

BOLETÍN INFORMATIVO

DERECHO DE FAMILIAS Y SUCESIONES

- Bo.DFyS -

Editado por la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia – Facultad de Derecho – UBA

ÍNDICE

Sección doctrina libre

Fraude entre cónyuges, por Lidia Beatriz Hernández (pág. 2)

Algunos aspectos de las recompensas en el Código Civil y Comercial de la Nación, por Luis Alejandro Ugarte (pág. 12)

Convenciones matrimoniales, por María José Fernández (pág. 21)

Sección doctrina libre - cursantes

Los derechos de los acreedores de los cónyuges en el régimen de comunidad, por María Eugenia Lastra (pág. 31)

Deudas de los cónyuges frente a terceros en el régimen de la comunidad, por Marta Redmond (pág. 36)

Sección tesis de maestría

Derecho a la identidad, vinculo filial, técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución, por Liliana Elena Haissiner (pág. 40)

Las directivas médicas anticipadas en niñas, niños y adolescentes según la legislación argentina, a la luz del sistema de protección integral de derechos, por Patricio Jesús Curti (pág. 48)

PRESENTACIÓN

Este Boletín tiene por objeto difundir las actividades académicas desarrolladas en el marco de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia y en la Carrera de Especialización en Derecho de Familia.

Es nuestro deseo que constituya un espacio para difundir trabajos, documentos e informaciones proporcionados por docentes, egresados y cursantes de la Maestría y de la Especialización.

En este primer Boletín publicamos valiosos trabajos de los cursantes comentando fallos de jurisprudencia y notas de profesores, en todos los casos relacionadas con el régimen patrimonial del matrimonio, rememorando las últimas Jornadas que realizamos en el año 2020.

Creemos necesario recordar que las opiniones expuestas en los distintos artículos y notas son de exclusiva responsabilidad de sus autores,

El boletín que hoy difundimos se publicará trimestralmente. Estamos persuadidos que será un buen medio para comunicar las actividades de la Maestría y la Especialización.

Saludos a todos y sean bienvenidos.

Lidia Beatriz Hernández

Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia



Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Contacto

Mail: cedfamilia@derecho.uba.ar

URL: www.derecho.uba.ar/bodfys

Fraude entre cónyuges

Lidia B Hernández¹

I.- Introducción.

Vuelvo sobre un tema que ya he analizado² porque las reformas introducidas en el Código Civil y Comercial resultan de importancia para resolver con justicia los casos de fraude.

Dos son los principales aspectos que deben remarcarse. El primero, la modificación del régimen patrimonial del matrimonio, con la introducción de la opción por la separación de bienes, manteniendo como legal el de comunidad de ganancias. Ello requirió la introducción de normas comunes a ambos regímenes de carácter imperativo. Resulta importante señalar que en las normas referidas al régimen de gestión de bienes en la comunidad se legisló el fraude entre cónyuges en el art. 473, modificando de esta manera la metodología del Código Civil que lo incluyó en el capítulo referido a la disolución de la sociedad conyugal, actualmente llamada comunidad de ganancias.

De todas maneras, se han mantenido y acentuado principios que ya he señalado en otro trabajo al referirme a las características del régimen de comunidad.

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges se caracterizan actualmente por la igualdad y la independencia. La administración separada adoptada a partir de la ley 17711, en la que cada cónyuge administra y dispone de sus bienes propios y gananciales y el principio de irresponsabilidad por las deudas contraídas por el otro les otorgan esa autonomía y son principios que se sostienen en la legislación actual.

En este sentido, la reivindicación de la igualdad se combinó con la reivindicación de la independencia y de cierta autonomía.³

Ese obrar independiente de cada cónyuge ofrece

¹ Doctora en Derecho. Profesora consulta titular de Derecho de Familia y de las Sucesiones. Ex integrante de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Directora de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia

² Hernández Lidia B., "Fraude entre cónyuges. La sociedad como instrumento de fraude", *Revista Derecho de Familia* n° 32, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005.

³ Champenois, Gerard, "Los regímenes matrimoniales en Francia", La Ley 1992-C-748.

posibilidades de desvío y en este aspecto aparece el fraude, cuyos remedios constituyen precisamente uno de los límites a esa libertad. Si antes el marido era el gran defraudador de los bienes de la mujer⁴, la igualdad de ésta y la autonomía en el manejo económico de sus bienes, otorgan poder a ambos cónyuges para defraudar.

La administración separada de los bienes adquiridos por cada cónyuge se articula con la restricción de esa libertad para los actos más importantes, obligando los arts. 456 y. 470 al asentimiento conyugal. Como dice Grosman⁵, la ley le impone a pesar de ser propietario de los bienes gananciales el deber de respetar los intereses comunitarios y actuar en interés de la familia. Y así, a las normas de carácter separatista, se le oponen normas comunitarias, como el ya citado asentimiento conyugal; los arts. 477 inc. a) y b) (separación de bienes en caso de mala administración o concurso del cónyuge), el art. 722 y 483 (medidas de seguridad o cautelares) y el art. 473 (acción de fraude). Llamamos a estas últimas normas de carácter comunitario porque resultan protectoras de los bienes gananciales y, por ende, de los derechos de un cónyuge frente a actos fraudulentos del otro.

La simulación también aparece como un instrumento para defraudar los derechos del cónyuge, aunque nuestro Código la regula como un vicio del acto en forma autónoma.

En este aspecto cabe destacar que siendo el acto fraudulento un acto real, tal vicio resulta incompatible con la simulación absoluta, donde el acto carece de realidad. Sin embargo, habitualmente se ha utilizado la simulación, sea absoluta o relativa para perjudicar los derechos gananciales del cónyuge y en tal sentido se la entendió como un medio para defraudar esos derechos.

⁴ Como mencioné en el trabajo anterior, de alrededor de cincuenta casos resueltos por nuestra jurisprudencia respecto de actos para defraudar los derechos patrimoniales del cónyuge y otros tantos respecto de la simulación relativa encubriendo actos perjudiciales al otro cónyuge, la casi totalidad aparece el marido quien cometió el fraude. Debe tenerse presente que la mayoría de esos casos fueron resueltos en épocas en que aquél era el administrador de la sociedad conyugal, y aun los posteriores, muestran que en los hechos el marido seguía manejando los bienes gananciales de su cónyuge.

⁵ Grosman, Cecilia, "La mala administración de un cónyuge como causal de separación de bienes", en *Revista Tribunales*, Año II, núm. 8, p.75, 1988.

El segundo aspecto de importancia a considerar es la introducción en el Código Civil y Comercial del fraude a la ley, en el art. 12 que específicamente dice: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir.”

El fraude a la ley se manifiesta en negocios jurídicos aparentemente lícitos por realizarse al amparo de una ley vigente a la que se denomina ley de cobertura, pero en los cuales se persigue la obtención de un resultado análogo o equivalente al prohibido por otra norma imperativa a la que se denomina ley defraudada. De allí que se sostenga con razón que el defecto del negocio radica en la causa final, distorsionándose la causa objetiva tenida en cuenta por la ley de cobertura.

Consiste en eludir una regla obligatoria mediante el empleo a propósito de un medio eficaz que hace inatacable ese resultado en el ámbito del derecho positivo. Supone la conjunción de tres elementos: a) una regla obligatoria; b) una intención fraudulenta que es mala fe, voluntad consciente y deliberada de buscar un resultado ilícito; c) la existencia de un medio desviado para sustraerse al cumplimiento de la norma obligatoria. Precisamente el uso del medio desviado es lo esencial en el fraude. No se trata de violar la ley abiertamente con riesgo de la sanción sino de eludirla hábilmente.⁶

Como se advierte⁷, se destacan dos elementos, uno objetivo consistente en la idoneidad del negocio realizado para conseguir un resultado análogo al prohibido y un elemento subjetivo, consistente en el propósito de eludir la norma imperativa.

Incide en la causa del negocio que resulta ilícita aunque aparezca encubierta por una apariencia de licitud: se acude a la ley de cobertura para defraudar lo dispuesto en otra ley con carácter obligatorio, según la denominación de Díez Picazo⁸, de tal

manera que para eludir la segunda, indirectamente, se utiliza a la primera.

La finalidad perseguida vicia el negocio. Lopez Olaciregui⁹ lo caracteriza como una defección del querer, se persigue un resultado prohibido mediante un negocio jurídico permitido.

Encontramos en el Código Civil y Comercial disposiciones expresas sobre tres acepciones del fraude. Además del fraude a la ley, el fraude como dolo, que se denomina genérico, identificando al fraude con el engaño, o sea la maquinación dolosa.

En otra acepción el fraude aparece como vicio típico del acto jurídico: es el fraude pauliano, legislado en los arts. 338 a 342 del Código Civil y Comercial.

II.- Fraude entre cónyuges en el Código Civil y la interpretación de la doctrina

El Código Civil no reguló expresamente, el fraude a la ley. Sólo legisló la acción pauliana o sea el fraude a los acreedores.

Por otra parte, durante mucho tiempo, la doctrina no trató especialmente o no le dio la suficiente importancia al fraude a la ley, ya sea por seguir la metodología de Vélez, o por encontrarse apegada a un sistema exegético de interpretación del derecho, que al decir de Mosset Iturraspe, favorece el fraude.

El art. 1277 (luego reformado por la ley 17711), actual art. 470, en el capítulo sobre administración de la sociedad conyugal, permitía al marido enajenar y gravar a título oneroso los bienes gananciales, salvo los derechos de la mujer cuando la enajenación fuese en fraude de ella. Asimismo, los arts. 1297 y 1298, ubicados en el Capítulo destinado a la disolución de la sociedad conyugal se referían al fraude. El primero contenía una presunción de simulación y fraude por arrendamientos hechos por el marido después de la demanda puesta por la mujer de separación de bienes, sin su consentimiento y todo recibo anticipado de rentas o alquileres y el 1298 la acción de la mujer para impugnar por fraudulentos los actos o contratos del marido anteriores a la demanda de separación de bienes, remitiendo a lo dispuesto respecto de los hechos en fraude de los acreedores.

No cabe duda que dichas normas fueron

⁶ Chevallier-Dumas, F. “La fraude dans les régimes matrimoniaux”, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1979, p. 40 y ss.

⁷ Santoro Passarelli, “Doctrinas generales del derecho civil”, p. 225, núm. 41.

⁸ Díez Picazo, Luis, “El abuso del derecho y el fraude a la ley en el nuevo título preliminar del Código Civil y el problema de sus recíprocas relaciones”, en *Revista de Documentación Jurídica*, oct.dic.1974, p. 214. Ver también

Mosset Iturraspe, *Negocios simulados*, T II, p. 19, núm. 70.

⁹ López Olaciregui, José M. en Salvat, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Parte General, T II, p. 617, núm. 2422-B, VII, undécima edición.

pensadas para la defensa de la mujer respecto de su participación en los bienes gananciales administrados por el marido. Los dotales estaban protegidos por los arts. 1253, 1254 y 1258 que imponían la restitución de esos bienes, la inoponibilidad a la mujer de las enajenaciones y gravámenes concluidos por el marido sin su autorización, y otorgando a la mujer la acción de reivindicación.

En este contexto, frente a la remisión que el art. 1298 hacía a lo dispuesto respecto de los hechos en fraude a los acreedores, los principales comentaristas del Código (aunque con algunas diferencias), requerían que se cumplieran los requisitos exigidos por el art. 962 para ejercer la acción. Es decir: revestir la calidad de acreedora; que el acto hubiera producido o agravado la insolvencia del marido, que el acto sea anterior al crédito y la complicidad del tercero, cuando se tratara de un acto a título oneroso.

Así lo exigió la jurisprudencia siguiendo la opinión de Rébora, Guaglianone, Spota, Mazzinghi, entre otros, considerando aplicables las normas del fraude pauliano. Sin embargo, no se advirtió que los diferentes intereses en juego llevaban a una solución injusta para el cónyuge defraudado.¹⁰

En el fraude a los acreedores, éstos se ven afectados por la insolvencia del deudor, en cuanto desbarata la solvencia del crédito, que necesariamente debe ser anterior, pues precisamente el patrimonio del deudor al tiempo de contraer la deuda fue el tenido en cuenta por los acreedores. En cambio, en el caso del desbaratamiento de los derechos del cónyuge sobre los gananciales que le corresponden, se trata de mantener la integridad de esos bienes, por ello la insolvencia del marido, tampoco importa, y los derechos del cónyuge surgen con la ganancialidad desde el principio del régimen de comunidad, no importando en definitiva la calidad de acreedor del cónyuge, sino de participe en esa comunidad.

Con la aplicación de las normas de la acción pauliana se planteó especialmente un problema principal. Esto es, si se le reconocía a la mujer la acción durante la vigencia del régimen patrimonial o si era necesario que la comunidad se encontrara disuelta o por lo menos iniciada la acción de

separación de bienes.

Como se advierte, esta exigencia, iniciar la acción de separación, tenía relación con los requisitos de la acción pauliana, pues sólo se reconocía la acción al cónyuge como acreedora de su esposo.¹¹

Empero, merece destacarse, que esa misma doctrina que parecía aceptar a rajatabla la remisión legal, comenzó a apartarse de la rígida acción pauliana. Y simplemente lo hizo, al advertir la inequidad de no reconocer a la mujer la defensa frente a actos fraudulentos del marido que afectaban sus derechos sobre los gananciales, aun durante la vigencia del régimen. Se lesionaba la ética en las relaciones matrimoniales, sin que existiera remedio legal para ello.

Lafaille¹² y Guaglianone¹³, reconocían ciertas particularidades y aun cuando admiten que durante la sociedad conyugal la mujer y el marido carecen de derechos actuales sobre los gananciales que el otro administra, y sólo tiene una expectativa a recibir su parte a la disolución del régimen (la tesis de la sociedad diferida), concluían que el sistema no protege debidamente al cónyuge no administrador. Mazzinghi¹⁴, antes de la reforma, también distinguía la situación de los cónyuges a pesar de admitir que se deben reunir los requisitos de la acción pauliana, y expresaba que si bien no puede afirmarse que antes de la disolución de la sociedad conyugal sean recíprocamente acreedor y deudor, no cabe duda de que están ligados por una relación patrimonial que eventualmente puede transformarse en una relación crediticia y el cumplimiento de tal obligación podrá verse amenazado por el fraude que uno de ellos intente contra el otro. Ese derecho en expectativa a participar de la mitad de los gananciales merece la protección que le brinda el art. 1298. La particular relación entre los cónyuges justifica la excepción que dicha norma introduce al régimen común del fraude, al autorizar el ejercicio de la acción, con referencia a actos cumplidos antes de la demanda de separación de bienes. Y concluyó que el fraude entre esposos está regido por los principios generales expresados

¹⁰ Véase un fallo citado por Fassi del año 1898 de la C.S. Buenos Aires, el del Superior Tribunal de Santa Fe en 1941, comentado en: De los actos de disposición realizados por el marido en fraude de los derechos de su mujer. Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal, en La Ley 27-109.

¹¹ Para consultar las distintas posiciones doctrinarias sostenidas sobre el tema debe consultarse el completo trabajo de Makianich de Basset, Lidia N, Fraude entre cónyuges, en Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia, núm. 8, p. 7.

¹² Lafaille, Héctor, Curso de Derecho Civil, Derecho de Familia, núm. 364, p. 265. Buenos Aires 1930.

¹³ Guaglianone, Aquiles Horacio, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, p. 192, núm.184.

¹⁴ Mazzinghi, Jorge A, Derecho de Familia, T II, núm. 286, p. 379.

en el art. 961 y ss., con la sola excepción consagrada por el art. 1298 respecto de la exigencia del art. 962, inc. 3.

Borda¹⁵, decía que la disposición no puede tomarse al pie de la letra pues cuando se trata de cónyuges su ejercicio ofrece particularidades propias. No se requiere la insolvencia, basta la enajenación de bienes que debieron ser compartidos para que haya perjuicio que justifica la acción. Tampoco la complicidad estará dada por el conocimiento de la insolvencia.

Como se ve, de todas maneras, estas posiciones mantuvieron la necesidad de iniciar demanda de separación de bienes para legitimar a ambos cónyuges para iniciar la acción. La igualdad de los esposos ha llevado a toda la doctrina a extender también al marido la legitimación para iniciar la acción de fraude.

La reacción de la doctrina moderna puede situarse en aquel brillante comentario de Fassi en el año 1942 a un fallo del Tribunal Superior de Santa Fe¹⁶. En el caso, la mujer culpable del divorcio no podía pedir la separación de bienes, pues regía el original art. 1306 que daba esa iniciativa solamente al cónyuge inocente. En consecuencia, vigente la sociedad conyugal no se le reconoció legitimación para iniciar la acción de fraude por no ser acreedora del marido y en base a la concepción de la comunidad como diferida tampoco se le reconocía interés alguno a proteger durante el régimen matrimonial.

Fassi, basándose en su concepción de reconocer a la sociedad conyugal la naturaleza de una verdadera sociedad civil, consideró que la mujer tiene el derecho actual sobre los bienes gananciales e interpretaba los arts. 1277 y 1298 como confiriendo dos acciones diferentes, el primero la acción de fraude contra enajenaciones efectuadas por el marido durante la sociedad conyugal y el 1298 le otorgaba una acción más amplia para argüir de fraude cualquier acto o contrato del marido. Una la ejerce como socia, otra como acreedora del marido.

Derogado el original art. 1277 por la ley 17711, Fassi y Bossert, realizaron una interpretación diríamos funcional del art. 1298, diferenciando la acción de fraude ejercida por cualquiera de los

cónyuges durante el régimen, en calidad de socio, con fundamento en la noción de fraude genérico, o sea, contra los actos del otro que exhiban un elemento intencional, dolo manifiesto de perjudicarlo. Manteniendo el art. 1298, con los requisitos de la ley pauliana, para la acción ejercida por los cónyuges no ya como partícipes de la comunidad sino como acreedores.¹⁷

Zannoni¹⁸ y Méndez Costa¹⁹, también se adhirieron a esta posición amplia, diferenciando el ejercicio de la acción del cónyuge, como partícipe de la comunidad y como acreedor, pero basando la primera no ya en el fraude genérico, sino en el fraude a la ley. Ambos autores reconocieron el ejercicio de la acción de fraude durante la vigencia de la comunidad. Consideró Méndez Costa que el fraude como género abarca más de una especie, además del fraude a los acreedores, se encuentra el fraude a un sujeto distinto al acreedor, entre el que se encuentra el cónyuge como partícipe del régimen matrimonial y como una subespecie la delineada en los arts. 1297 y 1298.

La doctrina moderna es conteste en señalar que durante la vigencia de la comunidad el cónyuge no administrador tiene un derecho actual marcado por la obligación de ambos de actuar en interés de la familia y de la comunidad, que obliga a cada cónyuge a realizar una administración exenta de negocios ruinosos y perjudiciales para la economía familiar.

Ese derecho actual se manifiesta no sólo en controlar la gestión del cónyuge durante la comunidad, como se ha dicho, sino también en impedir actos fraudulentos que lesionen su futura participación en los bienes gananciales administrados por el otro.

Se han marcado ejemplos que acreditan fehacientemente que el derecho a compartir los gananciales está protegido desde que esos bienes se incorporan al patrimonio del consorte adquirente. Uno de ellos es el asentimiento conyugal, requisito legal que ha sido interpretado por la doctrina y jurisprudencia como una valla al fraude, y que para algunos autores constituye la única finalidad de la protección.

¹⁵ Borda, Guillermo, Tratado de Derecho Civil. Familia, T I, núm. 413 y ss, p. 311.

¹⁶ Fassi, Santiago, De los actos de disposición realizados por el marido en fraude de los derechos de su mujer. Naturaleza jurídica de la sociedad conyugal, en La Ley 27-109.

¹⁷ Fassi, Santiago y Bossert, Gustavo, Fraude entre cónyuges, ED 64-577.

¹⁸ Zannoni, Eduardo, Derecho de Familia, T I, p. 667 y ss. núms. 534 y ss. y Sociedades entre cónyuges, cónyuge socio y fraude societario, p. 132 y ss. núm. 59/71.

¹⁹ Méndez Costa, María Josefa, Fraude entre cónyuges en Revista de Derecho privado y Comunitario, núm, 12, p.241.

Otro, es la posibilidad del cónyuge, en las circunstancias previstas en el art. 477 del Código Civil y Comercial, a solicitar la separación de bienes, en supuestos donde existe especialmente el peligro de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales. Se trata de un derecho efectivo dentro de una comunidad activa.²⁰

No cabe duda entonces, que sea a través de la noción de fraude genérico o de fraude a la ley, debe reconocerse al cónyuge afectado la acción durante la sociedad conyugal. Se trata en definitiva de aplicar los principios generales de la buena fe en las relaciones matrimoniales. Si se exige entre extraños cuando más entre cónyuges. De allí que la legislación no se conforme con proteger el interés del cónyuge al liquidarse la sociedad conyugal mediante el reconocimiento de recompensas sino que durante la vigencia de la comunidad le reconoce como defensa los recursos enumerados. La acción de fraude es uno de ellos.

En cuanto a aquella postura que consideró que el ejercicio de la acción durante la vigencia del régimen matrimonial perjudica la relación conyugal, cabe responder que la realidad nos muestra que cuando de fraude o simulación se habla, esa relación ya se encuentra desquiciada. En más de 50 fallos rastreados sobre el tema, en su totalidad la relación de los cónyuges estaba desquiciada al realizarse el acto fraudulento o simulado. Precisamente los jueces presumieron el fraude, entre otras circunstancias, por haberse celebrado durante ese período de sospecha, o ya manifestada la desarmonía matrimonial.

En la mayoría de los casos se había iniciado la acción de divorcio y separación de bienes y en casos excepcionales no se promovió la separación de bienes porque la culpabilidad en el divorcio impedía hacerlo antes de la reforma del art. 1306 o porque simplemente no se había iniciado ninguna acción, pero los cónyuges se encontraban hacía tiempo separados de hecho.

La jurisprudencia mostró, igualando a la doctrina, una tendencia francamente mayoritaria a aceptar la acción de fraude sin exigir la promoción de la acción de separación de bienes.²¹

²⁰ Grosman, Cecilia, La mala administración de un cónyuge como causal de separación de bienes, en Revista Tribunales, Año II, núm. 8, p. 75.

²¹ Véase como ejemplos los citados: CNCiv. sala F, del año 1989 con voto de Nilve, que revoca una donación de acciones a los hijos cuando la mujer se había alejado del hogar pero todavía no se había dictado sentencia de divorcio.

La Corte Suprema de la Provincia. de Salta en un fallo diferenció el fraude al cónyuge y dice que en este último se afecta el derecho conyugal a compartir los eventuales bienes gananciales a diferencia de la acción de fraude común que tiene por objeto la inoponibilidad del acto con relación a terceros acreedores.²²

III.- Proyectos de reforma recientes.

El proyecto de reforma elaborado por la comisión designada por decreto 468/92 previó el fraude a la ley en el art. 645 como el acto realizado al amparo de un texto legal que persigue un resultado análogo al prohibido por la norma imperativa y lo somete a la norma imperativa que se hubiere tratado de eludir. Para el régimen de comunidad ofrecido como supletorio a falta de opción de los contrayentes y durante su vigencia, el art. 526 consideró que son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus poderes pero con el propósito de defraudarlo, si se trata de actos a título gratuito o el tercero contratante es de mala fe. Y en el capítulo correspondiente a la liquidación de la comunidad, el art. 546 proyectado estableció que los actos otorgados después de la demanda de divorcio, separación personal o separación de bienes por uno de los esposos dentro de los límites de sus poderes, así como los que impliquen contraer obligaciones a cargo de la comunidad, otorgados con el fin de perjudicar al cónyuge, podrán ser argüidos de fraude por el otro según las normas de fraude a los acreedores.

Asimismo, el Proyecto de Código Civil Unificado

CNCiv. Sala A en 1978 con nota de Bossert. donde se acoge la acción de fraude (el marido vació el patrimonio ganancial, aunque la acción de divorcio había caducado), La Ley 1979-B-93.CNCiv. Sala A, del año 1974, ED 55-637 y CCiv.Flia y Suc. Tucuman 1980, JA 1980-IV-398.siguen posición amplia de Fassi.CNCiv. Sala E, dic. 27-979, G. De I. C.I, JC, ED 86-755.CNCiv. Sala F, dic. 4-1989, L. de L., M.E c. L., R. y otros. La Ley 1991-C-19.C.Ap.Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza. Sala 2G. A. M. c/ M. H. T. s/ ordinario, feb. 1- 2016. MJ-JU-M-96924-AR

JUzg. Nac. 1* Instancia N° 92, abril 4-2018, J.M. c.S. H.S. s. simulación, elDial AAA87D, aunque rechazó la demanda por falta de prueba, aceptó la acción durante la vigencia de la comunidad de ganancias. CNCiv. Sala M, agosto 7-2018 G. L.V. c. D.M.N. y otro s. simulación, elDial AAAC21. CNCiv. Sala H, dic.23-3003, S de S. J.E.B.c. S.S. J.N.E. y otro, elDial AA1DB8

En contra, C,Civ, y Com. de Tucumán Sala 2, abril 4-2003, elDial BB56F6 B. vda. De C., M.L. c. O., M.T, donde se consideró que el cónyuge tenía un derecho en expectativa durante la comunidad y no derechos adquiridos.

²² Corte Suprema de la Provincia de Salta, feb.4-2014, M.L., M.C. c. L.C. A. y otros s. Nulidad y/o revocación de actos fraudulentos, elDial WE384.

con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por Decreto 685/95, en la Sección referida a la Gestión de bienes en la comunidad estableció en el art. 466 que 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. Quedan a salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe y a título oneroso. Y en la Sección séptima al tratar la liquidación de la comunidad, el art. 487 presume efectuados con el fin de perjudicar al otro cónyuge, los actos otorgados por uno de los ellos dentro de los límites de sus facultades así como los que impliquen contraer obligaciones a cargo de la comunidad, teniendo en miras la demanda de divorcio, de separación judicial o de separación de bienes y remite al art. 466.

IV.- El fraude en el Código Civil y Comercial.

Como ya he mencionado el Código vigente trata expresamente el fraude entre cónyuges. Apartándose de la anterior legislación dispone el art. 473 que 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.

Es cierto que puede afirmarse que el artículo amplía la concepción del fraude comparándolo con el art. 1298 del Código Civil, pero también es cierto, a mi criterio, que esta disposición se ha quedado a mitad de camino para solucionar el tema del fraude al cónyuge.

Trataré los aspectos positivos y las omisiones de la actual legislación.

1.- Ubicación metodológica.

Resulta un acierto que el Código Civil y Comercial se haya apartado de la metodología seguida por el Código Civil, donde se legislaba el fraude en el capítulo de la disolución de la sociedad conyugal (actual comunidad de ganancias).

Como surge de los antecedentes que he mencionado, el legislador del Código Civil y Comercial siguió la interpretación de la doctrina mayoritaria que interpretó que la acción de fraude podía interponerse vigente el régimen de comunidad.

Actualmente por la ubicación del art. 473 en la Sección "gestión de bienes en la comunidad", no es dudoso interpretar que la acción puede iniciarse durante la vigencia de la comunidad. Advierto además que con buen criterio se hace mención de los actos fraudulentos cometidos por el cónyuge administrador dentro del límite de sus facultades. No

resulta dudoso y lo he comprobado en los fallos a los que he tenido acceso que el fraude fue cometido primero por el marido en perjuicio de la mujer, cuando aquél era el exclusivo administrador de la comunidad y actualmente la administración separada permite que el fraude pueda ser cometido por cualquiera de los cónyuges en el ámbito de su administración.

En este aspecto no debemos olvidar el fin del art. 1277 (reformado por la ley 17711) y actual 470 en cuanto a la protección de los bienes gananciales y el art.456 respecto de la vivienda familiar y sus muebles. A pesar que esas normas se dirigían a proteger la integridad del patrimonio ganancial, lo cierto es que también sirvieron para prevenir el fraude.

En definitiva se cierra así un capítulo que perjudicó a la mujer en la primera etapa y luego a cualquiera de los cónyuges, que debían esperar por lo menos iniciar el juicio de separación de bienes para que se admitiera la acción dirigida a atacar los actos fraudulentos del otro.

2.- Ampliación del alcance del fraude

Otro acierto en el contenido del art. 473 es la autonomía que se le ha dado a este vicio del acto. Ello respecto del fraude a los acreedores que tantos problemas de interpretación dio la remisión que hiciera el art. 1298 del Código Civil.

Ello pone de manifiesto lo que muchos autores señalaban en cuanto a las diferencias del fraude al cónyuge con el fraude a los acreedores. Así decía Guaglianoni: "No cabe contestarse con la afirmación de que el otro cónyuge únicamente tiene derecho a lo que haya en el patrimonio ganancial al tiempo de la disolución y a nada si nada resta. Ni podemos admitir fríamente que la fecha de su título sea la de la disolución y por tanto, posteriormente a la de celebración de los actos objetivamente fraudulentos. En conclusión, consideraba que la insolvencia debe ser juzgada no en base a los gananciales existentes al tiempo de la disolución sino de lo que debería haber en esa misma época, si el administrador se hubiera conducido con buena fe. Aplica el art. 963 como excepción a la exigencia del art. 962 inc. 3.

De la misma manera, como hemos visto, independizaban el fraude al cónyuge del fraude a los acreedores, Fassi y Bossert distinguiendo al cónyuge como acreedor del cónyuge como socio y Zannoni y Méndez Costa al considerar que el fraude al cónyuge se trata de fraude a la ley.

