreto, aceptando la legitimación del tercero si el niño goza de posesión de estado respecto a su padre biológico. *"Determinar si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: (a) Edad del niño; (b) Conformación del grupo familiar en el que está inserto; (c) Relaciones familiares fácticas previas"*.

En relación con la caducidad de la acción: El hijo puede impugnar su filiación en cualquier tiempo, pero para los demás legitimados la acción está sujeta al plazo de caducidad de un año contado desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

El transcurso del plazo de un año desde la inscripción del nacimiento ya era un punto de marcha en el entonces vigente art. 259, pero dicha norma establecía la salvedad de que el marido pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo.

Entendemos que dicha salvedad ya no es necesaria con la nueva redacción en virtud de que allí la norma prevé que el plazo de caducidad comience a correr no necesaria e infaliblemente desde la inscripción del nacimiento ya que se incluye el supuesto de que corra *"desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presu-*

me".

Dicha inclusión resulta sumamente valiosa ya que la posibilidad de impugnar un vínculo filiatorio debe necesariamente vincularse al descubrimiento de por lo menos una duda en torno al vínculo presumido por la ley, y no antes. De lo contrario, como sucedía en el sistema legal vigente antes de esta última reforma, las acciones caducaban para el marido con facilidad.

Los herederos de todos los legitimados activos pueden impugnar la filiación si el decreto se produjo antes de transcurrir el término de caducidad descripto en los párrafos anteriores, y la acción les caduca una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del legitimado. Dicha disposición es similar a la prevista en el entonces vigente art. 259, aunque anteriormente resultaba aplicable sólo a los herederos del marido, lo cual fue criticado ya que muerto el hijo, sus herederos no podían demostrar su propia realidad biológica.

Art. 591.— Acción de negación de filiación presumida por la ley. El o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. La acción caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume.

Si se prueba que el o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo, la negación debe ser desestimada. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los artículos anteriores.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Mantiene los conceptos ya vertidos en el art. 260 del Código de Vélez, con precisiones terminológicas y modificaciones en los supuestos de caducidad de la acción.

FENP|1274 II. COMENTARIO

La acción de negación de la filiación presumida por la ley contenida en el presente artículo, también llamada de desconocimiento simple, tiene como objeto desvirtuar la presunción de filiatoria que surge del art. 566 cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, lo que permite presumir que la concepción se originó antes de ese momento.

El objeto de prueba de la presente acción se limita a acreditar la fecha del parto y la del matrimonio, sin necesidad de recurrir a la prueba de la inexistencia del vínculo biológico, como sí sucede con la impugnación rigurosa.

La legitimación activa hoy se le otorga a la o el cónyuge de la madre, sustituyéndose el término "*mando*" utilizado en la redacción anterior. Los herederos del legitimado activo no se encuentran incluidos en la norma actual ni en el originario art. 260, lo que permite inferir, a través de una interpretación restrictiva, que no estarían legitimados. Se ha criticado la limitación en la legitimación que poseía la norma originaria y que recepta en los mismos términos la redacción actual, ya que se excluye al propio hijo, a la madre, entre otros.

La acción debe ser desestimada si se prueba que él o la cónyuge tenía conocimiento del embarazo de su mujer al tiempo de la celebración del matrimonio o hubo posesión de estado de hijo. Queda a salvo, en todo caso, la acción de impugnación de la filiación que autorizan los arts. 589 y 590 (impugnación rigurosa).

Los supuestos reseñados ya se encontraban en el antiguo art. 260 del Código Civil, habiéndose dado en la actual redacción una mayor precisión a los términos utilizados, sobre todo en el segundo de los casos, el cual se resume en el concepto de "*posesión de estado*", mientras que la redacción de la norma anterior resultaba más que imprecisa cuando se refería a "*si, luego del nacimiento, reconoció como suyo expresa o tácitamente al hijo o consintió en que se le diera su apellido en la partida de nacimiento*".

También puede alegarse y probarse como hecho impeditivo para el progreso de la acción, la existencia de nexo biológico, pero en dicho supuesto se cierra la posibilidad de ejercer, frente a un rechazo de la acción, la impugnación rigurosa de la filiación en virtud del principio de cosa juzgada. La acción caduca si transurre un año desde la inscripción del nacimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser hijo de quien la ley lo presume, en concordancia con el supuesto de caducidad ya incorporado en el art. 590 al cual remitimos.

La redacción de la norma supera el entonces vigente art. 260 que también establecía el plazo de un año, pero no determinaba desde cuándo debía computarse dicho plazo. De todos modos la doctrina entendía que correspondía la aplicación analógica de los términos de caducidad ya contenidos en el art. 259 del Código Civil, lo que ahora incorpora el artículo en comentario en forma expresa.

El párrafo final del artículo excluye la posibilidad de ejercer la acción de impugnación en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Ello en virtud de que la acción tiende a lograr el desplazamiento del vínculo de filiación por naturaleza. En los casos de reproducción humana asistida, como ya expusieramos anteriormente en el comentario al art. 582 al cual nos remitimos, el factor determinante de la existencia del vínculo paterno-filial es la existencia de voluntad procreacional y no la existencia del vínculo biológico.

Art. 592.— Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer.

Esta acción puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

La inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación

del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

el 1274 Esta acción de impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley, ya estaba comprendida en el párrafo final del art. 258 del Código Civil de Vélez, contando ahora con una legitimación activa más amplia.

II. COMENTARIO

1274 El objetivo de la acción es impedir que al nacer el niño surja la presunción filiatoria del art. 566 del presente Código, por lo cual debe interponerse durante el transcurso del embarazo, por las mismas razones que puede proceder la acción de impugnación rigurosa.

De no ejercerse, no se pierde por ello la posibilidad de interponer la impugnación de los arts. 589 y 590 anteriormente descriptas.

En la redacción anterior de la norma, sólo poseían legitimación activa el marido y sus herederos. Hoy el artículo en comentario, en consonancia con la apertura contenida en el art. 590 al cual nos remitimos, incorpora a la madre y a cualquier tercero que invoque un interés legítimo.

La norma no tiene previsto un plazo de caducidad específica, sin embargo, de su propia formulación se infiere que dicho plazo es el nacimiento del hijo, ya que este hecho determina la filiación y el nacimiento de la presunción, por lo cual la prevención ya no es posible a partir de dicho hecho.

El párrafo final del artículo excluye la posibilidad de ejercer la acción de impugnación en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Ello en virtud de que la acción tiende a lograr el desplazamiento del vínculo de filiación por naturaleza, y, en consecuencia, la prueba a producirse en su marco gira en torno a la existencia o inexistencia del vínculo biológico, principio que no rige como eje en los casos de reproducción humana asistida, en los cuales, como ya expusieramos anteriormente en el comentario al art. 582 al cual nos remitimos, el factor determinante de la existencia del vínculo paterno-filial es la existencia de voluntad procreacional.

Art. 593.— Impugnación del reconocimiento. El reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio puede ser impugnado por los propios hijos o por los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo. Los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo.

Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Mantiene los conceptos ya vertidos en el art. 263 del Código de Vélez con modificaciones en los supuestos de caducidad de la acción.

II. COMENTARIO

La acción de impugnación del reconocimiento tiene por objeto obtener el desplazamiento del vínculo extramatrimonial generado por el acto voluntario del progenitor que ha reconocido al niño, por no corresponderse con la realidad biológica. Este último extremo será el objeto de prueba del proceso.

Al igual que el art. 263 del Código Civil derogado, tienen legitimación para su promoción los hijos y cualquier tercero que invoque un interés legítimo. Se entiende por "interés legítimo" a aquel de contenido patrimonial, como ser un eventual derecho hereditario, o simplemente moral, como ser el caso de verdadero progenitor biológico que desea emplazarse en el vínculo que le corresponde.

La acción no puede ser intentada por el reconociente, quien de esa manera vulneraría la irrevocabilidad del reconocimiento establecida por el art. 573 del Código Civil y estaría en contradicción con los propios actos jurídicamente válidos y plenamente eficaces. Dicho sujeto conserva para sí el ejercicio de la acción de nulidad fundada en la existencia de vicios de la voluntad u otras causas que comprometen la eficacia del acto de reconocimiento, en los términos del régimen general de validez de los actos jurídicos regulado por el Código en los art. 382 y siguientes.

En cuanto a la caducidad de la acción, el hijo puede impugnar el reconocimiento en cualquier tiempo, pero los demás interesados tienen el plazo de un año desde que han conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Aquí hallamos una diferencia importante con el contenido del antiguo art. 263 del Código Civil, ya que en dicha norma se establecía que la acción caducaba dentro de los dos años de haber conocido el acto de reconocimiento.

Además de acortarse el plazo a un año, resulta sumamente valioso en la nueva redacción que no sólo se tome como punto de marcha del plazo el hecho de haber conocido el acto de reconocimiento, que pudo haber sucedido muchos años atrás, sino el descubrimiento de por lo menos una duda en torno a la veracidad del vínculo determinado por ese reconocimiento. De lo contrario, como sucedía en el sistema legal vigente antes de esta última reforma, en oportunidad de encontrarse el sujeto en condiciones de impugnar el vínculo, que no es ni más ni menos cuando surge la duda en torno a la correspondencia del mismo con la realidad biológica, era muy común que el plazo ya se hubiera agotado.

El párrafo final del artículo excluye la posibilidad de ejercer la acción de impugnación en los supuestos de filiación por técnicas de reproducción humana asistida si ha mediado consentimiento previo, informado y libre. Ello en virtud de que la acción tien-

de a lograr el desplazamiento del vínculo de filiación por naturaleza, y, en consecuencia, la prueba a producirse en su marco gira en torno a la existencia o inexistencia del vínculo biológico, principio que no rige como eje en los casos de reproducción humana asistida, en los cuales, como ya expusieramos anteriormente en el comentario al art. 582 al cual nos remitimos, el factor determinante de la existencia del vínculo paterno-filial es la existencia de voluntad procreacional.

III. JURISPRUDENCIA

Quien reconoció a un hijo extramatrimonial carece de legitimación para impugnar su paternidad, si no aportó prueba alguna de haber efectuado el reconocimiento bajo engaño, sino que la testimonial rendida en la causa permite presumir que sabía que no era el progenitor, lo cual encuentra apoyo en la conducta desplegada por él con posterioridad al otorgamiento del acto, en tanto no tuvo nunca más contacto con el reconocido ni le brindó alimentos (STJ Jujuy, 20/3/2014, LLNOA 2014 [junio], 535, AR/JUR/7285/2014).

El propio reconociente no puede impugnar judicialmente el reconocimiento de un hijo extramatrimonial, ya que si dicho acto es válido asume el carácter de irrevocable, siendo contraria dicha negativa, además, con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, sin perjuicio de que pueda accionar por su nulidad acreditando la existencia de algún vicio de la voluntad, como el error respecto de la persona objeto de reconocimiento o la existencia de violencia o intimidación (SCBA, 27/10/2004, LLBA 2005 [marzo], 172, AR/JUR/4141/2004).

TÍTULO VI

ADOPCIÓN

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y CARLA F. ALONSO REINA

Bibliografía de la reforma: ÁLVAREZ, OSVALDO O., "Ante la necesidad de revitalizar el instituto de la adopción plena", ED, 236-211; ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., "Supresión y sustitución de la adopción simple (Filiación por afinidad, tutela adoptiva y guarda judiciales)", JA, 1998-III-1063; "La filiación por adopción plena y el derecho a la identidad", LA LEY, 2006-B, 347; BASSET, ÚRSULA C., "La adopción en el Proyecto del Código Civil y Comercial", Revista de Derecho de Familia y Personas, Buenos Aires, 2012; "La adopción y sus problemas en la reforma, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012", p. 441; BELLUSCIO, AUGUSTO, "La adopción plena y la realidad biológica", JA, 1998-III-1001; CHECHILE, ANA MARÍA, "La adopción de integración en un fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", LLBA, 2001-1019; GIOVANNETTI, PATRICIA Y ROVEDA EDUARDO, "Las uniones convivenciales en el anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación", en elDial.com, DC188A, 4/6/2012; GROSMAN, CECILIA P., "La adopción de integración y la familia ensamblada", JA, 1998-III-1045; MIZRAH, MAURICIO L., "Adopción del hijo adoptivo del cónyuge", LA LEY, 1996-C, 242; MOLINA, ALEJANDRO C.,

"Adopción del hijo del cónyuge o adopción de integración", ED, 200-493; PANCINO BETTINA, SILVA, CRISTINA, OJEDA, VERÓNICA, "Breve reseña sobre la modificación del Instituto de Adopción en el Anteproyecto del Código Civil", eDial.com - DC193C, 6/9/2012.

Bibliografía clásica: ÁLVAREZ, OSVALDO O., "Ante un innecesario rigorismo procesal en materia de adopción (comentario breve)", ED, 196-384; "Ante la necesidad de revitalizar el instituto de la adopción plena", ED, 236-211; ANGULO, MIGUEL JOSÉ, "Adopción simple integradora", LLC, 1990-657, 1990; ARIAS DE RONCHIETTO, CATALINA E., *La adopción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; "La filiación por adopción plena y el derecho a la identidad", LA LEY, 2006-B-347; AZPIRI, JORGE, "Reflexiones sobre la parte general de la ley de adopción", JA, 1998-III-952; BELLUSCIO, AUGUSTO C., "La adopción plena y la realidad biológica", JA, 1998-III-1001; BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "El interés superior del niño y la protección integral de la familia como principios constitucionales (la adopción de un menor por cónyuges divorciados)", LA LEY, 1999-F, 623; BURDEOS, FLORENCIA, "Adopción en infancia abandonada", RDF, 2007-37-239; "Registro de aspirantes, guarda de hecho y derecho de la madre biológica a elegir a quien entrega a su hijo en adopción", RDF, 2006-I-170; CHAVES, VANESA, DAWSON, MARÍA SOLEDAD, NAVEIRA, LORENA, PODESTÁ, GILDA ELIZABETH, VEGH, MARINA GABRIELA, "Adopción y derecho a la identidad", en XVII Congreso Internacional de derecho familiar, disertaciones y ponencias, La Ley/Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; CHECHILE, MARÍA, "Guarda de hecho y adopción", JA, 2000-IV-35; FAMÁ, MARÍA VICTORIA, "Adopción conjunta de convivientes: de la dogmática jurídica hacia el reconocimiento de los derechos fundamentales", JA, 2005-IV-49; GITTER, ANDRÉS, "Adopción plena, separación de hecho de los peticionantes e interés superior del niño", RDFyP, nro. 9, p. 103; GROSSMAN, CECILIA, MARTÍNEZ ACOSTA, IRENE y SID 15540838, "La adopción de integración y la familia ensamblada", JA, 1998-III-1045; HERRERA, MARISA, "La voz del niño en su proceso de adopción", JA, 2007-IV-1095; INIGO, DELIA, "Sobre la adopción de personas mayores de edad", JA, 1998-III-1057; JAUREGUI, RODOLFO G., "La ley, la Constitución y la adopción plena de un niño con hermanos biológicos. Los hermanos sean unidos ¿No es esa la ley suprema?", RDF, 2010-I-138; KANESPECK, MARIANA y MEDINA, GRACIELA, "Adopción", LLC, 2000-1301; LEVY, LEA M., "Adopción de hermanos", RDF, 2007-III-28; MEDINA, GRACIELA, *La adopción*, 2 ts., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998; PETTIGIANI, EDUARDO J., "La identidad del niño ¿está sólo referida a su origen?, (adopción versus identidad biológica)", JA, 1998-III-1004; RAY, CARLOS, "Adopción en parejas del mismo sexo (homosexualidad)", ED, 198-839; ROVEDA, EDUARDO, BURDEOS, FLORENCIA, "Constitucionalidad del art. 327, Cód. Civil", JA, 2007-IV-1112; SAMBRIZZI, EDUARDO A., "Procedencia de la adopción plena requerida, cuando no existen razones fundadas para otorgar la adopción simple", RDFyP, nro. 4, p. 49; SOLARI, NÉSTOR E., "Sobre la adopción conjunta por parte de convivientes", RDF, 2006-I-186; WAGMAISTER, ADRIANA, "Declaración en estado de adaptabilidad", LA LEY, 1981-D, 919; ZANNONI, EDUARDO A., "Adopción plena y derecho a la identidad personal. La verdad biológica: ¿Nuevo paradigma en el derecho de familia?", LA LEY, 1998-C, 1179; "Adopción y homosexualidad", RDF, 2007-37-131.

Art. 594.— Concepto. La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.

La adopción se otorga solo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Vélez manifestó su disfavor sobre el instituto en su nota de acompañamiento al proyecto de Código Civil y sostuvo allí que la legislación del Código Napoleón y los fundamentos de los juristas franceses no eran más que un intento de revivir una institución totalmente ajena al siglo XIX, donde los principios familiares romanos que la habían inspirado ya no tenían ninguna vigencia.

Por ello, en la nota al art. 4050 del antiguo Código, señala que "no reconoce adopción de clase alguna", aun cuando reconoce los derechos de los adoptados bajo la legislación anterior.

Sin embargo, las reformas producidas en el derecho italiano y francés tuvieron repercusión en nuestro país. Ello determinó la existencia de varios proyectos de ley que concluyeron con la sanción de la ley 13.252 en 1948, que admitió la adopción de menores de edad con el alcance que hoy se conoce como simple, donde el vínculo se establece entre adoptante y adoptado sin extinguir los lazos con la familia de sangre. Se exigió una diferencia de edad de dieciocho años entre adoptante y adoptado y, en caso de que el adoptante fuera casado, se exigía la conformidad de su cónyuge. Las personas que tuvieran descendencia propia no podían adoptar y el adoptante no tenía vocación sucesoria respecto del adoptado.

La ley 19.134 reemplazó, en 1971, a la 13.252, incorporando el instituto de la adopción plena, ya presente en Europa y considerado favorablemente por nuestra doctrina.

Con las reformas al régimen de filiación y patria potestad producidos por la ley 23.264, la admisión del divorcio vincular y, fundamentalmente, por la Convención sobre los Derechos del Niño, fue necesaria otra revisión de la legislación que se produjo con la sanción de la ley 24.779 (de 1997), que incorporó la reforma directamente al articulado del anterior Código Civil.

El Código sustituido, no contenía ninguna norma que definiera a la adopción. Es importante destacar que el proyecto de reforma del año 1998, tampoco contenía ningún artículo que definiera a este instituto. Varias son las definiciones que se han dado en doctrina, pero todas concluyen en definirla como la institución en virtud de la cual se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación. Como podemos observar su finalidad estaba dada por dar progenitores al menor de edad que carece de ellos, o que, aun teniéndolos no le ofrecen la atención, la protección o los cuidados que la menor edad requiere.

La concepción de la adopción ha virado durante el siglo pasado y ha tomado un rumbo diferente al que traía desde sus orígenes: ya no se pone el acento en las necesidades del adoptante, ni en su imposibilidad de tener hijos biológicos, sino que el instituto hace centro en la necesidad de amparo de los niños, y en crear entre éstos y sus adoptantes un vínculo signado por el amor con similares características al de la relación natural.

A continuación analizaremos cómo este instituto avanza en la conceptualización que establece el nuevo Código.

II. COMENTARIO

El nuevo Código consideró necesario definir a la adopción, generando de este modo un cambio en cuanto a su finalidad, ya que conforme a esta definición, este instituto tiene en miras el interés de los niños por sobre el de los adultos comprometidos.

Este concepto expone el derecho del niño/a de vivir y desarrollarse en una familia cuando éstos no pueden ser proporcionados por su familia de origen.

Cabe preguntarse si es propio del Código definir a la adopción, como lo hace el artículo en comentario, al respecto señala Basset que *"no es propiamente una norma que debiera integrar el Código Civil, pues su naturaleza es programática. Es improbable que la norma signifique que un niño puede demandar al Estado porque no pudo ser criado por una familia alternativa. La norma expresa una obligación de medios del Estado. En tanto que norma programática, sería preferible dejar el marco enunciado por la Convención sobre los Derechos del Niño, que es bastante"*.

Asimismo, el artículo en análisis da una definición incompleta del instituto de adopción porque sólo se refiere a la adopción de menores, siendo que el Código regula cuatro tipos de adopción: la de niños, la de integración, la de mayores y la adopción en el extranjero.

Evidentemente, el concepto no incluye a la adopción de integración ya que alude a niños que carezcan de una familia que pueda satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, y cuando se adopta al hijo del cónyuge o conviviente no se da tal situación de desamparo.

Tampoco comprende a la adopción de mayores de edad, porque se refiere a niños, niñas y adolescentes y no a mayores.

Finalmente, la conceptualización tampoco comprende a la adopción conferida en el extranjero o adopción internacional, que se rige por las leyes del lugar de su otorgamiento.

En definitiva hay que tener en cuenta que la definición del presente artículo se dirige a conceptualizar sólo la adopción de menores de edad otorgada en la Argentina, que no sea una adopción integrativa.

III. JURISPRUDENCIA

En el ámbito de los derechos del niño se reconoce a la adopción como un instrumento necesario para la protección de los menores, institución ésta que tiene justificación y fundamentos en los valores justicia, solidaridad y paz social. Como consecuencia de ello, para una correcta comprensión del problema que se suscita cuando se controvierten respetables derechos de los padres o adoptantes, no debe perderse de vista la necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor por sobre cualquier circunstancia, de conformidad con los principios contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño —arts. 3º.1, 8º.1, 9º.1 y 21 y art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional— y en el art. 321, inc. i, del Cód. Civil, cuestión que es de apreciación ineludible para los jueces (CNCiv., sala E, sumario N° 19406, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2010).

Art. 595.— Principios generales. La adopción se rige por los siguientes principios:

- a) el interés superior del niño;
- b) el respeto por el derecho a la identidad;
- c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;
- d) la preservación de los vínculos frateros, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;
- e) el derecho a conocer los orígenes;
- f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Nuestro Código anterior, no contenía expresamente principios sobre los cuales se debía elaborar este régimen, pero sin embargo podemos mencionar como pilares esenciales en la materia: el interés superior del niño, la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 de protección integral de niñas, niños y adolescentes, los cuales fueron recogidos en su redacción.

Sin perjuicio de ello, el antiguo art. 321 del Cód. Civil, al establecer las reglas que deben observarse en el juicio de adopción refiere en sus incs. h) e i), que en la sentencia deberá constar que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica; y que en todos los casos el juez o tribunal deberá valorar el interés superior del menor.

Como podemos observar algunas de estas reglas, fueron tomadas como principios rectores en la materia, a los fines de establecer las bases a tener en cuenta en todo proceso de adopción. El art. 327 del Código de Vélez también hacía referencia al derecho de conocer sus orígenes.

II. COMENTARIO

Al igual que en otros tí

hículos se enuncian principios sobre los cuales se estructura el régimen jurídico de la adopción, los cuales constituyen pilares imprescindibles a la hora de la interpretación y de llenar las lagunas del ordenamiento positivo.

Los principios generales en materia de adopción cumplen dos funciones, como fuente y como elemento de interpretación de la ley. Como fuente, los principios generales del Derecho son tales en cuanto se recurre a ellos para resolver las cuestiones que no tienen solución en la ley o las costumbres. Fijan también un límite a su arbitrio, garantizando que la decisión no esté en desacuerdo con el espíritu del ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que los principios generales de adopción por su alto grado de abstracción no pueden suministrar la solución exacta del caso, pero sirven para orientar la actividad creadora del juez, cuando exista una laguna del derecho positivo.

Por otra parte como elemento de interpretación de la ley, los principios generales sirven para:

- solucionar las posibles contradicciones entre las disposiciones positivas concretas.
- dar la clave para interpretar una disposición que ofrece dudas.

Cabe señalar que ninguno de estos principios puede ser interpretado aisladamente, sino que se interrelacionan y se integran con todo el ordenamiento jurídico.

Por último, en orden a valorar la función que cumple la parte general en materia de adopción hay que tener en cuenta que el art. 2º del proyecto establece que *"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. Interés superior del niño

El texto del art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, con rango constitucional dispone que *"en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*. A su vez, el art. 18.1 en relación con la responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño, preceptúa que *"su preocupación fundamental será el interés superior del niño"*.

2. El respeto por el derecho a la identidad

El derecho a la identidad requiere la posibilidad de búsqueda de los orígenes y vinculación con la familia biológica, a fin de preservar las relaciones familiares, según lo establece el art. 8º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Este principio guarda estrecha relación con el derecho del niño a conocer sus orígenes, por lo que nos remitimos a lo expuesto en el siguiente inciso.

3. El agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada

La permanencia del niño en su núcleo familiar es un principio que está contemplado en la Convención de Derechos del Niño, en el art. 9º, que dice: *"Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño"*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado extensamente sobre los derechos del niño y la protección a la familia en su Opinión Consultiva 17. En ella

ha establecido que el niño tiene derecho a vivir con su familia, la cual está llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas.

Pero el Máximo Tribunal Americano de Derechos Humanos se ha preocupado por señalar que el derecho de permanencia con la familia de origen no es un principio absoluto. Y por ende, si existen motivos fundados, el niño debe ser separado de su familia, ya que el Estado debe preservar su interés superior.

4. La preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas

Nuestra jurisprudencia ya había enfatizado en la idea de preservar la unión de los hermanos. También ha sostenido la improcedencia de innovar sobre estados de hecho ya consolidados, salvo que circunstancias justificadas así lo aconsejen.

A su vez, la ley 26.061, en el inc. d) del art. 41, al referirse a las medidas que se pueden adoptar en los casos en que las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio, establece que: *"...Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos..."*.

En principio no se debería separar a los hermanos, pero también se permite la posibilidad de que un grupo de hermanos pueda ser adoptado por dos adoptantes diferentes siempre y cuando garanticen que se conservará el vínculo fraterno entre los chicos.

La prioridad a la adopción de grupos de hermanos debe ser realizada en tanto ello beneficie el interés superior del menor.

5. El derecho a conocer los orígenes

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 8º reafirmó, también, la necesidad de asegurar y resguardar el derecho del niño a conocer su identidad biológica.

Si bien toda persona, en cuanto hijo, es titular del derecho a investigar libremente y con la mayor amplitud de pruebas quiénes son o fueron sus padres biológicos, debe recordarse que ello es sólo una parte de su "identidad" y que también sería legítima la posibilidad de que el titular de esta prerrogativa carezca de interés en conocer sus orígenes, o se prioricen otros aspectos de la circunstancia que integran su personalidad.

Ampliaremos estos conceptos en el comentario del artículo siguiente.

6. El derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez (10) años

Los jueces tienen el deber de escuchar al pretense adoptado en este proceso, conforme lo dispone el art.

hich12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lógicamente, en el modo de conocer su opinión existirán matices de acuerdo con la edad del adoptado, pero ello no

implica que no deban arbitrarse los medios adecuados y la eventual participación de especialistas que permitan conocer sus sentimientos y voluntad. Asimismo, el Proyecto innova en cuanto a la obligatoriedad del consentimiento en relación a los niños y adolescentes mayores de diez años, a los fines de tomar viable su adopción.

El niño, niña y adolescente es parte en todo el proceso de adopción y debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se indica como progresiva. Pero a partir de los diez años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta, sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto.

Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si éste no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto.

III. JURISPRUDENCIA

En la adopción debe ponerse el acento en la persona del menor, por constituir el centro sustancial de la situación jurídica en examen; y la solución del caso debe atender a ese objetivo primordial más que a los derechos —legítimos por cierto— de los protagonistas del pleito y partícipes de una manera u otra en la vida del menor (CNCiv., sala G, 13/10/1989, ED, 137-435).

La necesidad de asignar a la adopción un sentido que contemple prioritariamente el interés y conveniencia del menor, es un factor de apreciación ineludible para los jueces; y dicha pauta de evaluación no atiende exclusivamente a los beneficios de orden económico, social o moral que puede ofrecer al menor una u otra situación, sino que, aplicada en consonancia con los principios que inspiran a tan importante institución, debe conducir a ponderar en su trascendente dimensión las implicancias que sobre una personalidad en desarrollo pueda tener la decisión que se adopte (CNCiv., sala G, 13/10/1989, ED, 137-435).

En el caso "Fornerón", la Argentina ha sido condenada a reparar a un padre biológico porque el Estado entregó a su hija en adopción sin su consentimiento y con su oposición, privando a la niña de vivir en su familia de origen (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27/4/2012, "Caso Fornerón e hija vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas) (CCiv. y Com. Azul, caso C. n° 55.454, sala I, 20/10/2011).

Art. 596.— Derecho a conocer los orígenes. El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen

referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

CIVIL. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El derecho a conocer los orígenes estaba regulado en los arts. 321, 327 y 328, del Cód. Civil de Vélez.

II. COMENTARIO

El desarrollo del derecho a la identidad como derecho humano ha implicado la consolidación y autonomía de otro que de él deriva: el derecho a conocer los orígenes.

El nuevo Código mejora, amplía y fortalece la regulación del derecho del adoptado a conocer sus orígenes, noción más amplia que la de realidad biológica a la que alude el Código sustituido.

La novedad es que no sólo el adoptado mayor de edad podrá acceder a su expediente de adopción, sino que también podría hacerlo en la menor edad.

En este sentido, se menciona el acceso no sólo al proceso de adopción, sino a todo expediente o cualquier fuente de información relativos al origen, biografía o historia del adoptado.

Sin embargo, no se establece una edad determinada a partir de la cual se puede ejercer de manera personal este derecho; sino que se deja abierto para que todo adoptado, con madurez suficiente, si tiene inquietud acerca de sus orígenes, pueda ver satisfecho ese derecho. En este sentido, depende de una valoración que el juez haga en concreto sobre el niño que aspira a acceder a su expediente.

En atención a que los niños y adolescentes merecen una protección especial, se prevé que cuando el adoptado no ha alcanzado aún la mayoría de edad, el juez puede disponer la intervención de profesionales especializados. Además, se pondera que la familia adoptiva pueda solicitar asesoramiento ante estos mismos profesionales o servicios especializados e interdisciplinarios. La ley proyectada inteligentemente prevé esta necesidad de contención para el menor de edad.

Se regula una acción autónoma a los fines de conocer los orígenes, que puede ser ejercida por el adoptado adolescente, quien deberá contar con asistencia letrada. De este modo, se logra un equilibrio entre el derecho a la identidad y la irrevocabilidad de la adopción plena, siendo posible que el adoptado conozca sobre sus orígenes, sin que ello altere el vínculo jurídico adoptivo.

En el XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia celebrado en la ciudad de Mar del Plata, se llegó a la siguiente conclusión: *Se recomienda la recepción expresa en*

los ordenamientos jurídicos de la acción autónoma de indagación del origen biológico, a través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ante el domicilio de la persona adoptada o ante aquel en el que tramitó su adopción; con legitimación activa exclusiva en favor del adoptado y legitimación pasiva de la presunta familia biológica, las personas que tuvieran información sobre la filiación natural y adoptiva, los organismos judiciales o administrativos que por su intervención dispusieran de información fidedigna; siendo la acción, imprescriptible.

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la resolución que rechazó el pedido de la actora de conocer el paradero de sus hermanos de sangre que fueron dados en adopción plena y mantener contacto familiar con ellos, pues dicha resolución demuestra un excesivo apego a la letra de la ley y omite efectuar una completa ponderación de los bienes o principios comprometidos, lo que importa un ritualismo que no se compadece con la preocupación por la justicia de la decisión, propia de la función judicial (CS Santa Fe, 30/11/2004, LLLitoral, 2005-438, con nota de Mirta H. Mangione Muro, DJ, 2005-2, 715, AR/JUR/4335/2004).

Art. 597.— Personas que pueden ser adoptadas. Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.

Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando:

- a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar;
- b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo tiene como fuente en el art. 311 del Código Civil de Vélez que no ha sido mayormente modificado.

II. COMENTARIO

Pueden ser adoptadas las personas menores de edad es decir menores de 18 años que hayan sido declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres hayan sido privados de responsabilidad parental.

Se hace referencia a la situación de adoptabilidad, es decir a la declaración jurisdiccional dictada en el marco de un proceso de protección del niño eventualmente abandonado o cuyos padres no fueren conocidos. Se mantiene también el caso de privación de la responsabilidad parental.

De manera excepcional, se permite la adopción de personas mayores de edad o emancipadas por matrimonio, cuando se trate del hijo del cónyuge o conviviente (adopción de integración) o haya habido posesión de estado de hijo durante la minoría de

edad de éste.

En este caso, ya no se persigue ofrecer al niño una familia, como indica la carátula de este segmento, sino legitimar una posesión de estado de hijo mientras era menor o incardinar al hijo del cónyuge o del conviviente en la familia configurada por éste y su pareja o esposo.

III. JURISPRUDENCIA

La sentencia que deniega la adopción de un mayor de edad, sin considerar que su hermana ya fue adoptada por los mismos adoptantes, se aparta, por vía de consecuencia, de la *ratio legis* de integración familiar buscada por el art. 1º segundo párrafo de la ley de adopción al dejar en los hechos sin efecto el vínculo legal existente previamente entre hermanos que en principio integraban una misma familia legítima (CSJN, 16/10/1986).

Art. 598.— Pluralidad de adoptados. Pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente.

La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción. En este caso, deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 313 poseía un criterio de uniformidad del tipo de adopción, en el caso de que se adoptase a varios niños.

Este sistema ya había merecido críticas de la doctrina en el régimen anterior, no reconociendo antecedentes en derecho comparado. No existe justificativo para no admitir menores adoptados en forma simple y en forma plena dentro de la misma familia.

En otros momentos de la evolución del instituto sólo se permitía adoptar a quienes no tuvieran descendencia propia, como solución para esa carencia de los adoptantes, y así se incorporó a nuestra ley 13.252.

Tal previsión fue derogada por la ley 19.134, y el art. 314, Cód. Civil, establecía que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, si bien el juez o tribunal que entienda en el proceso de adopción podrá disponer escucharlos.

lang1025 II. COMENTARIO

La pluralidad de adopción está autorizada, siendo posible que se adopte a varias personas de manera simultánea.

Como podemos observar, esta norma recepta la crítica formulada por la doctrina durante varias décadas, en relación a que si se adoptan varios menores, todas las adopciones deben ser del mismo tipo. El artículo en análisis deja de lado tal principio ya que ello conculca la particularidad de cada una de las adopciones, siendo posible que un

adoptante tenga a un niño adoptado en forma plena pero que con respecto al otro tenga una adopción simple, por ejemplo, si se tratase de la adopción del hijo de su pareja en el que lo mejor para este niño sea mantener vínculo jurídico con ambos progenitores de origen.

También es viable adoptar a varias personas simultánea o sucesivamente, aún si el adoptante tenía hijos propios. En ese caso, los hijos preexistentes y los adoptados, serán considerados hermanos entre sí.

Cabe resaltar también que la citación de los descendientes era facultativa para el juez en el régimen anterior y ahora deviene obligatoria al cambiarse el "podrá" por el "deben".

Art. 599.— Personas que pueden ser adoptantes. El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona.

Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente.

En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 312 del Cód. Civil exigía que el adoptante sea, por lo menos, dieciocho años mayor que el adoptado, exigencia ya prevista en las leyes antecedentes y en las fuentes romanas del instituto, con fundamento en que si la filiación adoptiva pretende copiar o sustituir a la naturaleza, resulta lógico que exista una diferencia de edad entre padres e hijos.

El requisito no era aplicable cuando el cónyuge supérstite adopte al hijo adoptivo del premuerto, excepción relacionada con la continuidad del grupo familiar luego de la muerte del adoptante.

II. COMENTARIO

El Proyecto reduce la edad diferencia de edad entre adoptante y adoptado, que ahora queda fijada en 16 años, salvo el caso de adopción de integración.

Creemos que el fundamento de esta modificación radica en el hecho de aumentar el número de posibles adoptantes.

El cumplimiento de este requisito es ineludible, ya que mediante la adopción se pretende generar un vínculo paterno-filial natural, en el cual, normalmente, existe una cierta diferencia de edad entre los progenitores y su hijo.

Si bien es cierto que no puede determinarse la diferencia de edad exacta que debe existir entre padre o madre e hijo, el legislador ha establecido una diferencia de edad

mínima que debe existir entre adoptante y adoptado para que se haga lugar al otorgamiento de la adopción.

Se agrega a los convivientes como posibles adoptantes conjuntos, en concordancia con la regulación de las uniones convivenciales.

III. JURISPRUDENCIA

Si bien el texto legal se refiere a la adopción del hijo del cónyuge (arts. 311, inc. 1º, 313, 316 último párrafo y 322 del Cód. Civil), no existe impedimento legal alguno, para que aquélla la concrete, el concubinario de la madre. El art. 321 del ordenamiento civil se refiere a las condiciones del adoptante; el juez debe valorar si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes. De ahí que, si los requisitos de idoneidad del adoptante se encuentran ampliamente cumplidos, la circunstancia de que éste viva en concubinato con la madre del menor, porque aún no ha finalizado su trámite de divorcio, no constituye elemento objetivo por sí mismo para negar la adopción que solicita (CNCiv., sala M, 7/10/2002, Sumario Nº 15105, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín Nº 29/2002).

Art. 600.— Plazo de residencia en el país e inscripción. Puede adoptar la persona que:

a) resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país;

b) se encuentre inscripta en el registro de adoptantes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es, en parte, el art. 315 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

En concordancia con las reservas que nuestro país realizó en oportunidad de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto a la adopción internacional, el texto del art. 315 del Código sustituido exigía que los pretendidos adoptantes acreditaran residencia permanente en la Argentina durante un período mínimo de cinco años. El nuevo texto mantiene esa estructura salvo para los ciudadanos argentinos o naturalizados, recogiendo de este modo las críticas sentadas por la doctrina en relación a la prohibición general sin excepción que contenía el Código Civil.

También se alude de manera expresa a la necesidad de inscripción previa en el registro de adoptantes, amén de su regulación en una ley especial y complementaria. Volveremos sobre este requisito cuando analicemos la guarda de hecho.

Art. 601.— Restricciones. No puede adoptar:

a) quien no haya cumplido veinticinco años de edad, excepto que su

cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito;

b) el ascendiente a su descendiente;

c) un hermano a su hermano o a su hermano unilateral.

fcso I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES, EN PARTE, EL ANTIGUO ART. 315, 2º PÁRR., INCS. A), B) Y C), DEL CÓDIGO REFORMADO.

II. COMENTARIO

EL ART. 315, INC. A), DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, ESTABLECÍA QUE NO PODÍAN ADOPTAR QUIENES NO HAYAN CUMPLIDO LA EDAD DE 30 AÑOS. EL REQUISITO NO ERA APLICABLE CUANDO QUIENES PRETENDAN LA ADOPCIÓN SEAN CÓNYUGES QUE TENGAN MÁS DE TRES AÑOS DE CASADOS O POR UN TÉRMINO MENOR SI ACREDITAREN LA IMPOSIBILIDAD DE TENER HIJOS.

EL CÓDIGO REDUCE LA EDAD MÍNIMA PARA ADOPTAR A 25 AÑOS.

POR NUESTRA PARTE, PENSAMOS QUE LA LEY NO DEBE ESTABLECER EDADES MÍNIMAS PARA ADOPTAR, CORRESPONDIENDO AL JUEZ VALORAR EN EL CASO CONCRETO, YA QUE EN NADA GARANTIZA EL ÉXITO DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL QUE SE CONSTITUIRÁ EL HECHO DE QUE UNA PERSONA TENGA MÁS DE 25 AÑOS.

DEBEMOS SEÑALAR QUE ESTA MODIFICACIÓN EN LA LEGISLACIÓN HA OBEDECIDO, EN GRAN MEDIDA, A UNA TENDENCIA QUE SE ADVIERTE EN LAS LEGISLACIONES EXTRANJERAS A REDUCIR LA EDAD MÍNIMA REQUERIDA AL ADOPTANTE.

ASÍ EL ART. 175.1 DEL Cód. Civil español establece como requisito de edad mínima en el adoptante la de 25 años, habiendo sido este requisito de 30 años antes de la última modificación.

TAMBIÉN PODEMOS SEÑALAR QUE EN HONDURAS LA EDAD MÍNIMA REQUERIDA ES LA DE 30 AÑOS, Y EN EL SALVADOR, NICARAGUA Y COSTA RICA, DE 25 AÑOS.

ASIMISMO, SE ELIMINA LA EXCEPCIÓN PARA EL CASO DE LOS QUE NO PUEDEN TENER DESCENDENCIA, DONDE LA EDAD NO ERA REQUERIDA, COMO TAMBIÉN SE SUPRIME EL PLAZO DEL MATRIMONIO.

EN ESTE SENTIDO, EL NUEVO TEXTO LEGAL RECOGE LAS CRÍTICAS ELABORADAS POR LA DOCTRINA, EN VIRTUD DE QUE A PARTIR DE LA SANCIÓN DE LA LEY DE MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO, LA EXCEPCIÓN ANTERIOR PERDÍA EFICACIA, YA QUE, EN EL CASO DEL MATRIMONIO HOMOSEXUAL, SIEMPRE EXISTE LA IMPOSIBILIDAD DE TENER HIJOS EN FORMA CONJUNTA Y ADEMÁS RESULTA CLARAMENTE DISCRIMINATORIO, EN PERJUICIO DE LOS MATRIMONIOS HETEROSEXUALES.

RAZÓN POR LA CUAL DE MANTENERSE ESTE REQUISITO, SERÍA MUY SIMPLE PARA LAS PAREJAS CONFORMADAS POR DOS PERSONAS DEL MISMO SEXO ADOPTAR SIN LA NECESIDAD

DE ACREDITAR NINGUNA EDAD MÍNIMA, Y EN CONSECUENCIA TAMBIÉN SE SUPRIME LA ESTERILIDAD MATRIMONIAL PARA LEGITIMAR LA ADOPCIÓN, SIN LA EDAD LEGAL.

SE MANTIENE LA PROHIBICIÓN DE ADOPTAR DEL ASCENDIENTE AL DESCENDIENTE Y ENTRE HERMANOS, QUE TIENE COMO FUNDAMENTO NO CONFUNDIR VÍNCULOS PREEXISTENTES.

ART. 602. — REGLA GENERAL DE LA ADOPCIÓN POR PERSONAS CASADAS O EN UNIÓN CONVIVENCIAL. LAS PERSONAS CASADAS O EN UNIÓN CONVIVENCIAL PUEDEN ADOPTAR SÓLO SI LO HACEN CONJUNTAMENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART. 312 DEL CÓDIGO REFORMADO.

II. COMENTARIO

2DE MANERA COHERENTE CON LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES SE PERMITE LA ADOPCIÓN CONJUNTA, TANTO EN LOS MATRIMONIOS COMO EN LAS PAREJAS NO CASADAS.

LA NORMA RECOGE LA POSTURA MAYORITARIA DE LAS JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL CELEBRADAS EN LOS AÑOS 2007 EN LOMAS DE ZAMORA, 12 DONDE SE RECOMENDÓ LA MODIFICACIÓN DEL PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 312 DEL CÓDIGO REFORMADO EN EL SENTIDO DE ADMITIR LA ADOPCIÓN CONJUNTA POR PARTE DE LOS CONVIVIENTES HETEROSEXUALES, ACREDITADA LA CONVIVENCIA ESTABLE, PÚBLICA Y PERMANENTE.

ADEMÁS NADA JUSTIFICA LA ADOPCIÓN CONJUNTA A LA PAREJA MATRIMONIAL, CUANDO ÉSTA A PARTIR DEL DIVORCIO INCAUSADO Y LA DISMINUCIÓN DE LOS DEBERES PERSONALES ENTRE LOS CÓNYUGES NO OFRECE MAYORES GARANTÍAS DE ESTABILIDAD JURÍDICA QUE LA TORNEN PREFERENTE A LA UNIÓN CONVIVENCIAL EN ORDEN AL OTORGAMIENTO DE LA ADOPCIÓN.

ART. 603. — ADOPCIÓN UNIPERSONAL POR PARTE DE PERSONAS CASADAS O EN UNIÓN CONVIVENCIAL. LA ADOPCIÓN POR PERSONAS CASADAS O EN UNIÓN CONVIVENCIAL PUEDE SER UNIPERSONAL SI:

A) EL CÓNYUGE O CONVIVIENTE HA SIDO DECLARADO PERSONA INCAPAZ O DE CAPACIDAD RESTRINGIDA, Y LA SENTENCIA LE IMPIDE PRESTAR CONSENTIMIENTO VÁLIDO PARA ESTE ACTO.

EN ESTE CASO DEBE OÍRSE AL MINISTERIO PÚBLICO Y AL CURADOR O APOYO Y, SI ES EL PRETENSO ADOPTANTE, SE DEBE DESIGNAR UN CURADOR O APOYO AD LITEM;

B) LOS CÓNYUGES ESTÁN SEPARADOS DE HECHO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 320 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ ES EL ANTECEDENTE DE ESTA NORMA.

II. COMENTARIO

AL IGUAL QUE LO ESTABLECÍA EL ART. 320 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, EL CÓDIGO TAMBIÉN ESTABLECE EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL DE QUE LOS MATRIMONIOS Y UNIONES CONVIVENCIALES SÓLO PUEDEN ADOPTAR CONJUNTAMENTE, SIEMPRE TENIÉNDOSE EN CUENTA EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

A DIFERENCIA DEL MENTADO ART. 320, EL ARTÍCULO EN ANÁLISIS, CONTEMPLA SÓLO DOS EXCEPCIONES, ELIMINANDO DE ESTE MODO LOS SUPUESTOS DE AUSENCIA SIMPLE, AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO O DESAPARICIÓN FORZADA DEL OTRO CÓNYUGE.

ESTO RESULTA CONCORDANTE, CON LA MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ANTERIOR QUE DISPONÍA QUE EL FALLECIMIENTO PRESUNTO PRODUJERA LA DISOLUCIÓN MATRIMONIAL SÓLO CUANDO EL CÓNYUGE PRESENTE CONTRAÍA NUEVAS NUPCIAS POR UN SISTEMA MÁS SIMPLE, SEGÚN EL CUAL LA SENTENCIA FIRME DE AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO PRODUCE LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO, CONTRAIGA O NO EL PRESENTE NUEVO MATRIMONIO.

COMO EXCEPCIÓN, SE MENCIONAN LOS SIGUIENTES SUPUESTOS:

A) EL CÓNYUGE O CONVIVIENTE HA SIDO DECLARADO PERSONA INCAPAZ O DE CAPACIDAD RESTRINGIDA, Y LA SENTENCIA LE IMPIDE PRESTAR CONSENTIMIENTO VÁLIDO PARA ESTE ACTO. EN ESTE CASO DEBE OÍRSE AL MINISTERIO PÚBLICO Y AL CURADOR O LA/LAS PERSONAS QUE RESULTEN DESIGNADOS MEDIANTE EL SISTEMA DE APOYOS PREVISTO EN EL ART. 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y, SI ES EL PRETENSO ADOPTANTE, SE DEBE DESIGNAR UN CURADOR AD LITEM.

EN ESTE CASO QUIEN PRETENDE ADOPTAR NO PUEDE, ERICTAMENTE, ADOPTAR JUNTAMENTE CON SU CÓNYUGE INCAPAZ QUE CARECE DE DISCERNIMIENTO.

LA NORMA EN ANÁLISIS, EXIGE QUE LA INCAPACIDAD O LA CAPACIDAD RESTRINGIDA, SEA DECLARADA EN JUICIO, ES DECIR QUE DEBE EXISTIR UNA SENTENCIA QUE ASÍ LO DISPONGA, YA QUE DEBEMOS RECORDAR QUE EL ART. 31 DEL NUEVO CÓDIGO, PRESUME LA CAPACIDAD GENERAL DE EJERCICIO DE LA PERSONA HUMANA, AUN CUANDO SE ENCUENTRE INTERNADA EN UN ESTABLECIMIENTO ASISTENCIAL.

ASIMISMO, SE EXIGE QUE SE OIGA AL CURADOR Y AL MINISTERIO PÚBLICO COMO REPRESENTANTE PROMISCO DE LOS INCAPACES.

DE TODOS MODOS, CABE SEÑALAR QUE LA OPOSICIÓN DEL CURADOR NO ES VINCULANTE PARA EL JUEZ, PERO SÍ CONSTITUYE UN ELEMENTO DE INFORMACIÓN. EL JUEZ DEBERÁ, EXTREMAR EL ANÁLISIS DE LA CONVENIENCIA DE LA ADOPCIÓN PARA EL MENOR, SOBRE TODO SI SUBSISTE LA CONVIVENCIA MATRIMONIAL DE QUIEN SOLICITA LA GUARDA CON SU CÓNYUGE DECLARADO INCAPAZ.

POR ÚLTIMO, EL JUEZ DEBE DESIGNAR UN CURADOR O LOS APOYOS QUE RESULTEN NECESARIOS Y FIJAR SUS FUNCIONES. LOS DESIGNADOS DEBEN PROMOVER LA AUTONOMÍA Y FAVORECER LAS DECISIONES QUE RESPONDAN A LAS PREFERENCIAS DE LA PERSONA PROTEGIDA.

B) LOS CÓNYUGES ESTÁN SEPARADOS DE HECHO

EL ART. 320 DE CÓDIGO SUSTITUIDO EN SU INC. A) REFERÍA AL CASO DE QUE LOS CÓN-

YUGES ESTÉN SEPARADOS PERSONALMENTE, SIN EMBARGO EL PROYECTO ELIMINA LA FIGURA DE LA SEPARACIÓN PERSONAL, Y EN CONSECUENCIA ESA EXIGENCIA TAMBIÉN DESAPARECE.

LA SEPARACIÓN DE HECHO, SI BIEN LÓGICAMENTE NO DISUELVE EL VÍNCULO MATRIMONIAL, IMPLICA UNA PROFUNDA BRECHA EN EL VÍNCULO AFECTIVO QUE HA DETERMINADO EL CESE DE LA CONVIVENCIA Y EN CONSECUENCIA LA INCOMPATIBILIDAD CON LA ADOPCIÓN CONJUNTA.

ART. 604.— ADOPCIÓN CONJUNTA DE PERSONAS DIVORCIADAS O CESADA LA UNIÓN CONVIVENCIAL. LAS PERSONAS QUE DURANTE EL MATRIMONIO O LA UNIÓN CONVIVENCIAL MANTUVIERON ESTADO DE MADRE O PADRE CON UNA PERSONA MENOR DE EDAD, PUEDEN ADOPTARLA CONJUNTAMENTE AÚN DESPUÉS DEL DIVORCIO O CESADA LA UNIÓN. EL JUEZ DEBE VALORAR ESPECIALMENTE LA INCIDENCIA DE LA RUPTURA AL PONDERAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA NO TIENE ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ, SIN EMBARGO RECOGE ALGUNOS FALLOS QUE HABÍAN SENTADO ESTA REGLA.

II. COMENTARIO

EL ART. 604 PREVÉ LA ADOPCIÓN CONJUNTA DE LAS PERSONAS DIVORCIADAS O CESADA LA UNIÓN CONVIVENCIAL SI HUBIERA HABIDO POSESIÓN DE ESTADO DE HIJO.

ESTA NORMA VIENE A SOLUCIONAR UN PROBLEMA QUE NO TENÍA SOLUCIÓN POSITIVA EN EL CÓDIGO SUSTITUIDO, QUE ES EL DE POSIBILITAR LA ADOPCIÓN CONJUNTA DE PERSONAS QUE TUVIERON AL MENOR EN GUARDA ADOPTIVA Y DURANTE EL TRÁMITE SE DIVORCIARON O FINALIZARON LA UNIÓN CONVIVENCIAL.

EL SUPUESTO CONSTITUYE UNA EXCEPCIÓN AL IMPEDIMENTO DE ADOPTAR EN FORMA CONJUNTA A LAS PERSONAS QUE NO ESTÁN CASADAS O VIVIENDO EN UNIÓN CONVIVENCIAL Y SE DICTA TENIENDO EN CUENTA EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. AQUÍ, EL TEXTO DEL ARTÍCULO ES NOTABLEMENTE MÁS CUIDADOSO Y TIENE UNA REDACCIÓN LOABLE CUANDO DICE QUE "EL JUEZ DEBE VALORAR ESPECIALMENTE LA INCIDENCIA DE LA RUPTURA AL PONDERAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO".

III. JURISPRUDENCIA

SI NO SE TRATA DE LA ADOPCIÓN DEL HIJO DEL CÓNYUGE ACTUAL, SINO DE QUIEN LO FUE AL TIEMPO QUE COMENZÓ LA GUARDA Y DURANTE GRAN PARTE DE LA MINORIDAD DE QUIEN SE PRETENDE ADOPTAR, SE CONSOLIDA JURÍDICAMENTE EICHL ESTADO DE HECHO QUE LIGÓ AL HJO DE LA ENTONCES CÓNYUGE —Y MADRE DE SANGRE DEL ADOPTADO— CON EL QUE FUE SU MARIDO, VÍNCULO QUE NO SÓLO SE MANTUVO DURANTE LA CONVIVENCIA DE ÉSTOS SINO QUE PERDURA EN LA ACTUALIDAD, MANTENIENDO UNA RELACIÓN DE PADRE E HIJO NORMAL QUE PUEDE SER ADVERTIDA NO SÓLO POR ELLOS SINO TAMBIÉN POR EL RESTO DE LAS PERSONAS. NO ES RAZONABLE SOSTENER QUE EL DIVORCIO DEL ADOPTANTE Y LA MADRE DE SANGRE, COMO ASÍ TAMBIÉN, EL POSTERIOR MATRIMONIO DE AQUÉL CON OTRA

MUJER OPERE COMO ELEMENTO EXTINTIVO DE LA FACULTAD DE ADOPTAR AL HIJO DE AQUÉLLA. EL ART. 163 INC. 6º PERSIGUE LA EQUIPARACIÓN DEL ADOPTADO CON SUS MEDIOS HERMANOS Y CON LA HIJA DEL ADOPTANTE Y NO LA RUPTURA DEL NEXO CON SU MADRE BIOLÓGICA. ES IRRELEVANTE LA RAZÓN POR LA CUAL NO SE SOLICITÓ ENTONCES LA ADOPCIÓN DEL HIJO DE LA ESPOSA, YA QUE A PARTIR DEL DICTADO DE LA LEY 24.779 SE ESTABLECIERON LOS REMEDIOS LEGALES QUE PERMITEN SUPERAR LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA INACTIVIDAD DEL ADOPTANTE DURANTE LA VIGENCIA DEL ANTERIOR MATRIMONIO (CNCiv., SALA G, 22/10/2003, SUMARIO Nº 16235, BASE DE DATOS DE LA SECRETARÍA DE JURISPRUDENCIA DE LA CÁMARA CIVIL - BOLETÍN Nº 2/2005).

ART. 605.— ADOPCIÓN CONJUNTA Y FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS GUARDADORES. CUANDO LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE SE HUBIESE OTORGADO DURANTE EL MATRIMONIO O UNIÓN CONVIVENCIAL Y EL PERÍODO LEGAL SE COMPLETA DESPUÉS DEL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES, EL JUEZ PUEDE OTORGAR LA ADOPCIÓN AL SOBREVIVIENTE Y GENERAR VÍNCULOS JURÍDICOS DE FILIACIÓN CON AMBOS INTEGRANTES DE LA PAREJA.

EN ESTE CASO, EL ADOPTADO LLEVA EL APELLIDO DEL ADOPTANTE, EXCEPTO QUE FUNDADO EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD SE PETICIONE AGREGAR O ANTEPONER EL APELLIDO DE ORIGEN O EL APELLIDO DEL GUARDADOR FALLECIDO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ART. 326 "IN FINE" DEL CÓDIGO REFORMADO.

II. COMENTARIO

EL ART. 326 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, PREVEÍA LA POSIBILIDAD DE QUE SI LA ADOPTANTE FUESE VIUDA, Y SU MARIDO NO HUBIESE ADOPTADO AL MENOR, ESTE LLEVARÁ EL APELLIDO DE AQUÉLLA, SALVO QUE EXISTIESEN CAUSAS JUSTIFICADAS PARA IMPONERLE AL ADOPTADO EL APELLIDO DE CASADA.

LA NORMA EN ANÁLISIS, MEJORA NOTABLEMENTE LA REDACCIÓN DE ESTE SUPUESTO ESPECIAL DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS GUARDADORES DURANTE EL PROCESO. LA NORMA LE OTORGA VÍNCULOS JURÍDICOS CON EL FALLECIDO, EN CONSECUENCIA EL ADOPTADO LO HEREDARÁ A PESAR DE QUE EL LAZO JURÍDICO SE CONCRETA CON POSTERIORIDAD A LA MUERTE.

ASIMISMO PREVE, DE MANERA EXPRESA, FUNDÁNDOSE EN EL DERECHO A LA IDENTIDAD, QUE EN ESTE CASO SE PUEDE PETICIONAR AGREGAR O ANTEPONER EL APELLIDO DE ORIGEN O EL APELLIDO DEL GUARDADOR FALLECIDO, EN CONSONANCIA CON LA MAYOR FLEXIBILIDAD DEL RÉGIMEN DEL APELLIDO EN LA ADOPCIÓN QUE SE RECIBE EN LA REFORMA.

ART. 606.— ADOPCIÓN POR TUTOR. EL TUTOR SÓLO PUEDE ADOPTAR A SU PUPILO UNA VEZ EXTINGUIDAS LAS OBLIGACIONES EMERGENTES DE LA TUTELA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

1ap0SU ANTECEDENTE ES EL ART. 319 DEL CÓDIGO REFORMADO. UNA NORMA SIMILAR SE ENCONTRABA EN TODAS LAS LEYES SOBRE ADOPCIÓN DE NUESTRO PAÍS.

sl260II. COMENTARIO

EL TUTOR SÓLO PUEDE ADOPTAR A SU PUPILO EN TANTO SE ENCUENTRE EXTINGUIDA LA TUTELA, ES DECIR QUE SE HAYAN RENDIDO Y APROBADO LAS CUENTAS Y SE HUBIEREN PAGADO LOS SALDOS. LA PROHIBICIÓN, AL IGUAL QUE EL IMPEDIMENTO MATRIMONIAL, SE BASA EN LA POSIBILIDAD DE QUE EL TUTOR INTENTE INCUMPLIR SUS OBLIGACIONES LEGALES MEDIANTE EL INSTITUTO.

CAPÍTULO 2

DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

POR EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y CARLA R. ALONSO REINA

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: HERRERA, MARISA, "LA VOZ DEL NIÑO EN SU PROCESO DE ADOPCIÓN", JA, 2007-IV-1095; ROVEDA, EDUARDO, LARocca, CARINA, "EL CONSENTIMIENTO DE LOS PADRES BIOLÓGICOS PARA LA ENTREGA DE SU HIJO EN GUARDA PREADOPTIVA: ALCANCES, LÍMITES Y MODALIDADES", LLBA, 2002-891; TORDI, NADIA A., DÍAZ, RODOLFO G., "ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LAS ADOPCIONES DIRECTAS Y EL DEBER DEL ESTADO EN LA BÚSQUEDA DEL PADRE BIOLÓGICO ¿HASTA LA CONVALLACIÓN DE LAS ADOPCIONES DIRECTAS?", RDT, 2009-III-136; YUBA, GABRIELA, "EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO", DFYP, Nº 10, P. 112.

ART. 607.— SUPUESTOS. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD SE DICTA SI:

A) UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE NO TIENE FILIACIÓN ESTABLECIDA O SUS PADRES HAN FALLECIDO, Y SE HA AGOTADO LA BÚSQUEDA DE FAMILIARES DE ORIGEN POR PARTE DEL ORGANISMO ADMINISTRATIVO COMPETENTE EN UN PLAZO MÁXIMO DE TREINTA DÍAS, PRORROGABLES POR UN PLAZO IGUAL SÓLO POR RAZÓN FUNDADA;

B) LOS PADRES TOMARON LA DECISIÓN LIBRE E INFORMADA DE QUE EL NIÑO O NIÑA SEA ADOPTADO. ESTA MANIFESTACIÓN ES VÁLIDA SÓLO SI SE PRODUCE DESPUÉS DE LOS CUARENTA Y CINCO DÍAS DE PRODUCIDO EL NACIMIENTO;

C) LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES TENDIENTES A QUE EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE PERMANEZCA EN SU FAMILIA DE ORIGEN O AMPLIADA, NO HAN DADO RESULTADO EN UN PLAZO MÁXIMO DE CIENTO OCHENTA DÍAS, VENCIDO EL PLAZO MÁXIMO SIN REVERTIRSE LAS CAUSAS QUE MOTIVARON LA MEDIDA, EL

ORGANISMO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE QUE TOMÓ LA DECISIÓN DEBE DICTAMINAR INMEDIATAMENTE SOBRE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD. DICHO DICTAMEN SE DEBE COMUNICAR AL JUEZ INTERVINIENTE DENTRO DEL PLAZO DE VEINTICUATRO HORAS.

LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD NO PUEDE SER DICTADA SI ALGÚN FAMILIAR O REFERENTE AFECTIVO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE OFRECE ASUMIR SU GUARDA O TUTELA Y TAL PEDIDO ES CONSIDERADO ADECUADO AL INTERÉS DE ÉSTE.

EL JUEZ DEBE RESOLVER SOBRE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD EN EL PLAZO MÁXIMO DE NOVENTA DÍAS.

pI. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ARTÍCULO NO TIENE ANTECEDENTES EN EL ORDENAMIENTO DE VÉLEZ. EN LA PRÁCTICA DE NUESTROS TRIBUNALES EN GENERAL LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD SE DICTABA EN EL MISMO ACTO EN EL QUE SE OTORGABA LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 317 DEL TEXTO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

EL ARTÍCULO RECIBE UNA PRÁCTICA JUDICIAL CONSOLIDADA (LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD) COMO UN PROCEDIMIENTO CON REGLAS PROPIAS PARA DEMARCAR CORRECTAMENTE EL ROL DE LA FAMILIA DE ORIGEN Y DE LA PRETENSA ADOPTANTE EN TODO EL PROCESO HASTA LA ADOPCIÓN

F42 N DE UN NIÑO.

SE REGULAN TRES SUPUESTOS DIFERENTES QUE DEBEN SER ANALIZADOS POR SEPARADO:

A) NIÑOS SIN FILIACIÓN ESTABLECIDA O PROGENITORES FALLECIDOS, SIEMPRE QUE SE HAYA AGOTADO LA BÚSQUEDA DE FAMILIARES

EN ESTE CASO, LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBE AGOTAR LA BÚSQUEDA DE LOS FAMILIARES DE ORIGEN POR UN PLAZO DE 30 DÍAS PRORROGABLES POR OTROS 30 DÍAS, SI MEDIAN RAZONES FUNDADAS.

SI ALGÚN FAMILIAR O REFERENTE AFECTIVO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE OFRECE ASUMIR SU GUARDA O TUTELA Y EL PEDIDO ES CONSIDERADO ADECUADO, NO SE PUEDE DICTAR LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD.

TRATÁNDOSE DE LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ADOPTABILIDAD ENTENDEMOS QUE SERÁ EL JUEZ COMPETENTE QUIEN DEBERÁ EVALUAR LA CONVENIENCIA PARA EL NIÑO DE SER CRIADO POR LOS FAMILIARES QUE HAYAN SIDO HALLADOS POR EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO COMPETENTE. COMO DIJIMOS, BASTA CON QUE UN REFERENTE AFECTIVO OFREZCA ASUMIR LA GUARDA DE UN NIÑO HUÉRFANO O SIN FILIACIÓN ACREDITADA PARA QUE SE IMPOSIBILITE SU ADOPCIÓN. POR ENDE, LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBERÁ DICTAMINAR SOBRE EL FUNDAMENTO POR EL CUAL IMPIDE LA ADOPCIÓN Y EN QUÉ CONTRIBUYE ELLO AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

SI, POR EL CONTRARIO, SE AGOTÓ EL PLAZO SIN QUE SE ENCONTRARAN A LOS FAMILIARES DE ORIGEN, O ÉSTOS NO TUVIEREN INTENCIÓN DE RECIBIR AL NIÑO, SE DEBE DICTAR LA DE-

CLARACIÓN JUDICIAL DE ADOPTABILIDAD.

B) LA DECISIÓN LIBRE E INFORMADA DE LOS PADRES DE QUE SU HIJO SEA ADOPTADO, MANIFESTACIÓN QUE NO PUEDE SER EXPRESADA DENTRO DE LOS 45 DÍAS DE NACIDO EL NIÑO

LOS PADRES TIENEN LA FACULTAD DE DECIDIR SI QUIEREN DAR A SU HIJO EN ADOPCIÓN MEDIANTE UNA DECLARACIÓN EN TAL SENTIDO. ELLA SÓLO PUEDE DARSE SI HAN TRANSCURRIDO 45 DÍAS DESDE EL NACIMIENTO DEL HIJO. EL PLAZO ENCUENTRA FUNDAMENTO, EN LA CIRCUNSTANCIA DE QUE LOS PADRES BIOLÓGICOS PUEDAN TOMAR UNA DECISIÓN RAZONADA Y MADURA CON RELACIÓN A DESPRENDERSE DE SU HIJO. TAMBIÉN DEBE TENERSE EN CUENTA EN EL CASO SI ESTÁ O NO DETERMINADO EL PROGENITOR VARÓN, EN CASO DE NO ESTAR DETERMINADO Y AGOTADA LA INSTANCIA DE SU BÚSQUEDA LA DECISIÓN DEBE SER TOMADA EXCLUSIVAMENTE POR LA MADRE. EN EL CASO QUE EL NIÑO TENGA DOBLE VÍNCULO AMBOS DEBEN DAR SU CONSENTIMIENTO.

CABE PREGUNTARSE CÓMO JUEGA ESTE INCISO CON LO DISPUESTO EN LA MISMA NORMA RELATIVA A LA PRESENCIA DE ALGÚN FAMILIAR O REFERENTE AFECTIVO DEL NIÑO O NIÑA DISPUESTO A ASUMIR SU GUARDA O TUTELA. EN ESTE CASO, SI EL JUEZ CONSIDERA QUE ELLO ES VALIOSO PARA EL NIÑO, NO DICTARÁ LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD.

PUEDE SUCEDER QUE EXISTA DESACUERDO ENTRE LOS PADRES Y ESTOS FAMILIARES O REFERENTES. EN ESE CASO LA DECISIÓN DE LOS PADRES CEDE FRENTE AL PRINCIPIO POR EL CUAL EL NIÑO DEBE PERMANECER EN SU FAMILIA DE SANGRE.

LA NORMA NOS DESPIERTA TODO TIPO DE DUDAS, PIÉNSESE EL CASO EN QUE UNA JOVEN QUE AÚN VIVE CON SUS PADRES DA A LUZ Y NO QUIERE ASUMIR LA MATERNIDAD DE SU HIJO/A, SI SUS PROGENITORES OFRECEN EL CUIDADO EL HIJO CONTINUARÁ EN ESE GRUPO FAMILIAR DONDE CONVIVIRÁ CON SU MADRE QUE MANIFESTÓ SU DESEO DE NO CRIARLA. ENTENDEMOS QUE SUPUESTOS COMO ÉSTE PODRÍAN SER PERJUDICIALES PARA EL SUPERIOR INTERÉS DEL NIÑO.

CLARO ESTÁ QUE LA SOLA VOLUNTAD DE LOS PADRES NO ES SUFICIENTE CUANDO EXISTEN FAMILIARES O REFERENTES DISPUESTOS A EJERCER LA GUARDA O TUTELA DEL NIÑO.

OTRO SUPUESTO PREOCUPANTE ES QUE EL REFERENTE O FAMILIAR DESISTA MÁS ADELANTE DE LA GUARDA QUE OFRECIÓ, EL NIÑO SUFRIRÁ UN NUEVO ABANDONO.

EN EL CASO QUE LOS PADRES SEAN MENORES DE EDAD, ELLOS NO PUEDEN ENTREGAR A SUS HIJOS EN ADOPCIÓN SIN EL ASENTIMIENTO DE QUIENES TIENEN SU RESPONSABILIDAD PARENTAL DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO POR EL ART. 644 DE ESTE CÓDIGO.

C) COMPROBACIÓN JUDICIAL, PREVIO DICTAMEN DEL ORGANISMO ADMINISTRATIVO INTERVINIENTE, DE QUE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES DICTADAS Y TRABAJADAS EN EL MARCO DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PLAZOS QUE ESTABLECE LA LEY 26.061 NO DIERON RESULTADO POSITIVO, POR LO CUAL EL NIÑO NO PUEDE REGRESAR A SU FAMILIA DE ORIGEN O AMPLIADA

CUANDO LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES ESTUVIERAN TEMPORAL O PERMANENTEMENTE PRIVADOS DE SU MEDIO FAMILIAR O CUYO SUPERIOR INTERÉS EXIJA QUE NO PERMANEZCAN EN ESE MEDIO, SE PUEDEN TOMAR MEDIDAS EXCEPCIONALES TENDIENTES A QUE EL NIÑO PERMANEZCA EN SU FAMILIA DE ORIGEN O AMPLIADA, POR UN PLAZO DE 180 DÍAS; SI ESTAS MEDIDAS NO DAN RESULTADO, EL JUEZ DEBE DICTAMINAR SOBRE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD Y COMUNICARSELO AL JUEZ EN EL PLAZO DE 24 HS.

CHDE ESTE MODO, PODEMOS OBSERVAR CÓMO EL CÓDIGO ARMONIZA CON LA LEY 26.061 Y PROCURA QUE TODAS LAS PARTES QUE INTERVIENEN GOZEN DE LAS DEBIDAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, TANTO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS COMO EN LOS PROCESOS JUDICIALES CONDUCTORES A LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO.

EN CASO QUE EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DICTAMINE QUE EL NIÑO NO SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD, DICHA DECISIÓN, COMO TODO ACTO ADMINISTRATIVO, SERÁ RECURRIBLE SEA POR LA VÍA JERÁRQUICA O MEDIANTE LAS ACCIONES JUDICIALES CORRESPONDIENTES DE ACUERDO A LA NORMATIVA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CADA JURISDICCIÓN.

274 III. JURISPRUDENCIA

ACREDITADO EL DESINTERÉS DE LOS PADRES DE SANGRE Y PARTIENDO DE LA BASE QUE SIEMPRE DEBE BUSCARSE LA SATISFACCIÓN DE LOS INTERESES DE LOS MENORES Y QUE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN, SE ERIGE COMO UNO DE LOS MEDIOS MÁS IDÓNEOS PARA LUCHAR CONTRA EL GRAVE MAL SOCIAL DE LOS NIÑOS ABANDONADOS, ES CONVENIENTE OTORGAR LA MISMA EN FORMA PLENA. ELLO ES ASÍ, POR CUANTO SE ASEGURA LA INTEGRACIÓN FAMILIAR PRETENDIDA Y QUE DEBE SER TOTAL PARA JUSTIFICAR LA SUSTITUCIÓN DE LOS VÍNCULOS FAMILIARES DERIVADOS DE LA CONSANGUINIDAD (CNCIV., SALA D, 12/12/1985, ED, 117-529).

ART. 608. — SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO. EL PROCEDIMIENTO QUE CONCLUYE CON LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD REQUIERE LA INTERVENCIÓN:

- A) CON CARÁCTER DE PARTE, DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE, SI TIENE EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE, QUIEN COMPARECE CON ASISTENCIA LETRADA;
- B) CON CARÁCTER DE PARTE, DE LOS PADRES U OTROS REPRESENTANTES LEGALES DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTES;
- C) DEL ORGANISMO ADMINISTRATIVO QUE PARTICIPÓ EN LA ETAPA EXTRAJUDICIAL;
- D) DEL MINISTERIO PÚBLICO.

EL JUEZ TAMBIÉN PUEDE ESCUCHAR A LOS PARIENTES Y OTROS REFERENTES AFECTIVOS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO DE VÉLEZ NO TENÍA NORMA EN ESTE SENTIDO, SÍ, EN CAMBIO, LA LEY 26.061.

II. COMENTARIO

LA NORMA ESTABLECE EXPRESAMENTE QUIÉNES SON LOS SUJETOS QUE INTERVIENEN EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN JUDICIAL DE ADOPTABILIDAD Y EN QUÉ CARÁCTER.

LA NOVEDAD QUE TRAE LA REGULACIÓN EN ESTE PUNTO, ES EL PROTAGONISMO DEL NIÑO EN EL PROCESO, YA QUE EN EL TRÁMITE DE DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTABI-

LIDAD SE PREVÉ QUE EL NIÑO SEA PARTE EN EL PROCESO, SI TIENE EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE.

ASIMISMO, DEBERÁ COMPARECER CON ASISTENCIA LETRADA, TAL COMO LO DISPONE EL ART. 26 DEL CÓDIGO. DEBEMOS SEÑALAR QUE NO SÓLO PREVÉ EN MUCHAS DE SUS NORMAS QUE EL NIÑO DEBE SER ESCUCHADO Y SU OPINIÓN TENIDA EN CUENTA VALORANDO SU EDAD Y GRADO DE MADUREZ, SINO QUE TAMBIÉN HACE REFERENCIA A SU DEFENSA TÉCNICA, ES DECIR A LA INTERVENCIÓN DEL ABOGADO DEL NIÑO, QUE ERA UN CAPÍTULO PENDIENTE DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, A PESAR DE ENCONTRARSE RECONOCIDA EN EL ART. 27 DE LA LEY 26.061.

TAMBIÉN SE CONSIDERA PARTE AL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS, ELLO EN VIRTUD DE SU NECESARIA INTERVENCIÓN EN LOS PROCESOS DE REVINCULACIÓN CON LA FAMILIA DE SANGRE.

POR ÚLTIMO, SI BIEN LA NORMA EN ANÁLISIS NO CONSIDERA PARTE EN ESTE PROCESO A LOS PARIENTES U OTROS REFERENTES AFECTIVOS, FACULTA AL JUEZ PARA QUE EN CASO DE CONSIDERARLO NECESARIO, PUEDA CITARLOS A LOS FINES DE QUE SEAN OÍDOS, Y VALORAR EN SU CASO LAS MENTADAS DECLARACIONES.

83III. JURISPRUDENCIA

ES NECESARIO CITAR A LOS PADRES DE SANGRE DEL MENOR CUYA ADOPCIÓN SE PRETENDE AUN EN EL CASO QUE EXISTA EXPRESA MANIFESTACIÓN DE ABANDONO; ASIMISMO, LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTS. 11 Y 12 DE LA LEY 19.134, EN CUANTO PROHIBEN LA INTERVENCIÓN EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE LOS PADRES DEL MENOR, RESULTAN VIOLATORIAS DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA EN JUICIO, SALVO QUE ÉSTOS HAYAN PERDIDO LA PATRIA POTESTAD (ART. 18, CONSTITUCIÓN NACIONAL) (CNCIV., SALA C, 24/11/1986, ED, 122-447).

EL AGENTE FISCAL ES PARTE EN EL JUICIO DE ADOPCIÓN, SI BIEN NO COMO PARTE LITIGANTE SÍ COMO REPRESENTACIÓN DEL INTERÉS PÚBLICO DERIVADO DE UN JUICIO QUE VA A CREAR UN VÍNCULO LEGAL DE FAMILIA Y QUE, COMO TAL, SE REFERIRÁ AL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS (CNCIV., SALA G, 23/3/1983, ED, 105-151).

ART. 609. — REGLAS DEL PROCEDIMIENTO. SE APLICAN AL PROCEDIMIENTO PARA OBTENER LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD, LAS SIGUIENTES REGLAS:

A) TRAMITA ANTE EL JUEZ QUE EJERCIÓ EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES;

B) ES OBLIGATORIA LA ENTREVISTA PERSONAL DEL JUEZ CON LOS PADRES, SI EXISTEN, Y CON EL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE CUYA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD SE TRAMITA;

C) LA SENTENCIA DEBE DISPONER QUE SE REMITAN AL JUEZ INTERVINIENTE EN UN PLAZO NO MAYOR A LOS DIEZ DÍAS EL O LOS LEGAJOS SELECCIONADOS POR EL REGISTRO DE ADOPTANTES Y EL ORGANISMO ADMINISTRATIVO QUE CORRESPONDA, A LOS FINES DE PROCEDER A DAR INICIO EN FORMA INMEDIATA AL PROCESO DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA NO TIENE ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

LA NORMA EN ESTUDIO FIJA LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO RELATIVAS A LA COMPETENCIA, LA ENTREVISTA OBLIGATORIA DEL JUEZ CON LOS PADRES SI ES POSIBLE, Y LA REMISIÓN DE LOS LEGAJOS PARA ACELERAR LOS TIEMPOS EN LA ELECCIÓN DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES Y EL EFECTO DE LA SENTENCIA.

DE ESTE MODO, LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE ADOPTABILIDAD ES REGULADA COMO UN PROCESO AUTÓNOMO CON REGLAS PRECISAS QUE RESPETAN LOS DERECHOS DE LOS PRINCIPALES INVOLUCRADOS EN ESTA PRIMERA ETAPA: EL NIÑO Y SUS PROGENITORES.

