

SUMA- RIO

REFORMA DEL CODIGO
CIVIL Y COMERCIAL DE LA
NACION. REGULACION DE
LA REPARACIÓN DEL DAÑO
EXTRAPATRIMONIAL.

RESPONSABILIDAD PAREN-
TAL EN EL NUEVO CÓDIGO
CIVIL Y COMERCIAL

ALGUNAS CONSIDERACIO-
NES ACERCA DEL NUEVO
CODIGO CIVIL Y COMERCIAL
2014

3

7

18

REFORMA DEL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION. REGULACION DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL¹

BEATRIZ ESTELA
ARANGUREN

JUEZA FEDERAL EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

UNL | FCJS

¹ Beatriz Estela ARANGUREN. Juez Federal Nº 2 de Concepción del Uruguay (ER). Profesora de Grado y posgrado de la Universidad de Concepción del Uruguay.-

²Ver ARANGUREN Beatriz, "Daño Moral a la Concubina" en Rev. La Ley Litoral del año 2006.-ción adecuada a su capacidad.

³ Conf. ECHEVESTI, Carlos A., "El daño moral. Su legitimación activa y pasiva", LA LEY, 1992-A. 905.-

I- INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES

Sabido es que el actual y próximo a perimir artículo 1078 del Código Civil expone que «**La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. La acción por indemnización del daño moral sólo competará al damnificado directo; si del hecho hubiere resultado la muerte de la víctima, únicamente tendrán acción los herederos forzosos**» (Sic; el subrayado me pertenece).

Dicha norma fue intensamente criticada por la Doctrina y Jurisprudencia Nacional durante más de una década, en cuanto limita la reparación por daño moral o extrapatrimonial, como correctamente se lo denomina actualmente, a la propia víctima, en su caso, o a sus herederos forzosos, en caso de muerte, lo cual resulta acotado y violatorio de los derechos de los convivientes y/o concubinos, de sus padres y/o hermanos en diversas circunstancias, según los fundamentos que se verterán seguidamente, habiendo devenido ineludible su modificación.

El nuevo código determina claramente esa corriente de pensamiento², estableciendo en su artículo 1741: «**Indemnización de las consecuencias no patrimoniales. Está legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales el damnificado directo. Si del hecho resulta su muerte o sufre gran discapacidad también tienen legitimación a título personal, según las circunstancias, los ascendientes, los descendientes, el cónyuge y quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible. La acción sólo se transmite a los sucesores universales del legitimado si es interpuesta por éste. El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas**» (Sic).

Como puede advertirse, la norma dictada –de próxima vigencia– amplía en forma clara los legitimados directos a requerir el resarcimiento por daño moral o extrapatrimonial, tanto en caso de muerte o gran discapacidad de la víctima, lo cual implica una inserción normativa de una jurisprudencia de larga data que se orientaba en tal sentido. Veamos, como se observa del original art. 1078 precitado, el mismo habilita en su primer parte del segundo párrafo al resarcimiento por daño moral al damnificado directo, o sea, la persona sobre la que recayó el hecho dañoso; en otras palabras, quien sufre en calidad de víctima, circunstancia que no variara en la norma modificada.

Ahora bien, la segunda parte del art. 1078 regulaba el caso de muerte de la víctima³, otorgando tal norma legitimación exclusivamente a los herederos forzosos, debiendo en-

tenderse por ellos a aquellos a quienes la ley les reserva una parte en la herencia de la que no pueden ser privados, salvo causas legales de desheredación; o sea, heredero forzoso es el heredero legitimario, el que goza de legítima (art. 3592 del CC y art. 2424, 2445 y conc. del nuevo Código Civil, ley 26.994), o sea -en el derecho argentino- los ascendientes, los descendientes y el cónyuge (art. 3565 del CC y art. 2444 del nuevo Código Civil citado).

La normativa actual resulta un gran avance al incorporar dos elementos esenciales a considerar: 1º) la posibilidad de resarcimiento por daño extrapatrimonial a sujetos diversos a los originariamente considerados, o sea a los herederos forzosos, al incluir ya no solo a los ascendientes, descendientes y al cónyuge, sino también a **quienes convivían con aquél recibiendo trato familiar ostensible, pudiendo entenderse ello en relación a la pareja conviviente y aún a hermanos y/o otros parientes de la víctima, lo cual ha de analizarse prudencialmente por el Juzgador en cada caso** y 2º) la posibilidad de resarcimiento como legitimados directos de los mencionados precedentemente aún en el caso de la inexistencia de muerte de la víctima, pero con consecuencias de una gran discapacidad.

Analizemos brevemente la situación anterior y esta relevante modificación: en el art. 1078 del Código Civil la solución era doblemente restrictiva en materia de daño moral: si el hecho dañoso no ha sido la causa de la muerte, sólo podía reclamar el damnificado directo; en otros términos, la víctima. Si resultara la muerte, **podían hacerlo exclusivamente los legitimados forzosos**.

En este sentido, el autor de una de las obras más completas sobre el tema, dice enfáticamente: «*El sistema argentino es tan claro como restrictivo*»⁴, y preocupado por la gran extensión de legitimados que pudieran presentarse, la llamada «*catarata de damnificados*», con el consecuente peso que recaería sobre el responsable, ha puesto límites a la legitimación del daño moral mucho más restrictivos que para reclamar daño material (art. 1079 del CC).

Así, ha prosperado la fuerte tendencia doctrinal y jurisprudencial que sostiene la necesidad de modificar la ley y extender la legitimación a sujetos que no resultan herederos legitimarios, habiéndose propuesto de *lege ferenda* en diversas reuniones académicas que: «**La legitimación activa de los damnificados indirectos en materia del llamado daño moral debe ampliarse**» (ver Comisión N° 2 del IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, JA, 1995-III-997; Conclusiones del II Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As., 1991; III Jornadas de Derecho Civil y Comercial, La Pampa, 1991; XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 1993; IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, Bs. As., 1995; X Congreso Nacional de Jóvenes Abogados, Mar del Plata, 1995; entre otros).

En el ámbito jurisprudencial y doctrinario se ha debatido la legitimación de los hermanos para requerir el resarcimiento por daño extrapatrimonial, existiendo posturas contrarias, habiéndose rechazado mayoritariamente, en base a que los mismos no resultan herederos forzosos (art. 1078 CC).⁵

⁴ Confr. PIZARRO, Ramón D., "Daño moral. Prevención, Reparación. Punición", 2º ed., Bs. As., Ed. Hammurabi, 2004, N° 36, p. 203; conf. Castro, R.A., "Indemnización por daño moral: legitimación activa en caso de muerte de la víctima. Tesis amplia y posición restrictiva", en Foro de Córdoba, año XVI, N° 103, 2005, pág. 17).-

⁵ CSJN, 7/4/1999 in re "Villalba Julio c/Provincia de Santiago del Estero" (Fallos 322:1621); ST Misiones, 11/12/2001, La Ley Litoral 2002-895; entre otros.-

⁶ Ver Feliz A. Trigo Represas-Marcelo J. Lopez Mesa, op. Cit., pág. 479 y sig.-

⁷En este sentido, el Dr. Jorge MOSSET ITURRASPE se ha mostrado contrario a la modificación del art. 1078 CC y ampliación de legitimados al efecto, sin perjuicio de observarse un cambio de criterio en el último tiempo y respecto a los convivientes (ver “Responsabilidad por Daños”, T. V, El Daño Moral, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 251). Jurisprudencialmente, se negó la indemnización reclamada por no constituirse la actora como heredera forzosa en numerosas oportunidades, ver Cám. Nac. Civil, Sala E, 12-7-74 en ED 61-294; Cám. Nac. Esp. Civil y Com., Sala III, 20-11-81, en ED 101, N° 83; entre otros.-

⁸ Ver art. 1596 del Proyecto y comentario efectuado por el Dr. Luis Moisset de Espanés “El Daño Moral en los Proyectos de Reforma del Código Civil” en “Daño Moral”, Ediciones Alveroni, pág. 82 y sig.-

⁹ Ver “Daño Moral por Muerte del Concubino”, por Julia Elena GANDOLLA en Rev. de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 6, “Daño Moral”, pág. 217 y sig.; ANDORNO, Luis, “Responsabilidad Civil”, MOSSET ITURRASPE, Jorge, cit. supra; entre otros.-

II- LEGISLACIÓN COMPARADA.

La situación de los legitimados activos indirectos para el reclamo del resarcimiento del daño moral por muerte de la víctima resulta disímil en el Derecho Comparado, conforme se analiza seguidamente.

Así, en la doctrina y jurisprudencia francesa, prima la más extrema liberalidad al efecto, admitiéndose de tal modo como titulares de la pretensión resarcitoria por daño moral a la novia, la concubina, la pupila, etc., con la única exigencia de la prueba concreta del perjuicio.-

Por su parte, en el derecho italiano sólo se acordaba a los «*parientes próximos*», existiendo controversia entre quienes lo extendían sólo a los herederos, o a los unidos por un vínculo de consanguinidad o aún a la familia en sentido más amplio, ampliándose posteriormente al aceptar la jurisprudencia italiana una legitimación más amplia al hablar de «*cualquier otra persona afectada por el siniestro*».⁶

En el derecho alemán e inglés no se admite *prima facie* la reparación del daño moral por propio derecho, determinando el derecho portugués una serie de legitimados por ramas y en orden a su características de herederos del causante.

III- DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL.

En este punto, si bien durante años la Doctrina y Jurisprudencia mayoritaria negaba a la conviviente u otros parientes cercanos el derecho a requerir el resarcimiento del daño moral por fallecimiento de la víctima, en un estricto apego a lo dispuesto por el art. 1078 del Código Civil⁷, muchas voces se alzaron contra tal postura, considerándola violatoria de las pautas de resarcimiento global dispuesto por nuestro Código Civil y discriminatoria al no considerar situaciones fácticas de convivencia real y de afectación a los sentimientos de la persona conviviente que no pueden desconocerse por el mero hecho de la inexistencia de un vínculo legal.

En primer término, cabe destacar la Recomendación emitida en las Jornadas de San Juan, suscripta por los Dres. Bueres, Pizarro, Zavala de Gonzalez, Chiapero de Bas, Junyent de Sandoval, Lloveras de Resk y Stiglitz, donde se expresa que «*Se aconseja ampliar en una futura reforma del Código Civil el ámbito de damnificados indirectos legitimados para reclamar la reparación del daño moral*»⁸.

Similar criterio se ha adoptado en diferentes ponencias y recomendaciones, tales como las Jornadas de Responsabilidad Civil en caso de Muerte o Lesión de personas (Rosario, 1979), el II Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1991); III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de La Pampa (1991); XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993), entre otras.

En este punto ya el Decreto n° 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional propuso oportunamente legislar la ampliación de legitimados, al expresar «La acción por indemnización del daño moral compete a la persona física que lo ha sufrido. Los jueces valorarán la procedencia del resarcimiento del daño moral sufridos por otros damnificados distintos a la víctima. La acción sólo se transmitirá a los sucesores universales si fue interpuesta por éste. Si del hecho dañoso hubiese resultado la muerte de la víctima, están legitimados el cónyuge, los descendientes, los ascendientes y las personas que convivían con ella al tiempo del hecho» (Sic).

Que, asimismo, cabe destacar que existen autores que se han mostrado proclives a la ampliación de la legitimación activa para el reclamo de daño moral por fallecimiento a favor de la concubina⁹, por cuanto «ninguna razón de política jurídica debiera impedir la compensación de un daño real e injustamente padecido»,¹⁰ como también por diversos fallos en el orden nacional¹¹ en relación a los legitimados en caso de grave discapacidad de la víctima¹², e importantes doctrinarios, tales como la Dra. Matilde Zavala de Gonzalez, quien planteara la inconstitucionalidad del art. 1078 del Cód. Civil en cuanto excluye a los concubinos del derecho resarcitorio, en base a los sólidos fundamentos jurídicos, axiológicos y valorativos que proporciona, que básicamente reposan en el inmerecimiento del daño del compañero/a, cuyo desconocimiento legal conlleva violación a la igualdad de derechos, particularmente por la asimetría que genera con relación a otros desmedros existenciales.¹³

V- CONCLUSIONES.

La modificación hace justicia a todas las posturas premencionadas, dando relevancia al principio de la reparación integral y al principio pro homine sustentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁴, aplicables en el orden nacional¹⁵, evitándose una discriminación legal a todas luces injusta y violatoria del derecho de igualdad constitucionalmente prescripto (art. 16, CN), acordando en consecuencia a los convivientes y/o a los parientes cercanos convivientes –conforme se analice prudencialmente por los jueces en cada caso- el derecho a ser resarcidos por el daño extrapatrimonial sufrido ante el fallecimiento o gran discapacidad de sus compañeros.

Esta nueva norma resulta un real reconocimiento de la realidad fáctica y social existente, habiéndose adecuado a la misma, en cuanto el derecho es vida y debe reconocer la vida cómo se desarrolla y en base a la protección integral de las personas, constitucionalmente garantizada, superándose situaciones de intrínseca injusticia, lo cual celebramos.

¹⁰ Ver ZAVALA DE GONZALEZ, M., "Resarcimiento de Daños", T. 2b, Daños a las Personas –Pérdida de la Vida Humana", Ed. Hammurabi.

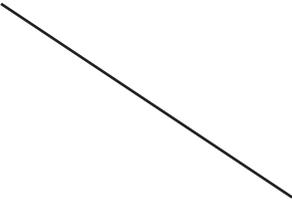
¹¹Ver Cámara Civil y Comercial de mar del Plata, Sala 2, en autos "Rodrigo, Sandra E. c/ Bustos, Esteban s/ Daños y Perjuicios", voto Dres. OTERIÑO y ZAMPINI, Jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, en LD- Textos.-

¹² Ver Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que decretara la inconstitucionalidad del art. 1078 del Código Civil, en cuanto no permitía la reparación del daño moral a los padres de un menor cuadrupléjico por mala praxis en "C.L.A. y otra contra Hospital Zonal de Agudos General Manuel Belgrano y otros s/ Daños y Perjuicios" del 6/05/2007, entre otros.

¹³ Ver "Tratado de Derecho Resarcitorio", T. I: Indemnización del daño moral por muerte.-

¹⁴ Ver CIDH en "Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú" del 24/11/2006, Informe N° 37/07 CADH "Peirano Basso vs. Uruguay"; entre otros. El principio pro homine previsto a nivel internacional (art. 5º del pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos) determina que siempre habrá de preferirse la interpretación menos restrictiva a la aplicación de un derecho, primando las normas que ofrezcan mayor protección al ciudadano.-

¹⁵ Ver CSJN en "Mazzeo, Julio Lilo y Otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad" del 13/07/2007; entre otros.-



MAGDALENA
GALLI FIANT

ADJUNTA DE DERECHO DE FAMILIA (CIVIL V)

UNL | FCJS

RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El nuevo Código Civil y Comercial introduce profundas reformas a la regulación de las relaciones de familia. En el Libro Segundo, a lo largo de ocho Títulos, prevé regímenes aplicables al Matrimonio en sus aspectos personales y patrimoniales, las Uniones Convivenciales, el Parentesco y sus efectos, la Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción asistida, la Adopción, la Responsabilidad Parental y las reglas y principios aplicables a los Procesos de Familia. Entre todos esos temas, elegimos profundizar algunos aspectos de la Responsabilidad parental, dada la trascendencia de las reformas que, sin dudas, se hará patente en la práctica profesional de Abogados litigantes y Magistrados.

DENOMINACIÓN LEGAL

El Título 7 del Libro Segundo está dedicado a la regulación legal de la Responsabilidad Parental (arts. 638 a 704 CCC).