3.- Es fraude a la ley

Cuando uno de los cónyuges realiza actos fraudulentos trata de burlar una ley obligatoria cual es: la que obliga a partir por mitades la masa formada por los bienes gananciales de ambos cónyuges a la disolución del régimen, dispuesta por el art. 498 del Código Civil y Comercial.

En definitiva, el cónyuge defraudador infringe una norma obligatoria de compartir los gananciales, buscando dañar al otro cónyuge. Como dice Méndez Costa, la concurrencia de los restantes elementos es fáctica, el daño causado en virtud del empleo de un medio lícito, la violación de la buena fe lealtad y por lo tanto, de la ética que debe regir las relaciones matrimoniales en la totalidad de sus aspectos.²³

Como se advierte, se trata de un negocio permitido al cónyuge pero que celebró con la intención de perjudicar al otro, privándolo de su participación en los bienes gananciales.

De allí que el daño se concreta al momento en que los bienes gananciales deban ser compartidos, sea porque se sustraen bienes o porque al excluirlos se pierden para la comunidad los frutos de esos bienes.

No obstante, vale la reiteración, debe entenderse que el acto fraudulento puede atacarse durante la vigencia del régimen.

4.- Omisiones.

a) Omisión de presunción legal.

Como sabemos, el Código Civil en el art. 1297 traía una presunción de fraude al disponer que se reputaba simulado y fraudulento cualquier arrendamiento que hubiese hecho el marido después de la demanda puesta por la mujer sobre la separación de bienes, si no fuese con consentimiento de ella, o con autorización judicial. Reputaba también simulado y fraudulento todo recibo anticipado de renta o alquileres.

El actual art. 473 no ha incorporado ninguna presunción legal que invierta la carga de la prueba. Sin duda la prueba del fraude resulta ardua por lo que creemos que debería haberse previsto una presunción *iuris tantum* respecto de los actos realizados por un cónyuge en perjuicio del otro en lo que llamaremos período de sospecha, es decir actos efectuados después de iniciada la acción de divorcio

o de separación de bienes o anteriores cercanos a esa fecha y ya acreditado el conflicto conyugal.

b) La oponibilidad como efecto del acto fraudulento. Crítica. Casos de nulidad.

El Código Civil distingue entre los actos nulos y los inoponibles. En general, el acto inoponible tiene en mira el interés de terceros frente al de las partes del acto, y es propio del fraude a los acreedores. También especialmente se ha elegido esa sanción al fraude en el art. 54 de la ley de sociedades comerciales y en el art. 144 del Código Civil y Comercial referido a la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando con ella se persiga fines ajenos, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona.

Ante las consecuencias del acto y con el propósito de proteger los derechos de terceros se ha elegido la oponibilidad como consecuencia del acto fraudulento.

En el acto nulo y de acuerdo a lo dispuesto en el art. 390 la nulidad vuelve las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto declarado nulo y obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que se ha recibido. Entre las partes del acto inoponible por fraude al acreedor cesa la acción de los acreedores si el adquirente de los bienes transmitidos por el deudor los desinteresa o da garantía suficiente.

De todas maneras, tanto en el acto inoponible como en el acto nulo las consecuencias frente a terceros son similares. Así, en la nulidad el subadquirente a título oneroso y de buena fe de derechos reales y personales se encuentra protegido de los efectos de la nulidad por el art. 392. El efecto del acto inoponible frente a terceros es similar, pues el contratante de buena fe y a título oneroso responde sólo en la medida de su enriquecimiento, según lo dispone el art. 340.

La prescripción de ambas acciones la de nulidad del acto y la de fraude es de dos años conforme lo prevé el art. 2562 del Código Civil y Comercial.

A esta altura me centraré en el análisis del efecto del fraude al cónyuge que, como ya lo referí, es la inoponibilidad.

Como surge de los arts. 456 y 470 del Código Civil y Comercial, en los actos que requieren asentimiento conyugal, el que no lo ha dado puede pedir su nulidad; en cambio el acto de aquél que lo realizó con intención de defraudar a su cónyuge es inoponible, o sea una sanción menor a la nulidad.

²³ Méndez Costa, Fraude entre cónyuges en Revista de Derecho privado y Comunitario, núm, 12, p.255.

Advierto entonces la primera incongruencia.

De todas maneras si la intención del legislador es la protección de terceros y aun cuando resultara aceptable la oponibilidad en cuanto a las consecuencias frente a los terceros de buena fe y a título oneroso, no lo es frente a los terceros que han adquirido a título gratuito o son terceros de mala fe.

De allí que consideramos que es aceptable similar protección que tienen los terceros de buena fe y a título oneroso, pero entre las partes y frente a terceros de mala fe o a título gratuito debiera declararse la nulidad. No debemos olvidar que cuando de fraude al cónyuge se habla se está ante el fraude a la ley y –como dice Méndez Costa en el artículo citado- ello lleva a la nulidad. Además, de encontrarse comprometida la necesidad de evitar los actos fraudulentos y la protección de la ética de las relaciones matrimoniales.

Recuerdo un caso del año 1976 de la C.1° Civil y Comercial de San Martín en el cual cinco meses después de producida la separación de los cónyuges el marido integra una sociedad anónima a la cual vende, pocos días después los tres inmuebles gananciales y por esa transferencia recibe acciones que lo colocan como accionista mayoritario presidiendo el directorio. Tiempo después junto con el síndico de la sociedad y un tercero, titular del automotor adquirido por el marido durante el matrimonio, se constituye una nueva sociedad ésta en comandita por acciones y en la que los tres aparecen como socios comanditarios, es decir accionistas. Esta SCA adquiere bienes de la anónima y asimismo obtiene la transmisión del automotor. De tal modo la sociedad primitiva queda sin capital. Se destaca que las sociedades no pudieron acreditar ninguna actividad ni operación luego de su constitución.²⁴

El caso citado merecería una presunción legal de fraude, por constituir los actos efectuados por el marido, evidentemente fraudulentos y posteriores a la separación de los esposos. Además, deberían dichos actos sancionarse con nulidad, no sólo por la intencionalidad fraudulenta del marido sino también la connivencia de los terceros, todos de mala fe.

V.- Interpretación del acto fraudulento. Doctrina y jurisprudencia.

La acción de fraude que tiene el cónyuge como participe de la comunidad puede promoverla cuando los actos afecten bienes gananciales.

Los actos de disposición del administrador con asentimiento conyugal podrían ser atacados si el cónyuge demuestra que no advirtió que se trataba de un acto deliberadamente dirigido a negarle participación en los gananciales²⁵. Fassi y Bossert lo aceptan como remedio excepcional, sin perjuicio de atacar el acto, en su caso, por consentimiento viciado por error, dolo o violencia.²⁶

Quedan comprendidos los actos de administración de cualquier bien ganancial, actos de disposición - además de los referidos- los de bienes muebles o derechos no registables de carácter ganancial y reconocimientos de deudas.

Respecto de actos fraudulentos que comprometan bienes propios, se reconoce la acción al cónyuge como acreedor.

Resulta indudable que pueden atacarse los actos anteriores y también los posteriores a la demanda de separación de bienes. .

Si bien los actos y hechos que pueden realizarse para defraudar al cónyuge en su participación en los bienes gananciales, exceden cualquier intento de enumeración y superan la más fértil imaginación, resulta de utilidad mencionar alguno de ellos, para poder establecer los elementos que se reiteran en la conducta fraudulenta y que ayudan a tipificarla.²⁷

En un caso, la esposa interpuso la acción de fraude solicitando la revocación de la donación de valiosas acciones efectuadas por su esposo a los hijos del matrimonio, al poco tiempo del alejamiento de la mujer del hogar conyugal.²⁸

En otro, el marido vació el patrimonio ganancial, no sólo con la venta impugnada por la mujer, sino cediendo sus acciones sociales. Se presentó en el divorcio manifestando que no existían bienes gananciales .A pesar de que la mujer solicitó la nulidad de la venta el tribunal entendió que por el contenido de la pretensión en realidad se trataba de una acción de fraude²⁹

En un fallo de la Sala E, se había transferido un automóvil a favor del hijo a cuyo nombre se patentó a pesar de que con anterioridad y durante varios años en la póliza de seguro apareció como propietario el marido. Existía demanda de divorcio y

²⁵ Mazzinghi, Derecho de Familia, T II, p.385

²⁶ Fassi-Bossert, Sociedad conyugal, T 2, com. art. 1298, p. 201, núm. 29.

²⁷ En la enumeración tomé los ejemplos de un trabajo anterior ya citado.

²⁸ CNCiv. Sala F, dic. 4-1989, con voto de Nilve.

²⁹ CNCiv. Sala A, dic. 18-1978, La Ley 1979-B-93

²⁴ CCiv. y Com. San Martín, abril 13-1976, LL 1977-A-255

separación de bienes.³⁰

También se consideró fraudulento el reconocimiento de deuda simulada y escrituración a favor de un hermano del esposo de la compra de éste en remate judicial.³¹

La Cámara Civil y Comercial de Tucumán de 1982 anuló como simulada en fraude de la mujer la dación en pago de bienes gananciales efectuada por el marido a su madre. Hizo lugar a la prescripción respecto de la suegra y condena la marido a daños y perjuicios³²

En otro caso, el esposo había simulado la cesión de derechos hereditarios en la sucesión de sus padres, pocos días antes de fallecer a favor de sus hermanos y en perjuicio de su esposa. Además había otorgado testamento mejorando a su hija con la porción disponible y estableciendo el estado de indivisión de la sociedad conyugal.³³

También se declaró la nulidad por simulación de tres préstamos efectuados a favor del marido por diferentes parientes por los que aquél suscribió pagarés a favor de los supuestos prestamistas. Los pagarés llevan una fecha cercana a la promoción del juicio de divorcio.³⁴

El esposo retiró depósitos bancarios con destino a una alegada donación, mientras se realizaban reuniones tendientes a la promoción del juicio de divorcio. Se reconoció a la cónyuge el 50% de la suma que refiere el informe bancario y se consideró absolutamente simulada la donación alegada por el marido.³⁵

Se resolvió que era fraudulenta a los derechos de la mujer a sus gananciales la disolución de una sociedad colectiva que el marido tenía con su hermano unos días antes de la promoción del juicio de divorcio, quedando este último como único propietario del fondo de comercio antes explotado por la sociedad.³⁶

La doctrina, además, da como ejemplos de fraude a la participación del otro cónyuge a los bienes gananciales: Daño o destrucción de bienes comunes. abandono de bienes, pérdida por prescripción adquisitiva de un tercero; venta de las

máquinas de una fábrica a precio vil causando la desvalorización de la misma y su paralización, causando el cese de utilidades.³⁷

Los elementos que hicieron presumir el fraude en los distintos casos fueron: la gratuidad del acto, la importancia de los bienes cedidos, la proximidad del alejamiento de la mujer o del marido, la iniciación del juicio de divorcio, la mala relación de los cónyuges, por lo que el acto realizado en período de sospecha, constituía una de las presunciones del fraude. También el vaciamiento del patrimonio ganancial, y la participación de personas allegadas al cónyuge defraudador: hermanos, hijos, madre, amigos.

Como se advierte, las presunciones son prueba fundamental del fraude, teniendo presente que se utiliza un medio desviado como vicio del acto.

Determinados hechos, como se observa, resultan reiterativos en los casos de fraude, uno de ellos es el conflicto conyugal y el otro es la participación de personas allegadas al defraudador.

Contrariamente, la administración del marido, que habiendo experimentado un vertiginoso ascenso económico hasta principios de 1980, se convirtió en un próspero empresario de la industria textil y años después sufrió un desnivel económico atravesando inconvenientes debido a la recesión en el ramo y efectuando la venta de varios inmuebles de manera conjunta o con el asentimiento conyugal, no fue caracterizada como fraudulenta.³⁸ En este caso el derrumbe económico del marido no se consideró administración fraudulenta, pues se debió a circunstancias ajenas a la actuación del cónyuge y propias de los vaivenes de la economía del país.

La sociedad también puede resultar utilizada para violar el art. 498 del Código Civil y Comercial que prevé la participación del cónyuge en la masa de bienes gananciales a la disolución de la comunidad de ganancias.

Reiteradamente aparece la sociedad como instrumento de fraude a los derechos del cónyuge y de los herederos. En general se constituyen sociedades de familia, las que son utilizadas sea para excluir de la herencia a los legitimarios o para defraudar los derechos gananciales del cónyuge.³⁹

³⁰ CNCiv. Sala E, marzo 3-1965, ED 12-274)

³¹ CNCiv. Sala C, junio 7-1955, JA 1955-III-280

³² CCiv. Fliá. y Suc. Tucumán marzo 20-1980, JA 1980-IV-398.

³³ CNCiv. Sala F, set. 4-1973, ED 54-207.

³⁴ CNCiv. Sala F, abril 28-970. ED 32-403.

³⁵ CNCiv. Sala A, mayo 20-1974, ED 55-637.

³⁶ CNCiv. Sala E nov. 10-1971, E,D, 46-167.

³⁷ Fassi y Bossert, Sociedad conyugal, com. art. 1298, núm. 16.

³⁸ CNCiv. Sala B, ag. 13-1987. Con nota de Luis Ugarte.

³⁹ En un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil Sala F, se consideró que la acción de fraude a la sociedad conyugal a través de sociedades era competencia de fuero comercial al

De todas maneras es bueno aclarar que de la sola existencia de la sociedad de familia no puede presumirse el fraude, pues como se ha dicho, su constitución es una cuestión neutra que *per se* no implica una actuación contraria a las condiciones de uso de la persona jurídica societaria.⁴⁰

En un caso en el cual intervino la Sala C de la Cámara Civil, se trató de una sociedad anónima constituida por el marido poco antes de la iniciación del divorcio, con el aporte de bienes de la comunidad de ganancias que representan más del 90% del capital autorizado y desempeñándose como presidente y gerente de la misma, niega poseer acciones por valor de los bienes aportados, decidiéndose la intervención de la sociedad.⁴¹

La Sala F también consideró ficticia una sociedad S.C.A. constituida por el marido integrada y manejada exclusivamente por ese cónyuge en perjuicio de los derechos de la mujer.⁴²

La maquinación fraudulenta se caracteriza por sociedades reales o ficticias formadas por el cónyuge con familiares o terceros que se han constituido con el propósito de defraudar al cónyuge de uno de los socios. El cónyuge ha volcado en forma de aporte aparente o venta simulada o real pero fraudulenta, todo o gran parte de su patrimonio ganancial.

La sociedad cuando es ficticia aparece como mero un receptáculo de bienes, sin actividad empresarial.

Del mismo modo que este procedimiento puede ser utilizado para defraudar los derechos del cónyuge en la partición de la comunidad, también se constituye en una forma de defraudar los

estar implicada una sociedad comercial. No participo de esta solución. Considero que si la cuestión de fondo es fraude o simulación fraudulenta contra el otro cónyuge debiera intervenir la Justicia civil.

⁴⁰ Caputo, Leandro J. En encubrimiento y el mero recurso en los términos del art. 54:3 de la ley de sociedades comerciales. Lexis Nexis, J.A. revista del 24 de diciembre 2003; JA 2003-IV-fasc. Núm. 13.

⁴¹ CNCiv. Sala C, junio 17-966, A. de T., E. C. T, I. ED 16-58. En el mismo sentido, considerando simulaciones mediante la constitución de sociedades para defraudar los derechos gananciales del cónyuge: C.Civ. 2 de la Capital, octubre 21-948, en La Ley 52-742; CNCiv. Sala E, nov. 10-971, Fernández F. G.c. Carmona de Fernández, M. y otro, donde se consideró simulada la disolución de la sociedad colectiva existente entre el cónyuge y su hermano para la explotación del negocio de confitería, dadas las fechas de la escritura de disolución y la promoción de la demanda de divorcio, coincidentes en el mismo mes. Además CNCiv. Sala E, dic. 27-979, Gurowicz de Iorio, L. C. Iorio, J.C. ED 86-754.

⁴² CNCiv. Sala F, julio 27- 1976, H, M.E. c. M, D.T. JA 1977-I-703.

legitimarios.⁴³

VI.- Prescripción de la acción de fraude.

Si bien nuestro objetivo no es tratar el desarrollo exhaustivo de la acción de fraude, nos parece importante tratar el tema de la prescripción de esa acción y de la de simulación fraudulenta, pues los plazos fueron modificados por el Código vigente respecto de la primera.

En efecto, en el Código Civil el art. 4030 estableció dos años de prescripción entre partes de la acción de simulación y de un año la acción de fraude en el art. 4033.

El Código Civil Comercial ha igualado el plazo de prescripción de ambas acciones y en el art. 2562 (inc. a y f) dispone que prescriben en un plazo de dos años.

Como se advierte, el término de prescripción vigente para promover la acción de fraude es más favorable a la parte actora, al haber igualado el plazo a la acción de simulación.⁴⁴

Asimismo, al poder iniciarse la acción durante la vigencia del régimen de comunidad y por ende del matrimonio, debe tenerse presente lo dispuesto por el art. 2543 inc. a) que dispone que el plazo de prescripción entre cónyuges se suspende durante el matrimonio. De allí, que para que corra el término de prescripción debe haber sentencia firme que disuelva el matrimonio.⁴⁵

⁴³ CNCCom. Sala A, feb. 27-978, Astesiano, Mónica y otra c. Gianina S.C.A. ED 79-349 y La Ley 1978-B-195, con nota de Zannoni, E. ya citada. CApel.CC Concepción del Uruguay, febrero 9-9979, Morrogh Bernard, Juan F. C. Grave de Peralta de Morrogh Bernard, Eugenia y otros La Ley 1979-D-237, con nota de Méndez Costa, Mariá Josefa, Legítima y sociedades de familia, CNCiv. Sala B, agosto 10-1972, Candiani Mayol de Cooke, Rosa c. Cooke, Guillermo L. Y otros, La Ley 151-4.

⁴⁴ CNCiv. Sala H, junio 6-2017, B.R.L. c. S.A.E s. Liquidación de la sociedad conyugal. El tribunal hizo hincapié en el plazo más beneficioso del nuevo Código para rechazar el agravio del demandado que pretendía la aplicación del Código Civil. elDial AAA08B

⁴⁵ S.C.Mendoza. Sala I, nov. 18-1993.Z., E.M. c. S.,O. La Ley 1994-B-549 1994-I-686

Algunos aspectos de las recompensas en el Código Civil y Comercial de la Nación¹

Luis Alejandro Ugarte²

1.- Las recompensas son créditos que forman parte de la liquidación de la comunidad, generados por el incremento del patrimonio ganancial a expensas del patrimonio propio de uno de los cónyuges o de éste sobre aquél. Me voy a referir nada más a los supuestos de recompensas especialmente admitidos en el art. 491 CCCN.

1.- Enajenación de un bien propio sin reinvertir el producido: Si se produjo durante la comunidad, sin reinversión del producido, se presume, salvo prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado o se ha gastado en provecho de la comunidad, otorgando derecho a recompensa.

A veces esa realización del bien propio robustece y consolida la economía familiar, o apuntala el nivel de vida de los cónyuges, y eventualmente de los hijos.

Pero si el enajenante mantiene el producido de la venta en el ámbito de su administración, y si lo gastó en su propio y exclusivo beneficio, no hay recompensa.

No cabe demostrar que la enajenación produjo una mejoría en el matrimonio, pues a veces se realiza para mantener un nivel de vida discordante con sus recursos.

Puede ocurrir que en la liquidación de la comunidad, veamos un empobrecimiento del enajenante –que compartió el producido de realizar bienes propios, vendió los heredados, p.ej- frente a

ingresos ulteriores a título gratuito del otro cónyuge, que no los compartirá.

La Sala K de la Cámara Civil señaló que esta recompensa evita convertir un régimen de comunidad de ganancias en uno de comunidad universal.³

El problema se planteaba esencialmente en cuanto a la **prueba**: Vigente el Código Civil, Solari⁴ opinó como Mazzinghi y Borda, que la prueba estaba a cargo de quien alegara esa inversión, fundándose en la aplicación del principio de las cargas probatorias dinámicas, pues quien se encuentra en mejores condiciones de allegar las pruebas sobre el destino de los fondos es el cónyuge que hizo los aportes, pues es él quien ha tenido la administración y disposición de dichos fondos durante la vigencia del régimen patrimonial.

Sin embargo, hoy al cónyuge que reclama el derecho a recompensa por el producido de la venta de los bienes propios le basta con acreditar el carácter del bien, su venta y que recibió los fondos correspondientes (art. 491. p. 2); y quien se opone a la recompensa por falta de empleo en beneficio de la comunidad -sea por haberse donado u ocultado- no puede contentarse con la simple negativa, debiendo acreditar alguno de dichos extremos.⁵ O sea que es el cónyuge del enajenante quien tiene que probar que la liquidación del bien propio no benefició a la comunidad y aprovechó al vendedor, porque por ejemplo, aplicó ese dinero al pago de obligaciones personales.

Zannoni dijo que no es correcto partir de la presunción de que los fondos obtenidos con la venta del bien propio del cónyuge titular fueron dilapidados en gastos personales, diversiones o juegos. Y no lo es, porque si ha existido dilapidación, lo perdido también es carga sobre la sociedad conyugal (art. 1275 inc. 5°, C.C.), pero será a cargo del cónyuge demandado la prueba de aquélla, y no de quien

¹ Este trabajo es una síntesis fragmentada de la exposición en la Jornada Abierta del 4 de noviembre de 2020 sobre Regímenes Patrimoniales del Matrimonio organizada en la Facultad de Derecho (UBA) por la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. La versión ampliada puede verse en el artículo publicado en la Revista Jurídica La Ley del 10 de diciembre de 2020.

² Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular de Derecho de Familia y de las Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Director de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA.

³ CNCiv., sala K, F.G.E, c. J.M.E. s sucesiones, acciones relacionadas, noviembre de 2007, citado en Hernández Lidia B., comentario art. 491 CCCN en el Código Civil y Comercial Comentado, t.2, p. 362, director Ameal, Oscar y codirectores Hernandez, LB y Ugarte, LA, ed. Estudio, Bs.As., 2016.

⁴ Solari, Néstor E., El derecho a recompensa por la enajenación de un bien propio durante el matrimonio, Solari, Néstor E., LA LEY 2007-A, 106 - DJ 14/02/2007, 308; comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F 2006/05/30 - P, J. O c. F, S. O.

⁵ C. 1° CC. San Isidro, Sala I, junio 21-2002; ED fallo n° 51.960

pretende la recompensa, demostrar que no despilfarró o agotó en satisfacciones personales los valores obtenidos. Por aplicación de la presunción de ganancialidad, se presume que los valores propios no invertidos han beneficiado a la comunidad, salvo prueba en contrario.⁶ La presunción legal, favorable a la ganancialidad, opera en dos fases. La primera, refiere a las adquisiciones presumiéndose comunes; pero asimismo, y como correlato, la presunción también comprende las pérdidas sufridas y gastos o pagos efectuados durante la vigencia del régimen por uno u otro cónyuge. Esta segunda fase, tan importante como la primera, expresa la idea de que debe presumirse que todo pago o gasto realizado durante el matrimonio ha sido efectuado en beneficio de la comunidad, constituyendo, por ende, una carga común.⁷

Son cargas de la comunidad todas las deudas contraídas por los esposos durante la vigencia de la misma, incluso cuando hayan estado motivadas por gastos personales de uno de ellos, por lo que se presume que el dinero propio obtenido de la venta del bien propio se ha destinado a cargas comunes. Lo normal es que los gastos hechos durante el matrimonio estén a cargo de la comunidad y lo excepcional que estén a cargo de uno de los cónyuges, y no es habitual que se tome la precaución de documentar todos los gastos hechos en beneficio de la familia, por lo que es lógica la presunción legal.⁸ En consecuencia, si al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal se ha tornado imposible la recuperación de un bien propio, en virtud de su enajenación durante la vigencia de aquélla, sin que haya sido reinvertido el precio obtenido en la adquisición de otro bien propio o en el pago de una deuda de tal carácter, su valor lo reemplaza y el respectivo importe debe acreditarse en la cuenta particionaria a quien fuera su titular.⁹

⁶Zannoni, Eduardo A., "Derecho de Familia", t. 1, p. 769, Astrea, 1998. De lo contrario, sostiene el autor, quedarían sin resolver múltiples situaciones que, en forma indirecta, validan liberalidades entre los cónyuges, proscriptas, según el art. 1807, inc. 1°, Cód. Civil.

⁷ Zannoni, Eduardo A., "La presunción de ganancialidad y tres aplicaciones en la liquidación de la sociedad conyugal", LA LEY, 1977-D, 621.

⁸ CNCiv., sala B, 12/5/1994, "C., R. J.", ED, 160-310.

⁹ CNCiv., sala F, 28/12/1984, "Y., R. E. c. S., S. V.", LA LEY, 1985-B, 223, CNCiv., sala D, 8/8/1966, "Petersen, Cristian S., suc.", ED, 16-635.

Para efectivizar la recompensa, quien la invoca sólo deberá acreditar la venta de un bien propio y se presumirá, *iuris tantum*, que el dinero recibido fue utilizado en beneficio de la comunidad. Consecuentemente, para desvirtuar esta presunción, el otro cónyuge deberá probar que los fondos no favorecieron a la comunidad sino que beneficiaron exclusivamente al cónyuge que originalmente vendió ese bien propio.¹⁰

2.- Mayor valor adquirido por participaciones societarias o de un fondo de comercio de carácter propio, por capitalización de utilidades.

"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." (art. 491, tercer párrafo)

Arianna entiende que al aludir la norma a participaciones societarias se refiere a cuota parte del socio en las sociedades de personas (colectivas, en comandita simple, de capital e industria), incluidas la SRL, aunque se le reconozca un carácter mixto. El art. 464 inc. k se refiere a valores mobiliarios, que solamente aplica a las sociedades de capital (SA, SCA). En cambio, Azpiri, afirma que la norma no efectúa distinciones entre distintos tipos sociales, por lo que ceñirnos a una interpretación literal llevaría a excluir la posibilidad de recompensa en una sociedad de capital. Coincidimos con esta última apreciación, que parece más conveniente a la procedencia del crédito.¹¹

Hoy, para un sector de la doctrina, el mayor valor que adquieran 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. También las pérdidas que sufran las acciones afectarán al cónyuge titular y no a su cónyuge.

¹⁰ Roveda, Eduardo G. y Sasso, Marcela L., Las recompensas en el régimen de comunidad, Publicado en: LA LEY 30/11/2015 , 8 • LA LEY 2015-F , 1116 • DFyP 2016 (febrero) , 1, Cita Online: AR/DOC/4022/2015; Veloso, Sandra F., Régimen de recompensas, Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 61, Cita Online: AR/DOC/4271/2015

¹¹ Azpiri, Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, p. 148, 4ª. Ed., Hammurabi, 2018, con cita de Arianna Carlos, Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial, RDF n° 66, sept. 2014, p. 294.

En opiniones previas, la posición más restrictiva fue la de Eduardo Roca, que dijo que el mayor valor que adquirieran las acciones propias, por retención y capitalización de utilidades no generará derecho de recompensa a favor del cónyuge del socio, porque no obedece a una reinversión o disposición de bienes gananciales, sino de se trata de bienes que nunca ingresaron al patrimonio del cónyuge socio.¹²

La utilidad es de la sociedad anónima, y si no se pone a disposición de los accionistas, como dividendos, no pertenece a los socios. También el aumento que las reservas, constituidas durante el régimen de comunidad, o de revalúo de activos, determina el precio de las acciones propias pero no cuenta para recalificarlas.

Se ha expresado que el art. 491 contradice la regla del art. 464 inc. k, en tanto que el primero reputaría ganancial lo "distribuable" no distribuido, como las utilidades capitalizadas, para fundar el derecho a recompensa.¹³ Recordemos que el art. 464, k, califica como propio, a los valores nuevos y otros acrecimientos de valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida en caso de haber *invertido* bienes de la comunidad para la adquisición.

Si se trata de un aumento de valor de acciones propias, fundado en la gestión empresarial, o fluctuaciones bursátiles, condiciones económicas y financieras externas, etc., donde no se verifica, siquiera, capitalización alguna de fondos de la sociedad, no hay derecho a recompensa. 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

¹² Roca, Eduardo A., "Carácter propio o ganancial de la utilidad o aumento de las participaciones en sociedades comerciales", Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 32, noviembre diciembre 2005, LexisNexis — Abeledo-Perrot, p. 131. Fassi, Santiago C. — Bossert, Gustavo A., Sociedad conyugal, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1977, p. 254 ("El aumento de valor de las acciones de la sociedad anónima no es un bien ganancial de la sociedad conyugal cuando las acciones son bienes propios"). Duprat, Diego, "Dividendos y sociedad conyugal. Carácter propio o ganancial del dividendo", DFyP 2010 (junio), 1/6/2010, 12. Veloso, Sandra F., Régimen de recompensas. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 61 Cita Online: AR/DOC/4271/2015. Es también la posición de Arianna, Carlos, en Régimen patrimonial del matrimonio citado, p. 295.

¹³ Arianna, Carlos, en Régimen patrimonial del matrimonio citado, p. 295.

pudo haber sido debidamente remunerada a través del pago de salarios u honorarios como director, los cuales sí tienen carácter ganancial.¹⁴

Por eso, estos autores consideran que el mayor valor adquirido por las acciones propias, durante la vigencia de la comunidad, 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, sin generar recompensa alguna por no haberse invertido fondos gananciales, ni siquiera fondos propios del accionista.