AL EFECTO, ESTABLECE QUE LA DECLARACIÓN JUDICIAL EN SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD TRAMITA ANTE EL JUEZ QUE EJERCIÓ EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES.

PUEDE OCURRIR QUE NO HAYAN EXISTIDO MEDIDAS EXCEPCIONALES, EN ESTE CASO LA REGLA QUE FIJA LA COMPETENCIA ES LA ESTABLECIDA EN EL ART. 716, QUE ESPECIALMENTE DICE QUE: EN LOS PROCESOS REFERIDOS 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 PERSONA MENOR DE EDAD TIENE SU CENTRO DE VIDA".

III. JURISPRUDENCIA

ES NECESARIO CITAR A LOS PADRES DE SANGRE DEL MENOR CUYA ADOPCIÓN SE PRETENDE, AUN EN CASOS EN QUE EXISTA UNA EXPRESA MANIFESTACIÓN DE ABANDONO, POR CUANTO LAS NORMAS CONTENIDAS EN LOS ARTS. 11 Y 12 DE LA LEY 19.134, EN CUANTO PROHIBEN LA INTERVENCIÓN EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE LOS PADRES, SALVO QUE ÉSTOS HAYAN PERDIDO LA PATRIA POTESTAD, RESULTAN VIOLATORIAS DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE LA DEFENSA EN JUICIO (ART. 18, CONSTITUCIÓN NACIONAL) (CNCIV., SALA C, 12/8/1985, ED, 117-624).

ART. 610.— EQUIVALENCIA. LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EQUIVALE A LA DECLARACIÓN JUDICIAL EN SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO EXISTÍA UNA NORMA SIMILAR EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

SE DISPONE EXPRESAMENTE QUE LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EQUIVALE A LA DECLARACIÓN JUDICIAL EN SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD. LA FINALIDAD DE ESTA DISPOSICIÓN ES UNIFICAR CRITERIOS Y ACELERAR LOS TIEMPOS, DE MODO TAL QUE CUANDO LOS PROGENITORES HAN SIDO PRIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD

PARENTAL, EL NIÑO SE INSERTE LO ANTES POSIBLE EN OTRA FAMILIA A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

CAPÍTULO 3

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

POR EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y CARLA F. ALONSO REINA

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: BAGICALUPO DE GIRARD, MARÍA, HERRERA, MARISA, "ENTRE GALLOS Y MEDIANOCHE. MISCELÁNEAS SOBRE LA LEY 25.854 DE CREACIÓN DE REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS", JA, 2004-I-764; BURDEOS, FLORENCIA, "REGISTRO DE ASPIRANTES, GUARDA DE HECHO Y DERECHO DE LA MADRE BIOLÓGICA A ELEGIR A QUIEN ENTREGA A SU HIJO EN ADOPCIÓN", RDF, 2006-I-170; CHECHILE, ANA MARÍA, "GUARDA DE HECHO Y ADOPCIÓN", JA, 2000-IV-35; DI LELLA, PEDRO I., "VIGENCIA DE LA DELEGACIÓN NOTARIAL DE LA GUARDA", REVISTA DEL NOTARIADO, N° 849, 1997; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL M., "LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN", JA, 2001-IV-871; "CONDICIONES SUSTANCIALES Y PRIORIDADES EN EL OTORGAMIENTO DE LA GUARDA PREADOPTIVA", LA LEY, 2000-D, 350; HERRERA, MARISA, "LUCES Y SOMBRAS DEL REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS A LA LUZ DEL DEC. 383/2005", JA, 2005-II-819; LUDUEÑA, LILIANA G., "LA GUARDA DE HECHO EN LAS SEXTA JORNADAS DE DERECHO DE FAMILIA, MENORES Y SUCESIONES", JA, 2000-II-910; MEDINA, GRACIELA, "LA GUARDA DE HECHO Y LA ADOPCIÓN", JA, 1998-III-939; "ENTREGA DE GUARDA Y ABANDONO DE MENORES. UNA VISIÓN DESDE LA ÓPTICA DEL CORPUS IURIS DE LOS DERECHOS HUMANOS", RDFYP, NRO. 7, P. 148; MIZRAHI, MAURICIO I., "LA GUARDA DE HECHO, LOS ASPIRANTES A LA ADOPCIÓN Y EL INTERÉS DEL NIÑO", JA, 2001-I-27; PITRAU, OSVALDO F., "LA GUARDA DE MENORES", RDF, 1990-4-48.

ART. 611.— GUARDA DE HECHO. PROHIBICIÓN. QUEDA PROHIBIDA EXPRESAMENTE LA ENTREGA DIRECTA EN GUARDA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA O ACTO ADMINISTRATIVO, ASÍ COMO LA ENTREGA DIRECTA EN GUARDA OTORGADA POR CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES U OTROS FAMILIARES DEL NIÑO.

LA TRANSGRESIÓN DE LA PROHIBICIÓN HABILITA AL JUEZ A SEPARAR AL NIÑO TRANSITORIA O DEFINITIVAMENTE DE SU PRETENSO GUARDADOR, EXCEPTO QUE SE COMPROBE JUDICIALMENTE QUE LA ELECCIÓN DE LOS PROGENITORES SE FUNDA EN LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO DE PARENTESCO, ENTRE ÉSTOS Y EL O LOS PRETENSOS GUARDADORES DEL NIÑO.

NI LA GUARDA DE HECHO, NI LOS SUPUESTOS DE GUARDA JUDICIAL O DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DEBEN SER CONSIDERADOS A LOS FINES DE LA ADOPCIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ANTECEDENTE ES EL ART. 318 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

EL ART. 318, DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, YA CONTENÍA LA PROHIBICIÓN DE ENTREGAR EN GUARDA A MENORES MEDIANTE ESCRITURA PÚBLICA O ACTO ADMINISTRATIVO, ELIMINANDO ASÍ LA POSIBILIDAD PREVISTA POR EL ART. 11, INC. C), DE LA LEY 19.134.

EL CÓDIGO CONTINÚA CON LA PROHIBICIÓN EN ESTE ASPECTO. POR NUESTRA PARTE YA HABÁMOS EXPRESADO QUE LA PROHIBICIÓN CARECÍA DE SENTIDO YA QUE SIENDO LA GUARDA UN DERECHO DEBER DERIVADO LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ÉL NO ERA SUSCEPTIBLE DE SER DELEGADO NI POR ESCRITURA PÚBLICA NI POR ACTO ADMINISTRATIVO.

EN CUANDO A LA GUARDA DE HECHO, LA NORMA ES INNOVADORA EN TANTO ESA PROHIBICIÓN NO ESTABA INCLUIDA EN LA LEGISLACIÓN DEROGADA.

CONSEQUENTEMENTE, SE RECHAZA LA PRÁCTICA CONOCIDA COMO "PACTO DE ENTREGA DIRECTA", MATERIALIZADA FUERA DE TODO ÁMBITO INSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO O JUDICIAL, FUNDÁNDOSE EN QUE DICHA PRÁCTICA REDUCE A LOS NIÑOS Y NIÑAS A LA CONDICIÓN DE OBJETO DE TRANSACCIÓN —ONEROSA O GRATUITA— A TRAVÉS DE MECANISMOS IRREGULARES O ILEGALES, DE UN MODO MÁS O MENOS ORGANIZADO, LO QUE RESULTARÍA EN PRINCIPIO LESIVO DE LA PERSONA Y DE SUS DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES.

LA ENTREGA EN GUARDA DIRECTA ES UN HECHO JURÍDICO, Y EN TANTO NO PUEDE SER PROHIBIDA, EN CAMBIO PUEDEN REGULARSE LOS EFECTOS QUE DICHO HECHO VA A PRODUCIR.

NÓTESE QUE SE CONTRADICE TODA LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL RELATIVA AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LAS GUARDAS DE HECHO, DONDE LOS JUECES HAN DADO EFECTOS A ESAS GUARDAS, AUN CUANDO LOS GUARDADORES NO SE ENCONTRABAN INSCRIPTOS EN EL REGISTRO DE ASPIRANTES A LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN. SI SE DEMUESTRA JUDICIALMENTE QUE EL NIÑO SE ENCUENTRA INTEGRADO COMO HIJO EN LA FAMILIA DE LOS GUARDADORES, ¿ES CONVENIENTE A SU SUPERIOR INTERÉS SEPARARLO DE SUS GUARDADORES COMO CONSECUENCIA DE LA ENTREGA DIRECTA? LA RESPUESTA SERÁ DIFERENTE DE ACUERDO A LAS CIRCUNSTANCIAS DE CADA CASO.

TAL VEZ POR ELLO LA NORMA QUE COMENTAMOS "HABILITA" AL JUEZ A QUITAR LA GUARDA ASÍ OTORGADA. EL TÉRMINO ELEGIDO NOS CONVENCE QUE ELLO NO SUCEDERÁ EN TODOS LOS CASOS, YA QUE EL JUEZ TENDRÁ LA FACULTAD DE EVALUAR EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL CASO CONCRETO.

LA EXCEPCIÓN A ESTA FACULTAD DEL JUEZ SE BASA EN EL VÍNCULO DE PARENTESCO O AFECTIVO ENTRE LOS PADRES Y LOS GUARDADORES, CREEMOS QUE A PESAR DE NO ESTAR ENUNCIADO TAMBIÉN PODRÍA INCLUIRSE A AQUELLOS CASOS EN LOS CUALES LOS PROGENITORES HAN ELEGIDO A LOS GUARDADORES EN BASE A SU CRITERIO Y BUSCANDO EL BIENESTAR DE SU HIJO.

LO DICHO NO IMPLICA DESCONOCER QUE, EN OCASIONES, LA GUARDA POR ENTREGA DIRECTA PUEDE ESCONDER LA COMISIÓN DE DELITOS, PERO ELLO NO PUEDE TOMARSE COMO PUNTO DE PARTIDA PARA LA REGULACIÓN DEL INSTITUTO.

TAMPOCO ES COHERENTE CON EL RESPETO A LA VOLUNTAD DE LOS PROGENITORES DE ENTREGAR SU HIJO EN ADOPCIÓN A UNA PERSONA Y NO A OTRA CUANDO ÉSTA REÚNA LOS REQUISITOS PARA SER ADOPTANTE, YA QUE SE PRIORIZA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD PERSONAL Y RESPETA LAS CONDUCTAS AUTORREFERENTES CUANDO NO SEAN VIOLATORIAS

DE LA MORAL Y LAS BUENAS COSTUMBRES.

POR NUESTRA PARTE, CREEMOS QUE SIEMPRE QUE NO SE ENCIERRE EL COMERCIO DE UN MENOR SE DEBE RESPETAR LA VOLUNTAD MATERNA Y PATERNA. POR OTRA PARTE, EL NUEVO CÓDIGO PERMITE LA DELEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD, ELLO ASÍ NO VEMOS POR QUÉ NO SE PUEDE RESPETAR LA VOLUNTAD MATERNA DE ENTREGAR UN NIÑO EN ADOPCIÓN A UNA PERSONA EN LUGAR DE A OTRA, CUANDO ÉSTA PROTEGE AL MENOR.

SI REPASAMOS LA TOTALIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO, CONSIDERADO DESDE UNA VISIÓN INTEGRAL, NO ENCONTRAMOS NINGUNA NORMA POSITIVA, NI NINGÚN PRINCIPIO DE DERECHO QUE PROHÍBE A UNA MUJER ELEGIR, POR AFFECTO, POR INTERESES CULTURALES, O FAMILIARES A QUIÉN VA A ENTREGAR SU HIJO CON MIRAS DE ADOPCIÓN.

MUY POR EL CONTRARIO, LA MADRE TIENE EL DEBER DE PROTEGER A SU HIJO Y ES EN ESTA REGLA DEL DERECHO NATURAL QUE ENCUENTRA FUNDAMENTO SU DERECHO A ENTREGARLO EN GUARDA Y A QUIENQUIERA Y POR LOS MOTIVOS QUE ELLA QUIERA, MIENTRAS SEAN LÍCITOS Y NO HAGAN PELIGRAR AL NIÑO.

NO SON LOS JUECES QUIENES DEBEN JUZGAR LAS CAUSAS ÍNTIMAS POR LAS QUE UNA MUJER ENTREGA SU HIJO EN ADOPCIÓN, YA QUE EL ESTADO NO LES HA DADO PODER PARA JUZGAR NI LOS PENSAMIENTOS, NI LAS INTENCIONES DE LAS MADRES QUE NO PONEN EN PELIGRO A SUS HIJOS, NI PIERDEN EN VISTA SU INTERÉS SUPERIOR.

LOS JUECES DEBEN ENCARGARSE DE PROTEGER AL NIÑO EXAMINANDO SI LOS ELEGIDOS POR LA MADRE TIENEN LOS REQUISITOS NECESARIOS PARA SER SUS PADRES ADOPTIVOS. ES EN LOS FUTUROS ADOPTANTES DONDE DEBE ESTAR PUESTA LA MIRA Y EL CELO DE LOS MAGISTRADOS PORQUE ELLOS SON LOS QUE EDUCARÁN AL NIÑO Y NO EN LA MUJER QUE ENTREGA A SU HIJO.

LA POTESTAD QUE EL ESTADO HA DADO A LOS JUECES DE FAMILIA LES HA SIDO ENTREGADA PARA QUE PROTEJAN A LOS NIÑOS DEL ABANDONO O DE LA VIOLENCIA DE SUS PROGENITORES, PERO CUANDO LOS NIÑOS NO SE ENCUENTRAN EN NINGUNA FORMA DE DESPROTECCIÓN, NI DE PELIGRO, EL ESTADO NO SE ENCUENTRA LEGITIMADO PARA INTERVENIR EN ARA DEL INTERÉS DEL MENOR, CUANDO ÉSTE NO SE ENCUENTRA COMPROMETIDO.

LOS JUECES NO PUEDEN, NI DEBEN JUZGAR A LA MUJER QUE ENTREGA EL NIÑO EN ADOPCIÓN, YA QUE CARECEN TOTALMENTE DE DERECHO PARA VICTIMIZAR A LA MUJER JUZGANDO SU CONDUCTA COMO SI SE TRATARA DE UNA PECADORA O DE UNA DELINCUENTE.

NINGUNA MUJER SE MERECE QUE POR ENTREGAR A SU HIJO EN ADOPCIÓN, PREFIRIENDO A UNA PERSONA Y NO A OTRA, SEA CONSIDERADA UNA VIOLADORA DEL ORDEN JURÍDICO, MÁXIME EN LA ACTUALIDAD CUANDO ESTÁN DADAS TODAS LAS FACILIDADES PARA QUE LOS NIÑOS SE ABORTEN. ASÍ LOS JUECES DEBERÁN SER AMPLIOS AL JUZGAR LAS RAZONES AFECTIVAS QUE MUEVEN A UNA MUJER A ENTREGAR UN NIÑO A DETERMINADA PERSONA.

UNA MADRE QUE NO ABORTA, LLEVA ADELANTE SU EMBARAZO Y ENTREGA A SU HIJO EN GUARDA PREADOPTIVA ES UNA MUJER QUE MERECE UN DOBLE RECONOCIMIENTO: EL DE DAR A LUZ Y EL DE PROTEGER A SU HIJO AL ENTREGARLO A OTRO PARA QUE LO CRIE, EN LUGAR DE ABANDONARLO.

PRESUPONER QUE UNA MUJER QUE ENTREGA A SU HIJO EN ADOPCIÓN VENDE AL NIÑO O COMERCIA CON PERSONAS ES PRESUPONER LA MALA FE Y ÉSTA POR PRINCIPIO NO SE PRESUME.

DE ALLÍ QUE LA PROHIBICIÓN DE LA GUARDA DE HECHO CONTENIDA EN EL PRESENTE ARTÍCULO DEBE SER ENTENDIDA COMO PROHIBICIÓN DE COMERCIALIZAR CON UN NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE, LO QUE ES ABSOLUTAMENTE REPROCHABLE.

III. JURISPRUDENCIA

A LOS FINES DEL OTORGAMIENTO DE UNA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN, EL REQUISITO DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES NO PUEDE CONSTITUIRSE EN UN REQUERIMIENTO A TENER EN CUENTA CON RIGOR Estrictamente RITUAL, PUES, AL TRATARSE DE LA CONSTRUCCIÓN DE UN SISTEMA DE PROTECCIÓN CIVIL Y PROTECCIÓN SOCIAL EN BENEFICIO DE LA SOCIEDAD Y DE LA NIÑEZ, DEBE SER INTERPRETADO Y APLICADO CON ARREGLO AL PRINCIPIO RECTOR, A LA PIEDRA FUNDAMENTAL EN LA QUE REPOSA LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, CUAL ES EL INTERÉS SUPERIOR DE ÉSTE, QUE ORIENTA Y CONDICIONA TODA DECISIÓN DE LOS TRIBUNALES DE TODAS LAS INSTANCIAS (CSJN, 16/9/2008, LA LEY, 2008-F, 59).

DEBE OTORGARSE LA GUARDA PREADOPTIVA DE UN MENOR AL MATRIMONIO PETICIONANTE, SI ACREDITARON SU FIRME COMPROMISO DE PRESTARLE LOS CUIDADOS REQUERIDOS, COMO TAMBIÉN SU SOLVENCIA MORAL Y LA CARENCIA DE ANTECEDENTES PENALES, A LA VEZ QUE LA MADRE BIOLÓGICA CONSENTIÓ SU ENTREGA. ES VÁLIDO EL CONSENTIMIENTO PRESTADO POR LA MADRE BIOLÓGICA MENOR DE EDAD A FIN DE ENTREGAR SU HIJO EN ADOPCIÓN, PUES EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA DE NIÑOS Y ADOLESCENTES IMPLICA SU DERECHO A SER OÍDOS Y A RESPETAR SU VOLUNTAD EN LOS CONFLICTOS QUE LOS INCLUYAN, SIEMPRE QUE HUBIERAN DEMOSTRADO SUFICIENTE MADUREZ.

A LOS FINES DEL OTORGAMIENTO DE UNA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN, EL REQUISITO DE INSCRIPCIÓN DE LOS PETICIONANTES EN EL REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES NO PUEDE CONSTITUIRSE EN UN REQUISITO A TENER EN CUENTA CON RIGOR Estrictamente RITUAL, AL PUNTO DE IMPEDIR A LOS JUECES LLEVAR A CABO EL BALANCE ENTRE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y LOS RESTANTES INTERESES INDIVIDUALES Y COLECTIVOS EN JUEGO (CCIV. Y COM. 1ª NOM. SANTIAGO DEL ESTERO, 9/3/2010, LLNOA, 2010-669, AR/JUR/27353/2010).

DEBE OTORGARSE LA GUARDA DE UN MENOR AL MATRIMONIO CON EL QUE CONVIVE DESDE SU NACIMIENTO, SI LA PROGENITORA Y EL RESTO DE SU FAMILIA BIOLÓGICA EXPRESARON SU FIRME VOLUNTAD DE ENTREGARLO EN ADOPCIÓN, NO SÓLO EN VIRTUD DE RAZONES DE ÍNDOLE ECONÓMICA SINO TAMBIÉN AFECTIVAS, Y DE LOS INFORMES AGREGADOS SE DESPRENDE QUE LOS PETICIONANTES REÚNEN LAS CONDICIONES DE IDONEIDAD NECESARIAS PARA BRINDARLE UN HOGAR QUE GARANTICE SU CRECIMIENTO INTEGRAL, AUN CUANDO NO SE ENCUENTREN INSCRIPTOS EN EL REGISTRO ÚNICO DE ADOPTANTES (CCIV. Y COM. 1ª NOM. SANTIAGO DEL ESTERO, 19/2/2010, LA LEY ONLINE, AR/JUR/18623/2010).

ART. 612. — COMPETENCIA. LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN DEBE SER DISCERNIDA INMEDIATAMENTE POR EL JUEZ QUE DICTA LA SENTENCIA QUE DECLARA LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL TEXTO ESTÁ INSPIRADO EN LO DISPUESTO POR EL ART. 317 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

11274 SE ESTABLECE PARA EL JUEZ LA OBLIGACIÓN DE DISCERNIR LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN EN FORMA INMEDIATA AL DICTADO DE LA SENTENCIA QUE DECLARA EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD.

ESTA EXIGENCIA, TIENE POR FINALIDAD TERMINAR CON EL ESTADO DE INCERTIDUMBRE PROLONGADA EN QUE SE ENCUENTRAN LOS NIÑOS INSTITUCIONALIZADOS, QUE PASAN LOS AÑOS MÁS IMPORTANTES DE LA FORMACIÓN DE SU PERSONALIDAD SIN UNA FAMILIA. SIN EMBARGO PUDO HABERSE ELEGIDO UNA FÓRMULA MÁS PRECISA QUE EL TÉRMINO "INMEDIATAMENTE", QUE TAMBIÉN ES UTILIZADO EN LA PARTE FINAL DEL 609.

ART. 613. — ELECCIÓN DEL GUARDADOR E INTERVENCIÓN DEL ORGANISMO ADMINISTRATIVO. EL JUEZ QUE DECLARÓ LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD SELECCIONA A LOS PRETENSOS ADOPTANTES DE LA NÓMINA REMITIDA POR EL REGISTRO DE ADOPTANTES. A ESTOS FINES, O PARA OTRAS ACTIVIDADES QUE CONSIDERE PERTINENTES, CONVOCA A LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA QUE INTERVIENE EN EL PROCESO DE LA DECLARACIÓN EN SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD, ORGANISMO QUE TAMBIÉN PUEDE COMPARECER DE MANERA ESPONTÁNEA.

PARA LA SELECCIÓN, Y A LOS FINES DE ASEGURAR DE UN MODO PERMANENTE Y SATISFACTORIO EL DESARROLLO PLENO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE, SE DEBEN TOMAR EN CUENTA, ENTRE OTRAS PAUTAS; LAS CONDICIONES PERSONALES, EDADES Y APTITUDES DEL O DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES; SU IDONEIDAD PARA CUMPLIR CON LAS FUNCIONES DE CUIDADO, EDUCACIÓN; SUS MOTIVACIONES Y EXPECTATIVAS FRENTE A LA ADOPCIÓN; EL RESPETO ASUMIDO FRENTE AL DERECHO A LA IDENTIDAD Y ORIGEN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

EL JUEZ DEBE CITAR AL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE CUYA OPINIÓN DEBE SER TENIDA EN CUENTA SEGÚN SU EDAD Y GRADO DE MADUREZ.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA TIENE CORRELATO CON EL ART. 317 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

b142II. COMENTARIO

LA NORMA ESTABLECE LA PARTICIPACIÓN DEL JUEZ Y DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN LA TOMA DE DECISIÓN CON RELACIÓN A LA ELECCIÓN DE LOS GUARDADORES. NÓTESE QUE LA NORMA DICE QUE EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO ES CITADO "A ESTOS FINES", ES DECIR LA ELECCIÓN DE LOS GUARDADORES CON FINES DE ADOPCIÓN.

CHNO NOS PARECE ADECUADA LA PARTICIPACIÓN DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA EN ESTA PARTE DEL PROCESO, SI HA AGOTADO LOS MEDIOS PARA REVINCULAR AL NIÑO Y ÉSTE SE ENCUENTRA EN SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD, LA FACULTAD DE ELEGIR LOS GUARDADORES NO ESTÁ RELACIONADA CON SUS FUNCIONES LEGALES.

LOS PRETENSOS ADOPTANTES DEBEN, NECESARIAMENTE, ESTAR INSCRIPTOS Y HABER SIDO EVALUADOS EN LOS REGISTROS RESPECTIVOS DE CADA JURISDICCIÓN, EN RAZÓN DE SER EL REGISTRO ÚNICO DE ASPIRANTES A GUARDA CON FINES ADOPTIVOS Y LOS EQUIPOS TÉCNICOS.

NICOS DE LOS ORGANISMOS DE PROTECCIÓN LOS QUE PROPONEN LOS MEJORES POSTULANTES A LAS AUTORIDADES JUDICIALES. EN CUANTO A ELECCIÓN DE LOS PADRES REMITIMOS AL COMENTARIO DEL ARTÍCULO ANTERIOR.

LA REFORMA CONTEMPLA PAUTAS CLARAS PARA LA SELECCIÓN DE LOS FUTUROS ADOPTANTES, DONDE SE DEBERÁ TENER EN CUENTA:

- I) LAS CONDICIONES PERSONALES DEL O DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES;
- II) EDADES DEL O DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES;
- III) APTITUDES DEL O DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES;
- IV) SU IDONEIDAD PARA CUMPLIR CON LAS FUNCIONES DE CUIDADO;
- V) EDUCACIÓN;
- VI) SUS MOTIVACIONES Y EXPECTATIVAS FRENTE A LA ADOPCIÓN;
- VII) EL RESPETO ASUMIDO FRENTE AL DERECHO A LA IDENTIDAD Y ORIGEN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.
- VIII) LA OPINIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE SEGÚN SU EDAD Y GRADO DE MADUREZ.

EN LA REGULACIÓN JUDICIAL DE LA GUARDA, TAMBIÉN SE PREVÉ LA CITACIÓN DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE, CUYA OPINIÓN DEBE SER TENIDA EN CUENTA SEGÚN SU EDAD Y GRADO DE MADUREZ.

CABE SEÑALAR QUE EL PROCESO DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN TIENE LOS SIGUIENTES OBJETOS:

— LA ELECCIÓN DE LA PERSONA DEL GUARDADOR CON FINES ADOPTIVOS CUANDO ESTA ELECCIÓN NO HAYA SIDO REALIZADA POR LOS PROGENITORES BIOLÓGICOS, POR RAZONES AFECTIVAS O DE PARENTESCO.

— LA TOMA DE MEDIDAS PARA VINCULAR AL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE CON EL GUARDADOR CON FINES DE ADOPCIÓN.

— EL CONTROL DE LA RELACIÓN ENTRE LOS PRETENSOS ADOPTANTES Y EL NIÑO DURANTE UN TIEMPO DETERMINADO QUE PERMITA PRESUMIR QUE ESTA VINCULACIÓN VA A CONTRIBUIR DE UN MODO PERMANENTE Y SATISFACTORIO AL DESARROLLO PLENO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE.

III. JURISPRUDENCIA

LA RESPONSABILIDAD DE HACER CONOCER EL ORIGEN FAMILIAR Y NATURAL DEL HIJO, ES PROPIA DE QUIEN EJERCE LA PATRIA POTESTAD Y, POR TANTO, EN EL SUPUESTO DE ADOPCIÓN CORRESPONDE A LOS PADRES ADOPTIVOS UNA VEZ QUE SE LA OTORGA, PERO DEBE EXTENDERSE TAMBIÉN A QUIENES SOLO TIENEN LA GUARDA DEL MENOR. LA RESPONSABILIDAD QUE RECAE SOBRE LOS PADRES ADOPTANTES OBLIGADOS A NO ENGAÑAR AL MENOR SOBRE SU FILIACIÓN LES EXIGE TAMBIÉN SER PLENAMENTE LIBRES EN LA FORMA ADECUADA DE REVELAR VERDAD DE ACUERDO CON EL NIVEL DE COMPRENSIÓN Y MADUREZ QUE PAULATINAMENTE ADVIERTEN EN SU HIJO ADOPTIVO (CNCIV., SALA C, 28/9/1978, ED, 84-314).

ART. 614.— SENTENCIA DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN. CUMPLIDAS LAS MEDIDAS DISPUESTAS EN EL ARTÍCULO 613, EL JUEZ DICTA LA SENTENCIA DE GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN. EL PLAZO DE GUARDA NO PUEDE EXCEDER LOS SEIS MESES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART. 316 DEL CÓDIGO REFORMADO.

II. COMENTARIO

EL ART. 316 DEL CÓDIGO SUSTITUIDO ESTABLECÍA QUE EL ADOPTANTE DEBERÁ TENER AL MENOR BAJO SU GUARDA POR UN PLAZO NO MENOR DE SEIS MESES NI MAYOR DE UN AÑO. LA NORMA EN ANÁLISIS DETERMINA QUE EL PLAZO DE GUARDA NO PUEDE EXCEDER DE SEIS MESES, CON LO CUAL DEJA ABIERTA LA POSIBILIDAD QUE EL PLAZO SEA MENOR A LOS SEIS MESES.

ESTE PLAZO ESTÁ PREVISTO PARA DEMOSTRAR EN UN PERÍODO DE TIEMPO ACOTADO LA IDONEIDAD DE LOS GUARDADORES Y PROBAR LA RELACIÓN ENTRE PRETENSOS ADOPTANTES Y NIÑOS DESAMPARADOS. EN ESTE PERÍODO DE TIEMPO SE HACE EL SEGUIMIENTO DE LA NUEVA FAMILIA PARA QUE, ANTES DE EMPLAZARLOS JURÍDICAMENTE EN UNA NUEVA FILIACIÓN, SE VERIFIQUE SI LOS ADOPTANTES TIENEN CONDICIONES PARA EJERCER LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE ESE NIÑO DETERMINADO.

CONSIDERAMOS QUE EL PLAZO DE SEIS MESES ES UN PERÍODO MÁS QUE SUFICIENTE PARA DETERMINAR LAS APTITUDES DE LOS GUARDADORES, QUIENES POR ESTAR INSCRIPTOS EN EL REGISTRO DE ADOPCIÓN YA TIENEN REALIZADOS TODOS LOS EXÁMENES DE APTITUD NECESARIOS Y LOS ESTUDIOS SOCIO-AMBIENTALES REQUERIDOS EN ABSTRACTO PARA ADOPTAR Y QUE EL PERÍODO DE LA GUARDA PREADOPTIVA PROBARÁ EN CONCRETO SU APTITUD FRENTE A LA SITUACIÓN INDIVIDUAL Y ESPECIAL DE ESE NIÑO EN PARTICULAR.

CAPÍTULO 4

JUICIO DE ADOPCIÓN

POR EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y CARLA F. ALONSO REINA

ART. 615.— COMPETENCIA. ES JUEZ COMPETENTE EL QUE OTORGÓ LA GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN, O A ELECCIÓN DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES, EL DEL LUGAR EN EL QUE EL NIÑO TIENE SU CENTRO DE VIDA SI EL TRASLADO FUE TENIDO EN CONSIDERACIÓN EN ESA DECISIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART. 321 DEL CÓDIGO REFORMADO.

II. COMENTARIO

EL ART. 321, INC. A) DEL CÓDIGO SUSTITUIDO, DISPONÍA QUE LA ACCIÓN DEBÍA INTERPONERSE, A OPCIÓN DE LOS ADOPTANTES, ANTE EL JUEZ DE SU DOMICILIO O ANTE EL QUE OTORGÓ LA GUARDA PREVIA.

ES FRECUENTE QUE LOS PRETENSOS ADOPTANTES ADQUIERAN LA GUARDA EN UNA PROVINCIA EN LA CUAL NO TIENEN RESIDENCIA. ES POR ELLO QUE EL ARTÍCULO OTORGA LA OPCIÓN DE TRAMITAR EL JUICIO ANTE EL JUEZ DE SU DOMICILIO.

EL ARTÍCULO QUE COMENTAMOS FIJA LA COMPETENCIA DEL JUEZ QUE ENTIENDE EN EL PROCESO DE ADOPCIÓN, OTORGÁNDOSE DOS POSIBILIDADES: A) EL DEL JUEZ QUE ENTENDIÓ EN LA GUARDA PARA ADOPCIÓN, O B) EL DEL JUEZ CORRESPONDIENTE AL CENTRO DE VIDA DEL PRETENSO ADOPTADO, A ELECCIÓN DE LOS PRETENSOS ADOPTANTES, SI EL TRASLADO DEL NIÑO FUE TENIDO EN MIRAS EN LA DECISIÓN QUE OTORGÓ LA GUARDA.

ART. 616. — INICIO DEL PROCESO DE ADOPCIÓN, UNA VEZ CUMPLIDO EL PERÍODO DE GUARDA, EL JUEZ INTERVINIENTE, DE OFICIO O A PEDIDO DE PARTE O DE LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA, INICIA EL PROCESO DE ADOPCIÓN,

I. TLCH RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo no tiene uno similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

La norma faculta a que una vez cumplido el período de guarda el juez interviniente pueda de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa iniciar el proceso de adopción.

Sin lugar a dudas, lo novedoso de este artículo, es que el juez pueda de oficio promover el trámite de adopción. No se entiende cómo va a promover el juez ante sí mismo la acción de adopción, en todo caso debería decir que el juez podrá instar a las partes a promover el juicio, pero no que él lo puede iniciar por sí.

Art. 617. — Reglas del procedimiento. Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:

- a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;
- b) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;
- c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;
- d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;
- e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 321 del Código reformado.

II. COMENTARIO

Se establecen reglas especiales para el juicio de adopción, entre ellas cabe destacar que no son partes los padres biológicos que ya intervinieron en el proceso administrativo, en el juicio de declaración de adoptabilidad y en la guarda con fines de adopción.

Sólo intervienen en calidad de parte los pretensos adoptantes, el pretenso adoptado, el Ministerio Público y la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad:

El pretenso adoptado debe contar con asistencia letrada si cuenta con la madurez suficiente.

Cabe destacar, que el Ministerio Público en este caso tiene una participación principal, tal como lo dispone el art. 103: *"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".*

Asimismo, en el juicio de adopción el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez; y el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso. En ese caso deberá contar con asistencia letrada. Por otra parte hay que tener en cuenta que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Art. 618. — Efecto temporal de la sentencia. La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 322 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Este artículo determina dos momentos —ambos retroactivos— para los efectos constitutivos la sentencia de adopción.

La sentencia que acuerde la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la sentencia que otorga la guarda. La ley 19.134 disponía que la sentencia tuviera efecto retroactivo a la fecha de promoción de la adopción (art. 13). En la sustituida ley de adopción, la guarda no era necesariamente discernida por el juez para quedar expedita la adoptabilidad del menor, como ocurre ahora. De tal modo, y dado que en lo sucesivo la guarda debe ser judicialmente conferida a quienes la solicitan precisamente con el fin de adoptar al menor, la norma que comentamos establece que la sentencia retrotraerá sus efectos al día en que el juez otorgó dicha guarda que es la fecha desde la cual en los hechos se establece, aunque lo sea sólo en expectativa, el vínculo paterno filial.

Distinto es el caso de la adopción del hijo del cónyuge en que no se exige la declaración judicial de adoptabilidad. Para dicha hipótesis, entonces, se conserva la solución de la ley 19.134; esto es, que la sentencia de adopción producirá efecto retroactivo a la fecha de promoción de la acción, lo cual guarda coherencia con el resto de la normativa.

CAPÍTULO 5

TIPOS DE ADOPCIÓN

Por EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y CARLA F. ALONSO REINA

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 619.— Enumeración. Este Código reconoce tres tipos de adopción:

- a) plena;
- b) simple;
- c) de integración.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo reemplaza a los arts. 313, 323, 329 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Cabe recordar que en nuestro Código sustituido la adopción podía ser plena o simple, afirmándose que la adopción de integración (la adopción del hijo del cónyuge) es una especie de la adopción simple. La reforma determina que existen tres tipos de adopción: plena, simple y de integración. Esta última ya había sido regulada, pero de manera poco sistemática en la ley 24.779, por lo que el nuevo Código le otorga entidad propia, al presentar varias particularidades que obligan a considerarla un tipo filial diferente, con caracteres particulares.

En otras palabras, tiene tantas particularidades que merece una regulación propia

mediante el reconocimiento expreso de un lugar especial y autónomo. Por otra parte, la reforma amplía este tipo adoptivo en total concordancia con la flexibilidad del concepto de familia desde la óptica constitucional-internacional. Así, la adopción de integración no sólo involucra la adopción del hijo del cónyuge, sino también del conviviente.

Art. 620.— Concepto. La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

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 af42 de este Capítulo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Sus antecedentes son los arts. 313, 323 y 329 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

La norma en análisis define cada uno de estos tres tipos de adopción, introduciéndose cambios en su morfología.

Se mantiene en general la estructura del art. 323 del Código de Vélez, así, como principio general, se mantiene la extinción de los vínculos con la familia de sangre, con una redacción y terminología mejorada.

Asimismo, el nuevo Código opta por definir a la adopción por integración, que a diferencia de lo que ocurre con la adopción plena y simple, no se encontraba expresamente definido en el Código sustituido.

III. JURISPRUDENCIA

Corresponde otorgar la adopción plena solicitada por el concubino respecto de la hija extramatrimonial de su concubina, con la que convive hace más de diez años, pero limitando sus efectos en cuanto a mantener el vínculo con su madre y la familia materna. Con ello se logra el fin perseguido en la adopción de integración pues se crean vínculos familiares del adoptado con la familia de su padre adoptivo, manteniendo los vínculos con su madre biológica quien ha manifestado su consentimiento con la adopción y el progenitor del niño lo ha abandonado en los primeros meses de edad y por ello se lo ha privado de la patria potestad. De allí que se tipifica uno de los supuestos del art. 325 del Cód. Civil y otorgar la adopción plena no implica apartarse de la legislación vigente, sino por el contrario seguir sus directivas al valorar la institución de la adopción.

Resulta conveniente declarar la inconstitucionalidad del art. 323, segundo párrafo del Cód. Civil que, al no permitir mantener el vínculo con la familia materna y la adopción, violenta principios de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), como el interés superior del niño en materia de adopción (arts. 3° y 21, primer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño) y la igualdad de derechos en materia de filiación (art. 17 inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Ello así porque el interés superior del niño debe ser tenido en cuenta al tiempo de la decisión y, en consecuencia, integrar el objetivo del proceso. Necesariamente el menor debe ser protagonista de aquello que lo tiene como destinatario, por afectarlo en su ser, en su otredad. Aun cuando el menor no sea parte en sentido formal, no cabe duda que la pretensión del concubino de su madre de adoptarlo lo involucra como persona y en la forma en que se conceda la adopción afectará su vida, tal como se desarrolla en el presente (CNCiv., sala K, 1/9/2011, Sumario N° 21371, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil).

El pedido de fijación de régimen de visitas efectuado por el tío respecto de su sobrino biológico dado en adopción plena debe ser sustanciado con los representantes legales del niño, por lo que no corresponde su desestimación "in limine". Pues, resulta prioritario para la judicatura el conocimiento del estado actual del niño, la previa citación y audiencia de sus representantes legales, así como también la participación del menor en el proceso en calidad de sujeto de derecho conforme a su edad y madurez. Ello, a los efectos de lograr la promoción y protección integral de sus derechos y el respeto y la preservación de sus relaciones familiares, dispuesta por la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 (CNCiv., sala B, 29/9/2009, Sumario N° 19394, Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil - Boletín N° 1/2010).

Art. 621.— Facultades judiciales. El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Si bien se regulan los efectos de cada una de ellos, el presente artículo, faculta al juez a decidir según las circunstancias del caso, si se otorga la adopción plena o simple, siempre "atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño". Ahora bien tam-

bién se lo habilita fundado en el mismo argumento a que "a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple".

Hemos adelantado en el comentario del artículo anterior que como principio general se mantiene la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen, sin perjuicio de ello la norma en comentario permite al juez decidir la conveniencia de mantener alguno de ellos en función del interés del adoptado. Responde a las declaraciones de inconstitucionalidad que habían recaído, en este aspecto, sobre el art. 323 del Código de Vélez.

Como podemos observar el Código opta por no crear sistemas rígidos de adopción, sino que por el contrario elige por una mayor flexibilidad de ambos tipos adoptivos y por privilegiar el mantenimiento de las relaciones con la familia biológica aun en el supuesto de adopción plena.

El supuesto más común en el cual se mantendrán los lazos con la familia de origen en la adopción plena será en el caso de hermanos. Puede ser que un grupo de hermanos no puedan ser dados todos en adopción a una misma familia, ya sea porque no se encuentre esta familia o porque algunos niños no quieran ser adoptados y otros sí. En estos supuestos, puede resultar conveniente tanto la adopción plena como el mantenimiento de los lazos fraternos y es correcto que la norma no impida la adopción plena por beneficiar el lazo de los hermanos, ni viceversa, cuando se puede dejar a estos persistentes al tiempo que se adopta plenamente.

III. JURISPRUDENCIA

La decisión sobre el tipo de adopción no responde a pautas rígidas sino a las particularidades del caso y las razones excepcionales para conferir la adopción simple deben ser juzgadas en concreto, a la luz de lo que fuere más conveniente para el menor (CNCiv., sala C, 14/7/1983, LLC, 1984-270).

Art. 622.— Conversión. A petición de parte y por razones fundadas, el juez puede convertir una adopción simple en plena.

rsid15540838 La conversión tiene efecto desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

LOCUII. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Otra modificación que introduce el Código es la conversión de la adopción simple en plena por razones fundadas.

Podría llegar a ocurrir que al momento en que se dicta sentencia existan razones

para mantener el vínculo con la familia de origen y que posteriormente, éstas pierdan su razón de ser. Por esta razón es que se habilita la conversión de simple y plena de conformidad con lo dispuesto en el presente artículo.

Nótese, que la norma en análisis prevé la conversión de una adopción simple en plena, pero no tiene prevista la posibilidad de revertir de plena a simple, incluso si se dieran los motivos fundados que establece el artículo.

Art. 623.— Prenombre del adoptado. El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez. Si contenía normas relativas al nombre de pila o prenombre el art. 13 de la ley 18.248

II. COMENTARIO

El Código regula sobre el prenombre del adoptado, el que, como regla, debe ser respetado el que viene dado por su familia de origen y sólo de manera excepcional, se permite el cambio de conformidad con las reglas generales para el prenombre o por el uso mantenido de un determinado prenombre con el cual el adoptado forjó su identidad.

III. JURISPRUDENCIA

Es admisible la modificación del nombre de pila de un menor de corta edad, con fundamento en que las actividades, circunscriptas a las relaciones familiares y escolares, permiten afirmar que el cambio no causa ningún perjuicio a terceros ni afecta la seguridad jurídica del menor (CNCiv., sala C, 10/3/2000, ED, 191-573).

SECCIÓN 2ª

22 ADOPCIÓN PLENA

ararsid15540838 **Art. 624.— Irrevocabilidad.** *Otros efectos.* La adopción plena es irrevocable.

La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su fuente es, en la primera parte, el art. 323 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

La adopción plena es irrevocable. Esta característica hace al objeto sustancial de su otorgamiento y contribuye a afianzar los vínculos familiares creados.

El Código mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena, pero permite la acción de filiación o el reconocimiento posterior a su otorgamiento sólo a los efectos de posibilitar el derecho alimentario y sucesorio a favor del adoptado, sin verse alterados los otros efectos derivados de la adopción.

En otras palabras, se acepta que en la adopción plena exista una acción de filiación o de reconocimiento del adoptado. Este artículo hay que conjugarlo con el art. 620 —ya analizado—, que establece que “La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen”.

Parece en principio contradictorio que si se extinguen los vínculos con la familia de origen se permita el reconocimiento del adoptado por su familia de sangre o que el adoptado intente una acción de filiación contra sus progenitores biológicos. Las acciones se limitan a los efectos alimentarios o sucesorios. Podría estar justificada la excepción cuando se trate de alimentos, sin perjuicio que dicha circunstancia es una de las que debe evaluarse de los adoptantes, mas resulta injustificable en términos sucesorios, ya que el adoptado podrá eventualmente adoptar como hijo a más de un padre o una madre.

Nótese que el supuesto es diferente al caso de la acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes, en este caso se trata de una acción de filiación intentada por quien se encuentra adoptado plenamente contra sus progenitores de origen.

Art. 625.— Pautas para el otorgamiento de la adopción plena. La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida.

También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos:

- a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;
- 42 b) cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;
- c) cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su fuente es el art. 325 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Tienen que cumplirse determinados requisitos para que el niño sea dado en adopción plena; ellos son:

- *Huérfanos de padre y madre:* Son aquellos que por cualquier circunstancia hubieren perdido a sus padres, encontrándose por ello sujetos a tutela o guarda.

- *Quiénes no tengan filiación acreditada:* Esta circunstancia puede existir respecto de la paternidad extramatrimonial, pero es inusual con relación a la maternidad —en el caso de filiación por naturaleza—, dado que, conforme a lo dispuesto en el art. 565 del nuevo Código, aquélla queda determinada sin que sea necesario el reconocimiento de la madre, con la prueba del nacimiento y la identidad del nacido. En caso de que sólo la paternidad no estuviere determinada, el menor no estará en condiciones de ser dado en adopción, sino por privación de la patria potestad de la madre o el supuesto de abandono por parte de ésta.

- *Cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad:* Para los dos primeros incisos que contempla esta norma, no sería necesario para otorgar la adopción plena de un menor, que exista una declaración judicial de la situación de adoptabilidad, ya que el artículo en análisis contempla estas dos posibilidades sin necesidad de que el menor haya sido declarado en situación de adoptabilidad. Por lo tanto sólo nos referiremos al tercer inciso contemplado en el art. 607 del Código.

Este inciso hace referencia a aquellas niñas, niños y adolescentes que estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio.

Acá se presentan circunstancias que requieren de una valoración judicial. Se pone en consideración a la familia biológica a través de dos conceptos amplios: desentendimiento y desamparo.

El juez debe valorar esas circunstancias, determinando si resultan contrarias al interés del menor, y así construir el concepto de desamparo o abandono que coloque al niño en situación de adaptabilidad.

- *Cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental:* Este inciso considera que se encuentran en situación de ser adoptados en forma plena los menores cuyos padres hubiesen sido privados de la patria potestad.

Para que sea factible la adopción conforme esta causal, ambos progenitores deben estar incurso en algunos de los supuestos previstos en el art. 700 del Código. La suspensión en el ejercicio de la patria potestad (art. 702 del nuevo Código) no se asimila al concepto de "privación", si bien los hechos que la generan pueden ser considerados para su encuadramiento en el inc. a) de la presente norma. Nótese que el art. 703 del Código, establece que en caso de que ambos progenitores sean privados de la responsabilidad parental o suspendidos en su ejercicio, se deberá proceder "a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente".

c) *Cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción* s1: El último inciso prevé la situación en que los padres hubiesen manifestado judicialmente su voluntad de entrega del menor. Sobre este aspecto remi-

times al comentario del art. 611.

Art. 626.— Apellido. El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas:

a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido;

b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales;

c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta;

d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 326 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Se introducen modificaciones al régimen del apellido de los hijos adoptivos en forma plena fundado en el respeto por el derecho a la identidad. En este sentido, si bien se mantiene como principio que el adoptado lleva el apellido del adoptante o adoptantes en el orden que ellos acuerden como en el caso de los hijos matrimoniales, por excepción, se habilita al adoptado que cuenta con edad y madurez suficiente y a los adoptantes, a peticionar que se agregue o anteponga el apellido de origen al adoptivo fundado en el derecho a la identidad.

El Código sustituido, luego de la reforma de la ley 26.618, no otorgaba la posibilidad a las parejas heterosexuales de poder elegir el apellido del adoptado, sino que el adoptado debía llevar el apellido del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. Esta posibilidad sólo se contemplaba en el caso de parejas del mismo sexo.

El Código pone fin a esa distinción que generaba el de Vélez, entre las parejas heterosexuales y homosexuales. Así, sostuvo Medina que, se otorga a la pareja homosexual una posibilidad de convenio que las parejas heterosexuales no tenían, ya que para ellas la cuestión del nombre no está sujeta a su voluntad.

III. JURISPRUDENCIA

El apellido o patronímico conforma uno de los elementos del nombre de las personas físicas regulado por la ley 18.248; como atributo de esta clase de persona se adquiere, en principio, por filiación y demuestra el estado civil. Sin embargo, tales afirmaciones no son absolutas ya que la superposición apellido-estado civil, cede frente a la fun-

ción primordial del nombre que es permitir la identificación de las personas. En consecuencia, el apellido como atributo individualizador del sujeto evoca su personalidad y es una de las facetas de su identidad. Aun cuando se otorgue la adopción plena, autorizar a la niña a conservar su apellido biológico, encuentra especial fundamento en el hecho que la menor ha usado el mismo desde su nacimiento hasta la actualidad, es decir por trece años, y así la conocen en su vida de relación. De esta forma es como se exterioriza en el ambiente social —colegio, amistades, etc.—, por lo que tiene especial interés en que se le respete este derecho personalísimo que es la identidad en su faz dinámica, y que forma su propio patrimonio intelectual, político, social, religioso, etc., en tanto atañe a su fiel representación en la proyección social. Por tanto, las consecuencias disvaliosas de su supresión no requieren demostración alguna, pues resultan de la experiencia y de la cualidad común del ser humano.

La falta de norma legal que autorice la conservación del apellido biológico, no es obstáculo para su procedencia, pues satisface el mandato constitucional de respetar derechos fundamentales y preservar el mejor interés del menor, tal como lo dispone la normativa contenida en el art. 3° apart. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño. A más de ello, en el derecho argentino, existen numerosos supuestos en los que se conserva el apellido pese a la desaparición del vínculo jurídico que lo sustentara originariamente, por lo que nada obsta que por intermedio del recurso interpretativo de la analogía iuris (art. 16, Cód. Civil), se pueda —sin contradecir el sistema— aplicar análogamente la solución al caso concreto, y por ende dar una respuesta favorable al pedido de la niña, disponiendo que no obstante haber prosperado la acción de adopción plena, corresponde autorizar a la menor a continuar usando el apellido de origen, agregando el de la adoptante (CFamilia de 2ª Nominación Córdoba, 9/6/2011, Expte. N° 181981).

SECCIÓN 3ª

ADOPCIÓN SIMPLE

Art. 627.— Efectos. La adopción simple produce los siguientes efectos:

a) como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes;

b) la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño;

c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos;

d) el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena;

e) el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en el Libro Quinto.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Sus antecedentes son los arts. 306, inc. 5), 331, 332 y 333 del Código d0de Vélez.

II. COMENTARIO

Se introducen modificaciones tendientes a mejorar y aclarar qué efectos se derivan de la adopción simple, tanto en lo que respecta a la familia de origen como a la adoptiva, tales como: a) la titularidad y ejercicio se transfieren a los adoptantes; b) la familia de origen tiene derecho a comunicarse con el adoptado, y c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando no pueda proveérselos la familia adoptiva.

La adopción simple sólo produce un emplazamiento que se limita a adoptante y adoptado, no generando, en principio, relaciones con la familia del adoptante y sin perder el adoptado sus vínculos con la familia de origen. Su otorgamiento produce la transferencia de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental al o los adoptantes. Asimismo, es característica de la adopción simple el mantenimiento de la relación consanguínea con la familia de origen, siempre y cuando ésta no sea contraria al interés superior del niño.

En cuanto a la familia de sangre, los derechos y deberes que resulten de los vínculos de parentesco no quedan extinguidos por la adopción simple, sino que subsiste respecto de la familia de origen la vocación hereditaria recíproca y la obligación de alimentos, entre otras.

Respecto del apellido, el nuevo Código dispone que el adoptado que cuenta con la edad y el grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar que se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos y a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena. Si fuera revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

Por último, en relación a los derechos sucesorios los efectos son limitados y dependen de quién sea el causante. Cuando fallece el adoptado, el art. 2432 del Código —al igual que el art. 333 del Código sustituido— establece un régimen que lleva a constituir diferentes masas según el origen de los bienes, separando, por un lado, los recibidos a título gratuito de la familia de origen, y, por otro, los recibidos a título gratuito de la familia de adopción. Los adoptantes son considerados ascendientes, sin embargo, en la adopción simple, ni los adoptantes heredan los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, ni ésta hereda los bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de adopción. En el resto de los bienes el adoptante excluye a los padres biológicos y, eventualmente, a los colaterales sanguíneos del adoptado. No así a los descendientes del adoptado que excluyen al adoptante.

El Código Civil sustituido no preveía el supuesto por el cual el adoptado no contase con familia de sangre o adoptiva al momento de la apertura de su sucesión, motivo por el cual los bienes que hubiera recibido a título gratuito de cualquiera de ellas no serían

transmitidos a la otra, quedando vacante parcialmente la herencia. La solución no es valiosa, porque se no advierte qué interés legítimo quedaría protegido a través de esa vacancia.

El Código contempla expresamente este supuesto, estableciendo que estas exclusiones no operan si, en su consecuencia, quedan bienes vacantes.

A su vez, en caso de muerte del adoptante, el art. 2430, establece que el adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y mediante técnicas de reproducción humana asistida.

En otras palabras, el hijo adoptivo lo hereda, concurriendo con otros descendientes y cónyuge, y desplazando a ascendientes y colaterales.

Por último, el adoptado conserva sus derechos sucesorios respecto de su padre biológico.

III. JURISPRUDENCIA

Si el instituto de la adopción procura imitar la naturaleza parece obvio entonces que haya impuesto el apellido como una forma de vincular estrechamente al hogar constituido a quien se integrara en él con la serie de derechos y obligaciones a que se refiere el respectivo complejo normativo. La adición de un nombre de pila puede ser un elemento más de naturaleza vinculativa y, por ende, lejos de apartarse al fin querido por el legislador, se aproxima al mismo hasta confundirse con él (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 29/6/2000, ED, 189-464).

Art. 628.— Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción. Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado.

Ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 336 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Se mantiene la posibilidad de reconocimiento y acción de filiación posterior al otorgamiento de la adopción simple y se deja expresado que estas situaciones no alteran los efectos jurídicos que se derivan de este tipo adoptivo.

Lo dispuesto en este artículo es consecuencia de que la adopción simple mantiene subsistentes los vínculos del adoptado con su familia de origen, ya que al adoptante sólo se transfiere la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental.

Si bien los padres biológicos pueden reconocer al hijo, después

f42 de otorgada la adopción simple, ello no significa que recuperen todos los derechos inherentes a la responsabilidad parental, pero readquieren los derivados de su con-

dición de padres biológicos en relación con los efectos que se mantienen una vez otorgada la adopción simple. Es decir, que el reconocimiento practicado por el progenitor no modifica los efectos legales del art. 627 del nuevo Código, continuando el adoptante en la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.

Art. 629.— Revocación. La adopción simple es revocable:

- a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código;
- b) por petición justificada del adoptado mayor de edad;
- c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 335 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Se mantiene la posibilidad de revocación y sus causales, previéndose cómo incide esta decisión judicial en el apellido del adoptado. Al respecto, como regla, el adoptado pierde el apellido adoptivo pero puede ser autorizado por el juez a conservarlo fundado en el respeto por el derecho a la identidad, excepto que la revocación hubiere sido por causas imputables al adoptado.

Mientras que la adopción plena es irrevocable, la adopción simple puede ser objeto de revocabilidad. La revocación puede ser solicitada por el adoptante y adoptado, pero no por la familia de origen o por terceros.

La revocación procede en los supuestos de enumeración legal taxativa, es voluntaria, de interpretación restrictiva y supone una petición entre vivos ya que, en principio, no podría ser intentada luego de la muerte de una de las partes.

Como mencionamos, una de las diferencias entre la adopción plena y la simple es la revocabilidad de ésta, cuyas motivaciones por justa causa están previstas en el presente artículo en sus dos primeros incisos. El inc. c), en cambio, regula una causal de rescisión por voluntad de las partes.

Indignidad: la adopción puede revocarse por haber incurrido el adoptado o el adoptante en alguna de las causales de indignidad que impiden la vocación hereditaria, que son las previstas en el art. 2281. Se trata de supuestos enumerados con carácter taxativo que implican una sanción civil al que incurriere en ellos.

Petición justificada del adoptado mayor de edad: Este supuesto permite al adoptado, una

vez alcanzada la mayoría de edad, solicitar la revocación por motivos justificados. Se trata de casos distintos de los que configuran las causales de indignidad pero que de todas maneras, por su gravedad, implican la imposibilidad de continuar con el vínculo adoptivo. La justificación de la petición del adoptado será valorada por el juez a tenor de las circunstancias del caso.

Acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente: El último supuesto que prevé la norma es el acuerdo entre el adoptante y el adoptado mayor de edad para rescindir la adopción. No se exige aquí la expresión de los motivos que llevaron a la solicitud.

Es importante señalar, que el art. 335 del Código Civil sustituido, regulaba en su inc. b) la negación de alimentos sin causa justificada como causal de revocación de la adopción simple, sin que se requiera de una condena en sede penal por incumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

La última parte del artículo en análisis dispone que la revocación extingue, desde su declaración judicial y para el futuro, todos los efectos de la adopción, careciendo de consecuencias con carácter retroactivo.

Asimismo, cesa el derecho a usar el apellido adoptivo, pero el juez podrá autorizar al adoptado a continuar utilizándolo si así fuese conocido y existiera interés en conservarlo, fundándose en el derecho a la identidad de la persona.

SECCIÓN 4ª

ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN

Art. 630.— Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen. La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Sus fuentes son los arts. 313 y 316 del Código Civil reformado.

II. COMENTARIO

El Código incorpora como un nuevo tipo de adopción la “de integración” (a la que se le otorga entidad propia), en la que se mantiene el vínculo filiatorio y sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen (arts. 619, inc. c, 620, 630 y ss.).

La adopción del hijo del cónyuge constituye un subsistema dentro de la adopción, con pautas diferenciadas, que debía ser regulado integralmente.

Así lo había declarado las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora los días 27, 28 y 29 de septiembre de 2007 diciendo “es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, qué supuestos la integran y los efectos que producen”.

Siguiendo esta recomendación se regula la adopción de integración con las siguientes características, a) el adoptado puede ser mayor de edad (art. 597); b) el adoptante puede prescindir de la diferencia de edad si adopta a hijo del cónyuge o del conviviente (art. 599); c) el cónyuge y el conviviente adoptan en forma unilateral y no conjunta, lo que constituye una excepción a las pautas previstas para la adopción conjunta (art. 603); d) la adopción de integración no requiere de guarda preadoptiva (art. 632 *in fine*); e) El adoptante no requiere estar inscripto en el registro de adoptantes (art. 632 inc. b); f) el cónyuge y el conviviente del adoptante no pierde el ejercicio de la responsabilidad parental ni la administración de los bienes de sus hijos (art. 631).

A los fines de alcanzar una regulación más clara, el Código aborda en dos artículos diferentes los dos tipos de relaciones jurídicas que involucra la adopción de integración: a) el vínculo del adoptado con su progenitor de origen, y b) el vínculo entre adoptado y adoptante.

La adopción de integración puede ser otorgada en forma simple o plena según la situación fáctica que se presente y siempre en el interés del adoptado.

Art. 631.— Efectos entre el adoptado y el adoptante. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante:

a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado;

b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma no tiene correlato en el texto de Vélez.

II. COMENTARIO

En cuanto a la forma en que se concede la adopción de integración: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) el juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculos jurídicos con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

En síntesis, si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, rigen las reglas de la adopción plena; si tiene doble vínculo filial, decidirá el juez sobre la base del interés superior del niño, la procedencia de las reglas respectivas (art. 621 del Proyecto).

Art. 632.— Reglas aplicables. Además de lo regulado en las disposiciones generales, la adopción de integración se rige por las siguientes reglas:

- a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;
- b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro *de adoptantes*;
- c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;
- d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;
- e) no se exige previa guarda con fines de adopción;
- f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma no tiene antecedente en el texto de Vélez.

II. COMENTARIO

El proyecto regula la adopción de integración de manera integral y unificada en una misma sección. De este modo, las diferentes excepciones de fondo como procedimentales que existen en el derecho vigente, se encuentran sistematizadas y ordenadas.

Se le aplican las reglas generales sentadas en el art. 595, pero además se regulan reglas específicas para este tipo adoptivo. En este sentido se establece: la no necesidad de estar inscripto en el registro de adoptantes; la no aplicación de las restricciones en materia de guarda de hecho, la no exigencia de declaración judicial en estado de adoptabilidad y la falta de otorgamiento de guarda para adopción.

Art. 633.— Revocación. La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No hay correlato de este artículo con el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Se prevé de manera expresa la revocación de la adopción de integración, sea ésta de carácter simple o plena, ya que en ambos casos el vínculo jurídico con el progenitor de

origen sigue vigente y no se ve afectado por la revocación.

La adopción de integración es revocable por las mismas causas, que procede la revocación de la adopción simple, a saber: por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código; por petición justificada del adoptado mayor de edad; por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente (art. 629).

505CAPÍTULO 6

NULIDAD E INSCRIPCIÓN

OPor EDUARDO GUILLERMO ROVEDA Y CARLA F. ALONSO REINA

Art. 634.— Nulidades absolutas. Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:

- a) la edad del adoptado;
- b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;
- c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres;
- d) la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente;
- e) la adopción de descendientes;
- f) la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí;
- g) la declaración judicial de la situación de adoptabilidad;
- h) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes;
- i) la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 337 del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

El Código incorpora algunas modificaciones en las causales de nulidad para ser coherente con las modificaciones de fondo que se introducen en este Título entre las que se destacan como causal de nulidad absoluta: 1) la falta de declaración en situación de adoptabilidad, 2) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes correspondiente, y 3) la falta de consentimiento del pretenso adoptado mayor de diez años, a petición exclusiva de éste.

La nulidad absoluta puede ser invocada por quienes tengan un interés legítimo en hacerlo, es decir que además del adoptado o sus familiares, también los Ministerios Públicos. Puede ser declarada de oficio por los jueces cuando sea manifiesta y no puede ser objeto de convalidación. La acción es imprescriptible.

En cuanto a los reparos que nos presenta la cuestión de la guarda de hecho y la inscripción de los guardadores en el Registro de aspirantes, remitimos a lo comentado en el art. 611.

**Nulidad relativa. Adolece de nulidad relativa la —t. 635.Ar
n a las disposiciones referidas a n obtenida en violación adopci**

- a) la edad mínima del adoptante;**
- b) vicios del consentimiento;**
- c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.**

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su fuente es el art. 337 del Cód. Civil de Vélez.

II. COMENTARIO

La nulidad relativa sólo puede ser pedida por quien tuviere un interés legítimo en hacerlo y no puede ser declarada de oficio por los jueces. Sus casos son el del tutor que adopte sin haber fenecido la tutela, donde la nulidad podría ser solicitada por el pupilo adoptado; el caso en que el adoptante no tuviere la edad mínima requerida (art. 337, inc. 2º, apart. a), donde la nulidad podría ser solicitada por el adoptado y, en caso de muerte del adoptante, por sus herederos, que se verían excluidos por aquél; y el caso de vicios del consentimiento, referido exclusivamente al supuesto de adopción de mayores de edad; la nulidad en este supuesto podría ser solicitada tanto por el adoptante como por el adoptado.

El Código agrega como causal de nulidad relativa el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

Las causales de nulidad relativa son, de acuerdo con el régimen general de las nulidades, susceptibles de confirmación. Sin embargo, en el supuesto que nos ocupa no puede hablarse de confirmación porque la sentencia que otorga la adopción no puede ser confirmada. Por ello Méndez Costa sostiene que la sentencia puede estar sujeta a convalidación por parte de los interesados. La autora citada da como ejemplos los casos en los cuales el adoptante alcanzase la edad requerida luego de otorgada la adopción o el supuesto de ratificación del consentimiento oportunamente viciado.

Art. 636.— Normas supletorias. En lo no reglado por este Capítulo, las nulidades se rigen por lo previsto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía norma similar en el texto de Vélez.

II. COMENTARIO

La nulidad de la adopción es una sanción establecida en la ley ante la existencia de vicios al momento de constituirse el emplazamiento, que priva de los efectos propios al vínculo filiatorio adoptivo.

A diferencia de lo que ocurre con el acto jurídico matrimonial, las reglas sobre nulidad de la adopción no forman un régimen especial. Son aplicables las disposiciones comunes del Código Civil, como ya lo establecía la ley 13.252, en cuyo debate parlamentario el diputado Yadarola fundó la inclusión de la frase respectiva en la necesidad de evitar la discusión que sobre el punto se produce en materia de nulidad del matrimonio.

El Código Civil y Comercial, recepta esta idea en una norma expresa remitiendo para todos aquellos supuestos no contemplados en los arts. 634 y 635, a lo dispuesto por el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero, en relación al régimen de nulidades.

Art. 637.— Inscripción. La adopción, su revocación, conversión y nulidad deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTE DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 338 del Cód. Civil reformado.

II. COMENTARIO

Este artículo reproduce casi textualmente el art. 338 del Código sustituido, el cual no contemplaba el supuesto de la conversión del tipo adoptivo.

Deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, las adopciones, su revocación, las conversiones del régimen adoptivo que se decrete y su nulidad.

TÍTULO VII RESPONSABILIDAD PARENTAL

CAPÍTULO 1 PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Por GRACIELA MEDINA

Bibliografía de la reforma: DE LA TORRE, NATALIA, "La recepción del principio de autonomía en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil: democratización de las relaciones familiares", RDF, 59-131, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; DEL MAZO, CARLOS GABRIEL, "La responsabilidad parental en el Proyecto", DFyP, La Ley, 2012-07, Buenos Aires, p. 206; GROSMAN, CECILIA, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", RDF, 66-227, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014; ILUNDAIN, MIRTA, "Responsabilidad parental", RDF, 57-305, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; JÁUREGUI, RODOLFO G., "La responsabilidad parental en el Anteproyecto del 2012", DFyP, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, p. 227; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "

142 Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", La Ley, 8/10/2014; LLOVERAS, NORA - MONTO, SEBASTIÁN, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-E, 1078; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "La guarda de un niño por un tercero. Principios de estabilidad", LA LEY, 2013-B, 986; id., "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código", DFyP, 2013-04, La Ley, Buenos Aires, p. 21; MORENO, NATALIA

fs0, "Ejercicio de los derechos de los menores de edad y adolescentes en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP, 2013-04, La Ley, Buenos Aires, ps. 35; MUÑOZ, CARLOS M., "RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LOS MENORES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (COMISIÓN DE REFORMAS DECRETO 191/2011)", DJ, 1/8/2012, 95; WAGMAISTER, ADRIANA M., "PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO. PARENTESCO - ALIMENTOS - RESPONSABILIDAD PARENTAL", DFyP, 2012-07, LA LEY, BUENOS AIRES, p. 197.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "INCIDENCIA DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA", LA LEY, 1995-A, 936; BORDA, ALEJANDRO, "ACIERTOS Y ERRORES DE LA LEY SOBRE FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD", LA LEY, 1985-E, 687; "EL DERECHO DE LOS PADRES FRENTE A LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO (UNA INTERVENCIÓN ACERTADA)", LA LEY, 1989-C, 385; BOSSERT, GUSTAVO Y ZANNONI, EDUARDO A., RÉGIMEN LEGAL DE FILIACIÓN Y PATRIA POTESTAD, LEY 23.264, ASTREA, BUENOS AIRES, 1987; D'ANTONIO, DANIEL HUGO, PATRIA POTESTAD, ASTREA, BUENOS AIRES, 1979; id., NUEVO RÉGIMEN LEGAL DE LA PATRIA POTESTAD, RUBINZAL-CULZONI, SANTA FE, 1985; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, ABEL, "LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE PATRIA POTESTAD", EN CUADERNOS DE FAMILIA, 1984, VOL. 2, N° 4; id., "PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN. TRÁMITE LEGISLATIVO. FUENTES DE SU REFORMA", LA LEY, 1985-D, 751; GH. IGLESIA, ROBERTO A., LEY 23.264. FILIACIÓN, PATRIA POTESTAD, SUCESIONES, EL AUTOR, RESISTENCIA, 1987; GOWLAND, ALBERTO J., "PATRIA POTESTAD. NOTAS A LA LEY 23.264", LA LEY, 1986-D, 1158; LLOVERAS, NORA, PATRIA POTESTAD Y FILIACIÓN, DEPALMA, BUENOS AIRES, 1986; URIARTE, JORGE ALCIDES, PATRIA POTESTAD, GHERSI, BUENOS AIRES, 1981.

ART. 638.— RESPONSABILIDAD PARENTAL. CONCEPTO. LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ES EL CONJUNTO DE DEBERES Y DERECHOS QUE CORRESPONDEN

A LOS PROGENITORES SOBRE LA PERSONA Y BIENES DEL HIJO, PARA SU PROTECCIÓN, DESARROLLO Y FORMACIÓN INTEGRAL MIENTRAS SEA MENOR DE EDAD Y NO SE HAYA EMANCIPADO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 638 TIENE COMO FUENTE EL ART. 264 DEL CÓDIGO CIVIL QUE REGULABA EL INSTITUTO DE LA PATRIA POTESTAD EN FORMA COMPARTIDA PARA AMBOS PROGENITORES.

EN EL SISTEMA DEL CÓDIGO VIGENTE SE CAMBIA LA DENOMINACIÓN "PATRIA POTESTAD" POR LA DE AUTORIDAD PARENTAL, PARA DESVINCULARLA DE SU SENTIDO LITERAL DE POTESTAD PATERNA, EL QUE HABÍA SIDO ABANDONADO HACE MUCHOS AÑOS, YA QUE LA LEGISLACIÓN ARGENTINA NUNCA ACEPTÓ LA ABSOLUTA POTESTAD PATERNA SOBRE LOS HIJOS.

LA EXPRESIÓN "RESPONSABILIDAD PARENTAL" DEBERÁ SER DADA A CONOCER AL PUEBLO ARGENTINO PORQUE ES AJENA AL LENGUAJE JURÍDICO Y AL POPULAR, DONDE RESPONSABILIDAD PATERNA SE IDENTIFICA CON LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DE LOS HIJOS MENORES DE EDAD, MIENTRAS QUE A PARTIR DE LA ENTRADA EN VIGENCIA LA EXPRESIÓN SUBSUME TODO EL INSTITUTO DE LA PATRIA POTESTAD COMO ERA CONOCIDO ENTRE NOSOTROS.

CONSIDERAMOS QUE LA DENOMINACIÓN "PATRIA POTESTAD" POR SUS REMOTOS ORÍGENES Y SU RECEPCIÓN SOCIAL, EXCEDE EL MERO MARCO DE SU SENTIDO LITERAL PARA INDIVIDUALIZAR LA INSTITUCIÓN EN SUS VERDADEROS ALCANCES Y QUE EL INSTITUTO LEJOS ESTABA DE ASEMEJARSE A LA POTESTAD DEL PATER FAMILIA DE ROMA, POR ELLO PRETENDER SUSTITUIRLA POR LA MENCIÓN "RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES" RESULTA INJUSTIFICADO, POR LA FALTA DE ARRAIGO DE LA EXPRESIÓN EN LA SOCIEDAD PARA LA CUAL SE LEGISLA, ADEMÁS QUE TAL DENOMINACIÓN PUEDE REFLEJAR LA ERRÓNEA IDEA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADR

AF42ES POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS DE LOS HIJOS MENORES LA QUE EVIDENCIA UNA LIMITACIÓN EXCESIVA.

SIN EMBARGO EL LEGISLADOR HA CONSIDERADO ACONSEJABLE ADOPTARLA SIGUIENDO EN ESTO LA LEGISLACIÓN DEL REINO UNIDO EL REGLAMENTO DEL CONSEJO EUROPEO N° 2201/03 DEL 27/3/2003 ("NUEVO BRUSELAS II"), EL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA DE COLOMBIA DEL AÑO 2006, LA LEY 26.061 DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES (21/10/2005) QUE SE REFIERE A LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES Y DE LOS PADRES EN EL ART. 7°, LA LEY DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (LEY 114), QUE ESPECÍFICAMENTE SE REFIERE A LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES EN SU ART. 34, Y OTRAS LEYES LOCALES.

EL MOTIVO DEL CAMBIO DE NOMBRE RADICA EN QUE SUS REDACTORES CONSIDERAN QUE EL LENGUAJE TIENE UN FUERTE VALOR PEDAGÓGICO Y SIMBÓLICO, Y A DIFERENCIA DE LO QUE SUCEDÉ CON EL CONCEPTO DE PATRIA POTESTAD, QUE NOS REMITE A LA IDEA DE PODER DE LA POTESTAD ROMANA Y PONE EL ACENTO EN LA DEPENDENCIA ABSOLUTA DEL NIÑO DENTRO DE UNA ESTRUCTURA FAMILIAR ORGANIZADA JERÁRQUICAMENTE, EL CONCEPTO DE "RESPONSABILIDAD PARENTAL" ES INHERENTE AL DE "DEBER" QUE, CUMPLIDO ADECUADAMENTE, SUBRAYA EL COMPROMISO PATERNO DE ORIENTAR AL HIJO HACIA LA AUTONOMÍA.

II. COMENTARIO

1. CONCEPTO

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ES EL CONJUNTO DE DEBERES Y DERECHOS QUE TIENEN LOS PADRES CON RESPECTO A SUS HIJOS MENORES DE EDAD NO EMANCIPADOS. POR TRATARSE DE UN CONJUNTO DE DERECHOS Y DEBERES SE TRATA DE UNA FUNCIÓN.

PARA QUE EXISTA RESPONSABILIDAD PARENTAL DEBE EXISTIR UNA CONDICIÓN FIA Y AFIRMATIVA: QUE SE TRATE DE MENORES DE EDAD; Y OTRA NEGATIVA Y CONTINGENTE, QUE ESTOS MENORES NO SE HALLEN EMANCIPADOS. ASIMISMO, EXISTE UNA CONDICIÓN AFIRMATIVA, AUNQUE CONTINGENTE: QUE AQUELLOS MENORES TENGAN ASCENDIENTES LLAMADOS POR LEY AL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, Y UNA CIRCUNSTANCIA NEGATIVA: QUE NO ESTÉN INCAPACITADOS NI IMPEDIDOS PARA TAL EJERCICIO.

2. OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

LA FINALIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ES EL DESARROLLO INTEGRAL DEL NIÑO EN TODAS SUS POTENCIALIDADES. PARA LOGRAR ESTE OBJETIVO LOS PADRES DEBEN ESCUCHAR AL NIÑO, TENER EN CUENTA SUS ELECCIONES Y OTORGARLE UNA CAPACIDAD PROGRESIVA DE ACUERDO A SU GRADO DE MADUREZ. EN ESTE ASPECTO LA LETRA DEL CÓDIGO PLASMA LO ESTABLECIDO POR LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO Y POR LAS LEYES NACIONALES Y PROVINCIALES DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES.

ERA NECESARIO QUE LA NORMA ESTABLECIERA QUE EL OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ES EL PLENO DESARROLLO DEL NIÑO PORQUE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EXPRESAMENTE ESTABLECE EN SU ART. 18.1 ESTABLECE QUE LOS ESTADOS PARTES PONDRÁN EL MÁXIMO EMPLEO EN GARANTIZAR EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE QUE AMBOS PADRES TIENEN OBLIGACIONES COMUNES EN LO QUE RESPECTA A LA CRIANZA Y EL DESARROLLO DEL NIÑO. Y QUE INCUMBIRÁ A LOS PADRES O, EN SU CASO, A LOS REPRESENTANTES LEGALES LA RESPONSABILIDAD PRIMORDIAL DE LA CRIANZA Y EL DESARROLLO DEL NIÑO. ESTA DISPOSICIÓN SE INTEGRA CON EL ART. 27 EN CUANTO PRESCRIBE LA OBLIGACIÓN DE LOS PADRES Y DEL ESTADO, DE PROPORCIONAR AL NIÑO LAS CONDICIONES DE VIDA ADECUADAS PARA SU DESARROLLO FÍSICO, MENTAL ESPIRITUAL, MORAL Y SOCIAL.

LA OBLIGACIÓN PARENTAL DE DIRIGIR Y ORIENTAR A LOS HIJOS, DEBE ESTAR ENCAMINADA A DOTARLOS DE LAS HERRAMIENTAS PARA QUE ÉSTOS, EN LA MEDIDA DE SU DESARROLLO, Y DE SUS POTENCIALIDADES PUEDAN IR EJERCENDO DE MANERA PROGRESIVA LOS DERECHOS RESPECTO DE LOS CUALES SON LOS VERDADEROS TITULARES, GUIARLOS SERÁ, EN DEFINITIVA, ACOMPAÑARLOS EN EL CAMINO QUE LOS LLEVA DE LA DEPENDENCIA (CUANDO SON MUY PEQUEÑOS) A LA TOTAL AUTONOMÍA, POR ELLO ES DE ABSOLUTA IMPORTANCIA POR UNA PARTE ESCUCHAR AL MENOR Y ENTENDERLO Y POR OTRA RECONOCER SU CAPACIDAD PROGRESIVA.

TAN IMPORTANTE ES ESTA IDEA DE DESARROLLO QUE HA LLEVADO A LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS A SEÑALAR QUE EL NIÑO TIENE LOS MISMOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS QUE RESULTAN TITULARES LOS ADULTOS, MÁS UN "PLUS" DE DERECHOS ESPECÍFICOS JUSTIFICADOS POR SU CONDICIÓN DE PERSONA EN DESARROLLO (OPINIÓN CONSULTIVA N° 17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, DE

AGOSTO).