El nuevo Código reemplaza la tradicional denominación Patria potestad, mantenida por el Código Civil en sus sucesivas modificaciones y en el Proyecto de 1998, por la de Responsabilidad parental. En los Fundamentos del Anteproyecto que sirvió de base a la norma, se justifica la modificación en la necesidad de reflejar por medio de un nuevo lenguaje los cambios producidos en las relaciones entre padres e hijos. Se considera que aquella expresión latina denota la dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica, mientras que la expresión elegida implica el ejercicio de una función en cabeza de los padres destinada primordialmente a satisfacer el interés superior del niño o adolescente. Se destaca el fuerte valor pedagógico y simbólico del lenguaje y que los cambios ya se han producido en el Derecho comparado. La denomi-

nación pretende reflejar una nueva perspectiva en la regulación legal de las relaciones paterno/materno-filiales, pasando del plano del ejercicio de un poder sobre los hijos al cumplimiento de una responsabilidad de los progenitores en acompañar, dirigir y orientar su evolución hasta que ejerzan por sí mismos sus derechos en plenitud, de conformidad con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño. El cambio de denominación del instituto se suma a otras muchas innovaciones terminológicas que habrá que ir incorporando al lenguaje de juristas, jueces y abogados litigantes a fin de evitar imprecisiones y equívocos.

Creemos que las normas incorporadas por el Código en esta materia no constituyen una renovación total o cambio paradigmático, sino más bien la concreción en el texto legal codificado de los cambios normativos operados por influencia de los Tratados constitucionales, leyes nacionales y provinciales de protección integral de niños y adolescentes, la doctrina y la jurisprudencia. Por ello, mantendrá plena actualidad la labor de juristas y magistrados, fundamentalmente los aportes de los últimos veinte años, a partir de la reforma constitucional de 1994.

También cabe aclarar que en el lenguaje del Código se utiliza el término progenitores para designar a todos aquellos que son padres o madres, cualquiera sea la fuente de la filiación –naturaleza, técnicas de reproducción humana asistida o adopción-.

CONCEPTO.

El artículo 638 mantiene la estructura conceptual que el art. 264 CC dio a la Patria Potestad tras la reforma de la Ley 23.264. Así, define a la Responsabilidad parental como

un conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral, mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. El concepto refuerza la preexistencia de la función parental con respecto a la ley, y a las finalidades que orientan dicho conjunto de deberes y derechos le adiciona el desarrollo del hijo, que ya quedaba comprendido en las menciones a su «protección y formación integral» que contenía el texto del Código Civil derogado

Hay una omisión significativa, pues no se define el momento a partir del cual corresponde la responsabilidad de los progenitores con respecto a sus hijos. Esta indefinición guardaba coherencia con el texto originario del art. 19 del Anteproyecto de Código referido al comienzo de la existencia de la persona humana. En efecto, la norma proyectada no reconocía el estatus de persona al embrión generado a partir de técnicas de reproducción extracorpóreas mientras no fuera implantado en el cuerpo de una mujer. El art. 19 fue objeto de modificación durante el trámite parlamentario, y el texto aprobado reza «La existencia de la persona humana comienza con la concepción». En consecuencia, podemos definir sin ningún lugar a dudas que la Responsabilidad parental comienza con la concepción del hijo, dentro o fuera del seno materno.

LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Se enuncian tres principios rectores del instituto de la Responsabilidad parental.

La Responsabilidad parental se concibe como una función y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos. En ese contexto, los principios funcionan como límites en el actuar de aquellos. Así, toda decisión que involucre directa o indirectamente a los hijos deberá ajustarse a su interés superior y permitir su participación si sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo lo justifican.

Los principios enunciados no son nuevos dentro de nuestro sistema legal vigente con anterioridad, pero es importante que se hayan explicitado en un artículo –el 639– para dar coherencia al sistema y evitar dudas o interpretaciones equívocas sobre las atribuciones de los progenitores. Estos principios refuerzan la fisonomía de un nuevo régimen donde ambos extremos de la relación son sujetos actuantes, pues las decisiones que se tomen deben ser resultado del obrar de los progenitores y de la participación activa del niño o adolescente.

Creemos que debió incluirse como principio del instituto la Igualdad de los progenitores. Se trata de un

principio reiteradamente proclamado por los tratados constitucionales, como la Convención sobre los Derechos del Niño que lo enuncia en su artículo 18.1: «Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño». Por eso, aunque no esté expresamente mencionado, mantiene vigencia y actualidad

Los Principios generales que enuncia el art. 639 son los siguientes:

A) Interés superior del niño.- La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849 de 1990 y con jerarquía constitucional a partir de la reforma al art. 75 inc. 22 CN en 1994, consagra este principio en su artículo 3.1: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño». En el Derecho de fuente interna, la ley 26.061 de Protección Integral de niñas, niños y adolescentes, art. 3, explicita los amplios alcances de este principio. Dispone que: «A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse».

La última norma transcripta evidencia que el principio del Interés superior del niño tenía plena vigencia en nuestro ordenamiento aún antes de la incorporación al texto del Código unificado.

Como principio rector de la Responsabilidad parental, orienta a los progenitores en el cumplimiento de sus deberes y el ejercicio de sus derechos; al Estado en el dictado e implementación de políticas públicas de fortalecimiento

y asistencia a los progenitores (arts. 4 y 7 ley 26.061); y a los magistrados a la hora de juzgar cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental, atribución del cuidado personal, delegación de la guarda y demás cuestiones personales y patrimoniales que comprometan a niños y adolescentes.

B) Autonomía progresiva del hijo.- La Convención sobre los Derechos del Niño recoge este principio en su artículo 5: «Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención».

Para una cabal interpretación de lo que representa la autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos que corresponden a niños y adolescentes, las normas del Título sobre Responsabilidad parental deben complementarse con las del Libro Primero referido a las personas menores de edad. En efecto, de la lectura armónica de todas ellas surge claramente que en el régimen del Código unificado han desaparecido las líneas demarcatorias rígidas entre personas capaces e incapaces de ejercicio de sus derechos. Con esta nueva perspectiva, los niños y los adolescentes, aunque no son plenamente capaces de ejercicio, deben ser orientados y dirigidos por sus progenitores para el ejercicio y efectividad de sus derechos (art. 648 inc. d) a medida que crecen y ganan autonomía.

Aunque el principio de autonomía progresiva no permite dar respuestas rígidas con respecto a los ámbitos en que dicha aptitud se amplía o se restringe, con fines didácticos nos permitimos indicar tres categorías de actos donde se evidencian diferencias en el reconocimiento legal de la autonomía de los niños o adolescentes:

-Actos que pueden realizar todos los adolescentes, es decir, aquellos que han cumplido trece años (art. 25 2º párrafo): algunos ejemplos se pueden encontrar en los arts. 644 aplicable a progenitores adolescentes, art. 645 in fine que requiere el consentimiento del adolescente para ciertos actos de sus progenitores, art. 680 sobre su aptitud para reconocer hijos o estar en juicio criminal, entre otros.

-Actos que pueden realizar los adolescentes a partir de los dieciséis años: como el art. 682 referido a los contratos por servicios, el art. 26 último párrafo que lo considera como adulto a los fines de tomar decisiones sobre su propio cuerpo, entre otros.

-Actos que pueden realizar los que tengan edad y grado de madurez suficiente: la categoría no se determina por parámetros de edad sino por la aptitud psicofísica de cada niño o adolescente evaluada en particular. Encontramos algunos casos en el art. 679 relativo a la promoción de juicio contra sus progenitores, y el art. 690, sobre el derecho a ser informado por sus progenitores acerca de los contratos celebrados con terceros, entre otros.

c) Derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. Es un derecho de raigambre constitucional por estar reconocido en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo texto es el siguiente: «1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.»

La ley de Protección integral N° 26.061 lo reconoce ampliamente para todas las niñas, niños y adolescentes que se encuentran dentro del territorio de la República, en su art. 3 B) transcripto en el apartado anterior. Lo reitera como garantía mínima e inviolable en todos los procedimientos judiciales y administrativos en que el niño o adolescente tenga participación (art. 27 incisos A y B). Normas similares aparecen en las leyes provinciales de Protección integral.

En el ámbito de la Responsabilidad parental, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta encuentra su formulación genérica como Principio, y manifestaciones específicas en las que el derecho del hijo asume diversa intensidad. Señalamos algunos ejemplos:

-Exigencia de consentimiento del hijo para ciertos actos, como en los supuestos del art. 645 in fine

-Participación del hijo, como en el caso de elaboración del plan de parentalidad, art. 655 in fine

-Legitimación del hijo para demandar por sí con asistencia letrada, por ejemplo, su derecho a reclamar alimentos previsto en el art. 661 inc. B)

-Derecho a ser informado, como se prevé para el caso de contratos celebrados por sus progenitores con terceros en el art. 690

TITULARIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Como conjunto de derechos y deberes referidos a los hijos desde su concepción hasta su mayoría de edad o emancipación, la responsabilidad parental está en cabeza de los progenitores, cualquiera sea la fuente de la filiación. La titularidad es indelegable e intransferible. Está sujeta a extinción en los supuestos legalmente previstos (art. 699).

EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

El nuevo Código trae innovaciones. Antes de señalarlas, cabe recordar que la Ley 23.264 de 1985 introdujo cambios sustanciales en materia de Patria potestad; en efecto, modificó la patria potestad en su faz dinámica o ejercicio, reconociéndolo en cabeza de ambos progenitores mientras convivan. Adoptó como principio general el régimen de ejercicio conjunto, que reflejó la decisión de que padre y madre, en un pie de igualdad y mancomunadamente, fueran los responsables de la formación integral de sus hijos. Por el valor simbólico de las palabras, el legislador fue especialmente cuidadoso es insistir en la mención de «padre y madre» en la misma posición frente a los deberes y derechos relativos a la persona y bienes de sus hijos. Para salvar las dificultades prácticas del ejercicio compartido, se incorporó una fórmula según la cual se presumía que los actos realizados por uno de los progenitores contaban con el consentimiento del otro; no había actos otorgados por uno de ellos en forma individual ya que en todos los casos concurrían ambas voluntades, una expresa y otra presumida. La fórmula de consentimiento presunto cedía en dos circunstancias: cuando mediare expresa oposición de uno de los progenitores y para el otorgamiento de los actos trascendentes que exigían consentimiento expreso de ambos padres, enumerados taxativamente en el artículo 264 quater CC. En estas dos situaciones de excepción tomaba injerencia de la autoridad jurisdiccional, llamada a dirimir el conflicto o suplir la falta de consentimiento de uno o ambos padres. En los casos de falta de convivencia de los padres matrimoniales o extramatrimoniales, el ejercicio de la patria potestad se asentaba en cabeza del que ejercía la tenencia del hijo, con derecho del otro a mantener una adecuada comunicación y supervisar su educación. La ley 26.618 de 2010, sobre Matrimonio de personas del mismo sexo introdujo reformas de corte terminológico, pues se reemplazaron las menciones a «madre y padre» por el sustantivo «padres».

El art. 641 del nuevo Código establece que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores como regla. Entre los Fundamentos del Anteproyecto se lee que «si los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres por igual, el sistema legal que mejor responde a este principio es el del ejercicio de la responsabilidad parental conjunta, convivan o no los progenitores».

Se deroga la anterior regla de ejercicio unipersonal en caso de no convivencia de los padres, con la intención de romper con los roles estereotipados de progenitor cuidador –el que queda a cargo de la convivencia con el niño- y progenitor proveedor, con una función secundaria o periférica

Según lo dispuesto en los cinco incisos del artículo, corresponde el ejercicio de la responsabilidad:

A) A ambos progenitores: matrimoniales convivan o no, divorciados o ex cónyuges de un matrimonio anulado; y extramatrimoniales con doble vínculo filial no determinado por sentencia judicial, estén en unión convivencial, simple convivencia o no convivan (incs. A y B 1RA. parte).

B) Al único progenitor en condiciones –fácticas o jurídicas- de ejercerla: en caso de muerte, declaración de ausencia con presunción de fallecimiento, privación o suspensión de la responsabilidad parental, o cuando la paternidad/maternidad del otro fue establecida por sentencia (inc. C, D y E)

Como supuestos excepcionales, por acuerdo de ambos progenitores o decisión judicial, en interés del hijo, se puede establecer el ejercicio en cabeza de uno solo de los progenitores no convivientes, o el ejercicio conjunto aunque uno haya sido emplazado por sentencia. En los dos casos la norma señala que es posible establecer «otras modalidades» de ejercicio. Entendemos que esta última opción no puede escapar de las modalidades previstas en las normas concordantes.

La implementación eficiente del sistema de ejercicio conjunto requiere de un mecanismo legal que aligere la exigencia de voluntad expresa de ambos progenitores en todos y cada uno de los casos. Con ese objetivo el art. 641, en los supuestos de ejercicio por ambos, mantiene la presunción de conformidad del otro progenitor para los actos otorgados por uno de ellos. Esa presunción tiene dos excepciones: los casos en que medie expresa oposición del no otorgante, y los casos en los que se exige el consentimiento de ambos progenitores.

La expresa oposición es la manifestación de la voluntad de un progenitor contraria al acto que el otro ha realizado o proyecta realizar, que desvirtúa la presunción de consentimiento. Ante las diferencias de criterio son los propios progenitores los llamados a resolverlas en el mejor interés del hijo; pero existiendo entre ellos igualdad en el poder de decisión, la falta de acuerdo facultará a cualquiera de ellos a acudir al juez para que impida o haga cesar el acto con el que está disconforme. El juez podrá, incluso, ordenar la realización de un acto en casos de urgencia

cuando así lo aconseje el interés del niño o adolescente, aún frente a la expresa oposición de uno de los progenitores. Por lo dicho, la actuación del juez tiene en principio una función negativa, al impedir o hacer cesar determinado acto; y eventualmente una función positiva, al ordenar la realización de determinado acto impulsado por uno de los progenitores a pesar de la expresa oposición del otro.

Se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para aquellos casos valorados por el legislador como los más trascendentes para la vida y los bienes del hijo menor de edad: autorización para contraer matrimonio, para salir del país, para estar en juicio, para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas y de seguridad, y para administrar los bienes del hijo. Aquí se pone en funcionamiento el sistema de ejercicio conjunto en su forma más pura, como manifestación activa de sus funciones parentales. Se justifica en el conveniente análisis crítico por parte de ambos progenitores respecto de los actos más importantes en la vida del menor, como un modo de garantizar que esté mejor valorado su beneficio.

Si los desacuerdos en el ejercicio de la responsabilidad parental son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

Consideramos que el sistema de ejercicio compartido de la responsabilidad parental es el que mejor se adecua al natural modo de tomar las decisiones en el seno de una familia, inclusive en los casos en que existe una pareja parental con conviviente, sólo vinculada por su calidad de progenitores de sus hijos. Una pareja –o ex pareja– armónica seguramente resolverá sus diferencias, las personales y las relativas a los hijos, en su propio seno. Cuando esa armonía desaparece, y más aún ante la total ruptura de la pareja como tal, subsiste la pareja parental que conserva todas sus funciones con relación a los hijos, aunque éstas se ejerzan o distribuyan de un modo nuevo. En estas circunstancias, la autoridad jurisdiccional aparece como el poder más apto para resolver el conflicto. La intervención del juez tiene, en consecuencia, carácter supletorio.

CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Bajo esta denominación novedosa para nuestro régimen legal, se resumen el conjunto de deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (art. 648 CCC). En los Fundamentos de la reforma, la Comisión redactora señala que se introduce una diferencia-

ción entre el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal del hijo. Dice que es uno de los derechos y deberes de los progenitores que se derivan del ejercicio de la responsabilidad parental y atañen a la vida cotidiana del hijo. Por ser una terminología que carece aún de arraigo en la doctrina y jurisprudencia nacionales, será necesario perfilar sus alcances siguiendo la significación que le ha asignado el redactor de la norma: cuidado personal es “el término que reemplaza el de ‘tenencia’ criticado mayoritariamente por la doctrina”, señala la Comisión.