Sambrizzi, en cambio, entiende que una solución contraria a la regulación del art. 491 CCCN facilitaría el fraude en perjuicio del esposo no socio, bastando que el cónyuge que controla una SA resolviera capitalizar todo el producido, para privar a otro de su legítimo derecho al valor de la mitad de la suma capitalizada o al mayor valor resultante de la capitalización.¹⁵

Roveda y Sasso, si bien tienen una posición restrictiva, aceptan que deba analizarse la importancia de la participación del cónyuge en el capital societario.¹⁶

La utilidad no pertenece al socio sino a la sociedad, como incremento del patrimonio social exteriorizado por el balance que proviene de un resultado económico regular, aprobado por los socios, y de ganancias realizadas y líquidas. La capitalización de utilidades supone transformar en capital social los fondos disponibles del balance.

La sociedad es una persona jurídica distinta a sus socios y sus acrecimientos de capital no pertenecen a los socios sino como parte del valor de las acciones, el capital que ha crecido es el de la sociedad y del

¹⁴ Medina, G. y Roveda E.G., comentario art. 491 en Rivera-Medina, Código Civil y Comercial comentado, t. II.- Ver también voto del Dr. Mauricio Mizrahi en CNCiv., sala B, "Neuhaus Susana c. Neuhaus Ariel s/colación, exp. 5248/2012, fallo del 12.10.16.

¹⁵ Sambrizzi, Eduardo, Régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial, Buenos Aires, 2015, p. 581; Sambrizzi, Eduardo, Liquidación de la comunidad conyugal. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre), 3, Cita Online: AR/DOC/3852/2015

¹⁶ Roveda, Eduardo G. y Sasso, Marcela L., Las recompensas en el régimen de comunidad, Publicado en: LA LEY 30/11/2015, 8, LA LEY 2015-F, 1116, DFyP 2016 (febrero), 1, Cita Online: AR/DOC/4022/2015, con cita de PERACCA, Ana, en comentario al art. 491 "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Herrera, Marisa Herrera — Caramelo, Gustavo — Picasso Sebastián, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 172 y ss.

socio; y el cónyuge del socio no puede tener una situación mejor a la del propio socio, ya que el socio no tiene derecho a retirar las utilidades capitalizadas, en cambio por vía de recompensa, su cónyuge lo tendría.

Todas las empresas necesitan realizar reservas y capitalizaciones con miras a sus inversiones, sin que pueda ser considerado ganancia. La norma del art. 491 crea una regla de prueba, en tanto presume la recompensa, que admitirá prueba en contrario; y que el cónyuge que se oponga a su procedencia podrá probar la inexistencia de ganancias en el caso concreto para desvirtuar el progreso de la acción.¹⁷

Como vemos, si bien no hay duda que el dividendo se asimila al fruto del capital accionario propio, la jurisprudencia es restrictiva en reconocer recompensas sin aportes de fondos gananciales a la SA.

Distinto será el caso de la reserva de utilidades que no se distribuya fraudulentamente al accionista mayoritario en la crisis conyugal. Si la SA distribuye el dividendo, hay fruto del bien propio y si la comunidad aporta dinero ganancial al capital accionario propio, hay recompensa. Pero si capitaliza utilidades no distribuidas, no habría recompensa por falta de aportes gananciales.

Considero que algún sentido debe darse al art. 491 y que deben verse las cosas bajo el prisma de la realidad económica. La empresa comercial no puede ni debe ser tratada igual que una sociedad anónima cerrada de los esposos, particularmente si encubre en realidad la explotación personal de uno de los cónyuges.

Por esto, deben evaluarse los aumentos de capital y la capitalización de utilidades, a los fines verificar la existencia de recompensas, según los diversos casos.

Con la regulación anterior, los tribunales indicaban que no es admisible que, mediante la capitalización de las ganancias de una sociedad, se altere la calificación de gananciales que, "ministerio legis", debe darse a los dividendos.¹⁸ Los dividendos

de las acciones revisten el carácter de gananciales y deben computarse como tales a los efectos de la liquidación de la sociedad conyugal.¹⁹

Roca indica que, cuando la asamblea dispone aprobar y distribuir a los accionistas las ganancias realizadas y líquidas de acuerdo al balance del ejercicio, se perfecciona para ellos el derecho al dividendo. Se trata de un crédito que nace a partir del momento en que la asamblea aprueba la distribución de dividendos. No hay derechos adquiridos antes de la aprobación del balance respectivo; ni cabe considerar a los dividendos devengándose día a día, o proporcionalmente, durante el ejercicio.²⁰

Los dividendos son la parte de esos beneficios de la sociedad puestos a disposición de los socios. Empero, con la nueva regulación, nos resulta llamativo que: A) Si la sociedad distribuye utilidades bajo el concepto de dividendos (son gananciales) y esos dividendos inmediatamente ingresan en la SA para aumento de capital, habría aporte genuino de dinero ganancial y recompensa por el mayor valor de las acciones propias. B) Pero si la sociedad aplica esas utilidades directamente para el aumento de capital, no hay aporte ganancial y podría no haber recompensa, cuando en este último caso el aumento de capital de la S.A. no proviene de revalúo de capital sino de capitalizar utilidades o ganancias producidas durante la comunidad.

La postura actual de los tribunales sigue un criterio restrictivo: En un caso fallado por la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil²¹, por el voto de la Dra. Guisado, en que se discutía un derecho a recompensa de acciones propias de un cónyuge en una sociedad anónima en la que era accionista mayoritario, se aumentó el valor del capital social por tres orígenes diversos: por transferencia de un saldo de la cuenta ajuste de capital a la cuenta de aportes irrevocables para aumentos de capital, por capitalización de ajustes de capital y por capitalización de ganancias. La Camarista rechazó la recompensa porque consideró que en ningún caso existían aportes genuinos de dinero por los accionistas. El perito explicó que los dos primeros

¹⁷ Roveda, Eduardo G. y Sasso, Marcela L., Las recompensas en el régimen de comunidad, Publicado en: LA LEY 30/11/2015, 8, LA LEY 2015-F, 1116, DFyP 2016 (febrero), 1, Cita Online: AR/DOC/4022/2015, con cita de PERACCA, Ana, en comentario al art. 491 "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", dirigido por Herrera, Marisa Herrera — Caramelo, Gustavo — Picasso Sebastián, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 172 y ss.

¹⁸ C.N.Civ., Sala C, Octubre 5-960- G, de E. D c. E, P. J.- La Ley, t.101, f. 45.556.

¹⁹ C.N.Civ., Sala D, diciembre 11-1970.- E de B, M E. c B, C., La Ley, t.143, pag. 517, f. 67.008.

²⁰ Roca, Eduardo A., "Transmisión sucesoria del dividendo en acciones", p. 75, Zannoni, Eduardo A., "Transmisión sucesoria de acciones sociales y sus dividendos", JA 2001-IV-966.

²¹ CNCiv., sala I, 17.10.17, B., A.F. c/O.B., M.C. s/liquidación de régimen de comunidad de bienes, Exp. 18.920/2010.

(ajustes de capital) implicaban convalidar como capital social el efecto inflacionario, sin existir una verdadera ganancia. En cuanto al último – capitalización de ganancias- si bien se estimó que no podía calificarse técnicamente como revalúo, era un valor contable neto que surgía de detraer una diferencia de valores históricos de dos inmuebles que ingresaron a la SA a menor valor a otros permutados por la sociedad que no implicaron capitalización de dividendos. La diferencia de valores de los inmuebles no se consideró una ganancia de la sociedad, pese a así figurar, como capitalización de ganancias. Como vemos, la postura restrictiva es la que prevaleció.

El mayor valor de las acciones propias se consideró propio sin derecho a recompensa, pese a podía deberse al empleo de utilidades devengadas en ejercicios cerrados durante la vigencia de la comunidad. Dichas utilidades no se han distribuido por lo que nunca entraron el patrimonio del socio, por lo no se asemeja a un caso de mejora que genera un derecho a recompensa.²²

Luego, también existen varios supuestos especiales a considerar:

1.- El *revalúo del activo* que genera un mayor valor de la participación social, es propio porque las acciones emitidas por ese concepto toman en cuenta el capital existente, que ahora adopta otro valor y no las utilidades. Representa mayor valor de las acciones propias, salvo acreditar que se dio por empleo de utilidades gananciales.

No da derecho a recompensa porque no es más que la reexpresión del valor original²³, restablece el debido valor de la porción que ya tenía el cónyuge, y que debe seguir teniendo la misma caracterización que la tenencia original.²⁴

Así, el mayor valor de acciones propias durante la comunidad es propio, por aplicación del principio que las cosas acrecen y perecen para su dueño. Y si se reinvierten utilidades devengadas sustrayendo la distribución de dividendos no hay recompensa porque el mayor valor no proviene del empleo de fondos gananciales.

Si la sociedad resuelve distribuir dividendos en acciones, la asamblea declaró la existencia de

utilidades distribuibles, pero la pasa al capital y transforma en acciones integradas, impidiendo que la ganancia llegue en dinero al accionista, que recibe nuevas acciones. Vigente el Código Civil, Zannoni dijo que las acciones emitidas revisten carácter ganancial.²⁵ No es posible que mediante el arbitrio de capitalizar ganancias de una sociedad se altere la calificación de gananciales de los dividendos.

Arianna, en cambio, sostiene que después de la reforma las acciones entregadas en pago de dividendos son propias del cónyuge accionista, pero debe recompensa a la comunidad por el valor de las acciones al tiempo de su distribución, que representa el beneficio del cual la segunda se ve privada.²⁶ En igual sentido se pronuncia Azpiri²⁷, con quienes coincidimos.

2.- Si la sociedad *capitaliza reservas* (189 LGS) respeta la proporción de cada accionista. La reserva legal es obligatoria e intangible (70 LGS), pero las voluntarias son dispuestas por asamblea, si son razonables y de prudente administración, son utilidades no distribuidas o bloqueadas que integran el capital de la sociedad. Si son destinadas a inversiones futuras darán mayor valor a las acciones en beneficio de su titular. Pero si luego la sociedad resuelve reducir reservas y emitir acciones, estas son equivalentes al pago de dividendos. Las reservas liberadas no son técnicamente dividendos pero su origen está en utilidades que se distribuyen y capitalizan en acciones, como las que se emiten en pago de dividendos.

Azpiri sostiene que con respecto a las reservas que se capitalizan, comportando utilidades, que se han mantenido sin aplicar, a las que ahora se le da un nuevo destino, la participación del socio pasa a tener mayor valor generando la recompensa del art. 491 en caso que la ganancia se haya producido durante la vigencia de la comunidad.²⁸

3.- Si la sociedad resuelve *augmentar el capital* y el socio realiza suscripción preferente (194 LS) las acciones suscriptas e integradas son propias pero hay recompensa por empleo de fondos gananciales.²⁹

²² Hernández, L.B., comentario al art. 491 en Código Civil y Comercial comentado, t. 2, p. 364, con cita de Zannoni, Derecho de Familia, T I, p. 499.

²³ Arianna, Carlos, Régimen patrimonial del matrimonio citado, p. 150.

²⁴ Azpiri, Jorge O. Régimen de bienes en el matrimonio, p. 64, 4ª. Ed., ed. Hammurabi, Bs.As. 2018.

²⁵ Zannoni, EA, Derecho de Familia, 6ª ed., ed. Astrea, Bs.As., 2012, N° 437 y 438, p. 558/9.

²⁶ Arianna, Carlos, Régimen patrimonial del matrimonio, p. 148/149.

²⁷ Azpiri, J.O., Régimen de bienes en el matrimonio cit., p. 64.

²⁸ Azpiri, J.O., Régimen de bienes en el matrimonio cit., p. 146.

²⁹ Fassi- Bossert, Sociedad conyugal, t. I, comentario art. 1263, p. 254.

Arianna sostiene que las acciones adquiridas a título oneroso en virtud del derecho de preferencia del cónyuge accionista resultante de acciones propias, son propias con derecho a recompensa, y si se emplearon fondos propios, no hay derecho a recompensa. Pero si el derecho de preferencia resulta de acciones gananciales, serán gananciales, con recompensa a favor del cónyuge que empleara fondos propios.³⁰

4.- No hay regulación legal de los llamados "*aportes irrevocables*". Básicamente, los fundamentos que dan lugar a la celebración de tales operaciones en el ámbito societario se vinculan a la necesidad urgente de obtener fondos para el desenvolvimiento empresarial, ya que la capitalización de tales sumas con la consecuente emisión de los títulos representativos demanda un trámite que puede llevar algún tiempo, y puede ser realizada tanto por un accionista como un tercero, y con dinero o bienes en especie, que de tal forma se aplican inmediatamente al giro social. Reviste una solución inmediata al problema financiero, reflejando un supuesto de infra capitalización de la sociedad, sin recibir entonces las acciones.

La intención de las partes es que los fondos entregados a la sociedad se conviertan en verdaderos aportes de capital, quedando sujetos a los riesgos de la actividad empresarial, y esa entrega tiene, en principio, carácter irrevocable.³¹

Los mentados aportes fueron aprobados por decisión de la asamblea de accionistas, que es el órgano con competencia funcional a ese efecto y está fuera de toda duda que está la naturaleza ganancial de estos "aportes irrevocables" concretados.

Se ha interpretado que cuando un sujeto entrega en calidad de aporte a una sociedad una determinada suma de dinero, está renunciando a la posibilidad de volver sobre sus pasos y reclamar la restitución de lo aportado. De la naturaleza jurídica del aporte, que a su vez se enraíza con la distinta personalidad que, respecto de la aportante, detenta

la sociedad que lo recibe, se deriva que lo aportado pasa a formar parte del capital de otro sujeto y queda afectado a su riesgo empresarial. No obsta a lo considerado el argumento de que la sociedad no hubiese emitido las acciones atinentes al aumento de capital concretado con los expresados aportes irrevocables, pues por su condición de administrador -y accionista mayoritario- era justamente quien debía disponer el cumplimiento de los actos para el agotamiento de esa gestión.³²

En mi parecer si la SA propia capitaliza aportes irrevocables efectuados con dinero ganancial, hay recompensa para evitar un enriquecimiento indebido de la sociedad con el aporte irrevocable solventado por la comunidad.

5.- En cuanto a los *resultados acumulados capitalizados*, en teoría financiera, el balance no debe expresar, bajo la rúbrica "reserva" o "reservas", otra cosa que los beneficios no distribuidos y acumulados en forma de ahorro por la sociedad. Estos beneficios constituyen ganancias y forman parte del patrimonio activo de la sociedad, confundiendo la mayor parte de las veces con los demás bienes que constituyen el fondo general de la explotación. En este concepto, forman parte de la suma de bienes incorporados al activo, pero, contablemente, vienen expresados en el pasivo, como acreditativos de un aumento del valor del capital.

Belluscio sostiene que son propios, sin derecho a recompensa, pues los beneficios capitalizados pasaron a formar parte del capital.³³ La utilidad reservada es de la sociedad, no de los socios y no hubo inversión de fondos gananciales.³⁴

Agrega Arianna que si se considera que la ganancia de origen es transmitida al accionista, y se trata de reservas sobre utilidades de ejercicios aprobados en vigencia de la comunidad, las nuevas acciones serán propias con derecho a recompensa. Pero ya no podrá sostenerse que las nuevas acciones son gananciales, porque el inciso k del art. 464 reputa propios los valores nuevos y acrecimientos de valores mobiliarios propios.

³⁰ Arianna, Carlos, Régimen patrimonial del matrimonio, p.149.

³¹ Richard, Efrain H., Racciatti, Hernán y Romano, Alberto A., "Sujetos responsables y subordinación de créditos por el uso abusivo de los préstamos de los socios y de las entregas a cuenta de futuros aumentos de capital", Congreso Argentino de Derecho Concursal, I Congreso Iberoamericano sobre la insolvencia, t. III, Ed. Ad-Hoc, ps. 383 y ss.; Verón, Alberto V., "Sociedades comerciales", t. 3, ps. 334 y ss., cit. en Sup. Corte Bs. As., 03/08/1993, B., E. v. F. de B., D. S. S/ Disolución de sociedad conyugal, Expediente: Ac47851, Citar Lexis N° 70003934.

³² Sup. Corte Bs. As., 03/08/1993, B., E. v. F. de B., D. S. S/ Disolución de sociedad conyugal, Expediente: Ac47851, Citar Lexis N° 70003934; en igual sentido v. C.N.Com, Sala B, 2/6/07, Diéguez, Fernando v. Himalaya, Compañía de Seguros S.A.; Citar Lexis N° 35022324

³³ Belluscio, A.C. Las instituciones de derecho comercial en los anteproyectos de reforma del régimen patrimonial del matrimonio, Revista de Derecho Comercial, año 25, 1992, p. 537.

³⁴ Roca, Alfredo, El régimen comunitario del patrimonio conyugal en el Proyecto de código, LL 2012-E-1357.

A los efectos de asegurar la equivalencia entre el valor de la cuota que el socio fallecido tenía en la sociedad, y su precio, son decisivos, no los valores inscriptos en los libros- para fines fiscales, o para el cálculo de las ganancias- ni tampoco el resultado- casi siempre reducido- de una liquidación, sino el verdadero valor, el que tendría la sociedad viva en caso de una enajenación total lo más ventajosa posible.³⁵

II. Prueba: El art. 492 CCCN, con criterio similar al art. 377 CPCCN, establece que la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio; por lo que admite medios directos o indirectos, aunque el art. 491 contempla en la misma ley la presunción de recompensa.

Se debe armonizar el art. 492 con el art. 710 CCCN, que consagra el principio de la carga dinámica de la prueba para los procesos de familia, desplazando el esfuerzo hacia quien está en mejores condiciones de probar, independientemente de quien sostiene los hechos, con el fin de alcanzar la verdad objetiva. Esta carga dinámica se funda en principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba, y en principios rectores del derecho de familia, de cooperación y solidaridad.³⁶

Es decir que la carga probatoria a cargo de quien alega recibe la atenuación del art. 710 y que quien reclama la recompensa debe probar el monto del gasto realizado, la naturaleza de los fondos empleados y la existencia del provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad a la fecha de su disolución.³⁷

III.- Monto de la recompensa: La recompensa es un crédito que se hace valer como operación contable, y ese crédito tendrá que ser determinado.

Anteriormente, el Código Civil consideraba que debía tomarse a "la fecha en que se hizo la inversión", y reajustarse equitativamente, de acuerdo con las circunstancias del caso (1316 bis CC, t.o. Ley 17.711). No se puede aspirar al reconocimiento de una parte del bien adquirido, por ejemplo, al

invertirse dinero propio en la compra o en la mejora de un bien ganancial, o dinero ganancial en un bien propio, pues no se establece una sociedad ni un condominio.

Está en discusión el importe de un crédito, no la fijación de un porcentaje del inmueble en carácter de recompensa, pues aun cuando es dable reconocer que de este modo se podría facilitar la liquidación de la sociedad conyugal, quedando determinada la parte de cada cónyuge en el bien, sabido es que los valores inmobiliarios no siempre aumentan o disminuyen en igual proporción que el "valor intrínseco" de la moneda; por eso es más adecuado establecer su monto, sin perjuicio de que pueda ser reajustado nuevamente cuando se haga efectiva la liquidación del bien.³⁸

El art. 493 CCCN preceptúa 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.

Se evoca la figura del enriquecimiento sin causa, donde se aplica el doble tope del empobrecimiento del acreedor y el subsistente enriquecimiento del deudor.

En consecuencia, quien demande recompensa deberá probar el gasto con fondos comunes en beneficio propio y/o la afectación de fondos propios en beneficio de la comunidad, así como la existencia del provecho. Dado que lo que se reconoce en carácter de recompensa es un crédito por el beneficio, si no hubo provecho, el monto de la compensación será la cuantía del gasto en valores constantes al momento de la liquidación de la comunidad (art. 494 CCyC). Ello no empece que, en caso de que el menor valor reconocido en concepto de recompensa suponga un enriquecimiento ilícito del patrimonio beneficiado, se pueda reclamar un monto mayor con fundamento en los principios generales de buena fe y el abuso del derecho, pilares sobre los que se asienta la reforma, tal como se señala en los "Fundamentos" del Anteproyecto.

La disposición alude a "valores constantes", con lo cual corrige las distorsiones derivadas de la depreciación o revalorización monetaria, al tiempo

³⁵ C.N.Civ., Sala E, Junio 16 1964, E.D. 8-318

³⁶ Sasso, Marcela L, Liquidación del Régimen de Comunidad. Recompensas. Publicado en: DFyP 2016 (julio), 33 • DJ 21/12/2016, 19, Cita Online: AR/DOC/1679/2016, nota al fallo dictado con fecha 11 de noviembre de 2015 por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 86 en los autos "S., H. L. c/ S., S. M. s/ Liquidación de sociedad conyugal".

³⁷ Arianna, Carlos, Régimen patrimonial del matrimonio cit., p. 298.

³⁸ Mattered, Marta del Rosario y D'Acunto, Claudia Inés; "El derecho de recompensa en la liquidación de la sociedad conyugal", en ED del 15 de junio del 2001.

que modifica la solución acordada por el régimen anterior (art. 1316 bis CC).

La fórmula de la norma establece los dos momentos concretos a considerar y las pautas que serán ponderadas para obtener el monto final de la recompensa, fórmula que debería comprender la depreciación monetaria de que se trate.

La regla contenida en el art. 493 debe ser concordada con el art. 494 CCyC, para obtener un resultado comprensivo de la depreciación monetaria.³⁹ El art. 494 contempla la valuación de las recompensas según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación, es decir cuando se determinará la masa neta a dividir, considerando valores constantes.

Se debe probar la erogación o el gasto o la inversión y se lo actualiza al tiempo de la liquidación, en que se determina el provecho. Allí procederá por el monto menor, sea la inversión o el provecho, eliminando el problema de la desvalorización de la mejora o el cambio del poder adquisitivo de la moneda, considerando siempre el momento más cercano a la partición.

Sambrizzi sostiene que de la lectura de los arts. 493 y 494 parece resultar una contradicción entre ambas normas, pues, según la primera, el monto de la recompensa es igual al menor de los valores que resultan de la comparación entre la erogación y el provecho obtenido al día de la extinción de la comunidad (que se produce de la manera establecida en el art. 480), mientras que, de acuerdo a la última parte del transcripto art. 494, el valor de la recompensa se computa al tiempo de la liquidación. Las interpreta con el siguiente alcance: el art. 493, en el sentido de que la comparación entre la erogación y el provecho obtenido es al solo efecto de tomar uno u otro de esos rubros para determinar el valor de la recompensa; y el 494, en el entendimiento de que el valor, ya sea de la erogación efectuada o del provecho obtenido, se computa "al tiempo de la liquidación". Agrega que una dificultad relevante resultará de la determinación del provecho obtenido y de su subsistencia, así como, muy especialmente, de su valor —como también de la

determinación del valor de la erogación—, por cuanto, aun en el supuesto de que el provecho al tiempo de la disolución de la comunidad fuera mínimo en comparación con la erogación efectuada, el valor de él es el que debe computarse para determinar el monto de la recompensa. Fácil es concluir que quien deba hacerse cargo de la recompensa procurará probar la existencia de un provecho mínimo; y, por el contrario, al acreedor le interesará acreditar la inexistencia de provecho —de manera de computar la erogación efectuada (a valores constantes)—, o de un provecho de un valor mayor que la erogación (supuesto de acuerdo al cual se tomará el valor de la erogación). Más justo sería, para el supuesto de que el valor del provecho fuera menor al de la erogación, poner un límite mínimo de valor al monto de la recompensa, como podría ser mediante la fijación como recompensa en el supuesto contemplado de un porcentaje de la erogación efectuada, computada a valores constantes; de tal manera se evitaría la posibilidad de que quien efectuó la erogación deba cobrar una suma demasiado exigua en comparación a la erogada, lo que así ocurriría en el caso de que el provecho subsistente fuera de un monto muy bajo en comparación con la erogación. El hecho de no haber derivado ningún beneficio de la erogación se equipara a la falta de subsistencia al tiempo de la disolución, pues pudo haberse producido un beneficio con motivo de la erogación, que desapareció al momento de la disolución.⁴⁰

Y en otra ocasión, concluyó: 1) que para determinar si como recompensa debe abonarse el valor de la erogación efectuada o el del provecho obtenido, debe efectuarse una comparación entre ambos valores, y elegir el menor de ellos; 2) que para que pueda efectuarse la precitada comparación entre la erogación y el valor del provecho, éste debe subsistir al día de la disolución de la comunidad; 3) que los valores tanto de la erogación como del provecho obtenido, deben ser comparados al tiempo de la disolución de la comunidad y a valores constantes, debiendo por tanto corregirse las distorsiones derivadas de la depreciación de la moneda; 4) que si de la erogación efectuada no derivó ningún beneficio, se debe tomar en cuenta el valor de la erogación; y 5) que el valor definitivo a pagar debe computarse al tiempo de la liquidación.⁴¹

³⁹ Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 86, S., H. L. c. S., S. M. s/ liquidación de sociedad conyugal • 11/11/2015, Publicado en: DFyP 2016 (julio) , 33 con nota de Marcela L. Sasso • DJ 21/12/2016 , 19 con nota de Marcela L. Sasso. Cita online: AR/JUR/72483/2015.

⁴⁰ Sambrizzi, Eduardo A., Derecho a recompensa en el Código Civil y Comercial, Publicado en: SJA 20/04/2016 , 25 • JA 2016-II, Cita Online: AR/DOC/4261/2016

⁴¹ Sambrizzi, Eduardo, Liquidación de la comunidad

El nuevo ordenamiento no prevé el modo de revalorizar la erogación y el provecho desde la inversión hasta la disolución y luego hasta la liquidación, pero invoca el empleo de valores constantes para evitar desfasajes derivados de la depreciación monetaria. Consideramos que el valor de la erogación será demostrable con los documentos que así lo acrediten y actualizarse con índices de variaciones de precios, aunque el provecho usualmente resultará de una pericia técnica que considere las fluctuaciones del mercado y demás circunstancias.

IV.- Intereses: En otro orden de ideas, el crédito por recompensas no devenga intereses compensatorios, desde la fecha en la que se hizo la inversión o el gasto.

La posibilidad de que hubiera convención entre los esposos en sentido diverso, aparece hoy contradicha por el principio del art. 1002 inc. d) CCCN que prohíbe contratar en interés propio a los cónyuges entre sí, bajo el régimen de comunidad.

El crédito nace con la disolución del régimen, de allí la importancia de mantener los valores constantes en cuanto a la erogación y el provecho, para evitar que sufran la depreciación de la moneda.

Un caso de excepción sería el que expone Guaglianone, cuando afirma que si la recompensa corresponde por el pago por parte de uno de los esposos con bienes propios, por ejemplo, de una deuda hipotecaria ganancial, el cónyuge que abonó la deuda queda subrogado en los derechos del acreedor hipotecario, entre otros, en el de percibir intereses tanto compensatorios como punitivos.⁴²

El régimen de la comunidad se restringe a las ganancias y la ganancialidad apunta a la solidaridad y a la unión. Lo que es de carácter propio se orienta a la preservación de un patrimonio que nada tiene que ver específicamente con el estado matrimonial y el principio de comunidad se va a ver morigerado por el principio de incolumidad o intangibilidad de los bienes propios.⁴³

A partir de la extinción del régimen, en cambio, se originará el cómputo de intereses sobre las recompensas.⁴⁴ Se trata de obligaciones de dar

sumas de dinero, que llevan intereses, desde la fecha en que formalizó su reclamo.

El artículo 495 CCCN dispone que 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. En caso de insuficiencia de la masa ganancial, en la partición se atribuye un crédito a un cónyuge contra el otro.

Como vemos, la operación contable resultante del cómputo de las recompensas se suma a la masa común si la comunidad es acreedora o se imputa a la parte del cónyuge deudor, traduciéndose en una obligación pecuniaria en caso de falta de activo ganancial suficiente para afrontarla.

conyugal. Publicado en: RCCyC 2015 (diciembre) , 3, Cita Online: AR/DOC/3852/2015,

⁴² Guaglianone, Aquiles H., Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, p. 294

⁴³ Capparelli, Julio César, "El deber de contribución entre cónyuges", LA LEY 2009-C , 958, AR/DOC/1751/2009.

⁴⁴ C. Nac. Civ., sala B, ED 14-731. Conf. C. Nac. Civ., sala

B, ED 95-648.

Convenciones matrimoniales

María José Fernández¹

I. Introito

Admitida en todas las épocas la necesidad de un estatuto patrimonial especial para las personas unidas en matrimonio con fundamento en la comunidad de intereses que supone la vida matrimonial, se ha definido el régimen patrimonial matrimonial como el conjunto de normas que regula las relaciones patrimoniales de los esposos entre sí y de estos con terceros.

Tanto el análisis histórico como el del derecho comparado revelan la existencia de una multiplicidad de regímenes patrimoniales matrimoniales que -en lo que es materia de este trabajo- admiten con distinta intensidad el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los contrayentes y/o cónyuges antes del matrimonio o durante su vigencia.

En nuestro medio, el Código Velezano mantuvo incólume -hasta su derogación- el paradigma del régimen patrimonial matrimonial legal y forzoso. El propio Codificador justificó su decisión en la nota al título II "De la sociedad conyugal", Libro II, Sección III del Código Civil en los siguientes términos: "...la sociedad conyugal será así puramente legal, evitándose las mil pasiones e intereses menos dignos, que tanta parte tienen en los contratos de matrimonio". No obstante, el art. 1217 de dicho cuerpo legal autorizó a los contrayentes para que, antes de la celebración del matrimonio, pactaran sobre algunas de las cuestiones patrimoniales vinculadas al mismo. Tales pactos han sido de escasa realización en nuestro medio, lo que a la postre resultó homologatorio de la percepción expresada por el Codificador en la nota antes referida, en el sentido de que tales convenciones eran ajenas a las costumbres nacionales.