3. COMIENZO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

LA RESPONSABILIDAD PARENTAL INICIA CON EL COMIENZO DE LA PERSONA Y SE EXTINGUE CON LA MAYORÍA DE EDAD Y EN ALGUNOS ASPECTOS CON LA EMANCIPACIÓN. ESTA RELACIÓN TUTELAR SE INICIA CON LA CONCEPCIÓN Y TERMINA CON LA ADQUISICIÓN DE LA CAPACIDAD DE LOS HIJOS. COMO ES LÓGICO DESDE EL MOMENTO DE LA CONCEPCIÓN SURGE UN SUJETO DE DERECHO QUE MERECE LA MÁS AMPLIA PROTECCIÓN EN SU ASPECTO SICOSOMÁTICO COMO EL DE SU PECULIO. ESTA PROTECCIÓN Y DEFENSA TUTELAR, QUE CORRESPONDE A LOS PADRES, SE ACABARÁ CUANDO EL SUJETO DE DERECHO CONSIGA LA CAPACIDAD PARA PODER DEFENDERSE POR SI MISMO Y ADMINISTRAR SU PATRIMONIO (VARSI).

III. JURISPRUDENCIA

MODERNAMENTE LA NOCIÓN MISMA DE PATRIA POTESTAD SE DEFINE MÁS ALLÁ DE LOS DERECHOS DE LOS PADRES (...). LA PATRIA POTESTAD ES UNA VERDADERA FUNCIÓN SOCIAL QUE LOS PADRES DEBEN DESEMPEÑAR EN ORDEN A LA HUMANIZACIÓN DE LOS HIJOS, CON LA PERTINENTE GARANTÍA DEL ESTADO. EN ESA LÍNEA, NO SÓLO CONDICIONA EL MODO EN QUE DEBE DESPLEGARSE EL OFFICIUM PATERNO. TAMBIÉN OBLIGA AL INTÉRPRETE —URGIDO POR ESTA DIRECTIVA JURÍDICA DE PARTICULAR PESO AXIOLÓGICO EN EL DERECHO CONTEMPORÁNEO— A DAR, EN CADA CASO INDIVIDUAL, RESPUESTAS REALMENTE COHERENTES CON UNA ACCIÓN PROTECCIONAL BIEN ENTENDIDA. Y, POR LO MISMO, LO CONMINA A PRESTAR ESPECIAL ATENCIÓN A LOS NIÑOS COMO PERSONAS, ENTERAMENTE REVESTIDAS DE LA DIGNIDAD DE TALES; TITULARES —AHORA MISMO— DE UNOS DERECHOS, CUYO EJERCICIO ACTUAL SE PROYECTARÁ INELUDIBLEMENTE EN LA CALIDAD DE SU FUTURO (CSJN, 29/4/2008, LA LE, 2008-C, 540).

LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, AL TIEMPO QUE HA RECONOCIDO QUE EL NIÑO ES UN SUJETO DE DERECHO PLENO, NO HA DEJADO DE ADVERTIR QUE ES UN SER QUE TRANSITA A TODAVÍA INACABADO PROCESO NATURAL DE CONSTITUCIÓN DE SU APARATO PSÍQUICO Y DE INCORPORACIÓN Y ARRAIGO DE LOS VALORES, PRINCIPIOS Y NORMAS QUE HACEN A LA CONVIVENCIA PACÍFICA EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA. DE AHÍ QUE ALUDA A LA "EVOLUCIÓN" DE LAS FACULTADES DEL NIÑO (ARTS. 5 Y 14.2), A LA EVOLUCIÓN DE SU "MADUREZ" (ART. 12), Y AL IMPULSO QUE DEBE DARSE A SU "DESARROLLO" (ARTS. 18.1, 27.2), FÍSICO, MENTAL, ESPIRITUAL, MORAL Y SOCIAL (ART. 32.1). ES POR ELLO, ADEMÁS, QUE LOS ESTADOS HABRÁN DE GARANTIZAR EL "DESARROLLO" DEL NIÑO (ART. 6.2) (CONSID. 3) (CSJN, G. 147. XLIV, 2/12/2008).

EL DERECHO NATURAL DE LOS PADRES DE SANGRE PARA DECIDIR SOBRE LA CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS PUEDE CONSIDERARSE RECONOCIDO IMPLÍCITAMENTE EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 33 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL (CSJN, 13/4/1973, FALLOS: 285:290).

LA PATRIA POTESTAD NO ES UN MERO DERECHO SUBJETIVO, SINO UN COMPLEJO INDISOLUBLE DE DEBERES Y DERECHOS, SIENDO LAS NORMAS QUE A ELLA SE REFIEREN DE ORDEN PÚBLICO (CNCIV., SALA C, 3/6/1980, REP. ED, 19-954, SUM. 12).

LOS DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD ESTÁN CONFERIDOS EXCLUSIVAMENTE PARA QUE LOS PADRES PUEDAN CUMPLIR CON SUS DEBERES (SCBA, 23/3/1982, REP. ED, 19-953, SUM. 1).

SI A LOS PADRES SE LES CONFIEREN DERECHOS, ELLOS LO SON NO EN MIRA DE SU PARTICULAR BENEFICIO, SINO DEL CUMPLIMIENTO DE SUS OBLIGACIONES COMO EL MEDIO MÁS ADECUADO PARA EJERCER EFICAZMENTE EL PODER DE PROTECCIÓN DE LOS MENORES. LA PATRIA POTESTAD NO ES UN MERO DERECHO SUBJETIVO, SINO UNA FUNCIÓN (CNCIV., SALA F, 21/6/1977, ED, 75-353).

ART. 639.— PRINCIPIOS GENERALES, ENUMERACIÓN, LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SE RIGE POR LOS SIGUIENTES PRINCIPIOS:

A) TRCH EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO;

B) LA AUTONOMÍA PROGRESIVA DEL HIJO CONFORME A SUS CARACTERÍSTICAS PSICOFÍSICAS, APTITUDES Y DESARROLLO. A MAYOR AUTONOMÍA, DISMINUYE LA REPRESENTACIÓN DE LOS PROGENITORES EN EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LOS HIJOS;

C) EL DERECHO DEL NIÑO A SER OÍDO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA SEGÚN SU EDAD Y GRADO DE MADUREZ.

31. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil carecía de una norma como la que comentamos, porque no contenía principios generales comunes a cada institución. El origen del artículo se encuentra en la Convención de los Derechos del niño que establece tanto el principio del interés superior del menor como el derecho del niño a ser oído y el derecho deber a que se respete su capacidad progresiva.

II. COMENTARIO

1. El valor de los principios generales

El nuevo Código Civil y Comercial tiene como novedad que además de regular una parte general común a todo el ordenamiento iusprivatista, trae partes generales de cada rama del derecho, y en algunos casos adiciona partes generales a cada institución.

En las partes generales se establecen los principios y las definiciones comunes a todo el derecho privado, a cada parte del derecho o a cada instituto.

En el ámbito de la responsabilidad parental, a los principios generales del título "De las relaciones de familia", se agrega una parte general específica relativa la "responsabilidad parental" que está legislada en el capítulo 1, donde se establecen los cuatro grandes principios rectores de la institución que son: el principio de igualdad de los deberes y derechos de los padres frente al ejercicio y a la titularidad de la patria potestad sin distinción ni de sexo, ni de origen matrimonial (ii) el principio de la capacidad progresiva del niño (iii) y el principio del interés superior del niño (iv) el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

2. Capacidad progresiva del niño

La edad es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico en tanto que la evolución de la vida humana entraña la aparición de cambios importantes en la persona, que re-

percuten en su capacidad de obrar. La capacidad de entender y, por tanto, la de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma, evidentemente, en la infancia que en la juventud o madurez (Croví).

El carácter progresivo de esta evolución acarrea la necesidad de los padres de ir ampliando sucesivamente el marco de capacidad de obrar de sus hijos a medida que se van desarrollando la madurez y las aptitudes intelectuales y psicológicas del menor.

En este Código la capacidad para realizar actos jurídicos se determina en principio por la edad ya que se atribuye a ese dato objetivo, con base en consideraciones que resultan de la experiencia, la existencia de una determinada aptitud para celebrar determinados actos.

Por otra parte el Código recoge el principio de la capacidad progresiva y, a mayor autonomía, disminuye la representación de los padres, pero sólo para los actos jurídicos que estén expresamente previstos porque, insistimos, el principio general es la incapacidad jurídica del menor.⁵⁰ Así por más que el niño sea maduro y que sus padres quieran reconocerle su capacidad progresiva, no podrá vender por sí un inmueble, ni donar un bien de su propiedad, pero sus padres tienen que escucharlo en todas las decisiones relativas a su salud y educación.

La incapacidad de obrar de los menores y las excepciones a la misma se precisan en función de actos jurídicos determinados, teniendo presente siempre el principio general que consagra la básica incapacidad genérica de todo menor, salvo en los actos jurídicos que estén expresamente autorizados, lo que implica, en la práctica, ampliar su capacidad de obrar.

En orden a la responsabilidad parental los padres están obligados a reconocer la capacidad progresiva de los menores para lograr su pleno desarrollo, y no deben equivocarse en como reconocer la autonomía, y darles más capacidad que la que estén preparados, porque si yerran en ello y el menor comete un acto ilícito los progenitores son objetivamente responsable sin que puedan liberarse demostrando la falta de culpa.

Dentro de los derechos en los cuales se reconoce más capacidad a los menores, cabe señalar que se establece que el niño debe participar "activamente" en el procedimiento judicial en el que se discutan sus derechos, con la garantía de estar asistido con un abogado que lo represente o patrocine, pudiendo recurrir por sí las decisiones que lo afectan. Esta legitimación de los menores impone a los jueces la obligación de escuchar a los niños y atender a sus peticiones en los procesos judiciales referidos a ellos (art. 26).

El Código también recoge la capacidad progresiva del menor para tratamientos médicos, desde los 13 a los 16 tiene aptitud para decidir por sí sobre 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 tratamiento invasivos o que pongan en riesgo la vida o la integridad del menor, debe prestar su consentimiento "con la asistencia" de sus progenitores (art. 26).

En caso de conflicto entre ambos padres, el juez debe resolver sobre la base de la opinión médica respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico. A partir de los 16 años el adolescente será considerado como un adulto para las decisiones atinentes a su propio cuerpo, no obstante lo cual por la responsabilidad de los padres éstos deberán seguir pagando los gastos de salud aunque no estén de acuerdo con el tratamiento que el niño elija (art. 27).

3. El derecho del niño a ser oído

Para determinar el "interés del niño" indefectiblemente se debe escuchar su opinión ya que, en virtud de la "Convención de Derechos del Niño" que tiene jerarquía constitucional tiene derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo a su capacidad progresiva, ello implica que no serán tenidas en cuenta de la misma manera los dichos de un infante de 4 años que los de un adolescente de 12 años. De todas maneras cabe recalcar que el "derecho del niño a ser oído" no implica que obligatoriamente el juez debe fallar de acuerdo a lo que éste exprese porque puede ocurrir que lo que el niño quiere no sea lo mejor para su "interés superior".

En nuestro derecho se establece la obligación de oír al menor como principio general tanto en lo atinente a responsabilidad parental como al proceso de familia.

A los efectos de decidir el régimen de cuidado personal de un menor, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita. Ello es así, pues parece razonable tomar contacto directo con el niño, ya que es la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes.

La opinión del niño, si bien no puede ser el único elemento a tomar en consideración, adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica.

Para la evaluación y adecuada valoración de la opinión del niño deberá, necesariamente, tomarse en cuenta diversas circunstancias como ser la edad, su madurez emotiva, la autenticidad de sus conceptos, las motivaciones de sus preferencias, entre otras, debiendo en cada caso examinarse cuál es el camino idóneo para poder equilibrar sus deseos con las demás pautas.

Se considera que el menor entre los siete u ocho años ya tiene un juicio de la realidad, y que alrededor de los doce años ha adquirido capacidad de simbolización, razón por la cual será su edad la que determinará el modo de interrogarlo. Pero como bien decíamos más arriba, éste no es un principio rector sobre a qué edad puede el niño tener conciencia de sus preferencias, dependiendo el carácter del niño y la problemática familiar en la que se ve envuelto.

Constatar la autenticidad de la opinión resulta de suma importancia, tornándose imprescindible el poder asegurar que ésta es el reflejo de lo que el niño realmente siente, descartándose toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia. Debe, asimismo, poder determinarse según su edad, costumbres y hábitos de vida, que la inclinación por uno de sus padres en particular no se vea motivada por un menor control en sus actividades, menores exigencias, o, en definitiva, lo que haga que le parezca más deseable más allá de atentar contra sus propios intereses.

Lograr un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia resulta difícil, pero su opinión no ha de ser desmerecida como tampoco sobrevalorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del menor.

Pero así como deben escuchar a los niños los jueces y funcionarios que intervienen en la determinación de la tenencia tienen que tener muchísimo cuidado de evitar el Síndrome de Alienación Parental (SAP) que se da cuando un progenitor, en forma abierta

o encubierta, habla o actúa de una manera descalificante o destructiva al o acerca del otro progenitor, durante o subsecuentemente a un proceso de divorcio, en un intento de alejar (alienar) o indisponer al hijo o hijos contra este otro progenitor.

En el supuesto que exista SAP, por un lado la opinión del niño, como no es libre sino producto de una mala injerencia, no tendrá valor o su importancia será muy relativa y, por otra parte, quien la ejerce debe ser jurídicamente sancionado por el daño que les produce al hijo y al otro padre.

4. El interés superior del menor

El interés superior del menor supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el art. 5° de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o "nivel de vida adecuado" (art. 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

Con respecto a la interpretación concreta que ha dado la Corte Suprema de Justicia al interés superior del menor resulta vigente y de suma utilidad la lectura del resumen del *Interés superior del menor* publicado por la CSJN de la Nación en diciembre del 2012, a cuya lectura remitimos y que se encuentra en Internet en <http://www.csjn.gov.ar/data/intsupn.pdf>.

III. JURISPRUDENCIA

La permanencia del niño con su familia biológica debe ser dejada de lado toda vez que peligre su interés superior. Y que la procedencia de la familia de origen "no es con todo absoluta, sino que constituye una presunción conectada —entre otros extremos— con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño" (CSJN, Fallos: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, considerando 6°).

Art. 640.— Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental.
Este Código regula:

- a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental;
- b) el cuidado personal del hijo por los progenitores;

c) *ich* la guarda otorgada por el juez a un tercero.

40838 I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Desconocemos el origen de la norma, la que indiscutiblemente es propia porque no existen otros códigos que contengan partes especiales que establezcan los principios generales del instituto que informen.

Lo que el artículo en comentario deja en claro es que hay diferencia entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad y el cuidado personal de los hijos y que la guarda o custodia del menor de edad puede ser derivada a un tercero.

42 Respecto a la denominación informa Belluscio que “En el derecho anglosajón se habla de *custody*, que puede traducirse por custodia, término que ha sido recibido por alguna doctrina en los países de derecho civil codificado. El Código Civil español utiliza indistintamente ‘guarda y custodia’ (Código Civil español, art. 92, párrs. 5, primera parte, 6 y 8), simplemente ‘guarda’ (mismo artículo, párrs. 5, segunda parte, y 7) o simplemente ‘custodia’ (mismo artículo, párr. 9). Igualmente, el Código Civil de Puerto Rico utiliza la expresión ‘custodia y patria potestad’ (art. 107)”.

Otras legislaciones distinguen del ejercicio de la autoridad parental la residencia del hijo (Código Civil francés, art. 375-2-9), su residencia habitual (Código Civil italiano, art. 316, texto vigente desde el 7 de febrero de 2014) o su alojamiento (Código Civil belga, art. 374, texto vigente desde 1995).

Una expresión nueva ha sido adoptada por la legislación foral de Valencia, la de “convivencia compartida” (la ley 5/2011 de la Generalitat Valenciana). Asimismo, el Ministro de Justicia español, al presentar un proyecto de reformas del régimen actual de guarda y custodia, señaló como más precisa la expresión “convivencia de los progenitores con los hijos”.

II. COMENTARIO

1. La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental

De la responsabilidad parental se deriva tanto la titularidad como el ejercicio, mientras que, la titularidad alude al conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a favor de ambos padres, el ejercicio se refiere a la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos.

La titularidad de la responsabilidad parental indica a la persona que es titular de los derechos y deberes sobre la persona y bienes de los hijos menores, mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental pone de relieve la forma en que se van a efectivizar los derechos y deberes que los padres tienen sobre sus hijos menores de edad y no emancipados.

La titularidad de la responsabilidad parental hace responsables a los padres por los daños y perjuicios de sus hijos, siempre que habiten con ellos. La responsabilidad no cesa si deriva de una causa que les es atribuible (art. 1755 Cód. Civil).

2. El cuidado personal del hijo

Cuando los progenitores no conviven, el niño no puede convivir con ambos al mismo tiempo lo que origina la necesidad de establecer un régimen que regule la cohabitación del menor de edad con sus padres no convivientes. A ese régimen hasta el año 2014 se lo ha conocido como “tenencia” y dan origen al régimen de visitas.

Lo primero que queremos destacar es que las palabras “tenencia”, “visita” y “guarda” no son etimológicamente idóneas para designar los contenidos a los que aluden.

La impropiedad de estos términos ya fue destacada, en el siglo pasado por quienes afirmaban que el vocablo tenencia es un término inadecuado, pues parece aludir más a las cosas que a las personas.

En los Fundamentos del Anteproyecto que dio origen al Código se aclara que el “cuidado personal” es la denominación que reemplaza a “tenencia” sustitución que se opera por entenderse que aquella es una expresión más apropiada.

El cuidado personal es una derivación de la responsabilidad parental y consiste en el ejercicio atenuado de la responsabilidad parental derivada del contacto con el niño cuando los padres no conviven.

El Código la define como “los deberes y facultades de los progenitores referidos (*sic*) a la vida cotidiana del hijo” y en definitiva es el régimen de custodia del hijo cuando los padres no conviven.

3. La guarda otorgada por el juez a un tercero

La guarda otorgada a un tercero es un régimen excepcional por el cual se transfieren al tercero el ejercicio de la responsabilidad parental reservándose el derecho deber de supervisar la educación y crianza en virtud de sus posibilidades.

La delegación de la guarda a un tercero no exime de responder por los daños y perjuicios cometidos por el niño (art. 1755) sólo puede otorgarse por un plazo de un año, y no puede ser considerada a los fines de la adopción (art. 611).

III. JURISPRUDENCIA

La decisión adoptada por los padres de un recién nacido, al diseñar su proyecto familiar, de no aplicarle las vacunas obligatorias, afecta los derechos de terceros, en tanto pone en riesgo la salud de toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunaciones oficial, por lo que no puede considerarse como una de las acciones privadas del art. 19 de la Constitución Nacional, y por lo tanto, está sujeta a la interferencia estatal, en el caso, plasmada en el plan de vacunación nacional” (CSJN, 12/6/2012, LA LEY, 2012-D, 182; DFyP 2012 [septiembre], 269 con nota de Marcelo Enrique Luft, ED, 250-45; DJ, 7/11/2012, 17 con nota de Diego A. Dolabjian, cita online: AR/JUR/23454/2012).

CAPÍTULO 2

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Por GRACIELA MEDINA

Art. 641.— Ejercicio de la responsabilidad parental. El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

cf! El artículo en comentario se relaciona con el art. 264 del Código Civil y tiene su fuente en el art. 571 del Proyecto de 1998.

hII. COMENTARIO

EL ARTÍCULO DETERMINA LA FORMA DE EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL TANTO PARA HIJOS MATRIMONIALES, COMO PARA HIJOS NACIDOS FUERA DEL MATRIMONIO DE PAREJAS QUE CONVIVEN Y QUE NO LO HACEN.

1. PADRES QUE CONVIVEN

EN EL SUPUESTO QUE LOS PROGENITORES CONVIVEN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ES CONJUNTO, PERO COMO LOS ACTOS DE LA VIDA COTIDIANA NO SE PUEDEN EJERCER SIEMPRE EN FORMA CONJUNTA POR AMBOS PROGENITORES, LA LEY PRESUME QUE EL ACCIONAR DE UNO CUENTA CON LA CONFORMIDAD DEL OTRO, SALVO OPOSICIÓN O QUE SE TRATE DE ACTOS QUE REQUIEREN EL CONSENTIMIENTO DE AMBOS.

LA OPOSICIÓN DEBE SER FEHACIENTE Y POR ENDE ES CONVENIENTE INSTRUMENTARLA POR ESCRITO DE MANERA DE NO DEJAR DUDAS SOBRE ELLA.

2. PADRES QUE NO CONVIVEN POR SEPARACIÓN, DIVORCIO O NULIDAD DE MATRIMONIO

EN EL ANTERIOR RÉGIMEN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS HIJOS DE PADRES QUE NO CONVIVÍAN LA TENÍA AQUEL DE LOS PROGENITORES QUE TENÍA LA GUARDA DEL NIÑO. EL PARADIGMA HA CAMBIADO Y EN ESTOS CASOS EL PRINCIPIO GENERAL SIGUE SIENDO EL EJERCICIO CONJUNTO CON LA PRESUNCIÓN DEL ASENTIMIENTO DEL OTRO PADRE PARA EL ACTO EJERCIDO POR UNO SOLO DE ELLOS, SALVO LOS CASOS EN QUE SE REQUIERA ASENTIMIENTO CONJUNTO O QUE HAYA MEDIADO OPOSICIÓN, EN CUYO CASO HACE FALTA UNA DECISIÓN JUDICIAL SUPLETORIA.

LO IMPORTANTE ES DESTACAR QUE AUN CUANDO LOS PADRES ESTÉN SEPARADOS, LA RESPONSABILIDAD CORRESPONDE A AMBOS Y SE PRESUME QUE CADA UNO DE ELLOS TIENE EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO PARA LA REALIZACIÓN DE CUALQUIER ACTO JURÍDICO RELATIVO A LA VIDA DEL MENOR. ESTA DISPOSICIÓN ES IMPORTANTE PARA LOS TERCEROS, YA QUE LES DA LA SEGURIDAD QUE CUALQUIERA DE LOS PADRES REPRESENTA AL MENOR Y PUEDE ACCIONAR POR ÉL AUN CUANDO ESTÉN SEPARADOS. ASÍ POR EJEMPLO, LOS DIRECTORES DE ESCUELAS, LOS MÉDICOS, LOS CENTROS DEPORTIVOS, DEBEN TENER LA CERTEZA DE QUE ES VÁLIDO EL TRÁMITE REALIZADO POR UNO SOLO DE LOS PADRES AUNQUE ESTUVIERAN ELLOS DIVORCIADOS, SEPARADOS O SU MATRIMONIO HUBIERA SIDO ANULADO. TODOS LOS TERCEROS DEBEN ACEDER AL PEDIDO DE LOS PADRES MIENTRAS NO RECIBAN UNA CLARA COMUNICACIÓN DE LA OPOSICIÓN DEL OTRO.

3. CESE O SUSPENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

EN CASO DE MUERTE, AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO, PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, EL EJERCICIO CORRESPONDE AL OTRO PROGENITOR.

LA RESTITUCIÓN DEL EJERCICIO SE TORNA POSIBLE, AL RESTABLECERSE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN LOS CASOS DE LOS ARTS. 701 O 703 DEL PRESENTE CÓDIGO.

4. HIJO EXTRAMATRIMONIAL CON UN SOLO VÍNCULO RECONOCIDO

EN EL SUPUESTO QUE EL HIJO EXTRAMATRIMONIAL FUERA RECONOCIDO POR UN SOLO PROGENITOR, YA SEA VOLUNTARIA O JUDICIALMENTE, ES A ÉL A QUIEN LE CORRESPONDE EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

np1034 En principio, el ejercicio de la responsabilidad parental la tiene quien reconoció al hijo voluntariamente, pero ello no obsta a que ambos padres acuerden otro tipo de ejercicio. Este acuerdo deberá ser homologado. Por otra parte, el juez puede decidir el ejercicio conjunto aun cuando el vínculo filial se haya obtenido por declaración judicial, lo que debe primar es siempre el interés superior del menor.

III. JURISPRUDENCIA

No cabe duda de que si la ley reconoce a ambos padres la titularidad y el ejercicio de la patria potestad, no existe medio más bondadoso que el ejercicio en forma conjunta de ella, sin perjuicio de que en algunos supuestos ha de ser menester una debida adecuación a las particularidades del caso (CNCiv., sala J, 24/11/1998, ED, 185-102).

Si la patria potestad se articuló en la ley, sobre la base de conferirla a ambos padres, de manera que deba guardar su ejercicio con los intereses de los hijos, respetando la igualdad de ambos, sin distinción de sexo, la jerarquía que tiene este principio no debe ser desvirtuada por una interpretación no acorde con él (CNCiv., sala J, 24/11/1998, ED, 185-102).

A tenor de lo dispuesto por el art. 264 del Código Civil —y a diferencia de los supuestos previstos en el 264 quater del mismo ordenamiento—, ambos cónyuges se encuentran habilitados para tomar decisiones referidas al hijo, presumiéndose, con carácter general, que los actos realizados por uno de los padres cuentan con el consentimiento del otro porque hay convivencia. Si dicha anuencia no se configura, podría existir oposición del otro, desvirtuándose dicha presunción legal y la decisión conjunta, y caería el elemento indispensable para su eficacia (CNCiv., sala A, 28/12/1999, ED, 187-315).

Art. 642.— Desacuerdo. En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público.

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma se relaciona con el art. 264 ter del Código Civil.

II. COMENTARIO

1. Intervención judicial en caso de desacuerdo

Con la reforma del año 1985 al régimen legal de la patria potestad y al haberse consagrado un ejercicio participativo de ambos padres se abrió, inexorablemente, la posible intervención del Estado en la vida familiar,

f42 tendiente a superar el desacuerdo entre los progenitores.

Dicha intervención presenta la dificultad de su implementación, en tanto el problema supera plenamente las posibilidades de los organismos judiciales, salvo que cuenten con auxiliares técnicos.

La solución arbitrada aparece como de rigurosa lógica, en tanto la institución familiar se ha organizado con un poder bicéfalo, que requiere la dilucidación del conflicto.

2. Legitimación

Legitimado para recurrir ante el juez o tribunal competente está cualquiera de los progenitores, sea que se trate de quien pretende llevar a cabo el acto o de quien se opone.

Nada impide que la petición de intervención dirimente del conflicto sea formulada por ambos padres conjuntamente.

¿Podría reclamar la intervención judicial el propio hijo? El interrogante requiere apreciar la trascendencia que para el desarrollo personal del menor tiene la presencia de desacuerdos paternos y la situación gravemente perjudicial que de los mismos resulta.

Al carecerse ahora de la determinación legal de uno de los progenitores a los fines de dirimir las controversias y adoptar la decisión final dentro del propio grupo familiar —lo que sí ocurría en el régimen anterior de ejercicio por uno de los padres—, consideramos no sólo posible sino muchas veces imprescindible que se abra la posibilidad de requerir la decisión judicial a iniciativa del propio menor o de los organismos que tienen a su cargo.

lang1025 3. Juez competente

Para determinar quién es el juez competente hay que remitirse a lo dispuesto por el art. 716 que establece que en los procesos referidos a la responsabilidad parental, es competente el juez del lugar donde la persona tiene su centro de vida.

4. Procedimiento

El procedimiento debe ser el más breve previsto por la ley local, pero tiene que ser un procedimiento contradictorio porque tratándose de desacuerdos debe darse la oportunidad de que la otra parte exprese su opinión. El niño debe ser oído de conformidad al art. 12 de la Convención y a lo dispuesto por el art. 707 del presente Código que establece la necesaria participación de las niñas, niños y adolescentes en todos los procesos que los afecten directamente, debiéndose tener en cuenta su opinión y ser valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

5. La mediación

El juez se encuentra facultado para someter las discrepancias a mediación, en el ámbito nacional esta atribución se encuentra contemplada en los arts. 16 y 17 de la ley 26.589, que establecen que el magistrado podrá derivar el expediente a mediación durante la tramitación del proceso, lo que produce la suspensión del juicio por treinta días. Ésta es una buena herramienta para lograr la solución del conflicto que tiene mayores posibilidades de producirse fuera del proceso contradictorio y con un mediador especializado.

6. Atribución del ejercicio a uno de los progenitores

Los desacuerdos reiterados o la causa gravemente entorpecedora de la finalidad reconocida, constituyen una causal que puede determinar la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental, total o parcialmente a uno solo de los progenitores, o distribuir las funciones entre ellos.

7. Plazo

El plazo es de dos años, pero si los desacuerdos se prolongan el plazo se puede alargar y siempre se podrá acortar si cesan las discrepancias que dieron origen a la controversia.

8. La intervención del Ministerio Público

En todos estos supuestos, es requisito esencial la intervención del Ministerio Público.

Art. 643.— Delegación del ejercicio. En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación

f42 n debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.

Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo no tiene antecedentes en el texto de Vélez.

II. COMENTARIO

En casos excepcionales el ejercicio de la responsabilidad parental puede ser delegado a un pariente, sin perjuicio de la posibilidad de delegación al progenitor afín contemplado en el art. 674.

1. Personas a quien se puede delegar

La norma establece que la delegación excepcional debe ser hecha a un pariente, sin embargo no vemos óbice para que se delegue a un allegado como podría ser el padrino del bautizo del menor de edad. Lo que debe primar siempre es el interés superior del menor.

2. Carácter delegable de la responsabilidad parental

Este artículo y el 674 vienen a dejar de lado el carácter de la indelegabilidad de la patria potestad. En efecto, siempre se sostuvo que la patria potestad reconocida por la ley, es intransmisible. Esta característica era conocida como la indisponibilidad o inalienabilidad de los derechos y deberes de los padres frente a los hijos. La norma en cuestión viene a determinar, que el ejercicio de estos derechos puede delegarse cuando el interés superior del menor lo exija.

3. Responsabilidad por actos ilícitos

La delegación de la responsabilidad parental no exime a los padres de responder por los actos ilícitos ocasionados por los menores de edad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1755 del Código Civil.

4. Adopción

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, en principio no debe ser considerada a los fines de la adopción, de acuerdo al art. 611 párraf2 o tercero.

Creemos que este principio puede ser dejado de lado, porque si se ha delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un tercero y el juez lo ha homologado, no vemos motivo por el cual esta delegación no sea tenida en cuenta a los fines de la adopción cuando no se ha supervisado la crianza y educación del hijo.

5. El procedimiento

La ley no establece el procedimiento por el cual deberá llevarse a cabo la homologación del convenio de delegación del ejercicio, pero evidentemente ha de tratarse de un procedimiento no controvertido y voluntario.

III. JURISPRUDENCIA

Excepcionalmente puede disponerse que la guarda de los menores no se confíe a ninguno de los padres. En este caso, la decisión también debe consultar el interés de los menores, teniendo en cuenta que, en principio, son siempre los progenitores quienes deben asumir, irrenunciablemente, las obligaciones emergentes de la patria potestad y, por ende, la guarda de sus hijos (CNCiv., sala A, 15/3/1965, LA LEY, 118-429).

Art. 644.— Progenitores adolescentes. Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La relación con el Código Civil está dada por el art. 264 bis.

II. COMENTARIO

El art. 644 indica que los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud. Las personas que ejerzan la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo. El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como su entrega con fines de adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que puedan lesionar gravemente sus derechos.

En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local. La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

Se deja sin efecto la figura de la tutela por parte de un abuelo sobre su nieto y se admite, con algunas limitaciones, el ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores menores de edad, lo que concuerda con la autonomía progresiva reconocida.

1. Actos que pueden realizar los progenitores adolescentes

Los progenitores adolescentes en principio, pueden realizar por sí mismos todas las tareas necesarias para el cuidado y educación de los hijos menores de edad, esto incluye también los contratos de escasa cuantía establecidos por el art. 684.

2. Actos de disposición

Para realizar actos de disposición de los bienes de los hijos, se requiere la autorización judicial, por lo tanto la inexperiencia del adolescente está suplida por el control del tribunal.

3. Actos trascendentes para la vida del niño

En el caso de actos trascendentes para la vida del niño, se requiere que el consentimiento del progenitor adolescente se integre con el asentimiento de cualquiera de los progenitores.

La ley enumera en forma ejemplificativa algunos actos que requieren el asentimiento de los abuelos, ellos son: la adopción y las intervenciones quirúrgicas. Tal enumeración es simplemente enunciativa porque el precepto indica que se debe requerir el asentimiento en todos aquellos actos que puedan lesionar gravemente el derecho del niño o niña hijo de un adolescente, como por ejemplo la locación de un campo de gran valor, la venta de una cosecha de soja, la participación en una asamblea societaria para la cual el adolescente carezca de formación o de conocimientos.

4. La seguridad de los terceros

Tratándose de progenitores adolescentes por seguridad, los terceros deben contar con el asentimiento de los abuelos, para evitar futuras nulidades.

5. La diferencia entre asentimiento y consentimiento

Los que deben dar el consentimiento en representación del menor son los padres adolescentes, los abuelos sólo prestan el asentimiento, lo cual no los hace parte del acto ni les genera responsabilidad contractual alguna. Ello así, el hecho de prestar el asentimiento para una operación quirúrgica, no obliga a los abuelos al pago de los honorarios médicos, ya que no son ellos los titulares de la responsabilidad parental.

6. Resolución de los conflictos

En caso de desacuerdo, la resolución es judicial y deberá ser tomada en el procedimiento más breve que prevean las leyes locales, en el procedimiento se debe escuchar al niño afectado por la resolución y su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida.

Art. 645.— Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:

a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años

para contraer matrimonio;

b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;

e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma se relaciona con el art. 264 quater del Código Civil.

II. COMENTARIO

1. Carácter de la enumeración

Esta enumeración es taxativa y no puede ampliarse por interpretación del juez ni de las partes.

a) Autorización para contraer matrimonio;

Se requiere el consentimiento de ambos cónyuges para que el hijo menor de edad contraiga matrimonio, por la trascendencia que tiene el casamiento y porque éste produce la emancipación del niño y el cese de la responsabilidad parental. En estos casos no es suficiente la presunción del consentimiento de uno de los padres.

b) Autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

El ingreso en comunidades religiosas y en las fuerzas armadas, aleja al niño de la autoridad de sus padres, es por ello que se requiere el consentimiento conjunto de ambos progenitores y si el hijo es mayor de 13 años, se necesita también

hacer su consentimiento expreso, según el párrafo final del art. 645.

c) Autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

Se requiere autorización de ambos padres, no sólo para salir del país, como lo establecía el art. 264 quater, sino también para el cambio de residencia permanente en el extranjero. Pues, resulta claro que no es lo mismo que el hijo viva en Uruguay que en Afganistán. La norma nada dice con respecto a los cambios de residencia dentro del

país, en principio el padre o la madre que tiene el cuidado personal del niño, podrá cambiar la residencia en nuestro país si no media oposición paterna, pero si la hay deberá recurrir al trámite del art. 642.

En diversas sentencias, para conceder la autorización para viajar, se ha hecho hincapié en la necesidad de quien pretende emprender el cambio de residencia, en la inteligencia de que satisfacer estas aspiraciones legítimas, benefician indirectamente al niño al mejorarse de modo sustancial, el estado emocional de ese progenitor.

d) Autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;

En este aspecto hay que tener en cuenta que no siempre el hijo menor va a necesitar el consentimiento de ambos padres para estar en juicio, ya que de acuerdo a lo dispuesto por el art. 30, el menor con título habilitante, 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 ellos.

Por otra parte, el hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores cuando sea acusado criminalmente ni cuando sea demandado para reconocer hijos (art. 680). Además de ello, el hijo puede estar en juicio contra sus progenitores sin previa autorización judicial.

e) Administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo;

El principio general es que ambos padres deben prestar su consentimiento para la administración de los bienes de sus hijos. Este principio no es aplicable en los casos del art. 30, en los contratos de escasa cuantía y en los supuestos contemplados en el art. 683, es decir, en los casos en que el mayor de 16 años ejerza algún empleo, profesión o industria, supuesto en el que se considera autorizado por sus progenitores, para todos los actos y contratos concernientes al empleo.

f) Oposición

En caso de oposición, el juez debe resolver de acuerdo al interés familiar. Adviértase que en este caso, no se habla del interés del menor, sino de toda la familia.

III. JURISPRUDENCIA

Si ambos padres tienen el propósito de que su pequeña hija reciba el sacramento del bautismo, la decisión material, por parte de la madre, del lugar y forma de hacerlo, no importa una sustitución en el ejercicio de la patria potestad (SCBA, 28/11/1972, LA LEY, 150-721).

Corresponde conferir la autorización que solicita para ingresar a un convento donde profesará como religiosa y en el cual ya se encuentra de hecho, a la menor que cuenta con veinte años de edad, es bachiller y estudiante secundaria del profesorado —lo que le da el necesario discernimiento para decidir la orientación de su vida—, no es hija única ni único sostén de sus padres, y demuestra su vocación clara, firme y decidida en el sentido indicado. En tales condiciones debe desestimarse la oposición de los padres, meramente formal, pues se la funda en la letra y exterior autoridad del art. 276 del Código Civil para obtener el reingreso de sus hijos a la casa paterna; oposición que tampoco encuentra apoyo en el art. 275, dada la interpretación que cabe dar al mismo (CNCiv.,

sala B, 20/5/1954, JA, 1954-III-25).

Negada a un menor la autorización paterna para entrar en comunidad religiosa, puede el juez acordar la venia siempre que medien motivos razonables para ello y, en caso de no existir indicios serios y fundados de que el propósito de entrar en religión obedezca a razones extrañas a la de una verdadera vocación, debe protegerse el derecho de todo individuo con uso de razón de resolver en su fuero íntimo su destino espiritual (CNCiv., sala B, 31/5/1954, JA, 1954-III-397).

La autorización paterna se requiere no sólo para la celebración del contrato inicial, por el cual el menor se incorpora a la fuerza armada, sino también para prorrogarlo (CFed. Cap., 5/8/1938, LA LEY, 11-696).

La vía más idónea para resolver la autorización para sacar a un hijo del país por un lapso prolongado es el trámite incidental desde que, siendo breve, preserva un adecuado debate y el derecho de ambos padres, propendiendo a lo más conveniente para los menores (CCiv. y Com. San Isidro, 15/6/1989, DJ, 1989-2-771).

Si uno de los padres niega el consentimiento para autorizar la salida del país, la ley faculta al juez para que resuelva lo que más convenga al interés familiar y, en particular, al del hijo (CNCiv., sala A, 21/4/1989, ED, 133-476).

La directiva al respecto se orienta no hacia la protección del interés de un hijo, sino a lo que convenga al interés familiar, apuntando a impedir un ejercicio antifuncional o abusivo de la patria potestad (CSJN, 13/5/1988, LA LEY, 1988-D-122).

El interés familiar a que se refiere el art. 264 quater impone que la consideración judicial se efectúe merítando que si el satisfacer el interés individual del hijo resulta gravemente perjudicial para el interés familiar, éste debe prevalecer (CNCiv., sala F, 14/9/1899, ED, 137-434).

Respecto de actos conservatorios o de administración no vinculada con negocios futuros se presume la conformidad de un progenitor respecto del acto cumplido por el otro (CNCiv., sala C, 10/10/1996, ED, 172-313).

Sigue vigente la jurisprudencia que autorizó la radicación de dos niñas de ocho y nueve años en Roma, Italia, junto a su madre. Tres fueron las razones básicas por las cuales se accedió al pedido. Una, que la realización afectiva y profesional de la madre no resulta ajena al interés familiar y se vincula estrechamente con el de las hijas, para quienes tal realización de la progenitora habrá de redundar en un beneficio para ellas, tanto en el aspecto espiritual como material. La segunda razón, es que dichas niñas —al estar en plena etapa de formación y desarrollo— debían tener una relación privilegiada con su progenitora. La tercera, es que en la especie se garantizaba un amplio contacto con el padre. En el caso, se ordenó que las niñas vendrían a la Argentina en las vacaciones de invierno y verano; que la madre debía proporcionar al padre dos pasajes aéreos anuales y alojamiento por quince días; y, en fin, que tenía que asegurar que las niñas mantendrían un contacto estrecho con el padre por vía telefónica, Internet y otros medios disponibles (CNCiv., sala D, 28/2/2011, R. 594.035).

CAPÍTULO 3

1505 DEBERES Y DERECHOS

DE LOS PROGENITORES.

REGLAS GENERALES

Por GRACIELA MEDINA

Bibliografía de la reforma: MEDINA, GRACIELA, "El Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado y las relaciones entre abuelos y nietos", DFyP 2012 (diciembre), 3, AR/DOC/5232/2012; id., "La reforma italiana en materia de filiación. Diferencias y semejanzas con el Proyecto de Código Civil y Comercial argentino", DFyP 2014 (julio), 3, AR/DOC/1116/2014.

Bibliografía clásica: BIDART CAMPOS, GERMÁN J., "La transfusión de sangre y la objeción religiosa de conciencia", ED, 114-113; BISCARO, BEATRIZ R., "El ejercicio de la patria potestad y el cumplimiento de los deberes de asistencia hacia los hijos", RDPC, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, N° 1, p. 79; CAFFERATA, JOSÉ I., *La guarda de menores*, Astrea, Buenos Aires, 1978; CECCHINI, FRANCISCO C., "Creación del Registro de Deudores Morosos de Obligaciones Alimentarias", Z. 84-D-55; D'ANTONIO, DANIEL HUGO, "El delito de incumplimiento de deberes asistenciales y el interés superior del niño", LA LEY, 1998-B, 1359; id., "El derecho-deber paterno de educación y la comunidad menonita, en Minoridad y Familia", N° 5, p. 15; GROS-AMAN, CECILIA, *El derecho infraconstitucional y los derechos del niño*, ponencia en Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Santa Fe, 1996, p. 236; LAQUIS, MANUEL ANTONIO, *El abuso del derecho en el ejercicio de la patria potestad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Del abuso del derecho en las relaciones de familia", en *Boletín del Instituto de Derecho Civil*, N° 7, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, p. 113; SPOTA, ALBERTO J., "La educación religiosa de los hijos y el ejercicio de la patria potestad", JA, 1947-I-466; FERRER, FRANCISCO A. M., "La educación de los hijos y el factor religioso", DFyP 2014 (agosto), 189, AR/DOC/2268/2014.

♦ ♦ ♦

Art. 646.— Enumeración. Son deberes de los progenitores:

- a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;
- b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;
- c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;
- d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;
- e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;
- f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma comentada se relaciona con el art. 265 del Código Civil. El texto adoptado es más amplio al anterior y es afín a las convenciones internacionales y la jurisprudencia más moderna sobre el tema.

II. COMENTARIO

1. Cuidado

El deber de cuidado es el ingrediente fundamental de los restantes deberes derivados de la responsabilidad parental o si se prefiere un compendio de todos ellos, porque cuidar del hijo implica atender a su salud física y psíquica, informarse de sus problemas, aficiones personales y amistades personales, atender a su educación moral, cívica y hasta religiosa. En realidad el deber de cuidado se presenta sin un contenido específico, como una actitud que informa la totalidad de la función de parentalidad.

2. Convivencia

Convivir con los hijos es un derecho y un deber de los padres. La convivencia comienza con el alojamiento bajo el mismo techo y comprende una comunidad de vida que permite el desarrollo de los lazos afectivos y solidarios.

3. Alimentos

Los alimentos comprenden el deber de asistencia que es el sostenimiento debido de padres a hijos. En su sentido genérico, ésta implica el cuidado, resguardo y atención en la persona y bienes del asistido. Es importante señalar que el deber de alimentos no cesa por la adquisición de la mayoría de edad sino que se prolonga hasta los 25 años en búsqueda de la consecución exitosa de estudios profesionales o técnicos.

4. Educación

Dentro del sinnúmero de obligaciones que tienen los padres, la más importante es la educación pues, en cierta manera, subsume a todas las demás, o en su defecto las complementa con sus características. En la educación hay que tomar en cuenta que los medios y condición de los padres tienen que estar relacionados con la vocación y aptitudes del hijo. La educación es la formación física, espiritual y moral que permitirá al menor integrarse de manera satisfactoria y plena en la sociedad. Educar es cultivar las virtudes positivas y desalentar las negativas. La educación comprende la escolar y la superior incluyendo la universitaria o tecnológica. Asimismo, al hijo que adolezca de alguna enfermedad o deficiencia física o mental debe dársele una educación adecuada a su estado.

La cuestión reside en determinar ¿qué hacer cuando en base al derecho de educar los padres optan por sustraer al hijo del sistema educativo? En estos casos habrá que determinar si el sustraerlo del sistema de educación oficial no los coloca en una situación de desamparo por falta de escolarización, máxime siendo ella obligatoria en nuestro país.

np10345. El respeto de la personalidad del menor

La responsabilidad parental ha de ejercerse de acuerdo con la personalidad del hijo, quien es no sólo objeto de cuidados sino sujeto cuya peculiar individualidad constituye ahora la regla y medida del trato y de la educación que ha de recibir. Ello conlleva a tener en cuenta su opinión y por ende el deber de escucharlo si tuviese suficiente juicio, antes de adoptar decisiones que le puedan afectar.

6. El respeto del derecho del niño a ser oído

La norma en comentario positivista es uno de los cuatro ejes de la Convención de los Derechos del Niño, que afirma que los niños tienen derecho tanto a expresar su opinión sobre todo asunto que les afecta como a que se les dé el debido peso a estas opiniones, conforme a su edad y madurez.

El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los padres hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los hijos. Para ello la participación de los niños y las consultas con los niños tienen también que tratar de no ser meramente simbólicas.

7. El respeto a la comunicación con los abuelos y otros parientes

El Código Civil y Comercial facilita alienta y protege las relaciones de los nietos con los abuelos y sanciona desalienta y pena a quienes las impiden o a quienes las ejercen de manera abusiva. En el caso de la responsabilidad parental expresamente se establece la obligación de los padres de respetar el vínculo de los nietos con sus abuelos y otros parientes.

Son múltiples las disposiciones que entretengan un sistema equilibrado de reconocimiento y regulación de las relaciones entre nietos y abuelos y demás parientes. Así el *derecho de comunicación* está regulado en el capítulo correspondiente al derecho de los parientes, concretamente en el art. 555. Por otra parte para favorecer y posibilitar las relaciones entre los niños y sus abuelos dispone que quienes tienen a su cargo el cuidado de personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas, deben permitir la comunicación de éstos con sus abuelos.

La norma busca favorecer las relaciones entre los nietos y abuelos al tiempo que trata de impedir que los niños se transformen en "trofeos" en la disputa entre los adultos, ya que muchas veces ocurre que el progenitor que tiene la custodia del niño quiera cortar los vínculos del menor con la familia de su otro progenitor y a veces con la propia e impida las relaciones entre los abuelos y los descendientes.

Por otra parte resulta indudable que desde el punto de vista psicológico, la relación entre abuelos y nietos, constituye una necesidad para ambas partes.

8. La administración de los bienes

Los padres en principio están obligados a administrar los bienes de los hijos. Este principio no es aplicable en los casos del art. 30, en los contratos de escasa cuantía y en los supuestos contemplados en el art. 683, es decir, en los casos en que el mayor de 16

años ejerza algún empleo, profesión o industria, supuesto en el que se considera autorizado por sus progenitores, para todos los actos y contratos concernientes al empleo.

9. La representación

En principio los padres ejercen la representación de los hijos menores de edad, con excepción de los supuestos del art. 30, que contempla al menor con título habilitante, 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 ellos, sin que requiera la representación de sus padres.

Por otra parte, el hijo adolescente no precisa ser representado por sus progenitores cuando sea acusado criminalmente ni cuando sea demandado para reconocer hijos (art. 680). Además de ello, el hijo puede estar en juicio contra sus progenitores sin que ellos los representen.

Art. 647.— Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado. Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma se relaciona con el art. 278 del Código Civil y tiene como fuente la Convención de los Derechos del Niño y la Observación General 8 del 2006 del Comité de derechos del niño.

II. COMENTARIO

El castigo físico, disciplina física o castigo corporal es la aplicación deliberada de dolor corporal a una persona, aun en detrimento de su condición mental, con la intención de disciplinar para que cambie su conducta en una orientación positiva para la persona que recibe dicho trato.

Los castigos físicos han sido aplicados a lo largo de la historia como método de educación de los niños por parte de sus padres. La norma en comentario los impide en todas sus formas como método de educación y corrección del niño.

En junio de 2006, el Comité de Derechos del Niño publicó una Observación General sobre el derecho de los niños a la protección contra los castigos corporales y otras sanciones crueles o degradantes, reafirmando la obligación que han contraído los gobiernos de prohibir y eliminar todas las formas de castigo corporal en todos los entornos, incluido el hogar familiar, y ofreciendo recomendaciones detalladas sobre la reforma legal y otras medidas necesarias. En octubre de 2006, el informe para el estudio de la violencia contra los niños, encargado por el Secretario General de las Naciones Unidas, fue presentado a la Asamblea General. En él se urge a los Estados a prohibir el castigo corporal de los niños en todas sus manifestaciones y en todos los entornos, fi-

jándose el año 2009 como fecha objetivo.

La norma en comentario viene a adecuar nuestra legislación a esta recomendación. Buscando hacerla realidad ya que una condición necesaria para que la prohibición del castigo corporal sea efectiva consiste en que ésta esté explícitamente enmarcada en las leyes. Las normativas o directrices no son suficientes porque no dan un nivel igual de protección legal. La prohibición legal requiere una declaración clara y contundente de que todo el castigo corporal está prohibido.

Evidentemente no ha desaparecido el deber de corrección, porque mientras los padres tengan el deber de educar a sus hijos tienen también el deber de corregirlos, lo que no implica que puedan hacerlo mediante la utilización del maltrato físico ni corporal, ni la humillación, ni la vejación.

CAPÍTULO 4

DEBERES Y DERECHOS SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Por MARÍA SOLEDAD MIGUEZ DE BRUNO

Bibliografía sobre la reforma: BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "La residencia alternada de los hijos de padres separados", JA, 2014-07-16; DEL MAZO, CARLOS GABRIEL, "La responsabilidad parental en el Proyecto", DFyP, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, p. 206; GROSMAN, CECILIA, "Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental", RDF, 66-227, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014.; HOLLWECK, MARIANA, "Un interesante precedente en procura de garantizar el derecho de comunicación con el progenitor no conviviente", DFyP, 2013-10, La Ley, Buenos Aires, p. 49; ILUNDAIN, MIRTA, "Responsabilidad parental", RDF, 57-305, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012; JÁUREGUI, RODOLFO G., "La responsabilidad parental en el Anteproyecto del 2012", DFyP, 2012-07, La Ley, Buenos Aires, p. 227; KRASNOW, ADRIANA N., JA, Número Especial, 2012-II, El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Código Civil, ps. 101 y ss.; LLOVERAS, NORA - MONJO, SEBASTIÁN, "Responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-E, 1078; LOPES, CECILIA; PIETRA, MARÍA LUCIANA, "Algunas reflexiones en torno a la guarda", RDF, 2014-III-204, Abeledo Perrot; MEDINA, GRACIELA, "Cambio de tenencia y síndrome de alienación parental", DFyP, 2013-03, La Ley, Buenos Aires, p. 51; id., "Tenencia compartida de oficio y el principio de congruencia", DFyP, 2013-05, La Ley, Buenos Aires, p. 43; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "El cuidado personal del hijo en el Proyecto de Código", LA LEY, 2013-C, 925; id., "Medidas civiles para la efectividad de la comunicación filial", LA LEY, 15/9/2014; id., "La guarda de un niño por un tercero. Principios de estabilidad", La Ley 2013-E, 986, La Ley, 2013; id., "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código", DFyP, 2013-04, La Ley, Buenos Aires, p. 21; id., "Régimen de comunicación de los padres con los hijos", DFyP, 2014-05, La Ley, Buenos Aires, p. 16; MORENO, MARIANO, "La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad", RDF, 16-119, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014; OTERO, MARIANO C., "Tenencia y régimen de visitas en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", DFyP, 2012-II, La Ley, Buenos Aires, p. 52; SABENE, SEBASTIÁN E., "Sobre la adecuada comunicación del menor con el progenitor no conviviente", DFyP, 2013-10, La Ley, Buenos Aires, p. 59; WAGMAISTER, ADRIANA, "Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco - Alimentos - Responsabilidad parental", DFyP, La Ley, 2012-07, ed. esp., p. 204.

Bibliografía clásica: ÁLVAREZ, OSVALDO ONOFRE, "Patria potestad compartida. ¿Hacia una en-

telequía judicial?", ED, 141-795; íd., "Tenencia de menores y su disputa procesal", ED, 165-266; BELLUSCIO, AUGUSTO C., "Nuevas reformas del derecho civil y penal Francés: filiación, autoridad parental, prostitución de menores, nombre", LA LEY, 2002-D, 1251; BERBERE DELGADO, JORGE CARLOS - HAISSINER, LILIANA, "El ejercicio de la patria potestad ante la ruptura parental", LA LEY, 2011-D, 1206, DFyP 2011; BIGLIARDI, KARINA A. - DE OLIVEIRA, JUAN JOSÉ, "Las pautas de otorgamiento del ejercicio de la patria potestad y el interés superior del niño", DFyP 2010 (mayo); BÍSCARO, BEATRIZ R., "La patria potestad ejercida en interés de los hijos", LA LEY, 1989-A, 574; íd., "Tenencia compartida (Una decisión acertada)", JA, 2002-II-668; BOSCH MADARIAGA (h.), ALEJANDRO F., "La tenencia compartida en la jurisprudencia", DJ, 2005-3, 77; CARPINETTI DE HUGHES, ROSA y MAZZINGHI (h.) JORGE, "La ruptura matrimonial y la importancia de ajustar la función paterna a una nueva realidad (tenencia compartida, régimen de visitas y alimentos en especie)", ED, 158-1006; CARRANZA CASARES, CARLOS, "Participación de los niños en los procesos de familia", LA LEY, 1997-C, 1384; CHECHILE, ANA M., "Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental", JA, 2002-III-1308; DÍAZ DE GUJARRO, ENRIQUE, "El interés familiar y el interés social en las cuestiones sobre tenencia compartida de los hijos, en hipótesis de nulidad matrimonial y de divorcio", JA, 1989-I-979; GONZÁLEZ MAGAÑA, IGNACIO, "¿Interés individual o interés familiar? Un debate acerca del modo en cómo debe dirimirse la tenencia de los hijos luego de producido el divorcio vincular", DFyP, 2010 (julio), 99; GRANILLO, ARTURO, "Efectos del divorcio: guarda de los hijos mayores de cinco años", LA LEY, 1980-D, 104; GROSMAN, CECILIA P., "La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia", LA LEY, 1984-B, 806; GUAHNON, SILVIA, "La intromisión del Estado en los procesos de familia", LA LEY, 2002-E, 1005; HOLLWECK, MARIANA - MEDINA, GRACIELA, "Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares", LLBA, 2001-1425; INIGO, DELIA B., "Una acertada decisión judicial sobre patria potestad compartida", LA LEY, 1999-D, 477; JAUREGUI, RODOLFO G., "Aspectos procesales en los conflictos de 'tenencia' de niños", LLLeitoral, 2005 (agosto), 669; MARTINO, GLORIA, "Un fallo valioso sobre tenencia", LA LEY, 1998-D, 1568; MAZZINGHI, JORGE A., "Un interesante problema de tenencia", ED, 159-709; MUSA, MARÍA DEL CARMEN, "El caso de los niños itinerantes", LLLeitoral 2004 (agosto), 716, DJ, 2004-3, 102; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código", LA LEY 18/3/2013, 1; RABINOVICH, SILVIA, "La tenencia compartida, una alternativa ante el divorcio de la pareja con los hijos", LA LEY, 1992-A, 532; SABSAY, DANIEL ALBERTO - ALLEGRETTO, MARÍA, "Derechos de la niñez", DFyP 2010 (septiembre), 3; SCHNEIDER, MARIEL V., "Un fallo sobre tenencia compartida...", LLBA, 2001-1443, 16; SOLARI, NÉSTOR E., "Ejercicio compartido de la autoridad parental", LLBA, 2008 (mayo), 367; "Tenencia compartida" DFyP, 2009 (septiembre), 6028; YARKE, MARÍA DEL CARMEN, "Un derecho del menor: la tenencia compartida", LA LEY, 1993-A, 1038; ZALDUENDO, MARTÍN, "La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño", LA LEY, 2006-E, 512; DJ, 18/10/2006, 476.

Art. 648.— Cuidado personal. Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil, trataba el tema bajo el nombre de "tenencia", terminología que ha sido abandonada. La diferencia de denominación hace más a la implicancia y pedagogía del mismo, puesto que se abandona la idea de poder de los padres para con los hijos menores y se pasa a la responsabilidad por parte de los padres para con los últimos.

El Código Civil, contenía pocas normas relativas a la tenencia, así por ejemplo el art. 206 que establece las pautas a la hora de asignarla ante la separación de sus progenitores. El art. 231 que daba facultades al juez para decidir quien detenta la guarda del menor ante la resolución que alguno de los cónyuges deba retirarse del hogar. El art. 236 que da la posibilidad a los cónyuges de presentar conjunto con su demanda acuerdo sobre tenencia y régimen de visitas. El art. 264 que prescribe que la patria potestad le corresponderá a quien ejerza legalmente la tenencia. El 271 que en caso de ruptura o nulidad del vínculo matrimonial corresponde a ambos padres el deber de alimentos no obstante la tenencia sea detenida por uno de ellos.

II. COMENTARIO

1. Terminología

2La primera gran distinción que corresponde realizar respecto del Código Civil y el nuevo Código es el cambio de terminología, el primero hablaba de "tenencia" cuando el segundo se refiere al "cuidado personal" de los niños.

Dicho cambio resulta beneficioso desde el punto de vista de la implicancia psicológica que pretende la palabra tenencia, desde una primera observación pareciera que la palabra es propia para la referencia de cosas u objetos y no a personas. Así bien, si sólo tenemos en cuenta las definiciones de una y otra palabra (Diccionario de la Real Academia Española), veremos que *tenencia* se refiere a la "Ocupación y posesión actual y corporal de algo", mientras que la palabra *cuidado* nos habla de la acción de cuidar, y la misma implica "poner diligencia, atención y asistir, guardar respecto de alguien". La diferencia está a la vista.

El cambio guarda correlación con la terminología usada por la ley 26.061, llamada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (puntualmente art. 7º, segundo párrafo, art. 37 e.).

2. Concepto

Se entiende por cuidado personal el derecho deber de los progenitores de tener al hijo consigo. Es la presencia física la característica esencial de este cuidado.

En los fundamentos del Anteproyecto se afirma "*Se diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal del hijo. El cuidado personal es uno de los deberes y derechos de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental y atañe a la vida cotidiana del hijo*". La nota primordial a tener en cuenta es que el cuidado personal es una de las aristas del universo que implica la responsabilidad parental.

El cuidado personal compartido no significa estar la mitad del tiempo con cada uno de los padres, implica mucho más. Por un lado este régimen aspira a realizar una equitativa distribución de responsabilidades, las que se atribuirán según las distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales de los progenitores; y por el otro, a garantizar mejores condiciones de vida para los hijos al no colocarlos en una situación de permanentes tironeos e inestabilidades que por lo general ocasiona la ruptura de la vida familiar. Para ello es necesario de parte de aquéllos una comunicación fluida y una posibilidad concreta de consensuar todos los aspectos que hacen al cuidado de sus hijos (Medina).

Art. 649.— Clases. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

II. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El antecedente de este artículo es el art. 264 en sus incs. 2 y 5.

II. COMENTARIO

Conforme se expresara en los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial, *"rcnn convivencial), el cuidado En caso de ruptura de la pareja (matrimonial o uni personal (término que reemplaza el de 'tenencia', criticado mayoritariamente por la doctrina n)". Cede ser compartido (regla) o unilateral (excepcipi*

Así bien y simplemente como una primera aproximación, cabe aclarar que la letra del nuevo Código tiene por preferencia el régimen de cuidado compartido, según diferentes modalidades que se analizarán en el art. 650. Esta preferencia a la coparentalidad se relaciona estrechamente con el art. 9° de la Convención de Derechos del Niño, en cuanto prima la mantención de las relaciones personales y contacto directo con ambos padres de forma regular.

Asimismo, la letra de la norma, claramente recepta lo normado por el artículo la ley 26.061, en cuanto a que prescribe en su art. 7°: *"...El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos..."*. Por su parte el art. 11 les confiere a los hijos el derecho *"a la preservación de sus relaciones familiares"*; a *"mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados"*.

Lo expuesto importa la mutación en la base de la responsabilidad parental puesto que se recorre un sendero compartido, de responsabilidad solidaria de ambos padres o madres en el cuidado y la atención de sus hijos (Lloveras).

III. JURISPRUDENCIA

Los progenitores, plantean demanda y reconvención solicitando la tenencia unipersonal de los menores y el uso exclusivo de la casa habitación. Por su parte los adolescentes manifiestan su intención de continuar conviviendo con ambos padres, en similar cantidad de tiempo como el desarrollado hasta el momento. Aclaran que ambos progenitores se ocupan de ellos. El Tribunal dispuso la tenencia compartida y alternada de los niños con ambos progenitores y ordenó a los padres que compartan los niños tiempo equivalente (Trib. Coleg. Inst. Única del Fuero de Familia Nro. 1 de San Isidro, La Ley Online, AR/JUR/80321/2012)

El ejercicio de la tenencia compartida o alternada —en el caso, se la otorgó debido a la gran cantidad de conflictos suscitados entre ambos progenitores—, implica el ejercicio conjunto de la patria potestad y consiste, esencialmente, en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes, basándose en la indubitable necesidad del niño de contar con ambos progenitores, atendiendo a las soluciones de raíz constitucional que atienden al interés superior del niño (CCiv. y Com. Azul, sala II, La Ley Online, AR/JUR/2336/2001).

Tenencia compartida implica reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales, sus responsabilidades y deberes y no necesariamente tenencia alternada sino la asunción compartida de autoridad y responsabilidad en relación a todo cuanto concierna al niño, el respeto de su derecho a continuar contando afectivamente y realmente, con un padre y una madre (del voto del doctor Pettigiani). En el marco de un incidente de modificación de régimen de visitas tras el cambio de domicilio realizado por la madre de dos menores, corresponde fijar un régimen de residencia alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, manteniendo el régimen escolar y residencia con el padre y con la madre durante los días que no asistan al colegio, atribuyéndose el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores, dado que la forma compartida es la que mejor garantiza la satisfacción de la premisa que preside el sistema, cual es el interés de los menores (SCBA, 5/12/2007, La Ley Online, AR/JUR/8025/2007).

40838 Art. 650.— Modalidades del cuidado personal compartido. El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma en comentario se relaciona con los pocos artículos del Código Civil que tratan el tema del cuidado de los hijos menores (tenencia). Concretamente con los arts. 206, 231, 236, 264 y 271, que lo analizan desde una órbita de individualidad en su ejercicio.

El Código Civil y Comercial recepta en el tema el avance del criterio de aceptación del cuidado compartido, el cual claramente se fue desarrollando desde el análisis doctrinario y jurisprudencial.

II. COMENTARIO

1. Ventajas del cuidado personal compartido

Sostiene Medina que el cuidado personal compartido es más beneficioso para el niño que el atribuido a uno solo de los progenitores ya que:

- Favorece la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos.
- Iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza de los hijos.
- Nivela situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos.

d) Posibilita la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor. De manera similar a la acontecida en los periodos de convivencia parental.

e) Distribuye más equitativamente los gastos de sostén del hijo.

f) Disminuye el sentimiento de abandono o pérdida del niño, como resultado de la separación.

2. El cuidado personal compartido alternado

El cuidado personal compartido alternado es el equivalente a lo que hoy se conoce tradicionalmente en nuestro medio como "tenencia compartida". El "cuidado personal compartido alternado" se comprueba —cualquiera sea la designación— si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso (p. ej., los fines de semana), sino también la atención del niño en sus actividades diarias. Los casos típicos de esta clase de cuidado se presentan cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana, quincena o si se asigna un mes completo, alternativamente a cada uno. Debe quedar claro que el art. 650 no requiere, para configurar el cuidado personal compartido alternado, que el hijo pase periodos iguales con cada progenitor; pues los tiempos (en que el niño estará con uno u otro) será "según la organización y posibilidades de la familia", como reza la disposición. Sin embargo, alguna equivalencia se exige pues, si claramente el hijo se halla el tiempo principal con un progenitor y, consecuentemente, un "tiempo secundario" con el otro, la figura no sería ya la referida sino lo que el nuevo Código denomina "cuidado personal compartido indistinto" (Mizrahi).

443. El cuidado personal compartido indistinto

La diferencia fundamental que existe entre el sistema alternado y el indistinto es que en este último el hijo residirá de manera principal en el domicilio de uno de sus progenitores, con el cual pasará la mayor parte del tiempo y de forma secundaria lo hará con el otro, compartiendo una menor cantidad de tiempo.

Ambas clases se asemejan en que el cuidado personal de una forma u otra, es ejercido por ambos padres, puesto que ambos progenitores comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.

Ahora bien, tal como lo señala Mizrahi, un requisito necesario será que ambos progenitores (al menos cuando el niño se encuentra consigo) tenga a su cargo "las labores atinentes a su cuidado" (tal como expresa el artículo citado) pues, de lo contrario, el cuidado personal será unilateral (art. 653).

4. La conveniencia del cuidado personal compartido en su generalidad

En los fundamentos del Proyecto, se ha señalado que "La responsabilidad parental compartida tiene un alto valor simbólico; la sola expresión contribuye a que ninguno se sienta apartado ni excluido, más allá de que el sistema previsto en la reforma prevé o permite que los progenitores puedan acordar otro sistema o incluso, ser decidido por el juez cuando ello sea en el

mejor interés del hijo. El ejercicio compartido de la responsabilidad cuando los padres se separan es el principio rector que adopta una gran cantidad de países en el derecho comparado, por ejemplo, Brasil (Código Civil, art. 1631), El Salvador (Código de Familia, art. 207), Paraguay (Código Civil, art. 70), España (Código Civil, art. 92), Francia (Código Civil, art. 372.2) e Italia (Código Civil, art. 155)".

Conforme lo señala Otero, nuestra doctrina no ha sido ajena a las bondades del cuidado compartido por ambos progenitores, así bien señala que para Wagmaister, con el cuidado personal compartido se favorece la obligación económica dual, la reducción del alejamiento parental, la disminución de la sobrecarga de la madre y posibilitando así la diferenciación entre conyugalidad y parentalidad. Por su parte Solari destaca las bondades de la tenencia compartida (cuidado personal compartido), entendiendo que es el criterio más adecuado para lograr la igualdad de los padres en relación a sus hijos menores de edad, distribuyendo los roles conforme a las circunstancias específicas de cada caso, agregando que "los roles deben distribuirse al padre y a la madre, y no al padre o a la madre".

III. JURISPRUDENCIA

La tenencia compartida consiste en reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente, según sus distintas funciones, sus recursos, posibilidades y características personales, responsabilidades y deberes. Si bien la ley no prevé la posibilidad de tenencia conjunta de los hijos no debe dejar de considerarse que los niños necesitan a ambos padres, dado que los contactos continuos y significativos disminuyen el impacto traumático del divorcio en los hijos y garantiza la permanencia de los cuidados parentales y por tanto el mejor cumplimiento de las funciones afectivas y formativas. Dado que la Convención sobre los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) tiene jerarquía constitucional, los jueces deben considerar modificadas o derogadas las disposiciones que vulneren, desconozcan, restrinjan o contradigan los derechos de la infancia, sin que tales disposiciones infraconstitucionales sean expresamente abrogadas o reformadas (CNCiv., sala J, 24/11/1998, LA LEY, 1999-D, 479, DJ, 1999-3, 640, AR/JUR/1953/1998).

En la guarda judicial de menores debe tenerse en cuenta primordialmente el beneficio de éste y por ello debe supeditarse los reclamos de las demás personas a ese interés superior que se concreta manteniendo un marco de estabilidad que le permita una evolución favorable. Al realizar una interpretación de la denominación "guarda compartida" el hecho de que los fines de semana un niño permanezca con un padre y durante la semana con el otro, importaría establecer un sistema de guarda alternada (CNCiv., sala I, 19/12/1996, LA LEY, 1997-C, 558).

Análisis de la problemática que puede derivar de la "tenencia compartida" del o de los hijos menores por ambos padres no convivientes y que se da, cuando se aprueba la convivencia alternativa de cada padre con los hijos durante sucesivos lapsos (CNCiv., sala G, 27/4/1989, ED, 133-535, y "Derecho de Familia", n° 2, p. 118).

Art. 651.— Reglas generales. A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea

posible o resulte perjudicial para el hijo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma no tiene antecedentes en el Código Civil.

II. COMENTARIO

Siguiendo la línea de los artículos precedentes, la norma en comentario desestima la idea del ejercicio unipersonal como primera alternativa.

La razón fundamental del cambio de criterio reside en la idea de que la crianza de los hijos de manera exclusiva por uno de los progenitores no es lo más conveniente para el menor de edad, muy por el contrario el paradigma de la sociedad actual es el cuidado de los hijos de padres no convivientes debe ser compartido por los dos progenitores. Por ello el juez, debe considerar como primera medida el cuidado personal compartido.

Cabe destacar que la norma no presenta una regla rígida, sino simplemente una primera alternativa a consideración.

En este mismo orden de ideas, y según la literalidad del artículo, cabe resaltar que el pedido de uno o ambos progenitores, en determinado sentido, no es vinculante para el juez, este debe decidir cuál es el mejor sistema para la conveniencia exclusiva del menor de edad.

En orden a analizar el por qué de la preferencia por parte del Código respecto del cuidado compartido indistinto, es dable destacar lo afirmado por Grosman, quien señala que *es el sistema que menos dificultades puede ofrecer, ya que será aceptado con mayor amplitud y porque, en rigor, promueve la participación de ambos progenitores en la formación del niño, pues implica compartir las decisiones y las labores en materia de salud, educación, relaciones y distintas actividades, sin importar dónde el niño o adolescente reside. Es decir, alienta el compromiso efectivo y concreto en su desarrollo con la decisión de ambos padres en los supuestos de trascendencia en la vida del hijo. Por cierto que ello significa, al mismo tiempo, tener una amplia comunicación con el hijo, que necesariamente representa compartir horas en común con uno u otro progenitor a través de la realización de tareas, actividades deportivas, encuentros con amigos o compañeros de estudio en uno u otro domicilio de los padres.*

Ahora bien, analizando puntualmente la posibilidad de los progenitores o el juez de oficio de precisar el régimen de cuidado personal compartido indistinto, es pertinente definir qué parámetros se considerarán a los fines de decidir por este sistema o por el que mejor convenga a los intereses del menor.

En este sentido, y tal como lo analiza Mizrahi, los criterios a ponderar son los preceptuados por el art. 653, que si bien los criterios no se han de utilizar para preferir a uno u otro padre, si han de servir como valiosos elementos de convicción para el juzgador a los fines de decidir sobre la homologación de acuerdos o decisión de oficio, sobre el sistema de cuidado personal compartido indistinto.

Belluscio establece cuatro criterios para fijar la custodia alternada. Ellos son; edad y madurez psicológica, proximidad geográfica, entendimiento entre los padres sobre las modalidades materiales y educativas y buena organización práctica.

a) *Edad.* Para poder adaptarse a los cambios, organizarse, aceptar las condiciones de los lugares de habitación y acomodarse al ritmo de cada uno de los padres, el niño debe tener al menos tres años de edad, y cualquiera que sea su edad, disponer de recursos personales suficientes (madurez psíquica, construcción de su personalidad, adaptación a los cambios y resistencia a la frustración). Los padres deben apreciar su estado de evolución y asesorarse con un especialista. A cualquier edad, toda ruptura familiar puede producir una angustia de separación momentánea o duradera. Si gozó de seguridad primaria suficiente, es apto para separarse de su madre o de su padre algunos días, hasta una semana, sin padecer esa angustia, por lo que es esencial que ésta esté controlada, sea ella conscientemente expresada o, lo que es más frecuente, oculta, inconsciente y latente, pero que se manifestará más tarde.

b) *Proximidad geográfica.* Los padres deben habitar lo suficientemente próximos como para que el niño continúe en la misma escuela sin necesidad de recorrer un trayecto excesivo, sin sobrecarga de cansancio y sin demasiada modificación de su entorno afectivo (camaradas, amigos, actividades paraescolares, culturales, artísticas, etc.).

c) *Entendimiento.* Es indispensable un mínimo de diálogo coherente entre los padres separados. De lo contrario, el niño puede revivir reiteradamente las divergencias, conflictos, diferencias respecto de los biorritmos, las elecciones alimentarias y las materiales. Si hay demasiadas divergencias, se profundizan los choques y la residencia alternada puede ser fuente de desequilibrio. Además, las manifestaciones de afecto y los cuidados dispensados deben ser equivalentes, y las palabras tranquilizantes deben hacer sentir al niño que el divorcio liberó a los padres de sus compromisos mutuos pero no de sus deberes de padres.

d) *Buena organización práctica.* Deben acordarse similares horarios de acostarse y de levantarse, y semejantes hábitos alimentarios, pues para su equilibrio el niño necesita ritmos de vida regulares. La alternancia puede producir trastornos funcionales, de ansiedad, dificultades de sueño y de concentración.

La norma establece claramente que no se fijará el cuidado compartido con modalidad indistinta cuando fuere perjudicial para el menor y esto ocurre siempre que existen claros indicios de violencia doméstica.

No obstante que la cuestión de la violencia doméstica y el régimen de custodia no admite soluciones únicas, hay parámetros que son indiscutibles. Entre esos principios cabe señalar que cuando media violencia doméstica hay que tener en cuenta que *la relación violenta del padre con la madre es un factor de riesgo para los menores* que debe ser analizado concienzudamente a la hora de fijar un régimen de custodia del menor de edad con el padre y en la resolución hay que *explicar claramente por qué no constituye un peligro para el niño la convivencia con un varón apegado a una patrón socio cultural violento.* Además hay que descartar claramente que la forma de ejercer *violencia contra la madre no constituya una violencia invisibilizada para con el hijo* y sopesar adecuadamente la forma en la que se llevará a cabo el contacto con el niño para que la relación entre el padre y el hijo no constituya una forma de agravamiento del riesgo materno.

Resulta obligatoria para los jueces argentinos la doctrina de la CEDAW que establece que los antecedentes de violencia doméstica deben ser tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la

violencia, incluidos los hijos.

En estos casos consideramos que cuando media violencia doméstica hay que tener en cuenta que la *relación violenta del padre con la madre es un factor de riesgo para los menores* que debe ser analizado.

FE11274III. JURISPRUDENCIA

Debe disponerse la tenencia compartida y alternada de los niños con sus dos progenitores, pues esa es la solución que mejor se compadece con el interés superior de aquéllos y que, lejos de perjudicarlos, les permitirá beneficiarse con un ejercicio positivo por parte de quienes tienen la responsabilidad de su guarda, cuidado y formación. Mantener el ejercicio compartido de la patria potestad significa sostener, en la conciencia de los progenitores, la responsabilidad que sobre ambos pesa respecto del cuidado y la educación de los hijos pese a la falta de convivencia; a la vez que se preserva el fin querido por la ley, de que no sea uno sino ambos padres quienes tomen las decisiones expresa o tácitamente atinentes a la vida y el patrimonio de los niños (Trib. Coleg. Inst. Única del Fuero de Familia Nro. 1 de San Isidro, AR/JUR/80321/2012).

Corresponde fijar un régimen de residencia alternada en el domicilio de cada uno de sus padres, manteniendo el régimen escolar y residencia con el padre y con la madre durante los días que no asistan al colegio, atribuyéndose el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental a ambos progenitores, dado que la forma compartida es la que mejor garantiza la satisfacción de la premisa que preside el sistema, cual es el interés de los menores (SCBA, 5/12/2007, AR/JUR/8025/2007).

Si bien la presencia física del padre no garantiza el cumplimiento de su función paterna, cuando aquél se encuentra preocupado por mantener el contacto con sus hijos y la responsabilidad derivada del ejercicio de la patria potestad —en el caso, los padres se divorciaron y acordaron la tenencia conjunta de los hijos, sin embargo se otorgó la tenencia en forma exclusiva a la madre— el juez debe actuar apoyando tal decisión pues, lo contrario, sólo puede resultar en perjuicio de los menores. No debe focalizarse la decisión sobre la tenencia de hijos, olvidando el propósito de la patria potestad, máxime cuando lo resuelto produce un desbalance de poder entre los padres. (En el caso, si bien los padres habían acordado la tenencia conjunta de los hijos, la tenencia se otorga, en forma exclusiva, a la madre) (CNCiv., sala J, 24/11/1998, LA LEY, 1999-D, 479, DJ, 1999-3, 640; AR/JUR/1953/1998).