A contrario sensu de lo que regula el artículo 649 CCC, los progenitores matrimoniales o extramatrimoniales que conviven entre sí y con el hijo asumen su cuidado personal conjuntamente. El cuidado personal por los padres no convivientes (progenitores matrimoniales separados de hecho, divorciados o cuyo matrimonio ha sido anulado, y progenitores extramatrimoniales que han cesado en su unión convivencial, que han cesado en su simple convivencia o que nunca han convivido) puede asumir dos clases:

a) cuidado personal unilateral, cuando los deberes y facultades referidos a la vida cotidiana del hijo están en cabeza de uno de los progenitores.

b) cuidado personal compartido, cuando los deberes y facultades referidos a la vida cotidiana del hijo están en cabeza de ambos progenitores. El cuidado compartido admite dos modalidades (art. 650 CCC): alternado e indistinto. En los Fundamentos se explica que la modalidad alternada se da cuando el hijo convive un tiempo con cada uno de los progenitores, y la indistinta cuando ambos progenitores realizan las labores según las necesidades del grupo familiar, con independencia del lugar donde el niño reside principalmente. Señala la Comisión redactora que «Este Anteproyecto privilegia el último de los mencionados, por considerar que es el que respeta mejor el derecho constitucional del hijo a “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular” (artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño) reafirmando el principio de “coparentalidad”» El cuidado compartido entraña algunas desventajas o riesgos: la falta de unidad de conducción en el proceso de formación y educación de los hijos, la ausencia de un marco de referencia estable, la mayor exigencia económica para ambos progenitores que deben contar con inmuebles aptos para las necesidades de los hijos. Pero también se destacan sus ventajas: permite mayor continuidad del vínculo con ambos progenitores, favorece la atención de las necesidades cotidianas, permite que ambos progenitores se proyecten social y laboralmente, y reduce los reproches de uno contra el otro.

Según el art. 651 CCC, a pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo. Por nuestra parte, no apreciamos implicancias prácticas en la distinción entre las modalidades de cuidado compartido alternado o indistinto que justifiquen la categorización legal. Si los progenitores no viven juntos, lógico es que compartirán la convivencia con sus hijos de manera alternada. Es posible que el tiempo de convivencia de con cada progenitor se distribuya por períodos equivalentes o que el hijo resida principalmente con uno de ellos y comparta períodos más breves con el otro. El cuidado personal, asociado necesariamente al compartir la cotidianidad con el hijo, está en cabeza de cada uno mientras conviva con el hijo. En cualquier caso el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia, y siempre deberán distribuir equitativamente –y según convivan con él– las labores atinentes al cuidado del hijo. La implementación de las soluciones legales en los casos concretos nos demostrará si hay o no diferencias derivadas de atribuir el cuidado personal compartido bajo una u otra modalidad.

En el esquema del nuevo régimen, que privilegia el cuidado compartido con independencia de la convivencia o no de los progenitores, excepcionalmente se atribuirá el cuidado personal a uno solo de los progenitores. El juez decidirá esta modalidad cuando el superior interés del hijo aconseje que uno de los progenitores sea excluido del cuidado personal, o cuando otras circunstancias fácticas no imputables a los progenitores impidan la convivencia con el hijo (residencia del progenitor en el extranjero o en una ciudad lejana, enfermedad o condición física que le imposibilite compartir la convivencia con el hijo, u otras situaciones similares). Si se decide la atribución del cuidado personal unilateral pero sin afectar el ejercicio de la responsabilidad parental compartido, el que no convive con el hijo conservará sus demás derechos y deberes, especialmente la facultad de oponerse a los actos otorgados por el otro progenitor y la intervención necesaria en los actos que exigen su consentimiento expreso.

Finalmente, destacamos la eliminación de la preferencia materna para atribuir el cuidado personal de los hijos más pequeños. Tal supresión queda sellada por lo previsto en el artículo 656 in fine que prohíbe discriminaciones en razón del sexo de los progenitores.

DERECHO-DEBER DE COMUNICACIÓN CON LOS HIJOS

En el Código unificado se utiliza el término Comunicación tanto para aplicarlo al derecho-deber de los

progenitores con respeto a sus hijos mientras no convivan, como para nombrar el contacto interpersonal entre parientes y otros referentes afectivos del niño o adolescente (arts. 555 y ss). Se destierra del lenguaje legal la expresión Derecho de visitas, tan habitual en la doctrina autoral y en la práctica forense.

A pesar de compartir una misma denominación, el derecho-deber de comunicación con el hijo no conviviente presenta grandes diferencias:

A) En cuanto a la naturaleza: el progenitor que no convive con su hijo menor goza de un derecho a mantener fluida comunicación. Se trata de una atribución propia de su calidad de progenitor, titular de la responsabilidad parental aún cuando no la ejerza, que constituye a la vez un deber respecto de su hijo menor de edad, cuyo cumplimiento puede ser exigido en beneficio del niño o adolescente para favorecer su pleno desarrollo. En definitiva, el derecho que se le reconoce se encuentra estrechamente vinculado con sus deberes como progenitor. Tal contacto es necesario pues su mejor formación depende en gran medida del mantenimiento de las figuras paterna y materna. En cambio el derecho de comunicación reconocido a parientes y referentes afectivos constituye una atribución sustentada en el vínculo familiar o relacional existente. Su ejercicio es legítimo en la medida en que no perjudique física o moralmente al sujeto visitado y puede reclamarse aún frente a la oposición de los sujetos legalmente investidos de las funciones de representación, educación y/o cuidado del niño o adolescente.

B) En cuanto a su contenido: un adecuado contacto entre el progenitor no conviviente y su hijo es el medio indispensable para que aquel cumpla con su función de padre/madre en plenitud; la comunicación constituye una manifestación de su responsabilidad parental y brinda la ocasión para fomentar la relación personal, limitada por la falta de convivencia cotidiana. Ese contacto permite conocer acerca de la salud, educación, progresos y dificultades que el hijo presenta en su desarrollo; el progenitor no conviviente tiene el deber de asumir conductas activas de asistencia espiritual y material, y puede demandarlas del otro progenitor conviviente. En contraste, la comunicación entre parientes y referentes afectivos constituye una facultad más acotada de intervención interpersonal, circunscripta al contacto en sus más variadas formas, con la finalidad de favorecer a ambos involucrados. El pariente o referente afectivo que obtiene el reconocimiento de su derecho de comunicación no goza de facultades de conducción respecto de la vida del niño o adolescente, su persona o sus bienes, ni aún en el supuesto en que se encuentre prestando alimentos en forma voluntaria o judicialmente impuesta.

Información entre progenitores para el ejercicio regular de la responsabilidad parental

La comunicación fluida no sólo debe darse entre cada progenitor y su hijo, sino también entre ambos titulares de la responsabilidad parental. Se trata de una condición esencial para que el ejercicio de todos sus deberes y derechos mantenga regularidad y redunde en beneficio del hijo menor de edad. La intensidad del deber de informar dependerá de la clase y modalidad de cuidado personal. Cuanto menor sea el tiempo de convivencia de uno de los progenitores con su hijo, mayor será la necesidad de mantenerse informado de todo lo acontecido durante la separación.

La implementación en concreto de este deber recíproco de información entre progenitores dependerá de la relación existente entre ellos, y es de esperar que se realice de manera espontánea y habitual. Cuando existe alta conflictividad entre los progenitores, o como herramienta para prevenir contiendas, puede preverse el modo, periodicidad y asuntos que deben incluirse entre aquellos informados por cada uno al otro. Puede ser uno de los contenidos del plan de parentalidad al que nos referimos a continuación.

PLAN DE PARENTALIDAD.

El artículo 655 CCC plasma en una norma legal la facultad ejercida y admitida pacíficamente en la práctica forense para los progenitores que no conviven. Nos referimos a la elaboración de un convenio o acuerdo con el objeto de organizar la convivencia con el hijo, la comunicación con el progenitor no conviviente, que con mayor o menor detalle según las circunstancias de cada caso se presenta para su homologación judicial o se celebra en el ámbito extrajudicial con posibilidad de presentación para homologación posterior.

Estamos convencidos del beneficio que resulta de la celebración de acuerdos entre progenitores no convivientes, tanto para las partes como para sus hijos y el resto de sus familias. Hay una razón de orden axiológico: estamos más cerca de realizar la Justicia en el caso concreto a través de una solución previamente conversada, negociada y consensuada entre las partes con el debido asesoramiento. Y otra razón de orden práctico y coyuntural: favorece la celeridad, en un contexto en el que la morosidad parece ser signo distintivo de las contiendas judiciales.

El artículo 655 CCC interpretado literalmente, refiere a una facultad que los progenitores pueden ejercer. El carácter cambia cuando el Plan de parentalidad se da en el contexto de un proceso de divorcio iniciado por deman-

da conjunta o unilateral. En efecto, la presentación de un Convenio o propuesta de Convenio regulador es obligatoria; los cónyuges carecen de autonomía para evitar su celebración, pues es requisito de admisibilidad de la demanda de divorcio (art. 438 CCC). Además de obligatorio, el Convenio debe ser integral en cuanto a sus contenidos, entre los que se deben incluir previsiones sobre el “ejercicio de la responsabilidad parental y en especial la prestación alimentaria para los hijos” (art. 439 CCC)

Coordinando todas las normas mencionadas, podemos concluir en que la presentación de un Plan de parentalidad es facultativa para los progenitores separados de hecho y aquellos con matrimonio anulado, y para los progenitores extramatrimoniales, pero es obligatoria para los cónyuges en proceso de divorcio.

Acerca del contenido del Plan dicen los Fundamentos de la reforma que «Con fines pedagógicos, se señalan los diversos aspectos que ese plan puede contener». Se trata de una enumeración ejemplificativa de algunos aspectos de la vida cotidiana del hijo que necesariamente se ven afectados cuando sus progenitores no conviven: lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor; responsabilidades que cada uno asume; régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia; régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

La práctica demuestra que los contenidos de los acuerdos son tanto más complejos y detallado cuanto más conflictiva sea la relación entre los progenitores. Es conveniente que los acuerdos sean integrales, que no dejen puntos pendientes que se conviertan en semillas de futuros conflictos, y que estén debidamente coordinados. Si bien algunos contenidos son modificables por su misma naturaleza, es útil que se diseñen para durar un tiempo razonable. Otras virtudes destacables en un buen acuerdo son la claridad y la factibilidad, como garantía de efectividad y para favorecer el control judicial al tiempo de su homologación o cuando se denuncien incumplimientos.

El plan de parentalidad es un conjunto de reglas que los progenitores trazan para la organización de la convivencia con el hijo ante la falta de convivencia entre ellos. El hijo menor de edad es una persona en constante evolución, crece, amplía el campo de sus relaciones familiares y sociales, va adquiriendo mayor autonomía; por eso, las reglas aplicables a su vida cotidiana se deben ir adaptando a los inevitables cambios. Asimismo, la vida de los progenitores es susceptible de cambios que pueden repercutir en la relación con sus hijos.

Hay variaciones que resultan previsibles, como las derivadas del crecimiento del hijo, y otras menos esperables. En cualquier caso, la modificación del plan de parentalidad es una obvia respuesta a los cambios. Las adaptaciones se harán de modo espontáneo y paulatino en la medida en que exista mayor comunicación y colaboración entre los progenitores; en caso contrario, la modificación puede llegar a ser materia dirimida judicialmente.

Los principios de autonomía progresiva y de respeto al derecho del hijo a ser oído y expresar su opinión, no sólo son pautas para el juez o el legislador. Son fundamentalmente principios que deben guiar el ejercicio de la responsabilidad parental. En tal sentido, en la determinación de las reglas de organización de la vida cotidiana del niño o adolescente éste no puede ser un mero receptor. Su participación deberá ser la adecuada a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo, según términos del art. 646 inc.c).

Desmembramiento del ejercicio de la Responsabilidad parental

El nuevo Código incorpora tres figuras derivadas de la responsabilidad parental. Se trata de supuestos en los cuales operan modificaciones sustanciales que justifican hablar de verdaderos desmembramientos del ejercicio de las funciones de los progenitores: la guarda otorgada por el juez a un tercero (art. 657 CCC), la delegación del ejercicio a un pariente (art. 643 CCC) y la delegación al progenitor afín (art. 674 CCC).

A) Guarda otorgada por el juez: La figura de la Guarda judicial antes de la vigencia del Código unificado careció de reconocimiento legal. Pese a ello, fue frecuentemente utilizada para dar marco jurídico a variadas situaciones de convivencia regular de niños o adolescentes con quienes no son sus progenitores o tutores. Se la consideró como una institución alternativa de protección, reconocida en cabeza de quien cumple funciones de cuidado, asistencia y educación del menor de edad, sin perjuicio de los derechos y deberes de sus representantes legales, salvo cuando el juez lo autorizase expresamente para representar al menor para determinados actos. La indefinición legal de los deberes y responsabilidades del guardador era una debilidad de esta figura pretoriana, que resaltaba su naturaleza provisional. Considerábamos que no era positivo que un niño o adolescente permaneciera indefinidamente al cuidado de quien no podía ejercer su representación legal ni tomar decisiones acerca de su persona, salvo las que hacían a la vida cotidiana; mantenerlo bajo el cuidado del guardador implicaba judicializar muchos aspectos de su

vida. La guarda judicial cubría una necesidad jurídica real: dar marco legal y oponibilidad frente a terceros a la función que desempeñaba la persona que se encontraba a cargo de un niño o adolescente, sin pretensión de demandar su adopción o su tutela.

La nueva figura legal recoge toda la tradición doctrinaria y jurisprudencial en la materia. Podemos definirla como la atribución excepcional y temporal del cuidado personal de un niño o adolescente a un pariente, cuando circunstancias graves no permiten que esté en cabeza de sus progenitores. Se definen las funciones del guardador con claros alcances: tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana. El o los progenitores conservan los derechos y responsabilidades emergentes de la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental. Por coordinación con lo dispuesto en el Libro Primero, Capítulo 10, Sección 2° referido a la Tutela, art. 104 segundo párrafo, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en este caso el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial. La guarda es eminentemente provisional. La atribución judicial del cuidado personal se otorga por un plazo limitado de un año, prorrogable hasta dos años en total por razones fundadas. Mediante esta limitación en el tiempo se pretende evitar que estas situaciones excepcionales se conviertan en definitivas, por eso se prevé que al finalizar el plazo debe resolverse judicialmente la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código: la tutela, la adopción o el restablecimiento del cuidado personal en cabeza de los progenitores. Las situaciones de especial gravedad que habilitan la guarda judicial deben ser igualmente temporales, pues de lo contrario no corresponde este desmembramiento de las funciones de cuidado personal hacia un pariente sino la decisión inmediata y de fondo sobre la situación jurídica del niño o adolescente.

B) Delegación del ejercicio a un pariente: esta nueva figura, junto con la delegación en cabeza del llamado “progenitor afín”, ponen en crisis el carácter indisponible e inalienable de los derechos y deberes de los progenitores con relación a los hijos, y por ello son figuras polémicas. Vienen a determinar que el ejercicio de estos derechos puede delegarse cuando el interés superior del niño o adolescente lo aconseje; reconocen a los progenitores un ámbito de autonomía inédito en nuestra legislación, aunque presente en la práctica forense. Pero el Código somete la decisión

de los progenitores y del tercero a homologación judicial, por lo que no se trata de una atribución de libre ejercicio sino condicionada a la apreciación jurisdiccional.

La delegación a favor de un pariente procede como medida excepcional, por razones debidamente justificadas, y por un plazo máximo de un año prorrogable por un plazo igual por decisión judicial fundada. Está prevista como un convenio celebrado entre los progenitores que ejercen de la responsabilidad parental y el pariente. El hijo no es parte del convenio pero debe ser necesariamente escuchado para su homologación judicial. Si se solicita una prórroga, también deben participar todas las partes involucradas.