Con fundamento en los principios emanados de la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad federal y que toman como punto de partida la existencia de relaciones familiares más democráticas y horizontales, el Código Civil y

Comercial de la Nación propone como ejes rectores de las relaciones conyugales -personales y patrimoniales- los principios de "libertad", "igualdad" y "autonomía" de los sujetos involucrados y, consecuentemente, la decisión del legislador ha sido suplantar el paradigma referido por otro, tendiente a permitir -también en el campo de lo patrimonial- la expresión de la diversidad y pluralidad de modelos familiares reconocidos por el ordenamiento jurídico². Es que, tal como lo ha señalado la CSJN "... el Estado no puede ni debe imponer ideales de vida a los individuos sino ofrecerles el marco de libertad necesario para que ellos elijan ..." ³

No puede soslayarse que la diversidad de formas familiares es producto de profundas transformaciones sociales, económicas y culturales, pues la familia no puede ser vista como una institución aislada, sino como parte de un entramado de instituciones y prácticas sociales, donde el Estado y la legislación, las creencias y prácticas religiosas, los comportamientos económicos y otras formaciones sociales actúan simultáneamente⁴, y que tal abordaje supone reconocer también esa diversidad en la faz patrimonial de las relaciones conyugales.

II. La contractualización de las familias y/o del derecho de las familias

Lo anteriormente expuesto se enmarca en el denominado proceso de "contractualización de las familias", entendido como el fenómeno que describe la tendencia a otorgar cada vez mayor relevancia a los acuerdos de voluntad en la organización de las relaciones familiares⁵, que se ha traducido en una notable desregulación del orden público en materia de efectos personales del matrimonio, y ha repercutido finalmente en la consagración de mayores espacios a la autonomía de la voluntad en el marco de las relaciones patrimoniales matrimoniales.

En tal sentido, la renuncia del legislador a definir un modelo familiar y la libertad creciente dejada a la voluntad de los integrantes de la pareja para

¹Abogada. Escribana pública titular del Registro Notarial N° 259 CABA. Profesora regular adjunta de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

²Solari, Néstor E., "Derecho de las familias", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, 2ª ed. actualizada y ampliada, p. 5.

³CS, 29/08/1996, "Bazterrica, Gustavo Mario s/ tenencia de estupefacientes", Fallos 308:1392. Del voto del Dr. PetracchiConsid. N° 25.

⁴Jelin, Elizabeth, "Pan y Afectos. La transformación de las familias". Fondo de Cultura Económica. 2da Ed. 2010, pág. 25.

⁵Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino", en Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2014, ps. 3 y ss.

determinar sus propias orientaciones han multiplicado las hipótesis de acuerdos expresados bajo la forma de una convención, no solo al momento de la separación sino durante la vida familiar⁶.

La ampliación de la autonomía de los cónyuges en sus relaciones patrimoniales, fue proyectada por la Comisión Reformadora⁷ sobre tres ejes fundamentales: (i) El reconocimiento a los futuros esposos de la posibilidad de elegir someterse al régimen de separación de bienes -como alternativo al régimen legal supletorio de comunidad de ganancias-; (ii) la consagración legislativa de la mutabilidad del régimen legal y/o convencional al que se encontraran sometidos; y (iii) la consagración de una irrestricta libertad de contratación entre esposos.

El último de los aspectos mencionados, sin embargo, fue dejado de lado en virtud de la modificación introducida al Anteproyecto en el trámite parlamentario, que consagró en el inc. d) al art. 1002 del CCCN una inhabilidad genérica para contratar entre los cónyuges sujetos al régimen de comunidad, aun cuando subsistieron las reformas introducidas a la Ley General de Sociedades en tal sentido. Tal decisión, fundada en la sospecha o posibilidad de fraude, circula definitivamente en contramano de la tendencia consolidada en el derecho comparado hacia la admisión de la capacidad contractual entre esposos.

III. Orden público familiar y autonomía en el Código Civil y Comercial.

El Código Civil y Comercial regula el régimen de separación de bienes como una alternativa de vinculación patrimonial a la que los esposos pueden acceder por vía convencional tanto antes de la celebración del matrimonio como posteriormente en caso que decidan mutar de régimen. Ello habilita a los cónyuges para escoger -de entre las opciones propuestas por el legislador- el régimen que mejor se ajuste a su plan de vida y sus condiciones económicas particulares, a la par que plantea la posibilidad de reconsiderar esa elección en el futuro y

mutar de régimen cuando sus vivencias y/o su situación personal así lo aconsejen.

Sin embargo, la autonomía reconocida a los contrayentes / cónyuges por el Código Civil y Comercial resulta fuertemente acotada a través de una doble limitación, a saber: 1.- Los pactos o convenios entre contrayentes / cónyuges deben versar exclusivamente y bajo pena de nulidad, sobre algunos de los objetos previstos por la ley (conf. arts. 446, 447 y 449 CCCN); y 2.- La opción que se haga por cualquiera de los dos regímenes previstos implica siempre la adhesión al estatuto legal correspondiente a dicho régimen, encontrándose vedada a los esposos la posibilidad de introducirle modificaciones o acordar la inaplicabilidad de alguna/s de sus disposiciones.

De este modo, la reforma procura encontrar un punto de equilibrio en la permanente tensión que se exhibe entre la autonomía de la voluntad y el orden público, tratando de conciliar ambos factores. Como se ha señalado: "La autonomía de la voluntad no se contrapone con la afirmación del orden público en el derecho de familia, sino que este último resulta un límite preciso y útil para la realización eficaz de aquella, encontrándose el principio de voluntad individual (...) necesariamente unido al preeminente principio de solidaridad familiar"⁸.

En definitiva, si bien estamos frente a un proceso de flexibilización en relación con la aceptación de la autodeterminación de cada persona, el marco normativo sigue manteniendo restricciones fundadas en la razonabilidad, el no abuso y los valores jurídicos sobre los que se asienta el sistema familiar argentino⁹.

En síntesis, la reforma legislativa habilita un marco concreto pero acotado para el ejercicio de la autonomía personal en el ámbito de las relaciones económicas entre esposos, a través de:

1. la posibilidad que tienen los futuros contrayentes de celebrar convenciones sobre algunos de los objetos referidos en los incs. a), b) y c) del art. 446 referido;

2. la posibilidad acordada a los contrayentes de optar convencionalmente por el régimen de

⁶Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La autonomía", cit. Pág. 12.

⁷En el apartado V Título I de los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación se establece: "el avance de la autonomía de la voluntad en el derecho de familia no es ajeno al ámbito del derecho matrimonial, reconociendo así la libertad de casarse o de no casarse, aceptando distintos modelos de familia, permitiendo la celebración de convenciones patrimoniales en donde cada familia regulará sus relaciones patrimoniales de acuerdo con sus necesidades, entre otros.

⁸Conclusiones del X Congreso Internacional de Derecho de Familia, "Los principios jurídicos de la familia en nuestros días. Conclusiones Comisión N° I, 1998.

⁹Salierno, Karina V. "Incumbencias Notariales en materia matrimonial en el Código Civil y Comercial de la Nación", XXXII Jornada Notarial Argentina, CABA 24, 25 y 26/08/2016.

separación de bienes (conf. inc. d), art. 446 CCCN); y

3. la facultad de modificar convencionalmente durante la vigencia del matrimonio el régimen patrimonial al que se encontraban sujetos por disposición legal o en virtud de la opción formulada en convención matrimonial anterior o posterior a la celebración del matrimonio (conf. art. 449 CCCN).

IV. Convenciones matrimoniales. Concepto.

En defecto de una conceptualización legal, la doctrina ha ensayado distintas definiciones. Así, se ha dicho que las convenciones matrimoniales o prematrimoniales, también denominadas "contratos de matrimonio", son un acuerdo celebrado entre los futuros cónyuges con el fin de determinar el régimen patrimonial al cual quedarán sometidos, o bien, alguno de los aspectos de sus relaciones patrimoniales¹⁰. Asimismo, se sostuvo que se trata de "pactos entre los contrayentes o cónyuges mediante los cuales regulan el régimen patrimonial, sea adoptando alguno que la ley autoriza o estableciéndolo, con ciertas limitaciones"¹¹.

En cualquier caso, lo que se encuentra en el centro de la definición es la expresión de la voluntad concurrente de los futuros cónyuges o los esposos, sobre algunas de las materias respecto de las cuales la ley les permite disponer; y la consagración de la convención matrimonial como la herramienta concreta a través de la cual se efectiviza el ejercicio de la autonomía personal, a cuya regulación el Código Civil y Comercial de la Nación dedica la sección 1ª del cap. 1 del tít. II del Libro segundo, ocupado de las relaciones de familia (arts. 446 a 454 del Cód. Civ. y Com.).

V. Objeto.

Los artículos 446, 449 y 2625 CCCN, establecen taxativamente cuáles son los objetos permitidos sobre los que pueden versar las convenciones matrimoniales y delimitan a partir de esa enunciación el margen de expresión que cabe a la autonomía de la voluntad. Asimismo, el art. 447 in fine opera como norma de cierre decretando la nulidad de cualquier otro acuerdo que versare sobre un objeto distinto a los anteriormente mencionados o cualquier otra cuestión relativa a su patrimonio¹².

¹⁰Belluscio, Augusto C., "Manual de derecho de familia", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, 10ª ed., p. 391.

¹¹Arianna, Carlos A., "Régimen patrimonial del matrimonio", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2017, p. 32.

¹²Debe destacarse que el CCCN regula bajo el título "Convenciones matrimoniales" tanto los acuerdos

Así la mentada autonomía se expresa:

1. Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes:

(i) La designación y avalúo de los bienes que cada uno de los futuros cónyuges lleva al matrimonio: Se trata en el caso de inventariar los bienes de los que cada cónyuge es titular con anterioridad al matrimonio y su valuación estimada, con la finalidad de preconstituir una prueba suficiente de su titularidad y de la oportunidad de su adquisición.

(ii) La enunciación de las deudas: En este supuesto el inventario versará sobre el pasivo que pese en el patrimonio de cada uno de los contrayentes. Si bien la responsabilidad por las deudas es, por regla general, separada (conf. arts. 467 y 505, CCCN), el provecho de esta enunciación radica en evitar que la deuda se repute carga de la comunidad —si quedan sujetos al régimen legal supletorio— a la luz de lo dispuesto por el art. 489 del Cód. Civ. y Com.¹³.

(iii) Las donaciones que se hagan entre ellos: Se trata de las donaciones realizadas por uno de los esposos al otro por razón del matrimonio, las que son regidas por las normas de la sección respectiva (arts. 451 a 453 CCCN) y adicionalmente por las disposiciones referidas al contrato de donación (arts. 1542 in fine y ss.)¹⁴.

(iv) La opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el CCCN: Damos aquí por reproducido lo señalado al respecto, sin dejar de mencionar que la formulación de la norma resulta inapropiada, pues tratándose de una

prematrimoniales —es decir los que pueden realizar antes de la celebración del matrimonio— como los posmatrimoniales —que solo pueden tener por objeto el cambio de régimen patrimonial durante la vigencia del vínculo matrimonial (art. 449 in fine).

¹³Arianna, Carlos A., "Régimen patrimonial...", ob. cit., p. 34.

¹⁴La particularidad de la causa que inspira la celebración de este contrato, determina que se encuentren sujetas a la condición implícita de que se celebre un matrimonio válido. Las normas especiales determinan, que la oferta de donación hecha a uno de los futuros contrayentes, o a ambos por un tercero, quede revocada si el matrimonio no se celebra dentro del plazo de un año, y que la donación se presume aceptada desde que el matrimonio se celebra. Se aparta de los principios generales en materia de donaciones que en orden a la formación del consentimiento contractual requiere que la oferta sea aceptada en forma expresa o tácita (conf. art. 1545, Cód. Civ. y Com.) respetando la forma legal impuesta.

convención prematrimonial solo cabe la opción por el régimen de separación de bienes. En defecto de opción los cónyuges quedarán sujetos al régimen supletorio de comunidad de ganancias (art. 463 CCCN).

En relación con la convención prematrimonial, debe señalarse que la ley no fija un plazo de caducidad para los acuerdos que celebren los futuros esposos, admitiendo incluso que ellos sean modificados por sus otorgantes con anterioridad a la celebración de las nupcias. Tales acuerdos solo producen sus efectos propios si el matrimonio se celebra y en tanto este no sea anulado (conf. art. 448 CCCN). Esta última condición debe conciliarse con las normas que refieren a los efectos de la nulidad del matrimonio, según las cuales las consecuencias variarán, dependiendo de la buena o mala fe de los esposos al celebrar el matrimonio¹⁵.

2. Convención posmatrimonial o matrimonial propiamente dicha

(i) La mutación del régimen patrimonial convencional o legal: con posterioridad a la celebración del matrimonio el único objeto posible de la convención es la modificación del régimen legal o convencional al que estuvieran sometidos los esposos mediando el cumplimiento del plazo y demás requisitos establecidos por el art. 449 in fine¹⁶.

Entendemos que el plazo de un año a que refiere la norma se computa —según el caso— de la siguiente forma: 1. si se trata del régimen convencional o legal al que quedaron sujetos los esposos al celebrar el matrimonio, desde el día en

que las nupcias tuvieron lugar; y 2. si se trata de mutar el régimen al que adhirieron por vía convencional con posterioridad a la celebración del matrimonio —cualquiera que este fuera—, desde el día de otorgamiento de la escritura por la que se instrumentó dicha opción.

(ii) La opción por la aplicación del derecho argentino: el art. 2625 CCCN autoriza a los cónyuges que muden su domicilio a la República Argentina a formular opción por la aplicación del derecho nacional. Entendemos que, aun cuando se encuentra fuera de la nómina de los arts. 446 y 449 in fine, se trata de una convención matrimonial pues su estructura responde a la conceptualización que hemos dado de las mismas, participando asimismo de sus caracteres y naturaleza..

VI. Caracteres.

De las definiciones apuntadas y de las normas precedentemente analizadas, es posible extraer las características esenciales de las convenciones matrimoniales, a saber:

1. Se trata de un acto jurídico bilateral, familiar y de contenido patrimonial (arts. 446, 447 y 449 CCCN).

2. Son optativas: la ley consagra la "facultad" de realizarlas, pero no las impone.

3. Tienen objeto restringido y taxativo: solo pueden versar sobre algunos de los admitidos normativamente (conf. arts. 446, 449 y 2625 CCCN), bajo pena de nulidad.

5. Son formales: deben ser otorgadas por escritura pública (arts. 448 y 449 CCCN).

6. Son condicionales: producen efectos a partir de la celebración del matrimonio y en tanto este no sea anulado (art. 448 CCCN).

7. Su oponibilidad a terceros está dada por su publicidad registral (conf. art. 420 incs. i] y j] y 449 CCCN).

VII. Naturaleza jurídica

Si bien no existe consenso sobre este tema, la doctrina refiere mayoritariamente a su naturaleza contractual, consideración que aparece casi como una lógica consecuencia del acuerdo de voluntades que requieren para su configuración.

En tal sentido, se ha sostenido que se trata de "contratos que los cónyuges celebran *causa matrimonii* destinados a regular el régimen de bienes", cuya eficacia futura queda sujeta a la

¹⁵En efecto, conforme lo dispuesto por el art. 428 CCCN, si ambos esposos hubieran celebrado el matrimonio de buena fe, este produce todos los efectos de un matrimonio válido hasta el día en que se declare su nulidad y en tal caso la sentencia firme provocará la disolución del régimen patrimonial convencional o supletorio. A contrario sensu, el matrimonio celebrado de mala fe por ambos cónyuges no produce efecto alguno y las convenciones matrimoniales quedarán sin efecto (conf. art. 430 CCCN), dejando a salvo los derechos de terceros que de buena fe hubieran contratado con alguno de los esposos. Finalmente, si uno sólo de los esposos celebró el matrimonio de buena fe, se establece un tratamiento dispar según hubieran estado sujetos al régimen convencional de separación de bienes o al régimen legal supletorio. En el primer caso, se respetará la convención matrimonial y cesará el régimen en virtud de la aplicación de las normas correspondientes. En el segundo caso, el art. 429 confiere al cónyuge de buena fe una triple opción para escoger la que resulte más conveniente a sus intereses.

¹⁶La ley no limita la cantidad de oportunidades en que los esposos pueden mutar de régimen en tanto se encuentren cumplidos los recaudos mencionados.

celebración del matrimonio¹⁷. Dentro de esta corriente algunos autores han negado tal naturaleza a las convenciones matrimoniales que solo tienen por objeto la enumeración y valuación de los bienes que cada cónyuge lleva al matrimonio o el detalle de sus deudas, sosteniendo que en tales casos se trata de simples declaraciones de las partes¹⁸ que no reflejan stricto sensu un acuerdo de voluntades. En ese entendimiento, solo tendrían naturaleza contractual aquellas convenciones que instrumenten donaciones entre los futuros esposos o que versen sobre la opción por alguno de los regímenes o su mutación.

Para otro sector, sin embargo, resulta inapropiada su calificación como "contratos" en el sentido de causa eficiente de obligaciones¹⁹. Así, se ha dicho que "la capitulación matrimonial es un negocio jurídico bilateral que no configura propiamente un contrato, sino que es una convención, una especie de pacto normativo, o de estatuto acordado, en el que los esposos convienen una serie de cuestiones relacionadas con el régimen patrimonial del matrimonio"²⁰. También se ha sostenido que, si bien el telón de fondo de las convenciones es la regulación de los contratos, referirlas exclusivamente a ellos resulta insuficiente para comprender su especialidad, quedando el carácter contractual de estas reformulado en virtud de la incidencia formal del principio de especialidad del matrimonio²¹.

Por nuestra parte, atendiendo a la definición amplia que brinda art. 957 CCCN, según la cual: "Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones

jurídicas patrimoniales"²², no dudamos de la naturaleza contractual que en todos los casos corresponde a las convenciones. Cualquiera fuera su objeto, su esencia es invariablemente el acuerdo de voluntades destinado a regir cuestiones relativas a sus relaciones patrimoniales, y aun cuando se trate de inventariar los bienes y/o las deudas que cada uno lleva al matrimonio, existe una voluntad común de preconstituir prueba sobre estos aspectos²³.

VIII. Sujetos

Las partes de la convención son los futuros esposos o los cónyuges -según se trate de convenciones prematrimoniales o posmatrimoniales- cuya capacidad para el acto deberá ser juzgada a la luz de los principios generales y del supuesto específico que en relación con los menores de edad establece el art. 450 CCCN que presenta algunas dificultades en orden a su interpretación.

Frente a la falta de aptitud nupcial derivada del impedimento matrimonial establecido por el art. 403 inc. f) CCCN, el art. 404 del mismo cuerpo legal dispone que cuando los menores de edad que pretenden contraer matrimonio son mayores de dieciséis años podrán hacerlo válidamente con el consentimiento expreso de sus representantes legales, mientras que a falta de acuerdo de los progenitores o tratándose de menores de dieciséis años, el impedimento sólo puede ser removido mediante dispensa judicial.

El texto de dicha norma se apartó del proyectado por la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil Unificado que establecía la dispensa judicial como único mecanismo de remoción del impedimento matrimonial que pesaba sobre los menores para contraer matrimonio, sin distinción de franjas etarias; mientras que el art. 450 citado —que mantiene la redacción que le fue dada en el Anteproyecto— establece que "*las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse*" no pueden hacer donaciones en las convenciones matrimoniales ni ejercer la opción por el régimen de separación de bienes.

La modificación introducida al texto del art. 404

¹⁷ Zannoni, Eduardo A., "Derecho civil. Derecho de familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 489.

¹⁸ Sambrizzi, Eduardo A., "El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 36.

¹⁹ Molina de Juan, Mariel F., "Código Civil y Comercial de la Nación - Familia", Suplemento Especial, La Ley, 2014, p. 22.

²⁰ Fanzolato, Eduardo I., "Las capitulaciones matrimoniales. Derecho argentino y derecho comparado", RDF 19-25.

²¹ Basset, Úrsula C., "La convención matrimonial", LA LEY 2016-D-1258, cita online: AR/ DOC/1651/2016. Señala esta autora que las notas distintivas que les aportan la especialidad del matrimonio impiden catalogarlas sin más como contratos lisos y llanos, y que es por tal motivo que en algunos regímenes comparados se ha preferido un vocabulario que las distinga de los contratos tales como "convenciones", "capitulaciones", "pactos". Sostiene, asimismo, que estas múltiples denominaciones esconden la dificultad del legislador de concebirlas como contratos lisos y llanos.

²² La norma transcripta, por otra parte, descarta la distinción entre "contrato" y "convención" proveniente del derecho romano clásico, según la cual el primero otorgaba acciones para exigir su cumplimiento mientras que la segunda no, por lo que no se justifica sostener tal distinción.

²³ Arianna, Carlos A., "Régimen patrimonial...", ob. cit., p. 33.

ha resignificado la prohibición del art. 450, CCCN. Como puede advertirse la conjunción de ambas normas en su texto original hacía que la prohibición alcanzara a todos los menores de edad que pretendieran contraer matrimonio; mientras que el texto final autoriza a sostener —al menos desde lo gramatical— que mientras los menores de edad que contraen matrimonio con autorización de sus representantes legales podrían celebrar todo tipo de convenciones, aquellos que lo hagan mediando dispensa judicial quedarán atrapados en la prohibición.

Entendemos que tal interpretación —gramaticalmente correcta— altera los presupuestos referidos a la capacidad de los menores de edad, pues si bien el Código Civil y Comercial ha introducido importantes modificaciones en la materia, con especial énfasis en el reconocimiento de su capacidad progresiva, no es menos cierto que en materia de actos jurídicos de contenido patrimonial la incapacidad sigue siendo la regla. Aceptada esta premisa, parecería que una ampliación de la capacidad patrimonial del menor de edad de tal envergadura hubiera requerido de una norma expresa que determinara el modo de superar tal incapacidad²⁴.

Por otra parte, el tratamiento dispar que resulta de la interpretación referida —con fundamento en el requerimiento de la autorización judicial— resulta irrazonable por aplicarse a sujetos que se encuentran en idénticas condiciones, careciendo de fundamentos jurídicos que la justifiquen. La prohibición legal está claramente establecida en función de la minoridad y no del mecanismo que en cada caso se utilice para la remoción del impedimento.

Con relación al impedimento matrimonial de salud mental (art. 405 CCCN), no se establecen previsiones específicas que vedan a los contrayentes la celebración de convenciones matrimoniales, por lo que ellas se encontrarán permitidas en la medida en que la sentencia judicial no establezca expresamente la inhabilidad para celebrarlas, pudiendo requerirse en cualquier caso la declaración judicial sobre la habilidad para la realización del acto.

Finalmente, no existiendo previsión legal al respecto, cabe preguntarse si las convenciones

matrimoniales pueden ser otorgadas por apoderado. Entendemos que, atendiendo a la naturaleza contractual/patrimonial de las convenciones matrimoniales a la que ya nos hemos referido, sería admisible el otorgamiento de ellas mediando la intervención de representantes voluntarios, siempre que estos cuenten con poderes que le confieran facultades expresas a tal fin, a tenor de lo dispuesto por el inc. a) del art. 375 CCCN.

IX. Forma y Oponibilidad

De conformidad con lo dispuesto por los arts. 448 y 449 CCCN las convenciones matrimoniales deben ser otorgadas por escritura pública, tratándose de negocios jurídicos formales (art. 969 CCCN).

No obstante la clara letra de la ley, algunos autores han sostenido²⁵, que la opción por el régimen de separación de bienes que pretendan realizar los futuros cónyuges podría formularse ante el oficial público del Registro Civil; es decir, prescindiendo de la escritura pública cuya exigibilidad quedaría reservada para el otorgamiento de las restantes convenciones prenupciales (inc. a) b) y c) art. 446 CCCN) y para los supuestos de mutación del régimen u opción por la aplicación del derecho argentino.

Tal postura se fundamenta en la pretendida contradicción entre la letra de los incs. i) y j) del art. 420 CCCN y las expresiones vertidas por la Comisión Reformadora en los Fundamentos del Anteproyecto del CCCN y el art. 448 del CCCN expresiones contenidas en los Fundamentos al Anteproyecto de Reformas²⁶.

En función de ello, quienes distinguen entre “convención matrimonial” y “opción por el régimen patrimonial del matrimonio”, destacan el carácter de instrumento público que reviste el acta matrimonial y

²⁵Chechile, Ana María– Herrera, Marisa. “La formalidad de la elección del régimen de bienes en el matrimonio. Nuevos debates en el Código Civil y Comercial, LL 16/09/2016. LL Online AR/DOC/2795/2016. Carrillo Herrera, Gonzalo, “Registro Civil y Cuestiones Patrimoniales. A propósito de la elección del Régimen Patrimonial del Matrimonio” en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2020-1 Cuestiones patrimoniales del Derecho de las Familias – I. Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 111.

²⁶En los fundamentos se expresa: “El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción para elegir entre dos regímenes de bienes... Esta elección se realiza por escritura pública antes de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas”. AA.VV., “Código Civil y Comercial de la Nación”, Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2014, p. 63.

²⁴En tal sentido el art. 1222 del Código Civil derogado establecía que el menor que con arreglo a las leyes puede casarse puede también hacer convenciones matrimoniales concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento necesita para contraer matrimonio.

las similares facultades que corresponden a los escribanos públicos y al oficial público del Registro Civil, y concluyen que la opción frente a este último funcionario plasmada en el acta matrimonial conforme lo dispone el inciso i) del artículo 420 del CCCN confiere mayor libertad de acción al ciudadano dotándolo de una mayor cantidad de posibilidades para que pueda ejercer sus derechos correctamente y en forma más económica.

Entendemos —como lo hace mayoritariamente la doctrina nacional²⁷— que, si bien otro sistema hubiera sido posible, la supuesta inconsistencia normativa y las expresiones de la Comisión Redactora en los Fundamentos del Anteproyecto que no resultaron plasmadas en el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación, no alcanzan a enervar la categórica imposición del art. 448 CCCN, en razón de los siguientes argumentos:

-El art. 446 CCCN, ubicado metodológicamente en la Sección 1ª “Convenciones Matrimoniales”, del Capítulo I, del Título II, “Régimen Patrimonial del Matrimonio” establece literalmente que la opción que los futuros cónyuges hagan por alguno de los regímenes patrimoniales es uno de los objetos posibles de las convenciones matrimoniales a las que hemos definido y caracterizado previamente. Ni de esta norma ni de ninguna otra se desprende una distinción entre “convención” y “opción”, siendo esta última uno de los objetos posibles de la primera.

-El art. 448 CCCN establece, a su turno, que “... Las convenciones matrimoniales deben ser hechas por escritura pública *“antes de la celebración del matrimonio”*, y sólo producen efectos a partir de su celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado. Pueden ser modificadas antes de la celebración del matrimonio, mediante un acto otorgado también por escritura pública. Para que la opción del artículo 446 inc. d), produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio”.

De esta norma, que no ofrece dificultades interpretativas, resulta el tratamiento especial no sólo

de la forma sino también de la oportunidad de celebración de las convenciones prematrimoniales, imponiendo su instrumentación —sin distinción de objeto— en escritura pública, con anterioridad a la celebración de las nupcias.

El texto, por otra parte, no exhibe contradicción alguna con el inc. i) del art. 420 antes referido, ya que mientras el art. 448 CCCN refiere a la forma impuesta al acto estableciendo la necesidad de su exteriorización en el acta matrimonial como requisito de su oponibilidad a terceros, el inc. i) del art. 420 - norma que determina el contenido del acta matrimonial- alude en forma concordante a la necesidad de hacer constar la manifestación de haber realizado la opción en el acta de matrimonio. Es menester destacar que forma y publicidad no deben confundirse, pues mientras la primera es exigida como modo de exteriorización del consentimiento, la segunda resulta ser un requisito de oponibilidad a terceros. Cumplen distintos roles y ninguna reemplaza o desplaza a la otra.

-No cabe duda que tanto la escritura pública como el acta matrimonial revisten el carácter de instrumentos públicos a tenor de lo dispuesto por el art. 289 CCCN. Tampoco cabe duda que la escritura pública es un tipo particular de instrumento público con una regulación específica (art. 299 a 312 CCCN), ni puede desconocerse que aun cuando ambos instrumentos tienen idéntico valor probatorio no es posible sustituir un instrumento por otro, pues su otorgamiento está íntimamente unido -entre otras cuestiones- a la competencia de los oficiales públicos de quienes emanan, que tampoco resultan intercambiables.

No se trata de desconocer o jerarquizar de modo diferente la investidura de ninguno de ellos sino de respetar la delimitación de las competencias que a cada uno de ellos les asignan las leyes que reglan su ejercicio²⁸.

Además de los argumentos normativos e interpretativos ya referidos, creemos importante detenernos en algunos aspectos no menos importantes que no han sido considerados por

²⁷Arianna, “Régimen patrimonial...”, ob. cit., p. 36; Basset, Úrsula, ob. cit.; Molina de Juan, Mariel y otro, en Kemelmajer de Carlucci, Aída — Herrera, Marisa — Lloveras, Nora (dirs.), “Tratado de derecho de familia”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2018, t. V-A, ps. 66 y ss.; Campos, Roberto D., ob. cit.; Azpiri, Jorge O., ob. cit.; Garcíade Ghiglini, Silvia en Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Tomo 2 Artículos 401-723. 1ra. Edición. Dir. Alberto J. Bueress. Ed. Hammurabi, pág. 169; Capparelli, Julio C. “Régimen de Separación de Bienes. Una opción aún poco conocida”. En Anuario Revista del Notariado, año 2018, pág. 89 entre otros.