Art. 652.—Derecho y deber de comunicación. En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el actual Código Civil son muy acotados los artículos que tratan el régimen de visitas, llamado deber de comunicación por el nuevo Código. Ellos son: el art. 236, que menciona la posibilidad de que la demanda conjunta de divorcio contenga acuerdos sobre “régimen de visitas de los hijos”; el art. 264, inc. 2°, que se reconoce el derecho al progenitor que no ejerce la tenencia de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación; el art. 376 bis, sienta el deber de los padres, tutores o curadores

de menores e incapaces o de quienes tengan a su cuidado personas mayores de edad enfermas o imposibilitadas, de permitir la visita de los parientes que conforme a las disposiciones del capítulo referente al “Parentesco” se deben alimentos.

II. COMENTARIO

Sostiene Mizrahi que el vocablo “visitas” no refleja su verdadero contenido. Claro está que aquella expresión resulta pobre e insuficiente, dado que no expresa correctamente una relación entre personas que es mucho más rica que la mera posibilidad de “visitar” a un niño; como por ejemplo compartir juntos experiencias, tener convivencias de días o semanas, incluyendo —desde luego— otras formas de comunicación; como ser la telefónica, por medios electrónicos (e mail, chat, redes sociales, etc.).

Dado el amplio contenido que el instituto ha adquirido en la actualidad, paradójicamente las simples visitas *stricto sensu* han quedado reducidas a situaciones harto excepcionales (en las cuales el progenitor no tiene otra alternativa que ver a su hijo en la residencia de éste) y está prevista como un medio —diríamos de emergencia— a los fines de que no se interrumpa el contacto entre padre e hijo.

En términos puros, el régimen de comunicación es considerado como un “derecho-deber”, así bien existe un derecho del hijo a relacionarse con su padre, lo que guarda estrecha relación con el deber del progenitor de comunicarse con aquél.

Ahora bien, como bien menciona Otero cuando se refiere a la relación materno-paterno-filial se menciona un “derecho” y un “deber” (art. 652); por el contrario, cuando la comunicación se reclama respecto a otros parientes o interesados, la mención es sólo a un “derecho de comunicación” (art. 555).

III. JURISPRUDENCIA

defaultSe resolvió que era improcedente el pedido de modificación del régimen de encuentros solicitado por la progenitora con fundamento en el incumplimiento del padre de ocuparse de que el hijo común desarrollara una actividad extracurricular. El tribunal tuvo especialmente en cuenta que la madre había dispuesto, unilateralmente y en forma inconsulta, la inscripción del hijo para desempeñar la actividad referida (CNCiv., sala E, 25/11/2010, La Ley Online, AR/JUR/80394/2010).

El niño goza de las mismas garantías que los adultos y es, por lo tanto, sujeto de derecho; a lo que se le suma que los derechos de aquél son irrenunciables e intransigibles (arts. 3, 9 y 2 de la ley 26.061). Entonces, es prioritario que el juez tome conocimiento del estado actual del niño, no correspondiendo prescindir de la participación de éste en el proceso (art. 27 de la citada ley) (CNCiv., sala B, 29/9/2009, R. 532.177).

Debe confirmarse la sentencia que otorgó la tenencia exclusiva del menor a la madre, ya que dicho decisorio ha ponderado adecuadamente el mejor interés del niño y no el de sus progenitores, aunque este último fue tenido en cuenta en orden a facilitar la adecuada comunicación de aquél con ambos padres (CApel. Esquel, 5/3/2009, La Ley Online, AR/JUR/4001/2009).

Debe ser rechazada la pretensión de que los encuentros se concreten en lugar donde reside el niño con el otro progenitor; pues de ese modo se atentaría contra el espíritu que

alienta el instituto. Se dispuso así que, normalmente, la comunicación se tiene que llevar a cabo en el hogar del padre que reclama el contacto o, en todo caso, donde éste indique; y ello para que se pueda desarrollar el vínculo afectivo, para lo cual hay que prescindir —en principio— de la intervención de terceras personas. Es que, si se decidiera lo contrario, se privaría al régimen de comunicación de intimidad, espontaneidad, confianza y privacidad (CNCiv., sala K, 25/11/2005, LA LEY, 2006-A, 401).

La madre requirió la modificación de los contactos padre-hijo en atención "a los cursos y actividades" que realizaba el niño. La sala desestima este planteo habida cuenta de que era precisamente el padre quien debía tomar a su cargo —mientras el hijo permanecía con él— que el hijo cumpla con las labores escolares y extracurriculares pertinentes (CNCiv., sala I, 27/6/1996).

Al producirse la ruptura de la convivencia familiar se puede afectar la relación del padre con sus hijos cuando no ejerce la tenencia de ellos, por lo que la mejor solución es intentar, a través del régimen de visitas, un mayor acercamiento de los menores con sus progenitores para reconstruir, dentro de lo posible, la relación que existía mientras vivían bajo el mismo techo y proteger los más legítimos afectos que derivan de ese orden de relaciones. Ello, siempre teniendo como principal objetivo el interés de los menores que se encuentran inmersos en una situación que no provocaron ni quisieron (CNCiv., sala L, 12/9/1991, LA LEY, 1991-E, 503).

El contacto del hijo con uno y otro padre —sin perjuicio de la transformación que implicará el nuevo marco fáctico— se asemeje en lo posible a la comunicación que aquél tenía con ambos progenitores cuando la pareja permanecía unida (CNCiv., sala G, 21/3/1984).

Art. 653.— Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración. En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:

- a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro;
- b) la edad del hijo;
- c) la opinión del hijo;
- d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo.

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La norma no tiene antecedentes en el Código Civil.

II. COMENTARIO

Se refuerza la idea del ejercicio unipersonal como excepcional y se establecen una serie de pautas para garantizar el contacto con el otro progenitor. Así en su inc. a) prio-

riza la comunicación con el otro teniendo además en cuenta la edad y la opinión del hijo.

Como bien lo señala Mizrahi se deberán de observar las necesidades según la edad del niño, como así también los roles de cada progenitor. En tal sentido, no se debe considerar la expresión madre en el sentido de madre de nacimiento, sino de mamá, rol que en un caso puntual puede estar desempeñado por el padre e, incluso, por una tercera persona, con posibilidades de variación en el transcurso del tiempo. En otras palabras, el intérprete —para la atribución del cuidado personal— tiene que analizar el papel que represente el sujeto concreto más que un hecho de la realidad genética. Por ejemplo, si es el padre quien se encuentra todo el día en el hogar y atiende las necesidades corrientes de un pequeño hijo de menos de cinco años, mientras que la madre —por compromisos laborales o de otra índole— permanece gran parte del tiempo fuera de la casa, la función maternal la cumpliría aquél y no ésta. En ese cuadro de situación, por lo tanto, al progenitor masculino se le deberá conceder la guarda del hijo —si sobreviene una separación—, sin que la madre de nacimiento pueda invocar preferencia alguna.

La opinión del hijo es el tercer elemento de ponderación a los fines de otorgar el cuidado personal del mismo.

El principio de continuidad que se recepta en el inc. 4 del artículo que nos ocupa, es también conocido como el mantenimiento del *statu quo* o el centro de vida del niño, como bien lo puntualiza Mizrahi. Se recepta así lo normado en igual sentido por el art. 3 inc. f) de la ley 26.061.

El estándar apunta a que con la asignación no se quiebre la continuidad afectiva, espacial y social del niño. Como bien indica Grosman, en la presente norma se dispone que el progenitor que no se encuentra a cargo del cuidado de hijo tiene "el derecho y el deber de colaboración con el conviviente", texto que, no obstante estar en presencia del cuidado unipersonal, persigue preservar la participación del progenitor no conviviente en la formación del hijo, para lo cual, exige, además, que "cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo", imposición correlativa al deber de cooperación de ambos progenitores que favorece la comunicación continua entre ellos.

III. JURISPRUDENCIA

La madre de menor debe seguir ejerciendo su tenencia, pues el mantenimiento de dicha situación, que se extendió por varios años, es lo que mejor resguarda el interés superior del niño, en tanto de los exámenes psicológicos y de la opinión vertida por el niño no surge ningún elemento que autorice su modificación, como tampoco se ha probado que aquélla haya obstaculizado el derecho de comunicación con el otro progenitor (CFamilia Mendoza, 7/2/2014, JA, 2014-II-42/43).

A los fines de preservar la estabilidad de los niños que padecieron el impacto de una desintegración familiar, deben mediar causas muy serias relacionadas con su seguridad o la salud moral y material, para sustraer temporalmente al hijo de su ambiente habitual, modificando el régimen de vida que llevaba al entablarse la relación litigiosa. La resolución impugnada, en cuanto concede la tenencia provisoria de una niña a su madre y pone fin a la guarda de hecho que venía ejerciendo el padre, sin una valoración real acerca de los beneficios del cambio, y de toda la actividad adicional —probatoria y

ponderativa— que ella implica, transgrede el límite de las potestades jurisdiccionales, en cuanto importa una profunda innovación en las condiciones de vida de la niña, en base a inferencias que —sin ningún sustrato idóneo— minimizan las consecuencias del cambio, al determinar dogmáticamente que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de la pequeña (del dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hace suyo). Desde la óptica del principio de continuidad afectiva, espacial y social de la infancia, un cambio de residencia puede representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño —arts. 2.2, 12.1 y 16.1—, e, incluso, abre la posibilidad de que se configure abuso del derecho en la elección del domicilio familiar que —si aparece injustificada y dañosa para el interés de la prole por afectar sin motivos sus afectos, educación u otros aspectos igualmente valorables—, habilitaría el reclamo para impedir o reparar el daño ocasionado (del dictamen de la Procuración que la Corte, por mayoría, hace suyo) (CSJN, 29/4/2008, LA LEY, 2008-C, 694, AR/JUR/1238/2008).

0Debe rechazarse el pedido de cambio de tenencia que la madre de los menores intenta en atención a los intereses superiores de los hijos, pues debe primar por sobre las disputas personales de los cónyuges el bienestar de aquéllos y la estabilidad necesaria para su normal crecimiento, siendo insuficiente la invocación del cambio de radicación de la madre por razones laborales a los fines de obtener el cambio peticionado. A los fines de la dilucidación de una cuestión sobre el cambio de la tenencia de menores debe entenderse el término idoneidad —exigido por el art. 206 del Cód. Civil— como referido al progenitor que facilite una adecuada y mejor comunicación de los hijos con el padre no conviviente —en el caso, se rechazó el pedido efectuado por el padre—, considerándose esencialmente el interés superior del menor (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 3/6/2003, RDF 2004-I-131; AR/JUR/1196/2003).

Para otorgarse la tenencia de un menor debe establecerse cuál es la mejor solución posible para éste en razón de las circunstancias fácticas que configuran su entorno (CNCiv., sala F, 22/9/1998, LA LEY, 2000-A, 552, AR/JUR/2114/1998).

Todas las orientaciones más modernas en materia de familia, convencidas de la necesidad de privilegiar el vínculo de los niños con ambos padres, señalan que el progenitor más apto para ejercitar la custodia de los hijos —léase tenencia— es aquel que más facilitará la vinculación con el otro padre (del dictamen del Asesor de Menores) (CNCiv., sala L, 12/9/1991, LA LEY, 1991-E-503, AR/JUR/2279/1991).

Cabe privilegiar con el ejercicio de la tenencia al progenitor que toma conciencia de la magnitud del daño y carga emotiva que sus hijos están solventando y está dispuesto a realizar los tratamientos terapéuticos necesarios y aconsejados. Una pauta fundamental para la atribución de la tenencia es aquella que indica que debe preferirse a quien asegure mejor relación de los hijos con el otro progenitor (CNCiv., sala B, 22/11/1989, LA LEY, 1990-E, 1701; CNCiv., sala B, 20/6/1989, AR/JUR/1003/1989).

Art. 654.— Deber de informar. Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo si bien no tiene paralelo con ningún otro de manera puntual del Código Civil, si cuenta con una estrecha relación con varios de ellos, por ejemplo art. 254 inc. 2) en cuanto dispone sobre el derecho del padre no conviviente de tener adecuada comunicación con el hijo y de supervisar su educación, entre otros.

II. COMENTARIO

Este artículo guarda estrecha relación con los arts. 641 b) y 645, en cuanto a que ellos disponen primero que se presume que los actos realizados por un progenitor cuentan con la conformidad del otro, salvo en aquellos casos puntuales que se requiere la conformidad expresa de ambos padres para determinados actos.

Este deber de informar de uno a otro progenitor, claramente versará sobre los actos cotidianos que no necesiten la expresa conformidad del otro.

Claro está que si el padre informado no está

42 de acuerdo con alguna de las decisiones tomadas con relación al hijo deberá, en caso de no encontrar una decisión consensuada, accionar judicialmente para evitarla en el futuro.

Si se realiza un análisis integral se ve que el artículo en comentario es la continuación de los principios sentados en el art. 653 *trichin fine*, en cuanto a que dispone que el progenitor que no se encuentra a cargo del cuidado de hijo tiene “el derecho y el deber de colaboración con el conviviente”, todo lo cual tiene por fin el preservar la participación del progenitor no conviviente en la formación del hijo. Es por lo expuesto que el art. 654 tiene por imperativo que “cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo”, imposición que persigue el deber de cooperación de ambos progenitores, lo cual favorece la comunicación fluida entre ellos.

El deber de comunicación de un progenitor a otro sobre los actos de los hijos, si bien es novedoso en cuanto a su recepción normativa, tiene sus fundamentos en el art. 9.3 de la Convención de Derechos del niño, establece que los Estados Partes “*respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño*”.

También con el art. 18.1 en relación con la responsabilidad de los padres en la crianza y desarrollo del niño. Correlativamente a este derecho del niño, se encuentra en forma paralela en cabeza del progenitor que ejerce el cuidado personal.

III. JURISPRUDENCIA

Quando media separación de los cónyuges o cuando éstos no conviven, quien tiene la iniciativa en la elección del establecimiento escolar al que acudirán los hijos es aquel que ejerce la guarda o tenencia, mientras que al otro le queda la posibilidad de objetar la decisión cuando ésta fuera adoptada, sin la debida comunicación, en forma abusiva o contraria a los intereses de los menores (CNCiv., sala J, 19/4/2011, LA LEY, 29/6/2011, AR/JUR/15970/2011).

Si no existen causas graves para cuestionar la decisión adoptada por la madre, no pesa sobre ésta la carga de acreditar la conveniencia para su hijo de la inscripción en determinado colegio, sino que es el padre quien debe demostrar los perjuicios que ello podría provocarle, más aún cuando no se trata de un acto que exija el consentimiento expreso de ambos progenitores, conforme lo prescribe el art. 264 quater del Cód. Civil (CNCiv., sala F, 31/5/2005).

Art. 655.— Plan de parentalidad. Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:

- a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;
- b) responsabilidades que cada uno asume;
- c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;
- d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Si bien este nuevo artículo no tiene un paralelo puntual en artículo alguno del Código Civil, sí guarda relación con el art. 236 en cuanto establece que la demanda de divorcio por presentación conjunta podrá contener acuerdos sobre tenencia y régimen de visitas, atribución del hogar y régimen de alimentos.

II. COMENTARIO

Se trata de una norma que desarrolla con más profundidad el aspecto del cuidado de los hijos en el marco del convenio regulador obligatorio en caso de divorcio. El art. 438 obliga a los cónyuges a presentar este convenio y a consensuar una solución a los diferentes aspectos relativos al divorcio. Sin embargo este plan no se limita al caso de cónyuges sino que podrá presentarse en cualquier caso en que los padres deseen aunque no se encuentren casados. Así también podrán presentarlo los unidos convivencialmente o simplemente, los progenitores que deseen hacerlo.

Como bien los analiza Mizrahi, si bien el art. 655 hace referencia a lo que debe contener el plan de parentalidad, tal circunstancia no impedirá a los padres presentar a la justicia acuerdos parciales, con respecto a uno u otro punto, dejando a la resolución judicial todas aquellas cuestiones que no han podido ser convenidas. La norma citada no señala lo que debe hacer el magistrado cuando se le presente un plan de parentalidad; aunque es evidente que aquél no podrá limitarse a la homologación automática de los acuerdos porque siempre estará en juego el mejor interés de los niños. Recordemos que los derechos de éstos están resguardados por el orden público y que, por lo

tanto, son irrenunciables (art. 2º, *in fine*, de la ley 26.061); como también que el art. 709 del mismo cuerpo normativo especifica que el impulso procesal de estos trámites está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente. Por otro lado, el recto cumplimiento de los deberes que pesan sobre los magistrados impone que éstos —antes de proceder a la homologación— tome contacto directo con los hijos; y no sólo para recabar su opinión sino, además, para verificar si ellos han tenido la debida participación en el plan acordado que se somete a su aprobación, conforme lo normado en el art. 655, *in fine*.

Esto ratifica la importancia dada a las opiniones de los menores de edad, como sujeto de derechos que son, extensamente reconocidos en normativas internacionales e internas al respecto.

Conforme lo indica Medina, para determinar el “interés del niño” indefectiblemente se debe escuchar su opinión ya que, en virtud de la “Convención de Derechos del Niño” que tiene jerarquía constitucional y de “La Ley de Niños Niñas y Adolescentes” tiene derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta de acuerdo a su capacidad progresiva, ello implica que no serán tenidas en cuenta de la misma manera los dichos de un infante de 4 años que los de un adolescente de 12 años. De todas maneras cabe recalcar que el “Derecho del Niño a ser oído” no implica que obligatoriamente el juez debe fallar de acuerdo a lo que éste exprese porque puede ocurrir que lo que el niño quiere no sea lo mejor para su “interés superior”. A partir del 27 de septiembre de 1990, fecha de sanción de la ley 23.849 que incorpora a nuestro sistema positivo la Convención de los Derechos del Niño, recabar la opinión del menor en determinados conflictos ya no es una facultad del magistrado actuante sino un deber.

III. JURISPRUDENCIA

42El padre de un menor demandó por tenencia a la madre, afirmando que el niño convivía con él desde varios meses atrás y que la relación entre madre e hijo se había tornado distante. El menor fue escuchado durante el transcurso del proceso y el Juzgado de Familia resuelve acordar la tenencia compartida, conforme lo solicitado por la Asesora de Menores, habiéndose dispuesto la tenencia compartida de los padres con relación a su hijo menor de edad, como contrapartida debe determinarse un sistema de comunicación y de convivencia entre todos ellos, el cual se fundamenta en que la tenencia compartida aparece como un modelo superador del tradicional de guarda unipersonal y se construye sobre el principio de la coparentalidad, de allí que se la designe como “guarda y cuidado compartido del hijo” (Juzg. Familia N° 1 Mendoza, 24/2/2014, La Ley Online, AR/JUR/4912/2014).

La resolución que rechazó el cambio del régimen de tenencia de hijo es acertada, pues se respetaron las directivas de la Convención de los Derechos del Niño, dado que se escuchó al menor y se tuvieron en cuenta sus dichos conforme a su edad, su desarrollo madurativo, la situación fáctica en la que venía desarrollándose y los adecuados vínculos parentales, fortaleciéndose el contacto con el progenitor no conviviente mediante un amplio régimen de visitas (CCiv. y Com. Pergamino, 10/12/2012, La Ley Online, AR/JUR/70558/2012).

Tratándose de la determinación de la tenencia de un menor, su voluntad no puede ser desoída, ello en virtud de que el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del

Niño que impone que se garantice el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, así como también que ésta sea tenida debidamente en cuenta (CNCiv., sala L, 13/9/2011, La Ley Online, AR/JUR/62701/2011).

La apreciación de las circunstancias del caso para determinar la tenencia de menores en función del interés de los mismos y de la idoneidad de los progenitores, es una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias. La atención primordial al "interés superior del niño" a que alude el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño; este principio proporciona así un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos del menor con los adultos que lo tienen bajo su cuidado, y la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para el menor, de modo de que, frente a un presunto interés del adulto, se priorice el del niño (SCBA, 26/10/2010).

Art. 656.— Inexistencia de plan de parentalidad homologado. Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida distinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Conforme se comentara en oportunidad de analizar los arts. 650 y 651, el cuidado personal compartido es novedoso en materia normativa, el mismo fue receptado por la jurisprudencia por su conveniencia en cuanto el interés de los hijos, privilegiando así la interacción familiar.

II. COMENTARIO

En orden a la primera parte del artículo remitimos a los comentarios de los arts. 650 y 651.

La segunda parte de la norma establece que cualquier régimen de cuidado que se adopte debe estar basado en la idoneidad de quien pretende ejercerlo, sin consideración a otros factores que pueden resultar discriminatorios como su sexo, orientación sexual, religión, preferencias políticas o ideológicas.

s25III. JURISPRUDENCIA

Impedir un contacto adecuado entre la progenitora y su hijo, quien guarda hacia ella profundos sentimientos positivos, porque aquélla es lesbiana, importaría desconocer el interés superior del menor contemplado en la Convención de Derechos del Niño (Adla,

L-D, 3693) y discriminar arbitrariamente a la madre por su preferencia sexual, en contra de lo establecido en toda la legislación antidiscriminatoria y fundamentalmente en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 8/7/2002, RU 2003-5, 29; JA, 2003-I, 661; LA LEY, 2003-F, 77, AR/JUR/6199/2002).

Art. 657.— Otorgamiento de la guarda a un pariente. 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.

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no contenía una norma similar.

II. COMENTARIO

El principio rector en materia de cuidado personal, es la mantención del estándar de estabilidad y continuidad, el cual apunta a que con la asignación a un progenitor no se quiebre la continuidad afectiva, espacial y social de los niños.

Este estándar sólo cederá si se acredita la falta de idoneidad de quien ejerce su cuidado y la adecuada idoneidad de quien reclama dicho cuidado. Claramente deberá de probarse que el mantenimiento del *statu quo* irrogaría un mayor daño que el cambio que se pretende.

Conforme lo explica Mizrahi, corresponde señalar que a pesar de que el art. 657 del Código indica que los padres conservan el ejercicio de la responsabilidad parental, la circunstancia de que el tercero tenga el cuidado personal del niño ha de significar que aquel ejercicio estará en cierta medida también en cabeza de dicho cuidador; al menos en lo que hace a la vida cotidiana del hijo. Si se plantearan conflictos entre el tercero y los progenitores, o entre los progenitores entre sí, entendemos que cualquiera de ellos estará legitimado para acudir a la vía de los arts. 645 o 642 del Código Civil y Comercial. Claro está, en todos los supuestos, el mismo hijo estará habilitado a formular el planteo judicial; por lo que, si no tiene la edad y madurez suficiente, deberá contar además con un tutor especial.

Corresponde señalar, que a pesar que el art. 657 indica que los padres conservan el ejercicio de la responsabilidad parental, la circunstancia de que el tercero tenga el cuidado personal del niño ha de significar que aquel ejercicio estará en cierta medida también en cabeza de dicho cuidador; al menos en lo que hace a la vida cotidiana del hijo. Si se plantearan conflictos entre el tercero y los progenitores, o entre los progenitores entre sí, entendemos que cualquiera de ellos estará legitimado para acudir a la vía de los arts. 645 o 642 del mismo cuerpo normativo (equivalentes a los actuales 264 ter y quater

del Código Civil), según se trate —respectivamente— de aquellos actos por los cuales se requiere el consentimiento expreso de los padres, o de otros que no estén incluidos en el listado del último artículo citado. Claro está, en todos los supuestos, el mismo hijo estará habilitado a formular el planteo judicial; por lo que, si no tiene la edad y madurez suficiente, deberá contar además con un tutor especial (Mizrahi).

III. JURISPRUDENCIA

La tenencia de un menor no puede ser otorgada a su progenitor pues, aun cuando aquél se encuentra bajo la guarda de sus abuelos maternos desde que su madre debió trasladarse de provincia por cuestiones laborales, los informes psicológico y socio ambiental son coincidentes en recomendar que continúe la situación de hecho imperante y las conclusiones arribadas son acordes al supremo interés del niño (Trib. Familia Nro. 1 de Jujuy, La Ley Online, AR/JUR/17996/2012).

Con miras a privilegiar el superior interés del niño a partir de una apatencia de justicia despojada de rigorismos formales, realista y humana, y tutelando los estrechos lazos afectivos que lo unen a sus tíos, quienes han asumido decididamente para con él los roles materno y paterno, dándole seguridad a la relación familiar en la que hoy se encuentra integrado, corresponde mantener al niño en su situación actual, es decir, bajo la guarda de su tía, sin perjuicio del ejercicio que de la patria potestad conserven sus padres (SCBA, 26/10/2010, La Ley, fasc. 7, 16/2/2011, p. 25 con nota de Jorge O. Perriño).

En la guarda judicial de menores, debe tenerse en cuenta, primordialmente, el beneficio del menor. Por ello, deben supeditarse los reclamos de las demás personas a este superior interés, que se concreta en mantener un marco de estabilidad que le permita una evolución favorable. Más allá de buscar una solución ideal, se impone establecer un sistema de continuidad y seguridad para el menor, sin perder los vínculos afectivos con toda su familia (CNCiv., sala I, 19/12/96, LA LEY, 1997-C, 558, AR/JUR/1389/1996).

CAPÍTULO 5

DEBERES Y DERECHOS

DE LOS PROGENITORES.

OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Por OSVALDO FELIPE PITRAU

Bibliografía clásica: BELLUSCIO, CLAUDIO A., "Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad", RDF Nº 38, 2007, p. 2; id., "La percepción y administración de los alimentos correspondientes al hijo, cuando éste ha cumplido los dieciocho años", DFyP 2010 (mayo), 51; id., "Los alimentos debidos a los hijos conforme la nueva legislación", DJ 3/2/2010, p. 237; id., *Prestación alimentaria. Régimen Jurídico*, Universidad, Buenos Aires, 2006; BISCARO, BEATRIZ R., "El ejercicio de la patria potestad y el cumplimiento de los deberes de asistencia hacia los hijos", RDPC, 2001 -Nº 1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 79; BOSSERT, GUSTAVO, *trch Régimen dico de los alimentos*, jur, Astrea, Buenos Aires, 1998; GÓMEZ, JOSÉ LUIS, "Alimentos a favor del hijo mayor de edad para su formación laboral y profesional", ED, 211-822, año 2005; GROS-

MAN, CECILIA, "La mayoría de edad y la responsabilidad alimentaria", RDF Nº 47, 2010, 17; *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Universidad, Buenos Aires, 2004; LÓPEZ DEL CARRIL, JULIO J., *Derecho y obligación alimentaria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1981; LLOVERAS, NORA y FARAONI, FABIÁN, "Un impacto de amplias dimensiones: La ley 26.579 de mayoría de edad", RDF Nº 47, 2010, p. 55; MAINARD, CLAUDIA B., "Los alimentos en el proyecto de Código Civil de la República Argentina", en *Instituciones de Derecho Privado Moderno*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 1001; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, *Visión Jurisprudencial de los alimentos*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1999; "Aspectos procesales del juicio de alimentos en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil de 1998", Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni, t. 2001-I, 213; MILLAN, FERNANDO y MERLO, LEANDRO, "Nuevo régimen de alimentos. Particularidades de la Obligación alimentaria alcanzada la mayoría de edad", MJ-DOC-4955-AR/MJD4955, 28/10/2010; MILLAN, LILIANA LUIÁN, "Los alimentos del niño en gestación ante el incumplimiento del progenitor no conviviente. El deber del Estado después de la Convención", DFyP, 8-2012-59, La Ley; PETTIGIANI, EDUARDO, "El suministro de alimentos a la mujer embarazada", RDF Nº 13, 93, Abeledo Perrot, 1998; PITRAU, OSVALDO FELIPE, "La prestación asistencial alimentaria en la familia ensamblada", RDF Nº 25, p. 105, Abeledo Perrot, 2003; "La guarda de menores", RDF, Nº 4, p. 47, Abeledo Perrot, 1991; RAVINOVICH, SILVIA, "Mayoría de edad. Continuidad de la obligación alimentaria. Cuestiones que plantea la Ley 26.579", DFyP, año 2, Nº 6, p. 27, La Ley, julio 2010; ROMERO, MELISA y HEVIA, MARTÍN, "Análisis constitucional del derecho de las personas por nacer a percibir alimentos", LA LEY, 2008-F, 33; SOLARI, NÉSTOR, "Alimentos debidos a los hijos entre los 18 y 21 años. La nueva Ley 26.579", LA LEY, 20/4/2010, p. 1; LA LEY, 2010-C, 749.

Bibliografía sobre la reforma: BELLUSCIO, AUGUSTO CÉSAR, "El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil", LA LEY, 1999-D, 892; "La reforma del derecho de familia sancionada por la Cámara de Diputados", LA LEY, 1994-B, 839; BELLUSCIO, CLAUDIO A. y SOLARI, NÉSTOR E., "Los alimentos en el Proyecto de Código", LA LEY, 16/8/2012, 1; CATALDI, MYRIAM, "Responsabilidad parental", en RIVERA, JULIO CÉSAR (dir.) - MEDINA, GRACIELA (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, La Ley, 2012; DEL MAZO, CARLOS GABRIEL, "La responsabilidad parental en el Proyecto", DFyP, 1/7/2012, La Ley, 206; FERRER DE FERNÁNDEZ, ESTHER H., BREGLIANO, SERGIO, BUTTI, GABRIELA, CANEVARI, MARIANA, HERNÁNDEZ, ANDREA, QUARANTINO, ROMINA, RUIZ, NOELIA, "El Deber de Asistencia en el Proyecto", DFyP, 1/7/2012, p. 166; *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Título VII, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2012; ILUNDAIN, MIRTA, "Responsabilidad parental", RDF, 57-305, Abeledo Perrot, noviembre 2012; KEMELMAIER DE CARLUCCI, AIDA y MOLINA DE JUAN, MARIEL, *Alimentos*, t. 1, cap. III, "93 Alimentos derivados de la responsabilidad parental", a cargo de TORDI, NADIA, DIAZ, RODOLFO y CINOLLO, OSCAR, y cap. IV, "El derecho alimentario de los hijos mayores de edad", a cargo de JURY, ALBERTO, Rubinzal Culzoni, 2014; MEDINA, GRACIELA, "El Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado y las relaciones entre abuelos y nietos", DFyP 2012 (diciembre), 3, AR/DOC/5232/2012; MERLO, LEANDRO, "El Derecho Alimentario en el Proyecto", DFyP, Año 4, Nº 6, julio 2012, p. 189; OTERO, MARIANO, "Los Alimentos en el Proyecto", LA LEY, 17/7/2012; PITRAU, OSVALDO FELIPE, "Alimentos y Prestaciones Compensatorias", Revista de Derecho Privado y Comunitario, año 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial - I, ps. 539-572, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2013; "El Derecho Alimentario Familiar en el Proyecto de Reforma", RDF, t. 57, p. 215, Abeledo Perrot, noviembre 2012; WAGMAISTER, ADRIANA M., "Los alimentos en el proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio", RDF, t. 18, p. 81, Abeledo Perrot, 2001; "Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco-Alimentos-Responsabilidad Parental", DFyP, año IV, Nº 6, p. 203, La Ley, julio 2012.

♦ ♦ ♦

Art. 658.— Regla general. Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su

condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.

La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintinueve años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El primer párrafo de este artículo reitera casi exactamente el texto del art. 265 del Cód. Civil, reformado por la ley 23.264, con la única diferencia que en el art. 265 del Código Civil se menciona a “la obligación y el derecho” que “los padres” tienen, mientras que la nueva norma del art. 659 refiere sólo a la obligación y no al derecho y utiliza la nueva terminología de “progenitores” en lugar de *padres*.

La mención de la última parte del primer párrafo sobre subsistencia de la obligación alimentaria aun cuando el cuidado personal se encuentre a cargo de uno solo de los progenitores tiene su fuente en el art. 271 del Cód. Civil, reformado por la ley 23.515. En este caso, se toma el principio de subsistencia obligacional mencionado, aun cuando se modifica la terminología en lugar de *tenencia* la nueva norma refiere a *cuidado personal*.

En el segundo párrafo esta nueva norma recepta el texto exacto del segundo párrafo del art. 265 del Código Civil que fuera incorporado por la ley 26.579.

II. COMENTARIO

Como puede observarse este artículo no presenta en principio diferencias respecto de los textos del Código Civil, sin embargo tomado en el contexto del resto de normas de la reforma, sí puede observarse alguna diferencia.

El primer párrafo del artículo establece que la obligación alimentaria pertenece a ambos progenitores, conforme a su condición y fortuna. Se mantiene el concepto de una prestación que tiene relación en primer término, con el nivel socio-económico de los obligados, y en segundo lugar, con la capacidad contributiva específica que ellos posean. La última frase del nuevo art. 659 refuerza esta idea y le suma a estos dos aspectos, un tercer elemento: *las necesidades de los hijos*.

No existe en este tipo de prestación alimentaria filial, la vinculación en su alcance y *quantum* con un estado de necesidad del alimentado como condición específica para su procedencia, como sí ocurre en la obligación alimentaria entre parientes.

Las características de la prestación alimentaria proveniente de la responsabilidad parental son las siguientes:

a. Unilateralidad. Esta obligación corresponde a los progenitores en relación con sus hijos menores de edad, pero no es recíproca.

b. Limitación en el tiempo. Se extiende en principio hasta la mayoría de edad. Como excepción a este principio se encuentra el alimento filial para el hijo de 18 a 21 años y la prestación alimentaria para el hijo de hasta 25 años que se capacita.

c. Contenido amplio. Los alimentos entre parientes, presentan una cobertura limitada a lo necesario para subsistencia, en cambio esta prestación filial tiene un contenido om-

nicomprensivo de todas las necesidades presentes y futuras del hijo menor y se relaciona con el nivel socio económico de los progenitores.

d. Requisitos mínimos. Para solicitar esta prestación sólo se debe acreditar el vínculo filial, a diferencia del tipo alimentario entre parientes que requiere de la prueba de la necesidad, la falta de medios y la imposibilidad de procurarlos.

e. Otros caracteres de la obligación. Al margen de las anteriores características propias, la prestación alimentaria filial comparte otras propiedades con la prestación derivada del parentesco, tales como la inherencia personal, la inalienabilidad, la irrenunciabilidad, la imprescriptibilidad y la variabilidad.

La nueva norma, del mismo modo que el Código, sostiene la obligación aun cuando los progenitores no convivan, y en el caso en que el cuidado personal sea unilateral.

En relación con el segundo párrafo, se reitera la norma del Código, incorporada por la ley 26.579, por lo que caben a la nueva norma las mismas observaciones oportunamente realizadas por la doctrina en relación con aquella legislación.

En este sentido, se habían diferenciado diversas posibles fuentes de esta prestación para el mayor de edad. Algunos autores han señalado que esta obligación proviene del parentesco (Belluscio), otros sostuvieron que es un derecho alimentario que se asimila a la obligación derivada de la responsabilidad parental, aun cuando presenta diferencias (Lloveras y Faraoni), mientras que para una tercera postura se trata de un nuevo tipo de prestación alimentaria, que surge como una forma mixta que tiene una naturaleza especial (Solari) y combina caracteres de los diversos tipos alimentarios clásicos.

III. JURISPRUDENCIA

ard“La obligación alimentaria de los padres con relación a los hijos comprendidos entre los dieciocho años y los veintinueve años —art. 265 del Cód. Civil, según la ley 26.579—, no deviene de la patria potestad pues ella ha cesado ni encuentra su fuente en el parentesco, ya que tiene su fuente en los deberes morales que asume toda persona cuando se convierte en madre o padre y la ley no hace más que reconocerla, adaptarla a las circunstancias contemporáneas y permitir el cumplimiento compulsivo, fijando pautas a tal fin” (CCiv., Com., Lab. y Minería de Neuquén, sala II, 19/2/2013, La Ley Online, AR/JUR/798/2013).

“La progenitora de una persona mayor de edad y menor de 21 años debe abonarle una cuota alimentaria correspondiente al 10% de sus ingresos, pues no se acreditó que el reclamante cuente con recursos suficientes para su manutención y para proveerse por sí mismo lo necesario para su subsistencia, y dicha solución condice con las posibilidades de la alimentante conforme a su sueldo, estado de salud y situación familiar” (CFamilia Mendoza, 16/5/2013, LLGran Cuyo 2013 [septiembre], 913).

Art. 659.— Contenido. La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y

son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta norma tiene su fuente principal en el art. 267 del Código, con la modificación de la ley 23.264, aun cuando posee importantes incorporaciones.

El art. 267 enunciaba el contenido de la obligación alimentaria de los padres, señalando que comprendía la satisfacción de las necesidades de sus hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad.

La nueva norma reitera exactamente ese texto pero le agrega los *gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio*.

Por otra parte, adiciona una última frase referida a la naturaleza de la obligación, *monetaria o en especie*, y a las características del *quantum* que debe ser proporcional a las capacidades de los progenitores y a las necesidades del hijo.

II. COMENTARIO

1. Contenido de la obligación alimentaria. Gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio

El contenido de la obligación alimentaria parental comprende las necesidades de los hijos en manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos de enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio.

La inclusión de los *gastos para adquirir una profesión u oficio* es1 debe relacionarse con los conceptos de *desarrollo madurativo y autonomía progresiva del niño*, y exigen a los padres la previsión en el contenido de la cuota alimentaria actual de aquellos rubros propios de la cobertura de las necesidades futuras del hijo vinculadas a su crecimiento y específicamente a su futura profesión u oficio futuro.

La prestación alimentaria de los hijos es un instituto obligacional *dinámico*, ya que su contenido se configura día a día, en especial por el crecimiento del hijo, circunstancia que representa cambios permanentes en las necesidades que comprende.

En este marco, la profesión y oficio del hijo, no se refieren sólo a su educación, sino que son conceptos vinculados a la cuestión laboral que deben estar presentes en la prestación desde el nacimiento del niño, ya que cuando estas necesidades se hacen exigibles ya el hijo puede encontrarse muy cercano a la mayoría de edad.

La preparación para una profesión u oficio, aparece aquí como uno de los rubros de la prestación alimentaria y es uno de los fundamentos de la extensión hasta los 25 años de la obligación alimentaria a favor del hijo mayor de edad que se capacita (art. 663).

2. Modo de cumplimiento de la prestación

En esta norma se establece que *“los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie”*. Esta definición de la reforma reviste una gran importancia en cuanto a la configuración de la naturaleza jurídica misma de la cuota alimentaria parental que

coloca a ambos tipos de prestaciones en el mismo nivel de factibilidad.

El Código Civil no establecía determinaciones en cuanto al tipo de prestación que debía ser la obligación alimentaria, sin embargo, una corriente jurisprudencial de hace varias décadas atrás, comenzó a excluir la posibilidad del pago en especie, para definir el pago dinerario como regla.

En este marco, un Plenario de la Cámara Civil de 1995 estableció que la obligación alimentaria es una deuda de dinero y que por tanto, se encuentra alcanzada por la Ley de Convertibilidad que no admite la actualización automática de las obligaciones dinerarias.

En el capítulo de alimentos entre parientes, el nuevo Código no utiliza esta misma estructura normativa y prefiere establecer como regla la prestación dineraria, y sólo como excepción, aparece la prestación en especie.

Siguiendo este razonamiento, sobre la base del estudio exegético del nuevo Código, podría sostenerse que la obligación alimentaria entre parientes se acerca al actual modelo de deuda dineraria, mientras que la obligación alimentaria parental se deslizaría de ese esquema y eventualmente podría consolidarse como deuda de valor.

Esta diversa consideración legal, permite deducir que quizás el fundamento de ambas obligaciones alimentarias es distinto, y ello justifica que puedan tener una diferente naturaleza.

Este nuevo art. 659 al incorporar a la prestación en especie como una forma legal de cumplimiento de la obligación, altera notoriamente esa doctrina jurisprudencial de naturaleza dineraria, pudiendo sostenerse ahora con suficiente base normativa, que la prestación alimentaria filial es una obligación de valor.

Sin perjuicio de la nueva consideración conceptual de esta prestación y ante la discutible subsistencia del mencionado plenario, la jurisprudencia más reciente ha previsto la fijación de cuotas alimentarias dinerarias con incrementos escalonados, a los efectos de eludir la prohibición de la actualización automática.

Finalmente, este artículo explica que la obligación alimentaria parental se constituirá en forma proporcional a las posibilidades económicas del obligado y a las necesidades del alimentado, conceptos que explicitan la clásica mención a la condición y fortuna del art. 658.

III. JURISPRUDENCIA

“Con posterioridad a la vigencia de la ley 23.928 (Adla, LI-B, 1752) no son legalmente admisibles los dispositivos de reajuste automático de las cuotas alimentarias, en función de los índices que reflejen la depreciación monetaria” (CNCiv., en pleno, 28/2/1995, LA LEY, 1995-B, 487 y en *Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia* - Marcos M. Córdoba [dir.], La Ley, 2004, 149 con nota de Mariela R. Spadaccini; Vilma R. Vanella).

“Debe fijarse en favor de dos menores una cuota alimentaria con incrementos escalonados, cuyo valor será mayor que la remuneración que figura en el recibo de sueldo del alimentante, pues, por el nivel de vida desplegado por el grupo familiar y los bienes que posee, debe tenerse por acreditado —por medios directos o indirectos— que aquél cuenta con recursos suficientes para contribuir en forma adecuada a la satisfacción de

las necesidades alimentarias de sus hijos" (CNCiv., sala B, 12/3/2013, La Ley Online, AR/JUR/9333/2013).

0Art. 660.— Tareas de cuidado personal. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Se trata de una nueva norma que no encuentra antecedentes en el Código Civil, y tampoco en los Proyectos de unificación de los años 1993 y 1998.

II. COMENTARIO

El nuevo texto abandona afortunadamente la terminología de "tenencia", que hemos criticado en variadas oportunidades desde hace más de veinte años por su poca adecuación a un sujeto de derechos como el niño.

Este artículo entonces, utiliza el término "*cuidado personal*" del niño para hacer referencia a la *convivencia* con el niño.

El reconocimiento económico de las tareas cotidianas de atención directa del hijo con quien se convive, es un gran avance del nuevo código y comprende todo lo relacionado con su aseo, alimentación, vestido, entretenimiento, pero fundamentalmente con su vigilancia y comunicación, todas ellas actividades que evidentemente tienen un costo material, en el caso que fueran encargadas a terceras personas.

Esta valoración económica es coherente con la factibilidad del pago en especie de la prestación alimentaria que establece el nuevo art. 659: la cuota del progenitor que no convive que era exclusivamente dineraria ahora puede ser en especie, mientras que la asistencia cotidiana del progenitor que convive con el hijo, que es naturalmente en especie, tiene ahora un reconocimiento económico dinerario.

Esta innovación no sólo implica que las tareas cotidianas de atención del hijo tienen un valor económico, sino que otorga entidad asistencial alimentaria a dichas importantes acciones diarias que realiza el progenitor que convive con el niño.

Por ello, esta norma significa un importante beneficio para el hijo, ya que pensamos que ese reconocimiento económico de las tareas de su cuidado personal deberá ser parte, a partir de esta nueva norma, de los convenios alimentarios y los procesos judiciales, de modo que esa inclusión haga traslucir el estricto grado de cumplimiento de la prestación de cada uno de los progenitores.

La jurisprudencia ya había reconocido el valor económico de las tareas de atención al hijo.

III. JURISPRUDENCIA

"El aporte dinerario para el mantenimiento del hijo menor debe pesar principalmente sobre el progenitor no conviviente, en tanto el otro cumple en buena medida la obligación emanada de los arts. 265, 267, 271 y 272 del Cód. Civil simplemente con el

cuidado personal puesto en la alimentación, vestido, vivienda y educación del niño, con mayor razón si aquél por motivos personales ha abdicado voluntariamente sobre sus deberes y obligaciones parentales y es la madre quien asume además de los rubros indicados la obligación alimentaria mayoritaria" (Trib. Coleg. Familia Nro. 5 Rosario, 16/4/2010, LLLitoral 2010 [julio], 691, AR/JUR/10408/2010).

"El deber alimentario correspondiente a ambos progenitores pero la obligación materna se estima cumplida con la atención que brinda al hijo cuya tenencia ejerce, viéndose el aporte económico —que debe ser menor al material— compensado en gran medida con dicha guarda y los gastos cotidianos que implica" (CCiv., Com. y Lab. Rafaela, 12/7/2002, LLLitoral 2003 [abril], 372, AR/JUR/3385/2002).

"La obligación alimentaria paterna hacia los hijos menores de edad que viven con la madre no se ve alterada por la circunstancia de encontrarse también la madre obligada, toda vez que realiza un cotidiano aporte en especie derivado del ejercicio de la guarda" (CCiv. y Com. Resistencia, sala I, 11/7/2002, LLLitoral 2003 [junio], 567, AR/JUR/5297/2002).

Art. 661.— Legitimación. El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por:

- a) el otro progenitor en representación del hijo;**
- b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;**
- c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.**

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta nueva norma encuentra su directa fuente en el art. 272 del Código Civil reformado por las leyes 23.264 y 26.618, que dispone que si cualquiera de los padres faltare a esta obligación, podrá ser demandado por la prestación de alimentos por el propio hijo, si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de sus parientes, o por el ministerio de menores.

En consecuencia, en el Código, el principal legitimado activo para promover la demanda de alimentos es el hijo. Por ser menor de edad, podía ser representado en el juicio por uno de sus progenitores —el que tenía la tenencia— cuando el reclamo se dirige contra el otro o, en caso en que los padres hayan sido privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio, por quien ejerza la tutela (art. 57 inc. 2 del Cód. Civil). Para el Código, tratándose de un menor adulto que cuente con más de catorce años, podrá él mismo iniciar la demanda, previa autorización judicial y con asistencia en el juicio de un tutor especial.

En la nueva norma, el esquema de legitimación activa es el mismo, con algunas importantes diferencias, se explicita la representación del otro progenitor para accionar, se introduce el concepto de madurez suficiente reemplazando el término cronológico de 14 años del menor adulto, se requiere asistencia letrada para el hijo que acciona, en lugar de un tutor especial. Finalmente la actuación de parientes o ministerio público es ahora explícitamente subsidiaria.

II. COMENTARIO

La legitimación activa de la acción alimentaria se mantiene primordialmente en cabeza del hijo, accionando en forma directa o representado por el otro progenitor, con quien usualmente convive.

La primera innovación importante refiere a las condiciones que ahora exige la ley para que el hijo accione directamente. La nueva norma requiere que el hijo tenga *madurez suficiente*, concepto cuyo alcance no queda definido en el artículo, por lo que puede presumirse que el Juez deberá apreciarla en el proceso, o bien puede entenderse que se alude al adolescente del nuevo art. 25, norma que así denomina a la persona menor de edad que cumplió trece años.

Sin embargo, de haber querido referirse al adolescente del art. 25, lo habría hecho en forma directa por su denominación, sin apelar a la madurez, que se trata de una condición que puede poseer un hijo que incluso no haya cumplido aún los 13 años.

2 Aquí vuelve a aparecer el reconocimiento del desarrollo madurativo y de la autonomía progresiva del hijo como una de las innovaciones más importantes de la reforma.

En este punto se suprime al tutor especial y acorde con la idea de madurez del hijo, se requiere ahora un letrado que lo asista, este sin dudas, será el que realizará el primer juicio de esa madurez, ya que deberá recibir su consulta y contratar la asistencia letrada con él, quizás sin intervención de sus padres.

Este artículo es coincidente con la solución prevista en la nueva norma del art. 679 que ha previsto expresamente el supuesto del juicio del hijo contra sus progenitores, determinando que el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

La segunda cuestión innovadora de este artículo es la referida a la legitimación subsidiaria de los parientes y del Ministerio Público. La subsidiariedad es una condición para habilitar esta amplísima legitimación, que ya existía en el Código. Esto significa que para que puedan accionar los parientes o el Ministerio Público, habrá que acreditar que ni el progenitor, ni el hijo maduro han querido accionar, o bien que el hijo no ha alcanzado la madurez suficiente.

La fundamentación de esta amplia legitimación de los parientes y del Ministerio Público encuentra fundamento en la Convención de los Derechos del Niño, en la amplia figura de los responsables del niño, y en el resguardo de su interés superior. Por otra parte, el Ministerio Público tiene a través del nuevo art. 103, una amplia potestad de actuación en favor de los menores, explicitada específicamente en caso de inacción de los representantes legales.

Habría que agregar a esta lista de legitimados al tutor, que en ejercicio de su cargo, puede reclamar alimentos con autorización judicial a los obligados legales (art. 119).

Art. 662.— Hijo mayor de edad. El progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla veintiún años. Puede iniciar el juicio ali-

mentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas.

Las partes de común acuerdo, o el juez, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente. Tal suma, administrada por el hijo, está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no presenta ningún antecedente de la solución que presenta esta norma y su fuente indirecta es la ley 26.579.

II. COMENTARIO

Como ya se ha visto, el nuevo art. 658 extiende el derecho alimentario hasta los 21 años, en consonancia con la legislación vigente a partir de la ley 26.579.

La doctrina nacional ha quedado dividida en relación con esta extensión legal de la prestación alimentaria al hijo mayor de edad.

Y esto así, por que se debate si esta obligación alimentaria del hijo mayor de edad, es aquella que surge entre los parientes, ascendientes y descendientes, y que alcanza a los hijos mayores de edad, o se trata de un instituto alimentario que proveniente del vínculo parental, aun cuando la responsabilidad parental ya no exista.

Una tercera posición sostiene que se trata de una figura especial, mixta que combina caracteres de las dos vertientes descriptas.

En el marco de esa prestación de estricta fuente legal específica para el hijo mayor de edad, este artículo establece que se autoriza al progenitor que convive con él a solicitarle una contribución al otro hasta que cumpla 21 años.

La norma mencionada se refiere a "*la contribución del otro*", de modo que puede presumirse que no se trataría de una cuota alimentaria *strictu sensu*, con lo que podría salvarse el problema interpretativo antes descripto. Sin embargo el propio art. 662 dice que el progenitor que convive con el hijo "*puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor*" y la última parte de dicho artículo es aún más explícita ya que indica que el progenitor conviviente "*tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas*".

Por lo tanto, del propio texto surge que se trata de una prestación alimentaria y no de un juicio de contribución de un progenitor al otro.

Las tres alternativas en que puede hallarse el hijo mayor de edad, menor de 21 años son las siguientes: que viva con ambos padres, que viva con solo uno de los padres o que no viva con sus padres.

La solución del nuevo Código, alcanza sólo al supuesto en que vive con uno de los dos progenitores, ya que en los otros dos casos, no se presentaría la situación de posible injusticia en relación con el progenitor que convive con el hijo mayor de edad menor de 21 años.

Esta problemática ya se debatía con la vigencia de la citada ley de mayoría de edad, y el nuevo Código la resuelve con la fórmula mencionada, estableciendo una contribución para el progenitor conviviente, motivada según los Fundamentos del Proyecto en la cobertura de los gastos del hogar.

Así, se menciona en dichos Fundamentos que *"dado que los alimentos deben cubrir algunos gastos del hogar, el anteproyecto concede legitimación al progenitor conviviente para obtener la contribución del otro al sostenimiento de dichos gastos pues de lo contrario ellos recaerían exclusivamente sobre el progenitor conviviente"* (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título VII, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Abeledo Perrot, 2012, p. 503).

Por ello, a pesar de las alusiones explícitas a un juicio alimentario o a cuotas alimentarias, esta figura entonces debiera situarse en el marco de un derecho de contribución en cabeza del progenitor conviviente y no de un derecho alimentario, ya que el hijo mayor de edad ya sea que conviva o no con sus padres, se encuentra en perfectas condiciones de iniciar la acción alimentaria contra ellos, y de cobrar y administrar esa cuota, ya que tiene plena capacidad civil.

El segundo párrafo del artículo establece otro nuevo instituto, que consiste en que las partes de común acuerdo, o en su caso el Juez, fijen una prestación directa al hijo mayor de edad abonada por el progenitor no conviviente.

En su última parte, el art. 662 aclara que esa suma tendrá como destino cubrir los *"gastos de la vida diaria"* y menciona algunos de los rubros que puede incluir. Esta posibilidad también resulta de relativa aplicación, en la medida que el beneficiario ya es mayor de edad y tiene plena capacidad civil para ejercer todas las acciones alimentarias a que tiene derecho hasta los 21 años. Quizás esta solución, hubiera sido beneficiosa aplicada al caso del hijo maduro o adolescente, pero carece de sentido en relación del hijo mayor de edad.

Por ello, parte de la doctrina sostiene que esta norma implica una limitación inadmisibles a la plena capacidad del hijo de más de 18 años y menos de 21 años, que ya es un sujeto mayor de edad. Estos autores opinan con todo acierto que se produce, indirectamente, un regreso encubierto a la condición de menor de edad de este hijo (Belluscio y Solari).

III. JURISPRUDENCIA

La mayoría de edad del alimentado trae aparejado el cese de la capacidad procesal de la progenitora que actuaba en el proceso de alimentos en ejercicio de la representación legal y necesaria de aquél (arts. 57, 272 y 274, Cód. Civil) mas, no obstante ello, conserva legitimación para el reclamo de alimentos atrasados desde la interposición de la demanda y hasta la mayoría de edad, pues la cuota alimentaria tiende a solventar necesidades impostergables y se presume que cuando el obligado no cumple con esa prestación, los gastos son afrontados por el progenitor conviviente (CCiv., Com.,

Lab. y Minería Neuquén, sala II, 7/6/2012, LLPatagonia 2012 [octubre], 577, AR/JUR/36875/2012).

"La modificación introducida al art. 265 del Código Civil por la ley 26.579 mantiene a cargo del alimentante la obligación alimentaria, la cual cesa de pleno derecho recién a los 21 años y no con la mayoría de edad" (CNCiv., sala I, 15/7/2010, LA LEY, 2010-E, 266).

Art. 663.— Hijo mayor que se capacita. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.

Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta nueva norma no tiene antecedentes en el Código Civil y encuentra sus fuentes inmediatas en el art.583 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1998 y en el art. 265 del Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 1993.

II. COMENTARIO

Se trata de una nueva extensión de la prestación alimentaria para un hijo mayor de edad. El art. 663 establece que la obligación alimentaria de los progenitores subsistirá hasta que el hijo alcance los 25 años, si la prosecución de sus estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse los medios necesarios para sostenerse por sí mismo.

Se plantea el mismo debate descripto en el comentario de los arts. 658 y 662, ya que la asignación de un derecho alimentario filial tiene su fundamento en la responsabilidad parental, y para el caso de un mayor de edad ya no existe esa vinculación jurídica entre progenitor e hijo, por lo que la fuente de esta obligación plantea el mismo interesante debate.

El fundamento de esta norma podría encontrarse en el nuevo art. 659 que incorpora la obligación de los padres de prestar alimentos que incluyan la posibilidad de *adquirir una profesión u oficio* para sus hijos, de modo tal que esos gastos posiblemente deban extenderse en el tiempo más allá de la mayoría de edad, por la propia dinámica de la obtención de una capacitación terciaria o universitaria, que no se logra habitualmente a los 18 años.

La nueva norma sin embargo, establece ciertas condiciones limitativas para que sea factible esta prestación, ya que el hijo o el progenitor con quien convive, deberán acreditar que la capacitación en cuestión le impide al hijo proveerse de los medios para sostenerse en forma independiente.

Nuestra jurisprudencia ya había receptado esta extensión alimentaria en algunos casos, e incluso le había otorgado un alcance mayor al previsto en esta nueva norma.

Así, algunos fallos habían permitido la continuidad de la cuota hasta concluir el cursado de una carrera universitaria.

En el Derecho Comparado, esta es una solución legal aceptada y generalmente se adopta con dos tipos de parámetros: estableciendo *nrsid15540838 una edad tope* para el derecho alimentario como en nuestro Proyecto de reforma, así ocurre en las legislaciones de Chile, Perú, El Salvador, Ecuador; u otorgando el beneficio sin edad límite, a veces extendiendo el derecho *hasta que concluyan los estudios o la formación profesional* que lo motivó, como en los casos de Francia, Italia y España.

Finalmente cabe señalar que la nueva norma no contempla el supuesto de continuación de la cuota alimentaria para el *hijo mayor de edad incapacitado* para proveerse los alimentos por sus propios medios, solución que sí ha merecido recepción jurisprudencial.

III. JURISPRUDENCIA

“Resulta procedente la fijación de una cuota de alimentos en favor del hijo mayor de edad que se encuentra cursando estudios universitarios y reclama la prestación alimentaria para hacer frente a las erogaciones que ello le demanda, siempre que el beneficiario acredite el desenvolvimiento de la actividad académica en forma regular. La solución expuesta se fundamenta en la obligación de los padres de facilitar el acceso de sus hijos a la debida instrucción, asegurando su ingreso, egreso y permanencia en los establecimientos educativos” (TFamilia Formosa, 2/10/1996, DJ, 1997-3-512).

“Es improcedente la solicitud de reducción de la cuota alimentaria formulada por el padre por haber arribado a la mayoría de edad, si ésta necesita dicha asistencia para poder concluir sus estudios terciarios. Dicha prestación, empero, sólo continuará siendo exigible en la medida que la beneficiaria prosiga sus estudios en forma regular y en el tiempo previsto para el desarrollo normal de la carrera elegida” (TFamilia Formosa, 20/5/1999, LA LEY, 2000-C, 894 y LL Litoral, 2000-102).

“El desarrollo de estudios universitarios con un alto nivel de rendimiento académico y dedicación colocan al hijo mayor de edad en la imposibilidad que requiere el art. 370 del Cód. Civil por lo que resulta procedente la continuación de la obligación alimentaria de los progenitores ya que las contingencias matrimoniales no deben incidir sobre la educación de los hijos y se debe privilegiar el derecho a la formación profesional pues una solución adversa devendría en instalar una marcada e inexcusable desigualdad entre los hijos convivientes con los padres bien avenidos, que jamás cuestionarían esfuerzos económicos para solventar sus estudios, y aquellos que tienen sus padres separados” (CCiv. y Com. 1ª Nom. Santiago del Estero, 22/11/2004, LLNOA, 2005-458).

“El progenitor debe abonar una cuota alimentaria a su hijo mayor de edad que cursa estudios universitarios, pues la formación de una nueva familia y la existencia de nuevos hijos alegada no es un reparo hábil, ya que esa circunstancia no hace más que agregar obligaciones, correspondiéndole al obligado realizar los mayores esfuerzos para cumplir satisfactoriamente las responsabilidades que le caben en razón de su paternidad para afrontar la manutención de su prole” (CCiv. Com. y Lab. Gualguaychú, 11/12/2012, LLLitoral 2013 (julio), 607 con nota de Rodolfo G. Jáuregui, AR/JUR/78886/2012).

Art. 664.— **Hijo no reconocido.** El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.

40838 I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código no establecía el derecho de alimentos a favor del hijo no reconocido y la fuente de esta norma puede encontrarse en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

II. COMENTARIO

El art. 664 prevé el derecho a alimentos provisorios del hijo no reconocido, mientras se produzca la acreditación sumaria del vínculo invocado. Este criterio ya había tenido recepción jurisprudencial, cuando el reclamo alimentario se interponía durante el juicio de filiación.

En el mismo sentido, el art. 586, establece que durante el proceso de reclamación de la filiación o “*incluso antes de su inicio*”, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor.

Como puede observarse, la solución del nuevo Código es muy importante, ya que el pedido alimentario se desvincula del juicio de reclamación de paternidad, y puede producirse el requerimiento alimentario aún antes que el juicio filiatorio, con sólo la acreditación sumaria del vínculo.

No se especifica en el artículo en qué consiste esa acreditación sumaria, aun cuando parece suficiente la sola denuncia del nombre del presunto progenitor, no siendo necesaria alguna otra probanza en esta instancia de reclamo.

Cabe destacar que se trata de un derecho a alimentos provisorios, que en general son prestaciones de toda necesidad, pero que luego con mayor prueba aportada serán definitivos y tendrán una mejor definición de su *quantum*.

La resolución judicial que fije estos alimentos provisorios deberá establecer un plazo para la interposición de la demanda de filiación, bajo apercibimiento de hacer cesar la cuota provisoria, si no se cumple con dicha carga de iniciar el reclamo de paternidad.

En este punto hubiera sido preferible que la norma establezca directamente un plazo legal expreso para interponer la demanda filiatoria.

III. JURISPRUDENCIA

“Corresponde el otorgamiento de alimentos provisorios a quien, ante la falta de reconocimiento voluntario del progenitor, ha demandado a éste por filiación, si el vínculo invocado surge *prima facie* verosímil, pues lo contrario importaría crear una imposibilidad formal insalvable al exigir una prueba indubitable que sólo se obtendrá con la sentencia firme que —eventualmente— declare esa filiación” (CNCiv., sala I, 7/9/2004, LA LEY, 2005-B, 215).

"Si bien el derecho a reclamar alimentos se apoya en el emplazamiento en el estado de hijo, en atención al carácter impostergable de las necesidades que los alimentos atienden, cabe otorgarlos con carácter provisional a quien a falta de reconocimiento voluntario ha demandado al alimentante por filiación y el vínculo invocado surge verosímil *prima facie*" (CNCiv., sala K, 3/2/2003, LA LEY, 2003-D, 266).

Art. 665.— Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código no establecía el derecho de la mujer embarazada para reclamar alimentos al presunto padre. La fuente inmediata puede encontrarse en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y en especial la reserva o declaración que realizó la República Argentina cuando adhirió a esta Convención.

II. COMENTARIO

Esta norma le otorga a la mujer embarazada derecho a reclamar alimentos en relación con el presunto progenitor del niño.

La norma otorga el derecho a reclamar alimentos a la mujer embarazada, pero esos alimentos son para el hijo. El fundamento de esta norma se encuentra en el principio de la existencia de la persona a partir del momento de la concepción (art. 19). Por ello tomando como base esta norma, es el hijo quien tiene el derecho alimentario, desde que es concebido, y la madre es quien pueda reclamarlos en su representación.

La primera condición que requiere la norma es la existencia de un embarazo probado que deberá acreditarse fehacientemente.

En segundo término, se requiere la prueba sumaria de la filiación, que tal como en el caso del art. 664, no puede ser otra que la denuncia de la madre embarazada en relación con el presunto padre. No parece que se pueda exigir otro tipo de pruebas en esta instancia del proceso.

Cabe destacar que esta norma, a diferencia del art. 664, no refiere a alimentos provisionales, pero por la precariedad de la prueba debieran tener también ese carácter.

Tampoco se realiza alusión alguna al futuro de esos alimentos una vez que nazca el hijo, aun cuando en ese caso se presume que se podrán convertir en los alimentos provisionales del art. 664, si es que el niño no fuera reconocido.

La jurisprudencia nacional ya había receptado esta cuestión en varios pronunciamientos.

La doctrina también había sostenido que el derecho a la prestación alimentaria de la persona por nacer se encuentra tutelado en el plexo de derechos internacionales con jerarquía constitucional (Romero y Hevia).

Por su parte, en los Fundamentos del nuevo Código sus autores explican que este supuesto se encuentra contemplado en varias legislaciones del derecho comparado y allí

se mencionan los casos de Francia, Suiza, El Salvador y Ecuador.

III. JURISPRUDENCIA

"Debe declararse el derecho de percibir alimentos al niño desde el nacimiento, toda vez que no resulta dable diferenciar a los niños nacidos de un vínculo extramatrimonial —en el caso, existe sentencia de reconocimiento de identidad filiatoria— de aquellos nacidos de una unión matrimonial, quienes naturalmente gozan del derecho a los alimentos desde la concepción" CCiv., Com. Lab. y Minería Santa Cruz, 12/11/2004, L.L. Patagonia 2005, 1064).

"Corresponde admitir como medida cautelar innovativa la solicitud de alimentos provisionales a favor de una persona por nacer incoada por la madre de ésta, pues la verosimilitud del derecho surge de la existencia del vínculo matrimonial entre la reclamante y el emplazado, y el peligro en la demora deriva de la gravedad de la progenitora y del abandono por parte del marido" (Trib. Coleg. Inst. Única Civ. 5ª Nom. Rosario - Familia, 6/8/2008, LA LEY 7/10/2008).

Art. 666.— Cuidado personal compartido. En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.

afs23I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este artículo no tiene antecedentes vinculados al Código Civil.

II. COMENTARIO

En el caso de cuidado personal compartido en la modalidad alternada, ambos padres conviven con sus hijos en períodos temporales sucesivos alternados de semejante extensión, por ello la nueva norma establece en este artículo que si ambos progenitores poseen recursos equivalentes, cada uno se hará cargo de la manutención, mientras el hijo permanezca bajo su cuidado personal.

Esta solución es coherente con la posibilidad de pago en especie de la cuota alimentaria y más aún con el principio de reconocimiento económico de las tareas cotidianas de atención personal del hijo.

Esta modalidad de cuidado personal compartido alternado, es quizás una de las formas más beneficiosas de ejercicio de la responsabilidad parental, en orden al interés superior del niño, ya que el hijo mantiene un contacto y comunicación semejante con

sus dos progenitores, por ello parece pertinente la regulación específica que establece este artículo.

En la medida que ambos progenitores cuenten con medios comparables y tengan el cuidado personal en periodos temporales semejantes, cada uno le brindará asistencia personal en similares proporciones, por ello, no se justifica la existencia de una cuota alimentaria adicional si esas prestaciones asistenciales son equivalentes.

Ahora bien, en el caso de progenitores con medios económicos disímiles y un cuidado personal compartido alternado, esa diferencia puede afectar gravemente al hijo que experimentará cambios en el nivel de vida según cuál sea el progenitor que lo tenga bajo su cuidado.

Estas diferencias de nivel socio económico no pueden perjudicar al hijo, por ello la norma establece la fijación de una cuota alimentaria que deberá proporcionar el progenitor que posea mayores ingresos, para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares.

III. JURISPRUDENCIA

“El hecho de que el niño pase dos días por semana con su padre, si bien incide en los gastos de alimentación a los fines de la fijación de la cuota alimentaria, no excluye las erogaciones de mayores costos como son el mantenimiento de la vivienda o el pago de servicios que deben sostenerse aun cuando el menor no los utilice todos la totalidad de los días de la semana” (CNCiv., sala I, 12/2/2014, AR/JUR/699/2014).

“No corresponde eximir al alimentante del pago de la cuota alimentaria durante el tiempo en el cual el hijo convive con él, pues dicha cuota está destinada a cubrir algunos rubros fijos —por ejemplo gastos de alquiler, expensas, luz, impuestos del inmueble, etc.— los cuales deben ser solventados por el progenitor que tiene la guarda aunque el menor se encuentre con el otro padre” (CNCiv., sala K, 3/2/2003, LA LEY, 2003-E, 349, AR/JUR/909/2003).

Art. 667.— Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores. El hijo que no convive con sus progenitores, que se encuentra en un país extranjero o en un lugar alejado dentro de la República, y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

6Esta nueva norma se vincula con el art.284 del Código Civil, cuyo texto reproduce, aun cuando se le incorpora una frase final referida al adolescente.

II. COMENTARIO

El nuevo Código ha reiterado la figura del art. 284 del Código estableciendo que si el hijo está alejado de sus progenitores, dentro o fuera del país, y tiene necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar en el país o por la representación diplomática nacional en el extranjero a contraer deudas para satisfacer esas necesidades.

El Código Civil refería en el art. 284 sólo a los menores adultos, mientras la norma nueva alcanza a todas las categorías de menores.

Ahora bien, si se tratara de un menor adolescente, no requerirá esa autorización, sino sólo el asentimiento del adulto responsable, previsión legal ésta que ha sido incorporada por el nuevo Código.

Este supuesto podría estar direccionado actualmente a jóvenes estudiantes que desarrollan su aprendizaje lejos de sus progenitores, ya sea en el país o en el exterior. Atento a que, por aplicación de esta norma, el menor podrá contraer deudas, y seguramente deberá llevar a cabo actos jurídicos, esa autorización judicial o diplomática o el mismo asentimiento del adulto responsable en su caso, significará una especie de *habilitación legal específica y limitada* a este caso particular. A ese único efecto el menor actuará con una habilitación especial acotada a esa circunstancia.

En la medida que el menor adolescente con 13 años cumplidos no requiere autorización sino sólo asentimiento del adulto responsable, la primera parte del artículo, que exige autorización judicial o diplomática, debe referirse a menores no adolescentes que tengan menos de 12, 11, 10 años o menos aún, por lo que esta figura, seguramente estará limitada en la práctica a casos muy excepcionales.

El adulto responsable del adolescente deberá ser aquel que se encuentre cerca del menor, ya que sus progenitores se encuentran alejados de él, pensamos en las autoridades del establecimiento educativo donde el adolescente estudia, aun cuando podría ser algún pariente o persona mayor cercana al menor quien le otorgue el asentimiento para contraer esas deudas.

En ese sentido, ese adulto responsable podría ser el responsable o encargado del niño de los arts. 3.2, 26 o 27 de la Convención de los Derechos del Niño, normas que ponen en su cabeza la asistencia de los niños que se encuentran bajo su responsabilidad, por ello ese responsable adulto debiera ser él mismo quien le proporcione los medios para las necesidades urgentes, antes que otorgarle el asentimiento para que se endeude con terceras personas, en una gestión que aparece difícil o casi imposible para un niño o joven.

Resulta difícil imaginar un caso concreto de aplicación de este artículo en nuestros tiempos, en especial, si nos preguntamos en que entidad bancaria o financiera podría contraer la deuda en cuestión, un niño de 11 o 12 años o un adolescente de 13 años o más, aun contando con autorización judicial, diplomática o el asentimiento del adulto responsable.

De todos modos, no deja de ser importante la consideración legal que hace esta norma del niño o adolescente, al considerarlo sin dudas como un sujeto de derechos en acción con capacidad jurídica.

Finalmente, para reclamar esta autorización o asentimiento debiera exigirse una extrema necesidad urgente como presupuesto esencial, ya que de tratarse de otro tipo de requerimientos del hijo que no sean tan urgentes, procedería la solicitud alimentaria extrajudicial a los padres, que siguen ejerciendo la responsabilidad parental y por tanto siguen obligados a la prestación alimentaria del art. 658 aun cuando no se encuentren cerca del menor.

Art. 668.— Reclamo a ascendientes. Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosíblemente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no presenta artículos relacionados directamente con esta norma, que encuentra su fuente en la Convención de los Derechos del Niño.

II. COMENTARIO

El deber alimentario de los ascendientes y en particular de los *abuelos*, ha provocado un amplio debate doctrinario y jurisprudencial en nuestro derecho.

Los abuelos tienen una obligación alimentaria expresa respecto de sus nietos, proveniente del parentesco.

Lo discutible consiste en determinar que naturaleza jurídica y alcance tiene el deber alimentario de los abuelos y particularmente, si es sólo derivada del parentesco o puede tener otra fuente.

No se puede desconocer la obligación de los abuelos como parte del derecho alimentario entre parientes, ya que surge explícita tanto del Código Civil (art. 367 I°) como de la nueva norma codificada (art. 537 inc. a). En este caso, se trata de una obligación *subsidiaria* en relación con los progenitores y estará delimitada a cubrir sólo las necesidades vitales básicas del nieto.

Y esto es así porque en el ámbito de los alimentos provenientes del parentesco, y en particular entre ascendientes y descendientes, el pariente más próximo excluye al más alejado, así lo dicen expresamente el Código Civil y el nuevo art. 537 inc. a), de modo que sólo será obligado el abuelo si el progenitor que es más cercano no puede prestarlos.

En cambio en el ámbito de los alimentos provenientes del vínculo filiatorio, el fundamento no es la necesidad vital, y la proximidad de parentesco poco importa, sino que el carácter de hijo menor de edad sirve de único basamento para exigir alimentos a los progenitores o a cualquier pariente o persona que sea responsable del niño.

Por ello, en este plano, la doctrina encontraba en duda la obligación del abuelo, aun cuando la Convención de los Derechos del Niño, impuso una certeza que alcanza no sólo a los abuelos sino a los responsables del niño en general (arts. 3.2, 26 y 27 de la CIDN).

Por ello, si la obligación de los abuelos se trata de una prestación vinculada a la relación parental-filial, parecería como una obligación extensiva de aquella de los progenitores. En este caso, el deber del abuelo no sería necesariamente subsidiario, y entonces podría reclamarse en forma simultánea o incluso antes que al reclamo a los padres, si fuera más beneficioso para el niño y por supuesto, no se reduciría a cubrir sólo el mínimo vital del nieto, sino que tendría la misma consideración en cuanto a la configuración y *quantum*, que el alimento del progenitor.

La jurisprudencia fue combinando ambas posiciones y arribando a soluciones muy particulares, ya que en muchos casos se resolvió por la subsidiariedad de la obligación, pero se fijaron cuotas que excedían las obligaciones alimentarias entre parientes, en otros casos se decidió por el reclamo directo no subsidiario, pero se fijaron cuotas de toda necesidad.

Finalmente, la Corte Suprema en un fallo del año 2005 fijó un criterio muy especial, ya que reconoció el deber alimentario de los abuelos, pero requirió que los reclamantes acreditaran la imposibilidad de obtener el cumplimiento alimentario de parte de los padres, acercándose a la posición que considera que esta obligación alimentaria es subsidiaria.

Este pronunciamiento de la Corte al decir de la doctrina (Jáuregui) ha intentado compatibilizar ambas posturas, aunque es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que le incumbe a los ascendientes, aun cuando a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño la Corte señala que —cuando los beneficiarios son menores de edad— tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación.

La nueva norma parece consagrar en este artículo la factibilidad de demandar simultáneamente a los abuelos y progenitores, “*en el mismo proceso...o en proceso diverso*”, sin embargo, su última parte exige que deba acreditarse —además de lo previsto en el título del parentesco—, verosíblemente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado, con lo que sigue la línea interpretativa del mencionado fallo de la Corte Suprema.

De modo que aun cuando, con este nuevo artículo, es factible una demanda alimentaria simultánea dirigida a progenitores y abuelos, no prosperará en relación con los abuelos sino se acredita la dificultad para recibir el alimento del progenitor. Esta solución legal le otorga un carácter subsidiario a estos alimentos por lo que pensamos que no se condice con el carácter del alimento proveniente de la relación filial que merece la protección de la Convención de los Derechos del Niño.

III. JURISPRUDENCIA

“Debe revocarse la sentencia que rechazó la demanda por alimentos interpuesta por la madre, en representación de sus hijos menores, contra el abuelo paterno a raíz del incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del progenitor, si la actora ha demostrado la insuficiencia de medios para hacer frente a la manutención de sus hijos y la ejecución de alimentos no ha podido llevarse a cabo porque el padre carece de trabajo fijo y de bienes a su nombre, pues, al resolver del modo indicado, el a quo desvirtuó el derecho al sustento alimentario de los reclamantes amparado por el art. 367 del Cód. Civil, desatendiendo las directivas sentadas por la Convención sobre los Derechos del

Niño (Adla, L-D, 3693), en tanto ha colocado a los menores en una situación de grave peligro al no poder cubrir sus necesidades más elementales" (CSJN, 15/11/2005, LA LEY, 2006-A, 606).

"La cuota alimentaria impuesta a los abuelos, a diferencia de la existente respecto de los padres, se limita a satisfacer las necesidades imposterables y elementales del menor, y su carácter subsidiario y asistencial que impide que se exija a aquéllos el mismo monto que debería cubrir el progenitor" (CNCiv., sala C, 26/2/2013, La Ley Online, AR/JUR/3305/2013).

"La procedencia de la acción alimentaria contra el abuelo requiere la demostración de que ninguno de los progenitores se encuentra en condiciones de procurar alimentos a sus hijos" (CNCiv., sala A, 30/3/2001, LA LEY, 2001-D, 84).

"La obligación alimentaria de los abuelos respecto de los nietos es subsidiaria y el padre que los reclama debe justificar la insuficiencia de sus recursos y las del otro padre, o bien la imposibilidad de suministrar los alimentos" (CNCiv., sala C, 24/2/2004, LA LEY, 2004-E, 281).

"El abuelo de un menor de edad debe ser condenado a afrontar la cuota alimentaria en forma subsidiaria y automática, dado que la actitud proclive al incumplimiento del obligado alimentario lleva a considerar que la madre se enfrentará a la necesidad de recurrir permanentemente a vías forzadas para obtener el pago, por lo que, frente al incumplimiento del obligado principal y verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente deberá afrontar su obligación alimentaria el abuelo, quien debe cargar con un 50% de la cuota que corresponda a su hijo" (CCiv., Com. y Lab. Gualeguaychú, 28/8/2012, LLLitoral 2013 [mayo], 377).

"Es inadmisibles la pretensión de la madre de reclamar alimentos contra el abuelo paterno de su hijo menor de edad, si no ha podido acreditar la falta de medios del obligado principal, la insuficiencia de sus recursos y el caudal económico de los abuelos, puesto que en este tipo de procesos es necesario demostrar que el demandado está en una situación económicamente holgada como para atender a sus necesidades, sin que ello le produzca perjuicio en la atención a sus propias necesidades, tanto materiales como espirituales" (CNCiv., sala K, 26/6/2007, La Ley Online, AR/JUR-5436/2007).