La delegación se limita a las funciones propias del cuidado personal del hijo. Esta posición se ve reforzada por el texto del artículo: los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades. Si el juez lo considera conveniente en el caso, puede designar al delegado como representante legal del niño, niña o adolescente en cuestiones de carácter patrimonial (art. 104 CCC)

c) Delegación al progenitor afín: Progenitor afín es la denominación legal dada al cónyuge o conviviente del progenitor a cargo del cuidado personal del niño o adolescente (art. 672 CCC)

La delegación de la responsabilidad parental en cabeza del progenitor afín requiere un acuerdo bilateral con homologación judicial, o multilateral privado si media conformidad del progenitor no conviviente con el hijo. En cualquier caso, debe ser expreso, y sólo será válido si confluyen las situaciones excepcionales que prevé la norma. Puede recurrirse a esta figura sólo si el progenitor no se encuentra en condiciones de cumplir la función parental en forma plena, sumado a la imposibilidad del otro progenitor o que sea inconveniente que éste asuma el ejercicio.

A diferencia de la delegación en cabeza de un pariente, esta figura exige homologación judicial sólo si no media acuerdo del otro progenitor expresado en forma fehaciente. Consideramos que la solución no se ajusta a la situación que supone la norma, pues si el otro progenitor se encuentra imposibilitado o no es conveniente que se haga cargo del ejercicio de la responsabilidad parental, mal puede habilitárselo para consentir una declinación de las funciones que se le imponen en beneficio de su hijo, sin una previa evaluación de las circunstancias en sede judicial. Por ello, y para garantizar la oponibilidad de la delegación frente a terceros, creemos que siempre debe mediar homologación judicial.

El artículo no incluye la participación del hijo en el acuerdo de delegación. Esperamos que esta omisión sea suplida en la práctica, por imperio de los principios que rigen en instituto de la responsabilidad parental. Las funciones del progenitor afín son las mismas que hemos indicado en cabeza del pariente delegado.

PROGENITORES ADOLESCENTES

En consonancia con las categorías presentes en el Código unificado, el art. 644 CCC se refiere al ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores adolescentes, es decir, aquellos entre trece y dieciocho años de edad. La solución de la norma elimina la figura de tutela legal que traía el art. 264 bis CC que, según lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto, presentaba los siguientes inconvenientes: excluía a los progenitores menores de edad de la posibilidad de ejercer su rol de padres, violaba el derecho de los niños a permanecer y vincularse jurídicamente con sus progenitores, creaba una desigualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Se trata de un ejercicio asistido, con ámbitos de mayor autonomía. En efecto,

A) los progenitores adolescentes pueden decidir y realizar por sí mismos los actos necesarios para su cuidado, educación y salud. Cualquiera de los que ejerce la responsabilidad parental respecto de alguno de los progenitores puede oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño, o actuar en defecto del adolescente cuando sea necesario para preservar el adecuado desarrollo del niño.

B) los progenitores adolescentes necesitan el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores, o supletoriamente del juez, para otorgar actos trascendentes para la vida del niño, como consentir para su adopción, autorizar intervenciones quirúrgicas graves, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos.

La intervención de los abuelos o supletoriamente del juez, con los alcances señalados, corresponde siempre que ambos progenitores sean menores de dieciocho años, estén o no emancipados por matrimonio. En los Fundamentos del Anteproyecto se justifica la aplicabilidad a los adolescentes casados diciendo que el acto de celebración del matrimonio poco tiene que ver con la madurez o aptitud para criar un hijo, por eso no puede considerárselos ipso jure hábiles o aptos para asumir tal rol. No estamos de acuerdo con esa apreciación y, en consecuencia, con la solución legal. El o los menores de edad que han contraído matrimonio lo han hecho con dispensa judicial o autorización de sus progenitores. En ambos supuestos, quien estaba a cargo de velar por su mejor interés ha evaluado que el

joven tenía el grado de madurez suficiente para asumir el compromiso matrimonial y todas sus consecuencias entre las que está, previsiblemente, la de tener hijos con su cónyuge. Por ello, opinamos que la responsabilidad parental asistida debió preverse sólo para el caso de progenitores adolescentes extramatrimoniales.

DEBER ALIMENTARIO DE LOS PROGENITORES. EXTENSIÓN

Ambos progenitores comparten el deber de asistir económicamente a sus hijos, a fin de realizar cabalmente sus funciones de crianza, educación y formación integral. No se trata de la asunción de las cargas económicas por partes iguales, sino del aporte de cada progenitor según su condición y fortuna. El deber alimentario de ambos progenitores se mantiene en casos de cuidado personal unilateral, e incluso en cabeza del progenitor sancionado con la privación de la responsabilidad parental. Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención (art. 660 CCC)

La obligación de alimentos en cabeza de ambos progenitores abarca la atención de las necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad. Se trata de los rubros básicos para el desarrollo psicofísico del niño y adolescente.

En virtud de la finalidad de la responsabilidad parental –protección, desarrollo y formación integral del hijo– todos los rubros deben interpretarse con amplitud, en concordancia con las necesidades especiales del beneficiario y las posibilidades económicas de los alimentantes. Las necesidades educativas cobran importancia dentro del régimen del Código, dado que el rubro se incluye entre aquellos que deben satisfacer no sólo los progenitores, sino los demás parientes llamados a cubrir alimentos a favor de menores de edad, como lo establece el art. 541 in fine.

En cuanto a la materialización de la obligación alimentaria, se aclara que será una prestación monetaria o en especie. Se puede optar entre estas modalidades o combinarlas, conforme las circunstancias de cada caso, y en especial atención a quién y en qué medida se hace cargo del cuidado personal del hijo. Las prestaciones monetarias, de cumplimiento periódico, generalmente se determinan como una suma fija, un porcentaje de los ingresos

del alimentante, un monto referido a la satisfacción de determinada necesidad, u otros mecanismos acordes al caso particular. En los alimentos entre pariente, en cambio, la regla será la prestación dineraria, pero a pedido del obligado se puede autorizar el cumplimiento de otra manera por razones justificadas (art. 542 CCC)

El deber alimentario de los progenitores hacia sus hijos se extiende durante toda la vida de éstos, a partir de su concepción, pero la mayoría de edad de los hijos importa una modificación esencial en la fisonomía de ese deber. Podemos distinguir dos supuestos regulados en este Título:

A) Hijo mayor de 18 años y menor de 21: El segundo párrafo del artículo 658 CCC, en fórmula análoga a la del derogado art. 265 CC, consagra la subsistencia del deber alimentario amplio de ambos progenitores hasta que sus hijos alcancen los veintiún años, excepto que el hijo de dieciocho años o más tenga recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Asimismo, el artículo 659 incorpora la obligación de cubrir los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio a favor de todos los hijos hasta los veintiún años. Este rubro en particular es extendido más allá del límite de edad marcado y hasta los veinticinco años, si el hijo prosigue estudios o preparación profesional en arte u oficio que le impida proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente, como veremos en el apartado que sigue.

Cuando se trata de hijos mayores de dieciocho años y menores de veintiuno que conviven con uno de sus padres, el progenitor conviviente también está legitimado por derecho propio a reclamar la prestación del otro, por ser el sostén económico exclusivo del hijo mayor. Se trata de una solución legal que procura equilibrar la carga económica sobre los hombros de ambos progenitores, sin que ese reparto de responsabilidades quede condicionado a un reclamo promovido por el joven hijo.

El progenitor conviviente podrá iniciar el juicio alimentario, o continuar por derecho propio el juicio promovido en representación del hijo menor, cambiando así de pleno derecho el carácter de su participación en el proceso. La legitimación no se limita al ámbito judicial, ya que el progenitor está investido de la facultad para promover reclamos privados y celebrar acuerdos extrajudiciales.

El art. 662 establece como regla que el progenitor reclamante tiene derecho a la percepción y administración de las cuotas devengadas durante ese período. Su derecho se extenderá más allá de los 21 años del hijo, para el reclamo y eventual ejecución de las cuotas devengadas y no percibidas en aquel lapso. El segundo párrafo del artículo prevé la posibilidad de que se discrimine, dentro de la cuota alimentaria a cargo del otro progenitor, una suma a ser percibida y administrada directamente por el hijo, destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes. Tal determinación discriminada puede resultar del acuerdo de partes (los progenitores y el hijo mayor) o de una resolución judicial a pedido del hijo o de alguno de sus progenitores.

b) Hijo mayor que se capacita: según el art. 663, los progenitores tienen la obligación de proveer recursos para el hijo hasta los 25 años, si la prosecución de estudios o preparación profesional en un arte u oficio le impiden proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente. El supuesto de procedencia es amplio: que el hijo continúe estudios –sean ciclos de educación obligatoria o formación superior- o preparación profesional en arte u oficio, luego de superados los veintiún años; también quedaría comprendido el caso de aquellos que comiencen su formación al llegar a los 21 años. El párrafo final legitima para el reclamo tanto al hijo mayor como al progenitor con el que convive, consagrando en este último caso una excepción extensiva a lo previsto en el artículo anterior.

La carga de la prueba está en cabeza del reclamante. Los extremos a acreditar son: que el hijo estudia o se prepara profesionalmente al tiempo de la demanda; que dicha actividad le imposibilita sostenerse con independencia; y que el progenitor demandado cuenta con recursos suficientes para realizar un aporte económico. No se puede prescindir de este último aspecto, porque resultaría inequitativo exigir a los progenitores un sacrificio más allá de sus posibilidades.

La convivencia con uno de sus progenitores no es requisito de procedencia del reclamo del hijo. Puede requerir alimentos contra cualquiera de ellos o contra ambos, en cuyo caso se establecerá la cuota de conformidad con la capacidad económica de cada uno.

La sentencia que acoge esta pretensión alimentaria puede establecer las condiciones de subsistencia del aporte económico, como por ejemplo la obligación de acreditar periódicamente el avance en los estudios, y un límite temporal acorde a las circunstancias de edad y duración de la capacitación en curso. En cualquier caso, este último no deberá superar los veinticinco años del hijo.

PALABRAS FINALES

Sin ánimo de agotar todos los aspectos relativos a la Responsabilidad parental, hemos querido reseñar algunas de las novedades más relevantes que trae el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Será necesario esperar un tiempo, dejar que las normas «entren en acción», para apreciar las fortalezas y debilidades del régimen.

Para todos aquellos que se están formando como futuros Abogados, esta etapa de cambios es una oportunidad ineludible para profundizar el estudio, incentivar el espíritu crítico y desarrollar las virtudes que se requieren en las mujeres y hombres comprometidos con el Derecho.

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL 2014

SARA
CADOICHE

PROFESORA TITULAR DE LA CATEDRA A
DE REALES (DERECHO CIVIL IV)

UNL | FCJS

Este trabajo fue realizado a pedido del Centro de Estudiantes de esta Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, para ser incorporado al Boletín Jurídico.

El mismo solamente tiene por objeto brindar una escueta guía para los estudiantes que deben abordar la materia con la normativa del nuevo Código Civil y Comercial unificado promulgado en el año 2014, cuya vigencia comenzará el 1° de agosto de 2015.

Esta aclaración es importante para que el alumno que la utilice tenga presente que debe estudiar la materia por los textos actualmente disponibles, aunque no reflejen el nuevo Código, y utilizar esta Guía solamente como su nombre lo indica: como ayuda para advertir algunas de las principales reformas introducidas en la rama de los Derechos Reales según nuestra nueva legislación codificada de fondo.

El nuevo CCC 2014 tiene en total 2.671 artículos, cuando el CC de VÉLEZ SANSFIELD tenía 4.051 artículos

Esta simple comparación inicial puede advertirnos que el nuevo Código – que abarca también las relaciones comerciales de fondo- trata de un modo mucho más breve cada una de las instituciones

Pero ello no significa una menor rigurosidad en la obra, sino que el método seguido responde a un criterio diferente, según el cual las figuras reguladas lo son atendiendo solamente a los aspectos esenciales, dejando de lado gran parte de la casuística, y sin perjuicio de introducir en cambio algunas reglas que aclaran muchas de las discusiones antes existentes en torno a los alcances y efectos de distintas instituciones

Al correr del estudio de la parte especial de los derechos reales se irán viendo- aquí y en estudios más amplios posteriores- cómo muchas de las dudas que provocaban disparidad de criterios, ahora se ven despejadas con normas más claras en varios temas.

MÉTODO SEGUIDO POR EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL 2014

El Código Civil y Comercial unificado tiene un Título Preliminar y 6 Libros, cada uno de éstos divididos en Títulos, los que a su vez están divididos en Capítulos, y algunos de éstos divididos, a su vez, en Secciones.

Dentro del método adoptado, se advierte que en numerosas ocasiones el Código sienta reglas generales (disposiciones generales) sobre una figura o un grupo de figuras, para luego entrar a la regulación específica de las mismas.

Esto sucede en distintos capítulos y secciones. El mismo método es aplicado en la regulación de los derechos reales, lo que iremos viendo.

Por otra parte, el Código introduce el Concepto o la Definición de casi todas las instituciones que regula, a las que ha dado esta designación específica en cada caso.

METODO SEGUIDO POR EL CCC 2014 EN MATERIA DE DERECHOS REALES

No puede abordarse el estudio de los Derechos Reales en este Código dirigiéndonos solamente al Libro Cuarto: «Derechos Reales» (arts.1882 y sig.), ya que los temas que son atinentes a esta materia están regulados también en otros libros y secciones, tales como puede observarse en:

I) -LIBRO 1- TÍTULO 3- CAPÍTULO 1 Y 3: regula sobre los bienes con relación a las personas, los derechos de incidencia colectiva, y la vivienda.

En los arts.225 a 241 se ocupa de los dos primeros temas, y de la vivienda lo hace de los arts.244 a 256.

En la primera parte del capítulo 1 (sección 1) clasifica las cosas en muebles y inmuebles, divisibles e indivisibles, principales y accesorios, consumibles y no consumibles, fungibles o no fungibles y delimita lo que son frutos y productos, clasificando a los primeros.

Es llamativo que no se haya incorporado en esta sección destinada a clasificaciones de las cosas, la de cosas registrables y no registrables. Sin embargo, el mismo código hace distinciones en base a esa clasificación en distintas oportunidades, la que no está incluida en esta Sección.

En la 2ª. Sección del Capítulo 1 se ocupa específicamente del dominio privado y público, enunciaciones y caracteres, y en especial el derecho de aguas.

En la sección 3ª. del mismo Capítulo regula lo que llama «bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva». Son normas que marcan la existencia de límites a los derechos individuales sobre los bienes, que tienen por objeto no afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas. Es lo que llamamos también límites al dominio en protección del medio ambiente.

Remite para la regulación específica de este tipo de límites al derecho administrativo nacional y local.

El Capítulo 3 de este Título 3 sobre bienes, está dedicado a la protección de la vivienda familiar.

Debe tenerse en cuenta que este CCC ha derogado la ley 14.394 (1954), que entre otros temas regulaba- en sus arts. 34 a 50- lo que llamábamos Bien de Familia

Incorporado ahora el instituto dentro del CCC, como lo que algunos llaman «vivienda protegida», habrá que prestar atención a ciertos aspectos que han sido modificados o aclarados, sobre los cuales la doctrina y jurisprudencia no ofrecían coincidencias.

Algunas de estas novedades han sido, por ejemplo: aceptar expresamente la subrogación real (art.248 CCC), incluir como beneficiario al concubino/a, poder constituir como vivienda protegida un inmueble en condominio entre personas que no tengan parentesco entre sí, lo que ha habilitado la constitución por ambos concubinos de la vivienda protegida - hasta antes de ahora prohibido por la ley 14394 y aceptado por alguna jurisprudencia y bajo ciertos requisitos-; ha incluido a los créditos por expensas comunes posteriores a la afectación como vivienda protegida, entre los que pueden provocar la ejecución del inmueble, etc.

II) LIBRO 6 , TÍTULO 1, CAPÍTULOS 1 A 3- Regula disposiciones comunes a los derechos personales y reales, abarcando las normas de prescripción, sus clases , y las causas de suspensión o interrupción, que van de los arts.2532 a 2553.