²⁸Al respecto, se ha señalado que con la última reforma que instaura el Código Unificado se ha esfumado una clara oportunidad de diferenciar a los funcionarios, a los oficiales y/o profesionales en ejercicio de una función pública como lo viene haciendo la doctrina y jurisprudencia mayoritaria de al menos, los últimos cuarenta años. Cosola, Sebastián J. “El Derecho Notarial y su Proyección Constitucional” en “La Función Notarial”. Ed. Thomson Reuters, La Ley, 2020, pág. 29.

quienes postulan la posible prescindencia de la escritura pública.

- La opción entre diversos regímenes patrimoniales es una práctica novedosa en nuestro medio después de más de un siglo de régimen único, legal y forzoso, por lo que tanto la posibilidad de optar en sí misma como las consecuencias de acogerse a un régimen patrimonial de separación de bienes son aún desconocidas por los ciudadanos y ciudadanas²⁹. En este sentido, la intervención notarial garantiza una instancia de asesoramiento que permita a los sujetos informarse y tomar conocimiento de las consecuencias del acto que realizan.

-La opción por el régimen de separación de bienes reviste una trascendencia crucial en la trayectoria patrimonial del matrimonio, por lo que la forma que debe revestir el acto de su ejercicio no puede ni debe quedar librada a imbricadas interpretaciones doctrinarias que contra la clara letra de la ley abonan teorías que exponen a los ciudadanos a la incertidumbre sobre el valor de los actos realizados.

-Finalmente, no podemos dejar de señalar que el baluarte de la “facilidad” y la “gratuidad” que supone la posibilidad de optar ante el oficial público en el acto de celebración del matrimonio puede conducir a resultados disvaliosos. Nos explicamos.

Como es sabido, en nuestro derecho rige el principio de libertad de formas. Sin embargo, cuando se trata de actos trascendentes para la vida de los ciudadanos el legislador opta por imponer a los mismos diversas solemnidades. Estas formalidades, así como un smoking o unos zapatos de taco alto que se estrenan para una fiesta, suponen casi siempre alguna “molestia”. Pueden resultar incómodos, pero tienen la virtud de dar importancia al acto al que se imponen, de encender las alarmas sobre su trascendencia, de mover a la atención, la reflexión y el análisis.

²⁹ En este sentido cabe señalar que en nuestro sistema legal de seguridad jurídica preventiva, de protección integral del ciudadano, el legislador argentino de todos los tiempos ha encontrado un eficaz camino para resguardar y proteger la buena fe, la igualdad, el equilibrio, la defensa de la ley, en todos los actos de la vida privada de los habitantes de la Nación, a través de su intervención directa, bajo la figura del notario público Anisde Funes Coronel – Russo Martín Leandro y Panero Federico Jorge. La función notarial como pilar de la seguridad jurídica en la contratación y la defensa de los derechos del consumidor. Nuevas tecnologías” en “La Función Notarial”, Director: Gastón A. Zavala. La Ley, Thomson Reuters,

Deberíamos preguntarnos entonces si la propiciada “facilidad” inicial para ejercer la opción no puede un día trocarse en la desagradable sorpresa de quien, ante la ruptura matrimonial, descubre encontrarse sometido a un régimen que escogió sin la debida información, o que ni siquiera escogió pues no participó del llenado de la planilla del Registro Civil en la cual tal opción se formulaba con una cruz en un casillero³⁰.

Entendemos que para que la bienvenida posibilidad de optar se traduzca en un verdadero ejercicio de autonomía resulta indispensable que los contrayentes cuenten con una instancia de asesoramiento y reflexión sobre el acto a realizar.

Finalmente, no puede dejar de considerarse en este análisis el fuerte impacto que la perspectiva de género tiene actualmente en el quehacer jurídico y las implicancias que la temática puede revestir en temas como el que nos ocupa, por lo que es deseable que el ejercicio de la libertad reconocida a los esposos se encuentre rodeada de las garantías necesarias para la expresión de una voluntad libre e informada.

En este sentido creo que la mirada de los operadores jurídicos debe ir más allá de la propia realización del acto, incorporando al análisis las consecuencias que este tendrá en la vida de los involucrados y, muy especialmente, los efectos que proyectará al momento de la ruptura matrimonial como modo de prevenir futuros conflictos.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha vinculado la cuestión de la oponibilidad a terceros de las convenciones matrimoniales a la publicidad registral, la que en este caso se realizará a través de las constancias del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con carácter declarativo³¹ (conf. incs. i) y j) art. 420 y el artículo 448 CCCN y 449 CCCN).

³⁰Los Registros Civiles a los fines de proveer a los contrayentes turno para la celebración del matrimonio les hacen entrega de planillas en la que se los invita a marcar con una cruz a que régimen patrimonial desean quedar sujetos. Esta información se traslada luego al contenido del acta matrimonial.

³¹La publicidad que efectúa el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas no enerva, sin embargo, la publicidad que en sus constancias puedan efectuar, entre otros, los Registros de la Propiedad Inmueble y/o Automotor, así como las Direcciones de Personas Jurídicas de las distintas jurisdicciones del país, debiendo tenerse presentes las reglamentaciones sobre la cuestión registral que son competencia de cada una de las provincias y de la ciudad de Buenos Aires, sin perjuicio de las normas nacionales que resulten de aplicación.

Habiéndose adoptado un sistema que permite la mutabilidad del régimen patrimonial y en consideración a las proyecciones que esto puede importar en la relación de los esposos con los terceros, se ha establecido expresamente que 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.

Sin perjuicio de ello, entendemos que aun cuando la convención matrimonial no se encontrara inscrita, no pueden prevalecerse de la falta de publicidad aquellos que participaron en el acto ni quienes efectivamente conocieron el mismo.

Atendiendo a la diferencia ya expresada entre forma y publicidad es del caso destacar que la inscripción registral que en todos los casos reviste carácter declarativo, de ningún modo puede tener el alcance de sanear o suplir la falta de la escritura pública o su invalidez ya que la inscripción registral carece de efectos convalidantes.

X. Consecuencias de la omisión de la escritura pública

Como es sabido, los actos jurídicos son reputados como "formales" o "no formales", según tengan o no una forma legal o convencionalmente impuesta. A su turno, los actos jurídicos formales pueden ser subclasificados en "solemnes absolutos", es decir, aquellos en los que la forma exigida por la ley es constitutiva del acto y cuya inobservancia lo priva de todos sus efectos, y los "solemnes relativos", es decir, aquellos en los que la falta de forma impuesta priva al acto de sus efectos propios, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a hacer la escritura pública.

Dentro de tal esquema conceptual, entendemos que las convenciones pre y post matrimoniales son negocios formales de solemnidad relativa, toda vez que la escritura pública no les ha sido impuesta bajo pena de nulidad ³². En tal entendimiento la

³²En igual sentido, Arianna, Carlos A., "Convenciones matrimoniales y contratos entre cónyuges en el Proyecto de Código Civil y Comercial", cita online: AP/DOC/1069/2014; Azpiri, Jorge O., ob. cit., p. 142; Campos, Roberto D., ob. cit., p. 175, entre otros. Con distinto criterio: Basset, Úrsula, ob. cit. Sostiene: "...el requisito de forma es un requisito ad solemnitatem. Vale decir que, si la forma prevista por el legislador para la convención pre o post-nupcial no se verifica, la convención es nula". Belluscio, Augusto C., ob. cit., ps. 294-295. Lógicamente, quedan fuera del alcance de esta afirmación las convenciones que incluyan la donación de bienes inmuebles, muebles registrables o prestaciones periódicas

convención otorgada sin cumplir la forma impuesta podría sanearse mediante la expresa confirmación del acto (conf. art. 388 CCCN) otorgada en la forma legal impuesta.

Sin embargo, cabe preguntarse qué ocurriría si alguno de los cónyuges se negara a confirmar el acto otorgado. ¿Cuál será su valor? ¿Podría ser exigido judicialmente el otorgamiento del acto por escritura pública? ¿Podría la escritura pública ser otorgada por el juez si el cónyuge demandado persistiera en su negativa? Entendemos que la respuesta negativa se impone.

Las normas del nuevo ordenamiento civil consagran el instituto de la conversión del negocio causal originario en otro consistente en cumplir la formalidad requerida. Esa obligación es calificada como una obligación de hacer, tal como lo establece el art. 1018 CCCN, según el cual si la parte condenada a cumplirla es remisa, podrá hacerlo el juez en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas o sea asegurado su cumplimiento.

Como hemos sostenido en otro trabajo³³, el art. 1018 aludido-inserto en el capítulo dedicado a la forma de los contratos en general- tiene en miras un contrato conmutativo en el que las partes asumen "prestaciones recíprocas", es decir, un contrato en el que alguna de las partes ha asumido el cumplimiento de la obligación de hacer "otorgar la escritura pública" para concluir el negocio jurídico, y en ese entendimiento sostenemos que la peculiar estructura de las convenciones matrimoniales torna inaplicables normas como la referida que suponen la existencia de un negocio de cambio.

La particularidad de las convenciones matrimoniales es que -sin perjuicio de su naturaleza contractual- no se configura un contrato en el que los otorgantes asuman prestaciones recíprocas ni en el que quepa la negociación de sus términos, sino un negocio jurídico familiar en el que sus otorgantes expresan su consentimiento concurrente para adherir a un estatuto legal prefijado.

Ratificamos en este aspecto lo ya expuesto en el apartado anterior en el sentido que la formalidad impuesta a las convenciones matrimoniales procura garantizar la expresión de un consentimiento libre de

vitalicias, supuestos en los que la solemnidad resulta absoluta (conf. art. 1552 CCCN).

³³Fernández, María José. "Convenciones Matrimoniales". RDF 89, 10/05/2019. Cita Online: AR/DOC/1267/2019

vicios, teniendo especialmente en consideración que, más allá de la igualdad formal entre los esposos consagrada por la ley, las relaciones conyugales están en muchos casos atravesadas por situaciones de vulnerabilidad y sometimiento económico.

En tal sentido, admitir la aplicación del instituto de la conversión formal puede implicar la convalidación por vía de normas ajenas al régimen patrimonial matrimonial de una contratación realizada por los esposos en el ámbito privado careciendo de las garantías apuntadas.

A mayor abundamiento, cabe destacar que, de admitirse la aplicación de las normas sobre conversión del negocio jurídico, el eventual otorgamiento de la escritura pública por el cónyuge demandado en cumplimiento de la sentencia judicial o, en su caso, por el juez en representación del remiso, implica que será a partir de ese momento que el negocio producirá sus efectos entre las partes, pues el dispositivo legal de la conversión no conlleva el efecto retroactivo que es propio de la confirmación.

XI. Breves consideraciones de cierre

La autonomía personal es la capacidad que tenemos los seres humanos de decidir que queremos hacer con nuestras vidas, de diseñar y poner en marcha nuestro propio plan vital (...). Sin embargo, para que esa autonomía pueda ser efectiva, para que esa libertad pueda ser desarrollada, las personas debemos contar con opciones reales que muchas veces no podemos tener sin la ayuda del Estado³⁴.

Desde ese punto de vista podemos sostener que el Código Civil y Comercial al cambiar el paradigma del régimen patrimonial matrimonial legal, único e imperativo por otro que admite “opciones” y “mutaciones” -aunque acotadas- permitirá que los cónyuges valoren sus intereses y opten por un sistema que se adecue a sus principios y diagramen su vida económica³⁵, redundando en un bienvenido ejercicio de la autonomía a tono con los principios constitucionales de intimidad y libertad.

³⁴Nino, Carlos, *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989. Citado por Kemelmajer de Carlucci, Aida en op. cit. pág. 3.

³⁵Lloveras, Nora – Salomon, Marcelo. *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Ciudad de Buenos Aires 2009, pág. 314.

Los derechos de los acreedores de los cónyuges en el régimen de comunidad

María Eugenia Lastra¹

I. Introducción:

Es sabido que a partir de la celebración del matrimonio nace entre los cónyuges relaciones jurídicas personales y patrimoniales relacionadas intrínsecamente a los deberes/derechos nacidos de la vida en común.

Estas relaciones patrimoniales generan relaciones jurídicas no solo entre cónyuges sino también entre estos respecto de terceros ligados intrínsecamente con el régimen de comunidad.

En razón a ello, analizaremos un fallo proveniente de la provincia de Córdoba a través del cual recorreremos el alcance que reviste el régimen de comunidad de bienes en el matrimonio y la legitimidad de las vías judiciales utilizadas por los acreedores para garantizar los derechos que pudieren verse afectados, el régimen establecido por el Código Civil y Comercial (CCC) para proteger esos derechos frente al cobro de créditos y la relevancia de registrar la sentencia judicial.

II. El caso:

El fallo propuesto procede del Juzgado de Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Córdoba². Se trata de un abogado en cuyo favor se había generado un crédito en virtud de un juicio ejecutivo por cobro de honorarios ante la justicia civil y comercial, a raíz de una regulación en el fuero laboral en actuaciones sobre despido que no prosperó, resultando a cargo de la Sra. R. la condena en costas. El letrado se presenta en el expediente en que se tramita el divorcio entre esta y su cónyuge, peticionando ser tenido como tercero interesado en su carácter de acreedor. En razón a ello, manifiesta que en virtud de las facultades que le confiere el art.

486 del CCC, en su carácter de acreedor de la Sra. R., solicita se proceda a la inscripción del inmueble adjudicado a ella en la sentencia de divorcio dictada en diciembre de 2005, en virtud de una homologación de acuerdo de liquidación de la comunidad ganancial formulado entre las partes y que nunca se inscribió a su nombre en el Registro General de la Provincia.

Frente a ello, el ex cónyuge, argumentando la ausencia de reclamo alguno en su contra y manifestando no conocer al letrado ni adeudarle ningún importe, entiende que el crédito reclamado lo posicionaría como acreedor de la Sra. R., lo cual afirma no constarle. Por ello, opone la falta de personería pasiva. Aunque en rigor de verdad, el accionado incurre en confusión, en tanto lo que plantea es su falta de legitimación pasiva y no de personería, tal como indica el magistrado interviniente.

Subsidiariamente contesta demanda conjuntamente con su ex cónyuge planteando: inadmisibilidad de la demanda interpuesta por el letrado, nulidad, excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, falta de personería activa, en rigor legitimación activa, y falta de acción.

En definitiva, ambos hacen hincapié en la absoluta negativa a que el art. 486 del CCC le confiera facultades al letrado ni que resulte aplicable en el presente caso. Por ello consideran que al letrado reclamante no le cabe legitimación alguna para solicitar la inscripción de la adjudicación del inmueble.

Alegaron que el letrado omitió, en su reclamo, mencionar que el bien inmueble cuya inscripción pretende se encuentra afectado al régimen del bien de familia, resulta ser vivienda única y que la Sra. R. no cuenta con los medios económicos para realizar ningún trámite de la adjudicación pretendida por G.

Ante ello, corrida la vista de las excepciones planteadas, el letrado contesta manifestando que su condición de acreedor de la Sra. R. se encuentra fehacientemente acreditada con copia de la sentencia expedida por el tribunal interviniente en causa de cobro ejecutivo de honorarios, debidamente concordada por el juzgado de familia actuante. Señala que de dicha resolución surge la obligación de la Sra. R. de abonarle los honorarios profesionales regulados por ante la Cámara del Trabajo.

Aclara que, por tratarse de una deuda de carácter alimentario para él, se constituye como

¹ Abogada. Alumna de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. EL presente trabajo fue presentado en el marco de curso de libre elección *indivisión poscomunitaria y hereditaria* a cargo de la profesora Lidia B. Hernández

² "L., L.C. – R., E. N. – DIVORCIO VINCULAR – NO CONTENCIOSO" (13/5/2019). Publicado en elDial.com-AAB4FC del 9/8/2019

"tercero interesado acreedor", solicitando se proceda a la inscripción del inmueble que le fuera adjudicado a la Sra. R. por sentencia de divorcio, a los fines de poder posteriormente realizar los trámites necesarios para la percepción de su crédito.

Así las cosas, el magistrado rechaza los planteos defensivos de los ex cónyuges, teniendo por acreditada la existencia de un crédito en favor del letrado.

Sostiene que de las constancias de las actuaciones sobre divorcio surge la homologación del acuerdo de liquidación de la comunidad ganancial formulado entre las partes, en donde se adjudicó el inmueble a la Sra. R.; y que esta circunstancia son las que habilitan el carácter de demandados a los ex cónyuges y a su vez, la citación del Sr. L permite que pueda ejercer debidamente su derecho de defensa, al haber sido parte en el juicio de divorcio, rechazando así la excepción planteada por el ex cónyuge de falta de "personería pasiva", aunque en rigor se trata de la excepción de falta de "legitimación pasiva".

Menciona el fallo en análisis que el art. 486 del CCC establece que, en las relaciones con terceros acreedores, durante la indivisión postcomunitaria, pueden subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la masa común, si los gananciales son de titularidad del otro cónyuge. Y en definitiva concluye recordando la vieja premisa lógica que reza "quien puede lo más, puede lo menos", señalando que, si un tercero acreedor puede subrogarse en los derechos de su deudor y pedir la disolución de la comunidad ganancial, puede claramente pedir simplemente que el inmueble que ya fue objeto de adjudicación entre los ex cónyuges sea inscripto debidamente en el registro respectivo e ingrese definitivamente en el patrimonio de su deudor.

De este modo, ordena inscribir en el Registro General de la provincia el inmueble que fuera adjudicado a la Sra. R. en la sentencia de divorcio, aclarando que el carácter bien de familia y/o vivienda única del inmueble será una cuestión que deberá considerarse en una instancia ejecutiva posterior y por ante quien corresponda, no correspondiendo su tratamiento en este momento.

III. La legitimación del acreedor para comparecer en el juicio y peticionar:

El art. 486 del CCC expresa que "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." De este modo, el legislador atribuye a los terceros acreedores, luego de disuelta la comunidad y durante el período de indivisión postcomunitaria, la facultad de subrogarse en los derechos de su deudor para solicitar la partición de la comunidad.³

En el caso puesto en análisis, el interrogante se plantea en torno a la legitimación activa del letrado acreedor para peticionar. Sin vacilar, el juez otorga legitimación al reclamante atendiendo que se encuentra acreditada su carácter de acreedor respecto de la Sra. R. Es que el actor está legitimado para actuar y peticionar tal como lo hace respecto del bien adjudicado, justamente, porque es titular del derecho que pretende ejercer.

Un punto a considerar es la fecha de la sentencia de divorcio y de homologación del acuerdo sobre partición de bienes de la sociedad conyugal, puesto que data del año 2005, año en que se encontraba vigente el viejo Código Civil modificado por ley 23.515. En dicha partición se adjudica un inmueble a la Sra. R. el cual, sin embargo, conforme las constancias relatadas, tal adjudicación nunca fue inscripta en el registro de la propiedad inmueble provincial correspondiente, convirtiéndose dicha inscripción en el eje de la petición del acreedor para luego poder hacer efectivo su crédito sobre ese bien en el juicio de ejecución por deuda de honorarios en trámite.

IV. Derechos de los acreedores de los ex cónyuges frente a la disolución de la comunidad:

En este contexto, debemos señalar que la sentencia que extingue la comunidad produce efectos retroactivos, de manera que si existieren deudas posteriores no le serían imputables, resultando completamente ajena a esta. Sin embargo, ello no modifica en absoluto la titularidad que sobre los bienes tenían los cónyuges antes de extinguida la comunidad, ya que el CCC asigna a los coparticipes un deber posterior consistente en la diligencia de inscribir la sentencia respectiva en el Registro Civil que se trate, para que esta adquiera oponibilidad a terceros.

³ Bertini, Adriana, "Quien puede lo más, puede lo menos. Derechos de los acreedores de los cónyuges frente a la partición de la comunidad", AR/DOC/483/2020.

En ese orden de ideas, el espíritu del legislador se enfoca en la clara intención de plasmar un límite, cuyo fundamento no es otro que el resguardo de los derechos de terceros de fecha anterior a la extinción de la comunidad sobre la integralidad del patrimonio del deudor, ya que este patrimonio se constituirá en la prenda común de aquéllos.

Ese propósito se complementa con el párrafo 4º del art. 480 del CCC estableciendo que "En todos los casos, quedan a salvo los derechos de los terceros de buena fe que no sean adquirentes a título gratuito", correlacionándose a su vez con la disposición contenida en el art. 449 de ese mismo cuerpo normativo que, refiriéndose a la modificación de régimen patrimonial con posterioridad a la celebración del matrimonio, estableciendo que "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."

"Los acreedores de los coparticipes de fecha anterior a la extinción de la comunidad podrán oponerse a la partición hasta no ser desinteresados; oponerse a la extinción de la comunidad por modificación del régimen consensuado por los cónyuges si se realiza antes del plazo acordado por ley; y en caso de fraude, podrán plantear la inoponibilidad del acto de disposición conforme lo acuerdan las normas generales de protección de los terceros"⁴

Esta cuestión, necesariamente se conjuga con los principios generales del título preliminar, entre ellos el de la buena fe (art. 9), incluyendo tanto la buena fe en el sentido de la exigencia de un comportamiento leal (objetiva), como la denominada buena fe creencia (subjetiva). Por ello, la buena fe del tercero se presume, pesando la carga probatoria sobre quien alegando mala fe pretende oponer la extinción comunitaria al acreedor.

El art. 12 viene a integrar la regulación específica respecto del fraude, independizándolo del fraude a los acreedores y elevándolo al rango de una categoría general.

"El art. 487 es consecuencia de la aplicación concreta de la seguridad jurídica como uno de los

⁴ Peracca, Ana G., "La indivisión forzosa de la comunidad ganancial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 70-89.

pilares sobre los que se asienta el régimen matrimonial, cualquiera sea su fuente (legal o convencional), en tanto procura impedir que los cónyuges se confabulen entre sí para violar las reglas de orden público previstas por el Código."⁵

El CCC recepta de este modo, la doble dimensión de la seguridad jurídica propuesta por Lorenzetti⁶, quien considera que esta conlleva la posibilidad de predicción y protección, de modo que comprende tanto la existencia de pautas estables y previsibles que permitan el intercambio de bienes y servicios en la vida social; como también la protección de los derechos de terceros que deben permanecer a resguardo.

Se consagra así el derecho de los acreedores de los coparticipes a subrogarse en los derechos de su deudor o en los del no contratante (art. 486) para solicitar la partición de la masa común y a ser pagados con carácter previo a la partición (arts. 480 y 487).

Ello así, en virtud de que "el interés de los acreedores se centra en que los bienes se transmitan, sean partidos y pasen, de la cabeza de quien era el titular exclusivo antes de la disolución a su deudor no titular para, de este modo, agredir bienes que antes no podían atacar."⁷

Durante la vigencia del viejo Código Civil, ha sostenido Guaglianone que, operada la disolución de la sociedad conyugal y liquidadas las deudas de cada uno de los cónyuges, la garantía patrimonial de los acreedores de los cónyuges sufre un encogimiento y un estiramiento. Encogimiento de la garantía de los acreedores del cónyuge deudor que no han estado atentos, que no se han opuesto a la partición y, consecuentemente, parte de los bienes pasaron al otro cónyuge. Estiramiento, porque los acreedores, que antes no tenían bienes para agredir, ahora tienen los recibidos por efecto de la partición⁸. Doctrina que resulta de total aplicación al régimen del actual CCC y al caso analizado.

Durante la indivisión postcomunitaria en vida de los cónyuges, estos responden con sus bienes propios y gananciales por las deudas que contraigan, este principio concebido durante la comunidad no se

⁵ Peracca, Ana G., "La indivisión forzosa..." ob. cit., p. 7.

⁶ Lorenzetti, Ricardo L., Las normas fundamentales del derecho privado, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, p. 454.

⁷ Peracca, Ana G., "La indivisión forzosa..." ob. cit., p. 8.

⁸ Guaglianone, Aquiles, Disolución y liquidación de la sociedad conyugal, Ediar, Buenos Aires, 1965, p. 303

modifica cuando ella se disuelve en vida de los cónyuges. Así, disuelta la comunidad mientras no se hayan partido los bienes y esta partición no adquiera publicidad a través de la titularidad registral, los cónyuges seguirán respondiendo con sus bienes propios y los gananciales de su titularidad.

Ante el riesgo de que los cónyuges desarrollen actos fraudulentos en contra de los derechos de acreedores anteriores a la partición, cobra vital relevancia el art. 487, puesto que el legislador busca proteger a terceros ante "actos esos que, paradójicamente, se pueden realizar por la misma circunstancia de que se mantiene inalterada la titularidad de los bienes, en cabeza de cada cónyuge durante la indivisión postcomunitaria y de que, básicamente, subsiste el régimen de administración y disposición"⁹.

"El hecho de la extinción de la comunidad no puede afectar la situación de los terceros que tengan algún derecho sobre esos bienes, pudiendo los mismos impugnar los acuerdos que eventualmente efectúen los cónyuges cuando esto les cause algún perjuicio"¹⁰.

De acuerdo a la facultad otorgada por el art. 486 in fine, la partición de la comunidad en vida de ambos cónyuges podrá entonces ser peticionada por los acreedores de los cónyuges por vía subrogatoria ante el juez del divorcio, por tratarse de cuestiones conexas al principal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2364 CCC.

Por ello, tratándose de una cuestión meramente patrimonial, una vez disuelta la comunidad, los acreedores de los cónyuges, sin importar si su deuda es anterior o posterior a la disolución de la comunidad, se encuentran legitimados por vía subrogatoria para pedir la partición. Respondiendo ello a la necesidad del acreedor de que sean adjudicados los bienes a su deudor a fin de hacer efectivo su crédito.

VI. La aplicación de la premisa: "Quien puede lo más, puede lo menos":

Conforme todo lo supra expresado: "El presupuesto para el ejercicio de la acción

subrogatoria es que la omisión del deudor en el ejercicio del derecho afecte el cobro del crédito del subrogante (art. 739, CCC). De allí que podrá echar mano de este recurso, por ejemplo, aquel acreedor cuyo crédito no pudiera ser satisfecho íntegramente sobre los bienes actuales correspondientes al cónyuge deudor (conforme el sistema de los arts. 461 y 467), cuyo patrimonio se vislumbra que será ampliado con bienes provenientes de la liquidación y partición"¹¹.

La partición deviene como una consecuencia inexorable para poder individualizar los bienes y, en definitiva, ejecutar la deuda. Sin embargo, ello no es suficiente, ya que de acuerdo a la adjudicación realizada en favor del deudor, la partición debe inscribirse en los registros correspondientes. Ferrer expresa que, el acreedor, a fin de instar la partición, podrá solicitar la designación de perito inventariador, tasador y partidor, y una vez lograda la partición y adjudicación de bienes a su deudor y la inscripción registral de ellos, recién podrá promover su venta forzada en el juicio que venía tramitando¹².

Por ello el juzgador, en el caso analizado, recurre a la premisa "quien puede lo más, puede lo menos", resaltando que "está claro que, si un tercero acreedor puede subrogarse en los derechos de su deudor y pedir la disolución de la comunidad ganancial, puede claramente pedir simplemente que el inmueble que ya fue objeto de adjudicación entre los ex cónyuges sea inscripto debidamente en el registro respectivo e ingrese definitivamente en el patrimonio de su deudor".

Mas aún, la partición se realizó mediante acuerdo de los ex cónyuges y fue homologado en 2005 junto con la sentencia de divorcio, pero luego no se dió continuidad al trámite correspondiente en relación a la inscripción registral del bien adjudicado a la Sra. R. En consecuencia, acreditada la condición de acreedor del letrado y la calidad de deudora de la ex cónyuge, el juzgado admite la participación del acreedor como tercero interesado, autorizándolo a inscribir en el Registro General de la provincia el inmueble que fuera adjudicado a su deudora en la sentencia de divorcio, ya que de ningún modo el acreedor puede ver perjudicado su crédito por actos negligentes o

⁹ Lloveras, Néstor L., "Régimen de deudas de los cónyuges", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 1a ed., p. 52.

¹⁰ Medina, Graciela, "Comentario al art. 487", en KEMELMAJER de CARLUCCI, Aida - HERRERA, Marisa - Lloveras, Nora (dirs.), Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1a ed., t. I, arts. 401 a 508, p. 837.

¹¹ Lloveras, Néstor L., "Régimen de deudas de los cónyuges", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2018, 1a ed., p. 50.

¹² Ferrer, Francisco A. M., "Comunidad hereditaria e indivisión posganancial", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, 1a ed., p. 405.

fraudulentos de su deudor en torno a la intención de dejar inconcluso el trámite particionario.

La adjudicación de los bienes singulares a cada copartícipe de la comunidad se perfecciona con la inscripción registral de la partición, ingresando estos a cada patrimonio a título particular y exclusivo del dominio de cada copartícipe. Ese será el momento a partir del cual el acreedor podrá embargar y ejecutar los bienes adjudicados a su deudor.¹³

VI.- El argumento invocado en torno a la protección de la vivienda y los derechos de los acreedores:

La ley 14.394 en su art. 38 ya establecía que el "bien de familia" no será susceptible de ejecución o embargo por deudas posteriores a su inscripción. No obstante encontrarse derogada, el art. 249 del CCC adopta igual solución, estableciendo que la protección a la propiedad no resulta oponible a los acreedores de causa anterior

En el caso analizado, el juez señala que la defensa esgrimida en torno a que el bien cuya inscripción se peticiona constituye un bien de familia, "será una cuestión que deberá considerarse en una instancia ejecutiva posterior y por ante quien corresponda, no resultando pertinente su tratamiento en ese momento."