Art. 669.— Alimentos impagos. Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación.

Por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta nueva norma no encuentra antecedentes en el Código Civil o en los proyectos de reforma precedentes.

II. COMENTARIO

La nueva norma se refiere a los alimentos impagos, o sea a una prestación alimentaria a la que se tiene derecho pero que no ha sido debidamente cumplimentada.

Tratándose de alimentos en favor de los hijos menores, puede deducirse que esa obligación nace con la concepción del niño y que no podría caducar por inacción beneficiario atento a que recién cuando éste tenga madurez suficiente podrá reclamarlos por sí (art. 661).

Tampoco correspondería que exista caducidad por inacción de los representantes del niño, y en este punto cabe recordar lo que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su art. 645.

La nueva norma alude a la existencia de un reclamo judicial o extrajudicial como presupuesto para la solución definida y en ese marco, señala que la obligación alimentaria se torna efectiva desde la interposición de la demanda o desde el día de la interpelación por medio fehaciente.

Las prestaciones alimentarias de los hijos que hubieran sido necesarias y fueran anteriores a esos dos hitos temporales, se presume que fueron proporcionadas por el otro progenitor. Y si esto no fuere así, el hijo tendrá, a partir de su legitimación activa, el derecho a reclamar por los perjuicios sufridos tanto por el incumplimiento alimentario como por la inacción de sus progenitores.

En ese marco, la nueva norma establece que se pueden exigir los alimentos para los hijos desde el momento de interposición de la demanda o desde la interpelación por medio fehaciente siempre y cuando en este último caso se interponga la demanda en el término de seis meses de aquel reclamo extrajudicial. En los Fundamentos de la reforma sus autores explican que de esta forma se pretende evitar retroactividades "abusivas" (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Título VII).

De modo que se requiere al otro progenitor o al resto de los legitimados por el art. 661, con excepción del hijo maduro, un reclamo fehaciente judicial o extrajudicial que establezca el hito temporal a partir del cual se podrá exigir el pago de los alimentos atrasados.

Pensamos que esta norma y sus hitos temporales no se aplicaría en relación con el hijo menor con madurez suficiente ya que en ese caso serían los progenitores los que deberían probar ante el reclamo del hijo maduro que han proporcionado la prestación desde su concepción, ya que el derecho a reclamar no podría nacer para él con una retroactividad limitada a la interposición de una demanda o al reclamo extrajudicial fehaciente.

Además respecto del hijo maduro no podrían existir las "retroactividades abusivas" que los Fundamentos del nuevo Código pretenden eliminar con esta norma.

También es dudosa la solución propuesta en relación con el plazo de seis meses que se impone para evitar dichas retroactividades abusivas, ya que se puede pensar en un caso en que se realizó la interpelación fehaciente y la demanda se interpuso por diversas causas, unos diez meses después de aquella, según la norma, la reclamación de los alimentos impagos quedaría reducida a sólo seis meses, con el consecuente perjuicio para los hijos, que podrían perder cuatro meses de prestación.

La solución de este nuevo artículo parece más apropiada a los alimentos entre parientes (art. 548), especie alimentaria donde los presupuestos probatorios son de naturaleza esencial al punto tal que la inacción del alimentado significa ausencia de estado de necesidad y por tanto inexistencia de obligación alimentaria del pariente obligado.

Pero en el caso de los alimentos para los hijos, el presupuesto obligacional es legal y surge del vínculo filial mismo, de modo que los progenitores saben desde que han concebido un hijo, que deben alimentos para ese niño, esa obligación no nace, ni caduca por la existencia o ausencia de un reclamo judicial o extrajudicial, sino que nace del vínculo mismo.

El obligado, al saber que tiene un hijo conoce su obligación y debe cumplirla, si no lo hace no resulta justo que se libere por la inacción judicial o extrajudicial del otro progenitor, como si la obligación naciera de ese reclamo. Y tampoco se liberaría por la cobertura completa que realizara el progenitor reclamante dado el caso, porque ambos son obligados primarios e inexcusables por el carácter de orden público de la obligación. Por ello son nulos los convenios que los progenitores puedan hacer respecto del derecho alimentario en favor de sus hijos, como cuando se ha querido asumir unilateralmente uno solo de ellos esa obligación o renunciar uno de ellos a ese deber con el consentimiento del otro.

Y es precisamente por ello, que en el nuevo Código en varias normas aparece el derecho de reembolso por los gastos alimentarios realizados en favor del hijo ante el incumplimiento del otro.

Las falencias apuntadas de esta norma se podrían salvar con una correcta interpretación del segundo párrafo de este artículo que refiere al derecho a reembolso que tiene "por el período anterior" el progenitor que asumió el cuidado del hijo y realizó gastos alimentarios que le correspondían al otro.

Este segundo párrafo entonces, merece dos posibles interpretaciones, la primera consistiría en considerar que el mencionado "período anterior" refiere al mencionado lapso de seis meses, ya que es el único período enunciado en forma expresa en el párrafo primero. Esto significaría que el derecho a reembolso se refiere a los gastos que solventó el reclamante en el lapso intermedio entre la interpelación fehaciente y la acción alimentaria que exceda el período de seis meses que impone la norma. Pensemos en el ejemplo anterior, en un reclamo judicial iniciado diez meses después de la interpelación extrajudicial fehaciente, la norma solo reconoce derecho alimentario reclamable por los seis meses anteriores a la demanda, los gastos del lapso de cuatro meses anteriores a ese período, serían pasibles de un derecho de reembolso no de una acción alimentaria. Con esta interpretación se salva la cuestión de los cuatro meses antes apuntada, pero no se resuelve el mencionado problema que ubica al derecho alimentario naciendo de un reclamo judicial o extrajudicial, en lugar de situar su origen en la concepción del niño.

Una segunda posible interpretación consiste en sostener que los gastos reembolsables del "período anterior" a que se refiere esta nueva norma son aquellos anteriores a ese reclamo judicial o extrajudicial, que ya no son pasibles de una acción alimentaria retroactiva, pero que corresponde que sean reembolsados por que constituyeron prestaciones alimentarias que solventó en forma exclusiva el progenitor que asumió el cuidado personal del hijo, durante periodos muy anteriores al reclamo judicial. Este sería el caso

por ejemplo, de una demanda alimentaria iniciada en un plazo menor a seis meses de la interpelación, de modo que la norma habilita el cobro de esos alimentos devengados e impagos desde el momento de la interpelación, pero sin embargo, antes de esa interpelación, el progenitor obligado tampoco había cumplido con su obligación asistencial por largos "períodos anteriores" a ese reclamo extrajudicial. En esta situación el progenitor conviviente que solventó las necesidades del hijo, por esos largos períodos anteriores a la interpelación fehaciente, debería tener derecho a un reclamo alimentario o a un eventual reembolso por esos gastos realizados que correspondían a ambos padres.

Finalmente, es importante destacar que esta norma no realiza una mención expresa de la mediación prejudicial como momento que establezca retroactividad de efectos, sin embargo en los *Fundamentos* del Proyecto, los autores expresan que la mediación es un hito de interpelación que retrotrae efectos: "entendiéndose que también involucra la mediación en aquellos ámbitos en los cuales este tipo de resolución pacífica de conflictos es previa y forma parte de todo reclamo alimentario".

III. JURISPRUDENCIA

"La cuota alimentaria rige a partir del día en que se inició el proceso de mediación, pues la ley 24.573 impone un trámite previo obligatorio a la promoción de la demanda, por lo que es dable interpretar que la directiva impuesta por el art. 650 del Cód. Proc. Civil y Comercial se ha visto sustancialmente modificada en dicho aspecto" (CNCiv., sala C, 13/8/2013, La Ley Online, AR/JUR/52633/2013).

"La demora de la madre de la menor en reclamar lo adeudado, no es oponible cuando los beneficiarios son menores, pues no puede hacerse cargar sobre los verdaderos acreedores, los alimentados, la omisión de quien los representa" (CNCiv., sala C, 26/11/1991, LA LEY, 1992-E, 136, AR/JUR/1435/1991).

"El accionado debe indemnizar a sus hijas por el daño moral sufrido a raíz del incumplimiento en el pago de la obligación alimentaria a su cargo, en tanto incurrió en una conducta antijurídica que provocó a aquellas aflicciones y padecimientos desde pequeñas, debido a la incertidumbre familiarmente vivida de contar con su aporte económico" (CCiv. y Com. Junín, 15/12/2011, LLBA 2012 [febrero], 85, AR/JUR/78943/2011).

"Corresponde confirmar la sentencia que condenó al progenitor a abonar una cuota alimentaria a su hija menor de edad reconocida en juicio de filiación desde el día de su nacimiento, pues los padres deben alimentos desde el momento de la concepción, en tanto la fuente de tal obligación es la patria potestad, que comienza a generar sus derechos y deberes con el inicio de la existencia de la persona, los cuales no pueden ser objeto de renuncia, en virtud de sus fines tuitivos y su naturaleza de orden público" (TSJ Santa Cruz, 7/7/2010, DFyP 2010 [diciembre], 134).

Art. 670.— Medidas ante el incumplimiento. Las disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no contenía normas que hagan referencia a medidas relativas al incumplimiento alimentario.

II. COMENTARIO

Las medidas que se toman ante el incumplimiento del deudor alimentario mencionadas en esta norma deben distinguirse de aquellas que tienen como objetivo asegurar ese cumplimiento.

Entre estas últimas, en el capítulo de alimentos entre parientes surge una importante innovación con la mención expresa de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos “*futuros, provisionales, definitivos o convenidos*” (art. 550).

El art. 550 establece entonces que “*el obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes*”. La aparición en el nuevo Código del concepto de garantía del pago de la obligación alimentaria, es una importante incorporación, ya que en la práctica actual, la obligación alimentaria es la única obligación “*dineraria*” del derecho civil, que no merece la inclusión de garantías de cumplimiento de la prestación en los convenios que la determinan o en las sentencias que la establecen.

Entre las medidas que surgen ante el incumplimiento alimentario el capítulo de alimentos entre parientes contempla dos valiosas soluciones aceptadas por la doctrina y el derecho comparado:

a) En primer término, se establece la responsabilidad solidaria de quien incumple la orden judicial de retener una suma correspondiente a una obligación alimentaria del dependiente o acreedor (art. 551).

b) En segundo lugar, se fija la tasa de interés que devengan las sumas debidas por alimentos determinando que puede alcanzar la equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según las reglamentaciones del Banco Central, a la que se adicionará aquella que resuelva el juez, según las circunstancias del caso (art. 552).

Finalmente, el nuevo art. 553 determina que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.

Pensamos que todas las medidas anteriores, ya sea las referidas al aseguramiento de la obligación, como aquellas que nacen del incumplimiento, son enteramente aplicables a los alimentos provenientes de la responsabilidad parental.

III. JURISPRUDENCIA

och“Es procedente ordenar la prohibición de salir del país al progenitor alimentante, incumplidor de la cuota alimentaria fijada judicialmente, en tanto las medidas tomadas en pos de su cumplimiento —inscripción de éste en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos y denuncia en su contra en sede penal por incumplimiento a los deberes de asistencia familiar— resultaron infructuosas, ya que deben atenderse la satisfacción del superior interés del niño, el cual prevalece por encima de cualquier otro interés legítimo o simple, conforme el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la

tutela judicial efectiva en tiempo útil, en virtud del art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos” (Trib. Coleg. Inst. Única Civil 5ª Nom. Rosario [de Familia], 29/10/2010, LA LEY, 2011-A, 226 con nota de Jorge L. Kielmanovich, AR/JUR/64548/2010).

“Es procedente la retención directa de la cuota alimentaria sobre los haberes del demandado, siendo irrelevante el carácter ganancial de los ingresos que aquél percibe, pues el art. 1275 inciso primero del Cód. Civil claramente establece como carga de la sociedad conyugal el pago de los alimentos para los hijos comunes y los legítimos de uno de los cónyuges” (CNCiv., sala M, 16/11/2006, LA LEY, 2007-C, 184 con nota de Néstor E. Solari, AR/JUR/7774/2006).

CAPÍTULO 6

DEBERES DE LOS HIJOS

Por OSVALDO FELIPE PITRAU

Bibliografía sobre la reforma: MIZRAHI, MAURICIO, “La responsabilidad parental. Comparación entre el régimen actual y el del Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-B, 837.

♦ ♦ ♦

Art. 671.— Enumeración. Son deberes de los hijos:

- a) respetar a sus progenitores;**
- b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;**
- c) prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.**

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Esta nueva norma se relaciona con el art. 266 del Código Civil, modifica su estructura incorporando una enumeración con acápites pero reitera sus principales conceptos, y aparece como novedad la mención al interés superior del hijo proveniente de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.

AF31505II. COMENTARIO

La nueva norma mejora el texto del art. 266 formalizando una enumeración de los deberes del hijo para con sus progenitores.

Como primera observación, podemos señalar que, se trataría en principio de deberes de los hijos menores de edad, ya que se ubica en el Capítulo 6 del Título VII de Res-

ponsabilidad Parental.

El texto del art. 266 del Código señalaba que estos deberes existían aun cuando los hijos se encontraran emancipados y se hacía referencia a cuidarlos en la ancianidad, lo que hacía suponer la subsistencia del deber en la mayor edad. En apoyo a esto la doctrina destacaba que el deber de respeto no se hallaba circunscripto sólo a los hijos bajo patria potestad, y esto tenía su correlato en otras normas que establecían efectos a la falta de respeto a los padres como en los casos de indignidad y desheredación (arts. 3747, 3291 y ss.) cualquiera que fuera la edad del hijo (Bueres-Highton).

En la nueva norma aquellas menciones a los hijos emancipados ya la ancianidad de los padres han desaparecido. Por el contrario, la alusión a colaboración de los hijos "*propia de su edad*" (inc. c) y al "*interés superior*" (inc. b) hace suponer que esta nueva norma sólo se refiere a deberes propios de los hijos menores de edad en el marco de la responsabilidad parental.

Cierto es que se mantiene algún deber de respeto en las nuevas normas de indignidad sucesoria (art. 2281) que puede hacer pensar que el deber de respeto subsiste en la mayor edad y aun después de la muerte del progenitor.

Pero con esta solución aparentemente limitativa de los deberes se ha desaprovechado una oportunidad, ya que si la nueva norma hubiera mantenido expresamente la existencia de estos deberes filiales aun en la mayoría de edad y en especial, refiriendo la ancianidad de los progenitores y ascendientes, hubiera sentado las bases para estructurar un derecho de la ancianidad que no comienza aún a surgir en nuestro sistema jurídico.

1. Deber de respeto (inc. a). Reciprocidad

Esta obligación de los hijos se relaciona con la especial consideración que merece la figura de los progenitores para los hijos menores. Es un deber sin dudas recíproco, que no está expresamente replicado entre los deberes de los padres del nuevo texto, como tampoco lo estaba en el Código Civil, pero que surge implícito del propio estatuto de la responsabilidad parental, que refiere en el art. 646 a algunos "respetos" específicos. Hubiera sido muy beneficioso que la reforma hubiere explicitado en forma simétrica también un deber de respeto genérico de los padres a los hijos.

2. Deber de obediencia limitado por el interés superior del niño (inc. b)

Si bien la reforma no lo menciona como tal, sino que lo refiere como el cumplimiento de las decisiones de los padres, se trata del clásico deber de obediencia. Sin embargo, la nueva norma introduce un nuevo principio que relativiza este deber de obediencia en forma determinante: el hijo obedecerá lo resuelto por sus padres en tanto no contradiga su *interés superior*.

El *interés superior del niño*, es un principio central de la Convención que enuncia que ese interés está

42 primero en el orden de jerarquía, y que por ende está por encima de los intereses de los adultos de la familia.

La disposición del art. 3.1. de la CDN constituye un "principio" estructurante que obliga a diversas autoridades e, incluso, a instituciones privadas a estimar el "*interés superior del niño*" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones (Mizrahi).

Este art. 671 se suma así a los arts. 26, 64, 104, 113, 594, 604, 620, 627, 639, 706, 2634, 2637, 2639 y 2642 del nuevo Código que mencionan al interés superior del niño.

Por ello, esta innovación del art. 671 y de las citadas normas aparecen como una modificación muy trascendente de la reforma, porque otorgan operatividad concreta al celebrado principio del *interés superior del niño*. En los últimos años, este principio se ha masivizado, pero en un plano de utilización meramente discursivo y teórico, habiendo perdido su dinámica inicial, algo que se observa en su ausencia de aplicación concreta en los procesos familiares más cotidianos como los juicios de divorcio, alimentos y visitas.

Cabe preguntarse a la luz de este nuevo artículo, si el hijo podrá hacer por sí mismo el juicio valorativo donde concluya que la orden de sus padres contradice su interés superior o bien deberá recurrir a un juez o a un tercero que establezca esta contradicción.

En ese sentido cabría plantearse como se hará efectiva la oposición del hijo a una decisión de sus progenitores que es considerada objetivamente beneficiosa para el hijo y que éste interpreta que no se condice con su interés.

En este punto habrá que desarrollar una práctica profesional interdisciplinaria de apoyo a los hijos, que deberán llevar a cabo operadores familiares que puedan orientar a los niños para interpretar los alcances de su interés superior. La misma figura del abogado del niño puede potenciarse con este tipo de normas.

Sin perjuicio de ello, cabe destacar que la nueva norma del art. 645 mantiene la necesidad del consentimiento de ambos progenitores para que el hijo pueda estar en juicio, siempre que no esté habilitado a actuar por sí.

Sin embargo, el nuevo art. 677 en su segundo párrafo establece que se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso de manera autónoma con asistencia letrada.

En adición a ello, el art. 679 ha previsto expresamente el supuesto del juicio del hijo contra sus progenitores, determinando que el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

En este marco cabe preguntarse si la aplicación sistemática de una oposición filial basada en el interés superior podría significar el fin del deber de obediencia, tal como se lo conoce, y si esto significaría poner en crisis la facultad decisoria y correctiva de los progenitores.

Sin perjuicio de ello, se trata de un artículo muy positivo porque recepta la idea central de la Convención de los Derechos del Niño: un niño que sea sujeto real de derechos y pueda comenzar a ejercerlos en un mundo de mayores.

3. Deber de colaboración y cuidado (inc. c)

Este deber tiene directa vinculación con el principio de solidaridad familiar y excede a la asistencia meramente material alimentaria a favor de los progenitores.

Este deber deberá adecuarse en su cumplimiento a la edad y estado de desarrollo del hijo y no se refiere sólo a los padres sino a todos los ascendientes que necesiten ayuda.

Así como ocurre en el acápite anterior donde se consagra normativamente la aplicación del interés superior del niño, en este inc. c) se explicita una concreta acción de solidaridad familiar pura.

En este artículo se establece que el hijo no se encuentra obligado a obedecer, sino que debe actuar en cuidado y ayuda de sus padres y abuelos necesitados, colaborando con ellos, aun cuando no existan órdenes o decisiones parentales de por medio.

Nótese que el nuevo artículo utiliza el término "*cuidado*" para definir la acción del hijo del mismo modo que ese mismo término es central en la configuración de los deberes de los padres respecto de los hijos menores.

En la medida que se trata de una obligación legal, podría ser exigible, en especial si consideramos que esta norma debería ser aplicable a los hijos mayores de edad, aun cuando de su texto ya no surge expresamente este alcance legal.

43III. JURISPRUDENCIA

"La Convención de los Derechos del Niño (Adla, L-D, 3693) —específicamente el art. 1°— persigue el objetivo de que el niño pueda desempeñar una actitud autónoma, acordándole la facultad de ser oído y de ser considerado de manera distinta de la de sus progenitores, admitiéndose, incluso, que pueda designar su propio abogado".... "Las prerrogativas del niño como persona no deben conspirar contra la familia sino fortalecerla, y cuando se deba tomar una decisión que lo involucre debe escuchársele, respetando así su individualidad" (CNCiv., sala I, 20/10/1998, LA LEY, 1999-D, 149, DJ, 1999-2-418, ED, 181-141, AR/JUR/2728/1998).

"La 'autoridad pública' a la que los padres pueden solicitar la asistencia necesaria para que los hijos menores que dejasen el hogar, que se hubieren sustraído a su obediencia o en caso de que otros los retuvieran, sean puestos nuevamente bajo su autoridad (art. 276, Cód. Civil), no se limita a los órganos administrativos pues comprende a los jueces, quienes deben procurar la asistencia necesaria y las medidas de amparo que resulten convenientes" (CNCiv., sala G, 20/9/2001, DJ, 2002-1-407, LA LEY, 2002-B, 352, JA, 2002-I, AR/JUR/1843/2001).

CAPÍTULO 7

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES E HIJOS AFINES

Por GRACIELA CRISTINA IGNACIO

Bibliografía sobre la reforma: BRUNEL, TAMARA F., "Familias ensambladas: ¿un fenómeno social que anhela ser reconocido por el derecho argentino?", RDF, 29-183, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; BRIOZZO, MARÍA SOLEDAD, "La figura del progenitor afín en la reforma proyectada: Superó la falta de lineamientos institucionales que determinan su figura?", Revista Electrónica del Instituto "Ambrosio L. Gioja", año VII, N° 12.2014, p. 12; CHECHILE, ANA M., "Derecho alimentario entre hijos y padres afines", JA, 1997-I-860; DAVISON, DORA, "Familias ensambladas, reconstituidas, reconstruidas... Acerca de la denominación", www.familiasonline.com.ar; GROSMAN, CECILIA P. - MESTERMAN, SILVIA, "Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el ordenamiento legal", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1989; GROSMAN, CECILIA P. - MARTÍNEZ ALCORTA, IRENE, "Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias. Problemas y soluciones legales", Universidad, Buenos Aires, 2000; FELDMANN, CLAUDIA Ioch K., "Un fallo señero que consolida la constitucionalización del derecho de familia. El progenitor afín: obligación alimentaria finalizada la convivencia", RDF, 2013-III, 117, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; GUERRA, CLAUDIA, "Familias ensambladas. La necesidad de su regulación legal", RDF, 2011-52-47; JAUREGUI, RODOLFO G., "La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos", DFyP, 2014-03, La Ley, Buenos Aires, p. 66; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "Alimentos a favor de los hijos de padres separados" de ALEGRIA, HÉCTOR, MOSSET ITURRASPE, JORGE, RDPyC, 2001-I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001, p.109; MÉNDEZ COSTA, MARÍA JOSEFA, "Alimentos y familia ensamblada", LA LEY, 1996-D, 466; OTEÑO, MARIANO C., "Los alimentos en el proyecto", LA LEY, 2012-D, 995; PAGANO, LUZ M., "Participación de los niños en los procesos de régimen de comunicación promovidos por sus progenitores afines", RDF, 62-105, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; PITRAU, OSVALDO FELIPE, "La prestación asistencial alimentaria en la familia ensamblada", RDF, N° 25, p. 105; ZUCCARINI, AYELEN, "¿Quién dijo que todo tiempo pasado fue mejor? Mañana es mejor. Nuevas estructuras familiares y generaciones futuras", RDF, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

♦♦♦

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No se observan antecedentes en el Código Civil tal como está previsto en la reforma.

II. COMENTARIO

1. La denominación y su alcance

La denominación progenitor afín, que es nueva en nuestra legislación, se encuentra bien definida en la nueva normativa con deberes precisos adecuados a los cambios sociales que ha vivido la familia y las sucesivas reformas normativas.

En el Código Civil anterior, existían normas generales que reconocían vínculo jurídico entre el cónyuge y los parientes consanguíneos del otro y ciertos efectos, que se reproducen en el Código reformado. Sin embargo se adelanta desde ya, para evitar

equivocos, que la denominación de progenitor afín, puede no ser un pariente por afinidad porque comprende también al conviviente del padre/madre del niño (Ugarte).

2. El parentesco por afinidad

a142El parentesco por afinidad o por alianza tiene lejanos orígenes. Foustel de Coulanges dice que: "la institución del matrimonio es tan antigua como la raza indoeuropea, como la religión doméstica, pues la una va aneja a la otra".

El matrimonio da nacimiento al parentesco por afinidad de uno de los cónyuges con relación a los parientes del otro, dentro de las reglas establecidas por el legislador.

Las leyes reglamentan este parentesco porque produce una serie de efectos con relación a los cónyuges y los parientes de uno de éstos con respecto a los del otro, lo que justifica su determinación. Así tiene importancia en cuanto a la obligación de alimentos en lo que se refiere a impedimentos del matrimonio en instrumentos públicos; en procedimientos judiciales. En realidad los afines no son parientes y la expresión parentesco por afinidad es inexacta. Ellos vienen a unirse a la familia por el matrimonio. A lo sumo podría hablarse de miembros de la familia por alianza (Planioi-Ripert-Douest).

Los parientes consanguíneos de un cónyuge son parientes por afinidad del otro cónyuge, de manera que el cónyuge y el hijo natural o adoptivo pleno de su cónyuge encontraban su parentesco, denominado por afinidad, ubicado en la misma línea y grado (primer grado de la línea recta —ascendente o descendente— arts. 345, 350, 351, 363, 323 Cód. Civil, reforma: arts. 529/536). La norma anterior se refiere al precedente matrimonio con las denominaciones padrastra/madrastra y entenados/entenadas, referencias que en la nueva redacción desaparecen. No se reconoce vínculo jurídico en la legislación anterior ni en la actual entre los hijos de los miembros de la pareja (art. 364 Cód. Civil; art. 536 último párrafo Cód. Civil reformado).

También se regulaban impedimentos matrimoniales dirimentes (art. 166 inc. 4/219 Cód. Civil; reforma: arts. 403 inc. c y 424), la obligación alimentaria entre ellos (art. 368 Cód. Civil; reforma: art. 538), recepiéndose como carga de la sociedad conyugal la manutención de la familia y de los hijos del cónyuge (art. 1275 inc. I Cód. Civil; reforma: art. 489 inc. b) y el llamado derecho de visitas o comunicación (art. 376 bis Cód. Civil; reforma: art. 555). Finalmente se reconocía, si bien no sistematizado, el derecho de adoptar al hijo del cónyuge no siendo necesaria la guarda preadoptiva previa (arts. 311, 312, 316 Cód. Civil; reforma: arts. 597 y 599, con la recepción expresa de la adopción de integración arts. 619 inc. c, 620, 630 a 633).

3. Las diferencias del parentesco por afinidad tradicional con la regulación del padre afín del Código Civil y Comercial

En la regulación tradicional del parentesco por afinidad no se recogía la relación con el conviviente del progenitor natural, ni se observaba un mecanismo de protección integral ni un reconocimiento pleno de las relaciones familiares que se advertían en la realidad de la vida cotidiana, con la unión matrimonial o convivencial de aquellos que ya tienen hijos de parejas anteriores. La jurisprudencia fue acompañando estos cambios, transformándose desde el extremo de considerar estas relaciones como perjudiciales para el niño y para la figura materna/paterna biológica, hasta el pleno reconocimiento de estas nuevas familias en beneficio del niño.

Hoy se acepta que el concepto de "familia" para el niño comprende a "otros miem-

bros de la comunidad que representen vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección". El derecho de familia, o derecho de las familias como prefiere denominarlo la doctrina moderna, ha sufrido sucesivas transformaciones, con la incorporación del divorcio vincular y el matrimonio homosexual o igualitario, la incorporación con jerarquía constitucional de los pactos internacionales sobre derechos humanos y el reconocimiento de los derechos del niño y su interés superior. Como consecuencia, ha cobrado vital importancia las llamadas familias "ensambladas", nacidas a partir de las nuevas uniones, y que hicieron necesarios el reconocimiento del Estado como un modelo de familia que también encuentra su protección constitucional (art. 14 CN) y la consagración de un cambio integral y orgánico de la legislación de fondo. El nuevo derecho de familia tiene como pauta básica el respeto por todas las formas de familia (Medina).

El Código reformado pretende dar respuesta a esta nueva realidad enmarcándola en un contexto jurídico que le da legitimidad; a la vez que preserva la "atmósfera afectiva" del niño (Pagano).

4. Familia ensamblada

Para entender estos conceptos ha de partirse de conceptualizar a la familia ensamblada.

Se entiende por tal a aquella que se origina en una nueva unión, tras una separación, divorcio o viudez cuando uno o ambos integrantes de la pareja tienen hijos de un lazo precedente.

Una familia ensamblada es, pues, un grupo de personas constituido por una pareja matrimonial o de hecho, los descendientes que tienen en común ambos miembros de esta pareja y los descendientes de cada uno de ellos por separado, ya sean provenientes de otras uniones matrimoniales.

Dicho en otras palabras, la familia ensamblada es el grupo constituido por una pareja unida en matrimonio o en unión convivencial y sus descendientes, junto a los descendientes de uno o ambos miembros de aquella, nacido de relaciones anteriores. Como puede observarse, esta conceptualización parte de una visión amplia, que incluye no sólo a las uniones matrimoniales sino también a las uniones convivenciales que dan origen a esta nueva familia.

A estas familias también se las denomina "familia reconstituida", "familia re-construida", "familia re-organizada", "familia re-compuesta", "familia mezclada o combinada" "nuevas familias después del divorcio" o "segundas familias".

Art. 672.— Progenitor afín. Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No se observan antecedentes en el Código Civil tal como está previsto en la reforma.

chII. COMENTARIO

LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN

LA REFORMA RECONOCE EXPRESAMENTE LA REALIDAD DE LAS NUEVAS UNIONES CON HIJOS MENORES DE PAREJAS ANTERIORES (SIN EMBARGO NO HAY RAZÓN PARA EXCLUIR LOS CASOS DE HIJOS HABIDOS CON TERCEROS VIGENTE EL MATRIMONIO) O LA RELACIÓN CONCUBINARIA, EN LOS CASOS EN QUE LA PAREJA DECIDE CONTINUAR LA CONVIVENCIA, AUN CUANDO PUEDA INTERPRETARSE QUE SE EXCLUYE EL PARENTESCO POR AFINIDAD.

SE DEFINE LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN, A LOS EFECTOS DE ESTE CAPÍTULO, VINCULADO A LA CONVIVENCIA EFECTIVA Y AL CUIDADO PERSONAL DEL NIÑO O ADOLESCENTE POR PARTE DE SU PAREJA CONVIVIENTE, SEA MATRIMONIAL O DE HECHO. LA NORMA NO DISTINGUE SI SE REFIERE A UNA UNIÓN CONVIVENCIAL (ART. 510 E) CÓD. CIVIL REFORMADO) O SOLAMENTE AL HECHO DE LA CONVIVENCIA EN APARENTE MATRIMONIO. POR ELLO NO CORRESPONDERÍA RESTRINGIR ESTA DENOMINACIÓN SOLAMENTE PARA AQUELLOS UNIDOS POR PERÍODO NO INFERIOR A DOS AÑOS COMO LO HA SOSTENIDO (UGARTE), AUNQUE ESTE PERÍODO MÍNIMO DE CONVIVENCIA PUEDA DAR UN MARCO DE MAYOR ESTABILIDAD AL NIÑO, NO MODIFICA LA CIRCUNSTANCIA DE QUE ÉSTE SEA INTEGRADO Y PUEDA ESTAR TAMBIÉN AL CUIDADO DEL CONVIVIENTE CON UN MENOR TIEMPO DE CONVIVENCIA, YA QUE LA CONVIVENCIA DE POR SÍ EVIDENCIA UN PROYECTO DE VIDA COMÚN Y UN HECHO DIFERENCIADOR DE RELACIONES PASAJERAS.

COMPRENDE SIN DISTINCIONES, TANTO AL CÓNYUGE COMO AL CONVIVIENTE DE LA PERSONA QUE TIENE CON EL NIÑO UN VÍNCULO DE FILIACIÓN (NATURAL, POR TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA O ADOPCIÓN: ART. 558 CÓD. CIVIL REFORMADO) DEL CUAL DERIVA SU RESPONSABILIDAD PARENTAL DE CUIDADO PERSONAL. SIGUIENDO LOS LINEAMIENTOS DE LA REFORMA, ALCANZA A LOS MENORES (LOS QUE NO HAN CUMPLIDO LOS 18 AÑOS) HIJOS DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE, DISTINGUIENDO LOS NIÑOS DE LOS ADOLESCENTES, SIENDO ESTOS ÚLTIMOS LOS QUE YA CUMPLIERON LOS 13 AÑOS (ART. 25 CÓD. CIVIL REFORMADO).

EL CONCEPTO DE CUIDADO PERSONAL SURGE DEL ART. 648 DEL CÓDIGO Y SE VINCULA CON LAS FACULTADES DE LOS PROGENITORES EN LA VIDA COTIDIANA DEL HIJO, ESTE CUIDADO PUEDE ASUMIR DIVERSAS MODALIDADES, DESDE SER UNIPERSONAL POR PARTE DE LA PAREJA DEL PROGENITOR AFÍN, COMO COMPARTIDO CON EL OTRO PROGENITOR DEL NIÑO EN FORMA INDISTINTA O ALTERNADA (ART. 650 Y 653).

LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN SOLAMENTE SE HA CONSAGRADO POR EL DERECHO DESCANSANDO SOBRE UN HECHO: LA CONVIVENCIA CON EL PADRE/MADRE DEL MENOR QUE LO TIENE A SU CUIDADO, DE MANERA QUE DESAPARECE CUANDO SE PRODUCE SU RUPTURA, SEA BAJO LA MODALIDAD DE LA SEPARACIÓN DE HECHO DE LOS CÓNYUGES O EL CESE DE HECHO DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL, SIN QUE PUEDAN DISCUTIRSE CUESTIONES FORMALES TALES COMO LA DISOLUCIÓN O NO DEL MATRIMONIO POR LA SENTENCIA DE DIVORCIO SOBREVINIENTE O EL CESE DEFINITIVO DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL SEA POR ACUERDO, NOTIFICACIÓN UNILATERAL O AL AÑO DE PRODUCIRSE LA RUPTURA.

III. JURISPRUDENCIA

ESTE TRIBUNAL ESTIMA QUE EN CONTEXTOS EN DONDE EL HIJASTRO O LA HIJASTRA SE HAN ASIMILADO DEBIDAMENTE AL NUEVO NÚCLEO FAMILIAR, TAL DIFERENCIACIÓN DEVIENE

EN ARBITRARIA Y CONTRARIA A LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES QUE OBLIGAN AL ESTADO Y A LA COMUNIDAD A PROTEGER A LA FAMILIA. EN EFECTO, TAL COMO SE HA EXPUESTO, TANTO EL PADRASTRO COMO EL HIJO AFÍN, JUNTAMENTE CON LOS DEMÁS MIEMBROS DE LA NUEVA ORGANIZACIÓN FAMILIAR, PASAN A CONFIGURAR UNA NUEVA IDENTIDAD FAMILIAR". EN DEFINITIVA EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ORDENÓ QUE SE HICIERA ENTREGA DEL CARNÉ COMO HIJA A LA HIJA AFÍN (HIJASTRA) DEL ACTOR (TRIB. CONSTITUCIONAL DEL PERÚ, SALA PRIMERA, 30/11/2007, EXPTE. 09332-2006-PA/TC, [HTTP://WWW.TC.GOB.PE/JURISPRUDENCIA/2008/09332-2006-AA.html](http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/09332-2006-AA.html) CONSULTADO EL 13 DE OCTUBRE DEL 2014).

ART. 673. — DEBERES DEL PROGENITOR AFÍN. EL CÓNYUGE O CONVIVIENTE DE UN PROGENITOR DEBE COOPERAR EN LA CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS HIJOS DEL OTRO, REALIZAR LOS ACTOS COTIDIANOS RELATIVOS A SU FORMACIÓN EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO Y ADOPTAR DECISIONES ANTE SITUACIONES DE URGENCIA. EN CASO DE DESACUERDO ENTRE EL PROGENITOR Y SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE PREVALECE EL CRITERIO DEL PROGENITOR.

ESTA COLABORACIÓN NO AFECTA LOS DERECHOS DE LOS TITULARES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO SE OBSERVAN ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO CIVIL TAL COMO ESTÁ PREVISTA EN LA REFORMA.

II. COMENTARIO

1. EL ROL DEL PROGENITOR AFÍN, DEBERES

RECONOCIENDO LA COOPERACIÓN FAMILIAR NATURAL QUE DERIVA DE LA CONVIVENCIA, LA REFORMA IMPONE RESPONSABILIDADES A LOS ADULTOS EN PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS QUE INTEGRAN ESTAS FAMILIAS (GROSMAN CITADA POR FELDMAN) RECOGE EL ROL DEL PROGENITOR AFÍN EN LA VIDA DEL NIÑO Y LO TRANSFORMA EN UN DEBER DE COOPERACIÓN ARMÓNICA CON SU PAREJA EN EL ÁMBITO DOMÉSTICO CON EL CUIDADO DEL HIJO DE ESTE, TALES COMO AQUELLAS VINCULADAS A SU CUIDADO Y PROTECCIÓN, SU EDUCACIÓN Y SALUD. TAMBIÉN SE LE IMPONE EL DEBER COTIDIANO DE FORMAR AL NIÑO, YA QUE LA FAMILIA TIENE COMO EJE FUNDAMENTAL QUE EL NIÑO INCORPORA VALORES ÉTICOS, MORALES, ESPIRITUALES, ETC. QUE REGIRÁN SU CONDUCTA Y SU VIDA, E IMPARTIRLE HÁBITOS Y PAUTAS DE CONDUCTA PARA LOGRAR SU AUTOSUFICIENCIA EN LA SOCIEDAD. Y FINALMENTE, Y NO MENOS IMPORTANTE, IMPONE ADEMÁS EL DEBER DE TOMAR DECISIONES URGENTES, EN CIRCUNSTANCIAS QUE NO ADMITAN DEMORA, TALES COMO ENCONTRARSE EN PELIGRO LA SALUD, LA INTEGRIDAD O EL BIENESTAR DEL NIÑO.

OBSÉRVASE QUE AL IMPONER UNA CONDUCTA JURÍDICA PRECISA AL PROGENITOR AFÍN, TAMBIÉN REALZA SU FIGURA EN LA FAMILIA ENSAMBLADA, EVITANDO LA AMBIGÜEDAD QUE EN EL RÉGIMEN ANTERIOR PERJUDICABA LA CONSTRUCCIÓN DE ESTAS NUEVAS FAMILIAS (GROSMAN-MESTERMAN), MUCHAS VECES NACIDAS E INMERSAS EN SITUACIONES CONFLICTIVAS TANTO PARA LOS PADRES SEPARADOS COMO PARA LOS HIJOS DE ÉSTOS. DESDE ESTE PUNTO DE VISTA EL DERECHO REALIZA UN APOORTE PACIFICADOR, CLARIFICADOR Y ARMONI-

ZANTE.

LA CONDUCTA DEBIDA IMPUESTA AL PROGENITOR AFÍN ES SUBSIDIARIA, NO SUSTITUYE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL PROPIAMENTE DICHA SALVO EN CUESTIONES URGENTES ESPECÍFICAS, NI PUEDE PREVALECER SOBRE ELLA NI SOBRE LAS DECISIONES COTIDIANAS DE SU PAREJA PROGENITOR DEL MENOR.

2. ¿CUÁLES SON LOS DERECHOS LABORALES DEL PROGENITOR AFÍN?

LA CUESTIÓN VERSA SOBRE EL ALCANCE PERSONAL DE LA RELACIÓN O VÍNCULO DEL PADRE AFÍN, YA QUE NORMALMENTE SE CONCEDEN AL TRABAJADOR AL TRABAJADOR DE DETERMINADOS PERMISOS RETRIBUIDOS DERIVADOS DE LA PATERNIDAD O MATERNIDAD.

CABE PREGUNTARSE SI EL PROGENITOR AFÍN PUEDE AUSENTARSE DEL TRABAJO CON DERECHO A PERCIBIR EL SALARIO, MÁS LOS COMPLEMENTOS PERSONALES; EN LOS CASOS DE ENFERMEDAD GRAVE DIAGNOSTICADA POR EL FACULTATIVO, O FALLECIMIENTO DEL HIJO AFÍ42 N CUANDO POR TAL MOTIVO EL TRABAJADOR NECESITE HACER UN DESPLAZAMIENTO.

EL PROBLEMA, SIN DUDA MÁS COMPLEJO, ES CUANDO MUERE O SE PRODUCE EL DIVORCIO DEL CÓNYUGE QUE ENLAZABA LOS DOS TÉRMINOS.

CREEMOS QUE EL SIGNIFICADO Y LA FINALIDAD DEL INSTITUTO JURÍDICO-LABORAL DEL PERMISO DEBE HACER COMPATIBLES LAS OBLIGACIONES DE TRABAJO CON LOS DEBERES SOCIALES Y FAMILIARES DE ASISTENCIA Y COMPAÑÍA QUE SURGEN EN LOS CASOS DE FALLECIMIENTO O ENFERMEDAD GRAVE DEL HIJO AFÍN Y POR ENDE CONSIDERAMOS QUE DEBEN EXTENDERSE AL PADRE POR AFINIDAD IGUALES DERECHOS LABORALES QUE LOS QUE TIENE SOBRE SUS PROPIOS HIJOS, DERIVADOS DEL ESPÍRITU QUE INFORMA LA REFORMA.

ART. 674.— DELEGACIÓN EN EL PROGENITOR AFÍN. 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, 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 LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL, EXCEPTO QUE EL OTRO PROGENITOR EXPRESE SU ACUERDO DE MODO FEHACIENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL Y FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO SE OBSERVAN ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO CIVIL TAL COMO ESTÁ PREVISTA EN LA REFORMA.

II. COMENTARIO

1. DELEGACIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

LA NORMA REFORMADA, A FIN DE REGULAR LAS DISTINTAS SITUACIONES QUE PUDIESEN PRESENTARSE, PREVÉ LOS CASOS EN QUE EL CÓNYUGE O CONVIVIENTE DEL PROGENITOR AFÍN NO PUDIESE EJERCER LAS FUNCIONES QUE LE IMPONE EL EJERCICIO PLENO DE LA RESPONSABILIDAD

PARENTAL A SU CARGO, DECIDIENDO DELEGAR SUS FUNCIONES EN SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE, QUIEN DEBERÁ EJERCERLAS POR ÉSTE.

LA DELEGACIÓN HABÍA SIDO OBJETO DE TRATAMIENTO EN LA DOCTRINA, EN EL TEMA "AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS RELACIONES PERSONALES DE FAMILIA" EN LAS XIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL (ROSARIO, 2003), PROPICIANDO DE LEGE FERENDA, QUE LA LEY AUTORICE A QUE LOS PADRES DELEGUEN A TERCEROS CIERTOS ASPECTOS DE LA AUTORIDAD PARENTAL.

SE ENTIENDE QUE LA IMPOSIBILIDAD DEBE SER ABSOLUTA Y TOTAL O AL MENOS PERJUDICIAL PARA EL NIÑO SI SE EJERCIERA (JÁUREGUI, GROSMAN, BRIOZZO) AUNQUE TRANSITORIA.

TODAS LAS CAUSAS DE DELEGACIÓN QUE SE HAN PREVISTO TIENEN LA CARACTERÍSTICA DE SER TRANSITORIAS, DE MANERA QUE SE ENTIENDE QUE DEBEN PRESENTARSE POR UN LAPSO MEDIANAMENTE ACOTADO EN EL TIEMPO, Y POR ANALOGÍA CON LA DELEGACIÓN A FAVOR DE UN PARIENTE, PODRÍA EXTENDERSE POR UN AÑO, RENOVABLE POR RAZONES JUSTIFICADAS (ART. 643).

SE PREVÉN CASOS TALES COMO LA AUSENCIA FÍSICA POR UN VIAJE O LA IMPOSIBILIDAD POR UNA ENFERMEDAD O INCAPACIDAD. ENTENDEMOS QUE LA ENUMERACIÓN NO ES TAXATIVA (JÁUREGUI).

DEBE DISTINGUIRSE EN ESTAS DOS ÚLTIMAS CAUSAS DE DELEGACIÓN, QUE LA ENFERMEDAD O INCAPACIDAD, AUNQUE TRANSITORIA, NO PUEDE SER DE TAL ENVERGADURA QUE PRIVE DE DISCERNIMIENTO AL PROGENITOR RESPONSABLE DE TAL MANERA QUE IMPOSIBILITE SU CAPACIDAD DE DELEGAR VÁLIDAMENTE. SIN EMBARGO, COMO LA NORMA NADA DICE, PODRÍA ADMITIRSE QUE PUEDA EJERCERSE ANTICIPADAMENTE PREVIENDO TALES CIRCUNSTANCIAS, SIEMPRE "TRANSITORIAS", EN PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL MENOR Y SALVANDO LAS DISTANCIAS Y POR ANALOGÍA CON EN EL CASO DE LAS DIRECTIVAS ANTICIPADAS (ART. 60).

OBVIAMENTE TAL DELEGACIÓN DEBE SER ACEPTADA POR EL PROGENITOR AFÍN, ACEPTACIÓN QUE PODRÁ REALIZARSE EN EL MISMO ACTO O RESULTAR DE SUS MISMOS ACTOS DE CUIDADO DEL NIÑO EN AUSENCIA O INCAPACIDAD DEL PROGENITOR RESPONSABLE, Y DE SER NECESARIA LA HOMOLOGACIÓN PODRÁ PRESTARSE EN EL MISMO TRÁMITE JUDICIAL.

2. HOMOLOGACIÓN. EXCEPCIONES

SI EL OTRO PROGENITOR PRESTA SU CONFORMIDAD DE MANERA INDUBITADA, NO SE IMPONE LA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL PARA ESTA DELEGACIÓN. EL HECHO DE NO HABERSE IMPUESTO UNA HOMOLOGACIÓN QUE JUSTIFICARÍA UNA REVISIÓN JUDICIAL DE LA DELEGACIÓN, SIGNIFICA QUE EL LEGISLADOR HA DEJADO DENTRO DE LA ESFERA PROPIA DE LA AUTORIDAD DE LOS PADRES LOS ACUERDOS VINCULADOS A DELEGACIÓN EN EL PROGENITOR AFÍN DECIDIDA POR UNO DE ELLOS, SIN QUE SE ADMITA LA INTROMISIÓN ESTATAL SALVO OBVIAMENTE LOS CASOS DE NOTORIO PERJUICIO PARA EL INTERÉS DEL HIJO QUE AMERITE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL A PEDIDO DE PARTE INTERESADA. OBSÉRVESE QUE EN EL CASO DEL ACUERDO DE LOS PADRES EN DELEGAR SUS FUNCIONES A FAVOR DE UN PARIENTE SE IMPONE LA HOMOLOGACIÓN DEL JUEZ EN TODOS LOS CASOS.

PODRÍA RESULTAR CONVENIENTE ENTONCES, QUE PUEDA CONSIGNARSE UNA RAZONABLE DELEGACIÓN DENTRO DEL MARCO LEGAL Y EN EL PLAN DE PARENTALIDAD QUE PUEDAN

ACORDAR LOS PADRES.

3. CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA DELEGACIÓN, HOMOLOGACIÓN JUDICIAL

FINALMENTE, SIGUIENDO EL LINEAMIENTO DEL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LOS DEBERES DEL PROGENITOR AFÍN, LA DELEGACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL OPERA SOLAMENTE EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD O INCONVENIENCIA DE LA CONCENTRACIÓN DE SU EJERCICIO POR EL OTRO PROGENITOR DEL NIÑO, YA QUE DE LO CONTRARIO, EN LOS CASOS DE RESPONSABILIDAD COPARENTAL, DEBERÍA ESTE ÚLTIMO ASUMIR LA RESPONSABILIDAD UNIPERSONAL RESPECTO DE SU HIJO, AUNQUE FUERA DE MANERA TRANSITORIA.

SI LA DELEGACIÓN NO ES ACEPTADA POR EL OTRO PROGENITOR, LA CUESTIÓN DEBE SOMETERSE A HOMOLOGACIÓN JUDICIAL, LO QUE HACE NECESARIO EL TRASLADO AL PROGENITOR Oponente con LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, LA EVALUACIÓN DE LAS CAUSAS DE LA OPOSICIÓN Y LA CONVENIENCIA O NO DE LA HOMOLOGACIÓN EN CONSIDERACIÓN CON EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. ADVERTIMOS, QUE EN LOS CASOS EN QUE EL HIJO TUVIERA EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE, TIENE DERECHO A PARTICIPAR EN LAS DECISIONES QUE SE TOMEN SOBRE SU PERSONA (ART. 26), DEBIENDO SER OÍDO EN ESTAS MISMAS CIRCUNSTANCIAS EN CASO DE TRÁMITE DE HOMOLOGACIÓN JUDICIAL.

ART. 675.— EJERCICIO CONJUNTO CON EL PROGENITOR AFÍN. EN CASO DE MUERTE, AUSENCIA O INCAPACIDAD DEL PROGENITOR, EL OTRO PROGENITOR PUEDE ASUMIR DICHO EJERCICIO CONJUNTAMENTE CON SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE.

ESTE ACUERDO ENTRE EL PROGENITOR EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE DEBE SER HOMOLOGADO JUDICIALMENTE. EN CASO DE CONFLICTO PRIMA LA OPINIÓN DEL PROGENITOR.

ESTE EJERCICIO SE EXTINGUE CON LA RUPTURA DEL MATRIMONIO O DE LA UNIÓN CONVIVENCIAL, TAMBIÉN SE EXTINGUE CON LA RECUPERACIÓN DE LA CAPACIDAD PLENA DEL PROGENITOR QUE NO ESTABA EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Imult0 NO SE OBSERVAN ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO CIVIL TAL COMO ESTÁ PREVISTA EN LA REFORMA.

0II. COMENTARIO

1. PACTO DE EJERCICIO CONJUNTO CON EL PROGENITOR AFÍN

LA NORMA REFORMADA TAMBIÉN HA PREVISTO UNA SITUACIÓN DE MAYOR PARTICIPACIÓN DEL PROGENITOR AFÍN EN LA VIDA DEL NIÑO QUE DE MERO COLABORADOR (BRIOZZO), ADMITIENDO QUE EL EJERCICIO CONJUNTO PUEDE SER PACTADO ENTRE EL PROGENITOR RESPONSABLE Y SU CÓNYUGE O CONVIVIENTE, EN AQUELLOS CASOS EN QUE LA FIGURA DEL OTRO PROGENITOR DEL MENOR NO ESTÁ PRESENTE Y DEBA EJERCERLO UNILATERALMENTE UNO DE ELLOS.

EL ARTÍCULO CONTEMPLA DISTINTAS CAUSAS QUE NO PRODUCEN LOS MISMOS EFECTOS:

MUERTE, AUSENCIA O INCAPACIDAD DEL OTRO PROGENITOR. LA MUERTE O AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS PROGENITORES, SON CAUSAS QUE CONFIEREN LA TITULARIDAD Y EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ÚNICAMENTE AL OTRO PROGENITOR (ARTS. 641 INC. D Y 703), Y NO SE OBSERVA CON CLARIDAD POR QUÉ NO SE HAN INCLUIDO TAMBIÉN LOS CASOS DE PRIVACIÓN DE LA MISMA (ART. 700—EXCEPTUANDO CLARO ESTÁ EL CASO DE DECLARACIÓN DE ESTADO DE ADOPTABILIDAD DEL INC. D, PORQUE NO ENCUADRA EN EL CASO EN ANÁLISIS—), NI LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO (ART. 702, AUNQUE QUEDARÍA COMPRENDIDA EN ESTA ÚLTIMA LA INCAPACIDAD POR FALTA DE SALUD MENTAL). ENTENDEMOS QUE EL HECHO DE QUE NO SE HAYAN CONTEMPLADO TALES CAUSALES, NO IMPIDEN QUE SE FORMULE EL ACUERDO EN BENEFICIO DEL INTERÉS DEL MENOR.

EL ACUERDO PREVISTO EN ESTA NORMA DEBERÁ SER SOMETIDO A HOMOLOGACIÓN JUDICIAL TENIÉNDOSE ESPECIALMENTE EN CUENTA EL INTERÉS DEL HIJO, CON VERIFICACIÓN DE LOS HECHOS Y CAUSAS CONTEMPLADAS EN LA NORMA, LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DEL HIJO SI TIENE EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE (ART. 26).

2. DESACUERDOS

A DIFERENCIA DE LOS DESACUERDOS ENTRE LOS PROGENITORES QUE SE SOMETEN A DECISIÓN JUDICIAL (ART. 642) SIGUIENDO EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN, SE PREVÉ QUE EN CASO DE DESACUERDOS PRIVA LA DECISIÓN DEL PROGENITOR RESPONSABLE, AUNQUE NADA OBSTA QUE AÚN EN ESTOS CASOS PUEDA INTERVENIR EL JUEZ EN PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

3. CESACIÓN

FINALMENTE SE HAN PREVISTO CAUSAS DE CESACIÓN, UNA DE ELLAS VINCULADA A LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA CON EL PROGENITOR RESPONSABLE QUE HACE DESAPARECER LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN CONFORME EL CONCEPTO DEL ART. 642. LA OTRA, COMO LÓGICA CONSECUENCIA DE LA RECUPERACIÓN DE LA SALUD MENTAL DEL PROGENITOR INCAPAZ, SIN EMBARGO NO SE OBSERVA POR QUÉ NO SE HA CONTEMPLADO TAMBIÉN LA REAPARICIÓN DEL PROGENITOR AUSENTE. ENTENDEMOS QUE EL HECHO DE QUE NO SE HAYA CONTEMPLADO, NO IMPIDE QUE SE EXTINGA EL ACUERDO EN BENEFICIO DEL INTERÉS DEL MENOR.

III. JURISPRUDENCIA

SE DISPONE EL EJERCICIO CONJUNTO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ENTRE EL PROGENITOR BIOLÓGICO Y EL MATRIMONIO GUARDADOR (TRIB. FAMILIA NRO. 1 ESQUEL, CONFIRMADA POR CCIV. Y COM. NORDESTE DE CHUBUT, 17/4/2008, LEXIS N° 35022254).

ART. 676.— ALIMENTOS. LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE RESPECTO DE LOS HIJOS DEL OTRO, TIENE CARÁCTER SUBSIDIARIO. CESA ESTE DEBER EN LOS CASOS DE DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO CONYUGAL O RUPTURA DE LA CONVIVENCIA. SIN EMBARGO, SI EL CAMBIO DE SITUACIÓN PUEDE OCASIONAR UN GRAVE DAÑO AL NIÑO O ADOLESCENTE Y EL CÓNYUGE O CONVIVIENTE ASUMIÓ DURANTE LA VIDA EN COMÚN EL SUSTENTO DEL HIJO DEL OTRO, PUEDE FIJARSE UNA CUOTA ASISTENCIAL A SU CARGO CON CARÁCTER TRANSITORIO, CUYA DURACIÓN DEBE DEFINIR EL JUEZ DE ACUERDO A LAS CONDICIONES DE

FORTUNA DEL OBLIGADO, LAS NECESIDADES DEL ALIMENTADO Y EL TIEMPO DE LA CONVIVENCIA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL ART. 368 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ ES SU ANTECEDENTE, AUNQUE CON UN ALCANCE DIFERENTE AL PROPUESTO EN EL ARTÍCULO EN COMENTARIO.

II. COMENTARIO

1. ALIMENTOS ENTRE PARIENTES AFINES

LOS ALIMENTOS RECÍPROCOS ENTRE PARIENTES AFINES YA ESTABAN PREVISTOS EN LA NORMA ANTECEDENTE EN LA SECCIÓN DEDICADA A LOS ALIMENTOS LLAMADOS DE TODA NECESIDAD DEBIDOS ENTRE PARIENTES EN GENERAL, LIMITADOS AL PRIMER GRADO DE LA LÍNEA RECTA (SUEGRO/A Y YERNO/NUERA; PADRASTRO/MADRASTRA Y ENTENDIDOS/DAS) Y SON CONSAGRADOS TAMBIÉN EN LA REFORMA (ART. 538) QUE INCORPORA TAMBIÉN LA EDUCACIÓN SI EL ALIMENTADO ES MENOR DE EDAD (ART. 541).

LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA PREDOMINANTES COINCIDÍA EN EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE PARIENTES AFINES (BELLUSCIO, ZANNONI, BOSSERT, FANZOLATO) JUSTIFICADO EN QUE LA SOLIDARIDAD FAMILIAR DESCANSA PRINCIPALMENTE EN EL VÍNCULO NATURAL. LA NORMA REFORMADA GENERAL MANTIENE EL SILENCIO COMO LA NORMA ANTERIOR. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA OBLIGACIÓN NO IMPONE LA SUCESIVIDAD PROCESAL DEL RECLAMO (FANZOLATO, BOSSERT, BELLUSCIO).

EN CUANTO AL EFECTO DEL DIVORCIO VINCULAR RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ENTRE PARIENTES AFINES LA OBLIGACIÓN SUBSISTE PORQUE SUBSISTE EL PARENTESCO (BELLUSCIO, BOSSERT), DEBIDO A QUE SE HA CONSAGRADO EXPRESAMENTE EL IMPEDIMENTO MATRIMONIAL DE PARENTESCO POR AFINIDAD, QUE TIENE SU RAZÓN DE SER UNA VEZ DISUELTO EL MATRIMONIO, YA QUE CON ANTERIORIDAD EL IMPEDIMENTO ES EL DE LÍGAMEN. LA NORMA ACTUAL MANTIENE AMBOS IMPEDIMENTOS, DE MANERA QUE LA SOLUCIÓN ES LA MISMA.

FINALMENTE EN CASO DE SIGUIENTE MATRIMONIO (POSTERIOR A LA MUERTE O AL DIVORCIO VINCULAR) LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SE EXTINGUE (BOSSERT). NACE UN NUEVO PARENTESCO POR AFINIDAD DERIVADO DE ESTE ÚLTIMO, CONSECUEMENTE COEXISTIRÍAN LOS PARENTESCOS ENTRE UNA PERSONA Y LOS PARIENTES DEL PRIMER MATRIMONIO Y DEL SIGUIENTE. SIN EMBARGO EL DERECHO ALIMENTARIO DEL CÓNYUGE SE EXTINGUE CON SU NUEVO MATRIMONIO, POR ELLO TAMBIÉN SE EXTINGUE SU DERECHO A RECLAMAR A LOS PARIENTES DEL CÓNYUGE ANTERIOR YA QUE LA OBLIGACIÓN DE ESTOS ES SUBSIDIARIA DE LA DEL CÓNYUGE ANTERIOR, Y COMO LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES RECÍPROCA TAMPOCO PUEDEN ELLOS RECLAMAR A QUIEN HA CELEBRADO NUEVO MATRIMONIO. LA NORMA ACTUAL MANTIENE LA CESACIÓN DEL DERECHO POS DIVORCIO CON EL NUEVO MATRIMONIO DE MANERA QUE LA SOLUCIÓN ES LA MISMA.

2. ALIMENTOS A CARGO DEL PROGENITOR AFÍN

LA NORMA IMPONE AL PROGENITOR AFÍN UNA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA SIMILAR A LA DEL PROGENITOR DERIVADA DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, ELLO SE FUNDA EN QUE LA SITUACIÓN QUE TRATA ESTE CAPÍTULO DEL NUEVO CÓDIGO, ES LA INCORPORACIÓN DE LOS

HIJOS DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE EN UNA SITUACIÓN CONVIVENCIAL SIMILAR A LA DE UN HIJO PROPIO, QUE DESCANSA EN EL AFECTO Y EN LA LEGITIMIDAD QUE LA NUEVA NORMA OTORGA A SU FUNCIÓN.

SI NO DEJAMOS DE ADVERTIR QUE ESTE ARTÍCULO NO MENCIONA AL OBLIGADO COMO "PROGENITOR AFÍN", SIN EMBARGO RESULTA RAZONABLE ESTA INTERPRETACIÓN, POR LA UBICACIÓN DE LOS ALIMENTOS EN ESTE CAPÍTULO. LA NORMA IMPONE UNA OBLIGACIÓN MÁS EXTENSA EN ESTA SITUACIÓN ESPECIAL, QUE LA QUE YA IMPONE ENTRE PARIENTES AFINES EN GENERAL CONSAGRADA EN OTRA PARTE DEL NUEVO CÓDIGO.

SI SE ENTENDIERA QUE ESTA NORMA SE REFIERE SOLAMENTE A LOS ALIMENTOS DE TODA NECESIDAD, NO RESULTA RAZONABLE NI EQUITATIVO QUE CEFEN CON LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL PARA EL HIJO DE SU CÓNYUGE, ADEMÁS MENOR DE EDAD, Y NO PARA LOS PADRES DE ÉSTE, TODOS UNIDOS POR UN PARENTESCO QUE NECESARIAMENTE SUBSISTE MÁS ALLÁ DEL DIVORCIO, MÁXIME SI SU CÓNYUGE TAMBIÉN MANTIENE UN DERECHO ALIMENTARIO POST DIVORCIO. POR ELLO SOSTENEMOS QUE SE TRATA DE OTRO TIPO DE ALIMENTOS, DIFERENTES Y ESPECIALES, IMPUESTOS AL PROGENITOR AFÍN POR LA PECULIAR SITUACIÓN FAMILIAR EN LA QUE SE HALLA INMERSO Y LA SOLIDARIDAD FAMILIAR QUE LA CIRCUNSTANCIA DEMANDA (DEL MAZO).

LO NOVEDOSO NO ES SÓLO LA EXTENSIÓN DE LA OBLIGACIÓN, SINO TAMBIÉN QUE SE ENCUENTRA OBLIGADO EL CONVIVIENTE DEL PROGENITOR, QUE NO TIENE PARENTESCO CON EL HIJO DE ESTE ÚLTIMO, POR ELLO SE ENTIENDE QUE LA OBLIGACIÓN DESCANSA EN ESTA PECULIAR RELACIÓN PROTECTORA CONVIVENCIAL, Y QUE NO ES RECÍPROCA. RECORDEMOS IGUALMENTE, QUE LA NUEVA NORMATIVA IMPONE A LOS CONVIVIENTES (IGUAL QUE A LOS CÓNYUGES) LA OBLIGACIÓN DE CONTRIBUIR A LOS GASTOS DOMÉSTICOS (ART. 520).

EL CONTENIDO, LA EXTENSIÓN Y LAS LIMITACIONES DE ESTA OBLIGACIÓN SE RIGE POR LAS NORMAS DEL CAPÍTULO 5 (ARTS. 658 Y SS.) DESTINADAS A LOS ALIMENTOS DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. LA LIMITACIÓN PARTICULAR QUE CABE IMPONER ES LA EDAD DEL ALIMENTADO, PORQUE DEBE EXTINGUIRSE ESTA OBLIGACIÓN CON LOS 18 AÑOS DEL ALIMENTADO, LO QUE SURGE DEL MISMO CONCEPTO DE LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN CONSAGRADA EN EL ART. 672.

ADEMÁS SIGUIENDO EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA FIGURA DEL PROGENITOR AFÍN, TAMBIÉN SE CONSAGRA LA SUBSIDIARIEDAD DE LA OBLIGACIÓN, LO QUE HACE NECESARIO QUE SE ACREDITE LA IMPOSIBILIDAD TOTAL O PARCIAL DE LOS PROGENITORES DE PRESTARLOS. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA OBLIGACIÓN NO IMPONE LA SUCESIVIDAD PROCESAL DEL RECLAMO, PUDIENDO RECLAMARSE SIMULTÁNEAMENTE A LOS PADRES DEL MENOR Y AL PROGENITOR AFÍN, Y ACREDITARSE LA IMPOSIBILIDAD DE OBLIGADO PRINCIPAL EN EL MISMO PROCESO.

A DIFERENCIA DE LOS ALIMENTOS DERIVADOS DEL PARENTESCO POR AFINIDAD, ESTA OBLIGACIÓN CESA CON LA RUPTURA DE LA CONVIVENCIA, QUE ES LA BASE Y EL FUNDAMENTO DE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA AQUÍ CONSAGRADA. LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO PUEDE OPERAR POR MUERTE DEL CÓNYUGE PROGENITOR DEL NIÑO O POR SENTENCIA DE DIVORCIO VINCULAR. EN EL CASO DE SENTENCIA DE NULIDAD DE MATRIMONIO, LA BUENA FE O MALA FE DE LOS ESPOSOS NO PUEDE PERJUDICAR EL DERECHO DEL NIÑO, MÁXIME QUE EL CONVIVIENTE TAMBIÉN SE ENCUENTRA OBLIGADO.

EN PROTECCIÓN DEL MENOR Y ADECUADO A LAS CIRCUNSTANCIAS, SE HA CONSAGRADO UNA EXCEPCIÓN QUE PUEDE EXTENDER POR UN TIEMPO LA OBLIGACIÓN DEL PROGENITOR AFÍN QUE ASUMIÓ EL SUSTENTO DEL NIÑO DURANTE LA CONVIVENCIA, MÁS ALLÁ DE LA CONVIVENCIA O DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL. ESTA NORMA CONSAGRA LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS (FELDMAN) Y LA BUENA FE EN LAS RELACIONES FAMILIARES Y LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS (KEMELMAIER DE CARLUCCI).

LA EXCEPCIÓN SE SUSTENTA EN EL PATRIMONIO Y LOS ROLES QUE HAN ASUMIDO EL PROGENITOR AFÍN Y EL PADRE/MADRE DEL MENOR DURANTE LA CONVIVENCIA, DE PROVEER EL SUSTENTO DEL HIJO DE ESTE ÚLTIMO, A FIN DE QUE LA RUPTURA DE LA PAREJA, CUANDO EL PROGENITOR AFÍN HA ASUMIDO LOS GASTOS DEL HIJO DE SU PAREJA, NO PERJUDIQUE AL NIÑO EN FUNCIÓN DE SU SITUACIÓN ANTERIOR A LA RUPTURA. SE LE IMPONE UNA CUOTA TRANSITORIA QUE NO SÓLO DEPENDE DEL PATRIMONIO DEL ALIMENTANTE O NECESIDADES DEL ALIMENTADO, SINO TAMBIÉN DEL TIEMPO QUE HA DURADO LA CONVIVENCIA (GUARDANDO CIERTA SIMILITUD CON LA SITUACIÓN DEL CÓNYUGE CONTEMPLADA EN LOS ARTS. 433 Y 432).

3. EL CONTENIDO DE LA PRESTACIÓN ALIMENTARIA

EN PRINCIPIO, SI EXISTE CONVIVENCIA, ES PROBABLE QUE LA CONTRIBUCIÓN NO SE LIMITE A UN APOORTE MERAMENTE ASISTENCIAL PARA MANTENER LAS NECESIDADES INELUDIBLES, SINO QUE, EN FORMA ESPONTÁNEA, EL PROGENITOR AFÍN REALICE APORTES PARA LA MANUTENCIÓN Y GASTOS EN GENERAL DEL HIJO AFÍN. EN CAMBIO, SI LA CONVIVENCIA HA CESADO, LA SITUACIÓN SE MODIFICA SUSTANCIALMENTE Y EN ESTE CASO LA CUOTA SÓLO DEBE CUBRIR LOS GASTOS NECESARIOS PARA ATENDER A LAS NECESIDADES BÁSICAS DE LOS HIJOS AFINES (ELEONORA LAMM - MARIEL F. MOLINA DE JUAN).

III. JURISPRUDENCIA

"LA DESERCIÓN O LA DESOBLIGACIÓN DEL QUE DURANTE LA INFANCIA DE P. OCUPABA EL ROL DE PADRE AFECTIVO Y PROVEEDOR PUEDE TRAER CONSECUENCIAS IRREMEDIABLES PARA EL FUTURO DESARROLLO DE AQUELLA EN CUANTO A QUE SE RESENTIRÁN SUS POSIBILIDADES EDUCATIVAS Y CONSEQUENTEMENTE SE ELEVA EL RIESGO DE CONDUCTAS ANTISOCIALES" (TRIB. COLEG. FAMILIA N.º. 5, ROSARIO, 10/5/2012 —SENTENCIA NO FIRME—, EL DIAL.COM - AA769D).

"QUIEN ASUME UNA CONDUCTA JURÍDICAMENTE RELEVANTE, CONSISTENTE EN RECONOCER Y TRATAR A UN MENOR COMO UN HIJO SUYO, NO PUEDE PRETENDER LUEGO QUE SE TUTELE UNA ACTUACIÓN POSTERIOR INCOMPATIBLE CON AQUÉLLA, COMO LA DE AFIRMAR QUE NO EXISTE OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ALGUNA EN TANTO NO SE TRATA DE UN HIJO BIOLÓGICO, SINO DEL HIJO BIOLÓGICO DE QUIEN FUE SU CONVIVIENTE DURANTE VARIOS AÑOS" (CCIV., COM. Y CONT. ADM. SAN FRANCISCO, 13/12/2012, RIDYJ. 2013-III, P. 111).

CAPÍTULO 8

REPRESENTACIÓN, DISPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO MENOR DE EDAD

POR GRACIELA CRISTINA IGNACIO Y SILVINA CERRA²

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: BONZANO, MARÍA DE LOS ÁNGELES, "IMPLICANCIAS PATRIMONIALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL", RDF, 60-151, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2013; CAVAGNARO, MARÍA VICTORIA, COLAZO, IVANA L., "LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO FRENTE A LA FIGURA DEL USUFRUCTO PATERNO-MATERNO: UNA MIRADA A PARTIR DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA: SU ABORDAJE DESDE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y EL PROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA", RDF, 59-273, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2013; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "ACTOS TRASCENDENTES PARA LA VIDA DEL HIJO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", LA LEY, 2013-D, 1093; RODRÍGUEZ, LAURA, "EL DERECHO DE ASISTENCIA TÉCNICA DE NIÑOS NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROYECTO", DFYP, ENE. 2012, LA LEY, P. 11; SANTI, MARILINA, "LA PERSONA MENOR DE EDAD EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", DFYP, 2013-06, LA LEY, P. 173.

ART. 677. — REPRESENTACIÓN. LOS PROGENITORES PUEDEN ESTAR EN JUICIO POR SU HIJO COMO ACTORES O DEMANDADOS.

SE PRESUME QUE EL HIJO ADOLESCENTE CUENTA CON SUFICIENTE AUTONOMÍA PARA INTERVENIR EN UN PROCESO CONJUNTAMENTE CON LOS PROGENITORES, O DE MANERA AUTÓNOMA CON ASISTENCIA LETRADA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART. 274 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. NO SE INCLUYE LA REPRESENTACIÓN EXTRAJUDICIAL, YA QUE EN GENERAL SE HA PREVISTO EN EL ART. 100 DE ESTE CÓDIGO.

CESA LA MINORIDAD CUANDO LOS HIJOS CUMPLEN LOS 18 AÑOS Y SON PLENAMENTE CAPACES EN RAZÓN DE LA EDAD. SI SE EMANCIPAN POR MATRIMONIO ANTES DE ESA EDAD ADQUIEREN LA CAPACIDAD LIMITADA IMPUESTA POR LA LEY (ART. 27 Y 28); Y CESA LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (ART. 699) EXCEPTUÁNDOSE LOS CASOS DE HIJOS PROGENITORES ADOLESCENTES, Y SÓLO EN LO REFERIDO A CIERTOS ACTOS QUE CONCIERNEN A LOS HIJOS MENORES DE ESTOS: OPOSICIÓN A ACTOS PERJUDICIALES O INTERVENCIÓN ANTE LA OMISIÓN DE ACTOS BENEFICIOS PARA QUIENES SON SUS NIETOS, Y AUTORIZAR ACTOS TRASCENDENTES PARA LA VIDA DEL NIETO QUE PUEDAN LESIONAR GRAVEMENTE SUS DERECHOS (ART. 644).

LOS ACTOS QUE REALICEN LOS MENORES ESTÁN VICIADOS DE NULIDAD RELATIVA SALVO AQUELLOS EN QUE LA LEY LES CONCEDE APTITUD PARA OBRAR CON LA AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES O LES RECONOCE CAPACIDAD EXCEPCIONAL PARA OBRAR POR SÍ. LAS NOCIONES DE

² SILVINA CERRA TUVO A SU CARGO EL COMENTARIO DE LOS ARTS. 685-698.

"CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO" O "GRADO DE MADUREZ" INCORPORADAS POR LA LEY 26.061 DEBEN ENTENDERSE ENMARCADAS Y LIMITADAS POR LAS NORMAS DEL NUEVO CÓDIGO EN MATERIA DE CAPACIDAD DE LOS MENORES, PARA EVITAR QUE SE CONVIERTAN "CABALLOS DE TROYA CON CONSECUENCIAS Y PROYECCIONES IMPREVISIBLES" (RIVERA-CROVI).

EL NUEVO CÓDIGO DISTINGUE ENTRE NIÑOS Y ADOLESCENTES, Y CONFIERE A ESTOS ÚLTIMOS CAPACIDADES PROGRESIVAS, FIJANDO EL COMIENZO DE LA ADOLESCENCIA A LOS 13 AÑOS CONFORME LA REALIDAD ACTUAL (DEL MAZO). RESULTA OBVIO QUE LA CAPACIDAD DE ENTENDER Y QUERER SE VAYA ALCANZANDO PROGRESIVAMENTE, NO ES LO MISMO EN LA INFANCIA, QUE EN LA ADOLESCENCIA O QUE EN LA ADULTEZ, EN GENERAL LOS PADRES ACTUARÁN POR ELLOS, PERO RESPETANDO SUS CAPACIDADES PROGRESIVAS PODRÁN AUTORIZARLOS A REALIZARLOS POR SÍ COMPLEMENTANDO UNA CAPACIDAD TODAVÍA INSUFICIENTE, CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA EN CASO DE DESACUERDO TALES COMO LOS ACTOS TRASCENDENTES PARA LA VIDA DEL NIETO (HIJO DE SU HIJO ADOLESCENTE) QUE PUEDAN LESIONAR GRAVEMENTE LOS DERECHOS DEL NIETO (ART. 644) O CELEBRAR MATRIMONIO ENTRE LOS 16 Y LOS 18 AÑOS (ART. 404).

TAMBIÉN SE REQUIERE AUTORIZACIÓN PATERNA O JUDICIAL SUPLETORIA, ENTRE LOS 13 Y LOS 16 AÑOS SOBRE TRATAMIENTOS DE SALUD INVASIVOS SOBRE SU PROPIO CUERPO (ART. 26), DONDE ADQUIERE ESPECIAL VIRTUALIDAD EL CONSENTIMIENTO INFORMADO (CROVI). DE MANERA QUE PARA DAR EL ASENTIMIENTO SOBRE EL TRATAMIENTO QUE SE LE PROPONE AL PACIENTE ADOLESCENTE, RESULTA NECESARIO QUE EL MÉDICO SUMINISTRE LA INFORMACIÓN DISPONIBLE PARA SU DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO, TANTO AL ADOLESCENTE COMO A SUS PADRES EN TÉRMINOS SUFICIENTES Y COMPRENSIBLES PARA CADA UNO DE ELLOS.

II. COMENTARIO

1. LA REPRESENTACIÓN LEGAL PATERNA

AMBOS PROGENITORES EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SON LOS REPRESENTANTES LEGALES DE SUS HIJOS MENORES (ART. 100) RESERVÁNDOSE PARA ESTE ARTÍCULO LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO.

EN VIRTUD DE SU INCAPACIDAD DE OBRAR PARA EJERCER POR SÍ MISMOS SUS DERECHOS, SE RECONOCE EN LOS PADRES EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, EL CARÁCTER DE REPRESENTANTES, ACTUANDO EN SU LUGAR POR ELLOS, SALVO QUE LO AUTORIZEN EN LOS ACTOS QUE EL HIJO PUEDA REALIZAR POR SÍ (O SE CONCEDA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA), Y SE EXCLUYEN AQUELLOS ACTOS EN LOS QUE EL HIJO YA NO NECESITA AUTORIZACIÓN CONFORME SU MADUREZ Y LAS NORMAS QUE LO AUTORIZAN (ART. 26; ENTRE LOS 13 Y LOS 16 TRATAMIENTOS DE SALUD NO INVASIVOS Y DESDE LOS 16 AÑOS DECIDIR SOBRE TRATAMIENTOS DE SU SALUD EN EL CUIDADO DE SU PROPIO CUERPO; EJERCICIO DE UNA PROFESIÓN SI TIENE TÍTULO HABILITANTE (ART. 30); EJERCER SU DEFENSA PENAL Y RECONOCER HIJOS DESDE LOS 13 AÑOS (ART. 680).

LA REPRESENTACIÓN DE LOS PADRES TIENE UN PODER DE DELIBERACIÓN QUE VA MÁS ALLÁ DE LA MERA REPRESENTACIÓN (CROVI-MESSINEO).