En cuanto al método seguido en este tema, se asemeja al CC de VÉLEZ SÁRSFIELD- a partir del art. 3947.

El nuevo CCC incluye normas procesales aplicables a la prescripción, establece reglas sobre la aplicación de la ley anterior ó de la nueva según los supuestos (art. 2537), distingue en los casos de suspensión o interrupción de la prescripción los de la intimación fehaciente, mediación ó planteo judicial (art.2541, 2542 y 2546 respectivamente) marcando los requisitos necesarios de un modo más claro que antes, para que se puedan aplicar.

Finalmente, en cuanto a la prescripción adquisitiva en particular, remite a los art. 1897 y sig. donde el CCC trata de los modos de adquirir dominio, y establece las normas especiales sobre los distintos supuestos de prescripción adquisitiva del derecho de dominio.

III) LIBRO 6- TITULO 2. Los privilegios están tratados en los arts. 2573 y sig. Es importante su estudio porque incluye, por ejemplo, en los privilegios especiales- como novedades- a los derivados del d. real de anticresis, a los créditos por las expensas comunes en la propiedad horizontal, etc. Establece también el juego de los distintos privilegios entre sí y la posibilidad expresa de la subrogación real.

El CCC ha mejorado el tratamiento del orden de los privilegios, que en el anterior Código fue siempre un tema de discusiones por falta de suficiente claridad.

IV) LIBRO 6- TÍTULO 4- CAPÍTULOS 1 Y 2, Y SECCIÓN 15 DEL CAPÍTULO 3- Normas de Derecho internacional Privado, a partir de los arts. 2594 y sig. y específicamente a partir del art. 2663

Dispone sobre la calificación de los bienes inmuebles (utiliza el vocablo bien en vez de cosa) la jurisdicción y derecho aplicables, teniendo en cuenta el concepto de domicilio que surge del art. 2613 y cctes.

Se han suplantado las escasas normas del CC anterior especialmente los arts. 10 y 11- por disposiciones detalladas y más amplias en relación a las normas aplicables para "situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales", como lo expresa el art.2594 del CCC

V) LIBRO 3- TÍTULO 4-CAP.1- SECCIÓN 8: Boleto de Compraventa. Está tratado dentro de los derechos personales, y específicamente como contrato

El portador de un boleto de compra venta de inmueble que reúna ciertos requisitos- buena fe, fecha cierta en el documento, y otros recaudos especiales- tiene prioridades ante terceros que hayan trabado medidas cautelares en el inmueble- arts.1170 y 1171-

Podría haberse aprovecharse mejor la ocasión que brindó la sanción de un nuevo código, en el que hay una profusión de conceptos, y despejarse toda duda en relación a la naturaleza jurídica del derecho que ostenta el titular de boleto de compraventa (recuérdese que en el marco del C.anterior, el art.1185 bis ahora derogado dio pie a numerosas posturas doctrinarias y jurisprudenciales acerca de la naturaleza jurídica del derecho del adquirente de inmueble con boleto de compraventa)

Estos son algunos de los temas que requieren especial atención, que seguramente los brindarán trabajos futuros que puedan detenerse en el análisis detallado

Lo que queremos ofrecer en este trabajo, es solamente una guía para abordar los aspectos más importantes para el estudio de los derechos reales según el nuevo CCC, teniendo en cuenta que no están tratados solamente en el desarrollo del libro 4º.

VI) LIBRO 3º, TÍTULO 4, CAPÍTULOS 30 Y 31: Dominio Fiduciario, tratado a continuación del Fideicomiso. En el libro de los Derechos Reales se hace una remisión a esta normativa- arts. 1964-

LIBRO CUARTO: DERECHOS REALES

ALGUNAS REFERENCIAS AL METODO SEGUIDO EN ESTE LIBRO CUARTO

El libro IV está compuesto de 13 Títulos, a su vez divididos en Capítulos y Secciones. Sus normas van de los arts.1882 A 2276.

En este libro es útil tener en cuenta que el Código ha establecido Disposiciones Generales en distintas áreas de su estudio.

Podemos verlo al comienzo de libro 4º, cuando antes del desarrollo de las instituciones en particular, en el Título I sienta los principios comunes a todos los derechos reales (arts. 1882 y sig).

Con igual método continúa en el Título II, de Posesión y Tenencia (disposiciones generales a partir del ar.1908); en el Título III de Dominio (disp. generales art. 1941 y sig.); en el Título IV, cap. 1 de Condominio (disp. generales art. 1983 y sig), en el Título V, Cap. 1 de Propiedad Horizontal (disp. generales art.2037 y sig.); en el Título VIII de derecho real de Usufructo (disp. generales art.2129 y sig.); en el Título XI de Servidumbres (disp. generales art.2162 y sig.); en el Título XII de Derechos reales de Garantía (disp. comunes art.2184 y sig.); en el Título XII- cap. 4, de Prenda (disp. generales art.2219 y sig.); y en las Defensas del Derecho Real (acciones reales), en el Título XIII, cap. 2 (disp. generales arts.2247 y sig.).

En el Título V- Capítulo 10- trata la prehorizontalidad solamente como contrato, desechando así las disposiciones de la ley especial que la regulaba (19724) y en la cual había algunas figuras que creemos que eran de utilidad (registración de los boletos, efectos de esa registración, condiciones y efectos de las hipotecas, etc).

Este Capítulo 10 consta solamente de 3 artículos (Nº 2070 a 2072). Para el estudio del dominio fiduciario, hace una remisión a las normas del Libro 3º, Título 4, capítulos 30 y 31 (que regulan los contratos) y además deroga la ley 24.441 en lo que atañe a este tema (ars.1 a 26 de esa ley).

En el tema de Propiedad Horizontal, ha quedado derogada la ley que la regulaba desde 1948, y sus normas fueron sustituidas por las del Título V del Libro IV de los Derechos Reales (arts.2037 y sig.).

Las acciones de defensa son reguladas conjuntamente en Título XIII- acciones posesorias y acciones reales, antes separadas en su ubicación en el Código anterior- y luego del desarrollo de la posesión y de todos los derechos reales regulados en el Libro IV.

Las acciones reales se ubican luego del tratamiento de todos los derechos reales hecho en este Libro IV, reemplazando así la crítica generalizada por la ubicación de este tema en el c. derogado, que lo hacía luego del derecho de dominio y condominio, y antes del resto, como si estas acciones no estuvieran dirigidas a los titulares de cualquier derecho real.

LEYES DEROGADAS POR EL CCC Y QUE INTERESAN A LOS DERECHOS REALES

Ley de Propiedad Horizontal n° 13512 de 1948. La regulación de este instituto se encuentra ahora dentro del texto del CCC 2014, en sus arts.2037 y sig.

Ley 14394 de 1954. Una de las figuras que abordaba esta ley- Bien de Familia, en sus arts. 36 a 54- ha sido reemplazada por la que ahora se llama vivienda protegida dentro del CCC 2014, arts.244 y sig.

Ley de Prehorizontalidad n° 19724 de 1972. Sustituida por las normas de los arts. 2070 a 2072. del CCC, en un tratamiento reducido y enmarcado en el área de los contratos.

Ley 24441 de 1995, conocida como la ley de financiamiento de la vivienda y la construcción, (derogada en sus arts. 1 a 26-) La parte derogada abarca las disposiciones sobre fideicomiso, que tendremos por sustituidas- en lo que hace al dominio fiduciario- por las normas del Libro 3°, Título 4, capítulo 31 (arts.1701 y sig), y en cuanto al contrato de fideicomiso por las normas del Capítulo 3° del mismo libro y título (arts.1666 y sig).

Ley 25509 de 2001, de Superficie Forestal- Sustituida por el nuevo derecho real de Superficie regulado en el CCC 2014, en sus arts.2114 y sig., comprensivo de ambos tipos de superficie.

NUEVOS DERECHOS REALES EN EL CCC DE 2014

El Código Civil y Comercial unificado ha incorporado nuevas figuras a los derechos reales antes legislados

Iremos haciendo referencia a las mismas teniendo en cuenta el orden de su ubicación en el Libro IV, por lo tanto no significa que la enunciación responda a un orden de importancia o jerarquías.

CONJUNTOS INMOBILIARIOS. TÍTULO VI- CAPÍTULO I- DEL LIBRO IV DEL CCC

El art. 2073 da un concepto sobre lo que será considerado conjunto inmobiliario, y dice: «Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados,

parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales».

El art. 2074 establece cuáles son las características comunes a todos los conjuntos inmobiliarios, y dice:

«Características. Son elementos característicos de estas urbanizaciones, los siguientes: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible.»

Como puede verse, en el grupo genérico de conjuntos inmobiliarios se incluyen los barrios cerrados o privados, los clubes de campo, los parques industriales, los parques náuticos, y todo emprendimiento que pueda incluirse en el tipo legal aquí incorporado.

Por tanto, se trata de un nuevo tipo de derecho real, que antes no estaba legislado como tal. Legislaciones locales, y en forma errática, no solamente lo hacían en forma diversa entre sí, sino que no podían darle la jerarquía de derecho real dado que este es un tema constitucionalmente reservado al derecho de fondo, como lo es este código nacional.

El estatuto legal por el cual deben regirse los conjuntos inmobiliarios son las normas de Propiedad Horizontal establecidas en el mismo CCC (título v), y las específicas que se disponen en este título VI (art.2075).

El análisis de esta figura de conjuntos inmobiliarios, puede verse con mayor detalle en el material entregado previamente al de este trabajo, por el profesor adjunto de la cátedra, Dr. Roberto Dellamónica, al Centro de Estudiantes de Derecho de esta Facultad.

TIEMPO COMPARTIDO- TÍTULO VI- CAPÍTULO 2 DEL CCC

El concepto del tiempo compartido está definido en el art. 2087 CCC, que dispone: «Se considera que existe tiempo compartido si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje,

comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino».

En esta figura se distingue entre el propietario, emprendedor, administrador y comercializador, que son quienes pueden llevar adelante la comercialización y administración de los bienes dados en uso periódico.

Las relaciones entre el adquirente del tiempo compartido y el propietario, emprendedor, comercializador y administrador se rigen por las normas de relación de consumo.

El adquirente del uso compartido adquiere un derecho real, y se le aplican a ese uso las reglas de los derechos reales (art.2101).

La afectación de la cosa para su uso de tiempo compartido- que puede ser mueble o inmueble- solamente puede realizarla el propietario o titular del dominio, mediante las formalidades que correspondan según la naturaleza de la cosa.

El instrumento de afectación debe inscribirse en el Registro de la Propiedad inmueble si esa fuera la naturaleza de la cosa, y en el Registro de Prestadores y Establecimientos afectados a sistemas de Tiempo Compartido (art.2092).

Los efectos de la afectación, así como los deberes y derechos de cada una de las partes intervinientes están detallados en los arts. 2093 a 2097 y 2102 del CCC.

Las deudas por gastos, rubros que las componen y plazos para abonarlas, figuran en un certificado que extiende el administrador, y su falta de pago constituye título ejecutivo, aunque requiere de previa intimación fehaciente por un plazo que se debe establecer en el reglamento de administración (art.2098 CCC).

CEMENTERIOS PRIVADOS- TÍTULO VI- CAPÍTULO 3 DEL CCC

El art. 2103 enuncia el concepto de lo que este Código considera cementerio privado: «Se consideran cementerios privados a los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos».

El inmueble destinado a la finalidad prevista debe ser afectado y así inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, juntamente con el Reglamento de administración y uso.

El contenido necesario de estos Reglamentos está expresado en el art. 2105 del CCC.

Las relaciones entre el propietario y administrador del cementerio privado con los titulares de las parcelas se rigen por las normas de la relación de consumo.

El derecho sobre la parcela se enmarca como «derecho de sepultura», y se rige por las normas de los derechos reales (art.2112).

Los derechos y deberes de las partes intervinientes están detallados en los arts.2106 a 2109, y 2113 del CCC.

El art. 2110 fija la regla general de la inembargabilidad de las parcelas exclusivas destinadas a sepultura, y las excepciones a esa inembargabilidad (créditos por saldo de precio, por saldo de costos de su construcción, expensas por costos de mantenimiento, tasas, impuestos y contribuciones).

SUPERFICIE- TÍTULO VII

La principal innovación que ha traído el CCC en esta figura, es la inclusión del derecho de superficie con respecto a construcciones (realizadas o a realizar)

Hasta entonces, la ley de Superficie Forestal (n° 25509 del año 2001) permitía el derecho de superficie sobre plantaciones o forestaciones existentes, incluyendo el derecho a plantar o forestar

El art. 2114 del CCC extiende la tipicidad del derecho de superficie a las construcciones, como así se lee en su texto:

«El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales».

Se establece un plazo máximo de duración de 70 años si es superficie sobre construcciones, y de 50 años si es sobre plantaciones

El Código distingue cuáles son las normas aplicables al derecho de superficie, remitiendo a las normas sobre limitaciones al uso y goce en el derecho de usufructo, salvo pacto distinto entre las partes (art.2127) y las normas aplicables a la propiedad superficiaria son las de ésta y las del dominio revocable sobre inmuebles, en cuanto fueren compatibles (art.2128)

SITUACIÓN DE LA PROPIEDAD COMUNITARIA INDÍGENA

El Proyecto de este CCC 2014 había previsto la regulación de lo que llamaba Propiedad Comunitaria Indígena, y

que conceptuaba como «el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas» (art. 2028 del Proyecto).

Su tratamiento metodológico era el de un Título especial (el v proyectado) dentro del libro de los Derechos Reales, ubicado luego del condominio y previo a la propiedad horizontal.

Constaba de 9 artículos, y establecía que el titular de esta propiedad era «la comunidad indígena registrada como persona jurídica».

La figura de la Propiedad Comunitaria Indígena finalmente no fue incorporada al cuerpo del CCC, postergándose a futuras legislaciones especiales - como lo fueron también otros temas, tales como el de la responsabilidad del Estado y la protección del embrión no implantado (2ª y 4ª Normas Transitorias de aplicación del CCC).

El art. 18 del CCC expresamente delega para una ley especial «el derecho a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan», en coincidencia con la Primera de las Normas Transitorias de aplicación del CCC, que obran en el texto de su promulgación.

REFERENCIAS SOBRE LOS DERECHOS REALES REGULADOS DENTRO DEL LIBRO IV

Aclaración previa: Dado que este es un trabajo destinado a brindar solamente algunas nociones de las normas innovadoras en el derecho antes vigente en materia de los derechos reales, nos limitaremos a resaltar esos aspectos, dejando que el resto que corresponda a la identificación de las figuras que irán siendo mencionadas, siga siendo estudiado a través de las obras doctrinarias que existen en la actualidad.

Nótese, además, que en este apartado iremos recorriendo casi en forma exclusiva la normativa comprendida en el libro 4º, salvo algunas referencias especiales.

DISPOSICIONES GENERALES: LIBRO IV- TÍTULO 1- CAP. 1- ART.1882 Y SIG.

Al comienzo del libro 4º, el 1º capítulo del Título 1 da el concepto de derecho real, diciendo que «El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código». (art.1882).

Para su estudio puede acudir a cualquier obra de la materia, ya que esta definición está receptando los caracteres esenciales del derecho real, que son señalados por la generalidad de los autores. Es además, una concepción clásica que puede consultarse su fuente principal, de donde fueron abrevando los que siguieron el desarrollo del tema, en la obra de Guillermo Allende, «Panorama de los Derechos Reales» Ed. La Ley, año 1967 y ed. posteriores.

En este Capítulo de los Principios Comunes a los derechos reales, se mantiene el numerus clausus (art.1884) y la figura de la convalidación (art.1885).

En la enumeración de los derechos reales «en este Código» se agregan los nuevos derechos reales incorporados en los inc. D) E) y F) del art. 1887.