"Se entiende por créditos de causa anterior los que tienen su origen en un hecho o acto generador de la obligación acaecido o celebrado con anterioridad a la inscripción, aunque el vencimiento se produzca con posterioridad, pues la ley 14.394 no funda la distinción en el momento que la deuda se torna exigible sino en el de su nacimiento; de otro modo resultaría fácil burlar los alcances de la protección legal con solo constituir la afectación con posterioridad a la celebración del contrato"¹⁴.

Como bien señala el magistrado, la defensa esgrimida en torno al carácter de "bien de familia" de la propiedad, en todo caso deberá articularse en la causa donde tramita la ejecución de honorarios contra la Sra. R. al momento de que el letrado se encamine al cobro de su crédito.

VII.- Conclusión:

El fallo propuesto en análisis aborda el derecho del acreedor de solicitar por vía subrogatoria la partición de la comunidad, derecho que se otorga también a los acreedores de los herederos para solicitar la partición de la herencia, quienes además pueden embargar y subastar los derechos hereditarios aún antes de la partición.

No resulta contrario a derecho alguno sino plenamente coherente que, si los acreedores pueden solicitar la partición, también se les otorgue a estos el derecho a inscribir los bienes registrales adjudicados a su deudor.

De otro modo, de persistir la falta de inscripción registral, la adjudicación de bienes permanecería imperfecta perjudicando derechos de terceros, obstruyendo la concreción efectiva del crédito.

Este tema es resuelto por el magistrado en la correcta aplicación de la lógica de principios que protegen y otorgan seguridad jurídica a quienes pueden ver afectados sus derechos como acreedores por actos que en definitiva les resultan inoponibles.

¹³ Bertini, Adriana, "Quien puede lo más...", ob. cit.

¹⁴ Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Protección jurídica de la vivienda familiar", Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 98

Deudas de los cónyuges frente a terceros en el régimen de la comunidad¹

Marta Redmond²

I. El caso

El 24 de mayo de 2000, el matrimonio compuesto por Claudia y Adelqui Alassia concurrió a la Clínica Modelo Privada y de la Madre y del Niño S.R.L.; con el objeto de solicitar los servicios de la misma para dar a luz a su niño. Ocurrido el evento en forma satisfactoria el 25 de mayo de 2000, Claudia fue dada de alta y suscribió en garantía un pagaré por los servicios prestados, que nunca pagó.

Ante tal situación, la Clínica Privada y otros promovieron demanda de cobro en contra de Claudia y de Adelqui, que no comparecieron ni contestaron demanda ni tampoco opusieron excepciones, pese a estar debidamente notificados en su domicilio.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y resolvió condenar a Claudia pero desestimar la demanda respecto de Adelqui por no haberse acreditado legitimación pasiva del mismo.

A su turno, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Contencioso Administrativo y de Familia de Villa María, hace lugar a la demanda y con fundamento en el art. 6° de la ley 11.357 extiende la responsabilidad del marido, Adelqui, a la deuda contraída por su esposa Claudia ya que cabe en la expresión “necesidades del hogar” y los condena a pagar a la Clínica en cuestión la deuda que se liquida, en un plazo de diez días.

II. Análisis

El presente fallo nos introduce en el ámbito de las deudas de los cónyuges respecto de los acreedores, los terceros.

La deuda contraída por Claudia de las incluidas en “las necesidades del hogar” mediante la firma de un título de crédito (pagaré) a favor de un acreedor – tercero – , la Clínica Privada, ¿compromete la responsabilidad de su cónyuge Adelqui? ¿con qué alcance? Más allá de conocer cuál fue la decisión de los jueces, resulta interesante adentrarse en el tema de las deudas, la responsabilidad por ellas, su alcance.

El planteo precedente pretende servir de base para analizar el tema de la cuestión del pasivo, las deudas de los cónyuges respecto de terceros (obligación) y en relación a ellos mismos (cuestión de la contribución o pasivo definitivo) y en tal sentido aprovecharé el caso que se resolvió vigente el Código de Vélez, para confrontarlo con lo dispuesto por el Código Civil y Comercial y cómo sería la solución.

Recordemos que la ley 11.357 establecía un régimen de responsabilidad ante las deudas contraídas por los cónyuges frente a terceros (estuvo vigente hasta la modificación del CC y C), por la cual consagraba un principio general de responsabilidad separada, donde cada cónyuge respondía por las deudas que contrajera (art. 5) con todo su patrimonio de administración, y una excepción cuando se tratara de deudas contraídas para atender las necesidades del hogar, para la educación de los hijos o para la conservación de los bienes comunes, en los que la responsabilidad se extendía al otro cónyuge pero en relación a los frutos de sus bienes propios y gananciales.

En el caso que fue resuelto aún vigente aquella ley, la Cámara extendió la responsabilidad a Adelqui, en su carácter de cónyuge no contratante y éste en caso de tener que cumplir la obligación (si su cónyuge que contrajo la deuda incumple) habría usado los ingresos que los frutos de sus bienes propios o gananciales le generaron (el alquiler de un inmueble de su titularidad, por ej.). En el mismo sentido la Clínica, sólo podía cobrarse la acreencia respecto de Adelqui sobre esos bienes.

En síntesis, como la obligación es de las llamadas concurrentes, la Clínica le puede reclamar la totalidad de la deuda a quien la contrajo, Claudia (responde ilimitadamente con todo su patrimonio) -art 5 de la ley 11.357- y si ella no cumple entonces le reclama el total a quien no la contrajo, Adelqui, que responde limitadamente con los frutos de sus bienes propios y gananciales.

¿Qué pasa con el CC y C, cómo regula estas cuestiones?

¹ El presente trabajo representa un comentario a la sentencia emitida por: C. Apel Civ., Com., Cont. Adm. y Flia, Villa María, Córdoba, “Villa María “Clínica Modelo Privada y de la Madre y el Niño S.R.L. y otro c. Claudia C. Fale de Alassia y otro”, publicado en: LLC2007 (julio), 655 - LLC 2008 (junio) , 494, Cita Online: AR/JUR/462/2007

² Abogada. Alumna de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. EL presente trabajo fue presentado en el marco de curso de libre elección *indivisión poscomunitaria y hereditaria* a cargo de la profesora Lidia B. Hernández durante el segundo semestre del 2020

Previamente, abordaré algunos aspectos teóricos para luego sí elaborar una conclusión. Respecto de las deudas y en relación a su aspecto externo podemos reconocer dos ámbitos: a) las obligaciones comprendidas en régimen primario, donde distinguimos el deber de contribución (art. 455) y la responsabilidad solidaria (art. 461); y b) las obligaciones previstas en el régimen de comunidad (art. 467).

Así entonces, en el marco de las relaciones patrimoniales entre cónyuges, la regla —trátase del régimen de comunidad o de separación de bienes— es que cada cónyuge responde por sus deudas frente a los terceros con sus bienes. Pero, esta regla admite excepciones y las mismas se fundamentan en el principio de solidaridad familiar.

Las excepciones que reconoce el Código en el marco del régimen primario son, en parte, las mismas que contemplaba la ley 11.357: necesidades del hogar y educación de los hijos. Decimos en parte por dos motivos: a) la previsión contenida en el Código resulta más amplia, al comprender, junto con la educación de los hijos, el sostenimiento de éstos; b) el art. 6° de la ley 11.357 sumaba a los supuestos enunciados la conservación de los bienes comunes (sigue vigente como deuda, sólo en el matrimonio que sujete sus relaciones patrimoniales al régimen de comunidad de ganancias) y c) encontrándose este supuesto comprendido en el régimen primario, alcanza tanto al matrimonio sujeto al régimen de comunidad o al régimen de separación de bienes (el subrayado y resaltado me pertenece).

Otra diferencia sustantiva que se observa entre la ley 11.357 y el Código actual refiere a la extensión de la responsabilidad. El Código dispone, para los casos comprendidos en el art. 461, la solidaridad por la deuda y cualquier cónyuge debe responder con sus bienes. En cambio, los supuestos comprendidos en el art. 6° de la ley 11.357 quedaban encuadrados como obligaciones concurrentes, respondiendo el cónyuge deudor con todos los bienes que estaban bajo su administración —bienes propios, bienes gananciales y parte indivisa de los bienes de origen dudoso— y el cónyuge no deudor sólo respondía con los frutos de los bienes propios y los frutos de los bienes gananciales que estuvieran bajo su administración.

La solidaridad que pesa sobre ambos respecto del sostenimiento y educación de los hijos se define con el alcance del art. 455: quedan comprendidas las deudas que atiendan al sostenimiento y educación de los hijos, como así también las necesidades de los

hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

Puede apreciarse que los supuestos comprendidos responden a un enunciado genérico que permite la inclusión de una pluralidad de supuestos.

Dentro de necesidades ordinarias del hogar, podemos mencionar, a modo ejemplificativo: vestimenta; salud (tratamientos, pago obra social, medicamentos, apoyos, etc.); esparcimiento; alquileres del hogar familiar; pago de impuestos y demás servicios; salario del personal doméstico; gastos de conservación material y jurídica de bienes destinados al hogar

En relación a educación de los hijos, quedan comprendidos todos los gastos vinculados a la educación formal y educación no formal, como: pago de matrícula y cuotas de establecimientos educativos; cooperadora; útiles; material de estudio; viajes de estudio; uniformes; cuota de club; pago de profesores; gastos derivados de actividades extracurriculares (idioma, actividad deportiva, computación, instrumento musical, danza, comedia musical, pintura, etc.). Todo lo que tiene que ver con el sostenimiento de los hijos comunes y los que provengan de otra relación se vincula con los gastos que hacen a las necesidades del hogar, debiendo destacar que, cuando se trate de niños o adolescentes con capacidad restringida o discapacidad, se tendrá que invertir en todo aquello que permita el mejoramiento de la calidad de vida.³

El art. 467 establece como principio general que cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

Así entonces, cualquiera sea el régimen (comunidad o separación de bienes), cada cónyuge responde por las deudas asumidas por cada uno de ellos con todo su patrimonio. ¿Cuál es ese patrimonio cuando se trata del régimen de comunidad? Los bienes propios y gananciales de cada uno de ellos.⁴

Para poder comprender cuál es el sistema que adopta el Código con relación a la responsabilidad de

³ Krasnow, Adriana N. "La cuestión del pasivo en el marco de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Sus cambios en el Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 71, 14/09/2015, 151, Cita Online: AR/DOC/5139/2015

⁴ Herrera, Marisa, Comentario al art. 446 al 593 CCyC en: Lorenzetti, Ricardo (Director), Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2015, págs. 57 a 120.

los cónyuges por las deudas durante el matrimonio se debe analizar el artículo 467 juntamente con el artículo 461. Arts. 461+467, ambos brindan el panorama general sobre el tema, además permiten conocer cuales han sido los cambios que introduce el Código al régimen anterior regulado por los arts. 5° y 6° de la ley 11.357.

En definitiva, el principio general en materia de responsabilidad por deudas (cuestión de la obligación) es el de responsabilidad separada (o personal) o de irresponsabilidad de cada cónyuge por las deudas asumidas por el otro; es decir ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro.

El art. 6° de la ley 11.357 que regía la excepción, lo hacía en tres supuestos o tipos de deuda por los que debían responder ambos cónyuges, pero el que no la contrajo respondía en forma limitada. 1) atención a las necesidades del hogar, 2) educación de los hijos y 3) conservación de los bienes comunes. Así el acreedor podía cobrarse del patrimonio del cónyuge que contrajo la deuda o cobrarse la deuda de los frutos de los bienes propios y gananciales del cónyuge que no la contrajo.

El artículo 461 del CC y C establece la responsabilidad solidaria en dos de los supuestos 1) atención a las necesidades del hogar y 2) educación de los hijos; responsabilidad solidaria que integra el “régimen primario” y por ende aplicable para cualquier régimen patrimonial matrimonial que rija. El tercer supuesto “conservación de los bienes comunes” se contempla en el art. 467 correctamente nombrado como “conservación de los bienes gananciales”, se trata de una obligación concurrente por lo tanto el acreedor puede ir contra el patrimonio de quien contrajo la deuda y además de manera conjunta contra el otro cónyuge pero limitada su responsabilidad a los bienes gananciales.

En virtud del análisis realizado a la luz de las modificaciones producidas en el CC y C en relación al tema de las deudas de los cónyuges y volviendo al caso/fallo en análisis, y suponiendo que se hubiera resuelto conforme la nueva legislación en materia de responsabilidad por las deudas.

Teniendo en cuenta que es una deuda contraída durante el régimen de comunidad, el supuesto en cuestión encaja en “atención a las necesidades del hogar”, porque es una deuda originada en temas de “salud”, Zannoni al referirse a la atención de las necesidades del hogar, enumera: las deudas contraídas por cualquiera de los esposos para la

adquisición de los muebles del hogar, ropa para los hijos y para los propios esposos, obligaciones derivadas de la asistencia médica del grupo familiar, pago de alquileres del inmueble donde radica el hogar conyugal, etc.⁵

La atención prestada por la Clínica a Claudia y Adelqui para traer al mundo a su hijo encuadra en el supuesto de “necesidades del hogar”, específicamente en las obligaciones derivadas de la asistencia médica del grupo familiar. Ahora, vigente el nuevo Código y la modificación, ésta es una **deuda de responsabilidad solidaria** del art. 461 conforme lo dispuesto por el art. 455 (deber de contribución) y por ende ambos cónyuges responden (art. 467) con todos sus bienes propios y los gananciales por él adquiridos.

Para finalizar, la responsabilidad que antes con la ley derogada fue concurrente, hoy con el CCyC es solidaria, los cónyuges son solidariamente responsables por la deuda que contrajo Claudia pero que en virtud del art. 455 (deber de contribución) y 461 (responsabilidad solidaria) se extiende solidariamente a Adelqui, conforme art. 467 del CCyCN.

III. Indivisión poscomunitaria

Por tratarse éste de un curso que versó sobre Indivisión Poscomunitaria –Hereditaria y el caso en análisis elegido transcurrió vigente el Régimen de comunidad, pensé oportuno suponer la ruptura de la relación, digamos por la causal de divorcio y entonces adentrarnos en el terreno de la indivisión poscomunitaria. ¿Cómo se hubiese resuelto la deuda de Claudia-Adelqui con la Clínica?

Conceptualmente, la indivisión poscomunitaria es la situación en que se encuentran los bienes de la comunidad en el periodo que va desde la disolución hasta la partición. Como la comunidad se extingue en vida de ambos cónyuges se aplica la sección 6° y según el art. 486, Pasivo, en la relación con terceros acreedores –la clínica/maternidad en el supuesto- durante la indivisión poscomunitaria se aplican las normas de los arts. 461, 462 y 467.

Esto significa que tanto en el período en que está vigente la comunidad como extinguida y durante la indivisión se aplican las mismas normas; por ende la solución de la deuda de Claudia-Adelqui con la Clínica hubiera transitado por el mismo andarivel que ya analizamos. Se prevé adicionalmente, una protección

⁵ Zannoni, Eduardo A., *Derecho de Familia*, tomo I. Astrea, Buenos Aires, p.56

a los acreedores (art. 487) ya que establece que la disolución del régimen no puede perjudicar los derechos de los acreedores anteriores sobre la integralidad del patrimonio de su deudor.

Derecho a la identidad, vinculo filial, técnicas de reproducción humana asistida, gestación por sustitución.¹

Liliana Elena Haissiner²

Resulta ser por demás interesante el hecho de haber sido convocada como reciente egresada de esta Maestría en Familia, a fin de poder compartir el desafío que significa la construcción de esta tesis, como un ejercicio de análisis reflexivo en un área puntual del total de las asignaturas que integran dicha Maestría. Se trata en principio de la posibilidad de transmitir tal experiencia, con espíritu de orientar a quienes se encuentren ya sea en la etapa de elaboración de tesis, o próximos a iniciar la misma. Sin dejar de mencionar, además, la emotiva y particular instancia que significa el poder transitar su defensa, con la presencia de quienes integran un prestigioso jurado en compañía de mi tutor de tesis.

En esa línea me propongo desarrollar los principales lineamientos de este trabajo que puedo sistematizar en diferentes secuencias.

Proyecto de Tesis

Es sin lugar a duda, el primer eslabón que pretende reflejar las distintas etapas que se deben atravesar a fin de adecuar desde la lógica metodológica el caos intelectual que se instala al encarar este abordaje, generando eventualmente un estado de crisis respecto de algunos de los conceptos aprehendidos durante el ciclo de aprendizaje, mucho más en temas de familia, por lo que considero esclarecedor los aportes que otorgan el cursado de los seminarios orientados a brindar "Técnicas de argumentación escrita para tesis y trabajos de investigación" ofrecidos oportunamente por la curricula de cursos de la Facultad. Los mismos

ayudan a ordenar y delinear los rasgos viscerales de esta tarea.

En mi caso, la elección del tema parte de considerar que uno de los mayores desafíos que posee el Derecho como expresión jurídica de una sociedad, es el de RESPONDER desde su faz normativa a las constantes transformaciones que se operan en las conductas de quienes integran el tejido social. Y en tal sentido, el Derecho de Familia constituye una de las ramas jurídicas que más cambios ha debido afrontar; pues tal como lo expresara en su momento la socióloga Elizabeth Jelin "*El hecho central es que vivimos en un mundo en el que las tres dimensiones que conforman la definición clásica de familia (la sexualidad, la procreación, la convivencia) han sufrido enormes transformaciones evolucionando en direcciones divergentes*"³. Es posible observar, así, cómo la existencia de parejas heterosexuales unidas en matrimonio en primeras nupcias se entrelaza con la pluralidad de tipos familiares ligados por vínculos, hasta no hace mucho tiempo impensados: familias ensambladas, creadas en base al matrimonio o a uniones convivenciales que amalgaman la convivencia de "los tuyos, los míos y los nuestros", legitimando de este modo la parentalidad por afinidad, familias monoparentales, con hijos que son criados de manera indistinta por uno de los progenitores, independientemente de cualquier mandato social que atribuya roles en función del sexo de quien lleva adelante la crianza, familias conformadas por dos personas del mismo sexo, dos varones o dos mujeres con propósitos de lograr su descendencia, incluyendo transexuales, entre otras variantes.

De modo semejante, la cuestión del acceso a la parentalidad presenta hoy un escenario que incluye: parejas heterosexuales cuyos hijos son concebidos de manera natural con coincidencia de los tres elementos: voluntad de unión sexual, voluntad procreacional y responsabilidad procreacional, como así también parejas o personas individuales que apelan al uso de técnicas reproductivas clásicas (inseminación artificial). Existen, además, supuestos de parejas heterosexuales con anomalías orgánicas, personas individuales o parejas de homosexuales con limitaciones impuestas por la propia naturaleza y que hoy pueden procrear mediante el empleo de técnica reproductivas de alta complejidad - fecundación *in vitro* (ICSI) - ya sea con material genético propio

¹ La presente tesis de maestría fue defendida con fecha 5/10/2020, interviniendo como director de tesis el profesor Pedro Di Lella y como jurados los profesores Carlos A. Arianna, Jorge O. Azpiri y la profesora María Victoria Famá. La tesis mereció calificación *distinguida*

² Abogada. Magister en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Facultad de Derecho, UBA.

³Jelin, Elizabeth, *Pan y afectos. La transformación de las familias*, Ed. Fondo de CulturaEconómica, Buenos Aires, 1998,p. 17.

(homólogas) o por donación de gametos de terceros (heterólogas), incluyendo la maternidad subrogada o gestación por sustitución.

Cabe agregar, que las circunstancias descriptas acontecen de modo sincrónico con el devenir de acontecimientos históricos. A partir del reconocimiento de los Derechos Humanos en la vida democrática del país, como resultado de la incorporación de diversos instrumentos internacionales a nuestra Constitución, ha quedado conformado un plexo de garantías que, lejos de cristalizarse en normas exclusivas de Derecho Público, perfora los contenidos del Derecho Privado, fisurando la tradicional dicotomía entre ambas expresiones jurídicas, dando lugar a un Derecho Civil constitucional o Derecho privado constitucional, resultando la constitucionalización y universalización del Derecho de Familia⁴ hasta llegar a la actual redacción del Código Civil y Comercial de la Nación, el cual refleja un Estado Constitucional y Convencional como vértice de interpretación de sus normas.

Abona este trabajo finalmente, la existencia de un contexto en el que conviven situaciones que entrelazan la evolución de lo social, científico y bioético y la presencia de un CCyCN con perspectiva constitucional y convencional que reconoce las nuevas formas de familia. En la actualidad, ello da por resultado un esquema ambiguo que involucra, por un lado, normas de respeto a ultranza de la tradición jurídica en cuanto a la identidad, el lazo familiar, los orígenes, el derecho a formar una familia, y, por el otro, normas que además de distinguir la filiación de la identidad desagregando sus partes, delegan en un tercero – el juez - el deber de sopesar valorativamente el acceso al dato genético, situación que además se complica para los

casos de gestación por sustitución dado el silencio legal que mantiene nuestro país en esta cuestión.

Tales consideraciones sentaron las bases de esta investigación que se plasmó a partir del trazado de objetivos generales y específicos, que a decir verdad, fueron reformulándose como parte de la propia evolución que genera este trabajo de investigación, de tipo cualitativo, que inicialmente estuvo orientado tanto a explorar como describir el tema de la Identidad, el vínculo filial y la Incorporación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante TRHA) como tercera fuente filial en íntima relación a la Voluntad procreacional, para poner luego especial énfasis en la Gestación por Sustitución, con la mirada del Derecho Comparado, por entender, que es justamente la creciente utilización de dicha técnica y su falta de regulación en nuestro país, la que abre un camino de incertezas en íntima relación con el derecho a la identidad.

Se trata pues, de una tesis cualitativa con enfoque dirigido a correlacionar los conceptos de identidad y gestación por sustitución a partir de la incorporación de las TRHA al Código Civil y Comercial de la Nación, formulando interrogantes acerca de la correspondencia entre ambos temas, que a su vez detonan cuestionamientos concretos al respecto, tales como identificar el alcance y la evolución del derecho a la identidad a partir de su relación con la voluntad procreacional. La investigación pretende incorporar, además, algunos fallos provenientes de nuestra jurisprudencia referidos al reconocimiento de vínculos filiales relacionados con la evolución del concepto de la identidad, como así también relativos a niños nacidos por gestación por sustitución, cotejando además casos emblemáticos del Derecho Comparado.

Se proyectan también situaciones en cuanto a la defensa del derecho a la identidad, tanto para los nacidos a partir del uso de material heterólogo conforme la actual normativa del CCyCN en dichos casos, como para los nacidos por gestación por sustitución, para este último supuesto se abren interrogantes y las posibles consecuencias de la falta de regulación de la gestación por sustitución en los procesos de construcción de identidad. Siendo de rigor el planteo de una hipótesis de trabajo que sostiene lo siguiente "En la República Argentina, la omisión de legislar la *gestación por sustitución* vulnera el derecho a la identidad, en cuanto limita a quienes nacen por dicha técnica a gozar del ejercicio

⁴ El término "constitucionalización del derecho de familia" ha sido acuñado por Aída Kemelmajer de Carlucci (2011) en la publicación titulada "Derechos Humanos y Familia", en Arnaud, Jean y otros, *Aspectos Constitucionales y Derechos Fundamentales de la Familia*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.p. 60. En cambio el de "humanización" lo tomamos de Germán Bidart Campos en su publicación sobre "Familia y Derechos Humanos", en: *Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad*, Ediar, 199 p85 y ss. y el de "universalización" es utilizado por Nelly Minyersky en "Derecho de familia y aplicación de las Convenciones Internacionales sobre niños y mujeres", en Eleonor Faur y Alicia Lamas-compiladoras, *Derechos Universales Realidades Particulares*, Unicef, Buenos Aires 2003, pp98 y 99 en la obra de Gil Domínguez Andrés, Fama, María Victoria, Herrera, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, T 1, Ediar, Buenos Aires, 2006, p.3

pleno de su identidad familiar tal como los nacidos por las otras fuentes de filiación”.

Se debe mencionar, además, el espíritu interdisciplinario que ha guiado esta investigación, como dan cuenta el aporte de las entrevistas realizadas con representantes del conocimiento académico con el propósito de profundizar el tema objeto de estudio en la voz de la biología, psicología y bioética, junto a la recopilación bibliográfica de casos referidos a personas con cuestiones relativas a su identidad: adopciones, diversidad genética, usuarios del sistema de TRHA.

Cabe acotar que, si bien es cierto que el tema de la identidad y su relación a la filiación obtenida por TRHA heterólogas viene siendo objeto de ingentes avances a nivel internacional y nacional, entendemos, también, que ha sido la reforma constitucional de 1994 la que marca un antes y un después en el desarrollo de esta temática, especialmente a partir de la incorporación de la CDN al plexo constitucional, jerarquizando así el derecho a la identidad. Situación además que se refleja en el contenido de las normas del CCyCN, siendo tal el espíritu el que pretendió plasmarse en dicha investigación.

Finalmente, resulta necesario la formulación de conclusiones que resulten de haber desarrollado cada una de las fases de esta investigación acorde a los objetivos propuestos.

Desarrollo y contenido de la tesis propiamente dicha. El concepto de la Identidad

Adentrándonos en nuestra tesis, damos cuenta de los rasgos más relevantes en torno a los diferentes ítems explorados en esta investigación.

Así como tal, nos referimos al tema de la identidad, concepto multifacético, que ha ido redefiniéndose, predominando más las voces que le asignan rasgos de temporalidad, evolución e historicidad por sobre aquellas definiciones que le asignan rasgos fijos esenciales e inmóviles. En definitiva, destacamos la idea de concebir la identidad personal como el constructo en el cual conviven rasgos fijos junto a otros que se despliegan en el mundo de la intersubjetividad, conformando un sistema en constante evolución.

La identidad, además, ha sido abordada en la doctrina jurídica en términos de un derecho, humano, personal y subjetivo definida por el jurista Fernández Sessarego “como el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la

persona en la sociedad. Identidad personal es todo aquello que hace que cada cual sea “uno mismo y no otro” (...) No es algo finito y acabado, sino que se crea con el transcurrir del tiempo, con el tiempo, por eso no es estática sino cambiante (...) Los atributos que en su totalidad definen objetivamente la personalidad que se exterioriza pueden tener la calidad de elementos estáticos, invariables salvo excepciones, o dinámicos fluidos, en proceso de cambio y de enriquecimiento. Es la suma de los pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos de cada persona que se explayan en el mundo de la intersubjetividad”.⁵

Pero particularmente hemos dado cuenta de la trascendencia de este derecho, en nuestro país, como resultado de su incorporación al plexo de instrumentos internacionales de derechos humanos, puntualmente toma cuerpo en los art 7y 8 de la Convención de los Derechos del Niño, cuyos términos de redacción actuales obedecen a la vehemente intervención de Argentina, pretendiendo que el mismo hiciera referencia a la “verdadera y genuina identidad personal, legal y familiar”. Es así que la cláusula de la identidad es conocida como la “cláusula argentina”.⁶ Además, este derecho ha quedado plasmado en normativas infra constitucionales, como la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28/08/2005, que recepta el derecho a la identidad en su dimensión estática y dinámica, con reconocimiento a la verdad de origen. Se trata de un derecho de tinte personal, que incluye el derecho a una identificación familiar, desde el principio de la vida, comprensiva del origen, genético, biológico y demás derechos subjetivos pertinentes.

Hasta aquí, sin perjuicios de los avances biotecnológicos mencionados, el plexo legal se encontraba en un esquema que colocaba a la naturaleza en íntima ligación con el vínculo familiar.

⁵Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p113 -114

⁶DI LELLA Pedro, *Filiación y Autonomía de la voluntad* (A propósito de la ley 26.618,RDF, Julio 2011 p133 y ss. Ver también en Di Lella, Pedro: “Identidad y Convención sobre los Derechos del Niño” Libro de Ponencias. Comisión II, X Congreso Internacional de Derecho de Familia, realizado en la ciudad de Mendoza del 20 al 24 de septiembre de 1998, p.47

El instituto de la filiación y su relación con la identidad-Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida

En tal sentido, la tesis ofrece un recorrido histórico en torno al instituto de la filiación, haciendo referencia a los sistemas imperantes en el Derecho Comparado en materia de determinación de la maternidad, como se recordará, el adagio romano "partus sequitur ventrem" el parto sigue al vientre y el principio basado en la voluntariedad del reconocimiento. Ello sumado a la evolución legislativa de nuestro país, con la sanción de diferentes normativas - ley 23.264 de equiparación de vínculos filiales, ley 26618 de matrimonio igualitario, entre otras, que corren de manera paralela con los avances de la biotecnología y de las ciencias médicas, hasta llegar a la incorporación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como tercera fuente filial. en nuestro CCyCN.

En ese contexto, la incorporación de esa tercera fuente filial al actual CCyCN significa, a grandes rasgos, una respuesta legal frente a una sumatoria de antecedentes que dejan trascender un código con perspectiva constitucional y convencional que aplica dicha mirada a los temas de familia, como lo dan cuenta su sistema de fuentes previsto en el art. 1 y 2 del Título preliminar, además de la trascendencia que toma la presencia de pronunciamientos del máximo tribunal regional, como la interpretación que realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el que se defiende derechos reconocidos por la Convención Americana de Derechos Humanos, como el derecho a la libertad personal, integridad personal y a la vida privada y familiar⁷, sumado a leyes nacionales como la *ley 26.862 sobre "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida"* con un criterio amplio en cuanto al acceso de tales técnicas. y la ley de identidad de género 26.743.