TAMBIÉN SE EXCEPTÚAN AQUELLOS ACTOS EN LOS QUE EXISTA CONFLICTO DE INTERESES ENTRE LOS PADRES Y EL HIJO, EN CUYO CASO SE DESIGNARÁ TUTOR ESPECIAL (ART. 109) PUDIENDO EL JUEZ DECIDIR QUE NO RESULTA NECESARIA LA DESIGNACIÓN SI EL MENOR ES ADOLESCENTE QUE PUEDA ACTUAR POR SÍ CON ASISTENCIA LETRADA (ART. 26).

ESTA REPRESENTACIÓN LEGAL DEL HIJO TIENE SU FUENTE EN LA LEY Y SUBSIDIARIAMENTE EN LO NO PREVISTO SE RIGE POR LAS NORMAS DEL MANDATO, PUDIENDO SER LOS PADRES DEMANDADOS POR EL HIJO COMO REGLA GENERAL, POR INDEMNIZACIÓN DEL PERJUICIO CAUSADO EN EJERCICIO DE TAL REPRESENTACIÓN (ART. 1329) (D'ANTONIO).

TIENE COMO PRINCIPAL FINALIDAD LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS DEL HIJO EN CUYO BENEFICIO SE ACTÚA (ART. 639 INC. A). LA ACTUACIÓN DE LOS PADRES RESULTA NECESARIA EN CONSONANCIA CON SU INCAPACIDAD DE OBRAR POR SÍ, POR ELLO HASTA LOS 13 AÑOS LA REPRESENTACIÓN SE EJERCE SIN SU INTERVENCIÓN, LO QUE NO AUTORIZA A QUE LE IMPIDA EL EJERCICIO DE SU DERECHO CONSTITUCIONAL A SER OÍDO SI TIENE SU

AF31505FICIENTE MADUREZ (ART. 639 INC. C).

2. REPRESENTACIÓN EN PROCESOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS Y TRÁMITES DE MEDIACIÓN

EN COHERENCIA CON EL RÉGIMEN GENERAL, LOS PADRES NO PODRÁN REPRESENTAR JUDICIALMENTE AL HIJO COMO ACTOR O DEMANDADO, CUANDO SE ENCUENTREN PRIVADOS DE LA PATRIA POTESTAD O SUSPENDIDOS EN EL EJERCICIO, PORQUE LA ACTUACIÓN CORRESPONDERÁ AL OTRO (CONF. ARTS. 641 INC. C Y 100); SIN EMBARGO DENTRO DE LA NORMATIVA ESPECIAL DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL BAJO ESTE TÍTULO VII ES POSIBLE QUE SE ATRIBUYA EL EJERCICIO A UNO SOLO DE ELLOS POR ACUERDO DE LAS PARTES O POR DECISIÓN JUDICIAL EN EL CASO EN QUE LOS PADRES NO CONVIVAN (ART. 641 INC. B), E INCLUSIVE PACTARSE POR LOS PADRES QUE LA REPRESENTACIÓN EN JUICIO LA EJERCERÁ UNO SOLO DE ELLOS CON LA DEBIDA HOMOLOGACIÓN JUDICIAL (ART. 655 INC B). LAS COSTAS DEL PROCESO RECAERÁN SOBRE EL PATRIMONIO DEL HIJO (D'ANTONIO).

COMO LA ACTUACIÓN POR DERECHO PROPIO COMO PARTE EN UN JUICIO (INCLUIDAS LA DESIGNACIÓN Y REMOCIÓN DEL ABOGADO, Y MEDIACIÓN PREVIA) SUPONEN EL EJERCICIO DE ACTOS QUE SON UNA ESPECIE DENTRO DE LOS ACTOS JURÍDICOS EN GENERAL (PALACIO) SE REQUIERE UNA SUFICIENTE CAPACIDAD DE OBRAR; LA CUAL EL MENOR NO TIENE HASTA SUS 13 AÑOS.

LA LEY PRESUME QUE EL HIJO ADOLESCENTE (ART. 25) CUENTA CON SUFICIENTE MADUREZ PARA INTERVENIR EN EL PROCESO JUNTO CON SUS PADRES, O ACTUAR SOLO CON ASISTENCIA LETRADA CON AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES (ART. 645 INC. D). SI UNO DE LOS PADRES NO LO AUTORIZA, PODRÁ AUTORIZARLO EL JUEZ CONTEMPLANDO EL INTERÉS FAMILIAR Y VALORANDO LA MADUREZ DEL MENOR, SUS MOTIVACIONES Y QUE ESTÉ LIBRE DE PRESIONES, MEDIANTE EL TRÁMITE PREVISTO ESPECIALMENTE POR LAS NORMAS PROCESALES (ARTS. 780 CPCN Y 818 CPCC PCIA. BS. AS.) (ZANNONI-MIZRAHI).

SE CONSIDERA QUE EL ADOLESCENTE TIENE SUFICIENTE CAPACIDAD PARA INTERVENIR DIRECTAMENTE EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN DEFENSA DE PROPIOS DERECHOS SUBJETIVOS E INTERESES (ART. 3 DEC. 1759, REGL. LEY 19.554) SIN AUTORIZACIÓN PATERNA NI DISPENSA SUPLETORIA (GORDILLO). EL MENOR DE 16 AÑOS PUEDE CELEBRAR CONTRATO DE TRABAJO Y ACTUAR EN JUICIO LABORAL EN DEFENSA DE SUS DERECHOS (ARTS. 32 Y 33 LCT) LO QUE COMPRENDE LOS TRÁMITES DEL SECCLO; Y HACERSE REPRESENTAR POR MANDATARIO CUMPLIENDO LAS NORMAS DE PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES (ART. 27 LEY 26.061 Y CDN).

TAMPOCO NECESITARÁ AUTORIZACIÓN PATERNA NI JUDICIAL SUPLETORIA PARA LA DEFENSA JUDICIAL DE SUS DERECHOS VINCULADO AL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN NI DE LOS

BIENES QUE CON SUS FRUTOS ADQUIERA (ART. 30), NI VINCULADA A LOS TRATAMIENTOS DE SALUD CONFORME SU CAPACIDAD PROGRESIVA (ART. 26) Y ESTAR SU CONSENTIMIENTO COMO PACIENTE, PREVIO HABER SIDO INFORMADO PLENA Y ADECUADAMENTE POR EL MÉDICO QUE HABRÁ DE INTERVENIR.

CONSIDERANDO EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO (ART. 12.1 CDN) TIENE DERECHO A UN ABOGADO QUE LO ASISTA (ART. 27 INC. C LEY 26.061) PARA PROPORCIONARLE ASISTENCIA Y ORIENTACIÓN JURÍDICA. SE HA DENOMINADO "ABOGADO DEL NIÑO", Y COMO FIGURA DIFERENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, PUEDE RECAER EN EL DEFENSOR OFICIAL O SER DESIGNADO POR LOS PADRES O POR EL ADOLESCENTE, SEGÚN SUS CIRCUNSTANCIAS.

EL DERECHO A ASISTENCIA LETRADA NO SE CIRCUNSCRIBE SOLAMENTE AL CASO DE CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES CON SUS PADRES (RODRÍGUEZ, LAURA).

LOS PADRES NO PODRÁN Oponerse a su actuación cuando haya alcanzado la capacidad progresiva para ejercer derechos, si bien la tajante distinción por edades a veces resulta excesiva y a veces insuficiente (BORDA).

III. JURISPRUDENCIA

SE REVOCÓ LA DESIGNACIÓN DE UN ASESOR DE INCAPACES COMO ABOGADO DEL NIÑO Y SE ORDENÓ DESIGNAR EN TAL CARGO A UN DEFENSOR OFICIAL CIVIL, YA QUE EL ASESOR DE INCAPACES NO PUEDE DEFENDER EN UN MISMO PROCESO LOS INTERESES PARTICULARES CONCRETOS DEL NIÑO (ATENDIENDO ESPECÍFICAMENTE A LA VOLUNTAD DEL NIÑO) Y POR OTRA PARTE DICTAMINAR DE ACUERDO A LO QUE PERCIBE COMO LO MÁS CONVENIENTE PARA EL MENOR (CCIV. Y COM. MAR DEL PLATA, 19/4/2012. MJ-JU-M-71818-AR | MJJ71818, WWW.ASPAMI.ORG.AR).

LA PARTICIPACIÓN DEL MENOR EN EL PROCESO "EXIGE GARANTIZARLE EL DERECHO A SER

LOCHER ESCUCHADO, YA SEA DIRECTAMENTE O POR MEDIO DE UN REPRESENTANTE O DE UN ÓRGANO APROPIADO, EN CONSONANCIA CON LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTOS DE LA LEY NACIONAL, TENIENDO "DEBIDAMENTE EN CUENTA" SUS OPINIONES "EN FUNCIÓN DE LA EDAD Y LA MADUREZ" (ART. 12, CDN; ARTS. 3, INC. B, 24 Y 27 INCS. A Y B, LEY 26.061), QUE DEBE SER RECONOCIDA A TODO MENOR, AÚN IMPÚBER EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 127 DEL CÓDIGO CIVIL "EN FUNCIÓN DE LA EDAD Y MADUREZ" SEGÚN REZA EL PRECEPTO ANTES TRANSCRIPTO (CFR. CNCIV., ESTA SALA G, R. 579.928 DEL 27/6/2011)... DEBE EN PRINCIPIO CONSIDERARSE SATISFECHO DADA LA ENTREVISTA PERSONAL MANTENIDA CON EL NIÑO I. L. POR LA DEFENSORA DE MENORES ANTE ESTA ALZADA Y LOS PROFESIONALES INDICADOS EN EL ACTA (FALLOS: 318:1269, CONSID. 20)" (CNCIV., SALA G, 17/4/2012, ELDIAL.COM - AA776B).

EN UN CASO EN QUE EL PADRE CUESTIONÓ LA CAPACIDAD DE LOS HIJOS PARA SER TENIDOS POR PARTE EN UN PROCESO CON PATROCINIO LETRADO SE RESOLVIÓ REVOCAR EL PATROCINIO DEL MENOR IMPÚBER Y CONFIRMAR EL DEL MENOR ADULTO. "EL EJERCICIO DE ESE DERECHO NO SE HALLA EXENTO DE CONTROL JUDICIAL, SIEMPRE CONSIDERANDO EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y A LA LUZ DEL MENTADO PRINCIPIO DE 'CAPACIDAD PROGRESIVA', LUEGO DE ESCUCHARLO Y TENIENDO EN CUENTA SU OPINIÓN, EL JUEZ DEBE PONDERAR LA EFECTIVA CAPACIDAD DE DISCERNIMIENTO Y LIBERTAD DEL MENOR, DESCARTANDO QUE SU DECISIÓN OBEDEZCA A MOTIVACIONES APRESURADAS O ANTOJADIZAS O A LA INFLUENCIA O PRESIONES DE PADRES U OTRAS PERSONAS DE SU ENTORNO CON EL FIN DE INSTRUMENTAR

TARLOS EN EL PLEITO; LO CUAL, COMO ES SABIDO, NO ES INFRECUE EN PLEITOS DE LA NATURALEZA DEL PRESENTE" (CNCIV., SALA I, 4/4/2009, LEXIS N° 35031288).

"EN UNA CAUSA EN LA QUE SE CONDENÓ A UN PADRE A LA PENA DE SEIS AÑOS DE PRISIÓN POR EL ABUSO SEXUAL DE DOS HIJAS, INTERVINO POR PRIMERA VEZ LA FIGURA DEL 'ABOGADO DEL NIÑO'. LA REPRESENTANTE DE ESE INSTITUTO INTERPUSO UN RECURSO DE CASACIÓN RESPECTO DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA UTILIZADA" (TSCORRIENTES, 23/11/2011, WWW.JUSCORRIENTES.GOV.AR).

"LA INEXISTENCIA DE NORMAS ESPECÍFICAS QUE CONTEMPLAN LA FIGURA DEL ABOGADO DEL NIÑO PARA LOS SUPUESTOS DE INTERNACIONES DE MENORES... NO OBSTA A QUE DICHA FIGURA SEA ASUMIDA POR EL DEFENSOR OFICIAL" AR/JUR 60738/2013); "EL DERECHO DEL MENOR A SER OÍDO CONSTITUYE UNA GARANTÍA SUSTANCIAL QUE FLUYE DE SU CONSIDERACIÓN COMO SUJETO Y NO MERO OBJETO DE DERECHO" (DEL VOTO EN DISIDENCIA DEL JUEZ PETTIGIANI) (SCBA, 24/10/2001, LEXIS 14/79559).

EN UN CASO DE TENENCIA EN QUE LOS HIJOS ADOLESCENTES SE PRESENTARON CON LETRADO PATROCINANTE SE DECIDIÓ SU REVOCACIÓN Y LA DESIGNACIÓN DE UN TUTOR ESPECIAL. "...ES BUENO ADVERTIR QUE —COMO LO DESTACÓ LA JUEZ DE GRADO EN SU PRONUNCIAMIENTO— EL ART. 27, INC. C, LEY 26.061, NO LES CONFIERE EXPRESAMENTE A LOS NIÑOS LA ATRIBUCIÓN DE DESIGNAR ABOGADO; ELIMINÁNDOSE DEL PROYECTO ORIGINAL LA EXPRESIÓN 'LETRADO DE SU CONFIANZA', Y SU REEMPLAZO POR LA FÓRMULA ACTUAL QUE ES 'SER ASISTIDO POR UN LETRADO'. EL ORDENAMIENTO VIGENTE BUSCA UNA REAL AUTONOMÍA DE LOS HIJOS; Y MAL SE PODRÁ PROPENDER A ELLA CUANDO DICHS HIJOS APARECEN ASISTIDOS POR ABOGADOS QUE FUERON CONTRATADOS POR UN PROGENITOR, QUIEN ADEMÁS LES DA INSTRUCCIONES, CONVIENE SUS HONORARIOS Y LOS PAGA DE SU BOLSILLO. OBRAR ASÍ NO ES RESPETAR LA LEY 26.061 SINO VIOLARLA..." (CNCIV, SALA B, 19/3/2009, LA LEY, 2009-B, 709).

ART. 678.— OPOSICIÓN AL JUICIO. SI UNO O AMBOS PROGENITORES SE OPO-
NEN A QUE EL HIJO ADOLESCENTE INICIE UNA ACCIÓN CIVIL CONTRA UN TERCE-
RO, EL JUEZ PUEDE AUTORIZARLO A INTERVENIR EN EL PROCESO CON LA DEBIDA
ASISTENCIA LETRADA, PREVIA AUDIENCIA DEL Oponente Y DEL MINISTERIO
PÚBLICO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART.

HICH282 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. SU FUENTE ES EL ART. 25 INC. C) DEL PROYECTO DE 1998.

034II. COMENTARIO

SI BIEN LA REPRESENTACIÓN CORRESPONDE A LOS PADRES, EL HIJO QUE HA CUMPLIDO 13 AÑOS (ART. 25) PODRÁ ACTUAR EN JUICIO CON LA AUTORIZACIÓN DE ESTOS (ART. 645 INC. D). EN ESTE ÚLTIMO CASO, PODRÁ DEMANDAR Y CONTESTAR DEMANDAS CIVILES O COMERCIALES Y QUERELLAR PENALMENTE (BELLUSCIO).

ESTE ARTÍCULO PERMITE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA PARA LA ACCIÓN CIVIL QUE QUIERA INTENTAR EL HIJO, EXTENSIVA A LA ACCIÓN COMERCIAL (ZANNO-

NI-BOSSERT), EN CASO DE NEGATIVA DE "UNO O AMBOS" PADRES, ES DECIR AÚN EN CONTRA DE LA VOLUNTAD DE SUS PADRES (DEL MAZO). EN CADA CASO SE VERIFICARÁ EN EL ADOLESCENTE, SU DISCERNIMIENTO MADUREZ INTELECTUAL Y PSICOLÓGICA Y SUFICIENTE ENTENDIMIENTO (MIZRAHI-DEL MAZO) PARA LA ACCIÓN QUE PRETENDE INTENTAR.

SI LO COMPARAMOS ESTA NORMA CON EL ART. 645 INC. D) DEL CÓDIGO DE VÉLEZ OBSERVAMOS UNA DIFERENCIA, PUESTO QUE ÚNICAMENTE SE PERMITE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA EN CASO DE NEGATIVA DE "UNO" SOLO DE LOS PADRES.

ELLO DEJA ABIERTA LA DUDA, AL IGUAL QUE CON LA NORMATIVA ANTERIOR QUE LA REFORMA REPRODUCE, SOBRE LA EXTENSIÓN DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SI "AMBOS" PADRES NIEGAN SU AUTORIZACIÓN AL HIJO, POR LO QUE SE HA SOSTENIDO QUE PARA QUE EL JUEZ AUTORIZAR SUPLETORIAMENTE AL HIJO PARA ACTUAR COMO DEMANDADO RESULTA INELUDIBLE LA AUTORIZACIÓN DE AL MENOS "UNO" DE LOS PADRES (BELLUSCIO-D'ANTONIO). CONTRARIAMENTE SE HA SOSTENIDO QUE EL JUEZ PUEDE AUTORIZAR SUPLETORIAMENTE AL HIJO AL CONTESTAR DEMANDA (ZANNONI-BOSSERT-BORDA-LLAMBIAS).

SE HA SOSTENIDO QUE INCLUYE LA ACCIÓN CIVIL EN SEDE PENAL LO QUE LO HABILITARÍA PARA SER QUERELLANTE (LLAMBIAS). OTROS AUTORES ENTIENDEN QUE EL JUEZ NO PUEDE DAR AUTORIZACIÓN SUPLETORIA PARA QUERELLAR POR LA RESPONSABILIDAD QUE PUEDE ACARREAR (ZANNONI-BOSSERT-BELLUSCIO), PERO SÍ PUEDE DENUNCIAR EL DELITO DEL CUAL HA SIDO VÍCTIMA AÚN SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL (ZANNONI-BOSSERT-GARBINI).

III. JURISPRUDENCIA

LA NORMA CONTEMPLADA EN EL ART. 1º DE LA LEY 22.278 (RÉGIMEN PENAL DE MENORES) ESTABLECE LA EDAD PARA SER PENALMENTE IMPUTABLE DE UN DELITO, MÁS NO SE REFIERE A LA CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO PENAL EN CARÁCTER DE DENUNCIANTE O QUERELLANTE, LA QUE NO DIFIERE DE LA CAPACIDAD PARA ESTAR EN JUICIO CIVIL (CNCRIM. Y CORREC., 18/3/2009).

CUALQUIER PERSONA PUEDE DENUNCIAR UN DELITO PERSEGUIBLE DE OFICIO, PERO CUANDO LA ACCIÓN PENAL DEPENDA DE INSTANCIA PRIVADA, SÓLO PODRÁ DENUNCIAR QUIEN TENGA DERECHO A INSTAR. PARA DENUNCIAR, NO SE REQUIERE NINGUNA CAPACIDAD (CNCRIM. Y CORREC., SALA IV, 29/8/2003, Nº 25338).

LA CAPACIDAD PARA DENUNCIAR DEBE BUSCARSE EN LAS PREVISIONES DEL ART. 179 DEL CPPN, QUE ESTABLECE QUE EL DENUNCIANTE NO CONTRA E OTRA OBLIGACIÓN EN EL PROCESO QUE LA DEL DELITO EN QUE PUDIERE INCURRIR AL CONDUCIRSE FALSAMENTE (CNCRIM. Y CORREC., SALA VII, 29/5/2002, Nº 20833).

ART. 679. — JUICIO CONTRA LOS PROGENITORES. EL HIJO MENOR DE EDAD PUEDE RECLAMAR A SUS PROGENITORES POR SUS PROPIOS INTERESES SIN PREVIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, SI CUENTA CON LA EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE Y ASISTENCIA LETRADA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART. 285 DEL CÓDIGO DE V

ÉLEZ. NO SE INCLUYE EN EL NUEVO ARTÍCULO REFORMADO LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

PREVIA.

II. COMENTARIO

LOS PADRES NO GOZAN DE INMUNIDAD FRENTE AL PERJUICIO QUE PUEDAN OCASIONAR A LOS INTERESES DEL HIJO, POR ELLO ÉSTE SE ENCUENTRA HABILITADO PARA DEMANDARLOS EN PROCESOS VINCULADOS A SUS PROPIOS INTERESES. LA PROHIBICIÓN SE MANTIENE SI NO SE TRATA DE LOS INTERESES DEL HIJO PUESTO QUE ÉSTA SE BASA EN LA SOLIDARIDAD FAMILIAR, POR ELLO TAMBIÉN SE MANTIENE LA PROHIBICIÓN AUN CUANDO HAYAN PERDIDO LA PATRIA POTESTAD O SE ENCUENTREN SUSPENDIDOS EN EL EJERCICIO (D'ANTONIO), EN SENTIDO CONTRARIO SE HA INTERPRETADO QUE PUEDEN DEMANDARLOS EN ESTOS CASOS PUESTO QUE LA PROHIBICIÓN ESTÁ VINCULADA AL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD (BELLUSCIO-LLAMBIAS).

EL HIJO PODRÁ DEMANDARLOS, Y EN EL MISMO PROCESO EL JUEZ VERIFICARÁ SI CUENTA CON MADUREZ SUFICIENTE, SI NO ES ASÍ, NO CORRESPONDE RECHAZAR LA DEMANDA SINO NOMBRAR UN TUTOR ESPECIAL (MIZRAHI).

ART. 680. — HIJO ADOLESCENTE EN JUICIO. EL HIJO ADOLESCENTE NO PRECISA AUTORIZACIÓN DE SUS PROGENITORES PARA ESTAR EN JUICIO CUANDO SEA ACUSADO CRIMINALMENTE, NI PARA RECONOCER HIJOS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SU ANTECEDENTE ES EL ART. 286 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. SU FUENTE ES EL ART. 25 INCS. A) Y B) PROYECTO DE REFORMA 1998. NO SE INCLUYE EN EL NUEVO ARTÍCULO REFORMADO LA FACULTAD DE TESTAR PORQUE EL DERECHO SE ADQUIERE CON LA MAYORÍA DE EDAD HOY A LOS 18 AÑOS (CUANDO CESA LA RESPONSABILIDAD PARENTAL).

II. COMENTARIO

I. DEFENSA PENAL

EL ADOLESCENTE (ART. 25) PUEDE ACTUAR POR SÍ ANTE TRIBUNALES PENALES CUANDO SEA IMPUTADO POR LA COMISIÓN DE UN DELITO (ZANNONI, BELLUSCIO).

EN LA ACTUALIDAD UN MENOR QUE NO CUMPLIÓ LOS 16 AÑOS NO ES FUNIBLE, Y ENTRE LOS 16 Y LOS 18 AÑOS TAMPOCO EN LOS CASOS DE DELITOS DE ACCIÓN PRIVADA O PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD MENORES A 2 AÑOS, MULTA E INHABILITACIÓN (CONF. LEY 22.803). CONSECUENTEMENTE, UN ADOLESCENTE DE 16 AÑOS PODRÍA SER SOMETIDO A PROCESO (ART. 3º LEY 22.803), IMPUTADO Y ACUSADO, SIENDO LA DECLARACIÓN INDAGATORIA UN ACTO DE DEFENSA PERSONALÍSIMO QUE DEBE EJERCER EL MENOR Y SU DEFENSA TÉCNICA DEBERÍA EJERCERSE POR UN ABOGADO DE LA ESPECIALIDAD (D'ANTONIO).

LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CASO MENDOZA, MAYO/2013) CONDENÓ A LA ARGENTINA POR HABER SENTENCIADO A MENORES A PENAS DE PRISIÓN PERPETUA E INSTÓ AL PAÍS A SANCIONAR UN RÉGIMEN DE JUSTICIA PENAL JUVENIL AJUSTADO A LOS ESTÁNDARES MUNDIALES Y EN CONSONANCIA CON LOS DERECHOS CONSAGRADOS POR LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES. (LA NACIÓN, 9/6/2013, WWW.LANACION.COM.AR, CONS. 17/10/2014). LA CSJN FALLÓ QUE LA EDAD DEBÍA SER CONSIDERADA UN ATENUANTE (CASO MALDONADO, 2005). NO EXISTE AÚN UN RÉGIMEN LEGAL DE PROTECCIÓN MINORIL

ADECUADO AL INTERÉS DEL NIÑO (CDN, 26.061), AUN CUANDO DESDE EL AÑO 2000 SE HAN ENVIADO PROYECTOS, Y CONTAMOS CON UNO APROBADO POR EL SENADO EN 2009 ("RÉGIMEN LEGAL APLICABLE A LAS PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL") QUE TODAVÍA NO OBTUVO SANCIÓN EN DIPUTADOS (GARELLO).

2. RECONOCIMIENTO DE HIJOS

EL RECONOCIMIENTO DE UN HIJO IMPORTA REFLEJAR EN LO JURÍDICO UNA REALIDAD BIOLÓGICA (D'ANTONIO) Y ES UN DERECHO DEL HIJO A SU PLENA IDENTIDAD PERSONAL Y FAMILIAR (CDN).

EL ADOLESCENTE ES PLENAMENTE CAPAZ PARA RECONOCER HIJOS, LO QUE LE CONFIERE CAPACIDAD Y DISCERNIMIENTO SUFICIENTE (ZANNONI) PARA EL ACTO JURÍDICO DE RECONOCIMIENTO POR EL CUAL QUEDA DETERMINADA LA FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL (ART. 570).

EN CUANTO A LA FORMA DE RECONOCIMIENTO MEDIANTE ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD (ART. 571 INC. C, CÓD. CIVIL REFORMADO) SI BIEN EL ADOLESCENTE NO TIENE CAPACIDAD PARA TESTAR, EL RECONOCIMIENTO CONTENIDO EN EL TESTAMENTO TENDRÁ PLENA VALIDEZ; SI SE EFECTÚA POR INSTRUMENTOS PÚBLICOS DEBEN REMITIRSE AL REGISTRO CIVIL PARA SU INSCRIPCIÓN (ART. 43 LEY 26.413); EL EFECTUADO ANTE EL REGISTRO CIVIL IMPONE LA OBLIGACIÓN AL OFICIAL PÚBLICO DE COMUNICARLO A LOS ORGANISMOS CREADOS POR LA LEY 26.061 (ART. 44 LEY 26.413).

EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SOBRE EL HIJO RECONOCIDO EN PROTECCIÓN DEL INTERÉS DE ESTE ÚLTIMO, SE ENCUENTRA LIMITADO AL PROGENITOR ADOLESCENTE (ART. 645 CÓD. CIVIL REFORMADO) A LA SUPERVISIÓN DE SUS PROPIOS PADRES EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

CONSECUENTEMENTE PUEDEN DECIDIR NO TENER HIJOS, POR LO TANTO CUENTAN CON CAPACIDAD PARA DECIDIR UTILIZAR MÉTODOS ANTICONCEPTIVOS NO ABORTIVOS SIN NECESIDAD DE AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES. FINALMENTE Y COMO LÓGICA CONSECUENCIA, SON RESPONSABLES POR LOS DAÑOS QUE CAUSEN DERIVADOS DEL NO RECONOCIMIENTO OPORTUNO DEL HIJO (MEDINA).

EN CUANTO A PRESTAR CONSENTIMIENTO INFORMADO SOBRE TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA, QUE DETERMINA FILIACIÓN, SE REQUIERE MAYORÍA DE EDAD (ART. 26 LEY 26.862), YA QUE NO ES UN ACTO MÉDICO DE CUIDADO DEL PROPIO CUERPO, SINO QUE ESTÁ VINCULADO A UNA PATERNIDAD RESPONSABLE, SALVO LOS CASOS DE MENORES EMANCIPADOS POR MATRIMONIO. LOS MENORES DE 18 AÑOS, PUEDEN ACCEDER A TÉCNICAS DE GUARDA DE GAMETOS Y TEJIDOS REPRODUCTIVOS, QUE SIN LLEVAR ADELANTE LA INMEDIATA CONSECUENCIA DE UN EMBARAZO, POR PROBLEMAS DE SALUD O POR TRATAMIENTOS MÉDICOS O INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS PUEDAN VER COMPROMETIDAS SU CAPACIDAD DE PROCREAR EN EL FUTURO (ART. 8° LEY 26.862), SI TIENEN 16 AÑOS PUEDEN ACTUAR SIN AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES (ART. 26).

III. JURISPRUDENCIA

"SI EL MENOR ADULTO DEBE RECONOCER HIJOS EXTRAMATRIMONIALES SIN AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES, TAMBIÉN PUEDE ADOPTAR LAS PRÁCTICAS ANTICONCEPTIVAS LÍCITAS PARA EVITAR TENERLOS", "SI EL MENOR NO RECONOCE ESTOS HIJOS EXTRAMATRIMONIA-

LES RESPONDE POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS POR SU NO RECONOCIMIENTO" (CCIV. Y COM. SAN ISIDRO, SALA I, 7/5/2002, CAUSA 89403, REG. 160).

ART. 681.— CONTRATOS POR SERVICIOS DEL HIJO MENOR DE DIECISÉIS AÑOS, 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.

LTRCHTOUENTES DEL NUEVO TEXF .IVILC DIGOÓCN CON ELÓELACIR .I

Su antecedente es el art. 275 párrafo segundo del Código de Vélez.

II. COMENTARIO

1. Servicios del hijo

La normativa impone que los padres en ejercicio de la patria potestad deben dar su consentimiento al hijo (de menos de 16 años) cuando pretenda ejercer tales actividades, sin que sea necesario que el consentimiento se preste en forma expresa, sin embargo ante el desacuerdo de los padres, correspondería la intervención judicial por aplicación del art. 642.

Corresponde dejar sentado que las leyes especiales vedan el trabajo infantil aún con autorización paterna (Belluscio).

En consonancia con la normativa especial (Prohibición de trabajo infantil y adolescente) queda prohibido el trabajo de menores de 16 años en todas sus formas (art. 2° ley 26.390), salvo entre 14 y 16 años, en los casos de trabajos no perjudiciales en empresa familiar con jornada limitada y con autorización de autoridad administrativa laboral (art. 17).

Si bien la reforma mejora el sistema por contratos por servicios del hijo, siendo la legislación especial más restrictiva debió haberse adecuado la normativa del Código a la misma (Del Mazo).

Sin embargo si se contratara a menores, violando la prohibición, la legislación protectora no puede volverse en contra de ellos, de manera que sería un contrato de nulidad relativa y sancionable por la autoridad administrativa (D'Antonio).

Se observa la contradicción con el art. 30, que establece que si el menor tiene título habilitante para el ejercicio de una profesión no necesita autorización de sus padres para ejercerla, reproduciendo el criterio del antiguo art. 128. Las soluciones que se habían propuesto antes de la reforma eran contrapuestas: o que el menor necesitaba igualmente autorización de sus padres aun si tenía título habilitante, fundado en el predominio de la norma posterior, puesto que el art. 275 reformado por la ley 23.264 era una norma posterior al art. 128 reformado por la 17.711 (Zannoni-Bossert), o que debía darse prevalencia a un marco de mayor capacidad considerando la redacción específica referida a "profesión con título habilitante" (D'Antonio).

En la actualidad, en el caso poco frecuente que un menor de menos de 16 años logre un título profesional habilitante, considerando que ambas normas en aparente contraposición tienen vigencia simultánea, resultaría más beneficioso para el menor que prevalezca la norma que le da mayor capacidad, la cual siendo especial, pero a la luz de la prohibición del trabajo infantil esta última norma debe interpretarse que concede esta capacidad solamente a partir de los 16 años (Croví), sin embargo habrá que considerar judicialmente las circunstancias del interés de este menor en el caso concreto para autorizarle el ejercicio de su profesión.

2. Obligarse "de otra manera"

Se ha interpretado que se refiere a los casos en que el hijo pretenda contraer obligaciones de hacer (Zannoni-Lafaille-Garbiní). También se extiende a los casos en que pretenda ingresar a instituciones que lo sustraigan permanentemente del hogar paterno (Zannoni-Bossert-Busso-Garbiní) por lo que se requiere el consentimiento de expreso de ambos padres y si uno la niega puede obtener autorización judicial supletoria —art. 645 b— (Belluscio-Zannoni-Bossert).

Art. 682.— Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años. Los progenitores no pueden hacer 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.

231. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Su antecedente es el art. 280 del Código de Vélez. Su fuente es el art. 585 Proyecto de reforma de 1998.

II. COMENTARIO

Este artículo impone una limitación al ejercicio de la responsabilidad parental, si bien los padres pueden actuar en representación del hijo necesitan el consentimiento del hijo (Belluscio). No es lógico que los padres puedan obligar al hijo a aprender un oficio o imponerle determinada profesión (Zannoni), lo cual podría vulnerar gravemente el interés superior del menor, y en este artículo su derecho a ser oído se consagra mediante la expresión de su consentimiento para el acto que pretenden llevar a cabo sus padres y que lo involucra personalmente.

Necesita el consentimiento del hijo también para el convenio de aprendizaje, incluida la formación deportiva, el cual se ha definido como "un vínculo o convenio de aprendizaje y promoción deportivas, especie de maestría con perspectivas sobresalientes, donde el interés lúdico acompaña al económico y el juego al trabajo" (Agricola de Bianchetti, LA LEY, 2001-B, 1210), sin perjuicio de que con menos de esa edad no deba consultarse su opinión.

En materia de fútbol u otro deporte, el menor tiene derecho a jugar o a no jugar, o dónde, cuándo y con quién quiera, sin que los derechos de pase puedan invocarse por sobre la autoridad de los padres, que el caso de este artículo, además requiere el consentimiento del hijo.

En consonancia con el art. 681, sería más conveniente interpretar que es el menor quien puede celebrar el contrato con la autorización de sus padres (D'Antonio).

III. JURISPRUDENCIA

"El fichaje de un futbolista menor de edad aficionado o amateur, no convalida que se le niegue su pase definitivo mediante la mera invocación de una norma reglamentaria y administrativa, cuando la aplicación de ésta viene a generar un quiebre del orden constitucional, un desconocimiento del interés superior del niño tan protegido por la jurisprudencia actual, y un inaceptable desmedro de las prerrogativas que le incumben a los padres, en ejercicio de la patria potestad" (CCiv. y Com. Rosario, sala 2ª, 10/6/2008).

Art. 683.— Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años. Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil.

Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo.

hI. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LANGFEL1274SU ANTECEDENTE ES EL ART. 283 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

LOS PADRES EN EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD DEBEN DAR SU CONSENTIMIENTO AL HIJO MENOR, SIN QUE SEA NECESARIO QUE EL CONSENTIMIENTO SE PRESTE EN FORMA EXPRESA (ZANNONI-BOSSERT-BELLUSCIO), SIN EMBARGO ANTE EL DESACUERDO DE LOS PADRES, CORRESPONDERÍA LA INTERVENCIÓN JUDICIAL POR APLICACIÓN DEL ART. 642. LA NEGATIVA NO PUEDE SER ABUSIVA NI IRRACIONAL PUESTO QUE LA FINALIDAD FUNDAMENTAL DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL ES EL INTERÉS DEL HIJO, "LOS MENORES —A MÁS DE LA ESPECIAL ATENCIÓN QUE REQUIEREN DE QUIENES ESTÁN OBLIGADOS A SU CUIDADO, DE LOS JUECES Y DE LA SOCIEDAD TODA— SÓLO PUEDEN SER SUJETO DE DERECHOS Y NUNCA OBJETOS DE DERECHOS DE TERCEROS (FALLOS: 318:1676)" (SCBA, ED, 198-127).

SE PLANTEA UNA DIVERGENCIA INTERPRETATIVA SOBRE EL ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO, SI SE PRESUME AUTORIZADO PARA EJERCER LA ACTIVIDAD QUE EFECTIVAMENTE EJERCE (DEL MAZO), SE PRESUME QUE ESTÁ AUTORIZADO PARA CELEBRAR ACTOS Y CONTRATOS DE LA ACTIVIDAD CUANDO PREVIAMENTE ESTÁ AUTORIZADO POR SUS PADRES EN DEBIDA FORMA PARA EJERCER EL EMPLEO, PROFESIÓN O INDUSTRIA QUE EJERCE (D'ANTONIO). SE HA SOSTENIDO QUE DEBE INTERPRETARSE LIMITADA A LOS MENORES QUE VIVAN INDEPENDIENTES DE SUS PADRES (CROVI).

LOS MENORES QUE HAYAN CUMPLIDO 16 AÑOS PUEDEN CELEBRAR CONTRATO DE TRA-

BAJO CON AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES (CONF. 32 LCT), CON GARANTÍA DE IGUALDAD DE RETRIBUCIÓN QUE LOS ADULTOS (187 LCT) Y EN SU CASO CELEBRAR LOS ACTOS Y CONTRATOS CONCERNIENTES A SU ACTIVIDAD.

TAMPOCO REQUIERE AUTORIZACIÓN PARA ADMINISTRAR O DISPONER DE LOS BIENES QUE ADQUIERA Y COMO CONSECUENCIA LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS RECAERÁ SOBRE SU PROPIO PECULIO PROFESIONAL.

III. JURISPRUDENCIA

"LA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA QUE DEBE EFECTUARSE ES QUE EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES, SOBRE FUTBOLISTAS AMATEURS MENORES DE 18 AÑOS, IMPLICARÍA QUE ÉSTOS PODRÍAN ABANDONAR LA INSTITUCIÓN PARA LA CUAL PRESTAN SERVICIOS POR VOLUNTAD DE LOS PADRES PARA INCORPORARSE A OTRAS, SIN QUE EL CLUB ORIGINARIO PUEDIERA Oponerse, DADO QUE EN TAL SUPUESTO EL FUTBOLISTA CARECERÍA DE AUTORIZACIÓN SUFICIENTE DE LOS TITULARES DE LA PATRIA POTESTAD PARA PODER REALIZAR TRABAJOS, COMO POR EJEMPLO, JUGAR AL FÚTBOL (BARBIERI, P. C. FÚTBOL Y DERECHO, UNIVERSIDAD, 2005, P. 107)" (CCIV. Y COM. ROSARIO, SALA 2ª, 10/6/2008).

ART. 684. — CONTRATOS DE ESCASA CUANTÍA. LOS CONTRATOS DE ESCASA CUANTÍA DE LA VIDA COTIDIANA CELEBRADOS POR EL HIJO, SE PRESUMEN REALIZADOS CON LA CONFORMIDAD DE LOS PROGENITORES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO SE OBSERVAN ANTECEDENTES EN EL CÓDIGO CIVIL TAL COMO ESTÁ PREVISTO EN LA REFORMA. SU ANTECEDENTE ES EL ART. 26 DEL PROYECTO DE REFORMA DE 1998.

II. COMENTARIO

SI BIEN LOS CONTRATOS QUE PUEDAN REALIZAR LOS MENORES NECESITAN LA REPRESENTACIÓN PATERNA DE LO CONTRARIO ESTARÍAN VICIADOS DE NULIDAD RELATIVA (SALVO LAS EXCEPCIONES DE LAS CAPACIDADES ESPECIALES), COHERENTE CON EL CRITERIO DE DAR AL NIÑO CAPACIDADES PROGRESIVAS CONFORME SU MADUREZ, LA NUEVA NORMATIVA INCORPORA LOS CONTRATOS LÍCITOS DE LA VIDA COTIDIANA QUE EL NIÑO PUEDE REALIZAR, RESPECTO DE LOS CUALES SE PRESUME EL CONSENTIMIENTO DE SUS PADRES, SALVO EXPRESA Y TEMPORÁNEA OPOSICIÓN. RESULTA LÓGICO, CONFORME SE HA SOSTENIDO, QUE UN NIÑO DE 7 AÑOS PUEDA COMPRAR UN LÁPIZ (DEL MAZO).

EN LA REALIDAD DE LA VIDA PODEMOS OBSERVAR A DIARIO EL DESEMPEÑO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN ESTAS CONTRATACIONES, COMPRAN HAMBURGUESAS, ÚTILES, VAN A LA PELUQUERÍA, VAN AL CINE, Y SUPONEMOS LA AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES, LA LEY REFUERZA ESTA IDEA DANDO EXPRESA VALIDEZ A ESTOS ACTOS PRESUMIENDO LA AUTORIZACIÓN DE SUS PADRES.

LA OPOSICIÓN DE LOS PADRES, PARA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN, EN TODO CASO DEBE EFECTUARSE OPORTUNA O TEMPORÁNEAMENTE, LA REALIZADA CON POSTERIORIDAD AL MISMO NO INVALIDARÁ EL ACTO, YA QUE EXISTE UN DEBER DE VIGILANCIA SOBRE EL MENOR POR PARTE DE LOS PADRES QUE SE SUPONE QUE SE EJERCE ADECUADAMENTE. PODRÁ INVALIDARSE EL ACTO CUANDO EL TERCERO CONOZCA LA OPOSICIÓN DE LOS PADRES Y NO OBS-

TANTE ELLO CELEBRE EL CONTRATO CON EL MENOR (MALA FE DEL TERCERO) O EL ACTO IMPLIQUE UN ABUSO DE DERECHO EN EVIDENTE PERJUICIO DEL MENOR POR PARTE DEL TERCERO.

ART. 685. — ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES. LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO ES EJERCIDA EN COMÚN POR LOS PROGENITORES CUANDO AMBOS ESTÉN EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. LOS ACTOS CONSERVATORIOS PUEDEN SER OTORGADOS INDISTINTAMENTE POR CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES.

ESTA DISPOSICIÓN SE APLICA CON INDEPENDENCIA DE QUE EL CUIDADO SEA UNIPERSONAL O COMPARTIDO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL PRIMER PÁRRAFO DEL ART. 294 (TEXTO SEGÚN LEY 26.618) DEL CÓDIGO CIVIL, DEJANDO EXPRESAMENTE ACLARADO, A DIFERENCIA DEL TEXTO ANTERIOR, QUE ESTE ESQUEMA DE ADMINISTRACIÓN FUNCIONA CON INDEPENDENCIA QUE EL CUIDADO DE LOS HIJOS SEA UNIPERSONAL O COMPARTIDO, CHSEGÚN LO PREVÉN LOS ARTS. 649 Y SIGUIENTES. ADEMÁS SE COMPLEMENTA CON EL ART. 645 INC. E) QUE EXIGE EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES, Y EL DEL HIJO ADOLESCENTE (ART. 25).

74II. COMENTARIO

MANTENIENDO LA LÍNEA DEL ART. 294 DEL CÓD. CIVIL, LA GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS MENORES SE ENCUENTRA A CARGO DE AMBOS PROGENITORES CUANDO ESTÉN AMBOS EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, EN CONSONANCIA CON LO DISPUESTO POR EL ART. 645 INC. E).

COMO DESARROLLAREMOS MÁS ADELANTE PUEDE EXISTIR DELEGACIÓN DEL EJERCICIO POR PARTE DE UNO DE ELLOS (ART. 687 CÓD. CIVIL), O BIEN, ESTA MEDIDA PUEDE SER DISPUESTA POR EL JUEZ EN CASO DE GRAVES O PERSISTENTES DESACUERDOS PUDIÉNDOSE DESIGNAR INCLUSO A UN TERCERO IDÓNEO PARA EJERCER DICHA FUNCIÓN (ART. 688 CÓD. CIVIL).

NO SE ENCUENTRA PREVISTA LA POSIBILIDAD DE QUE EL JUEZ DISTRIBUYA FUNCIONES DE ADMINISTRADOR ENTRE AMBOS PROGENITORES, PERO RESULTA ABSOLUTAMENTE VIABLE QUE PUEDA HACERLO, Y MUCHO MÁS EN EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CUYO EJERCICIO ES CONJUNTO, COMO PRINCIPIO GENERAL, AUN DESPUÉS DE LA SEPARACIÓN DE LOS ESPOSOS. CONSIDERAMOS DE APLICACIÓN, AUNQUE NO LO EXPRESE EL TEXTO QUE COMENTAMOS EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ART. 642.

LA NORMA PONE FIN A CUALQUIER DISCUSIÓN EN LA MATERIA QUE PUDIERA TRAER APAREJADA LA CUESTIÓN DE LA ORGANIZACIÓN EN RELACIÓN AL CUIDADO UNIPERSONAL O COMPARTIDO DE LOS HIJOS, PORQUE LO QUE DETERMINA LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES RESULTA SER EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y PORQUE EXPRESAMENTE ASÍ LO DICE.

SIN EMBARGO DEBEMOS APUNTAR UN SUPUESTO NO ACLARADO POR LA NORMA Y QUE LO HA ABORDADO MIZRAHI, EN RELACIÓN AL SUPUESTO DE DELEGACIÓN DE LOS PADRES DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL A UN PARIENTE CONFORME LO HABILITA EL

ART. 643, PARA QUIEN, EN ESTE CASO, LA ADMINISTRACIÓN QUEDA EN CABEZA DEL GUARDADOR, POR HABERSE DELEGADO EN ÉL, EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (ARTS. 643 Y 685).

POR OTRO LADO, RESULTA CONVENIENTE QUE LOS ACTOS CONSERVATORIOS, ES DECIR AQUELLOS QUE SE VINCULAN CON LO URGENTE E INELUDIBLE PARA MANTENER LA INTEGRIDAD DE LOS BIENES PUEDAN SER OTORGADOS EN FORMA INDISTINTA POR CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES, PUES LAS EVENTUALES DEMORAS EN OBTENER EL CONSENTIMIENTO DEL OTRO PODRÍAN OCASIONAR SU PÉRDIDA O DETERIORO.

COMO LO INDICAMOS PRECEDENTEMENTE, ESTE ARTÍCULO SE CORRESPONDE CON EL 645 INC. E) QUE EXIGE PARA LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES Y DEL HIJO ADOLESCENTE, ESTO ES, AQUEL QUE HAYA CUMPLIDO 13 AÑOS. ESTA PARTICIPACIÓN DEL JOVEN EN EL PROCESO EN EL QUE SE INVOLUCRA SU PERSONA Y SUS BIENES, NO HACE SINO REAFIRMAR SU CONDICIÓN DE SUJETO DE DERECHO, DISTINTO DE SUS PADRES, Y EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD PROGRESIVA (ARTS. 5 Y 12 CDN, Y ARTS. 3, 24 Y 27 DE LA LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES N° 26.061).

SE PREVÉ, EN CASO DE FALTA DE CONSENTIMIENTO, O IMPOSIBILIDAD PARA PRESTARLO POR PARTE DE LOS PROGENITORES, LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUPLETORIA, EL QUE DEBERÁ SER RESUELTO TENIENDO EN MIRAS EL INTERÉS FAMILIAR (ART. 645 IN FINE).

ART. 686. — EXCEPCIONES A LA ADMINISTRACIÓN. SE EXCEPTÚAN LOS SIGUIENTES BIENES DE LA ADMINISTRACIÓN:

A) LOS ADQUIRIDOS POR EL HIJO MEDIANTE TRABAJO, EMPLEO, PROFESIÓN O INDUSTRIA, QUE SON ADMINISTRADOS POR ÉSTE, AUNQUE CONVIVA CON SUS PROGENITORES;

B) LOS HEREDADOS POR EL HIJO POR INDIGNIDAD DE SUS PROGENITORES;

C) LOS ADQUIRIDOS POR HERENCIA, LEGADO O DONACIÓN, CUANDO EL DONANTE O TESTADOR HAYA EXCLUIDO EXPRESAMENTE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS PROGENITORES.

F31505I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

INSRSID15540838 ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL ART. 293 (TEXTO SEGÚN LEY 23.264) DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, INCORPORA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO COMO EXCEPCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES, EL SUPUESTO DE LOS ADQUIRIDOS POR EL HIJO CON SU TRABAJO, EMPLEO O PROFESIÓN, QUE EN EL TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL PUEDE INFERIRSE DEL JUEGO ARMÓNICO DE LOS ARTS. 128, 275, 283 Y 1807 INC. 7°.

II. COMENTARIO

EN ESTE ARTÍCULO SE SEÑALAN TRES SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN A LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES POR PARTE DE LOS PROGENITORES; EL PRIMERO SE REFIERE A LOS ADQUIRIDOS POR EL HIJO MEDIANTE SU TRABAJO, EMPLEO, PROFESIÓN O INDUSTRIA, QUE SON ADMINISTRADOS POR ÉSTE, AUNQUE CONVIVA CON SUS PROGENITORES. SI BIEN COMO ADELAN-

TÁRAMOS, ESTA CONCLUSIÓN PODÍA EXTRAERSE DEL ANÁLISIS DE LOS ARTÍCULOS SEÑALADOS PRECEDENTEMENTE, CONSIDERAMOS DE BUENA PRÁCTICA SU INCORPORACIÓN EXPRESA EN ESTA NORMA, EN CONCORDANCIA CON LO DISPUESTO EN EL ART. 30. NO PODEMOS DEJAR DE SEÑALAR EN ESTE PUNTO, EL IMPACTO QUE HA TENIDO EN TODO EL ESPÍRITU DEL NUEVO CÓDIGO LOS DERECHOS CONSAGRADOS CONVENCIONALMENTE Y DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL EMANADOS DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, ENTRE ELLOS Y EN ESTE CASO PUNTUAL, LA CDN, SIENDO LOS PRINCIPIOS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y CAPACIDAD PROGRESIVA LOS QUE TIENEN Y MODIFICAN HASTA EL PLANO PATRIMONIAL DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, COMO DESARROLLAREMOS MÁS PROFUNDAMENTE CUANDO ABORDEMOS LA DEROGACIÓN DEL USUFRUCTO DE LOS PADRES DE LOS BIENES DE LOS HIJO. SIN EMBARGO COMO UNA DERIVACIÓN DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA DEL JOVEN, ES DABLE SOSTENER QUE LOS BIENES ADQUIRIDOS CON LO OBTENIDO DE SU TRABAJO, SEA DE SU EXCLUSIVA ADMINISTRACIÓN.

SE MANTIENEN LOS DOS SUPUESTOS REGULADOS EN EL ART. 293 DEL CÓD. CIVIL, ADECUÁNDOLOS A LA NUEVA REGULACIÓN, ESTO ES, SEPARA A LOS PADRES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES HEREDADOS POR EL HIJO, SOLAMENTE CON MOTIVO DE LA INDIGNIDAD DE AQUELLOS (PUES SE HA DEROGADO EL RÉGIMEN DE LA DESHEREDACIÓN DE LOS HEREDEROS FORZOSOS O LEGÍTIMARIOS). SI LA INDIGNIDAD AFECTA A UN SOLO PROGENITOR, LA ADMINISTRACIÓN DE ESTOS BIENES, PODRÁ SER EJERCIDA POR EL OTRO, CASO CONTRARIO, Y EXTENDIÉNDOSE A AMBOS LA EXCLUSIÓN, DEBERÁ DESIGNARSE A UN TUTOR ESPECIAL, CONFORME LO PREVÉ EL ART. 696 PARA LOS CASOS DE REMOCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

FINALMENTE, LOS BIENES ADQUIRIDOS POR HERENCIA, LEGADO O DONACIÓN, CUANDO EL DONANTE O TESTADOR HAYA EXCLUIDO EXPRESAMENTE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS PROGENITORES, ELLO IMPLICA, AL IGUAL QUE ANALIZAMOS EN EL PUNTO ANTERIOR, QUE SI LA CONDICIÓN AFECTA A UNO SOLO, LA ADMINISTRACIÓN RECAERÁ EN EL OTRO, CASO CONTRARIO, DEBERÁ DESIGNARSE A UN TUTOR ESPECIAL, CONFORME LO PREVÉ EL ART. 696 PARA LOS CASOS DE REMOCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN.

ART. 687. — DESIGNACIÓN VOLUNTARIA DE ADMINISTRADOR. LOS PROGENITORES PUEDEN ACORDAR QUE UNO DE ELLOS ADMINISTRE LOS BIENES DEL HIJO; EN ESE CASO, EL PROGENITOR ADMINISTRADOR NECESITA EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL OTRO PARA TODOS LOS ACTOS QUE REQUIERAN TAMBIÉN AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ART. 294 (TEXTO SEGÚN LEY 26.618), NO INTRODUCIENDO EL TEXTO EN ANÁLISIS NINGUNA MODIFICACIÓN AL RESPECTO.

itap0II. COMENTARIO

LANGFEN11274 LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS PODRÁ SER DELEGADA EN UNO DE LOS PROGENITORES, MEDIANTE ACUERDO DE LAS PARTES, Y EN ESE CASO NO RESULTA DE APLICACIÓN LO DISPUESTO POR EL ART. 645 INC. E) DEL CÓD. CIVIL, ESTO ES,

EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PROGENITORES PARA ADMINISTRAR LOS BIENES DE LOS HIJOS (ART. 264 QUATER 7 CÔD. CIVIL). EN CAMBIO, SI NECESITARÁ DEL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL OTRO PARA ACTOS DE DISPOSICIÓN, PORQUE ADEMÁS REQUIERE DE AUTORIZACIÓN JUDICIAL (ART. 692 DEL CÔD. CIVIL).

ART. 688.— DESACUERDOS. EN CASO DE GRAYES O PERSISTENTES DESACUERDOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES, CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES PUEDE RECURRIR AL JUEZ PARA QUE DESIGNE A UNO DE ELLOS O, EN SU DEFECTO, A UN TERCERO IDÓNEO PARA EJERCER LA FUNCIÓN.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA EN ANÁLISIS GUARDA RELACIÓN CON LO DISPUESTO POR EL ART. 294 IN FINE DEL CÔD. CIVIL, E INTRODUCE LA POSIBILIDAD DE QUE EL JUEZ DESIGNE A UN TERCERO IDÓNEO PARA EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN.

II. COMENTARIO

ANTE GRAVES O PERSISTENTES DESACUERDOS SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES, CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES PODRÁ ACUDIR AL JUEZ PARA QUE SE DESIGNE A UNO DE ELLOS O EN UN TERCERO IDÓNEO QUE PUEDA EJERCER LA FUNCIÓN.

NO SE ENCUENTRA PREVISTA LA POSIBILIDAD DE QUE EL JUEZ DISTRIBUYA FUNCIONES DE ADMINISTRADOR ENTRE AMBOS PROGENITORES, PERO RESULTA ABSOLUTAMENTE VIABLE QUE PUEDA HACERLO, Y MUCHO MÁS EN EL CONTEXTO NORMATIVO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CUYO EJERCICIO ES CONJUNTO, COMO PRINCIPIO GENERAL, AUN DESPUÉS DE LAS SEPARACIÓN DE LOS ESPOSOS. CONSIDERAMOS DE APLICACIÓN, AUNQUE NO LO EXPRESE EL TEXTO QUE COMENTAMOS EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ART. 642.

ART. 689.— CONTRATOS PROHIBIDOS. LOS PROGENITORES NO PUEDEN HACER CONTRATO ALGUNO CON EL HIJO QUE ESTÁ BAJO SU RESPONSABILIDAD, EXCEPTO LO DISPUESTO PARA LAS DONACIONES SIN CARGO PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 1549.

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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON LOS ARTS. 279, 297 (TEXTO SEGÚN LEY 23264) DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, AUNQUE SUPRIMIENDO EL ÚLTIMO PÁRRAFO DE DICHO ARTÍCULO, POR RESULTAR DICHS SUPUESTOS INCLUIDOS EN EL ART. 692.

ANGNP1034II. COMENTARIO

SE MANTIENE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS, PUNTUALMENTE EN RELACIÓN A LA COMPRAVENTA, DISPONE SU PROHIBICIÓN, NI AUN CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL, SEA POR SÍ O POR INTERPUESTA PERSONA. SIN EMBARGO LE ES PERMITIDO LA DONACIÓN SIN CARGO REGULADA EN EL ART. 1549 DEL CÔD. CIVIL.

LA NORMA ABARCA LA PROHIBICIÓN DE HACER PARTICIÓN PRIVADA DE LA HERENCIA, ASUMIR DERECHOS CONTRA LOS HIJOS, Y OBLIGARLOS COMO FIADORES TANTO DE LOS PADRES COMO DE TERCEROS.

ART. 690.— CONTRATOS CON TERCEROS. LOS PROGENITORES PUEDEN CELEBRAR CONTRATOS CON TERCEROS EN NOMBRE DE SU HIJO EN LOS LÍMITES DE SU ADMINISTRACIÓN. DEBEN INFORMAR AL HIJO QUE CUENTA CON LA EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL ART. 274 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. EL DEBER DE INFORMACIÓN AL HIJO QUE INCORPORA ENCUENTRA SU FUENTE EN EL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA DEL NIÑO DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (ARTS. 3°, 5° Y 12) Y LA LEY 26.061 (ARTS. 3°, 24).

II. COMENTARIO

CONTEMPLA LA POSIBILIDAD DE QUE LOS PADRES PUEDAN REALIZAR CONTRATOS EN NOMBRE DEL HIJO, PERO DENTRO DE LOS LÍMITES DE SU ADMINISTRACIÓN, CONFORME LO DISPONE EL ART. 274 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. INTRODUCE EL DEBER DE INFORMAR AL HIJO QUE CUENTA CON EDAD Y GRADO DE MADUREZ SUFICIENTE, ELLO COMO CLARA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CAPACIDAD PROGRESIVA, QUE IMPORTA SU PARTICIPACIÓN EN FORMA PERSONAL EN LA REALIZACIÓN DE SUS DERECHOS, ATENDIENDO AL GRADO DE DESARROLLO MADURATIVO Y EL DISCERNIMIENTO ALCANZADO.

ART. 691.— CONTRATOS DE LOCACIÓN. LA LOCACIÓN DE BIENES DEL HIJO REALIZADA POR LOS PROGENITORES LLEVA IMPLÍCITA LA CONDICIÓN DE EXTINGUIRSE CUANDO LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CONCLUYA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON EL ART. 300 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

LA LOCACIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS SE TRATA DE UN ACTO DE ADMINISTRACIÓN QUE CONFORME LO DISPONE EL ART. 292 NO REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL, POR LO QUE PODRÁ SER OTORGADO POR LOS PROGENITORES, CON LA CONDICIÓN SEÑALADA, ESTO ES DE EXTINGUIRSE CUANDO LA RESPONSABILIDAD CONCLUYA.

ART. 692.— ACTOS QUE NECESITAN AUTORIZACIÓN JUDICIAL. SE NECESITA

AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA DISPONER LOS BIENES DEL HIJO. LOS ACTOS REALIZADOS SIN AUTORIZACIÓN PUEDEN SER DECLARADOS NULOS SI PERJUDICAN AL HIJO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON LOS ARTS. 297 (TEXTO SEGÚN LEY 23.264) Y 299 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

SÓLO REQUIEREN AUTORIZACIÓN JUDICIAL LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS. EL CONTENIDO DE LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN SE ENCUENTRAN COMPRENDIDO CUALQUIER CLASE DE BIEN (INMUEBLES, DERECHOS, MUEBLES, REGISTRABLES O NO, DÍNERO). SUBYACE EN ESTAS DISPOSICIONES LA IDEA DE MANTENER INTANGIBLE EL CAPITAL DEL HIJO, MIENTRAS DURA SU ADMINISTRACIÓN.

SE TRATA DE ACTOS ANULABLES, DONDE EL LEGITIMADO PARA SOLICITARLO SERÁ EL HIJO, QUIEN DEBERÁ ACREDITAR EL PERJUICIO QUE EL ACTO LE CAUSA.

ART. 693.— OBLIGACIÓN DE REALIZAR INVENTARIO. EN LOS TRES MESES SUBSIGUIENTES AL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS PROGENITORES, EL SOBREVIVIENTE DEBE HACER INVENTARIO JUDICIAL DE LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES O DE LOS CONVIVIENTES, Y DETERMINARSE EN ÉL LOS BIENES QUE CORRESPONDAN AL HIJO, BAJO PENA DE UNA MULTA PECUNIARIA A SER FIJADA POR EL JUEZ A SOLICITUD DE PARTE INTERESADA.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON EL ART. 296 (TEXTO SEGÚN LEY 23.264) DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, SÓLO QUE AGREGA EL INVENTARIO DE LOS BIENES EN EL CASO DE LAS PA-REJAS CONVIVIENTES, Y MODIFICA EL APERCIBIMIENTO CONTENIDO TODA VEZ QUE, COMO DESARROLLAREMOS MÁS ADELANTE, SE DEROGA LA FIGURA DEL USUFRUCTO DE LOS PADRES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS.

II. COMENTARIO

EL ARTÍCULO PLANTEA LA OBLIGACIÓN PARA EL PROGENITOR SOBREVIVIENTE, A REALIZAR, DENTRO DE LOS TRES MESES SUBSIGUIENTES AL FALLECIMIENTO DEL OTRO, UN INVENTARIO JUDICIAL DE LOS BIENES DE LOS CÓNYUGES O CONVIVIENTES Y DETERMINAR CUÁLES LE CORRESPONDEN AL HIJO MENOR, COMO HEREDERO FORZOSO DEL CÓNYUGE O DEL PROGENITOR PREMUERTO.

DEBE RECORDARSE QUE EL INVENTARIO JUDICIAL DE LOS BIENES HEREDITARIOS ES UNA ETAPA PREVIA A LA PARTICIÓN DE LOS BIENES SUCESORIOS, QUE EN EL CASO DE EXISTIR HEREDEROS MENORES DE EDAD SERÁ NECESARIAMENTE JUDICIAL (ARTS. 2341 Y 2371).

LA SANCIÓN QUE ACARREA SU INCUMPLIMIENTO ES UNA MULTA PECUNIARIA QUE PODRÁ SER FIJADA POR EL JUEZ A PEDIDO DE PARTE INTERESADA. SE MODIFICA EL APERCIBIMIENTO TODA VEZ QUE COMO DESARROLLAREMOS EN EL COMENTARIO RESPECTIVO, SE HA DEROGA-

DO DEL RÉGIMEN PATRIMONIAL DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EL DERECHO DE USUFRUCTO DE LOS PADRES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS.

ART. 694.— PÉRDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN. LOS PROGENITORES PIERDEN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO CUANDO ELLA SEA RUINOSA, O SE PRUEBE SU INEPTITUD PARA ADMINISTRARLOS. EL JUEZ PUEDE DECLARAR LA PÉRDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LOS CASOS DE CONCURSO O QUIEBRA DEL PROGENITOR QUE ADMINISTRA LOS BIENES DEL HIJO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON EL ART. 301 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, MEJORA SU REDACCIÓN PRECISANDO CLARAMENTE LOS SUPUESTOS DE PÉRDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN. SUPRIME LA POSIBILIDAD DE ACUERDO CON LOS ACREEDORES DEL PROGENITOR ADMINISTRADOR PARA CONTINUAR ADMINISTRANDO LOS BIENES.

II. COMENTARIO

SE MANTIENE LA SANCIÓN DE PRIVAR A LOS PROGENITORES DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE SU HIJO, SI NO TIENEN IDONEIDAD PARA CUIDAR Y ADMINISTRAR NI LOS BIENES DE SU HIJO NI LOS SUYOS, HECHO QUE QUEDARÁ PRESUMIDO CUANDO LA ADMINISTRACIÓN SEA RUINOSA. TRATÁNDOSE DEL SUPUESTO DE INEPTITUD Y CONFORME SURGE DEL TEXTO DEL PROPIO ARTÍCULO DEBERÁ SER OBJETO DE COMPROBACIÓN.

POR ÚLTIMO, SE FACULTA AL JUEZ A DECLARAR LA PÉRDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN EN CASO DE CONCURSO O QUIEBRA DE DEL PROGENITOR.

EN ESTOS SUPUESTOS A DIFERENCIA DEL QUE DESARROLLAREMOS A CONTINUACIÓN, LOS PROGENITORES SIGUEN EJERCIENDO LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

ART. 695.— ADMINISTRACIÓN Y PRIVACIÓN DE RESPONSABILIDAD PARENTAL. LOS PROGENITORES PIERDEN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO CUANDO SON PRIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON EL ART. 304 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

COMO UNA DERIVACIÓN O CONSECUENCIA DE LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EMERGE LA PÉRDIDA DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS, EN TANTO NO SEAN REHABILITADOS (ART. 701).

PÉRDIDA LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES POR PARTE DE UN PROGENITOR, PODRÁ EJERCERLA EL OTRO, Y O A FALTA O IMPOSIBILIDAD, O SI LA SANCIÓN ABARCA A AMBOS, DEBERÁ DESIGNARSE EN LA ADMINISTRACIÓN A QUIEN RESULTE SER SU TUTOR, O SERÁN SUS PROGENITORES ADOPTIVOS, CONFORME LO DISPONE EL ART. 703.

ART. 696.— REMOCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN. 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA GUARDA RELACIÓN CON LO DISPUESTO POR EL ART. 303 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

COMO SEÑALA EL ART. 68, EL PRINCIPIO GENERAL ES QUE AMBOS PROGENITORES EN EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EJERCEN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE SUS HIJOS MENORES.

SE REQUIERE EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DE AMBOS PARA LOS ACTOS DE ADMINISTRACIÓN, A MENOS QUE HAYA HABIDO DELEGACIÓN VOLUNTARIA EN UNO DE ELLOS O HAYA RECAÍDO SU DESIGNACIÓN POR DISPOSICIÓN JUDICIAL EN UN TERCERO IDÓNEO, EN CUYO CASO NO SERÁ DE APLICACIÓN LO DISPUESTO POR EL ART. 645 INC. E).

LOS ACTOS CONSERVATORIOS PUEDEN SER OTORGADOS INDISTINTAMENTE POR CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES (ART. 685).

PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN ADEMÁS DEL CONSENTIMIENTO DE AMBOS PROGENITORES SE REQUIERE AUTORIZACIÓN JUDICIAL (ART. 692).

TRATÁNDOSE DE ACTOS DE ADMINISTRACIÓN EL ART. 645 IN FINE EXIGE CONTAR CON EL CONSENTIMIENTO EXPRESO DEL HIJO ADOLESCENTE (JÓVENES ENTRE 13 Y 18 AÑOS, SEGÚN ART. 25), PARA EL OTORGAMIENTO DEL ACTO.

AHORA BIEN, COMO DISPONE LA NORMA EN COMENTARIO, REMOVIDO UNO DE LOS PROGENITORES DE LA ADMINISTRACIÓN, LA EJERCERÁ EL OTRO, EN CUYO CASO, SERÁ UN EJERCICIO UNIPERSONAL DEL CARGO, EN EL QUE SÓLO REQUERIRÁ AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA LOS ACTOS DE DISPOSICIÓN, SEGÚN EL ART. 692.

Y PARA EL SUPUESTO EN EL QUE AMBOS HAYAN SIDO REMOVIDOS, EL JUEZ DESIGNARÁ A UN TUTOR ESPECIAL.

ART. 697.— RENTAS. LAS RENTAS DE LOS BIENES DEL HIJO CORRESPONDEN A ÉSTE. LOS PROGENITORES ESTÁN OBLIGADOS A PRESERVARLAS 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

SE DEROGA LA FIGURA DEL USUFRUCTO PATERNO/MATERNO SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS QUE CONTEMPLAN LOS ARTS. 287, 288, 290, 291, 292, 295, 303 IN FINE Y 304 DEL CÓD. CIVIL.

BCHII. COMENTARIO

EL USUFRUCTO DE LOS PADRES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS CONSISTE EN EL DERECHO DE USO Y GOCE DE LOS BIENES DEL HIJO MENOR DE EDAD, CONFIRIÉNDOLES A LOS PADRES EL DERECHO DE INGRESAR A SU PATRIMONIO EL EXCEDENTE DE LOS FRUTOS UNA VEZ CUMPLIDAS LAS CARGAS QUE LO GRAVAN, Y SIN OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS.

COMO SOSTIENEN FLEITAS ORTIZ DE ROZAS Y ROVEDA, DIVERSOS SON LOS FUNDAMENTOS QUE SOSTIENEN ESTA INSTITUCIÓN. PARA ALGUNOS ES UNA COMPENSACIÓN POR LOS GASTOS EFECTUADOS EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES EMERGENTES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL; PARA OTROS ES EL RESULTADO DE LA CONJUGACIÓN DEL DEBER DE ADMINISTRACIÓN LOS BIENES DE LOS HIJOS Y EL DERECHO DE USAR Y GOZAR DE ÉSTOS; OTROS LO INVOLUCRAN CON LA SOLIDARIDAD FAMILIAR, ENTENDIENDO QUE ES UN DEBER DE TODOS LOS MIEMBROS DE UNA FAMILIA CONTRIBUIR A SU SOSTÉN Y BIENESTAR COMÚN.

ESTA FIGURA ENTRA EN COLISIÓN CON LOS DERECHOS CONSAGRADOS CONVENCIONALMENTE Y DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL, Y FUNDAMENTALMENTE CON EL CAMBIO DE PARADIGMA QUE IMPLICÓ LA IRUPCIÓN DE LA CDN EN LOS DERECHOS DE LA INFANCIA, CONSIDERANDO AL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS, DIFERENTES DE SUS PADRES, CON CAPACIDAD PROGRESIVA, QUE IMPONE LA SATISFACCIÓN INTEGRAL DE SU INTERÉS SUPERIOR (ENTENDIDO ÉSTE COMO ABARCATIVO DE SU ASPECTO PERSONAL Y PATRIMONIAL). COMO DICE EL CÓDIGO EN SUS FUNDAMENTOS "...SI LOS HIJOS SON SUJETOS DE DERECHO DIFERENTES A SU PADRES, LOS FRUTOS DE SUS BIENES NO DEBEN INGRESAR AL PATRIMONIO DE SUS PROGENITORES, SINO QUE DEBEN SER CONSERVADOS Y RESERVADOS PARA ELLOS...."

EN ESTA MISMA LÍNEA Y AÚN ANTES DE LA SANCIÓN DEL NUEVO TEXTO, SE HABÍAN LEVANTADO VOCES EN CONTRA DE LA FIGURA DEL USUFRUCTO DE LOS PADRES, ASÍ NORA LLOVERAS Y MARCELO SALOMÓN, SE EXPIDIERON SOBRE SU INCONSTITUCIONALIDAD, ADUCIENDO QUE EL CÓDIGO CIVIL, CON EL DISEÑO LEGISLATIVO DEL USUFRUCTO PATERNO-MATERNO, Y EN ESPECIAL AL DETERMINAR EL INGRESO AL PATRIMONIO DE LOS PADRES DE LAS RENTAS Y LOS FRUTOS DE LOS BIENES QUE PERTENECEN AL HIJO, VULNERA LA ESENCIA MISMA DEL DERECHO PATRIMONIAL DEL MENOR.

COMO EXPRESA LA NORMA EN COMENTARIO, EL HIJO ES EL SUJETO TITULAR DEL DERECHO A PERCIBIR LAS RENTAS QUE CONFORMAN SU DERECHO DE PROPIEDAD. SIN PERJUICIO DE ELLO, DE MANERA EXCEPCIONAL, SE PREVÉ EXPRESAMENTE LA POSIBILIDAD DE QUE SEAN UTILIZADAS POR SUS PADRES CON AUTORIZACIÓN JUDICIAL POR RAZONES FUNDADAS Y EN BENEFICIO DEL HIJO. EL HIJO, CUYA MADUREZ LA LEY PRESUME, PODRÁ PEDIRLES QUE RINDAN CUENTA DE SU DESTINO.

ART. 698.— UTILIZACIÓN DE LAS RENTAS. LOS PROGENITORES PUEDEN UTILIZAR LAS RENTAS DE LOS BIENES DEL HIJO SIN AUTORIZACIÓN JUDICIAL PERO CON LA OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS, CUANDO SE TRATA DE SOLVENTAR LOS SIGUIENTES GASTOS:

A) DE SUBSISTENCIA Y EDUCACIÓN DEL HIJO CUANDO LOS PROGENITORES NO PUEDEN ASUMIR ESTA RESPONSABILIDAD A SU CARGO POR INCAPACIDAD O DIFICULTAD ECONÓMICA;

B) DE ENFERMEDAD DEL HIJO Y DE LA PERSONA QUE HAYA INSTITUIDO HEREDERO AL HIJO;

C) DE CONSERVACIÓN DEL CAPITAL, DEVENGADO DURANTE LA MINORIDAD DEL HIJO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA PRESENTA SIMILITUD CON LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN EL ART. 291 (TEXTO SEGÚN LEY 26.618) DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

SEGÚN LO DISPONE EL ARTÍCULO EN COMENTARIO, NO SERÁ NECESARIA LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL PERO SÍ OBLIGACIÓN DE RENDIR CUENTAS, CUANDO LAS RENTAS SE DESTINAN PARA LOS GASTOS DE SUBSISTENCIA Y EDUCACIÓN DEL HIJO CUANDO LOS PROGENITORES NO PUEDAN ASUMIR ESTA RESPONSABILIDAD A SU CARGO, POR INCAPACIDAD O DIFICULTAD ECONÓMICA; PARTA AFRONTAR LOS GASTOS DE ENFERMEDAD DEL HIJO O DE LA PERSONA QUE LO HAYA INSTITUIDO HEREDERO; O PARA SOLVENTAR LOS GASTOS DERIVADOS DE LA CONSERVACIÓN DEL CAPITAL.

ESTAS OBLIGACIONES ERAN LAS CARGAS QUE GRAVABAN EL USUFRUCTO DE LOS PADRES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS, INSTITUCIÓN DEROGADA EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

III. JURISPRUDENCIA

"EL USUFRUCTO DE LOS PADRES SOBRE LOS BIENES DE LOS HIJOS ES EL DERECHO QUE LES ASISTE DE PERCIBIR LOS FRUTOS DE AQUÉLLOS, CON CARGO DE INVERTIRLOS EN PRIMER TÉRMINO EN EL CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES QUE LES SON INHERENTES; POR ELLO, EL DERECHO DEL PADRE A INCORPORAR A SU PATRIMONIO EL PRODUCIDO DEL USUFRUCTO NO SE EJERCE SI NO EN LA MEDIDA DEL EXCEDENTE, UNA VEZ SATISFECHAS LAS CARGAS PREVISTAS EN EL ART. 291 DEL CÓD. CIVIL" (CNCIV., SALA E, 4/11/1999, LA LEY, 2000-E, 253, AR/JUR/4212/1999).

CAPÍTULO 9

EXTINCIÓN, PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

POR SILVINA CERRA

BIBLIOGRAFÍA SOBRE LA REFORMA: BASSET, ÚRSULA CRISTINA, "INCIDENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA DEL PROYECTO DE CÓDIGO CON MEDIA SANCIÓN", LA LEY, 2013-F, 1056; BAY, NAHUEL R., "ALIMENTOS Y ABUELOS. SUBSIDIARIEDAD ATENUADA A LA LUZ DEL DERECHO HUMANO DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL PROYECTO DE REFORMA ARGENTINA", RDF, 59-199, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2013; BHCAGVAGNARO, MARÍA VICTORIA; COLAZO, IVANA L., "LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES COMO SUJETOS DE DERECHO FRENTE A LA FIGURA DEL USUFRUCTO PATERNO-MATERNO: UNA MIRADA A PARTIR DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y DE LA CAPACIDAD PROGRESIVA: SU ABORDAJE DESDE LA LEGISLACIÓN VIGENTE Y EL PROYECTO DE REFORMA DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA", RDF, 59-273, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2013; DE LA TORRE, NATALIA, "LA RECEPCIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN EL PROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL: DEMOCRATIZACIÓN DE LAS RELACIONES FAMILIARES", RDF, 59-131, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2013; DEL MAZO, CARLOS GABRIEL, "LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL PROYECTO", DFYP, 2012-07, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 206; GROSMAN, CECILIA, "UN CUARTO DE SIGLO EN LA COMPRENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL", RDF, 66-227, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2014; HOLLWECK, MARIANA, "UN INTERESANTE PRECEDENTE EN PROCURA DE GARANTIZAR EL DERECHO DE COMUNICACIÓN CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE", DFYP, 2013-10, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 49; LUNDAIN, MIRTA, "RESPONSABILIDAD PARENTAL", RDF, 57-305, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2012; JAUREGUI, RODOLFO G., "LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL ANTEPROYECTO DEL 2012", DFYP, 2012-07, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 227; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA, "LAS NUEVAS REALIDADES FAMILIARES EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO DE 2014", LA LEY, 8/10/2014; LLOVERAS, NORA, MONJO, SEBASTIÁN, "RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES POR EL HECHO DE LOS HIJOS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", LA LEY, 2013-E, 1078; LOPES, CECILIA; PIETRA, MARÍA LUCIANA, "ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LA GUARDA", RDF, 2014-III-204, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2014; MEDINA, GRACIELA, "TENENCIA COMPARTIDA DE OFICIO Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA", DFYP, 2013-05, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 43; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN DE LOS PADRES CON LOS HIJOS", DFYP, 2014-05, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 16; "ACTOS TRASCENDENTES PARA LA VIDA DEL HIJO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", LA LEY, 2013-D, 1093; "EL CUIDADO PERSONAL DEL HIJO EN EL PROYECTO DE CÓDIGO", LA LEY, 2013-C, 925; "LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. COMPARACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN ACTUAL Y EL DEL PROYECTO DE CÓDIGO", DFYP, 2013-04, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 35; MUÑIZ, CARLOS M., "RÉGIMEN DE CAPACIDAD DE LOS MENORES EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN (COMISIÓN DE REFORMAS DECRETO 191/2011)", DJ 118/2012, 95; OTERO, MARIANO C., "TENENCIA Y RÉGIMEN DE VISITAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN", DFYP, 2012-11, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 52; SABENE, SEBASTIÁN E., "SOBRE LA ADECUADA COMUNICACIÓN

LOCUM DEL MENOR CON EL PROGENITOR NO CONVIVIENTE", DFYP, 2013-10, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 59; SANTI, MARIANA, "CAPACIDAD Y COMPETENCIAS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN EL PROYECTO DE NUEVO CÓDIGO CIVIL", DFYP, 2012-11, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 213; VITTORI, VALERIA VIVIANA, "LA TUTELA COMPARTIDA. UNA RESPUESTA POSIBLE", DFYP, 2014-6, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 30; WAGMAISTER, ADRIANA M., "PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL UNIFICADO. PARENTESCO - ALIMENTOS - RESPONSABILIDAD PARENTAL", DFYP, 2012-07, LA LEY, BUENOS AIRES, P. 197; WIERZBA, SANDRA M., "LOS ADOLESCENTES Y LAS DECISIONES SOBRE SU SALUD EN EL DERECHO ACTUAL", RDF, 62-73, ABELEDO PERROT, BUENOS AIRES, 2013.