Se corrige adecuadamente la enunciación del derecho de servidumbre, eliminando la restricción del CC anterior que decía servidumbre «activa». Agrega en cambio el modo de ejercicio de una servidumbre positiva, en relación al modo en que se tienen por cumplidos los actos posesorios (art.1891).

Quizás lo más importante es que ahora queda claro en la redacción de este CCC que los derechos consignados en el art. 1887, son: A) enumerados (no son taxativos) y B) lo son «en este código», lo que no impide que pueda haber otros no regulados «en este código» sino en otras leyes dictadas por el Congreso de la Nación.

Dos discusiones que ahora quedan sin contenido. Establece cuáles son derechos sobre cosa propia y cuáles sobre cosa ajena (art.1888), e incorpora la clasificación de derechos reales sobre cosas registrables y sobre cosas no registrables.

Recordamos que el nuevo Código, sin embargo, no plasmó esta última clasificación de las cosas cuando trata el tema específico en los arts. 225 a 232.

ADQUISICIÓN, TRANSMISIÓN, EXTINCIÓN Y Oponibilidad DE LOS DERECHOS REALES- LIBRO IV-TÍTULO 1- CAP. 2- ARTS. 1892 A 1907 CCC.

Siguiendo el método propuesto, llamando la atención sobre algunas normas del nuevo Código, es dable marcar:

-Aclara expresamente la necesidad de cumplir con los requisitos de título y modo para la adquisición de derechos reales entre vivos

- Delimita los conceptos de título y de modo (art.1892), y se detiene además en supuestos particulares para identificar título y modo en cada uno de ellos.

-Incorpora normas sobre oponibilidad de los derechos reales abarcando los supuestos de publicidad registral (art.1893)- Este punto ya estaba previsto en la ley especial 17801 de Registro de la Propiedad Inmueble, pero no figuraba- por la época de su puesta en vigencia- en el Código Civil anterior.

-Marca diversos supuestos en que los derechos reales pueden adquirirse «por mero efecto de la ley» (art.1894 y 1895) y consagra la expresa prohibición legal de que los derechos reales puedan ser constituidos ni impuestos por un juez. (art.1896), a salvo alguna disposición legal en contra.

-Regula la prescripción adquisitiva y sus formas de «breve» o «larga», como modo especial de adquisición de derechos reales. Trata ambos tipos de prescripción adquisitiva, tanto sobre cosas muebles como inmuebles, registrables o no, y aclara algunos supuestos que se habían discutido en doctrina y jurisprudencia por la falta de precisión de las normas legales anteriores.

-Es útil que haya delimitado el concepto de buena fe según se trate de cosas registradas o registrables, así como la incorporación expresa de la necesidad de la verificación de la coincidencia de los datos de la cosa con los datos obrantes en el asiento registral, para la calificación de la buena fe del poseedor.

-Ahora admite todo tipo de posesión con tal que sea ostensible y continua (art.1900), como hábil para adquirir el derecho real mediante la prescripción adquisitiva, y en eso hay una modificación importante. En el CC de VÉLEZ SÁRSFIELD la posesión viciosa no es apta para adquirir por prescripción.

-Al clasificar la posesión a los fines de su utilización para adquirir mediante la prescripción adquisitiva, ahora solamente se distingue entre posesión de buena o mala fe. La mala fe- sin aditamentos ni clases- es hábil para adquirir por prescripción adquisitiva. La mala fe viciosa no impide ahora adquirir por prescripción.

-En cuanto a los requisitos de la posesión para adquirir por prescripción solamente exige que sea ostensible (lo que antes se llamaba pública por oposición a clandestina) y continua (tanto en caso de buena como de mala fe).

-Establece que el juicio de prescripción adquisitiva debe ser contencioso (art.1905), aspecto que antes estaba regulado solamente en una ley especial (ley de Catastro, n° 14159, año 1952) ya que el Código no lo exigía.

-El resto de la ley 14159- que no fue derogada-, deberá seguir siendo aplicada en lo que atañe al juicio de usucapión,

ya que el capítulo 2 de este Título I del CCC no legisla sobre los requisitos procedimentales, los que siguen regulados en el art.24 de la ley especial mencionada.

-Establece las reglas sobre el comienzo de la posesión en distintos supuestos – a los fines de su cómputo para la prescripción adquisitiva- y también sobre la retroactividad de la sentencia que hace lugar a la prescripción adquisitiva.

POSESIÓN Y TENENCIA –LIBRO IV- TÍTULO II- CAP.1- ARTS.1908 A 1940 CCC.

El art. 1908 emplaza a la posesión y a la tenencia como «relaciones de poder». En su terminología, es congruente con el art. 1888, que estableció dentro de las disposiciones generales de los derechos reales, que este se trata de un «poder jurídico».

Pero habrá que advertir que los conceptos no son iguales. Las primeras traducen ostentaciones de poder de hecho de un sujeto sobre una o varias cosas, que reciben normativa específica.

Los derechos reales son calificados como poder «jurídico», con un estatuto legal específico, sin que la posesión ni la tenencia estén enumerados como derechos reales «en este código» (art.1887) ni legislados como tales en otro ordenamiento vigente.

Esto se ve clarificado en los arts. 1909 y 1910, cuando dicen (respectivamente) que la posesión y la tenencia son un «poder de hecho» sobre una cosa, comportándose el poseedor «como» titular de un derecho real, y el tenedor como representante del poseedor.

La posesión también es clasificada por el CCC en posesión de buena fe y mala fe, y recepta asimismo la posesión viciosa en su art.1921- En la clasificación sigue el esquema anterior, pero hay más precisión al caracterizar la posesión viciosa en el art. 1921, donde puntualiza claramente los vicios que pueden corresponder según se trate de posesión de las cosas muebles o inmuebles.

A diferencia del Código de V.SÁRSFIELD, el nuevo CCC establece expresamente la presunción de legitimidad de la posesión (art.1916)

Las presunciones de posesión de mala fe están puntualizadas en el art. 1919, incluyendo el supuesto de posesión de ganado, de conformidad con las normas específicas sobre marcas y señales establecidas en la ley 22939

DOMINIO- TÍTULO III- ARTS.1941 Y SIG.

Trae disposiciones generales sobre dominio en el Capítulo 1. Clasifica al dominio en perfecto e imperfecto. El dominio perfecto según este código, es: perpetuo, exclusivo y excluyente. Los arts. 1942 a 1944 tipifican los tres caracteres enunciados. Establece la presunción de que es perfecto.

Define al dominio imperfecto como aquel que está sometido a condición o plazo resolutorio, o si la cosa está gravada con cargas reales (art.1946).

Más adelante (arts.1964 y sig) dice que las clases de dominio imperfecto son: revocable, fiduciario y desmembrado. En esta clasificación no innova respecto al código anterior. Pero lo hace en la metodología utilizada y por supuesto en algunas normas que los regulan:

Al dominio fiduciario lo regula en el Libro III (Título IV, capítulo 31), de los Derechos Personales. Quedaron derogadas al respecto las normas pertinentes de la ley 24441 (arts.1 a 26)

Si el dominio está sujeto a condición resolutoria, ésta no puede exceder el término de 10 años. Si no ocurre la condición en ese plazo, debe considerarse al dominio definitivamente establecido.

Distingue si la revocación del dominio tiene o no efectos retroactivos según sean cosas registrables o no registrables, y según se den las condiciones establecidas para cada caso en el art.1967 del CCC.

Si corresponde el efecto retroactivo con la revocación, el dueño perfecto recibe el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resuelto. No distingue los tipos de actos jurídicos, por lo tanto incluye los de administración y de disposición (a contrario sensu art. 2670 del código anterior).

DOMINIO FIDUCIARIO- REMISIÓN AL LIBRO III-TÍTULO 4- CAP. 30 Y 31-

Metodológicamente, está tratado dentro de los Derechos Personales, a continuación del contrato de fideicomiso.

Para su estudio es necesario el análisis del capítulo 30 del Título 4 del Libro 3 (Derechos Personales) en sus Secciones 1-2-y 3- (ars.1666 a 1689), y del Capítulo 31 del mismo Libro y Título.

Si bien la descripción de la figura del fideicomiso es tratada solamente como un contrato- art.1666-, en el capítulo específico de dominio fiduciario queda claro que éste puede adquirirse por contrato o por testamento.

Continúan integrando la figura del dominio fiduciario los sujetos que ya tuvo en cuenta la ley 24441, y la duración máxima permitida sigue igual (30 años).

Se mantiene la separación de patrimonios, esencial en este instituto- art. 1685 y cctes-.

En general, este dominio puede verse en los textos de estudios anteriores al CCC, y el estudio pormenorizado del mismo en el nuevo CCC- que por su extensión- deberá ser tratado en trabajos específicos, posteriores.

LÍMITES AL DOMINIO- LIBRO IV- TÍTULO 3- CAP. 4-

Es importante lo dispuesto en el art. 1970 en cuanto establece que las normas de este CCC - en materia de límites al dominio- son de aplicación subsidiaria, y por lo tanto lo son en cuanto no esté previsto en las normas administrativas de cada jurisdicción.

El art. 1973 menciona expresamente con el término de inmisiones, a las molestias que ocasionen el humo, calor, etc. por actividades en inmuebles vecinos, que no deben exceder. Hasta aquí similar a lo establecido por el anterior 2618 del código de V.Sársfield- Pero agrega un importante factor a tener en cuenta por el juez que entienda en la causa: incorpora en este art.1973 el "interés general" al resto de los que se reproducen del art. anterior.

El camino de sirga se mantiene en el nuevo código, pero se reduce a una franja de 15 metros (en vez de los 35 m. del art.2639 del código derogado), y se describe con mayor claridad.- art.1974-.

En el tema de luces y vistas en los muros linderos, se disminuye la altura permitida a las luces de 3 m. a 1,80 m., pero tanto en las luces como en las vistas se puede ignorar su altura o su distancia del predio vecino cuando tengan elementos fijos de material no transparente, que impidan la visión (art.1980).

CONDOMINIO- LIBRO IV- TÍTULO IV. ARTS. 1983 Y SIG.

El Cap. 1 de este Título IV establece Disposiciones Generales para el condominio.

El at. 1983 da el concepto legal, en el que se marcan caracteres que son similares a los del código anterior.

Mantiene el sistema del derecho romano, de partes indivisas en cabeza de cada condómino.

Establece expresamente que son aplicables subsidiariamente todas las reglas del derecho de dominio (art.1984).

Establece expresamente que los acreedores particulares de cada condómino pueden ejecutar la cosa sin esperar el resultado de la partición (art.1989); no hace distinciones entre clases de acreedores, lo que zanja la discusión sobre si el acreedor hipotecario de parte indivisa puede o no ejecutar sin esperar el resultado de la partición.(art. 2678 del código anterior).

Todos pueden hacerlo, sin esperar el resultado de la partición, ante el incumplimiento del deudor.

Es interesante la norma del art. 1989 en cuanto define que la renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos. Termina así otra discusión sobre si la renuncia de alguno podía habilitar la adquisición del Estado por el ejercicio de su dominio eminente, o si en cambio acrecía a los demás. La última postura es la que adoptó el CCC.

Entre las normas sobre la administración de la cosa común, ha quedado sin efecto la preferencia que antes tenía el condómino para arrendar la cosa común ofreciendo iguales o mejores condiciones que un extraño (art. 2702 Código anterior).

Si el condómino utilizara la cosa en forma exclusiva, el resto no tiene derecho a exigir indemnización sino a partir de una oposición fehaciente, y será solamente en beneficio de quien expresó su oposición (art.1988).

El condominio puede ser con o sin indivisión forzosa (hasta aquí igual que en el código anterior).

A su vez, clasifica a la indivisión forzosa en temporaria y perdurable.

La primera puede tener su fuente en: A) el contrato entre los condóminos. En ese caso, el plazo máximo permitido es de 10 años (art.2000); B) el caso que la división sea nociva- tanto para el aprovechamiento de la cosa o si mediaren circunstancias graves o perjudiciales a los intereses de todos los condóminos (art.2001). En este último caso la indivisión será establecida judicialmente, por un plazo no superior a 5 años, renovable por una sola vez.

En cualquiera de los supuestos, la indivisión temporaria- y la partición anticipada- sólo tendrá efectos contra terceros mediante la inscripción registral.

La indivisión forzosa perdurable está regulada a partir del art.2004.

Comprende el condominio sobre accesorios indispensables al uso común de dos o más inmuebles (art.2004), y

en especial el condominio sobre muros, cercos, fosos, y árboles (art.2004 a 2036).

Es muy valioso que en el condominio de muros, cercos y fosos (Sección 2 del Capítulo 5) el legislador haya puntualizado expresamente los tipos de muros desde el criterio físico, incluyendo enterrados y de elevación, y haya definido el concepto jurídico de muro medianero o exclusivo (art.2006).

Esto deja aclaradas varias dudas que había en estos temas. Consagra el derecho de quien construye un muro contiguo a cobrar la mitad del terreno, muro y cimientos a su vecino lindero, sin condicionar la exigibilidad del cobro a que el otro vecino utilice la pared (a contrario sensu del art.2728 del código anterior)

El valor computable de la medianería es a la fecha de la mora del obligado al pago (art.2019)

Considera los supuestos en que la construcción haya sido realizada de acuerdo o excediendo los estándares del lugar, y en el segundo caso no genera derecho al pago de la diferencia que eso provoque en el monto a reclamar, salvo en los casos de elevación del muro o enterrado (arts.2015 y 2016).

El plazo de extinción de la acción de cobro de la medianería se computa desde el comienzo de la construcción de cerramiento, y en el caso del muro de elevación o enterrado, desde que esa parte es utilizada por el otro vecino (art.2020).

En el caso de cerramientos rurales, las normas especiales deben verse en los arts.2031 a 2033.

Es interesante la modificación introducida para el caso que un árbol o arbusto ubicado en la zona divisoria de predios rurales resulte perjudicial a alguno de los condóminos, imponiendo no solamente que deba ser arrancado a costa de ambos, sino que- si fuera posible- solamente se corten ramas o raíces, con lo cual puede contribuirse a la mejor preservación de estos recursos naturales y del medio ambiente. (art.2035).

Para la partición del condominio remite a las reglas respectivas en las sucesiones por causa de muerte, en cuanto sean compatibles, con lo cual se mantiene el efecto declarativo de la partición (arts. 1996 y 2403).

PROPIEDAD HORIZONTAL- TÍTULO V- ARTS.2037 Y SIG.

La ley 13512 fue derogada expresamente. Ahora, la propiedad horizontal está regulada en el cuerpo del CCC, en su título V y a partir del art.2037.

El Cap. 1 de este Título V establece Disposiciones Generales (arts.2037 a 2044). Los siguientes capítulos (2 a 9) regulan temas especiales.

El articulado define con claridad al derecho de propiedad horizontal (art.2037), y lo que comprende la unidad funcional de cada uno de los titulares (cada unidad está conformada por la parte privativa y la proporción que le corresponde sobre el total de las partes comunes- art.2039)-.

Ambas constituyen una unidad inescindible. No puede enajenarse, embargarse, etc. una de ellas separada de la otra (art.2045 último párrafo)- En esto, no innova respecto al régimen legal anterior.

Para que se constituya el derecho real de la propiedad horizontal es necesario que previamente se otorgue- por quienes tengan el derecho de dominio o condominio sobre el inmueble- el reglamento de propiedad horizontal, el cual debe inscribirse en el registro de propiedad inmueble. Similar al c. anterior.

El título de cada consorcista queda integrado con 2 instrumentos necesarios: el reglamento de propiedad horizontal y el título de adquisición de la unidad funcional. Si bien antes del CCC era lo que se exigía para acreditar la propiedad horizontal, ahora está expresamente aclarado.

Distingue entre cosas y partes necesariamente comunes y las que no son indispensables como tales.

Las que son necesariamente comunes están enunciadas en el art.2041- Son las cosas que deben formar parte de la propiedad horizontal, tanto para su existencia como para su funcionamiento.