⁷CoIDH, "Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Costa Rica", Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Ser. C N° 257, nov. 28, 2012. Disponible online: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf. Ver en extenso: A. Kemelmajer De Carlucci, Herrera Marisa, Lamm, Eleonora "La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28/11/2012 y la interrupción del embarazo del 7/2/2013", en Microjuris.com, MJ-MJN-69467-AR; M. Rodríguez Iturburu, M. Culaciati, "Actualidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Asuntos de Familia - periodo 2011". *Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2, 2012, p275 - 302. issn 1851-1201.

Puntualmente, el CCyCN en su capítulo 2 del Título V del libro Segundo sobre Relaciones de Familia, organiza un sistema de normas mediante el cual se regulan los principios que servirán para determinar la filiación en los supuestos de utilización de dichas técnicas, en base de dos ejes esenciales como son la voluntad procreacional y el consentimiento previo, libre e informado de quienes decidan procrear más allá del aporte de sus gametos. De ello dan cuenta los art. 558, 562, 560 y 561 de dicho cuerpo.

En ese contexto como lo expresara la Dra Eleonora Lam, se asiste actualmente a un proceso de "Desbiologización" de la paternidad y/o maternidad. Puntualmente, las técnicas de reproducción asistida separan radicalmente la reproducción humana de la sexualidad, posibilitando la reproducción sin sexo conformándose una verdadera revolución reproductiva.

Actualmente, como consecuencia de la aparición de las TRHA, lo biológico ya no comprende necesariamente lo genético, ni lo genético comprende necesariamente lo biológico. En otras palabras, hoy el aporte puede ser exclusivamente genético. De modo tal, que cuando en una misma persona no coinciden los elementos genético, biológico y volitivo, se debe dar preponderancia a este último elemento, prevaleciendo la paternidad consentida y querida, por sobre la genética, cobrando relevancia la voluntariedad socioafectiva o dinámica⁸. Acreditando, además, la relevancia que se atribuye a la Voluntad Procreacional para el supuesto de acudir al uso de material heterólogo.

A punto tal de entender y reafirmar que es la Voluntad procreacional el elemento fundante o esencial que genera la intención de procrear siendo la verdadera fuente de acceso a la parentalidad, junto a la naturaleza y la adopción.

En definitiva, la incorporación de dicha fuente al CCyCN debería ser leída no sólo como el supuesto necesario para garantizar los principios de base constitucional convencional que declaman el derecho a formar una familia gozando de los actuales adelantos científicos, sino también como la vía elegida para dar acceso hacia aquel otro derecho, no reconocido formalmente en los instrumentos internacionales, cual es el de intentar procrear; como

⁸Lamm, Eleonora, "La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida", en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 24, enero 2012, p. 76-91

lo sostiene la Dra. Fama: "no es que exista un derecho al hijo, de modo que implique como contraprestación estadual garantizar la descendencia a toda persona que desee ser progenitor. Tampoco puede hablarse de un derecho a procrear en términos de exigibilidad de un resultado positivo producto del uso de TRHA".⁹ Se trata de dar sustento a un esquema que permite el ejercicio autónomo de la libertad sexual y reproductiva a fin de lograr una paternidad responsable.

Además de reconocer un dato empírico de la realidad, el uso de estas prácticas en nuestro país se viene realizando desde hace más de 30 años, dando lugar a un importante número de nacimiento de niños, que la jurisprudencia ha visibilizado en el aumento de conflictos que se dirimían en la justicia derivados del uso de las TRHA.

Sin lugar a duda, la incorporación de las TRHA ha trascendido además en las variaciones del criterio axiológico de nuestra jurisprudencia en lo concerniente a la relación identidad-parentalidad, ponderando diversas circunstancias al atribuir vínculos filiales a partir de las presunciones legales¹⁰, el determinismo biológico¹¹ y la parentalidad socioafectiva.¹²

En la actualidad, y a partir del uso de las TRHA, se emiten sentencias en base a diferenciar roles y funciones familiares, separando los vínculos basados en el afecto marital o de pareja de las funciones parentales, desgajando incluso la reproducción del ejercicio de la sexualidad, disociando el origen genético, el gestacional y la responsabilidad parental. Realza, de este modo, el principio bioético de la autonomía de la voluntad en base al consentimiento informado, para supuestos que incluyen donación de material genético de terceros. Todo ello se trasluce en una gradiente que avizora un cambio axiológico al momento de tener que repartir justicia, pasando de la noción de naturaleza a la de cultura o construcción social, priorizando la atribución de la filiación en correspondencia con el espíritu de parentalidad socioafectiva, reinscribiendo, así, el concepto de la identidad desde una perspectiva distinta, dinámica y complementaria.

⁹Famá María Victoria, *Filiación por Naturaleza y por Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Editorial La ley, p 99

¹⁰CSJN, "D. de P. V., A. c. O., C. H.", 01/11/1999.

¹¹ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, sala I "L. C. F. por la menor A. M. G. c. A. C. A. G. P. A. C". 12/05/2005.

¹²Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. "L.J.A c/J.O. V y L.V, B, s/impugnación de la paternidad", 28/05/2014

También nos hemos interrogado diferentes cuestiones, por ejemplo cuando se pretende obtener datos acerca del origen genético de personas concebidas con donación de gametos, tal cual ha quedado redactado en los art. 563 y 564 de dicho cuerpo legal, que desgaja en fases tal pretensión, y que da lugar a un entrecruzamiento de intereses y pretensiones jurídicas a partir de la presencia de derechos con rasgos convencionales y constitucionales: derecho a conocer la identidad de manera integral art 7 CN, derecho a la libertad de intimidad, preguntándonos, cual de ambos derechos prevalece?.

Gestación por sustitución

Llegado este punto, nos resta hacer mención del instituto de la gestación por sustitución, tema que ha quedado como saldo pendiente en la última reforma llevada a cabo en el CCyCN.

Este tópico describe el mencionado instituto, referenciando un análisis a partir de las diferentes acepciones que lo identifican, entre otras denominaciones se habla de alquiler de útero, madres suplentes, madres portadoras, alquiler de vientre, donación temporaria de útero, gestación por cuenta ajena o maternidad subrogada.¹³

En especial esta denominación no resulta pertinente, pues más allá del significado que asigna al término subrogación la (RAE) "subrogación": sustituir o poner una persona o cosa en lugar de otra, desde el punto de vista jurídico el propósito de la Gestación por Sustitución es gestar para otro, sustituyendo a una persona que no está en condiciones de gestar. Por lo tanto, lo que se subroga no es la maternidad sino la gestación, pues se trata de prestar el útero para gestar el embrión - genético o no - de otra u otras personas¹⁴.

Pero, además, porque la maternidad es un proceso que se inicia desde el deseo de tener un hijo, esto es, antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre), y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del niño. De allí que utilizamos el

¹³Lamm, E., "Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres", *Publicaciones i Edicions de la Universitat de Barcelona*, 2013, Barcelona, pp. 22, 23 y 24.

¹⁴Vélez Correa, L. A. *Ética médica*. 3°ed, Corporación para Investigaciones Biológicas, 2003 Colombia, pp. 195

termino gestación por sustitución o su abreviatura (GS) y no maternidad subrogada.¹⁵

Se ha dado cuenta de sus orígenes bíblicos y primeros antecedentes¹⁶, además de haber adoptado aquel concepto que define a la gestación por sustitución como una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas "comitente", gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación -con la parte comitente¹⁷, entendiéndose, además, que existen dos modalidades de gestación, la gestación por sustitución tradicional y la gestación por gestación gestacional, que se distinguen esencialmente por el aporte de material genético que realiza la gestante en el primer caso... y la falta de aporte de dicho material para el segundo caso, siendo que es la gestación por sustitución gestacional la que mayor tendencia cobra en la actualidad, en la medida que permite un vínculo genético entre el nacido y la madre comitente.

El empleo de la TRHA, y en particular la GS, permite diversificar las funciones maternas, en tanto habilita la intervención de varias mujeres a fin de que aporten sucesivamente el óvulo, la gestación y finalmente la intención o voluntad de tener un hijo. Dicho contexto impacta de bruces contra el principio romano que liga la idea de maternidad unida al parto, "mater Semper certaest" y genera un sinfín de cuestionamientos al momento de adjudicar la maternidad, preguntándose nuevamente a quién le corresponde dicho título.

Integran también la presente descripción los diferentes sistemas de regulación de dicho instituto, tanto en el orden nacional como internacional, que se traducen en posturas, la prohibicionista, la regulacionista, ilustradas de contenido en los diferentes ordenamientos de países, y la abstencionista caracterizada por el mutismo del legislador, ausencia de normas que la regulen. La

implementación de estas posturas ha sido impulsora de pretensiones jurídicas frente al uso de dicha práctica, en reclamo del derecho a la identidad, dando su respuesta en algunos pronunciamientos de tribunales internacionales, como lo son los casos "Mennesson y Labasse C/ Francia", y "Foulon y Bouvet C/ Francia", cuyas sentencias instalan el pensamiento de encontrar un punto de equilibrio entre el interés de la comunidad respecto a decisiones tomadas democráticamente y los intereses de los particulares, incluido el interés de los niños a que se respete el derecho a su vida privada y familiar¹⁸.

La gestación por sustitución en Argentina. Proyectos. Situación actual

Si bien nuestro país parece haber asumido una postura abstencionista en el tema, hemos dado cuenta de una actividad legislativa con avances tanto en favor como en contra de su regulación. Al respecto se hace referencia especialmente al Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación que contemplaba su regulación en su art. 562 bajo el título Gestación por Sustitución, en el que se preveía la judicialización previa o anticipada a fin de homologar el convenio de acuerdo de voluntades, y así dar curso a la filiación, de lo contrario regían las normas de la filiación por naturaleza, previendo además de una serie de requisitos.

Actualmente el art. 562 reza: "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 arts. 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos".

Los términos de redacción de dicho artículo, sumado al art. 565 de dicho código, terminan por ratificar la regla de la maternidad unida al parto, o se de quien ha dado a luz y de su cónyuge o pareja,

¹⁵Souto Galván, B. "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho". *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Madrid, Nueva Época, núm. 1/2005, pp. 275-292, en pp. 283 y 284.

¹⁶"Sarah, la mujer de Abraham, no le había dado un hijo. Ella tenía una sirvienta egipcia de nombre Hagar y Sarah le dijo a Abraham: el Señor no me ha permitido tener un hijo, ve con mi esclava y yo tendré quizás la suerte de tener un hijo por ella... y Hagar dio un hijo a Abraham y Abraham lo llamó Ishmael." (Génesis: 16.1 a 4.); In *Re Baby M*, 537 a.2d 1227 (N.J. 1988

¹⁷Lamm, Eleonora., "Gestación por sustitución...". *cit.*, p24

¹⁸Sentencia 371/2011, disponible en www.courdecassation.fr.

¹⁸TEDH, 26/6/2014, "Mennesson c. France" (Requête no 65192/11) y "Labasse c. France" (Requête n° 65941/11), ambos publicados en www.echr.coe.int/, compulsado el 5/8/2014. El fallo fue reseñado en nuestro país por HERRERA, Marisa - Lamm, Eleonora, "Un valiente fallo del TEDH sobre gestación por sustitución. Prohibir, silenciar, regular o fallar", LA LEY, 2/7/2014, p. 1, [AR/DOC/2285/2014](http://www.ar/doc/2285/2014).

sea varón o mujer que pretende asumir conjuntamente con ella el proyecto de parentalidad, descartando así la gestación por sustitución.

Sin embargo, esta interpretación se contradice con el contenido del actual art. 562 del CCyCN en cuanto al rol que se le atribuye a la voluntad procreacional en supuestos de filiación por TRHA.

También ha sido de sumo valor la voz de la jurisprudencia en los distintos reclamos traídos a la justicia, señalando que se trata mayormente de casos que corresponden a la gestación parcial o gestacional, dado que la gestante no aporta su material genético, con distintas variables, en las cuales la incerteza que provoca la falta de regulación de dicho instituto promueve pretensiones destinadas al reconocimiento de su filiación, en defensa del derecho a la identidad.

Del extenso análisis de caso traídos a la investigación, se rescata aquella voz de la jurisprudencia que valora la intención o voluntad procreacional como eje esencial que sustenta este modo de procreación, además de ponderar la parentalidad en la base de un rol activo y en permanente construcción¹⁹. Aún en la voz de aquellos que rechazan planteos de inconstitucionalidad del actual art. 562 del CCyCN se sostiene la necesidad de dar tratamiento a la cuestión.²⁰

Conclusiones

Como corolario de esta investigación, sin desmedro de las respuestas que ha intentado ofrecer esta tesis, también hemos dado cuenta de numerosos interrogantes derivados de los avances científicos y del veloz ritmo de las transformaciones y demandas de la sociedad. Todo ello nos ha llevado a establecer conclusiones, numerosas, por cierto. Intento pues rescatar aquellas que al fin de cuentas entrelazan los conceptos de la presente investigación y que sostienen lo siguiente:

- La cuestión de la identidad resulta ser esencial en la construcción de nuestra subjetividad, tratándose de un término que, al ser abordado multidisciplinariamente, se viene transformando y redefiniendo de manera constante. Si bien la

identidad está en el corazón de la individualidad y de la autoconciencia, su construcción se forja desde la alteridad y se refleja en lo que está siendo el sujeto, esto es, la resultante de lo que ha sido, de lo que se va siendo y de lo que desea ser.

- La incorporación de las TRHA al CCyCN no sólo ha permitido desestabilizar el esquema binario de adjudicación filial apostado en la diada biológico/voluntario. Es, al fin de cuentas, el instrumento o el modo de reconocimiento explícito de aquello que se torna infungible en el intento de querer ser padres: “la voluntad procreacional”.

- Para casos de filiación por TRHA heteróloga se ratifica la necesidad de distinguir componentes biológicos de roles parentales, aunque, en definitiva, todos ellos resulten necesarios para armar el mapa de la identidad.

- Los párrafos anteriores nos permiten reformular el concepto de la identidad con predominio de lo biológico y genético, si se quieren adjudicar emplazamientos filiales, a partir de un ejercicio dinámico de la parentalidad, siendo necesario enlazar la identidad unida al concepto de socio afectividad

- La falta de regulación de la GS en nuestro país abre un camino de incertezas y contradicciones, si se lo relaciona con todas aquellas normativas internacionales e internas –ley 26.862- que habilitan caminos para una libertad reproductiva al cual nuestro país ha adherido.

- En consecuencia, y en tanto persista la situación arriba mencionada, se confirma la hipótesis que plantea esta tesis, en tanto se posiciona al nacido bajo esta técnica de reproducción humana asistida (GS) en un status quo jurídico que le impide acceder al ejercicio pleno de su identidad, a diferencia de los nacidos por otra fuente de filiación.

- La tarea de abordar legislativamente la gestación por sustitución debería ser encauzada en el marco de un debate de contenido interdisciplinario que permita regular esta práctica, evaluando las bondades y los interrogantes que generan el uso de esta técnica reproductiva. El adecuado tratamiento del tema debería incluir un procedimiento que garantice transitar esta práctica en armonía con la dignidad humana y autonomía de la voluntad.

- Finalmente, el tratamiento de las cuestiones abordadas, y en especial el de la gestación por sustitución importan un vasto contenido ético, por cuanto propone desacralizar el embarazo, en tanto la maternidad supone algo más que un hecho biológico,

¹⁹ ¿“Cuál es la maternidad jurídicamente relevante: la genética o la gestacional?” Trib. Fam. n° 5 Rosario, “G. G. S. y otros s/filiación “.27/05/ 2016.

²⁰ Poder Judicial de la Nación. CAMARA CIVIL - SALA E Expte. 86.767/2015 (J.81) “S.I.N. Y OTRO C/ A.C.L. S/ IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

se trata de invertir emocionalmente como hijo a un niño. Dicho niño, mas allá de la forma en la que fue gestado y una vez lanzado al mundo, como cualquier otro ser humano, dependerá más de lo que él mismo haga que de cómo ha sido hecho, y del sostén y acompañamiento de su entorno familiar, hasta que pueda volverse responsable de su propia existencia, tomando sus propias opciones y encontrando sus propias soluciones.

Palabras finales

El haber llegado a la defensa de tesis se percibe sin duda todo un desafío, una emotiva simbiosis que resume el recorrido transitado, atribuyendo sentido y premio a dicha experiencia, que a su vez genera nuevos interrogantes, y que invita a reflexionar nuevamente en el tema que se afronta. Un recuerdo imborrable y que nos trasciende. Para quienes estén dispuestos a compartir este desafío mis mejores augurios.

Las directivas médicas anticipadas en niñas, niños y adolescentes según la legislación argentina, a la luz del sistema de protección integral de derechos¹

Patricio Jesús Curti²

Introducción

Partiendo del proceso de constitucionalización-convencionalización del derecho civil que ha tenido un gran impacto en nuestro sistema normativo, debe subrayarse la sanción de leyes e incluso la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCyC), con miras a satisfacer los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad que, sumados a las Opiniones Consultivas y sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han forjado un sistema y una comunidad de principios, impactando de lleno en todos los ámbitos que transita o puede transitar cualquier persona. Los contextos médicos y sanitarios no han sido la excepción.

Al poner el foco en la Convención sobre los Derechos del Niño (seguidamente, CDN), la reconstrucción en términos normativos implicó la obligación argentina de adecuar su legislación interna a los estándares internacionales en la materia.

Este cambio de paradigma trajo consigo la incorporación al sistema normativo nacional del principio de autonomía progresiva en niñas, niños y adolescentes (en lo posterior, NNA) generando modificaciones en el ejercicio de los derechos personalísimos, con mayor énfasis en los relacionados con el cuidado de la salud y el propio cuerpo. Se reafirmó en el país la doctrina de la

"competencia", donde la ejercitación de ciertos derechos fundamentales en ámbitos médico-sanitarios, depende de las efectivas condiciones de madurez de las personas menores de edad.

Paralelamente, la gestación en el derecho comparado de la figura de las "directivas médicas anticipadas" (en lo sucesivo, DMA) fue receptada por la doctrina argentina. Siguiendo esta línea, en el año 2009, a nivel nacional se sancionó la Ley 26529 (modificada por la Ley 26742) de los "Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud". Específicamente, en relación a las personas menores de edad, esta norma deja planteado un debate que aún sigue latente - dado que el CCyC mantuvo la misma postura-: limitar o legitimar el acceso a esta figura a quienes hayan alcanzado la mayoría de edad, es decir, la plena capacidad.

Resta cuestionarse cuál es la incidencia de la apertura del artículo 26 del CCyC al ejercicio de derechos al cuidado de la salud y el propio cuerpo en materia de DMA, tomando como punto de partida el reconocimiento que realiza este artículo sobre la autonomía progresiva en NNA y su ejercicio en el ámbito de la salud. Es decir, el "médico-sanitario" donde la diversidad de actos y tratamientos con fines preventivos, curativos y/o decisorios ante eventuales etapas finales de la vida, suelen generar interrogantes y conflictos en torno a la interpretación de una multiplicidad de preceptos constitucionales, convencionales, legales y bioéticos que deben ser conjugados.

Al adentrarse en estas cuestiones se generan una gran cantidad de interrogantes: ¿Qué derechos y principios entran en juego al hablar de DMA? ¿Cómo se resuelve la colisión que pueda generarse entre todos lo que estén involucrados? ¿Cuál es el lugar que ocupan las personas menores de edad para la bioética? ¿Cuál es el punto de conflicto entre la restricción legal prevista y el ejercicio de los derechos personalísimos? ¿Representación, asistencia o autonomía en términos de consentimiento informado? ¿Qué papel ocupa el artículo 26 del CCyC en estas cuestiones y cuál es el cruce que se genera con el artículo 60? ¿Lo hay? ¿Es válida la restricción legal de las DMA en NNA? ¿Cuáles son las soluciones posibles en miras de los conflictos que pudieran suscitarse?

En este orden de ideas, a través de una investigación exploratoria y como objetivo general, se propone la elaboración de un marco teórico que

¹ La presente tesis de maestría fue defendida con fecha 10/12/2018, interviniendo como director de tesis el profesor Carlos A. Arianna, y como jurados el profesor Pedro Di Lella y las profesoras Sandra M. Wierza y María Victoria Famá. La tesis mereció calificación distinguida

² Abogado. Magister en Familia, Infancia y Adolescencia. Asesor de Menores e Incapaces. Miembro del Proyecto de Investigación UBACyT "Hacia una ley especial sobre técnicas de reproducción humana asistida. Bioética, derechos humanos y familias" (UBACyT, UBA).

sustente la constitucionalidad-convencionalidad de los artículos 11 y 60 de la Ley 26529 (según la modificación de la Ley 26742) y el CCyC - respectivamente- que, como regla general y precautoria, excluyen la posibilidad de anticipar directivas médicas a las personas menores de edad³.

Para alcanzar el objetivo propuesto, debe profundizarse sobre el derecho aplicable en la materia, al igual que las cuestiones transversales sobre bioética; analizarse el estado actual de las DMA en Argentina; examinara las distintas posiciones doctrinarias y la jurisprudencia, vinculadas a las DMA y fundamentado la postura tomada por la Ley 26529 (en miras de la posterior modificación de la Ley 26742) y el CCyC; entre otras.

Marco teórico general

A los fines de brindar un panorama genérico del tema central, se torna necesario hacer algunas reflexiones sobre los principales ejes temáticos que lo transverzalizan.

- *Los Derechos Humanos como enfoque obligado*

Tratándose de personas menores de edad, es importante hablar sobre derechos y principios de tamaño importancia: interés superior del niño, autonomía progresiva y derecho a ser oída u oído, libertad, autodeterminación y dignidad, entre algún otro que pueda atravesarlos; como también, definir los alcances de la obligación estatal referente a la adecuada protección integral y especial de ellas o ellos.

Constitucional y convencionalmente se valida este proteccionismo al cruzarlo con las variables esgrimidas, impuestas por el interés superior de la niñez y adolescencia en conexidad con el proceso de evolución que atraviesan durante el tiempo de duración de la minoría de edad.

³Al hablar niñez y adolescencia, se hace referencia a la universalidad de esta franja etaria, sin distinción de las complejidades que podrían darse en torno a determinados casos especiales, como, por ejemplo, personas menores de edad con discapacidad. Por otro lado, vale aclarar que el alcance de este trabajo se limita a las decisiones que tengan pura y exclusivamente relación con la salud y sus contextos afines (como se hace referencia en la ley especial). Cabe esta aclaración, dado que en el CCyC es más abarcativo; "conferir mandato" o "designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela".

La dignidad, libertad, autonomía y autodeterminación, y el derecho a la salud; sin ser cercenados, se concilian con las medidas de protección especiales que encuentran sustento en las nociones y conceptos claves al hablar de niñez y adolescencia, tales como, especificación, especialidad y vulnerabilidad; importando un reconocimiento reforzado y diferenciador de algunos derechos fundamentales.

Se trata de un "proteccionismo renovado" (en contraposición al "tradicional") con un claro registro diferencial del cuidado de NNA, proponiendo una regulación precautoria y equilibrada de la compleja tensión del binomio: autonomía de la voluntad/orden público; traduciéndose en diversas formas de despliegue del principio de injerencia estatal y se dirige a instituciones públicas o privadas, tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos; como así también a progenitores y adultos responsables en general. Las limitaciones al ejercicio de derechos deben ser restrictivas, pero -bajo los conceptos analizados- es evidente que las condiciones de NNA no son las mismas que las de un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y caería en omisiones irreparables, con grave perjuicio para los primeros.

- *Protección especial y bioética*

Los interrogantes en miras de las directrices emanadas de los artículos 18 y 19 de la CDN y Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente, son: ¿protección especial a qué o en qué consiste? ¿Dónde está la especialidad si a las personas menores de edad se les va a habilitar - fundado en el principio de autonomía progresiva- el acceso o ejercicio de todos los derechos? ¿Cuál es el límite entre minoría y mayoría de edad? Las respuestas se hallan en la importancia que el orden constitucional y convencional le brinda al derecho a la vida, como base fundamental de toda su estructura y punto de partida de la puesta en acción de otros derechos.

Además, la noción de la vulnerabilidad aplicada al ser humano en general, con el particular tratamiento que merece la condición de "persona menor de edad" da pie al encuadre necesario que brindan los cuatro principios bioéticos (autonomía, no mal-eficiencia, beneficencia y justicia) que terminan justificando el curso de acción de determinadas normas, en el contexto de la protección integral de la niñez y la adolescencia.

De este modo, precautoriamente y a través del paternalismo justificado, se fijan restricciones al ejercicio de los derechos vinculados con las DMA; donde la autonomía y el autogobierno de NNA se ven disminuidos por cuestiones relativas al grado de madurez, desarrollo, situaciones de discapacidad, contextos socio-culturales o cualquier otro factor de vulnerabilidad adicional, circundante a la condición de persona y en miras del criterio de “irreversibilidad” en ciertas temáticas médico-sanitarias.

Por eso, es de recalcar, que lo “protegido” es la vida como un derecho primario. Preservándola, se logra resguardar cualquier cualidad o derecho derivado. De ahí la protección especial y su fundamento. Hablamos de un proteccionismo preventivo, apriorístico, genérico o como regla general; sin olvidar que todo individuo de la especie humana es considerado “sujeto titular de derechos” en cualquier etapa de su vida y sin necesidad de esperar a que la vida lo haga autónomo.

- *Aproximación teórica en miras a la praxis y el ejercicio de los derechos personalísimos*

Los derechos personalísimos, ligados a la existencia misma de la persona y en su doble acepción: publicista y privatista, requieren un abordaje necesario y justamente el objetivo está centrado en poner la lupa sobre la cuestión del ejercicio de estos derechos y sus particularidades. La principal: solo “podrían” ser ejercitados por su titular. Como consecuencia, no podría ser admisible ningún tipo de restricción al ejercicio, en un contexto normativo que se halla atravesado por preceptos constitucionales y convencionales ajenos a esa idea.

En concreto, la cuestión plantea una coyuntura. Personas menores de edad con nula o escasa autonomía y tres respuestas posibles para el sistema jurídico acerca del ejercicio de derechos: abogar por la autonomía sin restricción alguna, restringir sin más o buscar alternativas intermedias. Sin caer en las especificaciones vistas, la primera desprotege, la del medio vulnera derechos y la última, conjugada con la flexibilidad propuesta por los artículos 1 y 2 del CCyC, trae consigo una variable “no estándar”, donde se prioriza la protección, pero abre el grifo al reconocimiento de un sinnúmero de posibilidades y con especial atención al binomio protección-autonomía.

Tomando como parámetro la tipología de ciertos actos que ponen en juego a la vida, salud y dignidad;

a veces esa autonomía podría ser un ideal que nunca llegue a concretarse en determinadas personas. Si media urgencia y “esa/e” NNA no tiene la madurez suficiente como para que la actuación de los adultos responsables se acote y emparente en los roles de acompañamiento, asistencia o cuidado; aparece la noción la “heteroprotección de derechos” bajo una perspectiva útil, coherente y resignificante de la representación legal que alcanza su máxima expresión en la “teoría del interés”. Esta construcción apuntada a la praxis, da sustento a la alteración del ejercicio personal de derechos personalísimos por representación, encontrando el andamiaje en habilitaciones jurídicas para emitir actos de voluntad en miras del cumplimiento de obligaciones impuestas por el ordenamiento a determinados sujetos en beneficio de los intereses de otro/a, donde se despersonaliza la titularidad de un conjunto de derechos, por la identificación funcional y el único interés que tiene en su estructura normativa.

- *El ejercicio de derechos en niñas, niños y adolescentes dentro del ámbito médico-sanitario, según las pautas del Código Civil y Comercial*

Al hablar de personas menores de edad, en un contexto vinculado con decisiones sobre el cuerpo y la salud, haciendo referencia a las DMA, no resulta posible soslayar la indagación teórica sobre el artículo 26 del CCyC.

Es clave, delimitar el “horizonte” de esta norma. Si bien se erige como la piedra angular que debe guiar a la actuación autónoma de toda o todo individuo en el ámbito médico-sanitario, también es taxativa en su contenido y consecuentemente plantea limitaciones aplicativas. En función de la riqueza de este artículo, hay que detenerse a realizar una exhaustiva profundización, enfocando en las variables que trae, basadas en el dinamismo y la mutabilidad, aportando: una regla general y su excepción, “conceptos jurídicos indeterminados”, rangos presuntivos e incluso hasta la previsión de la generación de conflictos decisorios entre NNA y sus representantes legales.

Resulta suficiente entender que toda la coherencia de este artículo se sustenta en la noción de “competencia”. Deslindada de la “capacidad”, determinada en cada caso concreto y acto específico. Más ajustada al área del ejercicio de los derechos personalísimos, en continua evolución y vinculada con el principio pro homine de interpretación

extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones.

- *Consentimiento informado en el ámbito médico-sanitario*

Más allá de las especificaciones técnico-teóricas del consentimiento informado (posteriormente, CI), es dable destacar algunas consideraciones que principalmente, se complementan con las previsiones del artículo 26 del CCyC y los puntos conflictivos que subyacen en torno a las DMA, bajo una visión abarcativa de estas dos directrices. La denominación de “consentimiento participado” centrada en el “modelo deliberativo o de decisión compartida” dice más de lo que aparenta y resulta clave para delinear premisas sobre el tema. Ahondar en el CI, destacando entre sus aspectos relevantes a la “temporalidad”, lo posiciona en un lugar privilegiado dentro del ámbito médico y sanitario, en materia de niñez y adolescencia, ante decisiones sobre la salud con fines preventivos, curativos y/o decisorios ante eventuales etapas finales de la vida.