ART. 699.— EXTINCIÓN DE LA TITULARIDAD. LA TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SE EXTINGUE POR:

- A) MUERTE DEL PROGENITOR O DEL HIJO;
- B) PROFESIÓN DEL PROGENITOR EN INSTITUTO MONÁSTICO;
- C) ALCANZAR EL HIJO LA MAYORÍA DE EDAD;
- D) EMANCIPACIÓN, EXCEPTO LO DISPUESTO EN EL ARTÍCULO 644;

E) ADOPCIÓN DEL HIJO POR UN TERCERO, SIN PERJUICIO DE LA POSIBILIDAD DE QUE SE LA RESTITUYA EN CASO DE REVOCACIÓN Y NULIDAD DE LA ADOPCIÓN; LA EXTINCIÓN NO SE PRODUCE CUANDO SE ADOPTA EL HIJO DEL CÓNYUGE O DEL CONVIVIENTE.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

LA NORMA EN ANÁLISIS SE RELACIONA CON EL ART. 306 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ (SEGÚN LEY 26.579), PERO HA SIDO MODIFICADO PARA ADECUARLO A LOS CAMBIOS PROPUESTOS EN OTRAS INSTITUCIONES, COMO POR EJEMPLO LOS EFECTOS DE LA EMANCIPACIÓN EN RELACIÓN A LOS PROGENITORES ADOLESCENTES, COMO DESARROLLAREMOS A CONTINUACIÓN.

ADEMÁS, SE ACLARA EN EL TEXTO DEL ARTÍCULO QUE EN EL CASO DE LA ADOPCIÓN INTEGRATIVA NO SE PRODUCE LA EXTINCIÓN DE LA TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, LO QUE HOY PUEDERÍA SER DEDUCIDO DEL ART. 331 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

LAS CAUSALES POR LAS CUALES SE EXTINGUE DE PLENO DERECHO LA TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL SON TAXATIVAS, Y NO IMPLICAN UNA VALORACIÓN NEGATIVA DEL DESEMPEÑO DEL ROL PARENTAL; SON SUPUESTOS DE HECHO DE LOS QUE SUBYACE LA IMPOSIBILIDAD DE QUE LOS HIJOS PUEDAN ESTAR BAJO EL CUIDADO DE SUS PADRES.

ASÍ, SON CAUSALES, LA MUERTE TANTO DEL PROGENITOR COMO DEL HIJO; LA PROFESIÓN DEL PROGENITOR EN INSTITUTO MONÁSTICO, EN ESTE CASO, RESULTA INCOMPATIBLE EL CUIDADO DE LOS HIJOS, CON LOS VOTOS DE OBEDIENCIA, POBREZA Y CASTIDAD QUE DEBEN PRESTARSE PARA INGRESAR A ESTE TIPO DE COMUNIDADES; ALCANZAR EL HIJO LA MAYORÍA DE EDAD, ES DECIR, 18 AÑOS; LA EMANCIPACIÓN DE LOS HIJOS POR MATRIMONIO, CONFORME LO DISPONE EL ART. 27.

EN ESTE CASO PUNTAL, SI BIEN EL JOVEN EMANCIPADO GOZA DE PLENA CAPACIDAD DE EJERCICIO, E INCLUSO EJERCE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL DE SUS PROPIOS HIJOS, PUDIENDO DECIDIR REALIZAR POR SÍ MISMOS LAS TAREAS NECESARIAS PARA SU CUIDADO, EDUCACIÓN Y SALUD, SUS ACTOS SE ENCUENTRAN LIMITADOS CONFORME LO DISPUESTO POR LOS ARTS. 27, 28 Y 29, Y 644.

LA NORMA INTRODUCE UNA LIMITACIÓN O EXCEPCIÓN A LA EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, PUES CONFIERE A SUS PROPIOS PROGENITORES LA FACULTAD DE Oponerse a LA REALIZACIÓN DE ACTOS QUE RESULTEN PERJUDICIALES PARA EL NIÑO, E INCLUSO INTERVENIR CUANDO EL PROGENITOR ADOLESCENTE OMITIERA REALIZAR LAS ACCIONES NECESARIAS PARA PRESERVAR SU ADECUADO DESARROLLO.

FINALMENTE, SE INCLUYE ENTRE LOS SUPUESTOS, LA ADOPCIÓN DEL HIJO POR UN TERCERO, DEJANDO A SALVO LA POSIBILIDAD QUE SEA RESTITUIDA EN CASO DE REVOCACIÓN O NULIDAD DE ADOPCIÓN Y SE ACLARA QUE NO SE EXTINGUE LA TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CUANDO SE ADOPTA AL HIJO DEL CÓNYUGE O CONVIVIENTE.

ART. 700.— PRIVACIÓN. CUALQUIERA DE LOS PROGENITORES QUEDA PRIVADO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL POR:

A) SER CONDENADO COMO AUTOR, COAUTOR, INSTIGADOR O CÓMPlice DE UN DELITO DOLOSO CONTRA LA PERSONA O LOS BIENES DEL HIJO DE QUE SE TRATA;

B) ABANDONO DEL HIJO, DEJÁNDOLO EN UN TOTAL ESTADO DE DESPROTECCIÓN, AUN CUANDO QUEDE BAJO EL CUIDADO DEL OTRO PROGENITOR O LA GUARDA DE UN TERCERO;

C) PONER EN PELIGRO LA SEGURIDAD, LA SALUD FÍSICA O PSÍQUICA DEL HIJO;

D) HABERSE DECLARADO EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD DEL HIJO.

EN LOS SUPUESTOS PREVISTOS EN LOS INCISOS A), B) Y C) LA PRIVACIÓN TIENE EFECTOS A PARTIR DE LA SENTENCIA QUE DECLARE LA PRIVACIÓN; EN EL CASO PREVISTO EN EL INCISO D) DESDE QUE SE DECLARÓ EL ESTADO DE ADOPTABILIDAD DEL HIJO.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA DISPOSICIÓN SE RELACIONA CON EL ART. 308 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ (TEXTO SEGÚN LEY 26.618), PERO SE HAN RESTRINGIDO LOS SUPUESTOS DE PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, COMO DESARROLLAREMOS A CONTINUACIÓN.

ADEMÁS, SE DETERMINA EN FORMA EXPRESA QUE LA PRIVACIÓN TIENE EFECTOS DESDE EL DICTADO DE LA SENTENCIA QUE LA DECLARA SALVO EN EL CASO DE LA DECLARACIÓN DE ESTADO DE ADAPTABILIDAD QUE RIGE DESDE QUE TAL SITUACIÓN SE HUBIERA DECLARADO.

II. COMENTARIO

COMO HA EXPLICADO LA DRA. KEMELMAJER DE CARLUCCI, EN UN PRECEDENTE COMO INTEGRANTE DE LA SUPREMA CORTE DE MENDOZA, LA PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL CONSTITUYE UNA MEDIDA DE EXTREMA GRAVEDAD, QUE DEBE INTERPRETARSE DE MANERA RESTRICTIVA, Y DECRETARSE EN FORMA EXCEPCIONAL, ACLARANDO QUE PARA ALGUNOS LA MIRADA ESTÁ CENTRADA EN LA TIPIFICACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE LOS PROGENITORES REÑIDAS CON LOS FINES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL (CARÁCTER PUNITIVO) Y PARA OTROS, LA MEDIDA TIENDE ESPECIALMENTE A LA PROTECCIÓN DEL HIJO (CARÁCTER PROTECTOR). LO CIERTO ES, QUE NO PUEDE DEJAR DE CONSIDERARSE QUE LA "SOMBRA DE LA SANCIÓN TAMBIÉN ESTÁ PRESENTE", AUN CUANDO SE ADSCRIBA A ESTE ÚLTIMO CRITERIO, Y QUE POR LO TANTO "ES UN RECURSO EXTREMO QUE A) SUPONE LA EXISTENCIA DE HECHOS GRAVES, B) IMPLICA QUE EL SANCIONADO HA INCUMPLIDO LOS DEBERES A SU CARGO, SIENDO INSUFICIENTE PARA LA PRIVACIÓN EL CUMPLIMIENTO MÁS O MENOS IRREGULAR DE LOS DEBERES Y FUNCIONES A SU CARGO; C) LAS CAUSAS DEBEN INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE", CON FUNDAMENTO EN EL ART. 9.1. DE LA CDN, Y D) SE MANTIENE A PESAR DE SU REVERSIBILIDAD, COMO VEREMOS MÁS ADELANTE, EXIGIENDO POR TANTO, LA MAYOR CERTEZA POSIBLE EN LA PRUEBA PRODUCIDA.

POR OTRO LADO, SE DESTACA LA IMPORTANCIA DE LA PARTICIPACIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO PARA QUE PUEDA EJERCER SU DERECHO A SER OÍDO Y A QUE SU OPINIÓN SEA TENIDA EN CUENTA A LA HORA DE SENTENCIAR (ART. 12 DE LA CDN Y 3º, 27 DE LA LEY 26.061) Y QUE ESTANDO EN JUEGO EL DERECHO AL DESARROLLO DE SU PERSONALIDAD, RESULTA DE APLICACIÓN LO DISPUESTO POR EL ART. 3º DE LA CDN, PUES EL BENEFICIO DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE HA DE SER SIEMPRE EL FUNDAMENTO DE TODA INTERVENCIÓN EN LA ESFERA FAMILIAR, SIENDO ESTE EL PRINCIPIO RECTOR O PAUTA AXIAL PARA RESOLVER ESTAS CONTENDIDAS, Y EN APLICACIÓN DE LO DISPUESTO POR LOS ARTS. 706, 707.

SENTADAS LAS BASES QUE SERÁN DE APLICACIÓN A TODAS LAS CAUSAS DE PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, VEREMOS EN DETALLE CADA UNA DE ELLAS.

ASÍ, EL TEXTO DEL ART. 700, MANTIENE EN SU PRIMER INCISO, LA MISMA CAUSAL QUE EN EL TEXTO DEL ART. 307 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ, ESTO ES, SER CONDENADO COMO AUTOR,

COAUTOR, INSTIGADOR O CÓMPlice DE UN DELITO DOLOSO CONTRA LA PERSONA O BIENES DEL HIJO, ACLARANDO ADEMÁS EXPRESAMENTE, "DEL HIJO DE QUE SE TRATA".

ELLO IMPLICA QUE, SE DEROGA LA POSIBILIDAD QUE SE EXTIENDA LA SANCIÓN A OTROS HIJOS, SIENDO NECESARIO INDAGAR EN CADA CASO EN CONCRETO SI SE OBSERVAN O NO LAS CAUSALES DE PRIVACIÓN, CON INDEPENDENCIA DE LO SUCEDIDO CON LOS OTROS. ADEMÁS, LA REFORMA SUPRIME EL SUPUESTO DE SER CONDENADO COMO COAUTOR, INSTIGADOR O CÓMPlice DE UN DELITO COMETIDO POR EL HIJO, QUE HABÍA SIDO OPORTUNAMENTE INTRODUCIDO POR LA LEY 23.264.

PARA LA CONFIGURACIÓN DE ESTA CAUSAL SERÁ NECESARIO QUE SE TRATE DE UN DELITO DOLOSO (EXCLUYÉNDOSE EL CULPOSO Y EL PRETERINTENCIONAL), Y DEBE EXISTIR CONDENA PENAL.

EL INC. B) MANTIENE LA CAUSAL DE ABANDONO DEL HIJO, DEJÁNDOLO EN UN TOTAL ESTADO DE DESPROTECCIÓN, ELLO AUN CUANDO QUEDE BAJO EL CUIDADO DEL OTRO PROGENITOR O LA GUARDA DE UN TERCERO. EN ESTE SUPUESTO, COMO DIJIMOS, SE MANTIENE EN LÍNEAS GENERALES EL SEGUNDO SUPUESTO PREVISTO EN EL ANTERIOR ART. 307, CON LA PARTICULARIDAD QUE LA SANCIÓN SOLO AFECTARÁ SU VÍNCULO CON EL HIJO ABANDONADO Y NO PODRÁ HACERSE EXTENSIVO LA SANCIÓN A LOS DEMÁS, AL IGUAL QUE EN EL SUPUESTO ANTERIOR. ADEMÁS, EL NUEVO TEXTO MANTIENE EL CRITERIO SUBJETIVO DE IMPUTACIÓN DEL ABANDONO, ESTO ES QUE LO FUNDAMENTAL ES ANALIZAR LA CONDUCTA SOSTENIDA POR EL PROGENITOR ABANDONANTE, INDEPENDIENTEMENTE QUE EL HIJO NO SE ENCUENTRE EN SITUACIÓN DE DESAMPARO.

LA TERCERA CAUSA DE PRIVACIÓN SE CONFIGURA POR PONER EN PELIGRO LA SEGURIDAD, LA SALUD FÍSICA O PSÍQUICA DEL HIJO. SE DEROGÓ LA NOCIÓN DE "MORALIDAD" A LA QUE SE ALUDE EN EL ART. 307 INC. 3 DEL CÓD. CIVIL, POR SER TÉRMINOS O CONCEPTOS VAGOS E INDETERMINADOS CONTRARIOS A LA MIRADA ESTRICTA CON LA QUE SE DEBE ANALIZAR LA FIGURA DE LA PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

FINALMENTE, SE INCORPORA COMO CAUSAL LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ADOPTABILIDAD DEL HIJO Y EN ESTA MISMA SINTONÍA LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD (EN LA MEDIDA QUE NO HAYA OTRO PROGENITOR, O FAMILIA AMPLIADA Y/O EXTENSA QUE SE HAGA CARGO DE SU CUIDADO, SEGÚN ART. 703) EQUIVALE A LA DECLARACIÓN JUDICIAL DEL ESTADO DE ADOPTABILIDAD CONFORME LO DISPONE EL ART. 610 CÓD. CIVIL, ELLO CON EL FIN DE UNIFICAR CRITERIOS Y ACELERAR LOS TIEMPOS, DE MODO TAL, QUE SE INSERTE LO ANTES POSIBLE EN OTRO GRUPO FAMILIAR A TRAVÉS DE LA INSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN.

EXPRESAMENTE ACLARA QUE LA PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL TENDRÁ EFECTOS A PARTIR DE LA SENTENCIA QUE LA DECLARE, ELLO NO AFECTA EL DEBER ALIMENTARIO QUE SUBSISTE PARA LOS PROGENITORES PRIVADOS O SUSPENDIDOS DEL EJERCICIO (ART. 704), QUIENES ADEMÁS PIERDEN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE HIJO (ART. 595) Y QUE ADEMÁS PODRÁN SER DECLARADOS INDIGNOS DE SUCEDER A LOS HIJOS (ART. 2281 INC. G). TRATÁNDOSE DE LA DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD, LA PRIVACIÓN TIENE EFECTO DESDE QUE SE DECLARÓ DICHO ESTADO.

III. JURISPRUDENCIA

rsid15540838 "DEBE PRIVARSE AL ACCIONADO DE LA PATRIA POTESTAD RESPECTO DE

SU HIJO MENOR, EN BASE A LA CAUSAL DE ABANDONO PREVISTA EN EL ART. 307, INC. 2 DEL CÓD. CIVIL, SI FUE CONDENADO, EN EL MARCO DE UN JUICIO ABREVIADO, COMO AUTOR PENALMENTE RESPONSABLE DEL DELITO DE INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES DE ASISTENCIA FAMILIAR, NO PAGÓ ALIMENTOS VOLUNTARIAMENTE LUEGO DE DICHA SANCIÓN, Y NO IMPULSÓ EL JUICIO POR RÉGIMEN DE VISITAS QUE OPORTUNAMENTE INICIÓ" (CNCIV., SALA A, 30/6/2011, LA LEY ONLINE, AR/JUR/31794/2011).

"CORRESPONDE RECHAZAR LA ACCIÓN DE PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD PROMOVIDA CONTRA AL PADRE DE UN MENOR, PUES NO PUEDE CONCLUIRSE QUE HUBIERA ABDICADO DE SUS DEBERES PATERNOS EN FORMA TOTAL Y MALICIOSA Y EN UN GRADO QUE JUSTIFIQUE TAL EXTREMA Y GRAVE SANCIÓN, DADO QUE NO ESTÁ ACREDITADO QUE LA INTERRUPCIÓN DE CONTACTO CON SU HIJO OBEDECIERA A SU DESINTERÉS Y NO A LOS OBSTÁCULOS PUESTOS POR LA MADRE" (CNCIV., SALA I, 14/9/2010, LA LEY, 2011-A, 155, AR/JUR/55234/2010).

"CABE RECHAZAR LA ACCIÓN PROMOVIDA POR LA MADRE DE UNA MENOR CON EL FIN DE PRIVAR AL PADRE DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD, DADO QUE LA ACCIONANTE NO PROBÓ EN FORMA FENACIENTE QUE LUEGO DE LA SEPARACIÓN DE LAS PARTES NO HUBO CONTACTOS ENTRE LA MENOR Y SU PADRE O QUE ÉSTE SE HUBIERA DESINTERESADO DE LA NIÑA, ASÍ COMO TAMPOCO SE ACREDITÓ QUE EL DEMANDADO SE HALLE COMPRENDIDO EN LAS CAUSALES PREVISTAS POR EL ART. 307 DEL CÓD. CIVIL" (CNCIV., SALA H, 2/2/2006, DJ 14/6/2006, 472 CON NOTA DE NÉSTOR E. SOLARI, AR/JUR/134/2006).

"LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, ACORDE CON LOS SEVEROS MOTIVOS QUE LA LEY CONTEMPLA PARA SU PROCEDENCIA, COMO ASIMISMO LA TENENCIA DEFINITIVA DEL MENOR, SON CUESTIONES QUE REQUIEREN UN AMPLIO DEBATE EN EL MARCO DE UN PROCESO QUE ASEGURE EN PLENITUD LOS DERECHOS DE DEFENSA DEL PROGENITOR" (CNCIV., SALA K, 14/4/1999, LA LEY, 2000-C, 810; DJ, 2000-2-630, AR/JUR/4322/1999).

"LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE LOS HIJOS MENORES CONSTITUYE UNA DECISIÓN DE EXTREMA GRAVEDAD, QUE ASUME EN LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS POR EL ART. 307 DEL CÓD. CIVIL, LA CONDICIÓN DE SANCIÓN. TAL SANCIÓN NO OPERA EN LA GENERALIDAD DE LOS CASOS DE PLENO DERECHO, SINO QUE DEBE SER CONVENIENTEMENTE APRECIADA POR EL JUZGADOR A TRAVÉS DE LOS HECHOS QUE SE HUBIERAN ACREDITADO" (SCBA, 31/7/1979, DJBA, 117-138; LA LEY, 1979-D, 79, AR/JUR/1372/1979).

"EL ACORDAR LA ADOPCIÓN PLENA DE UN MENOR POR HABER EXISTIDO ABANDONO O DESAMPARO DEL MISMO (A LO QUE EN LA ESPECIE PARECIERA SUMARSE, AUN, LA INICIAL VOLUNTAD DE LA MADRE DE DARLO PARA QUE FUERA ADOPTADO), IMPLICA NECESARIAMENTE LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD DE LOS PADRES DE SANGRE SOBRE EL MISMO, PUES DE LO CONTRARIO NO FUNCIONARÍAN ADECUADAMENTE LAS PREVISIONES DE LA LEY Y SE DARÍA UNA SITUACIÓN IMPOSIBLE DE RECONOCER (ARTS. 14 Y CONCS., LEY 19.134 —ADLA, XXXI-B, 1408—)" (SCBA, 19/6/1979, DJBA, 117-91, LA LEY, 1979-C, 551, AR/JUR/6790/1979).

"EL ABANDONO QUE SANCIONA CON LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD EL ART. 307, INC. 2º DEL CÓDIGO CIVIL, CONSISTE EN LA ABDICACIÓN TOTAL, VOLUNTARIA E INJUSTIFICADA DE LOS DEBERES QUE IMPONE EL ART. 265 DEL MISMO ORDENAMIENTO, EL CUAL NO PUEDE ASIMILARSE CON LA AUSENCIA QUE CONSTITUYE UN SUPUESTO DE SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO, YA QUE EN ÉSTA, POR NO EXISTIR VOLUNTARIEDAD, FALTA EL NEXO INTENCIONAL QUE VINCULA EL ALEJAMIENTO CON EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES IM-

PUESTOS AL PROGENITOR" (CCiv. y Com. MORÓN, SALA I, 14/5/2009, LLBA 2009 [AGOSTO], 732 CON NOTA DE JUAN PABLO OLMO, AR/JUR/21356/2009).

ART. 701. — REHABILITACIÓN. LA PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL PUEDE SER DEJADA SIN EFECTO POR EL JUEZ SI LOS PROGENITORES, O UNO DE ELLOS, DEMUESTRA QUE LA RESTITUCIÓN SE JUSTIFICA EN BENEFICIO E INTERÉS DEL HIJO.

apdefaultU. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL ART. 308 DEL CÓD. CIVIL (TEXTO SEGÚN LEY 23.264). A DIFERENCIA DE LA NORMA ANTERIOR, QUITA DE SU TEXTO, LA NECESIDAD DE QUE EL PEDIDO DE REHABILITACIÓN SE FUNDE EN CIRCUNSTANCIAS NUEVAS, SIENDO ÚNICAMENTE SU SUSTENTO EL BENEFICIO E INTERÉS DEL HIJO.

II. COMENTARIO

LA LEY 23.264 INTRODUJO EN NUESTRO DERECHO, LA POSIBILIDAD DE DEJAR SIN EFECTO LA SENTENCIA DE PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, POR DECISIÓN DEL JUEZ, EN LA MEDIDA QUE EL PROGENITOR SANCIONADO PUDIERA DEMOSTRAR QUE, POR CIRCUNSTANCIAS NUEVAS, LA RESTITUCIÓN SE JUSTIFICA EN BENEFICIO O INTERÉS DE LOS HIJOS. EN ESTE CONTEXTO, LA NUEVA NORMA HABILITA DICHA PLANTEO, PERO REQUIRIENDO ÚNICAMENTE LA DEMOSTRACIÓN DEL BENEFICIO E INTERÉS DEL HIJO (EN CONCORDANCIA CON LOS ARTS. 3°, 5°, 8°, 9° DE LA CDN; Y ARTS. 3°, 7°, 10 DE LEY 26.061).

ART. 702. — SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO. EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL QUEDA SUSPENDIDO MIENTRAS DURE:

- A) LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO;
- B) EL PLAZO DE LA CONDENA A RECLUSIÓN Y LA PRISIÓN POR MÁS DE TRES AÑOS;
- C) LA DECLARACIÓN POR SENTENCIA FIRME DE LA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD POR RAZONES GRAVES DE SALUD MENTAL QUE IMPIDEN AL PROGENITOR DICHO EJERCICIO;
- D) LA CONVIVENCIA DEL HIJO CON UN TERCERO, SEPARADO DE SUS PROGENITORES POR RAZONES GRAVES, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LEYES ESPECIALES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL ART. 309 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ (SEGÚN LEY 23.264). READECUA LAS CAUSALES EN CONSONANCIA CON LOS PRINCIPIOS Y PROPÓSITOS QUE INSPIRAN AL NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE SALUD MENTAL (QUE SURGE DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, LA CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LA LEY 26.657 DE SALUD MENTAL, ASÍ COMO TAMBIÉN LA LEY 26.061).

II. COMENTARIO

A DIFERENCIA DE LA PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, QUE ENTRAÑA UNA SANCIÓN PARA LOS PROGENITORES POR CONDUCTAS INCOMPATIBLES O LOS FINES QUE LA IMPOSICIÓN, LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO SE REFIERE A HECHOS O SITUACIONES CONCRETAS QUE HAN SIDO COMPROBADAS JUDICIALMENTE Y QUE IMPIDEN POR DIVERSAS CIRCUNSTANCIAS SU EJERCICIO, PUDIENDO EVENTUALMENTE, RECUPERARSE Y VOLVER A ASUMIRLA.

EL ARTÍCULO EN COMENTARIO, ENUMERA LAS CAUSALES A TRAVÉS DE CUATRO INCISOS. LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA CON PRESUNCIÓN DE FALLECIMIENTO, CONFORME LO DISPONE EL ART. 89; EL PLAZO DE LA CONDENA A RECLUSIÓN Y LA PRISIÓN POR MÁS DE TRES AÑOS (HIPÓTESIS PREVISTA EN EL ART. 12 DEL CÓD. PENAL) HACE QUE EL PROGENITOR SEA IPSO IURE SUSPENDIDO EN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

LA TERCERA CAUSAL HA SIDO READECUADA A LOS PRINCIPIOS QUE EMANAN DEL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD CONFORME LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y LA LEY NACIONAL DE LA SALUD MENTAL QUE LLEVA EL N° 26.657. ESTE SISTEMA NORMATIVO, HA CAMBIADO EL PARADIGMA RESPECTO A LA CONCEPCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, BASADO EN LA AUTONOMÍA Y LA DIGNIDAD. LA RESOLUCIÓN QUE LIMITE LA CAPACIDAD DE UNA PERSONA, DEBERÁ ESPECIFICAR LAS FUNCIONES Y ACTOS QUE SE LIMITAN, PROCURANDO QUE LA AFECTACIÓN A LA AUTONOMÍA PERSONAL SEA LA MENOR POSIBLE, CONFORME LO DISPONE EL ANTIGUO ART. 152 TER (INCORPORADO POR LA LEY 26.657) Y EL NUEVO ART. 38, DEBIENDO DETERMINAR EXPRESAMENTE CUÁLES SON LOS ACTOS QUE NO PODRÁ REALIZAR EN FORMA AUTÓNOMA Y PARA LOS QUE REQUIERA SALVAGUARDAS O MEDIDAS DE APOYO. EN ESTE SENTIDO, LA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LA PERSONA PER SE, NO IMPLICA LA IMPOSIBILIDAD DE EJERCER LA RESPONSABILIDAD PARENTAL EN FORMA AUTOMÁTICA, COMO SURGE DEL TEXTO DEL ART. 309 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ. EN CONSECUENCIA, LA NUEVA NORMATIVA IMPONE AL JUEZ QUE AL MOMENTO DE LA DECLARACIÓN DE LA LIMITACIÓN DE LA CAPACIDAD POR RAZONES GRAVES DE SALUD MENTAL SE EXPIDA AL RESPECTO Y DETERMINE SI EN EL CASO CONCRETO EXISTEN RAZONES QUE IMPIDEN EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

FINALMENTE, EL ÚLTIMO INCISO DE ESTE ARTÍCULO SE REFIERE AL SUPUESTO DE CONVIVENCIA DEL HIJO CON UN TERCERO, SEPARADO DE SUS PROGENITORES POR RAZONES GRAVES, DE CONFORMIDAD CON LO ESTABLECIDO EN LEYES ESPECIALES. ENTENDEMOS QUE EL SUPUESTO ALUDE A LOS CASOS DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS EXCEPCIONALES DE PROTECCIÓN DE DERECHOS PREVISTAS EN EL ART. 39 DE LA LEY 26.061, QUE IMPLICAN LA SEPARACIÓN DEL NIÑO DE SUS PROGENITORES POR ENCONTRARSE VULNERADOS SUS DERECHOS, Y QUE CONLLEVAN A LA SUSPENSIÓN DE SU EJERCICIO.

ART. 703. — 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA SE RELACIONA CON EL ART. 310 DEL CÓDIGO DE VÉLEZ (TEXTO SEGÚN LEY

26.061).

II. COMENTARIO

COMO CONSECUENCIA DE LA DECLARACIÓN DE PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN, EL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL QUEDARÁ A CARGO DEL OTRO PROGENITOR, DÁNDOSE EL SUPUESTO DE EJERCICIO UNIPERSONAL, CONFORME LO DISPUESTO POR EL ART. 641 INC. C), ELLO IMPLICA QUE SE REQUIERA ÚNICAMENTE SU CONSENTIMIENTO EXPRESO PARA AUTORIZAR LOS ACTOS PREVISTOS POR EL ART. 645. AL IGUAL QUE EL DEROGADO 264 QUATER.

A FALTA DE OTRO PROGENITOR, SE PROCEDERÁ A INICIAR LOS PROCESOS CORRESPONDIENTES A LA TUTELA O LA ADOPCIÓN, SEGÚN LA SITUACIÓN PLANTEADA SIEMPRE EN BENEFICIO DE LOS NNA. DEPENDERÁ DE LA EXISTENCIA DE FAMILIA EXTENSA O REFERENTES AFECTIVOS DEL NIÑO PARA QUE PUEDAN SER DESIGNADOS TUTORES CONFORME LAS NORMAS DISPUESTAS EN LOS ARTS. 104 Y SIG. DEL CÓD. CIVIL, O A FALTA O IMPOSIBILIDAD DE AQUELLOS, RECURRIR A LA FIGURA DE LA ADOPCIÓN. SE REITERA EN ESTE PUNTO QUE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ADAPTABILIDAD—QUE ESTE CÓDIGO RECEPTA IMPRIMIÉNDOLE UN TRÁMITE AUTÓNOMO CON REGLAS PROPIAS PARA DEMARCAR CORRECTAMENTE EL ROL DE LA FAMILIA DE ORIGEN Y DE LA PRETENSA ADOPTANTE—EQUIVALE A LA PRIVACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL, CONFORME LO DISPONE EL ART. 610 DEL CÓD. CIVIL, CUYA FINALIDAD ES LA ACCELERACIÓN DE LOS TIEMPOS DE MANERA DE RESTITUIR A LA MAYOR BREVEDAD POSIBLE EL DERECHO DE LOS NNA A VIVIR EN FAMILIA. EN ESTE PUNTO RESULTAN DE APLICACIÓN TODOS LOS PRINCIPIOS CONTENIDOS EN LOS PROCESOS DE FAMILIA, Y ESPECIALMENTE, EL DE OFICIOSIDAD PREVISTO EXPRESAMENTE EN EL ART. 709 DEL CÓD. CIVIL.

ART. 704.— SUBSISTENCIA DEL DEBER ALIMENTARIO. LOS ALIMENTOS A CARGO DE LOS PROGENITORES SUBSISTEN DURANTE LA PRIVACIÓN Y LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

ESTA NORMA NO SE ENCONTRABA EN EL CÓDIGO CHDE VÉLEZ, PERO SU CONTENIDO SE DESPRENDE DEL JUEGO ARMÓNICO DE LOS ARTS. 265, 267, 271 Y 272. SIN PERJUICIO DE ELLO, DEBEMOS SEÑALAR QUE LA VIEJA LEY DE PATRONATO DE MENORES N° 10.903 EN SU ART. 13 DISPONÍA UNA NORMA SIMILAR AL RESPECTO: "LA PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD, LA SUSPENSIÓN DEL DE SU EJERCICIO O LA PÉRDIDA DE LA TENENCIA DE LOS HIJOS EN VIRTUD DE ESTA LEY, NO IMPORTA LIBERAR A LOS PADRES DE LAS OBLIGACIONES IMPUESTAS POR LOS ARTS. 265, 267 Y 268 DEL CÓDIGO CIVIL, SI NO FUERAN INDIGENTES. A ESE EFECTO EL JUEZ ESTABLECERÁ EL MONTO DE LOS ALIMENTOS Y LA FORMA DE SUMINISTRARLOS."

II. COMENTARIO

EL HECHO QUE SE ESTABLEZCA EXPRESAMENTE LA SUBSISTENCIA DEL DEBER ALIMENTARIO DE LOS PROGENITORES PRIVADOS O SUSPENDIDOS DEL EJERCICIO ELIMINA CUALQUIER DUDA O CONFUSIÓN QUE HAYA PODIDO GENERARSE POR LA DEROGACIÓN EXPRESA DE LA NORMA CITADA PRECEDENTEMENTE.

RECORDEMOS QUE LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA ES UNO DE LOS DEBERES A CARGO DE LOS PROGENITORES DISPUESTO POR LOS ARTS. 658 Y SS., Y QUE EL ART. 27 DE LA CDN QUE

IMPONE A LOS ESTADOS LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS APROPIADAS PARA ASEGURAR EL PAGO DE LA PENSIÓN ALIMENTICIA POR PARTE DE LOS PADRES U OTRAS PERSONAS QUE TENGAN LA RESPONSABILIDAD FINANCIERA POR EL NIÑO, SE MANTIENE—AHORA EXPRESAMENTE—DURANTE LA PRIVACIÓN O SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL.

TÍTULO VIII

PROCESOS DE FAMILIA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

POR MARIELA PANIGADI

BIBLIOGRAFÍA DE LA REFORMA: KIELMANOVICH, "EL PROCESO DE FAMILIA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN", LA LEY, 31/7/2012, PS. 1/4.

BIBLIOGRAFÍA CLÁSICA: ARAZI, ROLAND, "EL OCASO DE LAS TEORÍAS SOBRE CARGA DE LA PRUEBA", LA LEY, 2000-A, 1041; BELOFF, MARY, "TOMARSE EN SERIO A LA INFANCIA, A SUS DERECHOS Y AL DERECHO". SOBRE LA "LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES NRO. 26.061", RDF N° 33/2006, LEXIS NEXIS, BUENOS AIRES; "EL 42 MENOR DE EDAD VÍCTIMA EN EL PROCESO JUDICIAL: GARANTÍAS PROCESALES Y DEBERES DE PRESTACIÓN POSITIVA DEL ESTADO", EN ACCESO A LA JUSTICIA DE NIÑOS/AS VÍCTIMAS, PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS O TESTIGOS DE DELITOS O VIOLENCIA, BUENOS AIRES: ASOCIACIÓN POR LOS DERECHOS CIVILES (ADC), JUNTA FEDERAL DE CORTES Y SUPERIORES TRIBUNALES DE JUSTICIA DE LAS PROVINCIAS ARGENTINAS Y CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES (JUFEJUS) Y UNICEF; BERIZONCE, ROBERTO O., "TÉCNICAS ORGÁNICO-FUNCIONALES Y PROCESALES DE LAS TUTELAS DIFERENCIADAS", REVISTA DE DERECHO PROCESAL N° 2009-1, RUBINZAL CULZONI, SANTA FE, 2009, PS. 29-62; FUNDAMENTOS Y CONFINES DE LAS TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS", REVISTA DE DERECHO PROCESAL, N° 2008-2, RUBINZAL CULZONI, SANTA FE, 2008, PS. 35-49; TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS, RUBINZAL CULZONI, 2009; BERIZONCE, ROBERTO O., DERECHO PROCESAL CIVIL ACTUAL, LIBRERÍA EDITORA PLATENSE, 1999; COLOMBO, "TESTIGOS EXCLUIDOS", LA LEY, 31-365; DÍAZ DE GUJARRO, "LOS PARIENTES EN LÍNEA RECTA COMO TESTIGOS EN LOS JUICIOS DE DIVORCIO", JA, 23-813; EISNER, ISIDORO, "DESPLAZAMIENTO DE LA CARGA PROBATORIA", LA LEY, 1994-C, 846; FERNÁNDEZ, SILVIA E., "PROTECCIÓN DEL MENOR - DERECHOS DEL MENOR - INTERÉS DEL MENOR - DERECHO CONSTITUCIONAL - TRATADO INTERNACIONAL - ESTADO NACIONAL - LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE", LLBA, 2008; GROSMAN, CECILIA, "LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LAS RELACIONES DE FAMILIA EN EL FINAL DEL SIGLO XX. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DE LA SOCIEDAD CIVIL EN ASEGURAR SU EFECTIVIDAD", LA LEY, 1999-F, 1052; GUZMÁN, NÉSTOR LEANDRO, LEGALISMO Y CONSTITUCIONALISMO: COMO LÍMITES CONCEPTUALES EN LA INTERPRETACIÓN DE LOS PRINCIPIOS PROCESALES EN UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO, 838 PLATENSE, 2011; KIELMANOVICH, JORGE L., "LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO DE FAMILIA", REVISTA DE DERECHO PROCESAL, 2002-1, RUBINZAL CULZONI, SANTA FE, 2002;

AF31505 KIELMANOVICH, JORGE L., "REFLEXIONES PROCESALES SOBRE LA LEY 26.061 DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES", LA LEY, 17/11/2005; LORENZETTI, RICARDO L., "CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS DE DAÑOS", LA LEY, 1991-A, 995; MÉNDEZ COSTA, MARÍA J. Y MARÍA ELEONORA MURG, "PROTECCIÓN INTE-

GRAL. DE LOS DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES, ENCUADRE INTERNACIONAL LATINOAMERICANO Y PROVINCIAL ARGENTINO", LA LEY, 1/2/2006; MIZRAHI, LUIS M., "INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO - ROL PROTAGÓNICO DE LA CORTE", LA LEY, 2011-907; PEYRANO, JORGE W. - CHIAPPINI, JULIO O., "LINEAMIENTOS DE LAS CARGAS PROBATORIAS 'DINÁMICAS'", EN VV.AA. (PEYRANO, JORGE W. —COORD.—) CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS, RUBINZAL CULZONI, 2004; "DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS" LA LEY, 1991-B, 1034; "NUEVOS RUMBOS DE LA DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS: LAS CARGAS PROBATORIAS SOBREVIVIENTES", ED, 182-1588; PEYRANO, JORGE W., "DOCTRINA DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS", LA LEY, 1991-D, 1034; ID., EL PROCESO CIVIL, PRINCIPIOS Y FUNDAMENTOS, ASTREA, BUENOS AIRES, 1978; ID., "¿QUÉ ES Y QUÉ NO ES UNA TUTELA DIFERENCIADA EN ARGENTINA?", REVISTA DE DERECHO PROCESAL, AÑO 2008-II, RUBINZAL CULZONI, FS. 21 Y SS.; ID., "PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA", REVISTA DE DERECHO PROCESAL, AÑO 2009-II, RUBINZAL CULZONI, P. 2; QUINTANA, TERESA REGINA, "EL ABOGADO DEL NIÑO A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE", LA LEY, 17/3/2011; ZANNONI, EDUARDO A., "EL PATRONATO DEL ESTADO Y LA RECIENTE LEY 26.061", LA LEY, 10/11/2005.

ART. 705.— *ÁMBITO DE APLICACIÓN. LAS DISPOSICIONES DE ESTE TÍTULO SON APLICABLES A LOS PROCESOS EN MATERIA DE FAMILIA, SIN PERJUICIO DE LO QUE LA LEY DISPONGA EN CASOS ESPECÍFICOS.*

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO CIVIL NO CONTENÍA UNA REGULACIÓN INTEGRAL Y SISTEMÁTICA DE LOS PROCESOS EN MATERIA DE FAMILIA. EXISTÍAN DISPOSICIONES AISLADAS, UBICADAS EN CADA INSTITUCIÓN: DE INCAPACIDAD DE LAS PERSONAS (ARTS. 142-148, 150), SEPARACIÓN PERSONAL O DIVORCIO (ARTS. 227, 231, 232, 233, 235, 236, 237, 239), PROCESO DE ALIMENTOS (ARTS. 228, 231, 370, 375, 376), OTORGAMIENTO DE LA GUARDA Y ADOPCIÓN (ARTS. 316, 321), DE PRUEBA EN LAS ACCIONES DE FILIACIÓN (ARTS. 253, 258), Y TUTELA (ARTS. 400-405, 408), ENTRE OTRAS.

II. COMENTARIO

1. INTRODUCCIÓN

EN ESTE CÓDIGO NO SÓLO SE AMPLÍAN LAS DISPOSICIONES ADJETIVAS RESPECTO DEL CÓDIGO REFORMADO, SINO QUE INCORPORA LA NOCIÓN DE PROCESO DE FAMILIA, RECONOCIENDO LA NECESIDAD DE UNA TUTELA PROCESAL DIFERENCIADA DE LA MATERIA.

LAS TUTELAS PROCESALES DIFERENCIADAS SON PROCESOS CONFORMADOS MEDIANTE TÉCNICAS ORGÁNICO-FUNCIONALES Y PROCESALES, QUE SE APARTAN DE LAS MATRICES CLÁSICAS, PARA LA PROTECCIÓN REFORZADA DE LOS DERECHOS DE VALORACIÓN COMUNITARIA PREVALECIENTE, RECOGIDOS EN LOS TEXTOS FUNDAMENTALES. SU FUNDAMENTO ES EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA CONSGRADO EN EL ART. 114 PÁRRAFO TERCERO APART. 6° CN, ART. 8° Y 25 PSJCR ENTRE OTROS.

EL DERECHO SUPRANACIONAL CONSTITUCIONALIZADO CONSAGRA LA PROTECCIÓN Y RECONOCIMIENTO DE LA FAMILIA Y LAS NORMAS QUE SE INCORPORAN SOBRE PROCESO DE FAMILIA SON UNA PREVISIÓN EN MIRAS A LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS RECONOCIDOS. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA Y LOS VÍNCULOS FAMILIARES ES RECONOCIDA EXPLÍCITAMENTE EN LA CONVENCIÓN AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (ARTS. 11 INC. 2°, 17, 19, Y 32),

CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO (ART. PREÁMBULO, ARTS. 2°, 5°, 8°, 9°, 10, 16, 20, 21, 22, 24 Y 37), DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE (ARTS. VI Y VII), DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS (DERECHOS Y CUIDADAS ESPECIALES A LA MATERNIDAD E INFANCIA) Y EN OTROS INSTRUMENTOS SUPRANACIONALES.

EL ART. 75 INC. 22 DE NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL FORMAN PARTE DEL ACTUAL ORDENAMIENTO JURÍDICO, CON JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, EN SU ART. 4° DISPUSO... LOS ESTADOS PARTES SE OBLIGAN A ADOPTAR TODAS LAS MEDIDAS ADMINISTRATIVAS, LEGISLATIVAS, Y DE OTRA ÍNDOLE PARA DAR EFECTIVIDAD A LOS DERECHOS RECONOCIDOS EN LA CONVENCIÓN. QUINCE AÑOS DESPUÉS DE LA FIRMA DE LA CONVENCIÓN, EL 28 DE SEPTIEMBRE DEL AÑO 2005, SE SANCIONA LA LEY 26.061 DENOMINADA DE "PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES" (REGLAMENTADA POR EL DECRETÒ LEY 415/2006, BO, 18/4/2006), POR LA QUE NUESTRO ESTADO, TARDÍAMENTE, CUMPLIÓ CON LA TAREA PENDIENTE. EN VIRTUD LA LEY 26.061 LAS PROVINCIAS LA TOMARON COMO NORMA DE CONTENIDOS MÍNIMOS, Y DESARROLLARON O AMPLIARON LA TUTELA EN MATERIA DE INFANCIA. LA PROVINCIA BS. AS., POR EJ., SANCIONÓ LA LEY 13.298 DE LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, INTEGRADA CON SU DECRETO REGLAMENTARIO NÚMERO 300 Y LA LEY 13634 SOBRE PRINCIPIOS GENERALES DEL FUERO DE FAMILIA Y FUERO PENAL DEL NIÑO.

2. LEGISLACIÓN PROCESAL EN EL CÓDIGO SUSTANTIVO

SI BIEN LA NORMATIVA PROCESAL ESTÁ RESERVADA POR NUESTRA CONSTITUCIÓN NACIONAL A CADA UNA DE LAS PROVINCIAS, LA CSJN SE HA PRONUNCIADO REITERADAS VECES POR LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NORMAS PROCESALES INTRODUCIDAS EN EL CÓDIGO CIVIL. ELLAS ASEGURAN UN PISO MÍNIMO PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS EN TODO EL PAÍS. POR ELLO LAS PROVINCIAS DEBERÁN ADAPTAR SUS NORMATIVAS LOCALES A FIN DE CUMPLIMENTAR LOS NUEVOS REQUERIMIENTOS CONTENIDOS EN ESTE TÍTULO. EL EJERCICIO DE LOS PODERES CONCURRENTES DE LA NACIÓN EN ESTE TERRENO SE LEGITIMA POR LA PARTICULAR NATURALEZA DE LOS DERECHOS QUE SE TRATAN DE PRESERVAR Y EFECTIVIZAR. DERECHO SUSTANTIVO Y FORMAL, MÁS QUE PROCEDIMENTAL, PERO QUE REQUIERE DEL PROCESO PARA LOGRARLO.

LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE ESTE TÍTULO EXIGE INTEGRAR SUS NORMAS CON LAS SUPRANACIONALES SOBRE EL TEMA —DE ACUERDO A LOS ARTS. 1° A 3° DEL CÓDIGO— Y CON LAS NORMAS LOCALES DE APLICACIÓN EN CADA JURISDICCIÓN.

40838 3. ÁMBITO DE APLICACIÓN: PROCESOS EN MATERIA DE FAMILIA

EL ARTÍCULO DISPONE QUE LAS NORMAS DE ESTE TÍTULO SON APLICABLES A LOS PROCESOS EN MATERIA DE FAMILIA, SIN NOMBRAR TAXATIVAMENTE CUÁLES COMPRENDE. QUEDARÁ EN EL ÁMBITO LOCAL EL DETERMINAR CUÁLES LO INTEGRAN.

LAS DOS INSTITUCIONES FUNDAMENTALES DEL DERECHO DE FAMILIA SON EL MATRIMONIO Y LA FILIACIÓN. ADEMÁS HISTÓRICAMENTE LA MATERIA SE HA OCUPADO DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS SUJETAS A LA AUTORIDAD DE OTRO (TUTELA Y CURATELA). POR ELLO, MÁS ALLÁ DE LA POSIBLE INCLUSIÓN DE OTRAS MATERIAS POR LAS LEGISLACIONES LOCALES (DECISIÓN DE POLÍTICA LEGISLATIVA) COMO MÍNIMO DEBE CONSIDERARSE APLICABLE A LOS SIGUIENTES MATERIAS SUSTANCIALES: MATRIMONIO Y SUS EFECTOS (ESPOSALES, RÉGIMENES PATRIMONIALES, NULIDAD MATRIMONIAL, SEPARACIÓN MATRI-

MONIAL, DIVORCIO), FILIACIÓN Y ADOPCIÓN Y SUS EFECTOS (RESPONSABILIDAD PARENTAL, AUTORIDAD PARENTAL), TUTELA, CURATELA, ESTADO CIVIL Y DERECHO DE ALIMENTOS.

AGREGAMOS TAMBIÉN LA REGULACIÓN DE LAS UNIONES CONVIVENCIALES QUE EL CÓDIGO INCORPORA.

4. SIN PERJUICIO DE LO QUE LA LEY DISPONGA EN CASOS ESPECÍFICOS

LA MENCIÓN SE REFIERE A LA POSIBILIDAD DE QUE EN DETERMINADAS MATERIAS EXISTAN OTRAS NORMAS NACIONALES QUE TAMBIÉN REGULEN EL PROCESO Y QUE PUEDEN EXCEPTUAR TOTAL O PARCIALMENTE LA APLICACIÓN DEL PRESENTE TÍTULO (NORMA ESPECIAL DEROGA LA GENERAL). NO SIGNIFICA QUE LAS LEYES PROVINCIALES PUEDAN LEGISLAR CONTRA LO ESTIPULADO EN ESTE TÍTULO.

ART. 706.— PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCESOS DE FAMILIA. EL PROCESO EN MATERIA DE FAMILIA DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, INMEDIACIÓN, BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL, OFICIOSIDAD, ORALIDAD Y ACCESO LIMITADO AL EXPEDIENTE.

A) LAS NORMAS QUE RIGEN EL PROCEDIMIENTO DEBEN SER APLICADAS DE MODO DE FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA, ESPECIALMENTE TRATÁNDOSE DE PERSONAS VULNERABLES, Y LA RESOLUCIÓN PACÍFICA DE LOS CONFLICTOS.

B) LOS JUECES ANTE LOS CUALES TRAMITAN ESTAS CAUSAS DEBEN SER ESPECIALIZADOS Y CONTAR CON APOYO MULTIDISCIPLINARIO.

C) LA DECISIÓN QUE SE DICTE EN UN PROCESO EN QUE ESTÁN INVOLUCRADOS NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES, DEBE TENER EN CUENTA EL INTERÉS SUPERIOR DE ESAS PERSONAS.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO EXISTÍA UNA NORMA SIMILAR EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

1. PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCESOS DE FAMILIA

LOS PRINCIPIOS IMPLICAN UN CONSENSO TEÓRICO SOBRE LAS IDEAS ESENCIALES O VALORES DE UNA RESPECTIVA COMUNIDAD PARA EL DISEÑO ESTRUCTURAL DE UN DETERMINADO PROCESO JUDICIAL, Y CON SUFICIENTE ENTIDAD PARA SER CONSAGRADAS Y LUEGO INCORPORADAS LEGISLATIVAMENTE. ADEMÁS LOS PRINCIPIOS SON INSTRUMENTOS AUXILIARES DE LA ACTIVIDAD INTERPRETATIVA EN LA LABOR JUDICIAL, SON PAUTAS DE SEGUNDO GRADO, YA QUE PRESUPONEN LA EXISTENCIA DE OTRAS REGLAS Y SE REFIEREN A ELLAS, INDICANDO CÓMO DEBEN ENTENDERSE, APLICARSE Y, A VECES, COMPLEMENTARSE LAS REGLAS DE PRIMER GRADO.

ESTOS PRINCIPIOS DEBEN RELACIONARSE CON LOS ARTS. 1º, 2º Y 3º DEL PRESENTE CÓDIGO.

2. TUTELA

DBCH JUDICIAL EFECTIVA

2.1. FUENTES

EL DERECHO FUNDAMENTAL DE TODA PERSONA DE ACCEDER A TRIBUNALES INDEPENDIENTES EN PROCURA DE JUSTICIA PROCLAMADO EN EL ART. 10 DE LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS DE 1948, EL ART. XVIII DE LA DECLARACIÓN AMERICANA DE DERECHOS Y DEBERES DEL HOMBRE. PERO DONDE ESTÁ ESPECIALMENTE DESARROLLADA ES EN LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (PSJCR). SU ART. 8.1 ESTABLECE MÁS CLARAMENTE SU CONTENIDO, SEÑALANDO QUE IMPLICA EL DERECHO: A) A SER OÍDO CON LAS DEBIDAS GARANTÍAS; B) A QUE EL PROCESO SE DESARROLLE DENTRO DE UN PLAZO RAZONABLE; Y C) A SER JUZGADO POR UN JUEZ O TRIBUNAL COMPETENTE; INDEPENDIENTE; E IMPARCIAL, ESTABLECIDO CON ANTERIORIDAD POR LA LEY. A SU VEZ, EN EL ART. 25.1 DE ESTA CONVENCIÓN DISPONE: "TODA PERSONA TIENE DERECHO A UN RECURSO SENCILLO Y RÁPIDO O A CUALQUIER OTRO RECURSO EFECTIVO ANTE LOS JUECES O TRIBUNALES COMPETENTES, QUE LA AMPARE CONTRA ACTOS QUE VIOLAN SUS DERECHOS FUNDAMENTALES RECONOCIDOS POR LA CONSTITUCIÓN, LA LEY O LA PRESENTE CONVENCIÓN, AUN CUANDO TAL VIOLACIÓN SEA COMETIDA POR PERSONAS QUE ACTÚAN EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES OFICIALES". EN LOS INCISOS SIGUIENTES, LOS ESTADOS PARTES SE COMPROMETEN A GARANTIZAR: A) QUE LA DECISIÓN DEL RECURSO ANTES INDICADO, ESTARÁ A CARGO DE LA AUTORIDAD COMPETENTE; B) QUE CUMPLIRÁN LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL RECURSO; Y C) QUE DESARROLLARÁN LAS POSIBILIDADES DEL RECURSO JUDICIAL.

ASIMISMO EN EL PREÁMBULO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL SE PROCLAMA ENTRE LOS FINES DEL GOBIERNO, EL DE "AFIANZAR LA JUSTICIA", Y CONCORDE CON ELLO EN SU ART. 18 SE GARANTIZA LA INVIOABILIDAD DE LA DEFENSA EN JUICIO DE LAS PERSONAS Y DE LOS DERECHOS.

2.2. CONTENIDO

EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA ES MUY AMPLIO, YA QUE DESPLIEGA SUS EFECTOS EN TRES MOMENTOS DISTINTOS: PRIMERO, AL ACCEDER A LA JUSTICIA; SEGUNDO, DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO; Y FINALMENTE, AL TIEMPO DE EJECUTARSE LA SENTENCIA. ADEMÁS LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA COMPRENDE LOS SIGUIENTES DERECHOS: A) A OCURRIR ANTE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA Y A OBTENER DE ELLOS UNA SENTENCIA ÚTIL; B) A ACCEDER A UNA INSTANCIA JUDICIAL ORDINARIA Y A LOGRAR UN CONTROL JUDICIAL SUFICIENTE SOBRE LO ACTUADO EN SEDE ADMINISTRATIVA; C) A UN JUEZ NATURAL E IMPARCIAL; D) A LA ELIMINACIÓN DE LAS TRABAS QUE IMPIDAN U OBSTACULIZAN EL ACCESO A LA JURISDICCIÓN (EL ACCESO A LA JUSTICIA ES RECEPTADO ADEMÁS EN FORMA EXPRESA, POR LO QUE SE TRATARÁ MÁS ABAJO); E) A LA INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS REGULADORAS DE LOS REQUISITOS DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN EN FORMA FAVORABLE A LA ADMISIÓN DE LA PRETENSIÓN EVITÁNDOSE INCURRIR EN HERMENÉUTICAS RITUALISTAS (IN DUBIO PRO ACTIONE); F) A QUE NO SE DESESTIMEN AQUELLAS PRETENSIONES QUE PADECEN DE DEFECTOS QUE PUEDEN SER SUBSANADOS; G) A LA NO APLICACIÓN EN FORMA RETROACTIVA DE NUEVAS PAUTAS JURISPRUDENCIALES CON RELACIÓN A LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD, A FIN DE EVITAR SITUACIONES DE DESAMPARO JUDICIAL; H) A PETICIONAR Y OBTENER TUTELA CAUTELAR PARA QUE NO SE TORNE ILUSORIO EL DERECHO QUE SE DEFIENDE; I) AL CUMPLIMIENTO DE TODAS LAS ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE PREVISTO, EL CUAL DEBERÁ

ASEGURAR LA POSIBILIDAD DEL JUSTICIABLE A SER OÍDO, Y A OFRECER Y PRODUCIR LA PRUEBA PERTINENTE ANTES DE DICTARSE LA SENTENCIA; J) A UNA DECISIÓN FUNDADA QUE HAGA MÉRITO DE LAS PRINCIPALES CUESTIONES PLANTEADAS; K) A IMPUGNAR LA SENTENCIA DEFINITIVA; L) A TENER LA POSIBILIDAD DE EJECUTAR EN TIEMPO Y FORMA LA SENTENCIA Y, POR ENDE, A SU CUMPLIMIENTO POR PARTE DE LA AUTORIDAD CONDENADA; Y M) AL DESARROLLO DEL PROCESO EN UNA DIMENSIÓN TEMPORAL RAZONABLE.

15673. INMEDIACIÓN

LA ADECUADA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS INVOLUCRADOS EN LOS CONFLICTOS DE FAMILIA HACEN NECESARIO EL CONTACTO DIRECTO DEL JUEZ CON LAS PARTES Y CON LAS PRUEBAS, PARA ASEGURAR UN CONOCIMIENTO DE PRIMERA MANO DE LA MATERIA LITIGIOSA Y UNA COMPENSIÓN ACABADA DE LAS CONSECUENCIAS QUE PUDIERA TENER LA SENTENCIA EN LA FAMILIA EN CRISIS.

ESTA INMEDIACIÓN SE LOGRA EN EL PROCESO A TRAVÉS DE LA TÉCNICA DE LA ORALIDAD, EL CUAL IMPLICA LA REGULACIÓN DE UN PROCESO POR AUDIENCIAS O, COMO MÍNIMO, LA RECEPCIÓN DE LA PRUEBA ORAL EN UNA VISTA DE LA CAUSA. EL PROCESO ORAL DEBE COADYUVAR A LA CELERIDAD PROCESAL, AUNQUE PARA ELLO ES NECESARIO CONTAR CON LOS RECURSOS NECESARIOS PARA QUE NO SE POSTERGUEN LA FIJACIÓN DE LAS AUDIENCIAS.

4. BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL

LA MAYORÍA DE LOS CÓDIGOS PROCESALES CIVILES Y COMERCIALES DE LAS PROVINCIAS ESTABLECEN LA FACULTAD DE LOS JUECES DE SANCIONAR TODO ACTO CONTRARIO AL DEBER DE BUENA FE Y LEALTAD (ART. 34 INC. 5 CPCCN).

EL PRINCIPIO DE BUENA FE Y LEALTAD PROCESAL ES UN CONCEPTO ABIERTO QUE PUEDE DEFINIRSE COMO EL DEBER DE LOS SUJETOS PROCESALES (LAS PARTES, EL JUEZ, PERSONAL JUDICIAL, AUXILIARES DE JUSTICIA) DE ADAPTAR SU COMPORTAMIENTO DURANTE EL PROCESO A UN CONJUNTO DE REGLAS, CRITERIOS DE CONDUCTA, DE CARÁCTER ÉTICO, SOCIAL Y DEONTOLÓGICO. LA DEFENSA DE UNA PARTE NO PUEDE BASARSE EN PERJUDICAR EL DERECHO A DEFENSA DE LA OTRA O EN LA INDUCCIÓN A ERROR DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL, IMPIDIENDO O DIFICULTANDO QUE PUEDA OFRECER UNA EFECTIVA TUTELA DE LOS INTERESES EN CONFLICTO. LA LIBERTAD DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES NO PUEDE EXTENDERSE AL EXTREMO DE LESIONAR LA BUENA FE Y LA ÉTICA PROCESAL, DADO QUE SI BIEN EL PROCESO ES UN CONFLICTO EN QUE CADA PROFESIONAL DEFIENDE CON TODAS LAS HERRAMIENTAS SUSTANCIALES Y PROCESALES LOS INTERESES DE SU PARTE, Y LO CONTRARIO PUEDE CONSIDERARSE MALA PRAXIS, ÉSTE HA DE SER LEAL.

PARA UNA CORRIENTE PROCESAL LOS PRINCIPIOS DE BUENA FE Y LEALTAD SÓLO IMPLICA UN DEBER NEGATIVO: LA PROHIBICIÓN DE ACTUAR DE MALA FE. LA ACTUACIÓN DE MALA FE SE CONFIGURA CON LA CONDUCTA TEMERARIA Y MALICIOSA. PARA LA OTRA CORRIENTE LA BUENA FE PROCESAL IMPLICA LA IMPOSICIÓN A LOS LITIGANTES DE DEBERES POSITIVOS DE ACTUACIÓN: LOS DEBERES DE VERACIDAD, COMPLETITUD Y COLABORACIÓN.

DE ACUERDO AL PRINCIPIO DISPOSITIVO NO SERÍA EXIGIBLE SER ÍNTEGRO EN LA NARRACIÓN DE LOS HECHOS, LAS PARTES PUEDEN OMITIR DATOS QUE CONSIDEREN PERJUDICIALES PARA LA TUTELA DE SUS INTERESES; EVITAR LA APORTACIÓN INICIAL DE LOS DOCUMENTOS QUE ESTIMEN INOPORTUNOS PARA SU DEBIDA DEFENSA. EN MATERIA DE FAMILIA EXISTE UN INTERÉS PÚBLICO EN JUEGO, ES DISCUTIBLE SI LA INTENCIÓN DEL LEGISLADOR AL RECEPTAR

EL PRINCIPIO DE BUENA FE MANTIENE LA LIBERTAD DE CALLAR SI SU INTERÉS O DERECHO SUBJETIVO ASÍ LO REQUIERE, O IMPLICA PASAR AL SISTEMA INQUISITIVO/OFICIOSO, OBLIGANDO A OBSERVAR LOS PRINCIPIOS DE COMPLETITUD Y VERACIDAD. A NUESTRO ENTENDER NO LOS RECEPTA, SI ASÍ FUERA —ATENTO LA DISCUSIÓN DOCTRINARIA AL RESPECTO—, LO HUBIERA ESTABLECIDO EXPRESAMENTE, COMO ES EL CASO DEL DEBER DE COLABORACIÓN, RECEPTADO EN EL ART. 710.

EL PRINCIPIO DE BUENA FE SE APLICA ESPECIALMENTE EN LA MATERIA EN RELACIÓN A LOS ACUERDOS CELEBRADOS POR LAS PARTES, YA SEA EXTRA PROCESALMENTE O DURANTE EL PROCESO, QUE NO SÓLO DEBEN SER RESPETADOS POR LAS PARTES QUE LOS CELEBRARON, SINO QUE DEBEN SER TOMADOS COMO ANTECEDENTE RELEVANTE PARA DECIDIR LAS CUESTIONES SOMETIDAS AL JUEZ.

5. OFICIOSIDAD

EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL ES EMINENTEMENTE DISPOSITIVO, PORQUE SE TRATA DE DERECHOS DISPONIBLES. LAS PARTES SON QUIENES INICIAN EL PROCESO, LO INICIAN, LO IMPULSAN, DISPONEN DEL DERECHO MATERIAL (MEDIANTE DESISTIMIENTO, ALLANAMIENTO O TRANSACCIÓN), DELIMITAN EL "THEMA DECIDENDUM", APORTAN EXCLUSIVAMENTE LOS HECHOS, OFRECEN LA PRUEBA. LA ACENTUACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA PROCESAL GENERÓ QUE LA MAYORÍA DE LOS CÓDIGOS PROCESALES HAYAN ATENUADO TAL PRINCIPIO, INTRODUCIENDO EN SUS ORDENAMIENTOS FACULTADES-DEBERES DEL JUEZ EN MATERIA PROBATORIA, LIMITADAS A LOS HECHOS CONTROVERTIDOS, DE LOS CUALES SIGUEN DISPONIENDO LAS PARTES.

LOS PROCESOS DE FAMILIA, EN CAMBIO, TIENEN UN ACENTUADO CARÁCTER DE DERECHO PÚBLICO PUES EL ESTADO ESTÁ INTERESADO EN EL RESGUARDO DE LA PERSONA Y LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. SUS ~~¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.~~ SON DE ORDEN PÚBLICO, ES DECIR, SON IMPERATIVAS E INDISPONIBLES. NO SE DEJA A LA VOLUNTAD DE LAS PERSONAS LA REGULACIÓN DE LAS RELACIONES DE FAMILIA; SIN PERJUICIO QUE TAL VOLUNTAD SEA INSUSTITUIBLE EN MUCHOS CASOS (COMO EN EL MATRIMONIO O LA ADOPCIÓN), PERO SÓLO PARA DAR ORIGEN AL ACTO (NO PARA ESTABLECER SUS EFECTOS). POR OTRO LADO LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD ES REDUCIDA, EN GENERAL, SE PROHÍBE CUALQUIER ESTIPULACIÓN QUE CONTRAVENGAN SUS DISPOSICIONES Y CUANDO SE PERMITE LA ELECCIÓN ES ENTRE POSIBILIDADES ESTABLECIDAS POR EL ORDENAMIENTO. UNA IMPORTANTE EXCEPCIÓN LA CONSTITUYEN LAS NORMAS SOBRE LOS RÉGIMENES PATRIMONIALES DEL MATRIMONIO.

POR TODO ELLO EL JUEZ TIENE UNA ACENTUADA INTERVENCIÓN EN EL PROCESO, TENIENDO EL DEBER DE UTILIZAR SUS PODERES-DEBERES, EN BUSCA DE LA VERDAD JURÍDICA MATERIAL Y DE LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO.

EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD RECOGE ESTA CARACTERÍSTICA Y COMPRENDE EL IMPULSO DE OFICIO (VIGENTE EN LA MAYORÍA DE LAS PROVINCIAS EN EL PROCESO LABORAL), LAS FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE PRUEBA, DE MEDIDAS ORDENATORIAS E INSTRUCTORIA Y LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y DEL PROCESO.

EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD SE ENUNCIA EN ESTE ARTÍCULO, PERO SE EXPLÍCITA EN EL ART. 709, EN EL CUAL DETALLAREMOS LOS DISTINTOS ASPECTOS DEL MISMO.

6. ORALIDAD

PARA ASEGURAR EL CONTACTO DIRECTO DEL JUEZ CON LAS PARTES Y LA PRUEBA (INMEDIACIÓN) EL CÓDIGO ESTABLECE QUE EL PROCESO DE FAMILIA DEBE ESTAR REGIDO POR EL PRINCIPIO DE ORALIDAD. ESTE PRINCIPIO EXIGE QUE LA SENTENCIA SE FUNDE EN ALEGACIONES QUE SEAN VERBALMENTE EXPRESADAS POR LAS PARTES FRENTE AL TRIBUNAL. ESTO NO SÓLO IMPIDE QUE LOS ESCRITOS POSTULATORIOS (DEMANDA, CONTESTACIÓN DE DEMANDA, RECONVENCIÓN, OPOSICIÓN DE EXCEPCIONES Y SUS CONTESTACIONES) Y TODOS LOS OTROS ACTOS PREPARATORIOS DEL EXAMEN DE LA CAUSA, SE REALICEN POR ESCRITO. PERO LAS DECLARACIONES CONTENIDAS EN ELLAS DEBEN SER ORALMENTE CONFIRMADAS EN LA AUDIENCIA PARA SER JURÍDICAMENTE EFICACES, Y EN ELLA CABE LA POSIBILIDAD DE MODIFICARLAS, RECTIFICARLAS E INCLUSO ABANDONARLAS.

A FIN DE GARANTIZAR LA POSIBILIDAD DEL RECURSO SE DEBE DOCUMENTAR LAS AUDIENCIAS MEDIANTE FILMACIÓN DE LA AUDIENCIA U OTRO MÉTODO SIMILAR, QUE PRESERVE LA RIQUEZA DEL MATERIAL FÁCTICO (NO ES SUFICIENTE A NUESTRO ENTENDER LA VERSIÓN TAUIGRÁFICA O TRANSCRIPCIÓN DE LA MISMA).

7. ACCESO LIMITADO AL EXPEDIENTE

COMO COROLARIO DEL PRINCIPIO REPUBLICANO DE PUBLICIDAD DE LOS ACTOS DE GOBIERNO LOS ACTOS DEL PODER JUDICIAL SON PÚBLICOS. POR EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD LOS ACTOS PROCESALES PUEDEN SER PRESENCIADOS O CONOCIDOS POR CUALQUIER CIUDADANO.

SIN EMBARGO EN MATERIA DE FAMILIA EL PROCEDIMIENTO DEBE SER "RESERVADO" PARA RESGUARDAR EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LAS PERSONAS AFECTADAS DIRECTA O INDIRECTAMENTE EN LA LITIS O PETICIÓN. EL ACCESO AL MISMO DEBE LIMITARSE A LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y LETRADOS Y A LOS AUXILIARES DESIGNADOS EN EL PROCESO. ESTE PRINCIPIO DEBE RESPETARSE TAMBIÉN EN EL ACCESO VIRTUAL AL EXPEDIENTE.

ENTENDEMOS QUE ESTE PRINCIPIO DEBE INTERPRETARSE EN FORMA AMPLIA, COMO CONTRARIO AL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD Y CON UN CONTENIDO COINCIDENTE AL DE "PRIVACIDAD" DEL PROCESO. ESTO IMPLICA QUE LOS ACTOS PROCESALES NO SEAN PRESENCIADOS O CONOCIDOS POR QUIENES NO PARTICIPAN EN EL PROCESO COMO PARTES FUNCIONARIOS O AUXILIARES. POR TANTO CONLLEVA NO SÓLO LA LIMITACIÓN DE ACCESO AL EXPEDIENTE, SINO QUE LAS AUDIENCIAS NO SERÁN PÚBLICAS, SINO RESERVADAS (ART. 125, INC. 1º, CPCCN), LA SUPRESIÓN DE LOS NOMBRES DE LAS PARTES EN LAS SENTENCIAS DADAS A PUBLICIDAD (ART. 164, CPCCN) Y LAS NOTIFICACIONES BAJO SOBRE CERRADO (ART. 139 CPCCN).

COMO ANTECEDENTE PODEMOS SEÑALAR QUE EL ART. 63 DEL REGLAMENTO PARA LA JUSTICIA NACIONAL ESTABLECÍA NORMAS RESTRICTIVAS PARA EL ACCESO AL EXPEDIENTE, PERMITIENDO EL ACCESO A TODOS QUIENES INTERVIENEN EN EL EXPEDIENTE, LOS ABOGADOS AUNQUE NO INTERVENGAN EN EL JUICIO Y PERIODISTAS, PERO EN CASOS DE FAMILIA SÓLO LOS SUJETOS PROCESALES QUE INTERVENGAN EN ESE EXPEDIENTE (ART. 64 B).

8. ACCESO A LA JUSTICIA

YA HEMOS RESEÑADO PARTE DEL CONTENIDO DEL ACCESO A LA JUSTICIA AL HABLAR DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, QUE TIENE UNA RELACIÓN DE GÉNERO A ESPECIE, A LO CUAL

REMITIMOS.

8.1. CONTENIDO

PARA ASEGURAR EL ACCESO IGUALITARIO A LA TUTELA DE LOS DERECHOS, SE DEBEN REMOVER LOS OBSTÁCULOS ECONÓMICOS, CULTURALES, Y GEOGRÁFICOS QUE LA RESTRINGEN Y/U OBSTACULIZAN. LA DESIGUALDAD DE LOS HABITANTES DEBE COMPENSARSE CON MEDIDAS POSITIVAS QUE ASEGUREN LA REMOCIÓN DE ESTOS OBSTÁCULOS, COMO LA ORGANIZACIÓN DE ASISTENCIA LETRADA GRATUITA, MECANISMOS DE INFORMACIÓN GENERAL Y DIFUSIÓN PARA ERRADICAR EL DESCONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS Y MECANISMOS JUDICIALES, Y CURSOS DE FORMACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS PARA LA CONCIENCIACIÓN E IMPLEMENTACIÓN DE CURSOS DE ACCIÓN (PROCEDIMIENTOS ESTÁNDAR) PARA LA DETECCIÓN Y SOLUCIÓN DE TALES PROBLEMAS.

POR LO TANTO IMPLÍCITAMENTE, SE INCORPORA EL PRINCIPIO DE GRATUIDAD DEL PROCEDIMIENTO Y COSTAS Y DE DESFORMALIZACIÓN, EVITANDO QUE CORTAPISAS DE CARÁCTER FORMAL LIMITEN U OBSTACULICEN EL DESARROLLO DEL PROCESO. PARA EFECTIVIZAR LA GRATUIDAD, EN LOS PROCESOS DE FAMILIA DEBE REGULARSE EL BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS (COMO EN MATERIA LABORAL), Y ESTAR EXENTOS DE ABONAR LA TASA DE JUSTICIA (COMO REGLA PUDIENDO EXCEPTUARSE CUANDO LA PRETENSIÓN TENGA CONTENIDO PATRIMONIAL).

EN MATERIA DE COSTAS, ASIMISMO, DEBE REGULARSE EN FORMA DIFERENCIADA AL PROCESO CIVIL CLÁSICO. EN EL PROCESO DE FAMILIA LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA HAN PROPUGNADO UNA TENDENCIA A PRESCINDIR DEL PRINCIPIO DE LA DERROTA. SE CONSIDERA QUE LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ ES UNA CARGA COMÚN POR SER NECESARIA PARA COMPONER LAS DIFERENCIAS ENTRE LAS PARTES O, EN OTROS CASOS, PARA RESGUARDAR LOS INTERESES DEL DENUNCIADO O DEMANDADO (EJ. INTERDICCIÓN, INHABILITACIÓN). POR ELLO EL PRINCIPIO EN ESTUDIO IMPLICA QUE LA REGLA DEBERÍA SER COSTAS POR SU ORDEN Y LA EXCEPCIÓN COSTAS A CARGO DEL PERDIDOSO CUANDO ES SU CONDUCTA LA QUE HA HECHO NECESARIA LA INTERVENCIÓN JUDICIAL DE OTRA MANERA OBVIABLE. ESTE ÚLTIMO SERÍA EL CASO DE LOS ALIMENTOS EN QUE LAS COSTAS ESTARÍAN A CARGO DEL ALIMENTANTE SI FUE DEMANDADO, SALVO CONCILIACIÓN O ALLANAMIENTO, EN QUE SERÍAN EN EL ORDEN CAUSADO.

EN ESTE SENTIDO LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS HA EXPRESADO: "LAS GARANTÍAS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y AL DEBIDO PROCESO IMPONEN UNA INTERPRETACIÓN MÁS JUSTA Y BENEFICIOSA EN EL ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS DE ADMISIÓN A LA JUSTICIA, AL PUNTO QUE POR EL PRINCIPIO "PRO ACTIONE", HAY QUE EXTREMAR LAS POSIBILIDADES DE INTERPRETACIÓN EN EL SENTIDO MÁS FAVORABLE AL ACCESO A LA JURISDICCIÓN" (INFORME 105/99 EMITIDO EN EL CASO 10.194, "PALACIOS, NARCISO - ARGENTINA", PUBLICADO EN LA LEY, 2000-F).

9. PERSONAS VULNERABLES

SEÑALA EL ARTÍCULO COMENTADO QUE LAS NORMAS PROCESALES DEBEN SER APLICADAS DE MODO DE FACILITAR EL ACCESO A LA JUSTICIA, ESPECIALMENTE TRATÁNDOSE DE PERSONAS VULNERABLES. ESTE ES UN CONCEPTO OMNICOMPRESIVO QUE ABARCA A LOS MENORES, MAYORES CON CAPACIDAD RESTRINGIDA, ANCIANOS Y VÍCTIMAS DE VIOLENCIA. CONFORME LAS REGLAS DE BRASÍLIA, QUE SON ANTECEDENTE DE ESTA NORMA, SEÑALAN QUE SE CONSIDERAN EN SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD AQUELLAS PERSONAS QUE, POR RAZÓN DE SU EDAD, GÉNERO ESTADO FÍSICO O MENTAL, O POR CIRCUNSTANCIAS SOCIALES, ECONÓMI-

CAS, ÉTNICAS Y/O CULTURALES, ENCUENTRAN ESPECIALES DIFICULTADES PARA EJERCITAR CON PLENITUD ANTE EL SISTEMA DE JUSTICIA LOS DERECHOS RECONOCIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. ASIMISMO EN EL ART. 75 IN 23 CN SE SEÑALA QUE DEBE DISPENSARSE ESPECIAL PROTECCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PROPICIANDO MEDIDAS DE ACCIÓN POSITIVA EN DIRECCIÓN A LOGRAR UN TRATO IGUALITARIO QUE PERMITA ALCANZAR LOS NIVELES DE SATISFACCIÓN EN SUS DERECHOS DE IGUAL MANERA QUE QUIENES NO SUFREN ESAS LIMITACIONES.

LA LEY 26.657 ADECUÓ LA LEGISLACIÓN NACIONAL A LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL TEMA DE LOS QUE LA ARGENTINA ES PARTE: CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU PROTOCOLO FACULTATIVO (INCORPORADO POR LEY 26.378), CONVENCION INTERAMERICANA SOBRE LA ELIMINACION DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACION CONTRA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y CONVENCION INTERNACIONAL DE SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

10. RESOLUCIÓN PACÍFICA DE LOS CONFLICTOS

ESTE PRINCIPIO SE REFIERE AL PRINCIPIO DENOMINADO EN DOCTRINA COMO ACENTUACIÓN DE LA FUNCIÓN CONCILIADORA. NO ACORDAMOS CON LA TERMINOLOGÍA EMPLEADA, PUESTO QUE LA SENTENCIA TAMBIÉN ES UNA FORMA DE RESOLUCIÓN PACÍFICA DEL CONFLICTO.

LA ACENTUACIÓN DE LA FUNCIÓN CONCILIADORA SE REFIERE A QUE EN MATERIA DE FAMILIA SE AUSPICIA LA SOLUCIÓN AUTOCOMPUESTA —SIEMPRE QUE NO AFECTE EL ORDEN PÚBLICO, NI EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y LA FAMILIA—, PREFIRIÉNDOLA A UNA SOLUCIÓN IMPUESTA POR EL JUEZ. ESTO NO SÓLO PORQUE LAS SOLUCIONES AUTOCOMPUESTAS TIENEN UN MAYOR GRADO DE ACATAMIENTO, SINO QUE LAS PARTES CONOCEN EL CONFLICTO Y LAS POSIBILIDADES DE CADA MIEMBRO DE LA FAMILIA MEJOR QUE LOS ÓRGANOS DEL TRIBUNAL. POR ESO TODOS LOS OPERADORES JURÍDICOS INVOLUCRADOS EN UN CASO DE FAMILIA DEBEN INTENTAR QUE LAS PARTES LOGREN UNA SOLUCIÓN AUTOCOMPUESTA.

LOS CONFLICTOS FAMILIARES, POR LA SINGULARIDAD Y COMPLEJIDAD DE LAS CAUSAS QUE LOS DESENCADENAN, TANTO COMO POR LAS PASIONES QUE DESATAN ENTRE SUS MIEMBROS, ENCIERRAN CONFLICTOS PSICOLÓGICOS, SOCIOLÓGICOS Y/O ECONÓMICOS, QUE NO PUEDEN COMPRENDERSE NI SOLUCIONARSE SÓLO DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO. POR ELLO SE AUSPICIA LA APLICACIÓN DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS COMO LA CONCILIACIÓN Y LA MEDIACIÓN PARA FACILITAR

AF42 LA AUTOCOMPOSICIÓN.

LAS RELACIONES DE FAMILIA Y PARENTESCO EN GENERAL, SON VÍNCULOS DE DURACIÓN Y PERMANENCIA, CUYO RESGUARDO SE ERIGE EN VALOR COLECTIVO. DE AHÍ LA CONVENIENCIA DE ARBITRAR MECANISMOS ESPECÍFICOS DE SOLUCIÓN DE LAS DISPUTAS QUE ASEGUREN LA CONTINUIDAD ARMONIOSA DE TALES RELACIONES, PARA EVITAR PERJUICIOS INNECESARIOS AL DERECHO DE LOS INTERESADOS FORMALMENTE MEDIATOS O SECUNDARIOS, O LESIÓN AL INTERÉS GENERAL.

LAS TÉCNICAS INSTAURADAS HABITUALMENTE PARA LOGRARLO SON: ESTABLECER UNA ETAPA PREVIA Y UN ÓRGANO ESPECÍFICO (LA CONSEJERA DE FAMILIA) PARA INTENTAR LA CONCILIACIÓN ANTES DE PRESENTAR LA PRETENSIÓN (LO CUAL NORMALMENTE EXACERBA EL CONFLICTO) Y ESTABLECER QUE AL INICIO DE CADA AUDIENCIA, EL JUEZ DEBE INTENTAR LA CONCILIACIÓN.

11. ESPECIALIZACIÓN

11.1.1. ÓRGANOS Y FUERO ESPECIALIZADOS

LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE FAMILIA REQUIERE DE LA CONFORMACIÓN DE ÓRGANOS ESPECIALIZADOS QUE INTEGREN UN FUERO. LA ESPECIALIDAD DEL DERECHO DE FAMILIA HACE A DOS ASPECTOS: EL FUERO O EXCLUSIVIDAD DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE FAMILIA Y LA ESPECIALIZACIÓN DE LOS OPERADORES JURÍDICOS.

EL PRIMERO SE REFIERE A LA NECESIDAD DE CREAR TRIBUNALES COMPETENTES CON EXCLUSIVIDAD EN MATERIA DE CONFLICTOS DE FAMILIA, DEJANDO DE LADO LAS CUESTIONES PROPIAS DEL DERECHO COMÚN QUE SE PLANTEEN ENTRE Cónyuges o CONVIVIENTES.

EL SEGUNDO, LA ESPECIALIZACIÓN EN LA MATERIA, A QUE ES ESENCIAL QUE EL FUERO ESTÉ INTEGRADO POR PERSONAL IDÓNEO Y FORMADO PARA ESE TIPO DE PROBLEMÁTICA, FORMACIÓN QUE REQUIERE CONOCIMIENTO ACABADO DEL DERECHO PROCESAL Y SUSTANCIAL, CONOCIMIENTOS INTERDISCIPLINARIOS, PRÁCTICA EN LA MATERIA, ACTUALIZACIÓN PERMANENTE Y SENSIBILIDAD PARA ATENDER CONFLICTOS DE ÉSTA ÍNDOLE.

11.2. ÓRGANO DE APOYO MULTIDISCIPLINARIO

EL PRINCIPIO DE ESPECIALIZACIÓN TAMBIÉN SE LOGRA CON LA COLABORACIÓN PERMANENTE CON EL JUEZ DE UN EQUIPO INTERDISCIPLINARIO ASESOR, YA SEA PARA LOGRAR LA AUTOCOMPOSICIÓN DE LOS LITIGIOS O COMO PERITOS. EL EQUIPO INTERDISCIPLINARIO DEBE ESTAR COMPUESTO POR PROFESIONALES DE CIENCIAS AUXILIARES A LOS CONFLICTOS DE FAMILIA: PSICÓLOGOS, PSIQUIATRAS, SOCIÓLOGOS Y ASISTENTES SOCIALES, QUE INTERVENDRÁN EN TODOS LOS CONFLICTOS QUE SE TRAMITEN ANTE EL TRIBUNAL. SI BIEN CADA JURISDICCIÓN PUEDE ORGANIZAR SU FUNCIONAMIENTO —DETERMINANDO SI INTEGRAN EL FUERO, SI DEPENDEN DE CADA JUEZ O AUXILIAN A TODOS LOS JUECES DEL FUERO, ETC.—, DEBE EXISTIR UN EQUIPO PERMANENTE, ESPECIALIZADO EN LA MATERIA, CON ACCESO INMEDIATO DEL JUEZ A SU ASESORAMIENTO, NO CUMPLIENDO LA MANDA EL SORTEO DE PERITOS DE LA LISTA.

LOS CONFLICTOS DE FAMILIA SON CONFLICTOS QUE SUFREN TODOS LOS INTEGRANTES DE LA FAMILIA (NO SÓLO LAS PARTES) QUE SE EXPLICAN DESDE LOS PUNTOS DE VISTA PSICOLÓGICOS, SOCIALES, ECONÓMICOS Y CULTURALES. SI EL JUEZ DICTARA UNA NORMA PARA EL CASO CONCRETO APARTÁNDOSE DE ESTA REALIDAD, LA MISMA APAREJARÁ MAYOR CONFLICTIVIDAD. PARA RESOLVERLOS EL JUEZ DEBE UTILIZAR LOS CONOCIMIENTOS DE OTRAS CIENCIAS. LA COOPERACIÓN INTERDISCIPLINARIA ES UNA HERRAMIENTA EFECTIVA QUE PERMITE ENTENDER LAS POSIBILIDADES DE CADA UNO DE LOS INTEGRANTES, LOS CONDICIONAMIENTOS Y LIMITACIONES, Y PREVENIR EL AGRAVAMIENTO DEL CONFLICTO.

12. EL INTERÉS SUPERIOR DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

ESTA NORMA RECEPTA LA EXIGENCIA YA PREVISTA POR LA CONVENCION DE DERECHOS DEL NIÑO DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL. LOS CONFLICTOS DE FAMILIA AFECTAN A LOS NIÑOS QUE LAS INTEGRAN, PARA DETERMINAR CUÁL ES EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EL JUEZ DEBE TENER EN CUENTA LA GAMA COMPLETA DE SUS DERECHOS Y CONSIDERAR, POR TANTO, FACTORES DIVERSOS. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO RARA VEZ VIENE DETERMINADO POR UN FACTOR PRIMORDIAL Y ÚNICO. LA PRINCIPAL CONSIDERACIÓN PARA DECIDIR ES ESTABLECER CUÁL DE LAS OPCIONES DISPONIBLES ASEGURA MEJOR LA REALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y CONVIENE, POR TANTO, A SU INTERÉS SUPERIOR. ESTO INCLUYE

EL DESARROLLO FÍSICO, MENTAL, ESPIRITUAL, MORAL Y SOCIAL DEL NIÑO DE FORMA COMPATIBLE CON LA DIGNIDAD HUMANA. DEBE SOPESARSE EL IMPACTO A CORTO Y LARGO PLAZO DE CADA OPCIÓN ANTES DE DECIDIR CUÁL ES LA MÁS APROPIADA CONSIDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS INDIVIDUALES. DE ELLO SE DESPRENDE QUE CUANDO SE TOMA UNA DECISIÓN RELATIVA A LAS MEDIDAS DE CUIDADO TEMPORAL, U A OTRAS NECESIDADES INMEDIATAS DE PROTECCIÓN, DEBE TOMAR EN CUENTA LAS POSIBILIDADES A LARGO PLAZO PARA UNA SOLUCIÓN DURADERA QUE SE PRETENDE ALCANZAR.

EL INTERÉS SUPERIOR DEBE SER LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL (AUNQUE NO LA ÚNICA) PARA TODAS LAS ACCIONES QUE AFECTEN AL NIÑO, SU DESARROLLO Y ESTABILIDAD.

ENTRE LOS FACTORES IMPORTANTES QUE DEBEN SER TENIDOS EN CUENTA PARA DETERMINAR LAS NECESIDADES DE DESARROLLO DEL NIÑO, TAL Y COMO SE DEFINEN EN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO, SE INCLUYEN:

- EL "DERECHO (...) A PRESERVAR SU IDENTIDAD, INCLUIDOS LA NACIONALIDAD, EL NOMBRE Y LAS RELACIONES FAMILIARES" (ART. 8°);

- RCH EL DEBIDO RESPETO A "LA CONVENIENCIA DE QUE HAYA CONTINUIDAD EN LA EDUCACIÓN DEL NIÑO Y A SU ORIGEN ÉTNICO, RELIGIOSO, CULTURAL Y LINGÜÍSTICO" (ART. 20); ENTENDIENDO QUE ELLO NO IMPLICA LA ACEPTACIÓN DE LAS PRÁCTICAS TRADICIONALES DAÑINAS Y, QUE ALCANZADA LA MADUREZ, EL NIÑO PUEDE ELEGIR LIBREMENTE SU RELIGIÓN;

- EL "DERECHO DEL NIÑO AL DISFRUTE DEL MÁS ALTO NIVEL POSIBLE DE SALUD" (ART. 24);

- "EL DERECHO DE TODO NIÑO A UN NIVEL DE VIDA ADECUADO PARA SU DESARROLLO FÍSICO, MENTAL, ESPIRITUAL, MORAL Y SOCIAL" (ART. 27);

- "EL ACCESO A LA EDUCACIÓN" (ARTS. 28 Y 29);

- "EL DERECHO DEL NIÑO AL DESCANSO Y EL ESPARCIMIENTO, AL JUEGO Y A LAS ACTIVIDADES RECREATIVAS PROPIAS DE SU EDAD" (ART. 31).

POR LO GENERAL, ESTAS NECESIDADES DE DESARROLLO SE LOGRAN MEJOR CUANDO EL NIÑO PERMANECE EN EL SEÑO, O EN ESTRECHO CONTACTO CON LA FAMILIA Y SU ENTORNO SOCIAL Y CULTURAL. NO DEBE, NORMALMENTE, DARSE PRIORIDAD AL ACCESO A MEJORES SERVICIOS SANITARIOS O EQUIPAMIENTOS EDUCATIVOS EN UNA DETERMINADA LOCALIDAD, SOBRE LA POSIBILIDAD DE CONTACTO FAMILIAR. EN SITUACIONES ESPECIALES, COMO ES EL CASO DE UN ADOLESCENTE, PARA QUIEN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN SUPERIOR ES UN ASPECTO DETERMINANTE DE SUS NECESIDADES DE DESARROLLO, PUEDE ATRIBUIRSE MÁS PESO A LA EDUCACIÓN. SIN EMBARGO, EN EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, DEBE PROPORCIONARSE ACCESO A LOS CENTROS EDUCATIVOS DE MODO QUE NO QUEDEN AFECTADOS LOS LAZOS DEL NIÑO CON SU FAMILIA Y CULTURA.

EL PRINCIPIO GENERAL CONTENIDO EN LA CONVENCIÓN DE DERECHOS DEL NIÑO TAMBIÉN ESTABLECE QUE EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO CONSTITUYE LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL EN RELACIÓN A LOS INTERESES DE ADULTOS EN COLISIÓN. ES DECIR QUE EN CASO DE MÚLTIPLES INTERESES CONTRAPUESTOS EN JUEGO, EL JUEZ DEBE RESOLVER PRIORIZANDO EL INTERÉS DEL NIÑO, NIÑA O ADOLESCENTE, POR SOBRE LOS DE LOS DEMÁS INTEGRANTES MAYORES Y CAPACES.

PARA IDENTIFICAR CUÁL ES EL INTERÉS DEL NIÑO EL JUEZ DEBE ASEGURAR LA ADECUA-

DA PARTICIPACIÓN DEL NIÑO SIN DISCRIMINACIÓN, INVOLUCRAR A LAS PERSONAS EXPERTAS EN ÁREAS RELEVANTES ENCARGADAS DE TOMAR LAS DECISIONES (INCLUYENDO LA INTERVENCIÓN MULTIDISCIPLINARIA) Y EQUILIBRAR TODOS LOS FACTORES RELEVANTES, ES DECIR, REALIZAR UN ANÁLISIS EQUILIBRADO DE TODOS LOS FACTORES RELEVANTES PARA DETERMINAR CUÁL DE LAS OPCIONES POSIBLES ES CONFORME AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

La Convención, sin embargo, no excluye que se sopesen otras consideraciones que, si se hallaren fundadas en derechos, pueden, en determinadas y poco frecuentes circunstancias primar sobre las consideraciones relativas al interés superior.

III. JURISPRUDENCIA

El procedimiento es "reservado" "en resguardo del derecho a la intimidad de las personas afectadas directa o indirectamente en la litis o petición, con lo que se deja de lado en este aspecto el principio de publicidad de los procedimientos judiciales (CNCiv., sala A, 8/6/1984, LA LEY, 1984-C, 639, jurisprud. agrup., caso 5266; sala F, 19/11/1982, LA LEY, 1983-A, 396).

2 Art. 707.— Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL: FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El art. 12 de la Convención de Derechos del Niño.

II. COMENTARIO

1. Derecho a ser oído

Los niños, niñas y adolescentes son representados por uno o ambos padres; los mayores con capacidad restringida por su curador o el sistema de apoyos, y en ambos casos, el Ministerio Público tiene su representación promiscua. A pesar de ello, es necesario que, si aquel al que afectará la decisión puede formar su propia opinión, el juez la escuche.

El derecho a ser oído está previsto para los niños en el art. 12 de la Convención de Derechos del Niño que señala: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

El presente artículo lo extiende a las personas con capacidad restringida, lo cual es

un acierto pues el fundamento es idéntico, ante la participación en el proceso de un representante debe escucharse al representado al que afectará la decisión. Es importante conocer sus pensamientos, sentimientos y opiniones para evaluar correctamente el impacto de la acción propuesta sobre su bienestar.

2. Ámbito de aplicación

2.1. Sujetos del derecho

El Código ha tomado en consideración la mayoría de los aportes de la doctrina más reciente sobre el tema, elaborando un sistema de capacidad de los menores de edad más flexible y acorde con las pautas que resultan de la Convención sobre los Derechos del Niño. En líneas generales, avanza hacia el objetivo de construir un sistema claro y eficaz, fundado sobre la base del principio de capacidad progresiva.

En consonancia con este nuevo sistema el derecho a ser oído no se establece sólo para los niños, niñas y adolescentes menores de edad —personas de hasta 18 años de edad—, sino también para las personas con capacidad restringida; que se consideran por su vulnerabilidad sujetos de acciones positivas y medidas de protección reforzada. Son personas con capacidad para ser parte pero sin capacidad procesal, que actúan en el proceso mediante el representante legal (madre, padre, tutor o curador) y por tanto el juez, aun cumpliendo con el principio de inmediación, no toma contacto con la parte, a menos que se instruya el derecho a ser oído.

2.2. Edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio

En vista a la autonomía progresiva, la opinión del niño, niña o adolescente se valorará de conformidad con su edad y grado de madurez. El principio de autonomía progresiva esta receptado en los arts. 3º, 5º y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 3º, 24 y 27 de la ley 26.061.

af42

En algunos casos, puede resultar útil o necesario recurrir a opiniones médicas y psico-sociales expertas, para establecer si el menor o incapaz puede formarse un juicio propio.

443. Procesos que los afecten directamente

El artículo acuerda intervención al representado en todos los procesos que lo afecten directamente. Todos los procesos en materia de familia afectan a los menores que la integran, pero la intención del artículo es excluir procesos que los afectan "indirectamente". Se entiende que afectan directamente al niño, niña o adolescente los procesos que se refieren a filiación y sus efectos (tenencia, régimen de visitas, responsabilidad parental, autoridad parental), adopción, tutela, curatela, alimentos y cualquier decisión que se someta a decisión del juez por falta de consentimiento de ambos padres, cuando el mismo es necesario. En definitiva coincide con todos los procesos en que el menor o mayor con capacidad restringida es parte, y es representada mediante el representante legal (madre, padre, tutor o curador).

4. Instrumentos procesales para asegurar el derecho: "entrevista personal, según las circunstancias del caso"

El niño, niña, adolescente o persona con capacidad restringida que es capaz de formarse su propia opinión tienen derecho a expresar libremente sus puntos de vista en todos los aspectos que le afecten y ese derecho debe ser reconocido mediante la oportunidad de expresarlo procesalmente. Existen tres instrumentos procesales para realizarlo: la entrevista personal con el juez y el asesor, las entrevistas con el equipo técnico interdisciplinario y el abogado del niño.

4.1. Entrevista personal con el juez y defensor o asesor

Las entrevistas con los niños o personas con capacidad restringida tienen un papel central en el proceso de decisión. El artículo ordena que posea un grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio debe ser escuchado personalmente por el juez. Esta es la regla, que cede cuando las circunstancias del caso aconsejan realizarlo con el equipo interdisciplinario

La entrevista con el defensor o asesor no suplanta la entrevista con el juez.

4.2. Entrevista con el Equipo Interdisciplinario

En algunos casos es aconsejable permitirle manifestarla mediante recurrir a especialistas médicos y psico-sociales. Por ejemplo los casos de niños que han padecido sucesos traumáticos y personas con discapacidades mentales. Tal conocimiento experto puede ayudar a determinar si la capacidad del niño para aportar información se encuentra afectada, por ejemplo, por traumas. Bajo ninguna circunstancia, las investigaciones deben violar la integridad física o mental del niño o incapaz.

En el caso de personas con incapacidades físicas que impiden la comunicación directa con el juez debe utilizarse el apoyo de auxiliares que permitan la traducción al juez del pensamiento, pero no es una excepción al contacto personal con el magistrado.

4.3. El apoyo al niño para que comparta sus puntos de vista

Desde el comienzo, el proceso de decisión debe ser explicado y discutido con el niño y con los adultos pertinentes, tales como los padres o los padres de acogida. Debe, por tanto, mantenerseles informados a lo largo de todo el proceso.

Deben recordarse los siguientes aspectos:

- No puede esperarse que los niños suministren narraciones adultas de sus experiencias. Debe emplearse un lenguaje simple, apropiado a la edad. Hay que tener en cuenta la edad y el nivel de desarrollo del niño, tanto cuando sucedieron los hechos relevantes, como cuando se realiza la entrevista. Los niños pueden ser incapaces de explicar el contexto, la duración, la importancia y los detalles con el mismo grado de precisión que los adultos y es posible que posean únicamente un conocimiento limitado de las condiciones existentes en el país de origen.

Es más probable que se produzca una buena comunicación si el entrevistador considera las aptitudes y las capacidades de los niños como diferentes, antes que inferiores, a las de los adultos.

• Para facilitar que el niño exprese elocuentemente sus puntos de vista deben serle explicadas todas las opciones de manera adecuada a su edad.

• A muchos niños les resulta más fácil hablar en presencia de un amigo o de un tutor. No obstante, es preciso ser cauto al respecto, dado que los cuidadores habituales, los padres de acogida, y otras personas pueden tener un interés personal en el proceso y pueden impedir que el niño exprese libremente sus puntos de vista. Los adultos sospechosos de maltrato jamás deben hallarse presentes.

• Las entrevistas al niño deben celebrarse en una atmósfera amigable para el niño y de confidencialidad. Si es posible, el lugar de reunión debe ser el elegido por el niño. Debe hacerse hincapié en que éste se sienta cómodo y en crear una relación de confianza. El ambiente y el tono de la entrevista debe ser el más informal posible.

• A los niños siempre se les permitirá decir "no" o rehusarse a contestar a las preguntas. Se les debe permitir cambiar de opinión y equivocarse.

• Los niños pueden no conectar emocionalmente con lo que cuentan del mismo modo que los adultos. Puede que no manifiesten ninguna reacción emocional o hacerlo ante cuestiones claves del entrevistador.

El entrevistador, por tanto, debe de tener cuidado en no sacar conclusiones en relación a cómo un niño se siente ante un determinado hecho o situación basándose en las reacciones de un adulto.

• La experiencia de traumas puede afectar a la aptitud del niño para comunicar información durante las entrevistas. Por tanto, el juez debe, también, recurrir a otros métodos y enfoques, tales como la observación, el completar frases, los juegos y dibujos para ayudar al niño a expresar experiencias traumáticas.

• La extensión de la entrevista debe adaptarse a la edad, madurez y condiciones psicológicas del niño. Es aconsejable mantener dos o tres entrevistas cortas en lugar de una larga a fin de reducir el estrés del niño. Es más apropiado recurrir a los mismos entrevistadores e intérpretes, dado que el niño necesita, a menudo, tiempo para construir sus relaciones. Si el niño manifiesta, en algún momento, su preferencia por una determinada persona debe ser objeto de discusión.

• En situaciones excepcionales de extrema angustia, tales como incidentes de maltrato, debe establecerse medidas que aseguren que el niño tiene acceso inmediato a asesoramiento, en especial, si es probable que la información que puede originar la angustia vuelva a resurgir durante la entrevista.

4.4. Abogado del niño

Este artículo no sólo se refiere al derecho a ser escuchado personalmente (segundo párrafo) sino a la participación de los representados en el proceso (primer párrafo). Entendemos que la normativa habilita la intervención del "abogado del niño", en determinados supuestos. Esta figura es una institución para la protección procesal del niño, específicamente, la canalización del derecho a ser oído a través de la asistencia directa de un letrado patrocinante, distinto del de sus padres en conflicto, prevista también en la Convención de Derechos del Niño.

5. Derecho a que su opinión sea tenida en cuenta

El juez debe tener en cuenta la opinión para tomar la decisión. El oír al menor no debe ser un mero rito vacío de contenido.

Pero el derecho a que su opinión sea oída no implica que se decida en ese sentido. El juez puede y debe valorar si la opinión del menor coincide con su interés. Asimismo debe establecerse un sistema para asegurar que el niño es informado de la decisión en cuanto sea adoptada. Si el niño ha participado, la decisión no le tomará por sorpresa. Cuando los niños sienten que han sido escuchados, entendidos y respetados, puede resultarles más fácil aceptar una decisión, incluso si se oponen a ella inicialmente.

Art. 708.— Acceso limitado al expediente. El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso.

p1034 En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

IrchI. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

NO EXISTÍA UNA NORMA SIMILAR EN EL CÓDIGO DE VÉLEZ.

II. COMENTARIO

EL PRINCIPIO DE RESERVA DEL EXPEDIENTE YA FUE COMENTADO UT SUPRA (ART. 706). EL PRESENTE ARTÍCULO SÓLO AGREGA QUE EN CASO DE SOLICITARSE LA REMISIÓN DEL EXPEDIENTE, POR SER OFRECIDO COMO PRUEBA ANTE OTRO JUZGADO, SE DEBE ORDENAR SÓLO SI LA FINALIDAD DE LA PETICIÓN LO JUSTIFICA Y SE GARANTIZA SU RESERVA, TANTO EN EL TRASLADO COMO EN EL JUZGADO REQUERENTE. AMBAS CONDICIONES DEBEN ESTAR PRESENTES, SIEMPRE QUE SEA POSIBLE DEBE REEMPLAZARSE POR COPIAS O UNA CERTIFICACIÓN DE LOS HECHOS, ACTUACIONES O DOCUMENTOS QUE SON OBJETO DE PRUEBA EN EL EXPEDIENTE QUE TRAMITA ANTE EL JUZGADO REQUERENTE.

ART. 709.— PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD. EN LOS PROCESOS DE FAMILIA EL IMPULSO PROCESAL ESTÁ A CARGO DEL JUEZ, QUIEN PUEDE ORDENAR PRUEBAS OFICIOSAMENTE.

EL IMPULSO OFICIOSO NO PROCEDE EN LOS ASUNTOS DE NATURALEZA EXCLUSIVAMENTE ECONÓMICA EN LOS QUE LAS PARTES SEAN PERSONAS CAPACES.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO DE VÉLEZ TIENE VARIAS NORMAS QUE SON APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS AHORA RECIBIDOS EXPRESAMENTE.

RESPECTO DE LA IMPOSIBILIDAD DE DISPONER DEL DERECHO, EL ART. 232 Cód. CIVIL DE VÉLEZ SEÑALABA QUE LA CONFESIÓN O EL RECONOCIMIENTO LOS HECHOS POR LAS PARTES

EN EL DIVORCIO O SEPARACIÓN PERSONAL CARECÍA DE EFICACIA, SALVO LOS CASOS DE 204 Y 214 INC. 2º CÓD. CIVIL. EL ART. 845 CÓD. CIVIL ESTABLECÍA QUE ES INVÁLIDA LA DISPOSICIÓN DEL PROCESO CUANDO LA PRETENSIÓN TIENE COMO OBJETO MEDIANO EL ESTADO DE FAMILIA. TAMBIÉN QUE NO ERA VÁLIDA LA RENUNCIA, TRANSACCIÓN, SALVO INTERESES PURAMENTE PECUNIARIOS SUBORDINADOS AL ESTADO DE UNA PERSONA, Y A FAVOR DE LA VALIDEZ DEL MATRIMONIO. TAMBIÉN ESTABA PROHIBIDA LA CESIÓN DEL ESTADO DE FAMILIA (ARTS. 19, 21, 872, 844, 845, 846 CÓD. CIVIL).

RESPECTO DE LAS FACULTADES DE SOLICITAR PRUEBA DE OFICIO LOS ARTS. 253 Y 321 DEL CÓD. CIVIL DE VÉLEZ YA ESTABLECÍAN QUE EN LOS PROCESOS EN QUE ESTABA EN JUEGO EL ESTADO DE FAMILIA O LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS, COMO LA INSANIA Y LOS JUICIOS DE FILIACIÓN, EL JUEZ PODÍA CONSIDERAR HECHOS NO ALEGADOS, PRUEBAS NO OFRECIDAS.

II. COMENTARIO

61025 1. PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD

38 SE ESTABLECE QUE EL JUEZ DE FAMILIA DEBE SER UN JUEZ ACTIVO, DIRECTOR DEL PROCESO, QUE EJERCE SUS AMPLIOS PODERES-DEBERES. COMO EXPLICAMOS EN EL ART. 706 QUE EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD COMPRENDE LAS FACULTADES DEL JUEZ EN MATERIA DE PRUEBA, LAS MEDIDAS ORDENATORIAS E INSTRUCTORIAS (INCLUYENDO EL IMPULSO DE OFICIO) Y LA LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y DEL PROCESO.

TODAS ESTAS FACULTADES DEBEN SER EJERCIDAS POSIBILITANDO EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA, QUE IMPLICA LA POSIBILIDAD DE SER OÍDO, PRESENTAR DEFENSAS, OFRECER CONTRAPRUEBA, CONTROLAR LA PRUEBA, Y ALEGAR SOBRE SU MÉRITO.

2. EL IMPULSO DE OFICIO

nowidctlparsE CONSAGRA EL IMPULSO PROCESAL DE OFICIO. POR ENDE EL JUEZ DEBE REALIZAR TODAS LAS MEDIDAS NECESARIAS PARA QUE EL EXPEDIENTE AVANCE HACIA LA SENTENCIA, INCLUYENDO CONFECCIONAR CÉDULAS Y OFICIOS, PROVEER LA PRUEBA Y FIJAR DE OFICIO LAS AUDIENCIAS, ENTRE OTRAS.

SE DEROGA IMPLÍCITAMENTE EL INSTITUTO DE LA CADUCIDAD DE INSTANCIA. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE FAMILIA INTERESA NO SÓLO A LAS PARTES SINO A LA SOCIEDAD TODA. POR ESO SE CARGA SOBRE EL SERVICIO DE JUSTICIA EL OTORGAR UNA SOLUCIÓN JURISDICCIONAL. DADO QUE ES RESPONSABILIDAD DEL TRIBUNAL EL AVANCE DEL EXPEDIENTE, NO PUEDE LA INACCIÓN DE LA PARTE GENERAR LA CADUCIDAD DEL PROCESO.

3. EXCEPCIÓN AL IMPULSO DE OFICIO

EL IMPULSO OFICIOSO NO PROCEDE EN LOS ASUNTOS DE NATURALEZA EXCLUSIVAMENTE ECONÓMICA EN LOS QUE LAS PARTES SEAN PERSONAS CAPACES. SE REFIERE A LAS PARTES EN SENTIDO TÉCNICO/SUSTANCIAL; SI UN REPRESENTANTE LEGAL ACTÚA EN EL PROCESO LA PARTE ES EL INCAPAZ REPRESENTADO.

4. LIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y EL PROCESO

POR EL CARÁCTER DE INTERÉS PÚBLICO DE LOS DERECHOS DE FAMILIA Y SU IMPORTANCIA PARA LA PAZ SOCIAL, AUN EN LOS PROCESOS DE FAMILIA QUE SE PUEDEN CONSIDERAR DISPOSITIVOS, EL PRINCIPIO DE DISPOSICIÓN DE LOS HECHOS Y DEL PROCESO SUFRE LIMITACIONES. NO ES POSIBLE DISPONER DEL PROCESO, ES DECIR ALLANARSE A LA PRETENSIÓN, NI DESISTIR DEL DERECHO O DEL PROCESO. SON DERECHOS INDISPONIBLES Y EL JUEZ DEBE INVESTIGAR PUES LA SOCIEDAD TODA ESTÁ INTERESADA EN QUE SE ENCUENTRE LA VERDAD JURÍDICA MATERIAL. ES POSIBLE LOGRAR UNA SOLUCIÓN CONCILIATORIA PERO SIEMPRE CON EL CONTROL DEL JUEZ Y ASESOR DE MENORES EN SU CASO.

ASIMISMO EL JUEZ PUEDE INVESTIGAR HECHOS QUE NO HAYAN SIDO INCORPORADOS POR LAS PARTES EN EL PROCESO, SIEMPRE QUE LA MATERIA LO JUSTIFIQUE.

5. LAS FACULTADES EN MATERIA DE PRUEBA

EL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD TAMBIÉN IMPLICA QUE POR EL ACENTUADO CARÁCTER PÚBLICO DE LA MATERIA, LAS LEGISLACIONES PROVINCIALES DEBEN OTORGAR AL JUEZ FACULTADES PARA ORDENAR PRUEBAS DE OFICIO, SALVO EN ASUNTOS DE NATURALEZA EXCLUSIVAMENTE PATRIMONIAL Y CUANDO LAS PARTES SON CAPACES. ESTAS FACULTADES EXPRESAMENTE SE RECONOCEN EN LOS ARTS. 579 Y 721, LO QUE NO PUEDE SER INTERPRETADO COMO LIMITACIÓN DE LA FACULTAD EN MATERIA DE PRUEBA A ESTOS DOS TIPOS DE PROCESO. LAS FACULTADES EN MATERIA DE PRUEBA FORMAN PARTE DEL PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD, PERO SE EXPLICITAN EN EL ART. 710.

ART. 710.— PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA. LOS PROCESOS DE FAMILIA SE RIGEN POR LOS PRINCIPIOS DE LIBERTAD, AMPLITUD Y FLEXIBILIDAD DE LA PRUEBA. LA CARGA DE LA PRUEBA RECAE, FINALMENTE, EN QUIEN ESTÁ EN MEJORES CONDICIONES DE PROBAR.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

EL CÓDIGO DE VÉLEZ NO CONTIENE UNA NORMA SIMILAR.

II. COMENTARIO

1. PRINCIPIOS DE LA PRUEBA

TANTO POR LA IMPORTANCIA DE ALCANZAR LA VERDAD JURÍDICA MATERIAL EN LOS CASOS EN QUE ESTÁN INVOLUCRADOS ESTOS DERECHOS, COMO POR LA DIFICULTAD QUE APAREJA PROBAR HECHOS QUE NORMALMENTE OCURREN EN LA INTIMIDAD DE LA FAMILIA, LA PRUEBA SE RIGE POR PRINCIPIOS DISTINTOS DEL PROCESO CIVIL CLÁSICO.

FCSD 1.1. LIBERTAD, AMPLITUD Y FLEXIBILIDAD DE LA PRUEBA

Estos principios alcanzan tanto al objeto de prueba, a los medios probatorios, y a la interpretación de la prueba.

Respecto del objeto de la prueba porque como ya explicamos la materia *decidendum* no es delimitada por las partes en sus escritos postulatorios. En el proceso civil clásico las pruebas sólo pueden recaer sobre los hechos alegados y controvertidos. En materia de familia el juez puede apartarse de ellos para investigar hechos no alegados o no controvertidos, pues está en juego el orden público y el interés social. Salvo obviamente en cuestiones meramente económicas y cuando las partes son mayores y capaces.

Respecto de los medios probatorios porque el juez puede solicitar medios de prueba no ofrecidos por las partes para lograr la convicción sobre los hechos, no siendo necesario esperar al momento procesal de las medidas para mejor proveer, sino al proveer la prueba puede introducir las que considere necesarias y conducentes a la averiguación de los hechos relevantes para resolver el conflicto, especialmente la intervención del cuerpo técnico mediante pericias psicológicas y socio-ambientales. Por aplicación de este principio —sin que implique limitación a estos supuestos— se admite todo medio de prueba al declarar restricciones a las personas con discapacidad (art. 34) en supuestos de prueba de nacimiento, muerte y edad de la persona (arts. 96 y ss.) o del matrimonio (art. 423), para probar la propiedad de los bienes en el régimen patrimonial de separación de bienes (art. 506) y la unión convivencial no registrada (arts. 511 y 512).

Respecto de la interpretación de la prueba, como el hecho es un hecho de difícil prueba el juez deberá ocurrir al valorar las probanzas en conjunto, tiene mayor aplicación la construcción de presunciones y la valoración de la conducta de las partes como medio de prueba.

La libertad amplitud y flexibilidad respecto de la admisibilidad, producción y colaboración de la prueba está directamente relacionado con las cargas dinámicas de la prueba y la carga de colaboración, que se explicitan en este mismo artículo.

1.2. FAVOR PROBATIONE

Como corolario de la amplitud y libertad de la prueba debe aplicarse el principio *favor probatione* por el cual en caso de duda el juez debe pronunciarse a favor de la admisión, la producción, o la eficacia de la prueba de que se trate. Ejemplo de este principio es la admisibilidad de la declaración de testigos excluidos en lo civil y comercial, como los parientes en línea recta de las partes (art. 711).

2. Carga dinámica de la prueba

2.1. Noción de carga de la prueba

La carga de la prueba indica quien debe soportar una sentencia desfavorable en caso de que el juez al momento de decidir no posea elementos de juicio suficientes para fundar su convicción sobre la existencia de los hechos afirmados por las partes como fundamento de su pretensión. Es decir que sólo se aplica cuando no hay suficientes elementos de juicio para que el juzgador se convenza. Decide por y ante la falta de pruebas. En este sistema y dado el carácter de los derechos involucrados, esto debería ser subsanado mediante las pruebas de oficio. Pero puede suceder que a pesar de ellas no sea posible al juez alcanzar elementos de convicción suficientes para dar por probados total o parcialmente alguno de los relatos de las partes.

En atención a que en temas de derechos de familia la sociedad toda está interesada en alcanzar, dentro de las posibilidades procesales, la verdad material, en este artículo

se establece que no rige el principio del proceso civil y comercial, en que cada parte debe probar los hechos a los que atribuye el efecto jurídico que pretende (hechos, fundamento de su pretensión), sino que existe un deber de colaborar con el juez para que este obtenga los elementos de convicción necesarios para fallar, aun cuando son fundamento de la pretensión de la contraparte (ej. aportar la historia clínica).

2.2. La carga recae en quien está en mejores condiciones de probar

El artículo consagra legislativamente la jurisprudencia y doctrina de la llamada teoría de las cargas dinámicas, que, sintéticamente expresada, implica poner en cabeza de quien está en mejores condiciones de probar determinados hechos, la carga de hacerlo. Impone, cuando exista entre las partes una desigualdad de recursos materiales (económicos, de acceso a la información, etc.), el deber de colaborar en el esclarecimiento de la verdad, bajo apercibimiento de extraer de su conducta reticente un indicio en su contra (o, más precisamente: favorable a la hipótesis fáctica enunciada por el actor).

Este principio es excepcional en el derecho civil y comercial y se ha aplicado jurisprudencialmente sobre todo en casos de mala praxis médica. La razón de establecerlo para la materia de familia es que los hechos que normalmente se han de probar han ocurrido en el ámbito reservado de la familia y en la confianza que reina normalmente en él, por lo que es dificultoso obtener prueba al respecto.

Si el juez valora que alguna de las partes se encontraba en mejores condiciones fácticas, técnicas o profesionales para producir determinada prueba, y no lo ha hecho, la consecuencia de la falta de prueba será una condena en su contra. Es decir que si quien estaba en mejores condiciones de probar (presupuesto de asignación del *onus probandi* según la "teoría de las cargas dinámicas"), ocultó, tergiversó o simplemente no aportó elementos que se encontraban a su disposición (omitiendo así "colaborar" en el esclarecimiento de los hechos) obtendrá una sentencia en su contra.

La jurisprudencia aplica conjuntamente y no distingue la carga dinámica de la prueba y la aplicación del principio de colaboración en materia probatoria, para condenar al demandado frente a la ausencia de elementos de prueba directos que permitan verificar el modo en que sucedieron los hechos alegados. Normalmente ambos institutos van en el mismo sentido (quien tiene la posición dominante no cumple con su deber de colaboración). Pero puede ocurrir que las partes que se encuentran en mejores condiciones de probar (pesando así indefectiblemente sobre sus espaldas las consecuencias de la incertidumbre si acudiéramos a la "teoría de las cargas dinámicas"), aun aplicando sus mejores esfuerzos (razonablemente evaluados y cumpliendo entonces con su deber de colaboración), no llegue a convencer al juez respecto de su tesis sobre los hechos. La teoría de las cargas dinámicas de la prueba y su distinción respecto de la influencia del principio de colaboración en el proceso. Así, si en el ejemplo citado aplicáramos la primera institución, debería acogerse la pretensión ante la ausencia de prueba, porque entre el paciente y el médico, es este último quien objetivamente se encuentra en mejores condiciones de probar. Por el contrario, si valoramos el caso sobre la base del principio de colaboración procesal, llegaremos a la conclusión opuesta (rechazo de la demanda). Valorar la conducta de las partes para extraer de ella argumentos de prueba (presunciones).

2.3. Carga de colaboración

Se recibe expresamente, mediante este artículo, el principio de colaboración, que es uno de los deberes positivos que derivan de la actuación de buena fe. Este implica la posibilidad de extraer indicios (o "argumentos de prueba") derivados de la omisión de aportar elementos de juicio razonablemente disponibles para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (conf. art. 163, inc. 5°, CPCN).

El principio de colaboración procesal, impone a la parte "fuerte" de la relación procesal, la carga de aportar los elementos que se encuentren (o debieran razonablemente encontrarse) a su disposición para el esclarecimiento de la verdad. Este principio está relacionado directamente en la doctrina y jurisprudencia, pero no se identifica, con las cargas dinámicas de la prueba. Es una carga, o imperativo del propio interés, puesto que la parte que no cumple con la carga se expone a obtener una sentencia desfavorable. No se lo sanciona por el incumplimiento. Por infringir el deber de buena fe, la parte dotada de dichos conocimientos —o que razonablemente debía contar con los mismos— actúa con displicencia (v.gr., se ampara en la mera negativa de los hechos afirmados por la contraparte) o los oculta dolosamente, se expone a que el juez extraiga indicios de esa conducta, que lo lleven a perder el juicio.

Art. 711.— Testigos. Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos.

ichSin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil no tenía normas que excluyeran a los parientes de las partes como testigos, pero el ordenamiento procesal nacional —y los provinciales que siguen sus aguas— consideran testigos excluidos a los consanguíneos y afines en línea recta de las partes y el cónyuge, salvo para reconocimiento de firmas. Esta exclusión no abarca a los colaterales, por ejemplo hermanos, tíos y sobrinos quienes permanecían hábiles para testimoniar, aunque su declaración debía ser apreciada con rigor, atento que se encuentran en la misma situación de conflicto de los parientes en línea recta. El CPCCN seguía al código procesal francés de 1806 (art. 268), pero éste justamente excluía de la prohibición de declarar a los parientes en los procesos de divorcio y separación de cuerpos.

II. COMENTARIO

Se deroga en materia de familia la calidad de testigo excluido de los consanguíneos y afines en línea recta de las partes, y del cónyuge, aunque estuviere separado legalmente, consagrado por los códigos procesales. Ya la jurisprudencia había admitido la declaración de familiares en materia de familia, sobre todo bajo la figura del testigo necesario.

En este artículo, aplicación del principio de amplitud de la prueba, se invierte la regla: todos los parientes están habilitados a declarar como testigos, pero el juez puede de oficio o a petición de parte puede no admitir la declaración de los parientes que se nie-

guen a prestar declaración, de los menores de edad, en ambos casos por motivos fundados.

La exclusión tenía como fin proteger la estabilidad de los vínculos familiares que se verían en riesgo frente a la tensión que significa emitir un testimonio a sea en beneficio o en perjuicio de un pariente o de su propio consorte. Por ello la prohibición no se justifica en los procesos de familia —relativos al estado civil de las personas, el divorcio y la filiación, por ejemplo— en los que no cabe ya hablar de cohesión o armonía que tutelar. Asimismo en estos procesos esos testigos son los que se hallan en mejor posición de conocer los hechos que interesan a la litis.

Sin embargo, como señalamos, el juez puede considerar que en el caso concreto es preferente el interés de la familia en evitar mayores discordias que el interés de las partes y la sociedad en alcanzar la verdad material. Además pueden existir otros motivos fundados para declarar inadmisibles la declaración del testigo ofrecido, como son las excepciones al deber de declarar (ej. secreto profesional), la protección de la integridad psicológica del testigo, etc.

III. JURISPRUDENCIA

En procesos de familia, y con carácter de excepción, se había admitido la declaración de los hijos (CCiv. Com. 1ª de La Plata, JA, 1951-II-33; CCiv. Com., sala I, 4/8/1953, LA LEY, 73-341; CCiv. Com. 2ª de Rosario, 27/8/1954, LA LEY, 77-115; CCiv. Com. Azul, 12/8/1993, JA, 1994-I-652. También se había admitido la declaración de los padres: CCiv. Com. 1ª de La Plata, sala I, 29/12/1950, JA, 1951-II-33; C2ª Cap. 1/8/1821, JA, 7-167; CApel. de Dolores, 22/3/1960, DJBA, 60-178; CNCiv., sala H, 4/10/1996, LA LEY, 8/7/1998, p. 8. La SCBA lo había permitido bajo la figura del test.

CAPÍTULO 2

ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA

Por MARIELA PANIGADI

Art. 712.— Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad. Las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca.

Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En el Código de Vélez existían distintos artículos en materia de estado de familia que establecían la irrenunciabilidad de derechos de familia, pero no una norma general. Así, por ejemplo el art. 251 del Código de Vélez que establecía que el derecho de reclamar la filiación o de impugnarla no se extingue por prescripción ni por renuncia expresa o tácita, pero los derechos patrimoniales ya adquiridos están sujetos a prescripción.

Asimismo el art. 374 establecía que el derecho a los alimentos no puede renunciarse ni transferirse, ni ser objeto de transacción. El art. 230 Cód. Civil decía que "Es nula toda renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir la separación personal o el divorcio vincular al juez competente, así como también toda cláusula o pacto que restrinja o amplíe las causas que dan derecho a solicitarlos".

Respecto de la extinción por caducidad de las acciones de estado estaban previstas en los arts. 259 y 260 entre otros.

II. COMENTARIO

1. Estado de familia y acciones de estado de familia

El estado de familia es un atributo de las personas de existencia visible. A todo individuo le corresponde un estado de familia determinado por los vínculos jurídicos familiares que lo unen con otras personas. Por ser un atributo de la personalidad tiene las siguientes características:

Universalidad: El estado de familia abarca todas las relaciones jurídicas familiares.

Indivisibilidad: La persona ostenta el mismo estado de familia frente a todos.

Oponibilidad: El estado de familia puede ser opuesto *erga omnes* para ejercer los derechos que de él derivan.

Estabilidad o permanencia: Es estable pero no inmutable, porque puede cesar. Ej. el estado de casado puede transformarse en estado de divorciado.

Inalienabilidad: El sujeto titular del estado de familia no puede disponer de él convirtiéndolo en objeto de un negocio.

Imprescriptibilidad: No se pierde por el transcurso del tiempo el estado de familia, ni tampoco el derecho a accionar judicialmente para obtener el emplazamiento. Esto sin perjuicio de la caducidad de las acciones de estado, destinada a consolidar el estado de familia.

A todas estas situaciones permanentes (de hijo, padre, marido, etc.) de las personas en el orden familiar, corresponde un cúmulo de derechos y deberes que emanan del estado de familia.

2. Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de las acciones de estado

Como ya señalamos, por ser el estado de familia un atributo de la personalidad, las acciones para obtener el emplazamiento en el estado de familia y los derechos y deberes que nacen del estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles. En ese mismo sentido estipulan el art. 436 en materia de divorcio y el 576 en las pretensiones de filiación.

3. Extinción por caducidad

Señala el artículo que a pesar de ser irrenunciables e imprescriptibles, estos derechos se pueden extinguir en la forma y en los casos que la ley establezca. Se refiere a la extinción

por caducidad, institución diferente, que causa la pérdida de la posibilidad de interponer la pretensión para obtener el emplazamiento en el estado de familia, por inactividad por el transcurso de un tiempo determinado por la norma. La caducidad es taxativa, solo se aplica a los supuestos que la ley expresamente los prevé. Esta institución tiene aplicación en materia de filiación y otras acciones de estado.

Las caducidades contempladas en el Código de Vélez han sufrido declaraciones de inconstitucionalidad por oponerse al derecho a la identidad (PSJCR), pero son mantenidas en este Código, aumentando los legitimados y realizándose el cómputo a partir de la toma de conocimiento de que el hijo podría no ser tal.

4. Derechos patrimoniales emanados del estado de familia

Se distingue la pretensión para emplazarse en el estado de familia de los derechos patrimoniales adquiridos como consecuencia del mismo, los que prescriben y son disponibles (ver art. 576 CU). Por ejemplo las cuotas alimentarias devengadas y no percibidas.

III. JURISPRUDENCIA

La acción de nulidad absoluta del matrimonio no está sujeta a prescripción, sea mediante el reconocimiento del régimen específico de las nulidades matrimoniales como por el acogimiento subsidiario de la normativa general aplicable a cualquier otro acto jurídico (SCBA, 7/5/2008).

Art. 713.— Inherencia personal. Las acciones de estado de familia son de inherencia personal y no pueden ser ejercidas por vía de subrogación. Sólo se transmiten por causa de muerte en los casos en que la ley lo establece.

F31505L. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

La regulación jurídica de los derechos de la personalidad emanan de los tratados internacionales (como la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Declaración Universal de Derecho Humanos, entre otros). El derecho a la identidad personal comprende el derecho a las relaciones familiares, a ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, a la nacionalidad y al nombre. La Declaración Universal prohíbe las injerencias ilícitas de los Estados en cuanto a los derechos que comprende la identidad personal de los menores y la obligación de estos de velar por su aplicación y restituir la situación preexistente si son vulnerados.

El Código Civil establecía que eran los derechos y obligaciones inherentes en su art. 498: los derechos no transmisibles a los herederos del acreedor, como las obligaciones no transmisibles a los herederos del deudor. El art. 1445 establecía que las acciones fundadas sobre derechos inherentes a las personas, o que comprendan hechos de igual naturaleza, no podían ser cedidas. Pero no establecía expresamente que las pretensiones relativas al estado de familia lo eran.

II. COMENTARIO

Como ya explicamos el estado de familia es un atributo de la personalidad, inherente a la persona, por ende las pretensiones relativas al mismo no pueden ser ejercidas por ninguna otra persona que no sea su titular. Los acreedores del sujeto no pueden subrogarse en sus derechos para ejercer acciones relativas al estado de familia. Solamente los derechos y acciones derivados del estado de familia, de carácter meramente patrimonial, podrán ser ejercidos por vía subrogatoria por los acreedores (por ejemplo, reclamar el pago de alimentos devengados y no percibidos).

Las pretensiones para emplazarse en el estado de familia tampoco pueden ser transmitidas en principio mortis causa; salvo que expresamente la ley lo establezca.

Art. 714.— Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges. La acción de nulidad del matrimonio no puede ser intentada después de la muerte de uno de los cónyuges, excepto que:

a) sea deducida por un cónyuge contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del matrimonio del cónyuge demandante, se debe resolver previamente esta oposición;

b) sea deducida por el cónyuge supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen y se haya celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior;

c) sea necesaria para determinar el derecho del demandante y la nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes.

La acción de nulidad de matrimonio deducida por el Ministerio Público sólo puede ser promovida en vida de ambos esposos.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El contenido es similar al art. 239 Cód. Civil, pero se ha mejorado la redacción.

II. COMENTARIO

parEste artículo excluye, como regla, la posibilidad de intentar acciones de nulidad del matrimonio producida la muerte de uno de los cónyuges. Permite, con carácter de excepción

lochn iniciar la pretensión luego del fallecimiento:

Al cónyuge que pretende la nulidad del siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; o la nulidad de su propio matrimonio si se casó ignorando que su cónyuge era casado. Si se opusiera la nulidad del vínculo anterior, se juzgará previamente ésta, como cuestión prejudicial.

A los descendientes o ascendientes si la declaración de nulidad del matrimonio es necesaria para determinar sus derechos.

Desde lo metodológico entendemos que la extinción de la acción de nulidad de matrimonio por muerte debió incorporarse al título de nulidad matrimonial.

Mantiene el principio por el cual el Ministerio Público sólo puede pedir la nulidad en vida de ambos esposos.

Art. 715.— Sentencia de nulidad. Ningún matrimonio puede ser tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Idéntico texto que el art. 239 *in fine* del Código de Vélez. El Código separó en dos artículos el anterior.

II. COMENTARIO

Este artículo consagra el principio de especialidad de las nulidades matrimoniales, por el cual en materia de nulidad de matrimonio no es aplicable el sistema establecido en el Código Civil para la nulidad de los actos jurídicos. La nulidad absoluta de los actos jurídicos en general puede ser declarada de oficio por el juez. En las nulidades matrimoniales, sea ésta absoluta o relativa, se requiere la petición de parte interesada, legitimada por el ordenamiento. No solo porque la nulidad no se presenta manifiesta, requiriéndose el aporte probatorio —del vínculo preexistente, o del parentesco, etc., ver arts. 403 a 409—, sino porque el ordenamiento ha querido proteger a la familia de los ataques de terceros.

Respecto de la parte legitimada para demandar la nulidad ver los comentarios a los arts. 424 y 425 de esta obra.

Metodológicamente debió incorporarse al título de las nulidades matrimoniales.

CAPÍTULO 3

REGLAS DE COMPETENCIA

Por MARIELA PANIGADI

Bibliografía clásica: KALLER DE ORCHANSKY, BERTA, en BUERES-HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias*, t. I, Hammurabi, Buenos Aires, 1995; MIZRAHI, MAURICIO LUIS, "El niño y las cuestiones de competencia", LA LEY, 25/9/2012; "Interés superior del niño. El rol protagónico de la Corte", LA LEY, 2011-E, 907; SOLARI, NÉSTOR, "El principio de inmediatez en cuestiones de competencia", LA LEY, 2009-B, 410.

♦♦♦

Art. 716.— Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En los procesos referidos 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 persona menor de edad tiene su centro de vida.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El Código Civil sustituido no contenía un capítulo con las reglas de competencia de los distintos procesos de familia, sino que existían disposiciones aisladas, ubicadas en cada institución (arts. 227, 228, entre otros).

Las reglas de competencia son similares a las que existían en el Código, salvo la incorporación del derecho de alimentos y pensiones compensatorias de los convivientes, que no existía y la introducción del concepto de centro de vida, con gran desarrollo doctrinal y jurisprudencial, para la competencia en procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes.

El concepto de "centro de vida" para determinar el juez competente en los procesos relativos a derechos de niños, niñas y adolescentes, es tomado del art. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, (Adla, LXV-E, 4635) que dice: "...Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse...". A su vez el concepto tenía amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial en materia de restitución de menores. En efecto, en los casos de restitución internacional de menores resulta primordial determinar la residencia habitual del niño, ya que, tanto la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, como la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, tienen por objeto la inmediata restitución del menor a su lugar de residencia habitual. El concepto de residencia habitual dio lugar a controversias interpretativas, en cuanto a su alcance y finalmente, varios fallos y posturas doctrinarias, han acordado en definirlo como un elemento fáctico que supone cierta estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad del menor, de donde surgió el actual concepto de centro de vida.

II. COMENTARIO

1. El centro de vida

El artículo determina que el "centro de vida" del niño, niña o adolescentes determina el juez competente en cualquier conflicto que versen sobre sus derechos.

El centro de vida, o como lo denomina la Corte

"centro de gravedad", está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares, que permiten una construcción subjetiva. Esta se traduce en, sensación de bienestar, de seguridad, sentido de posesión, sentimiento de anclaje no sólo en el lugar sino en las cosas.

Es una situación fáctica, que tiene componentes, físicos, ambientales, psicológicos, emocionales, de calidad de vida y vinculares, entre otros. No es la *residencia habitual*.

Esta última, referencia al transcurso del tiempo que una persona permanece en un lugar determinado; otorgándole relevancia cuanto más prolongada sea esa permanencia. Pero la mayor cantidad de tiempo que una persona tiene su asiento en un lugar, no necesariamente, significa que constituya su centro de vida. Son dos conceptos diferentes, uno, nos remite al espacio físico y al transcurso del tiempo en él; mientras que el otro, hace referencia a las construcciones internas que se viven como propias de la individualidad.

El centro de vida tiene un elemento objetivo y uno subjetivo. El objetivo es el tiempo y el espacio. Respecto del tiempo de estancia en un lugar; si bien no es fundante el plazo, sí tiene que revestir ciertas características: la permanencia y el *animus stabilis*. El elemento subjetivo del Centro de Vida está constituido por la percepción personal y la internalización que el sujeto hace del lugar donde se desarrolla su vida, de las personas que con él interactúan en ese lugar, etc., dotándolo de una significación que le es propia y distintiva. Para evaluar en el caso concreto el Centro de Vida, se debe advertir que un lugar determinado, y no otro, junto con su gente, sus olores, sonidos, es vivido como propio, como natural.

2. Ámbito de aplicación: primera decisión o modificación de lo decidido

Las decisiones en materia de tenencia y régimen de contacto no causan estado, sino que son modificables en cuanto cambie la situación de hecho que determinó su dictado.

La competencia del juez del centro de vida del menor se establece no sólo para el caso de un proceso "principal" —en realidad se refiere al primer proceso, sea la pretensión principal o accesoria— sino para el incidente de modificación de lo resuelto por el juez de otra jurisdicción. Es decir que en este caso se puede acudir al juez de la actual residencia, si ésta constituyera el centro de vida, haciendo excepción al principio de perpetuación de la jurisdicción que rige como principio en derecho de familia. Si la nueva residencia no ha adquirido tal carácter debe acudirse para la modificación al juez ante el cual tramita el proceso en que se determinó.

Art. 717.— Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio. 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Este texto es similar al del art. 227 del Código de Vélez. Se ha mejorado la redacción del artículo, sin modificar su contenido, agregando que son efectos de la sentencia, no del matrimonio, y cuestiones conexas. Coherentemente con la eliminación del instituto de la separación personal como causal de disolución del matrimonio, se ha suprimido esta pretensión dentro de la enumeración. Agrega la posibilidad de elegir el juez del domicilio de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Asimismo

agrega en un segundo párrafo que rige el fuero de atracción para la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio en caso de concurso o la quiebra de uno de los cónyuges.

II. COMENTARIO

1. Elección del actor

Se legisla la competencia conjuntamente para todas las pretensiones relacionadas con el matrimonio y sus efectos, personales y patrimoniales. Tanto en las pretensiones de divorcio, de nulidad, las conexas con ellas y las relativas a los efectos de las sentencias de los procesos mencionados, al igual que en el Código de Vélez, quien inicia el proceso puede elegir entre el juez del último domicilio conyugal (si existiera) o el del domicilio del demandado. Se aclara además que en el caso de presentación conjunta, pueden elegir entre el juez del último domicilio conyugal o del domicilio de cualquiera de los cónyuges, como si ambos fueran demandados, aunque en puridad son peticionantes. La elección sería posible por interpretación del principio general aunque no se hubiese aclarado.

1.1. Pretensiones conexas y efectos de la sentencia

La conexidad es una de los sistemas que permite el desplazamiento de la competencia. Implica una interdependencia de pretensiones, por la relación, enlace o comunidad de dos ideas, derechos o cosas que son objeto mediato de las pretensiones conexas. Permite una excepción a las reglas generales de competencia, para que ambas tramiten ante el mismo juez, que lleva la causa conexa.

La conexidad puede darse por coordinación, cuando las pretensiones tienen el mismo rango (ej. acumulación de pretensión de alimentos, tenencia y régimen de visitas); por subordinación, cuando la segunda pretensión está en un rango inferior o dependiente, sea accesoria de la primera (como los incidentes), o depende de la principal por prejudicialidad (como por ej. la liquidación de la sociedad conyugal sigue al divorcio) o porque es subsidiaria, destinada a estudiarse sólo si la principal queda sin efecto o no puede ejecutarse (como una pretensión de cuota alimentaria contra los abuelos subsidiaria a la dirigida contra el padre).

En los casos de pretensión de separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, existe conexidad por prejudicialidad, siendo necesario primero determinar el divorcio o nulidad del matrimonio.

Son conexos por accesoriedad los procesos de exclusión del cónyuge, tenencia de hijos, régimen de contacto, alimentos y litis expensas, siendo competente el juez del divorcio o la nulidad, mientras duren estos últimos procesos. No queda claro si la conexidad es opcional o rige el fuero de atracción para el caso que se inicie el divorcio luego de iniciado el proceso de alimentos, aplicando el principio *perpetuatio jurisdictionis*. Conforme los códigos procesales provinciales si en el momento de tener que iniciarse el reclamo por alimentos alguno de los procesos indicados en el párrafo que antecede se encuentra en trámite, se debe radicar ante el mismo juez (art. 6º, inc. 3º del CPCCN y los que lo siguen) y si luego de iniciado el alimentos se inicia el divorcio, resulta atraído. Después de finalizado, rigen las normas generales.

En materia de familia rige el principio de unidad de juez, por el cual debe priorizarse que un solo órgano decida toda las pretensiones relacionadas con una familia —aunque sea ensamblada—, para lograr unidad de criterio en las valoraciones, y por la economía y celeridad que significa que decida quien ya ha avanzado en el diagnóstico e identificación de posibles vías de solución a la problemática familiar.

22. Concurso o quiebra del cónyuge, fuero de atracción

El art. 21 de la ley 24.522, sostiene que la apertura del concurso preventivo produce la radicación ante el juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado, pudiendo optar el actor por pretender verificar su crédito conforme a lo dispuesto en los arts. 32 y concordantes, o por continuar el trámite de los procesos de conocimiento hasta el dictado de la sentencia. O sea que todos los procesos extrapatrimoniales quedan excluidos del fuero de atracción. Asimismo en caso de cuestiones patrimoniales de derecho de familia, como liquidación de la sociedad conyugal o alimentos regía el inc. 2º del citado art. 21 que expresaba, dentro de las excepciones a la regla precedentemente indicada, que “Quedan excluidos de la radicación ante el juez del concurso los procesos de expropiación y los que se funden en las relaciones de familia”. Por ello conforme la ley de concursos y quiebras ningún proceso de materia de familia era atraído por el concurso.

Siguiendo la jurisprudencia en ese sentido, el artículo innova al establecer que en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio en caso de concurso o quiebra es competente el juez del proceso colectivo. En el régimen anterior existían divergencias tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial respecto de la interpretación y solución ante la necesidad de establecer si los bienes gananciales de titularidad de uno de los cónyuges responden integralmente por las deudas que éste contraiga o si, por el contrario, el no fallido podrá conservar —y consecuentemente excluir de la acción de los acreedores de aquél— la porción que, en calidad de gananciales, le corresponde. La mayoría de la doctrina y jurisprudencia habían interpretado que la vigencia del régimen general de responsabilidad, art. 5º de la ley 11.357, en virtud del cual, cada cónyuge es responsable por las deudas que asuma con los bienes de su titularidad (propios y los de administración reservada) prima por sobre el la separación de patrimonios prevista en el art. 1294 de la ley de fondo, que resulta inoponible a los acreedores verificados en el concurso.

El art. 1294 Cód. Civil concedía al no fallido la posibilidad de solicitar la separación de bienes cuando el concurso del otro cónyuge pueda afectar sus derechos sobre los gananciales. Pero el régimen de separación de deudas consagrado en el art. 5º de la ley 11.357, implicaba que la causal del concurso o la quiebra del cónyuge carecía de sentido, ya que, su patrimonio —en tanto garantía de los acreedores— no podría ser reducido a la mitad por la acción que instaurara su consorte a quien, para esta opinión, el ordenamiento jurídico no convierte en un acreedor privilegiado. Además el peligro que se pretendía conjurar con esta norma, ya había desaparecido con la reforma de la ley 17.711 en cuanto impide disponer de los gananciales más importantes sin el consentimiento del otro cónyuge.

Como señalamos, se ha agregado una segunda parte al artículo derogado, referido a la competencia del juez del concurso o quiebra de uno de los cónyuges, para la liquidación de la sociedad conyugal. Es decir que rige el fuero de atracción respecto de la li-

quidación de la sociedad conyugal, materia que es exclusivamente patrimonial. Ya no es competente en la liquidación de los bienes del acervo conyugal el juez del divorcio, sino que se atribuye la competencia al juez del concurso.

Art. 718.— Uniones convivenciales. En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No hay antecedentes en el Código de Vélez, pues las uniones convivenciales no estaban reguladas sistemáticamente.

II. COMENTARIO

Se consagra idéntico principio en materia de competencia que para los conflictos entre cónyuges, por lo que remitimos al art. 717. Hubiere sido de buena técnica haberlo agregado en el mismo artículo.

Art. 719.— Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes. En las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes 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.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

En materia de alimentos entre cónyuges el art. 228 Código de Vélez diferenciaba la pretensión de alimentos entablada antes del divorcio, separación o nulidad o luego de ellos. Establecía que existiendo un expediente de separación personal, divorcio vincular o nulidad, resultaba atraído por conexidad. Si se dedujera como "cuestión principal" antes de iniciadas estas pretensiones era competente a opción del actor: el juez del domicilio conyugal, el del domicilio del demandado, el de la residencia habitual del acreedor alimentario, el del lugar de cumplimiento de la obligación o del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado.

Respecto de este artículo el actual elimina el juez del lugar de celebración del convenio alimentario si lo hubiere y coincidiera con la residencia del demandado. Al tener que coincidir con la residencia del demandado era superfluo pues ya estaba expresamente prevista esta opción.

II. COMENTARIO

rin5671. Competencia en procesos de alimentos

La competencia en materia de alimentos se determina en el art. 716 para el caso de menores, por el centro de vida, y en el presente artículo para los supuestos de alimentos entre cónyuges o convivientes.

2. Alimentos entre cónyuges o convivientes

La pretensión de alimentos o prestaciones compensatorias entre cónyuges o convivientes. La parte actora (sea alimentante o alimentado, prestador o beneficiario) puede elegir iniciarla ante el juez que corresponde a:

- a. el último domicilio conyugal o convivencial, si éste existiera.
- b. el domicilio del alimentado o beneficiario,
- c. el domicilio del demandado, o
- d. donde deba ser cumplida la obligación alimentaria.

3. Concurso o quiebra del alimentante

El proceso de alimentos no es atraído por el concurso, conforme al art. 21 inc. 2° de la ley 24.522. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, no debe perderse de vista que del juego armónico de los arts. 156 y 200 de la ley 24.522, puede extraerse como conclusión que no hay precepto alguno que exima a quien reclame alimentos (y se trate de los adeudados por el fallido con anterioridad a la sentencia de quiebra) de la carga de verificar su importe en el proceso falencial mediante el correspondiente pedido a la sindicatura. El texto dice "*todos los acreedores*"

af42 por causa o título anterior a la declaración de quiebra", sin hacer distingo alguno.

Art. 720.— Acción de filiación. En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL, FUENTES DEL NUEVO TEXTO

No existía una norma similar en el Código de Vélez.

II. COMENTARIO

Quando se trata de pretensión de filiación impetrada por un mayor de edad el juez competente es el del domicilio del demandado. Si el actor es menor de edad o persona con capacidad restringida la competencia es del juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida (art. 716) o el del domicilio del demandado, a elección del actor, para facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables.

MEDIDAS PROVISIONALES

Por MARIELA PANIGADI

Bibliografía clásica: CALAMANDREI, PIERO, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, traducción de Marino Ayerra Merin, Buenos Aires, El Foro, 1996; DI IORIO, ALFREDO, "Nociones sobre la teoría general de las medidas cautelares", LA LEY, 1978-B, 152; REIMUNDÍN, RICARDO, "Las medidas cautelares en los Códigos Procesales Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia", Revista del Colegio de Abogados de la Plata, n° 22, p. 95 y ss.

Art. 721.— Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Puede especialmente:

- a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;
- b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;
- c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;
- d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;
- e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.

I. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

El artículo es similar al 231 del Código de Vélez. Agrega el supuesto de nulidad de matrimonio además del divorcio para la procedencia del dictado de estas medidas. Aclara que se puede tomar cualquier medida para regular las relaciones entre los cónyuges, siendo los incisos meramente enunciativos (lo cual era ya aceptado por la doctrina y jurisprudencia). Dentro de las medidas enumeradas agrega la entrega de objetos de uso personal, que era admitida jurisprudencialmente. En caso de atribución del hogar conyugal, incorpora el requisito de inventario previo de los bienes que retira el cónyuge que deja el inmueble. Incorpora la determinación de si corresponde establecer renta por el uso exclusivo del bien conyugal.

1. Medidas provisionales relativas a las personas

Este artículo se refiere a las medidas relativas a las personas, distinguiendo de las relativas a los bienes que se legislan en el artículo siguiente. Las medidas cautelares persiguen como fundamento el principio de la tutela judicial efectiva.

1.1. Concepto de medidas provisionales

Las medidas provisionales son las medidas cautelares o precautorias, es decir aquellas que tienden a impedir que el derecho cuyo reconocimiento o actuación se pretende obtener en el proceso principal, pierda su virtualidad o eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación de ese proceso y el pronunciamiento de la sentencia definitiva. La sustanciación de todo proceso judicial demanda un tiempo considerable, hasta lograr una sentencia definitiva. Por ello muchas veces es necesario tomar medidas antes de iniciado o poco tiempo después de iniciado, para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el transcurso del proceso.

1.2. Trámite

En el proceso civil, el juez dicta las medidas cautelares valorando los hechos y el derecho que presenta el peticionante, sin intervención de la otra parte o terceros que puedan llegar a verse afectados por el otorgamiento de tal medida, difiriéndose la sustanciación con el afectado de las mismas para el momento en que la misma se encuentre producida. Se prescinde de dicha intervención previa pues de lo contrario podría frustrarse la finalidad del instituto cautelar, por acciones del demandado ante el conocimiento de la medida o por la demora que esta aparea. Pero en las medidas sobre personas, en materia de familia, como régimen de comunicación, alimentos, uso de la vivienda, entrega de objetos personales, no existe posibilidad de que el conocimiento de la medida peticionada perjudique el cumplimiento del derecho (salvo tal vez entrega de los objetos personales). Además no puede el juez determinar estas medidas sin escuchar las posibilidades y opinión de la contraparte por su propia naturaleza.

1.3. Presupuestos

Las condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de contracautela. Sin embargo en las medidas relativas a derechos de familia no se exige contracautela. El peligro en la demora surge *in re ipsa*: se presume la necesidad de regular las relaciones entre los cónyuges y con sus hijos. La verosimilitud del derecho se considera acreditado con la promoción de la demanda de divorcio o nulidad. En el caso de no haber promovido aún la demanda, debe acreditarse la urgencia que hace necesario dictar la medida sin esperar a su promoción, y el vínculo: matrimonio, unión convivencial o parentesco; con lo que se da por acreditado la verosimilitud.

1.4. Ámbito de aplicación

Los cónyuges que pretenden la nulidad del matrimonio o el divorcio y las personas que integran una unión convivencial, registrada o no, que requieren regular las relacio-

nes personales entre ellas y con sus hijos, mientras tramitan sus pretensiones de fondo (compensaciones, alimentos, etc.).

1.5. Caducidad

Las medidas son accesorias del juicio principal de divorcio o nulidad. Sin embargo pueden promoverse antes de iniciarlo, en caso de urgencia, en cuyo supuesto las leyes procesales normalmente establecen la caducidad de la medida si no se iniciara el proceso dentro de los 10 días siguientes a su traba (art. 207 CPCCN). La jurisprudencia ha entendido que estas normas se refieren a "obligaciones exigibles" no es de aplicación a obligaciones extrapatrimoniales como las que este artículo refiere.

2. Enumeración

Se realiza una enumeración de medidas que no es taxativa sino meramente enunciativa.

a) Atribución de la vivienda familiar: el juez puede determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar. No se especifica que deba ser de propiedad de uno de ellos, ej. quien culminará el contrato de alquiler. Para determinar a cuál de los cónyuges o convivientes atribuye la vivienda familiar el juez debe tener en cuenta el interés familiar y el principio de interés superior del niño. Agrega que debe realizarse previo a efectivizar la medida un inventario de los bienes que retira el cónyuge que dejará el inmueble.

b) Renta: el juez puede establecer, conforme a las circunstancias del caso, que el cónyuge o conviviente que usará la vivienda familiar debe abonar una renta a quien se retira.

c) Objetos de uso personal: puede establecer que se entreguen los objetos de uso personal que el cónyuge o conviviente solicite, que hayan quedado en la vivienda al retirarse. Son bienes de uso personal la vestimenta y los elementos para el desarrollo de su profesión o empleo, (ej. herramientas del carpintero, libros jurídicos del abogado). Son propios de cada cónyuge y no ingresan en la masa a liquidarse. Sin embargo la jurisprudencia ha entendido que si fueren de mucho valor (ej. joyas, instrumentos o herramientas costosos en relación al acervo) y han sido adquiridos con fondos gananciales, tendrían esa calificación pues generaría una desigualdad y empobrecimiento del otro cónyuge.

d) Régimen provisorio de alimentos y contacto con los hijos. El juez puede disponer un régimen provisorio de alimentos y de ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro. Es necesario que los cónyuges tengan un régimen de alimentos y contacto con los hijos mientras dura el proceso de nulidad o divorcio. Lo contrario implicaría que los niños no gocen de adecuado contacto o alimentos. Por ello se debe fijar un régimen provisorio que puede modificarse durante el juicio si varían las circunstancias que determinaron su dictado, más allá de la fijación de regímenes definitivos al dictado de la sentencia de fondo.

e) Régimen provisorio de alimentos al cónyuge o conviviente. El juez puede determinar los alimentos que solicite el cónyuge o conviviente, teniendo en cuenta las pautas establecidas en el art. 433 Cód. Civ. y Com.

III. JURISPRUDENCIA

En el Derecho Procesal de Familia —y más aún en casos de violencia familiar— los requisitos de las medidas cautelares deben ser valorados con mayor flexibilidad y menor rigor técnico. En autos no se han acreditado debidamente los mismos, salvo por las declaraciones de cada parte, las que sumadas a varias denuncias que se observan agregadas en los autos principales, no bastan para acreditar la verosimilitud del derecho que justifique la admisión de una medida como la adoptada en autos (CCiv. y Com. Dolores, RSI-477-8, I, 1/10/2008, voto Juez Hankovits).

Art. 722.— Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

Art. 723.— Ámbito de aplicación. Los artículos 721 y 722 son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

II. RELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL. FUENTES DEL NUEVO TEXTO

Similar al art. 233 del Código de Vélez, pero agrega el plazo determinado de duración, y las extiende a los casos de disolución de la sociedad conyugal por nulidad del matrimonio y agrega las medidas para individualizar bienes o derechos de los cónyuges. El art. 233 Cód. Civil era complementado por el 1295 que establecía medidas de seguridad destinadas a controlar o trabar la administración o disposición de bienes y medidas informativas para identificar los bienes o derechos.

II. COMENTARIO

10341. Trámite

144
La diferencia de las medidas relativas a personas, las relativas a los bienes se decretan y se cumplen sin audiencia, ni traslado a la contraparte (sin sustanciación). Como todas las medidas cautelares, los recursos que se interpongan tendrán efecto no suspensivo, por lo que no detienen su cumplimiento. Sólo se decretan a pedido de parte, no procede de oficio, pues al recaer sobre bienes son de contenido estrictamente patrimonial. Por ser accesorias cesan en caso de rechazarse la demanda o terminar el proceso por caducidad de instancia (procesos exclusivamente patrimoniales).

La medida debe ser notificada de oficio por el tribunal una vez trabada, para permitir al afectado que solicite el levantamiento —si cesaron los motivos que determinaron su dictado—, la reducción o sustitución por otra que le cause menos perjuicio, pero que garantice el derecho del peticionante (arts. 202 y 203 CPCCN).

2. Requisitos

El requisito de verosimilitud de derecho se considera acreditado con la sola promoción de la demanda de divorcio o nulidad, aun en caso de solicitarla antes de iniciar el divorcio o nulidad, se considera acreditado con la documentación que acredite el vínculo matrimonial (acta, testimonio, certificado o libreta de familia)

Tampoco requiere contracautela, puesto que con el 50% indiviso de quien la solicita estaría suficientemente garantizado. Se la ha requerido excepcionalmente cuando la medida solicitada pueda afectar derechos de terceros (v.gr. socios del cónyuge).

3. Caducidad

Las medidas son accesorias del juicio principal de divorcio o nulidad. Sin embargo pueden promoverse antes de iniciarlo, en caso de urgencia, en cuyo supuesto las leyes procesales normalmente establecen la caducidad de la medida si no se iniciara el proceso dentro de los 10 días siguientes a su traba (art. 207 CPCCN). La jurisprudencia ha entendido que estas normas se refieren a “obligaciones exigibles” no es de aplicación a los bienes de la sociedad conyugal pues los créditos entre los cónyuges serían exigibles luego de concluida la liquidación.

4. Medidas

El juez puede ordenar, cautelarmente, cualquier medida que estime conducente para evitar que la administración o disposición de los bienes del cónyuge titular del bien ponga en peligro, haga inciertos o defraude los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial que hayan elegido. Por ejemplo inhibición general de bienes, anotación de la litis, prohibición de contratar, embargo sobre bienes, cuentas bancario títulos acciones o créditos; intervención de sociedades comerciales o profesionales, etc.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares. Por ej. inventario, designación de veedor; exhibición del libro de accionistas de una sociedad, o de los libros contables para determinar el aporte de capital, utilidades, derechos y créditos contra la sociedad; dictamen pericial del estado de cuenta; exhibición de documentos o contratos en poder de terceros que instrumentan transmisión de bienes o créditos; etc.

5. Plazo de duración

La prolongación de una medida que afecta al demandado, puede significar un injusto perjuicio, por eso y atento la jurisprudencia que sostiene que no es aplicable el plazo de caducidad, el artículo prevé que estas medidas deben tener un plazo de duración determinado. Sin perjuicio que es posible solicitar su extensión por otro período, si subsisten los presupuestos que hicieron posible el dictado.