Las que no son necesariamente indispensables están enunciadas en el art. 2042 Son cosas que pueden existir o no en el edificio, pero no hacen a su existencia ni a su funcionamiento.

Las partes propias o privativas están descriptas en el art.2043. El consorcio es el conjunto de los propietarios de las unidades funcionales. Como innovación en este Código, al consorcio se le ha otorgado personalidad jurídica.El representante legal del consorcio es el administrador (art.2065).

El consorcio funciona mediante tres órganos: la asamblea de propietarios, el consejo de administración y el administrador (art.2044).

Entre los deberes de los propietarios de las unidades funcionales, se agrega el de conservar en buen estado su

unidad funcional (art.2046 inc.b). Esto es porque si bien cada propietario goza de amplias facultades materiales y jurídicas con respecto a la misma, también debe conducirse de modo de no poner en riesgo la seguridad, salubridad, etc. del edificio común por la falta de mantenimiento en buen estado de lo que conforma su parte privativa.

Prevé entre las expensas comunes los gastos por las instalaciones necesarias destinadas al acceso de personas con discapacidad. Si bien las ordenanzas municipales de cada lugar ya habían ido estableciendo la obligatoriedad de la adecuación edilicia en este sentido, es interesante que el Código haya incorporado su exigencia a partir de prever los gastos necesarios para mantener esas partes comunes, y su inclusión dentro de las expensas comunes del sistema.

Establece expresamente la responsabilidad de cada consorcista por el pago de las expensas comunes devengadas aún con anterioridad a la adquisición de la unidad funcional (art.2049).

Los poseedores también están obligados al pago de las expensas comunes-art.2050. Contempla la posibilidad de que el reglamento de propiedad horizontal exima del pago parcial de las expensas generadas por servicios o sectores del edificio, a las unidades que no tienen acceso a dichos servicios o sectores (art. 2049 último párrafo). Si bien es una novedad a nivel legislativo con respecto a la normativa anterior (estas situaciones eran planteadas judicialmente, con resultados variados), nótese que podrá ser utilizada solamente cuando ello esté previsto expresamente en el reglamento respectivo del edificio común.

El certificado de deuda por expensas comunes expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios es título ejecutivo (art.2048 último párrafo).

Los arts.2051 a 2055 tratan la realización de obras nuevas en el edificio. Distingue entre las obras nuevas que requieren mayoría y las que requieren unanimidad.

Prevé que cuando se trate de una obra nueva que sea en el interés particular de uno o más consorcistas (no de todos) no solamente hará falta la unanimidad de los consorcistas, sino que además el costo de la obra y el costo de la modificación del reglamento de propiedad- si fuere precedente- deberán ser soportados por el/los beneficiado/s (art.2053)

Modifica expresamente lo que disponía la ley 13512 en el supuesto del gestor de negocios que actúa sin mandato ante la necesidad de reparaciones urgentes. Y dispone que debe serle restituido el gasto que tuvo que realizar, salvo

que el mismo resulte «injustificado» (art.2054) Antes, el gestor solamente podía exigir el reintegro si los gastos habían sido «útiles». (art.8 ley especial derogada).

Asambleas: En este tema el CCC ha introducido algunas modificaciones interesantes, tales como:

-La mayoría absoluta se computa según una doble exigencia: del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto (o sea de su valor) (art.2060 1º párrafo).

-Pueden tomarse decisiones por unanimidad de los consorcistas aunque no lo hagan en asamblea (art.2059 in fine) Es nulo el tratamiento de temas no previstos en la convocatoria previa, salvo que estén todos los propietarios presentes y resuelvan por unanimidad ese tratamiento (art.2059 1º párrafo).

-Para limitar o suprimir derechos acordados a algunas unidades, la mayoría debe integrarse con la conformidad de los propietarios de las unidades afectadas (art.2061).

-Corresponde a las asambleas prestar conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio, que debe hacer el administrador (arts.2058 inc.c y art.2067 inc.g).

-Ante la falta de convocatoria a asamblea por el administrador o el consejo de propietarios, los consorcistas que representen al menos el 10% del total pueden solicitar la convocatoria judicial. La mecánica de esta figura está descrita en el art. 2063.

El consejo de propietarios es facultativo. A diferencia del administrador y las asambleas, no es necesario constituirlo para que funcione el sistema de propiedad horizontal. Varias normas dan esa pauta (art. 2064 en su encabezamiento: «puede», art.2048 último párrafo: «el certificado de deuda....y aprobado por el consejo de propietarios, si éste existe,...»).

Sus atribuciones están enunciadas en el art. 2064. El administrador es órgano esencial del consorcio. Su nombramiento debe formar parte del reglamento de constitución de la propiedad horizontal, pero puede ser removido en la primera asamblea de propietarios, si no es ratificado (art.2066).

Aclara expresamente que el cambio de la persona del administrador no significa modificación del reglamento (lo que ya se afirmaba doctrinariamente, puesto que no es variar el sistema de administración sino solamente la persona de la administración)- art.2066- Esta disposición influye en

la mayoría necesaria para cambiar la persona del administrador, que no necesita dos tercios al no implicar modificación del reglamento (art.2057).

En cualquiera de los casos, la remoción del administrador no necesita expresión de causa.

El administrador es el representante legal del consorcio, tanto para actuar por éste en cuestiones administrativas como judiciales (art.2067)- Antes solamente estaba habilitado para hacerlo en cuestiones administrativas, salvo que el reglamento ampliara sus facultades o el consorcio le otorgara expresamente poder judicial.

En cuanto al seguro que debe contratar el administrador, no debe ser solamente contra incendio (como lo prescribía la ley derogada) sino también para cubrir «responsabilidad civil» y «demás riesgos de práctica» (art.2067 inc.h)- Este último concepto resulta ambiguo, especialmente teniendo en cuenta que lo impone como un deber del administrador.

Subconsorcios: están permitidos, pero frente a terceros responde el consorcio íntegro, sin tener en cuenta los sectores que se formen (art.2068).

Infracciones: el consorcio está legitimado para desalojar a ocupantes no propietarios que incurran en reiteradas infracciones (sea a disposiciones legales, o previstas en el reglamento de administración)- A diferencia del c. derogado, no especifica cuáles serían esas infracciones para poder exigir el desalojo del ocupante no propietario.

USUFRUCTO- TITULO VIII- ARTS 2129 Y SIG.

En lo que conforman las Disposiciones Generales del Capítulo 1, el art.2129 del CCC brinda el concepto de usufructo, innovando- en cuanto a la definición adoptada- en:

A) el usufructo puede constituirse sobre bienes; B) comprende también la facultad de disponer jurídicamente del bien dado en usufructo; c) considera que para determinar si se altera la sustancia debe distinguirse según el objeto sea una cosa o un derecho: en el primer caso implica modificar su materia, forma o destino, en el segundo es menoscabar el derecho dado en usufructo (art.2129)

A diferencia del CC anterior, en este CCC se determina la legitimidad para constituir usufructo estableciendo quiénes pueden hacerlo (art.2131) en vez de decir quiénes no pueden, y en cuanto al objeto dispone sobre qué cosas o derechos se puede constituir en vez de hacerlo por la negativa (art.2130).

Las fuentes de constitución son el contrato oneroso o gratuito y el testamento. Se excluyen la constitución por orden judicial y el usufructo legal

Los arts. 697 y 698, ubicados en el Cap. De Representación, Disposición y Administración de los bienes del hijo menor de edad, han eliminado tácitamente el usufructo legal que tenían los padres sobre los bienes de los hijos menores bajo su patria potestad, según lo admitía el c. anterior.

Ahora, los frutos de los bienes de estos hijos pertenecen a ellos y deben ser administrados según lo dispuesto en este Cap. 8 del Título 7 de responsabilidad parental, del Libro II, que trata de las relaciones de Familia.

Los modos de constitución del derecho de usufructo que describe el art. 2134 coinciden con lo que doctrinariamente se venía admitiendo, simplificando así los supuestos posibles.

El usufructuario puede ser persona física (en tal caso es vitalicio, si no hubiera estipulación por un plazo menor) o persona jurídica (en tal caso, por un plazo máximo de 50 años).

Admite la transmisión «hereditaria» del usufructo en los casos de que se haya establecido a favor de varias personas con derecho de acrecer (art.2140), supuesto que implícitamente considera la transmisión a un heredero por haber sido éste una de las personas previstas en el contrato, si el contrato a su vez admitió el derecho de acrecer.

Aclara la posibilidad de la ejecución del usufructo por acreedores del usufructuario, y establece en tal caso la obligatoriedad del adquirente de constituir garantía a favor del nudo propietario (art.2144).

Igual garantía es obligatoria para el adquirente en caso de transmisión del derecho de usufructo a un tercero (art 2142) Innova en cuanto admite la transmisibilidad del derecho mismo de usufructo, y no solamente de su ejercicio como lo fue hasta ahora.

DERECHO REAL DE USO- TÍTULO IX-

Tratado en los arts.2154 a 2157, innova en algunos aspectos respecto al CC anterior. El contenido de este derecho debe estar determinado en su extensión y límites, en el título que lo constituya como tal. Si no estuvieran en él determinados sus límites y extensión, se considera derecho de usufructo. El derecho de uso no se limita a los frutos necesarios para el usuario y su familia (arts.2948, 2953 y cctes. CC derogado).

El uso puede exceder las necesidades del usuario y de su familia. Si los frutos excedieran esas necesidades, pueden ser

embargados en la medida que las excedan (art.2157). El usuario no puede constituir derechos reales sobre la cosa (art.2156).

Se establece en forma expresa que solamente la persona humana está legitimada para ser titular del derecho de uso (art.2154 in fine)

DERECHO REAL DE HABITACIÓN- TÍTULO X-

Prevista en los arts.2158 a 2161, sigue en general las mismas reglas que en el Código anterior. Determina que la habitación no es ejecutable por los acreedores. Aunque no lo aclara, la habitación puede tener fuente convencional o legal. El caso de habitación legal, en cuanto al método –se repite en esto lo del Código anterior- está regulado en el libro de las Sucesiones por causa de muerte, en el art. 2383 CCC.

El derecho real de Habitación legal (viudal) reconoce varias mejoras en su concepción: El derecho se impone de pleno derecho. Ello significa que no hará falta el reclamo judicial para hacerlo valer. El inmueble no debe estar en condominio al tiempo de la apertura de la sucesión (es un derecho que se puede hacer valer contra los coherederos o legatarios). No se pierde en caso que el supérstite beneficiario se vuelva a casar (art.3753 bis in fine del código anterior). No es requisito que el inmueble reúna los requisitos que debe tener una «vivienda protegida». Basta que el inmueble haya sido sede del último hogar conyugal, no hace falta que sea el único inmueble habitable dentro del haber hereditario.

DERECHO REAL DE SERVIDUMBRE- TÍTULO XI-

El Capítulo 1 de este Título establece Disposiciones Generales desde los arts.2162 a 2172.

Si bien el CCC mantiene las clasificaciones anteriores, entre ellas las servidumbres personales y reales, es importante que al dar el concepto de servidumbre personal se aclara que es a favor de la persona «sin inherencia al inmueble dominante» (art.2165). Lo cual significa que siempre habrá inmueble dominante, a diferencia del código anterior parecía permitir la existencia de servidumbre personal «sin dependencia de la posesión de un inmueble» (art.2972 cód. derogado). Aquella redacción del cód. anterior provocó no pocas discusiones sobre si se admitían servidumbres personales, o si la denominación se refería al usufructo, uso y habitación, etc.

Ahora está claro cuál es el concepto de servidumbre personal. En caso de duda, se presume personal (art.2165 in fine). Se admite en modo similar al código anterior, la clasificación entre servidumbres voluntarias y forzosas, pero con terminología y método más adecuados ya que no reproduce la casuística ni las especificaciones innecesarias,

a partir de los conceptos establecidos en el CCC. No se admiten servidumbres con fuente judicial (art.2119).

Fuentes de constitución: contractual, por disposición de última voluntad ó forzosa.

No hay servidumbres constituidas por destino de padre de familia ni porque revivan, como en el c anterior.

Legitimación para establecer servidumbre: todo titular de un derecho real que recaer sobre inmueble y se ejerza por la posesión (art.2168).

DERECHOS REALES DE GARANTIA- TÍTULO XII

Capítulo I- Disposiciones Comunes: arts. 2184 a 2204

Destinadas a todas las figuras de garantías reales que trae el CCC, que son —en cuanto a sus nombres— las mismas del CC, pero con modificaciones en su régimen. En general, aclara o explicita distintos supuestos que en el CC estaban expuestos en normas separadas unas de otras, o sin la debida claridad

MANTIENE IGUAL QUE ANTES:

- Convencionalidad como única fuente de constitución (art. 2185)
- Accesoriedad con respecto al crédito (art. 2186)
- Especialidad en cuanto al objeto y al crédito arts.2188/89)
- Indivisibilidad- tanto en la regla como en las excepciones del CC derogado (art. 2191)

Algunas observaciones específicas que pueden hacerse a las disposiciones generales:

- Como una disposición general dice que el objeto de los d. reales de garantía: cosas y derechos- Art. 2188.
- Aunque solamente habla de derechos (créditos) en el derecho real de prenda.
- La Hipoteca continúa solamente sobre inmuebles.
- El anticresis puede ser no solamente sobre inmuebles, sino también sobre cosas muebles registrables (arts. 2212 y 2218)
- Facultades del acreedor ante la disminución del valor de la garantía: Modifica al art. 3159 del c anterior: ahora la caducidad del plazo es una de las opciones para ser utilizadas por el acreedor, pero no es acumulativa a alguna de las otras medidas previstas - Art. 2195-
- Mejora el método. Abarca los 2 supuestos de propietario no deudor (el que da su cosa en garantía de una deuda ajena, y el que adquiere la cosa hipoteca pero no se hace cargo de la deuda) y decide cuáles son los efectos en cuanto a su responsabilidad -Art. 2199-
- Nótese que para que el tercero adquirente de la cosa hipotecada quede obligado por el cumplimiento de la deuda garantizada debe haber una manifestación expresa en tal sentido. (distinto al c derogado)
- Ejecución contra el propietario no deudor: no incluye en la intimación previa ni en la defensa la opción del abandono de la cosa, como lo hacían el art. 3163 in fine y sig. del CC derogado- Art. 2200 1º párrafo CCC-

HIPOTECA- TÍTULO XII- CAPÍTULO 2- ARTS. 2205 A 2211

Reiteramos que en el tratamiento de este instituto hacemos referencia solamente a las modificaciones o coincidencias respecto al régimen vigente con anterioridad al CCC.

Concepto adecuado, recoge las críticas que la doctrina formulaba al código anterior (art. 2205).

Legitimación para constituirla (art.2206): Titular de Dominio- Condominio- P.H. y Superficie (ambos clases de derecho de superficie, teniendo presente que se introduce el derecho de superficie sobre construcciones).

Omite a los titulares de derechos de Tiempo Compartido (pese a la disposición genérica del art. 2101- que dice que se le aplican las normas de los derechos reales- y las especiales de los arts. 2091 y 2093 que lo permiten en el tiempo compartido).

En cambio omite correctamente, a los titulares de d. real de sepultura en los cementerios privados, en concordancia con el art. 2104 in fine, y hay sólo una aparente omisión de los titulares de conjuntos inmobiliarios, ya que a éstos les aplica las normas de propiedad horizontal, con las restricciones propias, como lo establece en el art.2075.

Hipoteca de parte indivisa: soluciona 1) la posibilidad de la ejecución de la hipoteca pendiente el condominio, y 2) la necesidad de la participación del acreedor hipotecario en la partición extrajudicial del condominio, para que la partición le resulte oponible al acreedor hipotecario (art. 2207).

Divisibilidad: El supuesto de divisibilidad con fuente legal, antes existente en el caso de prehorizontalidad, ya no existe. Remitimos a lo dicho cuando hablamos de la prehorizontalidad en el nuevo CCC.

Plazo de la Hipoteca: establece como plazo máximo 10 años.«Vencido el plazo, la garantía subsiste en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia» (art. 2189 último párrafo).

Cancelación registral: (art. 2204): No se contempla la cancelación que permite la ley 24441 (que en esta parte continuaría vigente), en cuanto que el deudor puede hacerla – él solo- presentando la totalidad de los cupones correspondientes a los pagarés hipotecarios.

Creemos que debiera haber hecho la salvedad de la posibilidad de otras cancelaciones autorizadas por leyes especiales.

Convenciones para la ejecución: respeta las reconocidas en leyes especiales (ej. ley 24441).

Ademas, en la Hipoteca también se tendrá presente:
Su enumeración es expresa dentro de los d. reales sobre cosa ajena: 1887 inc. M) y 1888.

Título y Modo: 1892/1893: la inscripción registral es para tener efecto contra terceros (oponibilidad) No es inscripción constitutiva, al igual que en el c. derogado.

Naturaleza: Es un derecho accesorio: Art. 1889.

Es uno de los casos de excepción a la regla de que todos los derechos reales se ejercen por la posesión: art.1891.

Los rubros del crédito que están garantizados con la hipoteca: art. 2193 (es común a todos los derechos reales de garantía).

Los Privilegios en relación a la hipoteca, están tratados en:
A) entre los créditos con privilegio especial: art. 2582 inc.E)-
B) sus rubros privilegiados están detallados en el art.2583 y son: el capital, los intereses por los períodos iguales que en el código anterior (inc. B); las costas, también igual (inc.C)
C) los conflictos entre acreedores con privilegios especiales se resuelven como lo marca el 2586 (inc.B) C) y E):

-El crédito del retenedor: prevalece sobre el derecho de garantía si la retención comenzó antes de la constitución de los créditos.

-Los créditos Fiscales, gastos de Construcción, mejora o conservación, Expensas PH: cobran antes si se devengaron con anterioridad a la constitución de la garantía.

- Los créditos con garantía real cobran antes que los créditos laborales, si éstos fueron devengados con posterioridad a la constitución de la garantía.

ANTICRESIS- TÍTULO XII- CAPÍTULO 3-

El art. 2212 enuncia el concepto de anticresis para este código, y la novedad es que se aplica como derecho real de garantía sobre cosas registrables, tanto muebles como inmuebles.

Nuevamente, el código omite mencionar a los titulares de conjuntos inmobiliarios como legitimados para establecer anticresis (art.2213), pero hay que recordar que estos conjuntos son encuadrados dentro de un «derecho de propiedad horizontal especial», se les aplican las disposiciones de la propiedad horizontal con las modificaciones introducidas en el Título VI, Capítulo 1, y por lo tanto el titular de un conjunto inmobiliario puede constituir anticresis.

El CCC establece un plazo máximo para el derecho de anticresis, que es de 10 años si es sobre cosa inmuebles y de 5 si lo es sobre cosa muebles. Salvo, por supuesto, que el otorgante del anticresis tuviera sobre la cosa dada en garantía, un derecho real de duración menor a estos plazos (art.2214).

Finalmente, establece también un plazo máximo de duración de la inscripción registral del derecho de anticresis, en 20 años y 10 años, según sean cosas inmuebles o muebles, respectivamente, obligando en su caso a la renovación de la inscripción (art.2218)

No hay anticresis tácita, no hay norma especial ni de remisión, a diferencia del código anterior (art.3261 último párrafo del cc).

No regula dentro de este Capítulo el derecho de retención del acreedor anticresista, ni priva de privilegio a este acreedor, como lo hizo el cc.

El derecho de retención está legislado en los arts.2587 y sig., y conforme a sus disposiciones, se aplica al derecho real de anticresis.

Mientras en el cc derogado el acreedor anticresista carecía de privilegio, en el nuevo Código tiene privilegio especial, según lo consagra el art. 2582 inc. c).

PRENDA- TÍTULO XII- CAPÍTULO 4

La Sección 1ª de este Capítulo está dedicada a disposiciones generales para esta figura

El derecho real de prenda puede constituirse sobre cosas muebles no registrables o sobre créditos- art. 2219-

Si bien en esto no difiere con el Código anterior, es importante la aclaración de que sean cosas muebles no registrables (clasificación ajena al código de V. SÁRSFIELD, por la época de su sanción), porque así queda claro que hay otro estatuto legal que regula el derecho de prenda sobre cosas muebles registrables, continuando vigente el decreto ley que la regula (15348/46 -texto ordenado por decreto 897/95).

Las Secciones 2 y 3 del Cap. 4 se ocupan de la normativa especial para la prenda de cosas y de créditos, respectivamente.

Es interesante el art.2232, que puntualiza que no se puede constituir prenda sobre créditos que no puedan ser cedidos, tema que antes carecía de consagración legal.

Están previstos especialmente supuestos de créditos cuya exigibilidad dependa de una opción o declaración del constituyente, y de créditos en un contrato con prestaciones recíprocas (arts.2235 y 2236 respectiva), en los que la ley dispone cuáles son las facultades que el acreedor tiene en esos casos.

Ha quedado eliminada la figura de la prenda tácita, regulada en el art. 3218 y ctes .del código anterior.

ACCIONES POSESORIAS Y ACCIONES REALES- TÍTULO XIII

El título XIII del libro IV aborda en conjunto el tratamiento de las acciones de defensa de la posesión y de los derechos reales.

En el Capítulo 1 trata de las acciones de Defensa de la Posesión y de la Tenencia (art.2238 y sig).

El art. 2238 es de una meridiana claridad. Recomendamos su atenta lectura, y señalamos que el método seguido ha despejado dudas y errores con respecto a las clasificaciones de estas acciones.

Adelanta primero y desarrolla después, cómo estas acciones se clasifican según las lesiones sufridas, y la finalidad de cada acción.

En el caso llamado por el CCC en el art. 2240 de «defensa extrajudicial», se diferencia de la norma correlativa del C. anterior (2470) principalmente en dos aspectos: amplía el supuesto para cuando el auxilio de la autoridad policial (no solamente judicial) llegara demasiado tarde, y otorga esta acción inclusive a los llamados servidores de la posesión (caracterizados a su vez en el art.1911 in fine del CCC).

Se determina que el ámbito de la acción de despojo incluye el caso de desapoderamiento causado por una obra que se comienza a hacer (art.2241), y la de turbación incluye el caso de actos que anuncian la inminente realización de una obra (art.2242) Con lo cual queda subsumida en estos supuestos la que antes se designaba como acción de obra nueva (arts. 2498 a 2500 del c derogado).

El resto de las normas de este Capítulo 1 resumen acertadamente la extensa normativa- no siempre clara- del C. derogado, y merecen su estudio detenido.

El Capítulo 2 trata de las Defensas de los Derechos Reales. El capítulo se divide en 5 Secciones: disposiciones generales, acción reivindicatoria, acción negatoria, acción confesoria, y acción de deslinde – art. 2247 y sig.

En la enumeración del art. 2247 – dentro de las disposiciones generales- se nombran cuatro acciones reales, que en realidad reproducen en sus nombres a las del código anterior, pero incluye en esta enumeración a la acción de deslinde, que antes se regulaba por separado, en el apartado del derecho de condominio con indivisión forzosa temporaria, llamado condominio por confusión de límites (art.2746 a 2755 del Código anterior).

También en este grupo de acciones, diremos que la normativa del CCC sigue un desarrollo ordenado y claro para tipificar a cada una de las acciones reales, en cuanto a las lesiones que las habilitan y a la finalidad que persiguen (art.2248 y cctes).

Innova con respecto al alcance de las acciones reales que competen a cada uno de los titulares de derecho de condominio. Admite que el condómino pueda dirigir acción real contra terceros tanto por la totalidad de la cosa como por una parte material de ella y hasta por la parte indivisa que tiene en el condominio (art.2251). Antes solamente se admitía el primero de estos supuestos (art 2679 del código derogado).

Legitima al titular del derecho de hipoteca para el ejercicio de todas las acciones reales- art.2248 in fine.

ACCIÓN REIVINDICATORIA- TÍTULO XIII- CAP.2-SECC.2 (ART. 2252 Y SIG)

Tiene por finalidad «defender la existencia del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que producen el desapoderamiento» (art. 2248 1º párrafo).

Esta Sección 2ª. del Capítulo 2 está atravesada por normas que tienen en cuenta la clasificación de las cosas muebles entre registrables y no registrables.

Esto es nuevo con respecto al método del C. anterior, y trae claridad sobre distintos supuestos armonizando también los previstos en los cuerpos legales especiales, quedando también aquí abarcado su estudio.

Se introdujeron varias normas referidas a las reglas pertinentes para que proceda la reivindicación de cosas muebles registrables.

Las que refieren a reivindicación de automotores, están en los arts.2254 y 2255.

La prueba en la reivindicación de muebles registrables se regula en el art. 2257, donde también se establece la presunción de mala fe en el supuesto del inc. a).

El derecho al reembolso- regulado en el art.2259- distingue entre reivindicación de cosas muebles registrables o no registrables..

Asimismo, el alcance de la acción de reivindicación de cosas muebles, es distinto según se trate de cosas muebles registrables o no registrables.

Si fueren cosas muebles registrables, el resultado de la sentencia de reivindicación obliga- si fue favorable al reclamante- a la rectificación registral. art.2261.

El titular de derecho de hipoteca tiene legitimación activa en caso de desapoderamiento del titular del derecho.

Remitimos y recomendamos la lectura detenida de toda esta Sección, que en lo que refiere a la reivindicación de inmuebles mantiene en lo esencial, y con más claridad, las reglas anteriores al CCC.

ACCIÓN NEGATORIA- TÍTULO XIII- CAP. 2- SECC. 3- (ART.2262 Y 2263)

Tiene por finalidad «defender la libertad del derecho real que se ejerce por la posesión y corresponde ante actos que constituyen una turbación, especialmente dada por la atribución indebida de una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión» (art.2248 2º párrafo).

Abarca tanto a los titulares de derechos reales que se ejercen por la posesión, como al acreedor hipotecario (art.2263 y 2248 último párrafo).

La lesión debe ser solamente turbación, no desapoderamiento. La prueba de la legitimación activa está regulada en el art.2263.

ACCIÓN CONFESORIA- TÍTULO XIII - CAP. 2- SECC. 4- (ART.2264 Y 2265)

Tiene por finalidad “defender la plenitud del derecho real y corresponde ante actos que impiden ejercer una servidumbre u otro derecho inherente a la posesión” art.2248 3º párrafo-.

La prueba de la legitimación activa está regulada en el art.2265. El acreedor hipotecario está legitimado para accionar- arts.2265 y 2248 último párrafo-.

ACCIÓN DE DESLINDE - TÍTULO XIII - CAP. 2-SECC. 5- (ART.2266 Y SIG)

Aclara expresamente que esta acción no corresponde sino cuando haya “incertidumbre acerca del lugar exacto por donde debe pasar la línea divisoria entre inmuebles contiguos”, y no se admite en los supuestos que haya reclamos de propiedad de uno contra el otro, en cuyo caso procede la acción reivindicatoria – art.2266 último párrafo-.

Esta distinción, sobre la que no había discusiones antes del CCC, no había sido materia de una regla expresa, como lo es ahora.

En materia de pruebas, el art.2268 mantiene los lineamientos del Código anterior.

RELACIONES ENTRE LAS ACCIONES POSESORIAS Y REALES- TÍTULO XIII- CAP. 3- (ART. 2269 Y SIG)

En general, se reproducen iguales normas que las que antes trataban este tema, salvo que metodológicamente ha variado, pues en el C anterior estas relaciones eran legisladas dentro de las acciones posesorias (en el Título 3 del Libro 3- arts.2482 a 2486 C derogado).

Además, antes no estaba previsto el supuesto de turbaciones o desapoderamientos recíprocos, cuyas reglas aplicables prevé el nuevo art. 2275.

AMPLIACIONES A LAS ANOTACIONES GENERALES SOBRE MODIFICACIONES EN DERECHOS REALES POR EL CODIGO CIVIL Y COMERCIAL 2014

TÍTULO PRELIMINAR DEL CCC- CAPÍTULO 4

En las normas de los arts. 16 y 17 hay modificaciones sobre el régimen aplicable a las cosas, que se extiende a la energía y a las “fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”.

No habla- como en el art. 2311 del c. derogado- de fuerzas naturales susceptibles de “apropiación”, y en cambio pone el acento en la utilidad que las fuerzas naturales puedan prestar al hombre, entendido claro, como ser humano.

Aquí vemos una repetición del lenguaje inadecuado (hombre en vez de ser humano), pero la ventaja de que toda fuerza natural aprovechable queda abarcada, incluyendo implícitamente fuerzas eólicas, energía solar, etc. sin el aditamento de que sean apropiables.

En el art. 17 se aclara expresamente la naturaleza de los derechos sobre el cuerpo humano, los que no tienen valor comercial, sino afectivo, terapéutico, ...y sólo pueden ser dispuestos por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y conforme también lo dispongan leyes especiales.

Clasificaciones de los Títulos como elemento para la adquisición de derechos reales.

Ha quedado sin efecto la clase de título putativo que traía el c. anterior.

El CCC solamente habla del título justo (art.1902) y de título suficiente (art.1892).

LIBRO III- TÍTULO 4- CAPÍTULO 30- SECCIÓN 2- FIDEICOMISO EN GARANTÍA

La ley 24.441 no mencionaba el fideicomiso en garantía.

Luego de arduas discusiones doctrinarias sobre su aceptación en el d. anterior, ahora el CCC ha receptado expresamente esta figura, que habrá que verla en el art. 1680.

TIEMPO COMPARTIDO

Fue derogada expresamente la anterior ley de tiempo compartido 26.356, quedando ahora regulado el instituto como derecho real en el CCC, y según algunas de las observaciones realizadas ut-supra sobre esta figura.

EN EL DERECHO REAL DE HIPOTECA:

Libro IV- Título 1. Capítulo 1- Ahora se aplica también a la hipoteca el instituto de la convalidación (art.1885) que en el c. anterior le estaba negado expresamente-

El art. 1885 no distingue y abarca a todos los derechos reales en cuanto a la posibilidad de ser convalidados

PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO

Sin perjuicio de mayores observaciones, debe advertirse que el CCC introdujo una reforma en el tema al dar por cumplido el principio de especialidad en cuanto al crédito con tal que se establezca en el contrato el monto máximo que se cubre con la garantía (no requiere indefectiblemente la expresión de la causa de los créditos garantizados, y puede incluso comprender créditos futuros que sean individualizados)

El art. 2189: «...La especialidad queda cumplida con la expresión del monto máximo del gravamen...»

Como una de las consecuencias de este concepto de especialidad en cuanto al crédito, ha quedado admitida la Hipoteca llamada Abierta, que no tenía tratamiento legal especial y provocaba profundas diferencias doctrinarias en cuanto a su aceptación (ve arts.2189 y 1439)

LIBRO IV- TÍTULO XIII-CAPÍTULO 2- SECCIÓN 1º- ACCIONES REALES

Poniendo fin a toda discusión anterior, el art. 2247 sienta la imprescriptibilidad de las acciones reales.

A salvo, desde luego, lo que corresponda en materia de prescripción adquisitiva

**ESPACIO
PARA
TUS
NOTAS**

20
15

Ed. N° 3

PROXÍMA EDICIÓN:
CONTRATOS COMERCIALES

EDI CION

UNL | FCJS

CONSEJEROS DIRECTIVOS FRANJA MORADA

GUILLERMO
FERRERO
/
NATALIA
BALESTRA
&
ANA CLARA
GROSSO

SECRETARIA GENERAL CENTRO DE ESTUDIANTES
DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

PAULA
PIEDRABUENA

ENCARGADOS DE LA EDICIÓN

ESTANISLAO
DIAZ
/
CONSTANZA
MICEO
&
CARIM
HADDAD