En cumplimiento con la operatividad del artículo 26, la existencia o no de la competencia necesaria - como uno de los elementos constitutivos del CI- para entender las opciones propuestas, el razonamiento de alternativas y la posibilidad de emitir un juicio de valor; se constataría en concreto midiendo las condiciones de la persona y la trascendencia del acto específico. Bajo esta línea de razonamiento: ¿Cómo se podría analizar la competencia en el caso de las DMA dictadas por personas menores de edad?

Continuando con una de las características del CI “en el presente, para el presente” uno de sus caracteres más importantes en NNA, se pone de manifiesto cuando se cumple con los presupuestos del modelo de decisión compartida, tornándose relevante en el caso de personas menores de edad. Así, es cuando justamente, uno de los bastiones del proteccionismo en NNA deja de ser programático y se torna operativo. Tratándose de seres vulnerables y dependientes de los demás, no basta el atendimiento de la autonomía de la persona. La mentada protección especial se consagra no solo desde la labor médica paternalista (profundizada y justificada por hablarse de usuarios/as menores de edad); sino atendiendo a sus relaciones interpersonales y su contexto, principalmente poniendo la mirada en el rol de los adultos responsables que, debería tender a la protección, cuidado, atención y desarrollo.

Más precisamente en la atención médico-sanitaria ante eventuales procesos de toma de decisiones en las instancias finales de la vida, al hablar de personas menores de edad, la concepción del paciente como ser relacional se amplifica, no solo por la pronunciada labor multidisciplinar, sino también por el rol que ocuparán los adultos en la asistencia y acompañamiento de la autonomía de NNA.

Marco teórico específico

A modo preliminar, resulta importante mencionar que las DMA implican “[la] posibilidad de poder válidamente la persona, con carácter obligatorio para los médicos que la atiendan, decidir con anticipación a sufrir una enfermedad grave que la haya dejado en un estado de salud tal que no pudiera expresar su voluntad, cómo desearía ser tratada en ese supuesto, y qué tratamientos estaría dispuesto a aceptar y cuáles no, como también -análogamente- la de poder designar a un tercero para que, de llegar a encontrarse en la situación señalada (de inconsciencia, demencia, etc.) decida en su nombre sobre dichas cuestiones. O simplemente, para que interprete su voluntad en caso de duda sobre el alcance de las instrucciones que la persona hubiera previamente dado para el supuesto en cuestión”⁴.

Es decir, de la conceptualización traída se desprenden sus caracteres inherentes, principalmente el de “acto jurídico”. Desde el análisis del derecho, se lo caracteriza como como personalísimo, extrapatrimonial, de voluntad predispuesta, unilateral, simple, formal y revocable. De los señalados resaltable uno en particular, dado que será el cimiento de muchos de los análisis que se realizarán en lo posterior: la “unilateralidad”; presenten las DMA y a diferencia del CI que es bilateral. No se trata de un dato menor. En las DMA se halla ausente el “feedback” producido entre las y los usuarios del ámbito médico-sanitario y las/los profesionales de la salud. Por este motivo, las DMA carecen de ciertos elementos constitutivos del CI, modos especiales de abordaje por parte del profesional médico y lo vinculado con lo personal-relacional en torno a las decisiones sobre la salud con fines curativos y/o decisorios ante eventuales etapas finales de la vida.

⁴Definición de Sambrizzi, Eduardo, citada por: Berbere Delgado, Jorge Carlos, “Las directivas anticipadas sobre la salud. La libertad para anticipar directivas sobre su salud y posibles tratamientos”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 2, n° 8, septiembre de 2010, página 230.

Así, los rasgos generales para personas mayores de edad se muestran como el inicio de un debate candente en torno a NNA; pero con posibilidades de encontrar alguna reflexión afin. Si se pone el foco en personas que han alcanzado la mayoría de edad con plena capacidad, no hay necesidad de reparo protectorio alguno. Más allá de cualquier construcción, es menester destacar que vivir con dignidad es producto de la conjugación de varios derechos y principios. No es privativo de la mayoría de edad. Si la cuestión central “solo” se basara en las premisas aportadas en este apartado y sin contextualizarlo con las cuestiones transversales reseñadas anteriormente sobre la protección integral y especial de la niñez/adolescencia; la restricción normada y prevista para personas que no resulten plenamente capaces sería contraria a los estándares constitucionales y convencionales.

Sopesar, define la cuestión. Una persona menor no tiene menos derecho a vivir hasta sus últimos momentos con dignidad. No carece de libertad, ni autodeterminación. Eso está claro. En el ámbito de la práctica médico-sanitaria el principio de la autonomía de la persona ha adquirido gran importancia, por el desarrollo doctrinario/jurisprudencial de los derechos constitucionales de autonomía, libertad, y dignidad de la persona humana. Pensar en este avance como compartimento estanco, sin un abordaje global que incluya los principios protectorios de las personas menores de edad, claramente iría en contra del orden jurídico.

- *El tema en palabras de la ley especial y el Código Civil y Comercial*

Independientemente de la marcada evolución del instituto⁵ que tuvo desde mucho tiempo atrás, vale

⁵ Hace varias décadas que específicamente la Ley de Ejercicio de la Medicina n° 17132 del año 1967 por imperio de su artículo 19 (inciso 3°) establecía que los profesionales de la salud se encontraban obligados a respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse, salvo los casos expresamente previstos. Bajo este precepto legal (coherente con los artículos 14, 19 y concordantes de la Constitución Nacional) los documentos de voluntad anticipada no debían ser invalidados o desconocidos. Por el contrario, siempre tuvieron que ser atendidos el derecho a la intimidad de las personas y a la disposición de su propio cuerpo, a partir de esta norma.

Jurisprudencialmente, se pueden citar algunos casos que brindaron bases sólidas sobre el tema (“Jacobson s/ Medidas Precautorias”, LL, 1991-B-363; “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias”, 1/6/12; “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, Corte

decir que tan solo una parte de los artículos ya mencionados (11 y 60, de la Ley 26529 y CCyC, respectivamente) es lo que ha despertado críticas, lecturas varias, rechazos y aceptaciones. Las discusiones que pueden ofrecer determinadas construcciones semánticas contenidas en una norma están a la vista en este tema puntual. ¿Interpretación literal o exegética? Se verá la resolución de esta disyuntiva al final, al establecer una conclusión y aportes concretos sobre el tema. Mientras tanto, es menester traer a colación ciertas aclaraciones relevantes.

Con identidad de criterio -aunque con diferente construcción- las normas citadas, indican: “toda persona capaz mayor de edad” o “persona plenamente capaz”, limitando a las personas menores de edad la posibilidad de disponer directivas anticipadas (consintiendo o rechazando tratamientos médicos, preventivos o paliativos y decisiones relativas a su salud). El decreto reglamentario de la ley especial, fue más tajante: “[n]o se tendrán por válidas las Directivas Anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento”.

Centrando la atención en la literalidad de las normas, es obligatorio analizar si el límite impuesto legalmente acerca de la plena capacidad para otorgar DMA responde o no, a los parámetros constitucionales-convencionales a la luz del sistema de protección integral.

La ley especial establece que -para poder dictar válidamente, DMA- la persona debe ser “capaz mayor de edad”. Como primera observación en cuanto a la técnica legislativa, es notoria la redundancia. Si se hace referencia a “capaz”, se supone la mayoría de edad. El CCyC corrige y mejora la redacción al decir “persona plenamente capaz”, englobando dos supuestos: 1) que haya alcanzado la mayoría de edad y 2) que sobre ella no haya una restricción de la capacidad jurídica⁶.

Suprema de Justicia de la Nación, 6/4/93 -voto de los doctores Fayt y Barra-. Cabe agregar que, específicamente en personas menores de edad hay dos precedentes judiciales conocidos y vinculados con la temática: a) Juzgado de Familia, Niños y Adolescencia N° 2 de Neuquén, “N.N. s/ situación”, 20/3/06 y b) Juzgado de Primera Instancia de Distrito en lo Civil y Comercial N° 5 de la 9ª Nominación de Rosario, “SME y otros s/ se oficie s/ su situación”, 15/8/08.

⁶Se recuerda que según las directrices de la Convención de las Personas con Discapacidad y la Sección 3° del Capítulo 2 del Libro Primero del CCyC; la capacidad general de

- *Reflexiones en torno a la temática*

- *Enfoque constitucional-convencional.* A los fines de llegar a una idea concluyente sobre el tema, específicamente, Sandra Wierzba interpreta que el requerimiento de la mayoría de edad para las directivas anticipadas obedece a una decisión del legislador de posponer en el tiempo el derecho a tomar decisiones autónomas sobre procedimientos médicos que pueden involucrar un particular riesgo de muerte y concluye que “la norma halla su razón de ser en la realidad descrita y resulta plenamente válida como principio general”⁷. Este principio, se encuentra destinado a la protección de NNA y la limitación prevista resulta ser la generalidad. En este sentido, hay quienes⁸ apuntan a una solución de carácter excepcional, partiendo del caso concreto y a través del control constitucional judicial que podría permitir a un sujeto competente -sea de la edad que fuera- disponer de su cuerpo y de su salud mediante DMA; ponderando derechos, gracias a la Constitución Nacional y la CDN, con sustento en los artículos 1 y 2 del CCyC.

- *El sistema de capacidad - ¿y competencia?* -Se parte de la postura tomada por el CCyC con respecto a la capacidad de las personas, interpretado a la luz de la Constitución Nacional y las Convenciones Internacionales. Apoyado en el principio de autonomía progresiva -consagrado legislativamente por el artículo 26 del CCyC- presuntivamente la competencia bioética plena se adquiere a los dieciséis años y se equipara al adolescente con el adulto, en relación al cuidado del propio cuerpo. Al hablar de una persona

ejercicio de la persona humana se presume, salvo sentencia judicial indicativa de lo contrario. Más precisamente, el Código habla sobre los casos de “incapacidad” solo en aquellos supuestos en los cuales hay imposibilidad absoluta de interacción de la persona con el medio. Todas las demás posibilidades de limitación en el ejercicio de los derechos quedarán englobadas en los casos de “capacidad restringida”. Vale realizar estas aclaraciones, no solo para entender la lógica del CCyC, sino también para dejar en claro que la palabra “plenamente” podría excluir a las personas con capacidad de ejercicio restringida -no solo a las incapaces-.

⁷Wierzba, Sandra, “Los adolescentes y las decisiones sobre su salud en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación”, Revista Derecho Privado, Año 1, n° 2, Ediciones Infojus, julio de 2015, página 133, Id SAIJ: DACF120179.

⁸Por ejemplo: Pelle, Walter, “La edad mínima para otorgar válidamente directivas médicas anticipadas”, Editorial Microjuris.com, Argentina, 7/4/16, cita: MJ-DOC-9830-AR | MJD9830.

que adquiere la competencia bioética, se la consideraría a los fines de las DMA como “plenamente capaz”⁹. Al respecto se ha dicho: “[e]n una primera visión, podría interpretarse que el Código Civil y Comercial ha otorgado a los adolescentes mayores derechos de libertad (esto es, mayor autonomía). No obstante, la equiparación del adolescente con el adulto habilitaría la posibilidad de transitar el camino de la pérdida total de la condición de la niñez a partir de la mencionada merma de los derechos de protección. ¿Fue esta la intención del Poder Legislativo al aprobar el Código Civil y Comercial? A primera vista no lo parece, si se consideran otras normas relacionadas con el mismo tema. Además, difícilmente podría haberse decidido ingresar a los niños al mundo adulto desde edades más tempranas, dado el amplísimo y denso entramado normativo internacional que lo prohíbe”¹⁰. Desvirtuando esta postura, se ha mencionado: “[l]a entidad de los actos relativos a decisiones al final de la vida exige una autonomía calificada que no se identifica con la contemplada en el art. 26 in fine del Cód. Civ. y Com. con relación a los actos de cuidado del propio cuerpo”¹¹.

- *Acto jurídico ¿y su carácter vinculante?* Separada de la clásica idea de capacidad-incapacidad, la competencia analiza si el sujeto puede entender acabadamente si puede razonar alternativas y si tiene valores para poder juzgar. En este sentido, se ha considerado: “la capacidad civil supone la posibilidad de celebrar por sí actos jurídicos, esto es, ser titular de derechos (capacidad de derecho) y la facultad de poder ejercer esos derechos (capacidad de hecho) (...) En cambio, la competencia bioética es un concepto que pertenece al área del ejercicio de

⁹Véase la conclusión 6 del trabajo realizado por: Córdoba, María Mercedes, Echeury, Natalia Andrea, Graizzaro, Marianela y Rajmil, Romina Andrea, en Revista del Notariado, n° 926, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, marzo de 2017. En línea:

<http://www.revista-notariado.org.ar/2017/03/sobre-el-caracter-vinculante-de-las-directivas-medicas-anticipadas-otorgadas-por-adolescentes-y-personas-con-capacidad-restringida/> (compulsa realizada el 24/5/20).

¹⁰Beloff, Mary, Kierszenbaum, Mariano y Terragni, Martiniano, “Una sensata cantidad de liberacionismo: el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad”, Revista de Derecho de Familia, 84, 17/05/2018, AR/DOC/2985/2018.

¹¹En función de lo dicho por Silvia Fernández (citada por Assandri, Mónica y Rossi, Julia, “El cuidado del propio cuerpo por el niño, niña o adolescente”, Revista de Derecho de Familia, n° 87, AbeledoPerrot, 09/11/2018, cita online: AP/DOC/798/2018).

los derechos personalísimos y supone poseer la capacidad necesaria para hacer efectivo el derecho personalísimo a la salud y a la vida, tomando por sí mismo decisiones que hacen a su cuidado y asistencia. Esta aptitud que posee toda persona no se adquiere en un momento determinado, sino que se va formando y requiere una evolución que solo se alcanza con el transcurso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez¹². De la cita anterior se desprende que la noción de competencia no puede ser equiparada con la de capacidad y en este orden de ideas, la celebración formal de actos jurídicos en esa línea no resultaría posible, menos aún su vinculatoriedad.

- *El factor de la "actualidad"*. El artículo 26 reconoce la capacidad progresiva de NNA para consentir actos actuales, diferenciándola con respecto a la posibilidad de emitir consentimientos anticipados vinculantes. Relacionado con lo "actual" y la idea de "momento determinado" se afirmó que la competencia es la aptitud de un individuo de entender lo suficiente como para tomar una decisión autónoma¹³. De esta manera, ser considerado competente para tomar una decisión implica la capacidad de expresar una elección entre varias alternativas; entender los riesgos, beneficios y alternativas cuando se consideran diversas posibilidades; razonar racional y lógicamente; decidir razonablemente; y hacerlo sin coerción libremente¹⁴.

Esta competencia, debería ser valorada en el caso puntal y bajo parámetros de actualidad, variando en función de la madurez del NNA y la entidad de la actuación a que sea sometido. En otras palabras, la competencia implica una decisión específica, que toma un sujeto determinado, en una situación concreta, frente a un tratamiento específico¹⁵. No resulta un simple atributo que el NNA posee o no, sino que sienta sus bases en la relación y la

confianza entre la/el paciente, el equipo de salud y la familia¹⁶.

Ante la posibilidad de que las personas menores de edad puedan emitir DMA como una anticipación del CI, los profesionales de la salud no sólo deberían tratar la enfermedad del paciente, sino también atender su contexto personal y social. Esto se traduciría en una garantía de protección a las personas menores de edad cuando emanan su CI, diferenciando las bases de uno "actual" -sustentado en variables que están ocurriendo- frente a uno "anticipado" basado en eventualidades que pueden o no concretarse, sin prever la situación a futuro del sujeto otorgante, ni su contexto.

- *El fin -o los fines- de las normas*. La limitación a la autonomía con la consiguiente intervención en la vida del NNA, no implica caer en el anterior sistema tutelar, ni significa apartarse del sistema de protección integral. Por el contrario, lo hace posible. En este sentido, Freeman propone, como salida, la búsqueda un punto de equilibrio a la hora de adoptar medidas concernientes a los NNA y habla de un paternalismo liberal que importa tanto el resguardo de las personas menores de edad, como su autodeterminación, todo en pos de que exista una verdadera protección a sus derechos¹⁷.

En complemento con el tópico anterior (factor de "actualidad") no debe perderse de vista que el otorgamiento de la información por parte de las y los profesionales de la salud serviría para prevenir las llamadas decisiones o acciones irracionales o apresuradas que tomarían los NNA. Bajo esta línea, el artículo 26 el CCyC reconoce la autonomía progresiva en NNA, vinculándose con actos actuales en resguardo de los criterios protectorios de la niñez y adolescencia.

- *Permisión y derecho comparado*. Explorando en la legislación a nivel mundial, se destaca como la más permisiva en la materia, a la Ley 6/2002 de la Comunidad Autónoma de Aragón en España¹⁸ que

¹²Ciruzzi, María Susana, "It'smylife: Cuando los niños y jóvenes deciden cómo quieren morir", publicación del 1/8/17. En línea: <https://www.researchgate.net/publication/319609331> (compulsa realizada el 10/6/20).

¹³Extraído de Levine M., Anderson E., Ferretti L., Steinberg K., "Legal and ethical issues affecting clinical child psychology", en Ollendick, TH; Prinz, Rj (eds.), *Advances in Clinical Child Psychology*, New York, Plenum Press, 1993, páginas 81-117.

¹⁴Extraído de Weithorn L., Campbell S., "The competency of children and adolescents to make informed decisions", *Child Dev* 53, 1982, páginas 1589-1598.

¹⁵Fernandez, Silvia (Directora), "Tratado de derecho de niños, niñas y adolescentes", Primera Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, página 242.

¹⁶Conforme a las afirmaciones halladas en: Minyersky, Nelly, "Capacidad progresiva de los niños, niñas y adolescentes al cuidado del propio cuerpo", *Revista de Derecho de Familia*, n° 43, Abeledo Perrot, Buenos Aires, páginas 131-169, cita online: AP/DOC/1675/2012.

¹⁷Freeman, Michel, "Tomando más en serio los Derechos de los Niños", *Revista de Derechos del Niño* (Cillero, Miguel y COUSO, Jaime -directores-), números 3 y 4, UNICEF, Universidad Diego Portales, 2006, página 274. En línea: http://www.unicef.cl/archivos_documento/192/revista%20derechos%203_4.pdf (compulsa realizada el 1/8/19).

¹⁸Legislación vigente según Boletín Oficial. En línea: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-9667->

preceptúa específicamente que los menores emancipados y los menores mayores de catorce años pueden emitir la declaración de voluntades anticipadas. Asimismo, se puede mencionar a otra Comunidad Autónoma como Valencia¹⁹ que reconoce en su legislación la posibilidad de que las personas entre 16 y 18 años emitan documentos anticipatorios²⁰.

- La paradójica ley cordobesa

Ubicando a la cuestión dentro del plano legislativo local, se encuentra vigente la Ley n° 10058²¹ que, primariamente, en su artículo 6° hacía referencia a que las Declaraciones de Voluntad Anticipada podrían ser expresadas solamente por las personas mayores de edad y en pleno goce de sus facultades mentales. En caso contrario, las expedirían los representantes legales. Al año siguiente de la entrada en vigencia del CCyC, se sancionó la Ley 10421 que puntualmente en su artículo 3° introdujo una modificación al artículo 6° referido; quedando redactado de igual modo que la normativa anterior, pero con un agregado: "...Con igual alcance rige para las personas, a partir de los dieciséis años de edad, quienes son considerados como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, con el alcance previsto por el artículo 26 del Código Civil y Comercial de la Nación".

El propio CCyC contribuye en forma indirecta a la interpretación restrictiva de la expresión "cuidado del propio cuerpo". Si el legislador hubiera querido otorgar a la persona menor de edad, a través del artículo 26, la aptitud para consentir en forma autónoma cualquier tratamiento, no hubiera tenido razón para negarle la posibilidad de conferir directivas anticipadas sobre su salud.

consolidado.pdf (compulsa realizada el 25/6/20).

¹⁹ "Ley de las Cortes Valencianas", 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente.

²⁰ José Luis Díez Ripollé subraya que en estas Comunidades señaladas debe aplicarse el criterio más respetuoso con la autonomía del paciente. Cabe añadir un argumento adicional: el artículo 2 de la "Ley de Protección Jurídica del Menor", en cuya virtud, al encontrarse con varias soluciones, debe aplicarse la que reconozca más capacidad de decisión a la persona menor de edad (en "Deberes y responsabilidad de la Administración sanitaria ante rechazos de tratamiento vital por pacientes. A propósito del caso de Inmaculada Echevarría", REPC 11-r1, 2009, páginas 12-13).

²¹ Sanción: 16/5/12; promulgación: 5/6/12; Boletín Oficial 15/6/12. En línea: <http://web2.cba.gov.ar/web/leyes.nsf/0/FE22D008EC51664803257A1E00777949?OpenDocument&Highlight=0,10058> (compulsa realizada el 26/6/20).

Con este alcance restrictivo de la expresión "cuidado de su propio cuerpo", la facultad que se le otorga al adolescente de más de dieciséis años no comprende la que refiere la ley en Córdoba. La finalidad de esa norma excede la mera "conservación y cuidado" del propio cuerpo utilizado por el artículo 26.

Ley nacional y ley provincial: ¿cuál es la más ajustada a las nociones constitucionales y convencionales? Para aquellos casos concretos que pudieran presentarse, sin dudas y soslayando las cuestiones vinculadas a la instrumentación formal de las DMA (ya que la ley provincial no las resuelve), habrá que evaluar cuál es la más protectoria de los derechos en juego, dentro del abanico legal de posibilidades.

Conclusión final, soluciones y aportes concretos

I) Constitucionalidad y convencionalidad de la restricción legal. Se afirma que las disposiciones de la Ley 26529 (modificada por la Ley 26742) y el CCyC vinculadas con la exigencia de la capacidad plena y/o mayoría de edad en cuestiones vinculadas con las DMI son constitucionales y convencionales, por ajustarse al modelo jurídico-social de "protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia"; tratándose de una regla general y precautoria, basada en la entidad del acto.

II) La excepción constitucional y convencional. Las excepciones en torno a la restricción impuesta por las normas bajo análisis, serán confrontadas con el caso concreto, gracias al salvoconducto interpretativo ofrecido por los artículos 1 y 2 del CCyC, ponderándose principios y derechos en puja; estableciendo la prevalencia de unos sobre otros, resolviendo en consecuencia y en miras de la siguiente distinción:

a) Personas menores de edad con falta o escaso grado de madurez

La figura de las DMA no resulta aplicable ya en estos casos, en relación con la "expresión de voluntad de la persona", es decir, "autonomía médica", no hay posibilidades de poder emitir un CI ante una situación actual y mucho menos de construir una instrucción a futuro. Sin embargo, se torna importante señalar que para los casos en que la persona se encuentre en un estado en el que no pueda expresar su CI, ni ejercer personalmente los derechos, será la representación de los adultos

responsables a través de la cual se canalizará la solución de esta situación, en miras de lo normado por la última parte del artículo 59 del CCyC.

b) Personas menores de edad con edad y grado de madurez suficiente²²

Dejando en segundo plano a las formalidades previstas por la Ley 26529 (modificada por la Ley 26742) y su Decreto reglamentario 1089/12:

- De la interacción entre la excepción prevista en el segundo párrafo del artículo 26 del CCyC y los artículos 2 de la Ley 26529 y 59 del Código mencionado, pueden emitir su CI de forma anticipada sobre cualquier circunstancia vinculada con la prevención, el tratamiento, la cura y/o lo que fuere en las etapas finales de la vida, pudiendo expresarlo anticipadamente de manera verbal o escrita ante una enfermedad grave o terminal futura pudiendo ser tenidas en consideración a los fines previstos por las normas en cuestión²³.

- Pueden emitir DMA (vertidas en la historia clínica) como el producto de la elaboración del CI en el marco de un proceso continuado y en el que la información recibida por la persona, no solo debe ser

²²Aclaración de esta premisa: un NNA maduro o competente puede -respetando las normas aplicables- disponer la planificación de las instancias finales de su vida, es decir su modo de atención personalizada acorde a sus propias convicciones y valores. Esto implica, la manifestación de tratamientos aceptables y no aceptables, la persona que desea que tome decisiones cuando ya no pueda hacerlo, desechar aquellas pruebas diagnósticas inútiles, establecer las medidas aceptables relativas al confort y al alivio del dolor, determinar cuáles serán las visitas aceptadas y afectos, su duración, alimentación preferida, quienes son las personas que desea a su lado en las últimas instancias vitales, si desea o no ingresar a la Unidad de Terapia Intensiva o morir en su habitación, o más ampliamente en el hospital o en su casa. Incluso, según el contenido del artículo 60 del CCyC y siguiendo con esta línea de pensamiento, tiene la posibilidad de designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos. Sin dudarlo, en estos casos, tendrá más valor lo expresado oportunamente por NNA con grado de madurez suficiente por sobre lo no dicho o lo que decida otra persona.

Es menester aclarar que, en definitiva, estas planificaciones serían para casos particulares y diferirían de las DMA que pudieran intentar ser llevadas a cabo por una persona menor de edad, sana y en instancias ajenas al tránsito final de la vida.

²³La construcción señalada tiene suma importancia al considerar que según el artículo 59: "[n]adie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado" y la voluntad de la persona expresada anticipadamente (según los alcances contenido de las normas en juego y registradas en la historia clínica), deberá prevalecer por sobre la de los adultos responsables.

clara, precisa y adecuada, sino también "redoblada" por estar orientadas a decisiones sobre situaciones irreversibles. Así, las previsiones del artículo 26 prevalecerían ante la restricción precautoria del artículo 60 del CCyC, cediendo la generalidad esbozada de esta última norma por tratarse de una construcción bajo el modelo "deliberativo o de decisión compartida"²⁴ donde prima la asistencia por parte de los adultos responsables, la participación activa de los profesionales de la salud y se respeta la autonomía de la persona.

²⁴En este modelo se asume la importancia de las relaciones interpersonales para los pacientes en la toma de decisiones (médicos, familia, allegados y también, otros profesionales de la salud). Para mayor ampliación, recurrir a: Piperberg, Michelle, "Modelos de relación médico-paciente: el papel de la autonomía, la vulnerabilidad y las relaciones interpersonales", en "Bioética: justicia y vulnerabilidad" (Boladeras, Margarita -directora-), Primera Edición, Barcelona (España), septiembre de 2013, páginas 253 y 254.

Información Institucional

Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Dra. Lidia Beatriz Hernández

Director de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia

Dr. Luis Ugarte

**Subdirector de la Carrera de Especialización y de la Maestría en
Derecho de Familia Infancia y Adolescencia**

Dr. Néstor Solari

Coordinador de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia

Mg. Sebastián Fortuna

Coordinador de la Carrera de Especialización

Dr. Roberto Campos

Publicación y edición:

Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Carrera de Especialización en Derecho de Familia

Departamento de Posgrado - Facultad de Derecho - UBA

Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, 2do piso, C1425, CABA

malito: cedfamilia@derecho.uba.ar / TEL: (5411) 5287-6787

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/bodfys/>

Durante el presente año 2021 nos hemos encontrado -una vez más- frente al desafío de ofrecer una cursada bajo medios virtuales.

Como ocurre cada año, se ha programado la cursada de la totalidad de las materias obligatorias de ambos programas de posgrado, se han incluido diversas materias de libre elección y seminarios que abordan distintas temáticas actuales del derecho de familia, y su entrecruzamiento con otras disciplinas.

Así, para el primer cuatrimestre del 2021 se encuentran ofertados los siguientes cursos:

Régimen patrimonial del matrimonio	Derecho de alimentos a los hijos y la convención sobre los derechos del niño
Psicología general de la familia	Profundización en procesos de alimentos
Filiación	Género y derecho
Derecho Constitucional de la Familia	Perspectiva internacional de temas relevantes del Derecho de Familia
La Familia en el Derecho Penal	Igualdad y no discriminación en la vejez
Procedimientos en los juicios de Familia	Seminario: Estrategias de investigación en Derecho de familia
Violencia Familiar	Autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia
El Derecho Internacional Privado en el Derecho de Familia y Derecho Sucesorio	Control Penal de la Infancia
Autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia	Autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes
Compensación económica	Procesos de familia en la Provincia de Buenos Aires
Antropología de la niñez y la adolescencia	Seminario: Escritura, elaboración y redacción de monografías y tesinas
Multiparentalidad y proyecciones jurisprudenciales	Seminario: efectividad de las sentencias en derecho de familia
Adopción	

Para el segundo cuatrimestre del corriente 2021, se proyectan los que se enuncian a continuación:

Derecho Matrimonial	Psicología evolutiva de la niñez y la adolescencia
Sociología de la familia: histórica y sistémica	Los Derechos del niños, niñas y Adolescentes. Responsabilidad parental. Tutela y Curatela.

La familia en el Derecho Laboral, Tributario y de la Seguridad Social	Los Derechos del niñas y niños en el Derecho Internacional y de los Derechos Humanos
Procedimiento de Familia. Cuestiones Complejas	Derecho Familiar Comparado
Convivencias de Pareja	Fundamentación de la bioética y su impacto en el Derecho de Familia
Salud Mental	Indivisión poscomunitaria y hereditaria
Familia y legítima hereditaria	Responsabilidad Civil en el Derecho de Familia
Violencia de género	Abordaje interdisciplinario del conflicto familiar
Cuestiones complejas en técnicas de reproducción humana asistida	Protección a la vivienda familiar
Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes	Seminario: Identidad de género
Seminario: Técnicas de argumentación escrita para trabajos de investigación y tesis	Seminario: planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial