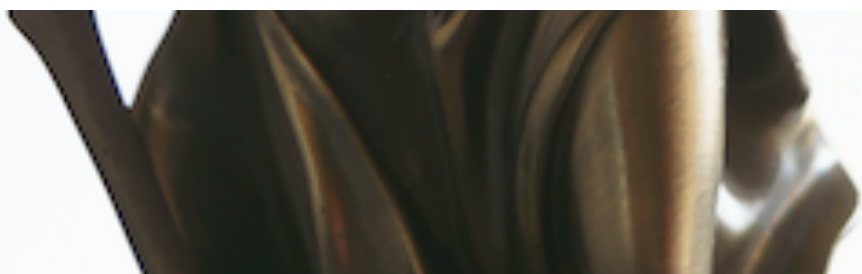




# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

**MAYO 2021 - NÚMERO I**  
**COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN**

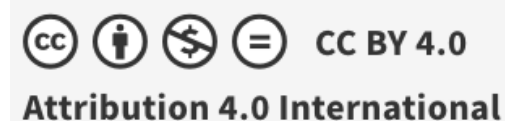




# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

*Revista Jurídica Digital*

© Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual 4.0 Internacional.



## **Directores:**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais

Dr. Martín Darío Benitez

## **Año I - MAYO 2021 - Número I**

**Nota de la Dirección:** Las opiniones vertidas en los artículos firmados y publicaciones son privativas de quienes las emiten. Independientemente de que se toman todos los esfuerzos para corroborar y asegurar la exactitud de la información contenida en sus páginas, no se aceptara la responsabilidad que pudiere derivarse de cualquier error, omisión o inexactitud.

Todas las imágenes insertas son de libre atribución de uso no comercial con licencias Pixabay License.

Se terminó de editar en la 2da. quincena de Abril de 2021, en Ramos Mejía, La Matanza - Provincia de Buenos Aires, República Argentina.



#### **DIRECTORES**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais  
Dr. Martín Darío Benitez

#### **COMITÉ ACADÉMICO**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais  
Dr. Jorge Oscar Rossi  
Dr. Martín Darío Benitez

#### **EDITORES**

Dra. Luciana Fernandez  
Dra. Nora Haydée Tricarico

#### **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Dr. Anyelina Bossini  
Dr. Lucio Palumbo

#### **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais

#### **AUTORIDADES**

#### **COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN**

##### **PRESIDENTE**

Dr. Jorge Omar Frega

##### **VICEPRESIDENTE I**

Dr. Juan A. Navarro González

##### **VICEPRESIDENTE II**

Dr. Rolando Humberto Moretto

##### **SECRETARIO**

Dr. Alberto Anastasio Pachilla

##### **PROSECRETARIO**

Dr. Cristian Macalus

##### **TESORERO**

Dr. Darío Facundo Oliveto

##### **CONSEJEROS TITULARES**

Dra. Laura Rita Arcain, Dr. Juan Antonio Navarro González,  
Dr. Mario Daniel Giménez, Dr. Cristian Macaluse, Dr. Darío  
Facundo Oliveto, Dr. Rolando Moretto, Dr. Alberto Anastasio  
Pachilla, Dra. Mariela Vanesa Perez, Dr. Federico Manuel  
Franco, Dr. Carlos Alberto Ramonda, Dr. Rolando Landolfi





SECCIÓN DOCTRINA

**CIVIL PARTE GENERAL**



*La Iglesia católica como persona jurídica pública. Su implicancia a tenor de los artículos 146 y 147 del Código Civil y Comercial de la Nación.*

*Dr. Jorge Antonio Di Nicco*

9

**CONTRATOS**



*La excesiva onerosidad sobreviniente y la doctrina de la “Fuerza Mayor Social”: Reflexiones en torno a lo Imprevisible y lo Inevitable*

*Dr. Jorge Oscar Rossi*

14

**DERECHOS REALES**



*A un año de las Resoluciones 25/20 y 27/20 del I.G.J. sobre la obligatoriedad de adecuar los Conjuntos Inmobiliarios preexistentes.*

*Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais*

21





**SECCIÓN DOCTRINA**  
- continúa-



*Las facultades del Usufructuario en el ejercicio de su derecho de Usufructo*  
Dr. Martín Darío Benitez 29

**DERECHO DE FAMILIA**



*Embriones criopreservados: ¿tienen derecho a ser adoptados?*  
Dra. Mariela Débora Sema 39

**SECCIÓN MEDIACIÓN Y ARBITRAJE**



*El abordaje colaborativo del conflicto en Mediación.*  
Dra. Nora Haydée Tricarico 50



**Contratapa - Cierre Volumen I** 56







## **A nuestros colegas y lectores:**

*Todo proyecto nuevo debe tener un objetivo que impulsa su realización. A principios de este año, cuando decidimos darle forma a la Revista de Derecho Privado, cuya primera edición tienen en sus manos, nos fijamos como meta acercarle al abogado de la matrícula, y a toda otra persona que tenga interés en la doctrina jurídica, material de lectura con una noción bifronte: por un lado, que accedan a publicaciones que reporten un punto de vista novedoso sobre distintos institutos jurídicos; y por otro, que la propuesta bibliográfica tenga aplicación práctica.*

*Quienes nos conocen a través de las actividades, talleres y jornadas que desarrollamos en el Colegio de Abogados de Morón, saben que tales anhelos son una constante, algo que intentamos plasmar particularmente en el Instituto de Contratos y en el Instituto de Derechos Reales, teniendo en miras acompañar - desde lo profesional y lo académico - a los abogados y las abogadas de la matrícula.*

*Es por ello, que en la presente Revista encontrarán composiciones de prestigiosos autores sobre distintas asignaturas del derecho privado, a fin de que puedan profundizar sobre temas ya conocidos, y a la vez sumergirse en algunas ramas del derecho menos exploradas.*

*En esta primera edición, han hecho su aporte los Dres. Jorge Rossi, Jorge Di Nicco, Nora Tricarico, Mariela Sema y quienes suscriben, abordando tópicos que van desde el derecho canónico hasta la mediación prejudicial obligatoria.*

*Deseando fervientemente que esta gaceta represente un ejemplar que despierte inquietudes y debates de ideas entre ustedes, nuestros colegas y lectores, dejamos formalmente inaugurada la Revista de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Morón.*

**Con el afecto de siempre,  
Ignacio Enrique Ferreira Morais  
Martín Darío Benitez**







**SECCIÓN  
DOCTRINA  
CIVIL  
PARTE GENERAL**



## **La Iglesia católica como persona jurídica pública. Su implicancia a tenor de los artículos 146 y 147 del Código Civil y Comercial de la Nación.**

*por Dr. Jorge Antonio Di Nicco (\*)*

Sumario: I. Introducción.- II. Situación con el derogado Código Civil.- III. Supresión del artículo 2345 del Código Civil en el Código vigente.- III. Situación con el Código Civil y Comercial de la Nación.- IV. Reflexión final.-

### **I. Introducción**

No está de más recordar que la observancia del Derecho Canónico no es una cuestión novedosa en la legislación argentina. Por el artículo primero del Acuerdo del año 1966 entre la República Argentina y la Santa Sede, el Estado Argentino reconoce y garantiza a la Iglesia Católica Apostólica Romana el libre y pleno ejercicio de su poder espiritual, el libre y público ejercicio de su culto, así como de su jurisdicción en el ámbito de su competencia, para la realización de sus fines específicos **(1)**.

Ya en el año 1991 la Corte Suprema de Justicia de la Nación había señalado que tal reconocimiento de jurisdicción implicaba la más plena referencia al ordenamiento jurídico canónico para regir los bienes de la Iglesia destinados a la consecución de sus fines, en armonía con la remisión específica del artículo 2345 del Código Civil argentino **(2)**.

Por este artículo del derogado Código Civil, los templos y las cosas sagradas y religiosas correspondían a las respectivas iglesias o parroquias, y esos bienes podían ser enajenados en conformidad a las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y a las leyes que regían el patronato nacional.

Como es fácil de deducir, la legislación canónica no hacía solamente al gobierno interno de la Iglesia católica. El referido artículo, junto con lo establecido en el Acuerdo de 1966, daban referencia plena al ordenamiento canónico para regular los bienes de la Iglesia católica destinados a la consecución de los fines eclesiales.

Por ende, toda disponibilidad de esos bienes solamente podía decretarse o reconocerse de conformidad con dicho régimen.

La referencia a las disposiciones contenidas en las

normas canónicas efectuada por el artículo 2345 del derogado Código Civil argentino llevaba alusión al texto del Código de Derecho Canónico sancionado en 1983; en cuya normativa se contienen disposiciones precisas acerca de la naturaleza de los bienes temporales de la Iglesia y de su administración y enajenación **(3)**.

Ahora bien, esta era la situación vigente con el anterior Código Civil, ¿con el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se producen cambios sobre el particular?

En este interrogante se centra el presente trabajo. Sin más, analicemos la cuestión.

### **II. Situación con el derogado Código Civil**

La Iglesia Católica era una persona jurídica de carácter público -atento se disponía en el artículo 33 inciso 3º del Código Civil-, pero también todas y cada una de las divisiones territoriales que estableciera gozaban del mismo carácter público de ella (entre otras, las diócesis y las parroquias).

La referencia del artículo 2345 de dicho Código Civil a las iglesias y parroquias importaba el reconocimiento no sólo de la Iglesia Católica Universal, sino de la pluralidad de personas jurídicas diferentes en el seno de la propia Iglesia que tuvieran su personalidad jurídica conforme a las leyes nacionales o eclesiásticas **(4)**.

La propia e independiente personería jurídica de cada parroquia y de la diócesis significaba que los bienes o fondos de una parroquia no respondían por las deudas de la diócesis, ni la diócesis por deudas particulares de la parroquia, y que la personalidad propia de una parroquia no estaba supeditada al previo reconocimiento del Estado Nacional **(5)**.

Ya en el año 1942 se sostuvo que la personalidad jurídica acordada a la Iglesia por el Código Civil se extendía a la Iglesia en su conjunto y a cada iglesia particular o parroquia **(6)**.

Cada parroquia podía ser sujeto procesal, porque tenía personalidad jurídica autónoma y de carácter público diferenciada de la diócesis **(7)**.

Se reconocía, como puede observarse, la pluralidad de patrimonios eclesiásticos; dichos patrimonios, según la jurisprudencia argentina, eran propios y separados.

El citado Acuerdo de 1966 tenía -y tiene-, por el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, jerarquía superior a las leyes. Por ello, arribar a un fallo judicial sin que se aplicara la normativa canónica pertinente revestía



gravedad institucional, ya que un fallo que desconociera el Concordato implicaba un serio incumplimiento del país, generador de responsabilidades y de derivaciones impredecibles en la relación Iglesia-Estado **(8)**.

A raíz de dicho Acuerdo, la legislación canónica, en los aspectos pertinentes, había –y ha- de ser contemplada como derecho vigente por el ordenamiento estatal argentino **(9)**.

### **III. Supresión del artículo 2345 del Código Civil en el Código vigente**

En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se suprimió el citado artículo 2345 del anterior Código Civil.

Se expresó que tal supresión resultaba violatorio del principio jurídico de buena fe que rige el Acuerdo firmado entre la República Argentina y la Santa Sede, ya que avasallaría unilateral y arbitrariamente a un sujeto del Derecho Internacional Público.

De igual forma se expresó que al suprimirse ese artículo los bienes de la Iglesia católica pasarían a estar regulados por el artículo 744 del nuevo Código Civil y Comercial, que simplemente los excluye como garantía común de los acreedores; a lo que se añade que la afectación o desafectación ya no se registraría ni por los cánones de la Iglesia católica ni por el Acuerdo de 1966, como sí lo establecía el artículo 2345.

El citado artículo 744, en su inciso d), dice que quedan excluidos de la garantía común de los acreedores los bienes afectados a cualquier religión reconocida por el Estado.

Se expuso, además, que el codificador estableció en el artículo 2345 una garantía que no se limita al Derecho Civil, puesto que en su redacción también se invoca el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, ya que las leyes del Patronato (el Acuerdo de 1966 es su heredero) y las normativas canónicas que del mismo dependen, forman parte de lo que se podría denominar “bloqueo de constitucionalidad”.

Agregándose que en el citado caso Lastra contra Obispado de Venado Tuerto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmaba un fallo de segunda instancia que sostenía que la sede de un obispado es inembargable, imprescriptible e inalienable, y que toda interferencia jurisdiccional sobre su disponibilidad sólo puede decretarse o reconocerse en la República Argentina de conformidad con el ordenamiento canónico en virtud de sus disposiciones aplicables a las que reenvía el derecho argentino.

En este contexto, se pone de manifiesto que el artículo 2345 del Código Civil ingresa en la órbita del Derecho Constitucional que asigna primacía a los tratados sobre las leyes. Que el artículo 2345 ha sido pacíficamente admitido e interpretado a lo largo de casi ciento cincuenta años, y que no ha dado lugar a ningún conflicto. Que se trata de una norma concordante con el artículo 33 del Código Civil que reconoce a la Iglesia católica la condición de persona jurídica de derecho público. Y que si bien en el nuevo Código Civil y Comercial se mantiene la calidad pública de la personalidad jurídica de la Iglesia, la supresión del reenvío a la legislación canónica la convierte –en la práctica- en persona privada, cuyos estatutos propios son aplicables en la medida en que no afecten el orden público; y que esto implicaría desconocer el carácter originario del ordenamiento jurídico canónico para regir estos bienes, infringiéndose contemporáneamente el principio de buena fe al que alude el artículo sexto del Acuerdo de 1966 que, con el imperio propio del Derecho Internacional Público, establece para los supuestos de discrepancias que las altas partes contratantes buscarán las formas apropiadas para llegar a un entendimiento; y asimismo resolverán amistosamente las eventuales diferencias que pudiesen presentarse en la interpretación y aplicación de las cláusulas de dicho Acuerdo **(10)**.

### **IV. Situación con el Código Civil y Comercial de la Nación**

Ante este panorama, ingresamos al análisis de la situación en la que se encuentra la Iglesia católica frente a la derogación del referido Código Civil.

El artículo primero del vigente Código Civil y Comercial de la Nación dice que los casos que dicho Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

En su artículo 146, inciso c), dice que la Iglesia católica es persona jurídica pública, al igual que decía el artículo 33 inciso 3º del derogado Código Civil. Y en su artículo 147, ley aplicable, establece que las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución.

Por el contenido de este último artículo es claro que la

situación jurídica de la Iglesia católica no sufrió detrimento alguno, sino todo lo contrario. Es más que claro y contundente el reenvío a la legislación canónica.

Mantener en la nueva codificación el texto del referido artículo 2345 hubiese devenido en innecesario. La finalidad de dicha norma está plenamente receptada -e incluso ampliada- en el vigente artículo 147.

En el ordenamiento estatal argentino son personas jurídicas públicas: a) la Iglesia en su dimensión universal y su órgano de gobierno (Sede Apostólica); b) la Iglesia en su dimensión particular (diócesis y demás entidades que realizan la dimensión particular de la Iglesia), los seminarios, las iglesias rectorales con personalidad jurídico-canónica diferenciada y las parroquias; y c) algunas estructuras superdiocesanas (Conferencia episcopal y provincia eclesiástica).

## V. Reflexión final

La legislación canónica, en los aspectos pertinentes, continúa siendo contemplada como derecho vigente por el ordenamiento estatal argentino. Por ende, con el vigente Código Civil y Comercial de la Nación el conocimiento del Derecho Canónico resulta cada vez más imprescindible **(11)**.

Tener presente, en cada caso, la normativa canónica aplicable resulta de fundamental importancia a fin de evitar posibles planteamientos de nulidad de los actos jurídicos realizados, como así también eventuales reclamos de daños y perjuicios.

Como ejemplo ilustrativo de lo dicho, unas breves palabras sobre los bienes temporales de la Iglesia católica.

El Código de Derecho Canónico establece que el dominio de los bienes corresponde, bajo la autoridad suprema del Romano Pontífice, a la persona jurídica que lo haya adquirido legítimamente (*canon 1256*); y que todos los bienes temporales que pertenecen a la Iglesia universal, a la Sede Apostólica o a otras personas jurídicas públicas en la Iglesia son bienes eclesiásticos, y se rigen por los cánones del Libro V del Código de Derecho Canónico, así como por los propios estatutos (*canon 1257 § 1*).

Ahora bien, quedando firme las prescripciones de los estatutos, los administradores realizan inválidamente los actos que sobrepasan los fines y el modo de la administración ordinaria, a no ser que hubieran obtenido previamente autorización escrita del Ordinario. Y a no ser que le haya reportado un provecho, y en la medida del mismo, la persona jurídica no está obligada a responder de los actos realizados inválidamente por los administradores; pero de los actos que éstos realizan ilegítima pero

válidamente, responde la misma persona jurídica, sin perjuicio del derecho de acción o de recurso de la misma contra los administradores que le hubieran causado daños (*canon 1281 §§ 1 y 3*).

Los requisitos que fija el Código de Derecho Canónico para la enajenación (*cánones 1291-1294*), a los cuales también se deben acomodar los estatutos de las personas jurídicas, deben observarse no sólo en la enajenación, sino también en cualquier operación de la que pueda resultar perjudicada la situación patrimonial de la persona jurídica (*canon 1295*).

Y, para finalizar, corresponde a cada Conferencia Episcopal, teniendo en cuenta las circunstancias de los lugares, establecer normas sobre el arrendamiento de bienes de la Iglesia, principalmente sobre la licencia que se ha de obtener de la autoridad eclesiástica competente (*canon 1297*).

Estas, entre otras cuestiones canónicas, no pueden ser ignoradas por los profesionales del derecho. Ya es hora que en la curricula de la carrera de Derecho se incluya a la legislación canónica. Pocos son los Colegios de Abogados que cuentan con un Instituto de Derecho Canónico **(12)**. Todo lo dicho cobra transcendental importancia habida cuenta que, en Argentina, si un acto jurídico sobre un bien eclesiástico es canónicamente nulo, también lo es a nivel estatal.

\*\*\*\*\*

---

(\* *Abogado y doctor en Derecho Canónico. Conferencista y autor de varias publicaciones sobre la temática. Director adjunto del Instituto de Derecho Eclesiástico y Canónico del CAM. Coordinador de la sede San Justo del Tribunal Eclesiástico Interdiocesano de Lomas de Zamora - San Justo - Gregorio de Laferrere.*

### Notas

(1) Conf. *Conventio inter Apostolicam Sedem et Argentinam Rempubicam*, en AAS 59 (1967), 127-1 30. El Acuerdo fue ratificado por la República Argentina el 23 de noviembre de 1966 mediante ley 17.032.

(2) CS, 22-10-91, "Lastra, Juan c. Obispado de Venado Tuerto". Sobre este fallo léase el comentario de USTINOV, H. A. v., "Expectativa satisfecha", ED, 145-493.

(3) USTINOV, H. A. v., "Aspectos del derecho eclesiástico del Estado argentino en torno al patrimonio de las personas jurídicas canónicas", *Anuario Argentino de Derecho Canónico* 9, 2002: 196. La referencia al ordenamiento jurídico canónico conlleva también el reconocimiento de su estructura organizativa.

(4) CNCom., sala E, 30-8-89 "Lemos Jorge c. Obispado de Venado Tuerto", ED, 135-723, LL, 1991-C-363, con nota de FIGUEROA, A. J.; CNCiv., sala C, 8-10-92 "Cloro, Jorge c. Arzobispado de Buenos Aires", LL, 1993-B-220.

(5) CCyC. Azul, sala II, 29-11-05, causa 48.899. Este fallo, a su vez,

efectúa, entre otras, la siguiente cita: CCyC. Mercedes, sala I, 8-2-90, "Manno c. Pesce y ots."

(6) Cám.Civ.2ª de la Capital, 26-3-1942, "Municipalidad de la Capital c. Curia Eclesiástica", Jurisprudencia Argentina 1942-III-911. Spota dice que las respectivas iglesias o parroquias son "sujetos del derecho civil y también de derecho público" (SPOTA, A., "El dominio público eclesiástico", en nota a fallo).

(7) Conf. CFed. San Martín, sala II, 6-7-93, "ANSES c. Parroquia Niño Jesús de Praga s/ ejecución fiscal", con comentario de NAVARRO FLORIA, J. G., "¿Puede una parroquia católica ser demandada en juicio?", ED, 156-109.

(8) S.C.P. N° 9; L. XLVI; 23-4-12; causa 7296/2009.

(9) USTINOV, H. A. v., "Jurisdicción civil y jurisdicción eclesiástica. Consideraciones a partir de un reciente precedente jurisprudencial", ED, 246-589.

(10) CHIESA, P. J. M., "Reforma del Código Civil, Derecho Canónico y unidad del Derecho", SADEC Jornadas Anuales 24 al 26 de octubre 2012, págs. 154-175.

(11) DI NICCO, J. A., "¿Parroquia igual a diócesis? Comentario de un caso judicial inédito", ED, 260-608.

(12) Entre los pocos Colegios que cuentan con este Instituto se encuentra el Colegio de Abogados de Morón.

---





**SECCIÓN  
DOCTRINA  
CONTRATOS**



## La excesiva onerosidad sobreviniente y la doctrina de la “Fuerza Mayor Social”: Reflexiones en torno a lo imprevisible y lo inevitable.

por Dr. Jorge Oscar Di Rossi (\*)

Sumario: I. Introducción.- II. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente.- III. El instituto en el Código derogado y en el CCC.- IV. ¿Las devaluaciones son imprevisibles o son inevitables para el débil estructural? Hacia la adopción del concepto de “fuerza mayor social”.- V. Un ejemplo - Alquiler en dólares y excesiva onerosidad sobreviniente: Si no se puede creer en el Presupuesto Nacional...- VI. Algunas conclusiones generales, a la luz del caso reseñado.-

### I. Introducción

La previsibilidad contractual resulta especialmente problemática en economías inflacionarias y sujetas a históricos vaivenes, como la nuestra.

Por “previsibilidad contractual” nos referimos a la probabilidad de prever la distribución de riesgos y costos en contratos de duración, cuando la misma es prolongada.

Con la expresión “contratos de duración”, nos referimos a aquellos cuyas obligaciones no son de cumplimiento inmediato, es decir, hablamos de contratos con obligaciones de cumplimiento diferido, o de ejecución continuada y/o de cumplimiento periódico.

El Código Civil y Comercial (CCC), se ocupa de los mismos en el art. 1011 agregándole el adjetivo “larga”. Así, busca regular en el citado artículo un aspecto de los “contratos de larga duración” y parece definirlos como aquellos donde *“el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar”*.

Pensamos que, a esos fines, carece de relevancia que la duración sea “larga” o “corta”, además de introducir innecesariamente un término de indudable vaguedad. En efecto, si una persona necesita una bicicleta por una hora y la alquila por ese tiempo, dicho tiempo “es esencial para el cumplimiento del objeto”, porque lo que se buscaba era usar y gozar de la bicicleta por una hora, sea ese tiempo “corto” o “largo”.

Dicho de otra manera, los contratos de “larga duración” no son los únicos donde “el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto”.

En cambio, una nota distintiva de los “contratos de larga duración” es la menor previsibilidad. Podría decirse que, a mayor duración del contrato, menor probabilidad de prever, en el momento de su celebración, las variaciones en el escenario económico que sobrevendrán a lo largo de su extensión. De eso parecen ocuparse los siguientes párrafos del art. 1011 y decimos “parecen” porque, en definitiva, no hacen más que establecer que las partes deben comportarse de buena fe y no ejercer abusivamente sus derechos **(1)**, con lo que bastaban los arts. 9, 10 y 961 CCC, entre otros.

Como veremos, en el tema del que nos ocuparemos, el tiempo de duración del contrato es relevante porque, en principio, es más probable anticipar las condiciones económicas imperantes en los próximos siete días que en los próximos siete años.

Decíamos que la previsibilidad contractual resulta especialmente problemática en economías inflacionarias y sujetas a históricos vaivenes. El “remedio” jurídico para este problema, es la posibilidad de resolver o adecuar el contrato en razón de una excesiva onerosidad sobreviniente producida por acontecimientos extraordinarios y ajenos a las partes.

Sin embargo, paradójicamente, en economías sumamente cambiantes como la nuestra, resulta difícil predicar la “extraordinariedad” de un acontecimiento o, lo que es lo mismo, su carácter de imprevisible.

Inflación, devaluación, recesión, control de cambios, retenciones a las exportaciones, restricciones a las importaciones, suba de tasas bancarias, etc., ¿pueden considerarse acontecimientos “extraordinarios” en la República Argentina? O, mejor dicho, ¿cuándo pueden considerarse como acontecimientos extraordinarios

No se nos escapa la diferencia entre “posibilidad” y “probabilidad”. La previsibilidad está relacionada con la probabilidad, es decir, con la frecuencia con la que se produce un suceso. Cuanto más frecuente, más probable y, por ende, más previsible, más “ordinario”. Cuanto menos frecuente, más improbable y, por ende, más imprevisible, más “extraordinario”

¿Es posible que una persona gane a la lotería? Si, pero es poco probable porque los ganadores de la lotería son una muy pequeña fracción de los que compran los números. ¿Es posible una devaluación en la Argentina? Si, lo es (y podríamos decir lo mismo de cualquier país). Pero la

pregunta que nos desvela es otra: ¿Es probable una devaluación del 1000% del valor del peso, con relación al dólar en la Argentina, en los próximos cinco años? Esa pregunta es más compleja porque lo que en realidad queremos saber, en ese ejemplo, es "cuan probable" es una devaluación en la Argentina del 1000% del valor del peso. ¿Hay un 80% de probabilidades, o un 10% de que eso se produzca?

## **II. Resolución o modificación por excesiva onerosidad sobreviniente**

Recordemos, en primer lugar, que la excesiva onerosidad sobreviniente no estaba contemplada en la versión original del Código Civil, sino que fue incorporada por la reforma de la ley 17.711, al modificarse el artículo 1198.

Es que, para Vélez Sarsfield, el principio capital en la materia era que *"El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos"*, (parte final de la nota al artículo 943 Código Civil)

La reforma de la ley 17.711 incorporó la posibilidad de extinguir y/o modificar el contrato por excesiva onerosidad sobreviniente a nuestro Código Civil, a través de la modificación del artículo 1198.

De esta manera, se adopta en plenitud el antiguo principio *"pacta sunt servanda rebus sic stantibus"* (los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así, es decir, deben cumplirse los contratos mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no cambien).

## **III. El instituto en el Código derogado y en el CCC**

A continuación, vamos a comparar la regulación de este instituto en el Código derogado y en el CCC:

Art. 1.198 del Código Civil: *"Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión."*

*En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva*

*onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato.*

*En los contratos de ejecución continuada la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.*

*No procederá la resolución, si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.*

*La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato."*

Art. 1091 del CCC: *"Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia."*

En los fundamentos del Anteproyecto, solo se expresa que *"En relación a la extinción, modificación y adecuación del contrato se siguen las pautas del Proyecto de 1998, con algunas adaptaciones (2)."*

Sin perjuicio de que el tratamiento es similar en el Código Civil y en el CCC, pueden observarse las siguientes diferencias:

1) Método: En cuanto al método, se ubica el artículo, adecuadamente, dentro del LIBRO TERCERO - DERECHOS PERSONALES, en el Título II (Contratos en general), en un capítulo específico (CAPÍTULO 13), titulado "Extinción, modificación y adecuación del contrato".

2) Denominación: Se le da expresamente a este instituto el nombre de "imprevisión".

3) Supuesto fáctico: Mientras que el artículo 1198 expresa que el supuesto fáctico se configura cuando *"la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles"*, el art. 1091 del CCC declara que este tendrá lugar cuando *"la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada"*.



En realidad, pensamos que simplemente se mejora la redacción al resaltarse, como ya lo venía haciendo la doctrina y jurisprudencia que

a) Debe tratarse de una *“alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración”*, es decir, un cambio imprevisible en las condiciones tenidas en cuenta al momento de contratar.

b) Que sea producida *por causas ajenas* a las partes.

c) También *debe ser ajeno al riesgo asumido por la parte que es afectada*. Al respecto, entendemos que este concepto se encuentra en consonancia con lo dispuesto en el CCC en relación al caso fortuito, en cuanto eximente de responsabilidad.

En efecto, el art. 1733 del CCC, referido a la responsabilidad por caso fortuito, dispone que: *“Aunque ocurra el caso fortuito o la imposibilidad de cumplimiento, el deudor es responsable en los siguientes casos:… ..e) si el caso fortuito y, en su caso, la imposibilidad de cumplimiento que de él resulta, constituyen una contingencia propia del riesgo de la cosa o la actividad;”* (el subrayado es nuestro)

Si bien la redacción no es la mejor, aquí se recalca que para que algo sea considerado caso fortuito, *debe ser un suceso ajeno al riesgo propio de la cosa o la actividad*. Lo mismo ocurre con la excesiva onerosidad sobreviniente. Sin embargo, la expresión *“riesgo asumido por la parte que es afectada”* puede ser objeto de distintas interpretaciones. Por ejemplo:

\* Por *“riesgo asumido por la parte que es afectada”* se puede entender que la parte puede haber renunciado expresamente a invocar la imprevisión por excesiva onerosidad, respecto del probable acaecimiento de un riesgo concreto, como ser una devaluación. Al respecto, entendemos que tal renuncia, siempre que no sea genérica y se refiera, como dijimos, al acaecimiento de un riesgo concreto, es válida, siempre y cuando estemos en el campo de los contratos paritarios. En cambio, tratándose de contratos por adhesión o de consumo, la renuncia del adherente o del consumidor se tendrá por no escrita, a tenor de lo dispuesto en el inc. b del art. 988 CCC (aplicable también a contratos de consumo, por remisión del art. 1117 CCC)

También, y esto nos preocupa mucho más, por *“riesgo asumido por la parte que es afectada”*, se puede entender, en forma amplia, que cada parte asume implícitamente todos los riesgos emergentes de las obligaciones a su cargo. Con este razonamiento, quien se comprometió a pagar un precio en moneda extranjera, asume cualquier variación en el tipo de cambio, sin importar el motivo.

Creemos que esta interpretación termina haciendo inoperante al art. 1091 porque implicaría volver al principio Velezano: *“El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”*.

4) Modo de ejercicio y tipo de pretensión: Por otro lado, queda claro, despejándose dudas que planteaba la anterior redacción, que este remedio puede ejercerse extrajudicialmente o por la vía judicial y, en este último caso, tanto como acción o como excepción y que, en cualquier supuesto, puede solicitarse la extinción del contrato o de alguna de sus partes o *solamente* la modificación (adecuación) del mismo, a las actuales circunstancias.

5) Contratos incluidos: Con detalles de redacción, en ambos textos el instituto está previsto para contratos conmutativos y aleatorios, siempre que contengan obligaciones de ejecución diferida (vgr.: a plazo) o cuya ejecución no sea instantánea (vgr.: obligaciones “de duración”)

6) Legitimación activa: Expresamente se legitima a un tercero para invocar este instituto, cuando *“le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato”*.

#### **IV. ¿Las devaluaciones son imprevisibles o son inevitables para el débil estructural? Hacia la adopción del concepto de “fuerza mayor social”**

De lege ferenda, pensamos que en un país como el nuestro, la resolución o adecuación del contrato por excesiva onerosidad sobreviniente no debe regularse exclusivamente en función de lo “extraordinario” del acontecimiento que altere las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sino de lo “inevitable” de dicho acontecimiento, en forma similar al caso fortuito.

Así como se considera caso fortuito o fuerza mayor “al hecho que no ha podido ser previsto *o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado*” (art. 1730 CCC), la resolución o adecuación del contrato debe proceder cuando “la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria o inevitable de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada”.

Utilizamos el término “inevitable”, en el sentido de “irresistible” y ajeno al actuar de las partes y al riesgo asumido por ellas **(3)**. En última instancia, lo relevante, en nuestra opinión, no es tanto el determinar si nos encontramos ante “circunstancias extraordinarias e

inesperadas", cuanto a si nos hallamos frente a situaciones ajenas a la voluntad de las partes y que producen un importante desequilibrio prestacional.

Al respecto, un trabajo pionero en nuestro país es el de la Dra. Teodora Zamudio, en el artículo «La doctrina de la "social force majeure" y la protección del consumidor», donde estudia este concepto, desarrollado por parte de la doctrina europea, y destaca que «(l)a noción tradicional de "fuerza mayor" está referida...a circunstancias extraordinarias e inesperadas ajenas a las personas o sujetos a los que afecta, generalmente los llamados "hechos del príncipe». En la doctrina de la «social force majeure» el concepto es adoptado *para situaciones ordinarias pero ajenas a la voluntad del deudor (4)* (la cursiva nos pertenece)

Como ejemplo de esas "*situaciones ordinarias pero ajenas a la voluntad del deudor*", Zamudio menciona enfermedades graves, despidos sin causa, divorcios y otras situaciones que afecten la capacidad de pago del deudor. Agregamos, por nuestra parte, otras situaciones que pueden considerarse "extraordinarias" en muchos países, pero que en otros, como es el caso del nuestro, están casi "naturalizadas", tales como una devaluación, "cepos cambiarios", limitaciones a la importación y/o la exportación, abruptas escaladas inflacionarias, etc.

## **V. Un ejemplo - Alquiler en dólares y excesiva onerosidad sobreviniente: Si no se puede creer en el Presupuesto Nacional...**

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial hizo lugar a una medida cautelar innovativa y resolvió a fijar provisionalmente el precio del canon locativo a un tipo de cambio de \$35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018.

El Tribunal consideró que las pautas macroeconómicas que el Poder Ejecutivo Nacional empleó para elaborar los presupuestos de los años 2017 y 2018 consideraban un tipo de cambio que no hacía suponer que a los nueve meses de la firma del contrato, el valor del dólar pasaría de \$18,436 a estar en torno a los \$40.

Así lo resolvió la Sala F, el 9 de abril de 2019, en los autos "*AMERICA T.V. S.A. c/ PRACTIPLUS S.A. s/ ORDINARIO*" (5).

La actora pretendía que, mientras dure el proceso instado en pos de reajustar el contrato de locación de inmueble suscripto entre las partes el día 27/12/2017 (conf. art. 1091 CCC), se establezca provisionalmente su precio en el valor promedio entre el tipo de cambio del dólar estadounidense al momento de celebración del contrato

(\$18,436) y el que publique el BCRA para el día en que se emita la factura por cada canon locativo mensual.

En primera instancia se denegó la cautelar innovativa pretendida **por entender que existía coincidencia entre la cautelar y el objeto del litigio, además de considerar faltos de acreditación -en los términos del art. 195 CPCC- los presupuestos que justificarían la aplicación del art. 1091 CCC.**

En este sentido, el sentenciante precisó que no ignoraba la devaluación sufrida por la moneda nacional como tampoco el impacto que ello aparejaría para los contratantes, pero señaló que no era factible determinar en este estadio inicial que tal posibilidad no hubiera sido deliberadamente prevista o contemplada por las partes al haber sido estipulado el precio del canon locativo en dólares.

Apelada la resolución, la actora planteó primeramente que la pretensión no se limitaba a una mera modificación del tipo de cambio, sino que la adecuación del contrato podía realizarse ajustando cualquiera de las variantes relevantes para la determinación de las prestaciones a cargo de las partes. De ahí se derivó la inexistencia de identidad entre los objetos de la cautelar y la acción principal. En segundo término, afirmó que **no era previsible para las partes un desequilibrio tan severo en las prestaciones a su cargo ya que en algunos meses, un contrato por cinco años que tenía un valor de \$17.697.600 pasó a costar por los cuatro años y tres meses restantes la suma de \$34.107.847.** Explicó que las partes no pudieron prever más que las pautas macroeconómicas que el Poder Ejecutivo Nacional empleó para elaborar los presupuestos de los años 2017 y 2018 que fijaron: (i) un tipo de cambio de \$17,92 por cada dólar estadounidense para el año 2017; \$21,21 por cada dólar para el año 2018 y \$23,53 para el año 2019 en el caso de la Ley 27.341 y (ii) un tipo de cambio de \$19,30 por cada dólar estadounidense para el año 2018; \$20,40 por cada dólar para el año 2019, \$21,20 para el año 2020 y \$21,90 para el año 2021 según Ley 27.431. Derivó de allí que **no podía suponerse para ninguna de las partes, a los nueve meses de la firma del contrato, la suba del dólar en torno a los \$40.** Por ello, a su juicio se encontraba acreditada la verosimilitud de su derecho en tanto habían quedado probadas las circunstancias existentes al tiempo de la celebración del contrato y que la alteración sobrevino por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido (art. 1091 CCC).

En la Alzada se compartieron estos argumentos, por considerar que **"dentro de la órbita cautelar, se ha enfatizado que la moderna concepción del proceso exige**

**poner el acento en el valor “eficacia”** de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que **su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere.**” (la negrita es nuestra)

En ese sentido, “cabe resaltar la importante reforma que trajo el Código Civil y Comercial **en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710)**, consagradoria del deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido.

Las “acciones preventivas” -en rigor, “pretensiones preventivas”- de los arts. 1711 a 1713 *cód. cit.* llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que **mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio -v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustancial, procesos inhibitorios comunes, etc...**” (la negrita es nuestra)

En cuanto a la verosimilitud del derecho, “en el **escenario propuesto por el propio Estado en las Leyes Presupuestarias para los años 2017 y 2018, queda prima facie demostrado que el incremento de la cotización de la moneda extranjera estadounidense en relación a nuestro peso superó las expectativas que una persona con diligencia razonable habría tenido al momento de contratar.** Y es lógica la inferencia de su impacto en el incremento de la prestación a cargo de la locataria; todo lo que podría configurar la situación de excesiva onerosidad a la que alude el art. 1091 CCYCN.” (la negrita es nuestra)

En virtud de lo anterior, “ponderando que en el inmueble en cuestión trabaja el personal de “Red Celeste y Blanca SA” (empresa del Grupo América desde la que se emite la señal de radiodifusión “La Red AM950”, “FM Blue 100.7” y la redacción del portal digital “Primicias YA”) que mancomuna alrededor de 120 empleados... entiéndese conducente otorgar la medida innovativa solicitada tendiente a **fijar provisionalmente el precio del canon locativo a un tipo de cambio de \$35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018.**

La forma en la que se ha dispuesto la tutela jurisdiccional -acotando sus alcances temporales hasta julio de este año- **pretende servir al propósito de que sean las propias partes quienes en ese lapso autocompongan sus diferencias y puedan acordar consensuadamente el**

**reajuste equitativo del contrato de locación.**” (la negrita es nuestra)

## **VI. Algunas conclusiones generales, a la luz del caso reseñado**

VI.1) El Presupuesto Nacional como ejemplo de “pauta objetiva de normalidad”: La fundamentación de la sentencia de Alzada, que acoge el argumento de la actora, nos parece excelente.

En efecto, al interrogante de cómo acreditar que la alteración de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración es “extraordinaria” en un país como el nuestro, donde terminamos “naturalizando” lo extraordinario; a la pregunta acerca de qué pauta objetiva utilizar para prever el futuro de las variables económicas, se contesta: el Presupuesto Nacional.

A través del Presupuesto Nacional, los poderes públicos informan a la ciudadanía su plan de asignación de recursos y su previsión respecto de la evolución de las variables económicas.

Dada la índole del emisor, cabe presumir:

1) La profesionalidad del informe, es decir, que quienes lo hicieron, saben de lo que están hablando.

2) La sinceridad del mismo, es decir, que quienes lo hicieron, no están mintiendo. Dicho de otra manera y aplicado al caso concreto, no están poniendo, a sabiendas, un tipo de cambio y/o un porcentaje de inflación proyectada falsos.

Este tipo de cambio y esta inflación proyectada en el presupuesto nacional configurarían el escenario económico previsto para los próximos años.

No se nos escapa un argumento en el que debe estar pensando más de un lector y que, expresado en forma coloquial sería:

“En la Argentina, “sabemos” que los números del presupuesto nacional están “dibujados”.

Es decir, la experiencia nos enseña que las cifras del presupuesto son irreales y que las estimaciones que en él se encuentran casi nunca se cumplen.

Al respecto, pensamos que más allá de la certeza histórica de estas afirmaciones, convalidarlas implicaría:

1) aceptar la incapacidad del Estado para prever las variables económicas que se producirán al cabo de un año, lo que es equivalente a “naturalizar” la inutilidad del presupuesto nacional.



2) o, peor aún, aceptar que el Estado engaña a sus ciudadanos, pues a sabiendas proyecta un presupuesto con cifras que sabe que son ilusorias.

3) sea por lo expresado en 1) o en 2), se termina aceptando que el Estado cambie discrecionalmente las reglas de juego en materia económica, sea por vía de aumentos de impuestos no previstos, devaluaciones sorpresivas, emisiones monetarias y/o medidas excepcionales justificadas por la emergencia.

4) La consecuencia de todo lo anterior es que *el Estado se encuentra siempre "legitimado" para variar las reglas del juego*, decidiendo a su gusto cuando nos encontramos ante una "emergencia" producto de una "situación extraordinaria" que el mismo Estado califica como tal **(6)**, mientras que los particulares se encuentran sumamente dificultados para demostrar la existencia de esos acontecimientos extraordinarios por carecer de parámetros confiables de "normalidad", dado que, si dejan de lado la información oficial, por no "creer" en ella, no disponen de ningún marco objetivo que les permita diferenciar la "normalidad" de la "anormalidad".

5) En definitiva, y esto es lo que nos interesa puntualizar, **ejemplos como este demuestran lo complejo que es el deslinde, en economías como la nuestra, entre los sucesos ordinarios o normales y los extraordinarios o anormales.** De lo que no caben dudas es que, devaluaciones como la reseñada, son inevitables para los particulares.

VI.II) El campo de aplicación: Por otro lado el supuesto factico de aplicación de una solución como la propuesta en el fallo en análisis, no se agota en el caso de contratos con obligaciones de entregar dólares u otra moneda extranjera, sino en todas las obligaciones de valor, por ejemplo, los casos donde el precio se fije con relación al valor de una cosa cierta **(7)**, o aquellos donde el porcentaje de inflación difiera notablemente del proyectado en el Presupuesto Nacional **(8)**.

VI.III) La resolución de la Alzada: En lo que discrepamos es en la solución dispuesta por el Tribunal. Nos parece que la fijación de un monto fijo (\$35 por dólar, por el término de nueve meses a contabilizar desde noviembre del 2018), en lugar de un porcentaje (vgr. 60% de valor a cargo del locatario, 40% a cargo del locador), impide que la cautelar se adecue a las contingencias que pueden sobrevenir hasta el dictado de la sentencia definitiva **(9)**, lo que puede generar pedidos de modificación de cualquiera de las partes del proceso.

VI.IV) La conveniencia de incorporar en nuestra normativa el concepto de fuerza mayor social: Por las

razones expuestas, nos parece importante incluir este instituto en nuestra legislación. A tal fin y como mero ejemplo, el mismo podría regularse de la siguiente manera:

"Ante hechos previsibles pero inevitables que hacen temporalmente imposible o excesivamente oneroso el cumplimiento de una obligación para una de las partes, esta podrá solicitar una prórroga y/o adecuación de la misma.

Se considerarán tales, entre otros, los casos en los que dicha parte y/ o su cónyuge, conviviente, descendientes o ascendientes sufra una enfermedad o accidente; la pérdida de su trabajo o fuente de ingresos y los efectos de las políticas económicas estatales o de los cambios en dichas políticas."

\*\*\*\*\*

---

(\*) *Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Abogado, egresado en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones", y "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" en la Universidad Abierta Interamericana. Secretario Técnico Académico del Colegio de Abogados de Morón.*

#### Notas

(1) "...Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total.

La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos."

(2) "Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación," Biblioteca Digital, consulta 2 de abril de 2021, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/1522>. (página 634)

(3) Al respecto, nos remitimos a lo expresado, supra, en el desarrollo del punto III.

(4) Disponible en Internet, en [http://www.cijuso.org.ar/resources/libros/240221074223\\_doctrina-fuerza-mayor-social\\_Teodora-Zamudio%20\(1\).pdf](http://www.cijuso.org.ar/resources/libros/240221074223_doctrina-fuerza-mayor-social_Teodora-Zamudio%20(1).pdf) . Consultado el 26/02/21

(5) Nota y fallo completo disponibles en <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/contratos/alquiler-en-dolares-y-excesiva-onerosidad-sobreviniente-si-no-se-puede-creer-en-el-presupuesto-nacional/> . Consultado el 2 de abril de 2021

(6) Por ejemplo, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Decreto de Necesidad y Urgencia 566/2019, (BO 16/08/19), dispuso el congelamiento del precio de los combustibles durante los próximos 90 días teniendo como base los valores vigentes al 9 de agosto de ese año.

En sus fundamentos, el Poder Ejecutivo expresó que "(a)nte la magnitud de los recientes acontecimientos económico financieros desencadenados, de público conocimiento, es obligación del Poder Ejecutivo Nacional utilizar los instrumentos a su alcance y adoptar las medidas específicas necesarias para proteger a los consumidores".

(7) Lo que puede ocurrir en el caso de una compraventa (art. 1133) o una locación (art. 1187), entre otros contratos.

(8) Desde ya, la referencia al Presupuesto Nacional no excluye otras comunicaciones oficiales donde se proyecten variables económicas a futuro, como pueden ser documentos del Banco Central y/o del Ministerio de Economía.

(9) De hecho, ya en agosto de 2019 el dólar experimentó otro salto, pasando de \$46 a \$58.

---



**SECCIÓN  
DOCTRINA  
DERECHOS  
REALES**



## **A un año de las Resoluciones 25/20 y 27/20 del I.G.J. sobre la obligatoriedad de adecuar los Conjuntos Inmobiliarios preexistentes.**

*por Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais (\*)*

---

Sumario: I. Sentido de la publicación.- II. Aproximación a los Conjuntos Inmobiliarios.- III. Marco legal actual.- IV. La adecuación de los Conjuntos Inmobiliarios preexistentes. V.- La problemática suscitada.- VI. La Resolución General 25/2020 y su modificatoria de la Inspección General de Justicia.- VII. La cuestión de la constitucionalidad de las Resoluciones de I.G.J.- VIII. Consideraciones finales.-

### **I.- Sentido de la publicación**

La situación actual de la sociedad, dinámica y compleja **(1)**, debe ser contemplada al momento del dictado de normas, las cuales deben ser asertivas y clarificadoras y no, de dificultoso cumplimiento o inoportunas.

Ello dicho así tiene su fundamento en que toda disposición legal, como el Derecho Real de Conjuntos Inmobiliarios, trae consigo un sinfín de problemáticas a las cuales se les deben buscar soluciones. Entonces, la cuestión empeora, cuando el remedio encontrado resulta ser más complejo que el problema primigenio.

En sí, la presente publicación busca clarificar el marco legal del derecho real de conjuntos inmobiliarios y plantearse la constitucionalidad de las resoluciones emitidas por el Inspector General de Justicia sobre la adecuación de los Clubes de Campos o todo otro conjunto inmobiliario preexistente, organizados como asociación bajo forma de sociedad, en un momento que creo que fue inoportuno.

### **II. Aproximación a los Conjuntos Inmobiliarios**

Si bien el objeto del presente no es explicar la figura jurídica de Conjuntos Inmobiliarios, no puedo escapar a una breve introducción a dicho derecho real.

Los conjuntos inmobiliarios son una innovación legislativa que se encuentra regulada en el Código Civil y Comercial de la Nación en su Libro IV “Derechos Reales”, Título VI “Conjuntos Inmobiliarios”**(2)**, Capítulo I “Conjuntos Inmobiliarios” en los artículos 2073 a 2086, a través de los cuales se califica a este instituto como un derecho real sobre

cosa propia, principal, registrable y que se ejerce por la posesión **(3)**.

Dicho en otras palabras, es un nuevo **(4)** derecho real cuya aproximación a una definición la encontramos en el Artículo 2073 **(5)** entendiéndolo como tal a todo aquel emprendimiento urbanístico sin importar el destino o el uso que se le dé. Comienza el mencionado artículo enunciando diferentes modalidades que se han sucedido en nuestro territorio de conjuntos inmobiliarios, es decir, no conceptualiza sino que refiere de manera vasta a su objeto.

Corolario de ello, es que la expresión: “Emprendimiento urbanístico” es la que mejor conceptualiza a este derecho real. En palabras de Mariani de Vidal este espacio urbanizado es un “área territorial de extensión limitada, regida por un plan de ordenamiento territorial, con unidades funcionales o parcelas privativas independientes (construidas o por construirse) y áreas comunes de uso común, destinadas las primeras a vivienda (transitoria o permanente) y las segundas a la práctica de actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre el área de viviendas y la recreativa una relación funcional y jurídica que las convierte en un todo inescindible, vinculadas por el destino común, hallándose dotadas de la correspondiente infraestructura para la prestación de los servicios esenciales comunitarios”**(6)**. En razón de lo cual se debe considerar que queda abierta de manera irrestricta y amplia la posibilidad de adecuar emprendimientos preexistentes y futuros, por vía de este derecho real **(7)**.

En otro orden de ideas, derecho real que nos ocupa tiene afinidad con la Propiedad Horizontal, por contener características coincidentes **(8)**. Eso es así ya que los conjuntos inmobiliarios son una especie de la Propiedad Horizontal **(9)**.

En resultados, se establece sin duda alguna que los conjuntos inmobiliarios son un derecho real distinto de cualquier otro, por ser autónomo, que deberá constituirse con la base de la propiedad horizontal pero diferenciándose de la misma por las características especiales comprendidas en el capítulo I del Título VI. Al respecto, en el próximo apartado se profundizará ello.

### **III. Marco legal actual**

Lo lógico, según el apartado que nos ocupa, sería comenzar con la regulación jurídica contenida en el Código Civil y Comercial, pero para comprenderlo mejor, debo remitirme de forma sintética a los antecedentes de esta figura jurídica.



De acuerdo a lo antes mencionado y teniendo a la vista un contexto histórico, los primeros indicios de clubes de campo o barrios cerrados son en la Provincia de Buenos Aires allí por el año 1930. En palabras del Escribano Francisco J. Del Castillo, refiriéndose a los primeros de ellos: “Los más antiguos como Tortugas o Highland Park (...) nacieron porque un grupo de amigos que tenían aficiones hípias comunes se reunieron en alguna quinta (propiedad de alguno de ellos), alrededor de la cual otros amigos fueron adquiriendo lotes que se iban fraccionando. En ellos construyeron sus quintas que usaban como casas de fin de semana (...) Tenían ciertos lugares que utilizaban en común **(10)**.”

De esta manera, si nos remontamos al sistema jurídico vigente en ese período donde reinaba el Código Civil; el propio Dalmacio Vélez Sarsfield lejos estaba de pensar en la figura de conjuntos inmobiliarios al sancionarlo, recordemos que ni siquiera permitía a la Propiedad Horizontal **(11)**. Ya con la vigencia de la Ley 13.512 se permitió la división horizontal de los terrenos, es decir se habilitó el Derecho Real de Propiedad Horizontal **(12)**, una cuestión que la sociedad de ese tiempo imploraba copiosamente.

Desde un punto de vista de su ordenamiento jurídico, ni el Código Civil, ni las modificaciones introducidas por la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal previeron una normativa acorde para esta figura jurídica, me refiero para los conjuntos inmobiliarios. Se desarrollaron en nuestro territorio durante un tiempo donde imperaba una laguna legislativa para los mismos, dicho en otras palabras, estas situaciones fácticas inmobiliarias en sus diferentes tipos -clubes de campo, barrios cerrados o privados, clubes náuticos, entre otros- fueron encuadrados bajo diversos sistemas normativos, tales como derechos reales, derechos personales o una combinación de ambos, dando de esta manera una delimitación a lo que sucedía en la realidad en la cual la constitución de dichos emprendimientos no estaba legislada aún, como sí lo está ahora con la sanción del vigente Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, dichos conjuntos inmobiliarios preexistentes que adoptaron figuras de derechos reales, de las cuales nombraré las más utilizadas, se llevaban a cabo a través de: a) Dominio y Condominio, en donde los lotes son de propiedad privada aplicándose el artículo 2506 del Código Velezano y los inmuebles que sirven a fines comunes son en condominio entre todos los dueños de acuerdo al artículo 2673 del mismo ordenamiento; b) Dominio con sujeciones a servidumbres recíprocas, aquí había un sector residencial donde los sujetos eran titulares de Dominio sobre cada inmueble y los lugares comunes pertenecían a una Entidad Jurídica que tenía el Dominio de los mismos, siendo

ésta integrada por los mismos propietarios del sector residencial, para luego constituir sobre las partes comunes, servidumbres reales entre los inmuebles de acuerdo a la Ley 8912 y su reglamentación en la Provincia de Buenos Aires 9404/86; c) Propiedad Horizontal, siempre que los inmuebles estuviesen ya edificados.

Hilando fino, diría que cada una de estas figuras tenía sus inconvenientes al momento del ejercicio, que no vienen al caso detallarlos.

En el ámbito de derechos personales, los conjuntos inmobiliarios preexistentes se encuadraban con tipos asociativos, siendo las sociedades anónimas las que tuvieron mayor preferencia. La realidad es que los propietarios de esos inmuebles se agrupaban en una asociación civil o en una sociedad comercial (S.A.; S.R.L., por ejemplo), o en una cooperativa, a la cual dotaban de entidad jurídica, registrándola y en el caso de ésta última, se solicitaba al municipio la autorización para llevar adelante el emprendimiento urbanístico. Cuestión no menor ya que tendremos que tener en cuenta que a estos tipos organizados como asociación bajo forma de sociedad son a los que se refiere la Resolución del Inspector General de Justicia para su adecuación.

Llegamos así al marco legal actual dentro del Código Civil y Comercial que establece un articulado clarificador al régimen jurídico de esta figura. Es así que, analizando el artículo 2075, se puede vislumbrar que: *“Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción ...”* (SIC parte artículo citado) Así, ante todo, debemos tener presente que, si bien la cita es una norma de índole nacional, cada provincia conserva, por atribución de la Constitución Nacional (art. 121 C.N.), el poder de policía que, siempre que se ejerza de forma razonable, le permitirá reglamentar estos aspectos que deben satisfacer los conjuntos inmobiliarios para poder ser habilitados **(13)**. Ciertamente se ve la aplicación en primer término de normas administrativas locales al derecho real de conjuntos inmobiliarios.

Continúa el mencionado artículo que: *“Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial (...)”* Aquí se aclara que el régimen jurídico de fondo es nacional y dicho precepto admite que se aplicarán las normas del derecho real de

propiedad horizontal como base, pero con las específicas del derecho real de conjuntos inmobiliarios tratado en el Capítulo I del Título VI del ritual. En otras palabras es un derecho de propiedad horizontal especial ya que, a diferencia del régimen de la propiedad horizontal común, el conjunto inmobiliario puede recaer sobre unidades privativas construidas o en construcción (artículo 2077), porque puede existir un derecho de preferencia a favor del consorcio al momento de la transmisión de la unidad (artículo 2085) por nombrar algunas distinciones.

De esta manera, el Código Civil y Comercial de la Nación ha resuelto la controversia no solo sobre la naturaleza jurídica de la figura sino también sobre el régimen aplicarle, instituyéndolo como un derecho real autónomo.

#### **IV. La adecuación de los Conjuntos Inmobiliarios preexistentes**

La cuestión de la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes ha generado un gran debate desde su concepción con repercusiones hasta el día de hoy.

El Artículo 2075 in fine reza: ***“(…) Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.-”***. Partiendo de esa base, vemos cómo el Código Civil y Comercial actualmente vigente plasma una disposición de imperativo legal, pero debemos poner especial énfasis en la terminología utilizada en dicha norma al colocar el verbo “adecuar” en lugar de “convertir” en la redacción del artículo. Si recurrimos al Diccionario de la Real Academia Española **adecuar** es “adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa.”, mientras que convertir es definido como “hacer que alguien o algo se transforme en algo distinto de lo que era”. No sería extraño que al redactar la norma se haya tenido en miras el obstáculo que comprendería para los conjuntos inmobiliarios preexistentes mutar de la figura jurídica adoptada primigeniamente hacia la nueva de propiedad horizontal especial; ya que, convertir insumiría importantes erogaciones económicas para sus integrantes, así como interminables reuniones entre aquellos para lograr consenso y a veces inconciliables **(14)**.

Ahora bien, al utilizarse la palabra **“adecuar”** nos inclinamos a la idea de que una interpretación apropiada del artículo 2075 in fine consiste en que los conjuntos inmobiliarios preexistentes mantienen el status quo de su constitución, pero deben ajustarse funcionalmente a la normativa del derecho real de propiedad horizontal especial,

en todo lo jurídicamente posible **(15)**. De esta manera, todo aquello referente al consorcio, sus órganos, obligaciones, ejecución de expensas, entre otros aspectos relevantes, deberán cumplirse y adaptarse a la normativa legal vigente.

En otras líneas de pensamiento más extremas, hay autores que siguen pregonando la necesidad de la derogación de este tercer párrafo del Artículo 2075, entre los que se encuentran los integrantes de la comisión ad honorem designada por decreto 182/2018 para la modificación parcial del Código Civil y Comercial, los Drs. Julio C. Rivera, Diego Botana y Ramón D. Pizarro. Puede notarse en el Anteproyecto elevado en Septiembre de 2018 al Ministro de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, entre sus fundamentos se expuso la necesidad de derogar dicho deber por la afectación de derechos patrimoniales adquiridos por los sujetos partícipes de los conjuntos inmobiliarios, considerándolo inconstitucional y desde un plano práctico, por los grandes costos que demandaría la adecuación **(16)**.

#### **V.- La problemática suscitada.-**

Aclarado lo del apartado anterior, otro aspecto a tener en consideración, es poner especial énfasis en la expresión **“se deben”** que aparece en el artículo 2075 in fine, la que hace referencia a la obligación legal que tienen los conjuntos inmobiliarios preexistentes de adecuarse a la normativa actual vigente del derecho real. Dicho en otras palabras, es una norma de orden público, mediante la cual los conjuntos inmobiliarios preexistentes deberán adaptarse y cumplirla.

Ya hemos señalado que es de imperativo legal la adecuación, pero la problemática suscitada radicaría sobre ¿qué plazo tienen los conjuntos inmobiliarios preexistentes para cumplir con la disposición legal y adecuarse? y ¿qué sanción o apercibimiento atraería el incumplimiento de este deber?

El legislador no menciona un plazo perentorio para cumplirlo o sanción por el incumplimiento, ello tiene su fundamento en que el deber de adecuación contemplado en el artículo tiene un efecto *ex nunc* desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y hacia el futuro. Ya que si el efecto fuese retroactivo (*ex tunc*), dejaría sin valor alguno los Conjuntos Inmobiliarios preexistentes no configurados aún como Propiedad Horizontal Especial. En palabras de la notaria Martha Linares de Urrutigoity “Lejos de ello, el artículo 2075 CCCN les reconoce eficacia jurídica a aquellos “viejos” barrios privados o cerrados o clubes de campo; consolida tales adquisiciones patrimoniales en cabeza de sus titulares, imponiéndoles solamente la carga de cumplir con este deber (...) La interpretación que

propiciamos está más próxima a la que en el derecho inglés se domina con efectos *nunc pro tunc*, en el sentido de tratarse de una decisión legislativa que se aplica de manera retroactiva para corregir una decisión previa (de omisión legislativa, que provocó una verdadera “laguna” en muchas jurisdicciones del país, como en Mendoza) que reconoce aquellos derechos nacidos bajo aquellos regímenes extraños al derecho, pero les impone el tener que adaptarse a la nueva plantilla jurídica **(17).**”

Ya hemos señalado dos problemas como son la falta de plazo y de sanción, pero ahora lo que debemos preguntarnos es ¿cómo habría de ser el procedimiento para su cumplimiento? Al respecto, se ha dicho que la adecuación violentaría derechos adquiridos y constitucionalmente tutelados por ser figuras jurídicas ya consolidadas, pues contrariaría el principio de irretroactividad de las leyes previsto en el Artículo 7 del Código Civil y Comercial, aunque en el otro extremo la adecuación es válida en los términos expuestos en el párrafo anterior que, en honor a la brevedad me remito. Así las cosas, adhiero a las conclusiones en la XXXII Jornada Notarial Argentina, celebrada en Buenos Aires en 2016, en donde se expuso que hay dos posibles adecuaciones: la estructural y la funcional.

La adecuación estructural necesita normativa de fondo de idéntica jerarquía que tiene la disposición legal en estudio, me refiero al artículo 2075 del Código Civil y Comercial, estableciendo un plazo razonable, procedimiento y sanción. Y la funcional, que opera de pleno derecho de conformidad a legislación actual **(18).**

Así las cosas, la norma en estudio hace alusión a que aquellos conjuntos inmobiliarios preexistentes estructurados jurídicamente como exclusivos derechos reales deben adecuarse en forma voluntaria. Pero, si las figuras jurídicas adoptadas por los conjuntos inmobiliarios preexistentes son la conjugación de derechos reales y personales o únicamente como derechos personales, aquí si la adecuación debe ser obligatoria para no afectar el principio de *numerus clausus* (Arts. 1884 y ccs. del C.C.yC. de la Nación).

Mencionadas estas aclaraciones, de todas formas, se pueden precisar algunas “sanciones jurisprudenciales” por la no adecuación. Variada jurisprudencia en el fuero comercial se perfila de forma evidente en negarle la vía de ejecución por expensas a aquellos conjuntos constituidos como sociedades anónimas, así la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala “C” sentenció: *“El código estableció que todo conjunto inmobiliario deberá constituirse al amparo del régimen de propiedad horizontal especial (...)*

*De ello se deriva entonces que, en tanto el emprendimiento urbanístico no se constituya bajo las disposiciones que regulan el derecho real denominado “conjunto inmobiliario”, no podrá invocar para sí las prerrogativas que se derivan de ese tipo (...)*” y continúa *“Es verdad que no se ha previsto allí cuál sería la sanción o consecuencia que habría de derivarse de la no adecuación al régimen (...)* Pretender el automático reconocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuado a su tipología importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público) que rigen la materia (...)” **(19).** En el mismo sentido, la Sala “E” rechazó esta vía aunque el certificado de deuda cumplió con todas las formalidades exigidas por la ley para su ejecución, de esta forma dispuso: *“(...) la actora no se constituyó bajo el régimen de la propiedad horizontal, sino que se organizó bajo la forma de una sociedad anónima, lo cual excluye la procedencia de la ejecución que se persigue en base a ese certificado (...)* La acción ejecutiva es un procedimiento que la ley otorga a cierto tipo de documentos, siempre y cuando encuadren en las disposiciones por ellas señaladas, lo que no sucede, conforme ha sido señalado, con el instrumento arrojado; aun cuando haya sido presentado con todas las formalidades contenidas en el reglamento interno, en tanto los títulos ejecutivos no nacen por convención de las partes, sino por disposición de la ley” **(20).**

Sin perjuicio de esas sanciones nacidas de fallos jurisprudenciales, hasta hace poco menos de un año la respuesta a las preguntas planteadas seguía siendo la misma: no hay plazo, procedimiento o sanción específica por la falta de adecuación. Pero, a partir de la Resolución 25/20 del Inspector General de Justicia la situación cambió, por lo menos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cuestión que veremos en el próximo apartado.

## **VI.- La Resolución General 25/2020 y su modificatoria de la Inspección General de Justicia.-**

Para poder analizar las resoluciones emitidas por la Inspección General de Justicia debemos hacer una pequeña reseña del contenido de ambas.

El 20 de Mayo de 2020 se publicó en el Boletín Oficial la Resolución 25/20 **(21)** de la I.G.J. en la que se resolvió que los Clubes de Campo y conjuntos inmobiliarios inscriptos como asociaciones bajo forma de sociedad, deben organizarse bajo el régimen de propiedad horizontal especial establecido en el Artículo 2075 in fine del Código Civil y Comercial. De esta manera el Inspector General de Justicia a través de dicha Resolución otorgó un plazo de 180



días, a partir de la publicación en el Boletín Oficial, para que su adecuación.

Habiendo precisado ello, la Resolución obliga a su vez a los Conjuntos Inmobiliarios a que una vez comenzado el proceso de adecuación deben comunicar a la I.G.J. la inscripción de los instrumentos dentro del registro inmobiliario correspondiente, antes del plazo dispuesto. Finalmente, una vez cumplida la inscripción y acreditada la inexistencia de pasivos por parte del consorcio de propietarios, la resolución da la posibilidad a los Conjuntos Inmobiliarios de cancelar su inscripción registral como asociaciones bajo forma de sociedad.

En la misma, la Inspección de Justicia se reserva la prerrogativa de imponer multas de hasta cien mil pesos previstas en el Artículo 302 inciso 3 de la Ley General de Sociedades N° 19.550 **(22)** a los administradores y sindicatura de los Conjuntos Inmobiliarios que incumplan con la adecuación dentro del plazo otorgado. Asimismo, también sanciona no inscribiendo ningún acto societario emanado de los Conjuntos Inmobiliarios que procuren alterar el cumplimiento de la resolución.

A los pocos días de esa primer resolución, se publica en el Boletín Oficial el día 22 de Mayo del año pasado la Resolución 27/20 **(23)** donde se modifica el plazo de 180 días establecido en primer término, extendiéndolo a 360 días, teniendo en vista la situación compleja sanitaria y de aislamiento en la que se estaba viviendo, en referencia a la cuarentena obligatoria que había sido impuesta por el Poder Ejecutivo Nacional, debido a la Pandemia sufrida por el Covid19.-

Ahora bien, analizando las medidas dispuestas de la I.G.J., en primer lugar, debemos tener presente que, las mismas alcanzan aproximadamente a unos cincuenta conjuntos inmobiliarios inscriptos en el Registro Público a cargo de la I.G.J., los cuales deberán adecuarse sin importar que algunos de ellos se encuentren ubicados fuera de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ello es así, ya que dentro de los considerando el Inspector General de Justicia manifiesta que “lamentablemente no ha sido cumplida (en referencia a la adecuación), al menos en el ámbito de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, pues la compulsión de los registros internos de esta Inspección General de Justicia revela la existencia de más de cuarenta clubes de campo(...)” Dentro de la misma justificación, alega el Inspector que “(...) si bien no se ignora que en muchas oportunidades, la falta de adecuación de los clubes de campo al régimen de propiedad horizontal fue fundada en supuestas imposibilidades técnicas o también en una supuesta violación al derecho de propiedad de cada uno de

los integrantes de la sociedad anónima bajo la cual se organizó el club de campo, lo cual habría generado una situación jurídica consolidada respecto de ciertos derechos del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes que los habrían incorporados al patrimonio de éstos, lo cual pondría en tela de juicio la constitucionalidad de la “adecuación” del tercer párrafo del artículo 2075 del CCyCN, lo cierto es que la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA no adhiere a dichos reparos (...)” en palabras propias no toma en consideración que pueda ser inconstitucional (cuestión ya tratada en el presente).

Por último, una parte del dictamen del Inspector que es merecedora de resaltar es la siguiente “(...)a pocos meses de cumplirse cinco años de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, el mandato del legislador de 2014 no ha sido prácticamente acatado en sede de la Capital Federal de la Nación - siéndolo muy escasamente en algunas otras jurisdicciones -, sino y muy por el contrario, ignorado casi por completo, lo cual resulta inadmisibles, dado que en un Estado Constitucional y Convencional de Derecho, como el que se organiza socialmente en la República Argentina, no se puede validar, por vía de omisión, el incumplimiento de facto de la ley vigente.” En mi opinión éste es el argumento más firme de la medida, el que será difícil de desvirtuar, por parte de los Conjuntos Inmobiliarios constituidos como Sociedades.

Esta interpretación de la Inspección General de Justicia merece ser adecuada a las circunstancias fácticas en la que se encuentra todo el país por la ya mencionada pandemia, al tratar de imponer que la resolución deba entrar en vigencia a partir de su publicación, en un momento en el que los plazos administrativos se encontraban suspendidos por las cuestiones de aislamiento obligatorio; ello significa, en mi opinión, que los 360 días debieron contarse desde la reanudación de los plazos administrativos y no desde la publicación de la norma.

En resumidas cuentas, es una Resolución lógica en su contenido, pero inaplicable, por haber sido inoportuna y fundamentalmente, en mi opinión, por considerarla inconstitucional, conforme se interpreta a continuación.

## **VII.- La cuestión de la constitucionalidad de las Resoluciones de I.G.J..**

Si bien hemos hecho mención a la constitucionalidad del tercer párrafo del Artículo 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación. Aquí nos detendremos en la constitucionalidad de la Resolución 25/20 y su modificatoria emitida por la I.G.J., a saber:

Las resoluciones que estamos tratando aquí, vienen a establecer un procedimiento, en los términos de reglamentación de una ley de fondo como es el artículo 2075. Bien se ha dicho, que “las jurisdicciones locales, bajo la invocación del ejercicio del poder de policía de acuerdo a sus competencias, no pueden alterar la esencia de los derechos reales regulados por la ley de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalicen” (24).

En este orden de ideas, me empeño en aseverar que para la norma de adecuación contenida en el Código, la reglamentación que establezca el procedimiento no puede de ninguna manera ser delegada al ámbito provincial o municipal, justamente por ser derecho de fondo el que se legislaría. Esta atribución de reglamentación es exclusiva del Congreso de la Nación. Puede traer confusión que se ha facultado a las jurisdicciones locales en el primer párrafo del artículo 2075 y concordantes a aplicar el poder de policía, pero ello está dado exclusivamente para la habilitación en el funcionamiento y no para la adecuación de algo ya constituido como es el caso de los conjuntos inmobiliarios preexistentes.

Las resoluciones dictadas me inquietan, como de dudosa constitucionalidad como lo vengo manifestando. Si bien en los considerandos de las medidas se menciona la constitucionalidad del artículo 2075, nada jurídicamente hablando se expresa sobre las funciones reglamentarias que se atribuye la Inspección General de Justicia, que hablando sin ambages podría tratarse de un aparente desconocimiento jurídico de la normativa o simplemente una omisión “*involuntaria*”.

### **VIII.- Consideraciones finales**

En estas breves palabras de cierre, pongo de manifiesto que la figura jurídica de los conjuntos inmobiliarios, es una certeza y acierto legislativo. Es dable destacar, que no se observan complicaciones jurídicas para los emprendimientos urbanísticos nuevos.

No obstante lo mencionado anteriormente, no puedo mencionar lo mismo para los conjuntos inmobiliarios preexistentes, en donde podemos encontrar puntos oscuros como es el caso de la adecuación y su discusión sobre plazos, sanciones o procedimientos, en el que estimo necesario la reglamentación a través de una ley del Congreso Nacional para que sea uniforme la manera de ajustarse de los conjuntos inmobiliarios preexistentes en el territorio de la Nación y evitar inconstitucionalidades.

Ahora bien, con respecto a las Resoluciones emitidas por la Inspección General de Justicia, si dejamos de lado

momentáneamente la constitucionalidad o no de las resoluciones, me atrevo a afirmar que el momento de la norma fue desatinado, por ser inapropiado e inoportuno. Fue y es de público conocimiento la existencia de la crisis sanitaria reinante en razón de la Pandemia por Covid-19, no sólo en nuestro país sino en el mundo entero. Así, como punto a remarcar y estando a casi un año de la sanción de las resoluciones, debemos señalar que en pocos días se cumplirán esos 360 días impuestos por la norma, por ende debemos ver cual será el actuar de IGJ en base a las sanciones a aplicar.

\*\*\*\*\*

---

(\*) *Abogado y Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Morón. Posgraduado Docente Superior Universitario y Posgraduado en Herramientas TICs (UM). Director del Instituto de Derechos Reales y Director Adjunto del Instituto de Contratos en el Colegio de Abogados de Morón. Adjunto Regular por concurso de Derecho Civil IV en la Facultad de Derecho y Adjunto de Ingeniería Legal y Ejercicio Profesional en la Facultad de Ingeniería ambos en la Universidad de Morón. Disertante. Conferencista.*

#### **Notas**

(1) Digo “dinámica y compleja”, en razón del aislamiento social, preventivo y obligatorio que el Gobierno Nacional adoptó como medida excepcional (DNU 297/2020) en el contexto crítico por la Pandemia Mundial del Covid-19.

(2) Mención aparte merece que el título VI induce a cierto desconcierto, razón de ello es que en él se engloban los capítulos de: Conjuntos Inmobiliarios, Tiempo Compartido y Cementerios Privados. En otras palabras, el título VI comprende los tres capítulos antes citados y se denomina de la misma manera que el Capítulo I, esto puede producir un error de considerar al tiempo compartido y los cementerios privados como una exteriorización de los conjuntos inmobiliarios, cuestión que no es así. En mi parecer, dicho título pudo haberse llamado “Propiedades coparticipativas”

(3) Conforme Artículos 1888 a 1891 del Código Civil y Comercial de la Nación.-

(4) Mencionó “nuevo”, ya que junto al Tiempo Compartido y el Cementerio Privado, son las tres figuras que se le da la naturaleza jurídica de derechos reales autónomos incorporados en el Código Civil y Comercial de la Nación.-

(5) Artículo 2073 CCyC “Concepto. 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”

(6) MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, “Clubes de campo y barrios cerrados”, Heliasta, Buenos Aires, 2009.-

(7) FERREIRA MORAIS, Ignacio E., “Cuestiones teórico-procesales de los conjuntos inmobiliarios y la incidencia en el cobro ejecutivo de expensas”, RCCyC nro. 12 – Septiembre 2019, cita online: AR/DOC/2360/2019.-

(8) Artículo 2074 CCyC “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.-”

(9) Artículo 2075 CCyC “(...)Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial (...).-”

(10) DEL CASTILLO, Francisco J., “Barrio cerrado y clubes de campo. Experiencia de su regulación y convivencia”, Revista del Notariado nro. 856. Buenos Aires. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Año 1999, p. 56.-

(11) En el Código Civil Artículo 2617 Vélez Sarsfield expresamente prohibió a los propietarios de edificios la posibilidad de dividirlos horizontalmente entre varios dueños.

(12) La Ley nro. 13.512 en su Artículo 18 deroga el Artículo 2617 del Código Civil de Vélez Sarsfield: “A los efectos de la presente ley, quedan derogados los arts. 2617, 2685 “in fine” y 2693 del Código civil, así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley.” Y de esta manera quedará permitido la constitución del Derecho Real de Propiedad Horizontal.-

(13) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, Tomo I p. 714.-

(14) El Dr. Benítez sostiene que “no fue antojadizo el uso del término “adecuar” introducido por el legislador. En esta línea de ideas, no es descabellado pensar que al momento de redactar el texto legal tuvo en cuenta la complejidad que conllevaría para los conjuntos inmobiliarios mutar de la figura jurídica bajo la cual se habían constituido hacia una nueva de propiedad horizontal especial” Fragmento extraído de las charlas brindadas en la Facultad de Derecho de la UBA.

(15) Cossari N., Corna, Puerta, Vázquez, Guardiola, Alterini. I, De Rosa C., Pepe, Alterini, J.H, Abreut, Bressan, Cossari L., Daguerre, Dallaglio, De Rosa, D., Fernández Hilda, Garay, Lloyd, Farina Nadalina, Navarro de Zavalía, Noriega, Palomanes, Politis, Pujol, Ruiz de Erenchun, Perez Pedro, Chaves, Abella. Abstenciones: Luna, Bitar, Stachiotti, Franchini, Boqué, Massiccioni, Zuvilivia. Ver conclusiones Comisión nro. 7 “Derechos reales: Propiedad horizontal especial”, punto V.- Adecuación. a. Marco Legal Art. 2075 CCyC. en las XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, UNLP, La Plata, 2017.-

(16) RIVERA, Julio C., BOTANA, Diego y PIZARRO, Ramón D. [comisión Decreto PEN 182/2018], Anteproyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, Buenos Aires, 2018.

(17) LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes. ¿Hasta cuándo?... ¿todo cambió para que nada cambiara?” , Revista del Notariado nro. 933. Buenos Aires. Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Año 2019, p. 72.-

(18) Voto unánime. Ver conclusiones Comisión nro. 4 ““Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial”, Subtema I “Conjuntos Inmobiliarios” en la XXXII JORNADA NACIONAL NOTARIAL, BUENOS AIRES, 2016.-

(19) CNCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo”, elDial.com, AA9A2E; La Ley, 28/12/2016, t. 2017-A, p. 132, y 22/3/2017, t. 2017-B, p. 143; Revista Código Civil y Comercial, marzo 2017, p. 222.-

(20) CNCom., Sala E, 25/11/2015, “Club El Carmen SA c/ Bambara, Carlos Alberto s/ ejecutivo”, expediente COM 018204/2015/CA001.-

(21) Ver RESOLUCIÓN GENERAL 25/2020 de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (I.G.J.). Publicado en Boletín Oficial 20/05/2020. Cita Online: AR/LEGI/A2PL

(22) Artículo 302 inciso “c” Ley General de Sociedades nro. 19.550 “(...) 3º) Multas a la sociedad, sus directores y síndicos. Estas últimas no podrán ser superiores a PESOS CIEN MIL (\$ 100.000.-) en conjunto y por infracción y se graduarán según la gravedad de la infracción y el capital de la sociedad. Cuando se apliquen a directores y síndicos, la sociedad no podrá hacerse cargo de ellas (...).”

(23) Ver RESOLUCIÓN GENERAL 27/2020 de la INSPECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA (I.G.J.). Publicado en Boletín Oficial 22/05/2020.

Cita Online: AR/LEGI/A2SH

(24) Voto unánime. Ver conclusiones Comisión nro. 7 “Derechos reales: Propiedad horizontal especial”, punto VI. Competencia. en las XXVI JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, UNLP, La Plata, 2017.-

---





## Las Facultades del Usufructuario en el Ejercicio de su Derecho de Usufructo

por Dr. Martín Darío Benítez (\*)

Sumario: I. Enfoque preliminar.- II. Las facultades y el objeto de los derechos reales en las disposiciones generales del Código Civil y Comercial.- III. Concepto.- IV. Debe de no alterar la sustancia. V. Ubicación del usufructo en la clasificación de los derechos reales.- VI. El usufructo otorga facultades más amplias que algunos derechos reales sobre cosa propia.- VII. El usufructo y la locación.- VIII. Usufructo minero.- IX. Derecho de uso y goce.- X. Facultades jurídicas del usufructuario.- XI. La prohibición de facultades de disposición material no constituye un límite considerable.- XII. Conclusión.-

### I. Enfoque preliminar

La idea-fuerza que motiva estas líneas se conecta con abordar las facultades que el usufructuario ostenta sobre el bien que le fue dado en usufructo, así como establecer los alcances y los límites a los que se circunscribe el poder jurídico que el titular de este derecho real tiene. Sin embargo, no es posible alcanzar una comprensión adecuada de tales potestades sin aprehender concomitantemente la noción misma de derecho real, pues allí radica la semilla que hará germinar el desarrollo de aquello que me propongo en el título de este texto.

Es por ello que en aras de llegar al fin propuesto y declamado en el primer párrafo es que en un primer momento abordaré brevemente aquellos aspectos que se vinculan con las facultades que el derecho real otorga a su titular y el objeto sobre el cual ellas recaen, las que se encuentran incorporadas dentro de la regulación de las disposiciones generales del Código Civil y Comercial.

Posteriormente, me detendré en el concepto legal de usufructo en la nueva codificación, realizando su comparación con la contenida en el Código derogado y ubicaré al usufructo dentro de la clasificación de los derechos reales.

Continuando con el objetivo planteado, intentaré demostrar que el usufructo, aún tratándose de un derecho real sobre cosa ajena, atribuye a su titular mayores facultades que algunos derechos sobre cosa propia.

Se realizará una comparación esquemática entre dos derechos que, si bien pertenecen a distintos universos, comparten reglas similares, como son el usufructo (derecho real) y la locación (derecho personal).

Analizaré las facultades de uso, goce y disposición jurídica previstas para el usufructuario en la ley vigente, y finalmente dejaré una breve conclusión sobre la situación actual de las facultades del titular del usufructo en el régimen legal vigente.

### II. Las facultades y el objeto de los derechos reales en las disposiciones generales del Código Civil y Comercial

Es sabido que en el esquema de los derechos reales el mayor interés se dirige a establecer las facultades que la cosa reporta para su titular. Ello se deriva de la naturaleza misma de este tipo de derechos en los que la lupa se coloca en la relación inmediata entre la persona y la cosa. Y así lo ha considerado el codificador al redactar el art. 1882 del Cód. Civ. y Com. cuando define al derecho real como "... 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".

Antes de avanzar, y aunque el precepto transcrito lo silencie, es preciso señalar que los poderes de ejercicio que el titular detenta sobre su derecho se exponen en el clásico tridente que nuestro sistema adoptó del imperio romano, a saber: el jus utendi (facultad de uso), el jus fruendi (facultad de goce) y el jus abutendi (facultad de disposición material y jurídica). No obstante la omisión que he advertido en el citado artículo, los tres "jus" son recogidos por el Cód. Civ. y Com. al tiempo de definir cada derecho real en particular **(1)**; así lo hace cuando define el dominio (art. 1941), la propiedad horizontal (art. 2037), la superficie (art. 2141), el usufructo (art. 2129) y la servidumbre (art. 2162), entre otros.

Volviendo a la concepción de derecho real del art. 1882, destaco que el precepto exhibe dos de los aspectos centrales en los derechos reales y que por lo tanto tienen sus implicancias en el usufructo; ellos son: a) ejercicio directo sobre su objeto, y b) las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en el Código.

a) Ejercicio directo sobre su objeto: esta expresión encierra en sí misma la característica que distingue a los derechos reales de los personales, pues en estos últimos el interés del sujeto está orientado a la prestación que puede exigir del sujeto pasivo de la relación, mientras que en los primeros, lo relevante es lo que puede hacer con el objeto sobre el que recae el derecho real, y solo pretende de la

comunidad (sujeto pasivo) la abstención de conductas que menoscaben o anulen tales potestades. Por último, véase que el art. 1882 del Cód. Civ. y Com. utiliza el término “objeto” y no “cosa”, debido a que si bien es cierto que los derechos reales principalmente se emplean sobre cosas, a tenor del art. 1883 in fine “el objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”, entendiéndose por tales “los derechos”. Esta circunstancia es relevante, pues, como veremos más adelante, el usufructo puede recaer, por ejemplo, sobre participaciones societarias (arts. 2130 inc. b, Cód. Civ. y Com. y art. 218, LGS).

Finalmente, retomando la noción de cosa como objeto de los derechos reales, los arts. 1883 y 2130 del Cód. Civ. y Com. además de postular que se ejercen sobre la totalidad de ella, también permiten que sea “sobre una parte material o por una parte indivisa”.

b) El derecho real otorga las facultades de persecución y preferencia y las demás previstas en el Código: la persecución y preferencia son las notas distintivas de los derechos reales, y el art. 1886 lo explica de la siguiente manera: “El derecho real atribuye a su titular la facultad de perseguir la cosa en poder de quien se encuentra, y de hacer valer su preferencia con respecto a otro derecho real o personal que haya obtenido oponibilidad posteriormente”. En especial, me interesa enfatizar la previsión “demás facultades previstas en este Código” con motivo de lo que refiero a continuación; el legislador decidió incorporar un esquema bifronte: por un lado, exponer las potestades genéricas aplicables a todos los derechos reales, es decir persecución y preferencia, y por otro, diferir para cada derecho en particular la reglamentación de las facultades que le son propias, así como la extensión y delimitación de su ejercitación; por ejemplo, si bien el derecho real de dominio y el derecho real de propiedad horizontal comparten las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de la cosa, en el primero, el titular del derecho lo puede hacer “... dentro de los límites previstos en la ley”, es decir, es amplio y solo la ley recorta su conducta (art. 1941), y en el segundo, lo hace “... de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal (art. 2037), por lo que su obrar está más acotado que en el dominio.

### III. Concepto

El art. 2129 del Cód. Civ. y Com. en su primera oración define al usufructo de la siguiente manera: “Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia”. La nueva concepción legal ha mejorado la del art. 2807 del

Código de Vélez Sarfield que no contenía en su definición la facultad “de disponer jurídicamente”, limitándola a “usar y gozar de la cosa”.

Por otra parte, el perimido texto del viejo 2807 expresaba que el derecho real recaía “sobre una cosa”, excluyendo la posibilidad de que los “derechos” pudiesen ser objeto del usufructo. Más aun, en la fraseología del art. 2838 se disponía que “... Los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos. Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro”, es decir, el documento en el que constaba instrumentado el crédito venía a ser el elemento “cosa” requerido” en la definición del art. 2807 para la existencia del usufructo.

Actualmente, y superando la ficción innecesaria del Código derogado, el actual 2129 en concordancia con la regla general del art. 1883 segundo párrafo, aclara que el objeto puede recaer sobre un “bien”, en suma “cosas” o “derechos cuando la ley expresamente admite”.

Avanzando en la definición que trae el nuevo art. 2129,, véase que al tratar de la “facultad de disposición” se refiere únicamente a la “jurídica” y no abarca la “física”, motivado por el hecho de que el usufructuario no puede alterar la sustancia de la cosa.

La segunda oración reglamenta los casos en los que considera que existe alteración de la sustancia: “Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba”. Sobre el tema, Vázquez escribe que el usufructuario está obligado: 1) a no alterar o transformar la cosa en sus características esenciales; 2) a mantener el destino económico estipulado en el contrato constitutivo, o en su defecto, el que le había dado el propietario cuando la cosa estaba en su poder; y 3) cuando se trata de un derecho, a no menoscabarlo **(2)**. Por ejemplo, si recibió un campo que estaba destinado a la plantación de árboles de nogal, no puede dejar de lado esta finalidad y utilizarlo para la siembra de trigo.

### IV. Deber de no alterar la sustancia

El deber de no alterar la sustancia, tomado del *salva rerum substantia* del Derecho Romano, es inherente al usufructo, de modo que no podemos concebir a este derecho si no está acompañado de tal límite, aunque como veremos más adelante no atañe exclusivamente a esta figura. Por otra parte, ya expuse en el título precedente

cuando se considera que existe tal alteración, por lo que obviaré volver sobre el punto.

He aquí en el *salva rerum substantia* la esencia misma del usufructo, pues si el usufructuario no estuviese limitado por este impedimento, las diferencias que lo separan del dominio desaparecerían. Marcelo Pepe explica que ello "... consiste en no poder modificar sus elementos sustanciales, como el objeto y la causa del objeto gravado..."**(3)**.

Un enfoque interesante sobre la cuestión es el propuesto por los Alterini, para quienes "... alterar la sustancia es menoscabar el derecho objeto del usufructo (art. 2129, Código Civil y Comercial), y "menoscabar" significa "disminuir algo, quitándole una parte, acortarlo, reducirlo", o "deteriorar y destruir algo, quitándole parte de la estimación o lucimiento que antes tenía"**(4)**. Lo relevante de esta postulación se conecta con la faz práctica, pues siguiendo el razonamiento transcrito se percibe más vívidamente los efectos que se derivan del deber de respetar el límite impuesto por el art. 2129 del Cód. Civ. y Com.

A contrario sensu, la posibilidad de modificar la sustancia del objeto habilita en definitiva a que la persona pueda ejercer actos del tipo de los que haría al dueño, por lo que al momento de tener que restituir aquello entregado en usufructo, su obligación radica en devolver al nudo propietario otra cosa de idéntica calidad y especie, pero no la misma. En esta prédica yace el sustento mismo de la prohibición al usufructuario de alterar la sustancia. Sin embargo, esta entelequia no se exhibía de forma pura en el Código derogado, en tanto que, junto al que denominaba usufructo perfecto (arts. 2807, 2808 y 2810, entre otros), convivía el "usufructo imperfecto" o "cuasi-usufructo", el que según el art. 2808 última parte era "... el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, o cambiase su sustancia, como los granos, el dinero, etcétera". El art. 2811 completaba la noción señalando que "El cuasi-usufructo transfiere al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas a este usufructo, y puede consumirlas, venderlas, o disponer de ellas como mejor le parezca"; en rigor de verdad, se estaba frente a una adquisición de dominio. Así lo reconocía el propio codificador cordobés en la nota al art. 2871 donde escribió: "el propietario no conserva ningún derecho real sobre el objeto del cuasiusufructo. No tiene sino un derecho de obligación para obtener una cosa igual acabado el usufructo, cuya eficacia le está asegurada por una fianza. El cuasiusufructo es por naturaleza un verdadero préstamo de consumo, un mutuo con fianza...".

El nuevo Código no reavivó el usufructo imperfecto, poniendo fin a esta figura de escasa aplicación en la codificación derogada.

Otra directriz – ligada al *salva rerum substantia* – sobre la que se debatía – antes del primero de agosto de 2015 – era la incluida en el art. 2892 del Código de Vélez, que rezaba que el usufructuario "tampoco puede cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiere producir". Sobre el tópico, Mariani de Vidal afirmaba que "lo dispuesto en la norma transcripta es demasiado terminante, parece no haber sido la solución del Digesto "(en referencia al Digesto de Justiniano)" y no era la de Freitas"**(5)**. El Código Civil y Comercial no reitera un texto semejante, pero entiendo que, de plantearse el supuesto, nada obsta a que puede echarse mano a la doctrina del "abuso del derecho" (art. 10, Cód. Civ. y Com.). Imagínese un inmueble que tiene como destino la confección de calzados, pero que debido a la pandemia ha reducido sensiblemente su producción, y cuyo usufructuario cuenta con la posibilidad de utilizarlo para la fabricación de barbijos; en este contexto, podría pensarse que una oposición del nudo propietario quebrantaría los límites de la buena fe.

## **V. Ubicación del usufructo en la clasificación de los derechos reales**

Los arts. 1888 a 1891 del Cód. Civ. y Com. determinan las distintas clasificaciones que pueden presentarse en términos de derechos reales. Tomando en consideración el delineamiento de tales preceptos, y atento su naturaleza y definición legal, en orden a las previsiones citadas, podemos decir que el usufructo es un derecho real principal (art. 1889) que se ejerce por la posesión (art. 1891), que recae sobre un bien ajeno (art. 1883 in fine y 1888 in fine) que puede ser registrable o no (art. 1890).

A lo antes dicho, podemos agregar que es un derecho temporario y vitalicio, y que es intransmisible por causa de muerte.

### **a) Derecho real principal**

El derecho real es principal cuando no accede en función de garantía a un crédito (art. 1889). Claramente el usufructo no cumple ese rol, por lo que es un derecho principal. La nota relevante que da está característica es que, quien posee una cosa a título de usufructuario sin que su posesión sea legítima (art. 1916), puede demandar su adquisición mediante el instituto de la prescripción (art. 1897 y ssgtes.).



b) Ejercicio por la posesión

El usufructo se ejerce por la posesión cuando el objeto es una cosa, pero si el objeto es un derecho, no es posible la relación posesoria. De lo expresado se infiere que cuando recae sobre una cosa, es factible adquirir el usufructo por usucapión, de lo contrario, no es admisible acudir a tal expediente.

c) El objeto es un bien ajeno

El bien (cosa o derecho) que se entrega en usufructo pertenece a otro; por ello, es que estamos frente a una desmembración del dominio (art. 1964). Dado que se cede al usufructuario las funciones vitales consistentes en el uso y goce, durante la vigencia de este derecho real, se alude al dueño como nudo propietario, pues con motivo de la transmisión del uso y goce, el dominio ha quedado desnudo para el propietario.

d) Recae sobre bienes registrables y no registrables

El art. 2130 del Cód. Civ. y Com., en consonancia con el art. 1883, prescribe que “El usufructo puede ejercerse sobre la totalidad, sobre una parte material o por una parte indivisa de los siguientes objetos: a) una cosa no fungible; b) un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé; c) una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales; d) el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario”. Dada la amplitud del precepto, quedan comprendidas dentro de aquel las cosas muebles registrables y no registrables, los inmuebles, y los derechos expresamente admitidos, tales como las participaciones societarias.

i) Cosa no fungible: recuérdese que son cosas fungibles “... aquellas en que todo individuo de la especie equivale a otro individuo de la misma especie, y pueden sustituirse por otras de la misma calidad y en igual cantidad”, por lo que, a contrario sensu, son cosas no fungibles las que no exhiben estos criterios (art. 232). En la mayoría de las veces, este tipo de cosas representan el objeto del usufructo, incluso como efecto del deber impuesto al usufructuario de no alterar la sustancia.

La determinación de una cosa como fungible o no fungible en algunos casos puede establecerse por su naturaleza, y en otros casos, por la voluntad de las partes. En la nota al art. 2241 del Código derogado, Dalmacio Vélez Sarfield explicaba que “Las cosas en sí mismas no son ni fungibles, ni no fungibles. Lo son sólo en el caso particular en que deban ser entregadas a alguno, para ser devuelta después, y la misma cosa puede ser fungible o no fungible, según la voluntad de las personas...”. Por ejemplo, un cuadro de Botero es como regla una cosa no fungible. A su

vez, un billete de dólar es en principio una cosa fungible, pero si ese billete lleva el autógrafo de Maradona, puede convertirse en una cosa no fungible; imaginemos que se realizará una exposición con objetos que se vinculan con el astro futbolístico, y el dueño del billete lo entrega en usufructo para el evento, es claro que solo admitirá como restitución el mismo papel y no otro, por más que sea del mismo signo monetario y del mismo valor.

ii) Un derecho cuando la ley lo prevé: entre los ítems legalmente previstos se destaca la facultad del titular del derecho real de superficie (art. 2131) de constituir usufructo sobre el derecho que tiene de plantar, forestar o construir sobre el terreno, el vuelo o el subsuelo (art. 2114, Cód. Civ. y Com.)

Fuera de las normas del Código, aparece el usufructo de cuotas sociales en las sociedades de responsabilidad limitada y el usufructo de acciones de sociedades anónimas (arts. 156 y 218 de la ley 19.550, LGS).

Kiper sostiene que un usufructo de derechos “... podría ser el supuesto en que se lo constituye sobre un crédito instrumentado” **(6)**; a lo cual los Alterini cuestionan tal invocación argumentando que “... el usufructo de créditos que admitía el Código Civil derogado (art. 2838) fue eliminado del Código Civil y Comercial...” **(7)**. Parece desprenderse del planteo de Kiper que la alusión a “crédito instrumentado” se vincula con la idea de que una ley especial contemple tal posibilidad.

En verdad, lo más destacable de la nueva preceptiva es incorporar al “derecho” como objeto del usufructo sin necesidad de que conste en un documento, pues en definitiva lo determinante para el usufructuario es la importancia y trascendencia del “derecho” más que su instrumentación, en la medida en que la prueba de aquel esté debidamente resguardada. Hoy día, el avance tecnológico facilita tremendamente la acreditación de su existencia sin necesidad de un “papel” que lo sustente.

ii) Cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales: queda claro que el dispositivo legal apunta al conjunto de animales en tanto una universalidad de hecho (art. 1927), como un averío, una majada, etc. Kiper afirma que “El Código solo admite el cuasiusufructo de un conjunto de animales, no de otras cosas fungibles, y menos aún consumibles...” **(8)**. No comparto la tesis, porque como hemos visto supra es de la esencia del cuasi-usufructo que su titular pueda consumirlas y enajenarlas, debiendo restituir otras de la misma calidad y especie, y sin embargo, de la armonización del art. 2130 inc. c del Cód. Civ. y Com. con los arts. 2141 inc. a y 2153 in fine, el usufructuario está obligado a restituir los mismos animales y si el conjunto

perece en su totalidad sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al nudo propietario los despojos subsistentes, y “Si el conjunto de animales perece en parte sin culpa del usufructuario, éste tiene opción de continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o de cesar en él, entregando los que no hayan perecido”. Es decir que no se trata de un cuasi-usufructo, ya que si así fuera, debería devolver la misma cantidad y calidad recibida y no los despojos subsistentes **(9)**. La obligación de reemplazo del art. 2141 inc. a opera si el usufructuario no decide extinguir el usufructo, de modo que si pone fin a esta figura, no queda compelido a reintegrar la misma cantidad y calidad de animales, y solo lo que queda del conjunto, pero con algunas limitaciones; volveré sobre este último tópico al tratar del derecho de uso y goce.

iv) El todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario: el actual Código Civil y Comercial solo admite la constitución de usufructo sobre el todo o parte de un patrimonio cuando tiene como causa una disposición de última voluntad. En consecuencia, se veda tal opción por actos entre vivos, modo que estaba permitido en el Código de Vélez. Se esfuma así un mecanismo que era muy utilizado en procesos sucesorios en los que, fallecido uno de los cónyuges, el supérstite adjudicaba a los hijos los derechos que le correspondían en la herencia, reservándose el usufructo sobre su alícuota.

#### e) Temporario y vitalicio

El usufructo es un derecho temporario, cualidad necesaria con miras a evitar que las facultades sobre las cosas estén disgregadas indefinidamente, y se paralice así el tráfico comercial de bienes. Si el nudo propietario conserva el jus abutendi y el usufructuario detenta el jus utendi y el jus fruendi, la posibilidad de que la cosa circule en el comercio se restringe.

En función de lo señalado en el párrafo anterior, el usufructo en las personas humanas es vitalicio si no se previó un plazo o condición resolutoria, y si la persona fallece antes del cumplimiento del plazo o condición pactados, se extingue con su muerte (art. 2152 inc. a, Cód. Civ. y Com.).

Cuando es una persona jurídica la titular del derecho, el plazo máximo es de cincuenta años (art. 2152 inc. b), pero si se produce el fin de la existencia del sujeto ideal antes de los cincuenta años o antes del plazo o condición acordados, el usufructo se extingue, aplicando por analogía el art. 2152 inc. a.

## **VI. El usufructo otorga facultades más amplias que algunos derechos reales sobre cosa propia**

Según el art. 1888 del Cód. Civ. y Com., son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Por su parte, el usufructo es un derecho real sobre cosa ajena, ya que la propiedad pertenece a otro.

Es habitual la tendencia a presumir que los derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia otorgan mayores facultades que los que se ejercen sobre cosa ajena. Ello se desprende del hecho de que los primeros reúnen para el titular el derecho de usar, gozar y disponer física y jurídicamente sobre la cosa, y en los segundos, se limitan al uso y goce, o solo al uso, y excepcionalmente al uso, goce y disposición jurídica, pero aún en este último caso, las atribuciones suelen ser más acotadas que en los derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia.

Sin embargo, los límites entre ambas categorías de derechos no son tajantes, lo que puede ocurrir o bien porque la propia naturaleza del derecho no admite un ejercicio demasiado amplio, o bien porque el acto constitutivo expande o contrae las facultades del adquirente sobre el objeto del derecho. Por ejemplo, en el derecho real de tiempo compartido donde “... 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” (art. 2087), su propia génesis impone su reducida implicancia. En cambio, en el derecho real de uso, las prerrogativas del usuario pueden ampliarse o reducirse sustancialmente en virtud de que el uso y goce sobre la cosa se ejerce “en la extensión y con los límites establecidos en el título” (art. 2154).

De este modo, si el dominio es el derecho real por excelencia, el usufructo es el derecho real sobre cosa ajena más importante; a tal punto, que trasciende sus fronteras y desborda ciertos derechos reales sobre cosa propia.

a) Frente al condominio: en materia de condominio, el art. 1986 del Código dispone que “Cada condómino, conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común sin alterar su destino. No puede deteriorarla en su propio interés u obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos”, el art. 1985, que “El destino de la cosa común se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho”, y el art. 1990 primera parte, que “La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos”. De la lectura

conjunta de los tres preceptos se desprende la similitud que guardan con la segunda oración del art. 2129 sobre el principio del salva rerum substantia en el usufructo. Si a ello sumamos que cada condómino debe ejercer su derecho de manera tal que no impida el mismo desempeño de los restantes, y que el usufructuario no se ve constreñido por tal restricción, podemos concluir que detenta un ejercicio más amplio que el condómino, Podrá invocarse en favor del comunero que su derecho es perpetuo, pero no menos cierto es que todo condómino puede pedir la partición en cualquier momento (art. 1997), alea con la que no debe convivir el usufructuario, para quien su derecho es vitalicio.

Un punto a favor del condómino sería que puede enajenar libremente su parte indivisa; sin embargo, las posibilidades de que esto suceda son escasas, pues habitualmente pocas personas muestran interés en adquirir una cuota parte de una cosa que tienen que compartir con extraños, estando expuestas a la acción de división de cualquiera de los comuneros. Un ejemplo evidente de ello son las subastas de partes indivisas declaradas a menudo desiertas por falta de oferentes.

b) Frente al tiempo compartido: hemos visto ya la definición del art. 2087 del Cód. Civ. y Com. sobre tiempo compartido. Queda claro que en este derecho lo atractivo para el usuario es la calidad y comodidad del alojamiento propio e instalaciones comunes a las que accede. Pero, por el contrario, solo puede utilizar los bienes afectados de acuerdo al régimen de turnos impuesto por el emprendedor (art. 2094). Sumado a ello, el régimen de expensas en esta clase de emprendimiento suele ser muy costoso y la volatilidad a la que están expuestos puede implicar su intempestiva extinción (art. 2099 inc. b).

Frente a ello, el usufructo se ofrece como una opción atrayente, debido a que puede contener características semejantes a las del tiempo compartido y otorgar a su vez mayores facultades para su titular que la del usuario de aquel otro derecho. Asimismo, en términos de cánones, no se esgrime el usufructo como más elevado económicamente, y su titular puede convenir con el nudo propietario un plazo de duración prudencial.

## VII. El usufructo y la locación

El usufructo juega su partido dentro de los derechos reales, mientras que la locación lo hace en los derechos personales; no obstante, evidencian ciertos rasgos comunes que acercan las cualidades de ambas figuras, lo que ha llevado a la doctrina a postular que podrían cumplir una función equivalente **(10)**. En efecto, cuando el destino del inmueble es el de vivienda, puede acudir tanto al

usufructo como a la locación como fuente de convención entre las partes contratantes.

En el caso del usufructo, posibilita al nudo propietario liberarse del pago de tributos, cargas y expensas extraordinarias que gravan al inmueble, trasladando dicha responsabilidad al usufructuario, aspecto que le está vedado al locador, ya que debe necesariamente asumir su contribución (art. 1209, Cód. Civ. y Com., reformado por el art. 8 de la ley 27.551).

En otro orden de ideas, el locador asume una serie de compromisos frente al inquilino relativos a garantizar el uso adecuado de la cosa, mientras que el nudo propietario se desentiende de tales deberes una vez que entregó la cosa el usufructuario.

A continuación, detallo las similitudes y diferencias entre ambos institutos tomando como referencia el cuadro comparativo diseñado por la Dra. Gabriela Vázquez **(11)**.

DERECHO	USUFRUCTO	LOCACIÓN
NATURALEZA	Real	Personal
PLAZO MAXIMO	La vida del titular persona humana o la existencia de la persona jurídica	20 años (destino habitacional) 50 años (otros destinos) art.1197
USO Y GOCE	Sin alterar la sustancia	Sin alterar la sustancia
ONEROSIDAD GRATUIDAD	O Puede ser oneroso o gratuito	Es siempre onerosa
FUENTE	Contrato-Testamento-Usucapión-Ley	Solo el contrato
TRANSMISIBILIDAD HEREDITARIA	No es transmisible pero puede constituirse a favor de varias personas con derecho de acrecer	Es transmisible a los herederos y pueden continuarla quienes recibieron ostensible trato familiar el año anterior al fallecimiento (arts.1189 y 1990)
PLAZO MINIMO	No tiene	3 años (art.1198) con excepciones (art.1199)
FORMA INMUEBLE	Cuando la fuente es contractual: escritura pública (art.1017, inc. a)	Basta el instrumento privado
MEJORAS DE MERO MANTENIMIENTO	A cargo del usufructuario	A cargo del locatario (art.1207)
MEJORAS NECESARIAS	A cargo del usufructuario, salvo las mejoras originadas por caso fortuito o vetustez (art.2146)	A cargo del locador (art.1200 y ss.)
DEFENSAS	Acciones posesorias y reales	Acciones posesorias

## VIII. Usufructo minero

El art. 338 del Cód. de Minería consagra el usufructo de minas, el que por tratarse de una legislación especial prevalece sobre el Cód. Civ. y Com. La primera oración de la preceptiva establece que "El usufructo debe comprender toda la mina, aunque se haya constituido a favor de



diferentes personas”, apartándose de la regla que emerge del art. 2130 del Cód. Civ. y Com. que admite que el objeto sea una “parte material” de la cosa.

A su vez, la segunda oración del art. 338 del Cód. de Minería prescribe que “El usufructuario tiene derecho a aprovechar los productos y beneficios de la mina, como puede aprovecharlos el propietario”; como se aprecia, el texto legal deja de lado el principio de *salva rerum substantia* del 2129 del Cód. Civ. y Com. En efecto, el art. 233 ante último párrafo enseña que “Productos son los objetos no renovables que separados o sacados de la cosa alteran o disminuyen su sustancia”; por lo que lo transcripto permite fácilmente concluir que la concesión al usufructuario de percibir los productos constituye una alteración de la sustancia de la cosa”. Va de suyo la necesidad de que la legislación especial contenga esta previsión, pues resulta evidente que solo tiene sentido esta clase de usufructo si su titular pueda extraer los minerales.

Finalmente, otra diferencia en el usufructo minero es el tiempo de vigencia, el que según el art. 338 in fine del Cód. de Minería “... podrá celebrarse por un plazo de hasta CUARENTA (40) años, ya fuere constituido a favor de una persona jurídica o natural y no se extingue por muerte del usufructuario, salvo pacto en contrario.

## IX. Derecho de uso y goce

El Código Civil y Comercial no exhibe previsión expresa sobre el derecho de usar el bien, lo cual es lógico, porque en cualquier relación de poder legítima, personal o real, va implícita esta facultad, y sobre todo cuando se trata de un derecho real que se ejerce por la posesión, y vaya que el usufructo corresponde a esta especie. Solo queda excluida la tenencia desinteresada, por ejemplo, un contrato de depósito.

Por otro lado, el derecho de gozar del bien sobre el que recae el usufructo está esencialmente comprendido en el art. 2141 del Cód. Civ. y Com., el que particularmente se dirige a establecer a quien pertenecen los frutos, es decir si al nudo propietario o al usufructuario, de acuerdo al momento en que deben ser percibidos.

La norma citada ofrece tres hipótesis: frutos, productos y acrecentamientos naturales.

a) Frutos: corresponden al usufructuario los frutos percibidos y los frutos pendientes al tiempo de constituirse el usufructo (arts. 2141 incs. a y b primera parte). Sin embargo, pertenecen al nudo propietario los pendientes al tiempo de su extinción (art. 2141 inc. b segunda parte). La intención del legislador es clara: entre el nacimiento y la extinción del

usufructo, los frutos le corresponden al usufructuario, fuera de este espacio temporal, le pertenecen al titular de dominio.

Concita especial atención el art. 2141 inc. a del Cód. Civ. y Com. cuando regla la situación de los frutos en relación al conjunto de animales. En su parte pertinente, el artículo citado dispone que “... si el usufructo es de un conjunto de animales, el usufructuario está obligado a reemplazar los animales que faltan con otros iguales en cantidad y calidad, si no opta por pedir su extinción”. El presupuesto de hecho de la norma debe interpretarse teniendo muy presente el art. 2152 inc. d, que habilita al nudo propietario a demandar judicialmente la extinción del usufructo por “el uso abusivo y la alteración de la sustancia”. Sin adentrarme en la doctrina del “abuso de derecho” (art. 10, Cód. Civ. y Com.), debe recordarse que tal instituto no es equiparable a un obrar ilícito, sino que se configura cuando la conducta de la persona es contraria a los fines del ordenamiento jurídico o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Llevado lo expuesto al caso concreto, no se trata de que el usufructuario se desempeñe fuera de los límites de su título, sino que exige del animal más allá de lo que razonablemente se puede esperar de la especie, al punto que una parte de ellos perecen. Dado tal resultado, la facultad de extinguir el usufructo con derecho a indemnización legítima al nudo propietario, no pudiendo el usufructuario echar mano a la opción que le brinda el art. 2153 in fine, o por lo menos, no pudiendo hacerlo sin un debido resarcimiento al propietario.

b) Productos: de acuerdo al art. 2141 inc. c del Código, pertenecen al usufructuario los productos de una explotación ya iniciada al tiempo de constituirse el usufructo. Los Alterini alegan que la norma se justifica por la necesidad de que el derecho de usufructo pueda captar ciertas explotaciones de objetos no renovables, tales como el gas, el petróleo, las minas, etc., que de otra manera no tendrían cobertura suficiente en este derecho real **(12)**. Sin embargo, entiendo que la intención del codificador tuvo en miras la noción de casos en los que el objeto solo tiene sentido con la extracción de productos, por lo que vedar tal potestad al usufructuario anularía en sí mismo su derecho de uso y goce.

c) Acrecentamientos naturales: El uso y goce del usufructuario se extiende a los acrecentamientos originados por hechos de la naturaleza, sin contraprestación alguna (art. 2141 in fine, Cód. Civ. y Com.). Son acrecentamientos naturales la accesión de cosas muebles (art. 1958), el aluvión y la avulsión en inmuebles (arts. 1959 y 1961). La última oración del art. 1961 aclara que el acrecentamiento también puede originarse en otro fuerza de la naturaleza. Asimismo, aún cuando el art. 2141 in fine del Código guarde

silencio, no encuentro óbice para incluir en el uso y goce del usufructuario la construcción, siembra o plantación realizada por un tercero con trabajo o materiales ajenos en el inmueble usufructuado (art. 1962 ter).

## X. Facultades jurídicas del usufructuario

El art. 2142 del Código Civil y Comercial estipula las facultades de disposición jurídica del usufructuario. No obstante, y antes de avanzar sobre tales atribuciones, debe tenerse presente que en ningún caso, puede obrar constituyendo mayores derechos que los que el propio titular del usufructo tiene, conforme el principio del *nemo plus iuris* del art. 399 del Cód. Civ. y Com. aunque debe tenerse presente la excepción prevista en el art. 392.

a) Transmisión del derecho de usufructo inter vivos: “el usufructuario puede transmitir su derecho, pero es su propia vida y no la del adquirente la que determina el límite máximo de duración del usufructo. Con carácter previo a la transmisión, el adquirente debe dar al nudo propietario garantía suficiente de la conservación y restitución del bien”. (art. 2142). El nuevo Código ha ampliado los derechos de su antecesor, el que solo permitía la cesión del ejercicio del derecho (art. 2870, Cód. Civ. derogado).

El derecho de usufructo puede ser transmitido a título oneroso o gratuito a otra persona, con el límite máximo de la vida del transmitente. Si el usufructuario-transmitente fallece con posterioridad a la transferencia, el derecho del usufructuario-adquirente se extingue, aunque el plazo del usufructo pactado en el acto constitutivo todavía no haya vencido. El usufructo también se extingue si fallece el usufructuario-adquirente, aunque permanezca vivo su transmitente.

Esta facultad de disposición jurídica puede ejercerse exclusivamente por actos entre vivos, ya que como el usufructo se extingue necesariamente con la muerte del usufructuario (art.2152, inc. a), éste no puede disponer de su derecho por testamento.

La libre transmisibilidad sentada por el art. 2142, concuerda con lo que dispone como directriz genérica el art. 1906 del Cód. Civ. y Com. y se trata de una facultad irrenunciable por el usufructuario, porque está comprometida la estructura del derecho real. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) declararon por mayoría: “No es posible pactar cláusulas de inenajenabilidad en caso de usufructo, toda vez que conculca lo dispuesto por los artículos 1884 y 1906 del CCyC” **(13)**.

Recuérdese que el usufructuario-adquirente debe dar garantía suficiente al nudo propietario, aún cuando el

usufructuario-transmitente haya sido dispensado por el nudo propietario de este deber, lo que pudo haber obedecido a que por la cualidades personales del usufructuario-transmitente, el nudo propietario no haya considerado necesaria la exigencia de la garantía. Sin embargo, desde que no puede impedir que el usufructuario transmita su derecho, es razonable que el ordenamiento imponga el deber de garantía en el usufructuario-adquirente. Claro está, que el nudo propietario puede dispensar a este último de tal obligación.

b) Constitución de derechos reales y personales: el art. 2142 del Cód. Civ. y Com. segundo párrafo prescribe que “El usufructuario puede constituir los derechos reales de servidumbre y anticresis, uso y habitación y derechos personales de uso o goce. En ninguno de estos casos el usufructuario se exime de sus responsabilidades frente al nudo propietario”. Del uso lingüístico surge que es taxativo cuando se refiere a servidumbre, anticresis, uso y habitación como derechos reales que puede constituir por la inclusión del artículo “los” seguido de derechos reales. En cambio, en materia de derechos personales se advierte un espectro amplio, bastando que sean de uso y goce (locación, comodato, etc.). Pero más allá de estas prerrogativas, el usufructuario mantiene toda su responsabilidad frente al nudo propietario, incluso por los actos de los adquirentes de derechos sobre la cosa usufructuada con quienes contrató, sin perjuicio de las acciones de repetición que le pudieran corresponder.

c) No puede constituir hipoteca: dado el carácter taxativo del art. 2142 en cuanto a constitución de derechos reales y en conjunción con el art. del 2206 del Cód. Civ. y Com. queda claro que no puede dar vida a la hipoteca. En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) se predicó por mayoría, que: “En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca”. Sin embargo, por minoría se invocó que “Dada la transmisibilidad del derecho real de usufructo y su gravabilidad (art. 2142 del CCyC), el usufructuario tiene la facultad de hipotecar”. Pienso que de lege ferenda sería aconsejable una futura modificación a los arts. 2142 y 2206 legitimando al titular del usufructo a hipotecar su derecho. En efecto, si el derecho de usufructo es embargable y ejecutable (cfr. art. 2144), lo que implica que desempeña la función de garantía respecto del cumplimiento de sus obligaciones (arg. 244), no se observa fundamento razonable alguno para que se le vede tal posibilidad. De poder constituir hipoteca, sumaría una herramienta más para obtener créditos a tasas más accesibles al asegurarle al acreedor un mecanismo de cobro efectivo.

d) Afectación a vivienda: distinto es el panorama cuando el objeto del usufructo es un inmueble con destino de vivienda y toca establecer si el usufructuario puede afectarlo al régimen de protección de vivienda (art. 244 y ssgtes., Cód. Civ. y Com.), pues al no tratarse de un derecho real, no aplica la restricción del art. 2142.

La incertidumbre emerge del art. 245 y la defectuosa redacción que se le dio a la primera parte del precepto al señalar que la afectación puede ser solicitada por el titular registral, pues solo es notorio en el artículo que quien puede afectar debe tener su derecho real inscripto, pero se presenta incierto en relación a qué titulares de derechos están incluidos en la legitimación.

La situación se complica más con la segunda parte del art. 245 cuando añade que “si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente”, porque si se considera que el uso de la palabra “condominio” debe armonizarse con la de “titular registral”, va de suyo que solo faculta al titular de dominio y figuras afines tales como la propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios. En cambio, si solo se acudió a dicho término para aclarar que si el derecho real es de sujeto múltiple, todos deben prestar su consentimiento, el catálogo de legitimaciones se expande, extendiéndose al usufructo y eventualmente al co-usufructo.

Considero que aplicando los mismos argumentos que utilicé al referirme a la potestad del usufructuario para constituir hipoteca, pero no rigiendo la prohibición del art. 2142 del Código, el usufructuario puede afectar su derecho a vivienda. Al hacer tema del tópico, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) se concluyó por unanimidad que “El usufructuario puede afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los arts. 244 y ss. del CCyC, si concurren los requisitos exigidos por dichas normas” y que, en tal caso “la afectación al régimen de vivienda durará solo mientras exista el usufructo, salvo que el dominio se consolide en cabeza del usufructuario”.

e) Mejoras facultativas: El art. 2143 del Cód. Civ. y Com. dice que “El usufructuario puede efectuar otras mejoras, además de las que está obligado a hacer, si no alteran la sustancia de la cosa. No tiene derecho a reclamar su pago, pero puede retirarlas si la separación no ocasiona daño a los bienes”. Contemplando la generosidad de la previsión normativa, el usufructuario puede introducir toda serie de innovaciones, mejores y beneficios en la cosa, en la medida en que respete el *salva rerum substantia*. Ello representa un gran atributo pues si se trata de un usufructo a largo plazo o vitalicio, puede significar un estímulo para el

usufructuario. Por ejemplo, si el objeto es un inmueble con finalidad de vivienda, podrá cambiar pisos, embellecer cocina y baño, etc. Claro está, no tendrá acción de reembolso al concluir el derecho. No obstante, en los usufructos familiares, sabiendo el usufructuario que al extinguirse su derecho, el mayor valor que le haya agregado a la cosa favorecerá a un ser querido, no sentirá la erogación como una pérdida irrecuperable sino como una inversión.

Finalmente, el usufructuario goza del derecho de retirar las mejoras, si no acarrea un perjuicio al bien al que estaban aplicadas. Por ejemplo, si se colocaron cerramientos, rejas u otros elementos para dar mayor seguridad a la vivienda, está habilitado a retirarlos en la medida en que no dañe la propiedad.

## **XI. La prohibición de facultades de disposición material no constituye un límite considerable.**

Histórica y actualmente cuando se habla de usufructo, se lo relaciona de forma automática con el principio de *salva rerum substantia* como si fuera una barrera impuesta exclusivamente al titular de ese derecho **(14)**. Sin embargo, cuando se trata de derechos reales que se ejercen por la posesión, a excepción del dominio, el resto se ve circunscripto por tal regla; así lo contemplan los arts. 1985, 1986 y 1990 para el condominio, los arts. 2047 inc. a y 2052 para la propiedad horizontal, y el art. 2078 para los conjuntos inmobiliarios, entre otros. Incluso, en el derecho real de superficie - el cual inicialmente parece exhibir mayores potestades - el titular superficiario debe ejercer su derecho según las modalidades y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución, conforme lo prevé el art. 2114 del Código.

La distinción que se manifiesta entre los derechos citados y el usufructo es que en aquellos se prevé legalmente la facultad de disposición material y en el usufructo, no, más lo cierto es que en todos los casos deben respetar los límites previstos en el acto constitutivo, denotando en definitiva que el deber de no alterar la sustancia está in situ en mayor o menor medida en todos estos derechos.

Lo que pretendo con estas breves líneas es exorcizar la figura del usufructo como único derecho ligado al *salva rerum substantia* y que, en cualquier circunstancia, lo que el usufructuario puede realizar materialmente sobre la cosa surgirá del acto constitutivo. En esta inteligencia, cabe presumir que el adquirente del usufructo ha meditado debidamente la finalidad y los alcances del contrato que celebra y del resultado de dicha evaluación decide seguir



adelante pues en definitiva el usufructo será útil para alcanzar el objetivo que persigue al adquirir este derecho.

Es que en realidad, todas las conductas destinadas a una voluntad común se limitan en función del compromiso asumido, y ello acontece en los derechos personales y también en los derechos reales. El dominio perfecto (art. 1941) - derecho real por excelencia - quizás represente la única excepción, pues fuera de aquel hasta el propietario fiduciario debe obrar de conformidad con lo pactado en el contrato de fideicomiso (arts. 1666, 1667 y 1704, entre otros).

## XII. Conclusión

Luego de haber repasado el instituto del usufructo en el marco de los derechos reales, habiendo puesto especial atención a las facultades que este derecho concede a su titular, las conclusiones son más que auspiciosas.

En efecto, si bien es un derecho real sobre propiedad ajena, es indudablemente el de mayor importancia, al extremo que, como hemos podido comprobar, atribuye a su titular potestades más amplias que algunos derechos reales sobre cosa propia, como el condominio y el tiempo compartido.

En definitiva, con la renovada articulación que trae el Código Civil y Comercial, y con el augurio de una futura reforma que legitime, por ejemplo, al usufructuario a constituir hipoteca sobre el objeto del usufructo, estamos frente a una figura que puede jugar un papel socialmente muy útil y productivo.

\*\*\*\*\*

---

*(\*) Abogado (Facultad de Derecho – UBA).. Titular de la materia Obligaciones en el Instituto Universitario de Derechos Humanos. Docente de la materia “Elementos de los Derechos Reales”, Facultad de Derecho (UBA). Docente Adjunto por diez años de la materia “Derecho Civil y Comercial IV” (Universidad Nacional de La Matanza). Docente Adjunto de la materia “Derecho Comercial I” (Universidad Nacional de La Matanza). Docente Investigador de la Universidad Nacional de La Matanza. Director del Instituto de Contratos del Colegio de Abogados de Morón.*

### Notas

(1) Una nota distintiva del nuevo Cód. Civ. y Com. es la propensión del legislador por brindar definiciones, a diferencia del Código de Vélez, que era tributario de los efectos jurídicos que generan los hechos y actos humanos más que de los conceptos.

(2) VAZQUEZ, G. A., “Derechos Reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, 1ª ed. p. 694.

(3) PEPE, M., “Usufructo de fondo de comercio”, La Ley, 2007-C, p.

1103.

(4) ALTERINI J. H., ALTERINI I. E. y ALTERINI M. A., “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 621.

(5) MARIANI DE VIDAL, M., “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2009, 1ª ed., t. 3, p. 11.

(6) KIPER C., “Manual de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., p. 461.

(7) ALTERINI J. H., ALTERINI I. E. y ALTERINI M. A., “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., ps. 623/24.

(8) KIPER C., “Manual de Derechos Reales”, Ed. Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., p. 462.

(9) MARIANI DE VIDAL M. y ABELLA A., “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., t. II, p. 15. Las autoras se inclinan en el mismo sentido al designar al cuasiusufructo o usufructo imperfecto al que se constituye sobre cosas que se transmiten en propiedad al usufructuario. Con lo que el cuasiusufructuario viene a ser un propietario y no un usufructuario.

(10) ALTERINI J. H., “La locación y los derechos reales con función equivalente”, Ed. Platense, La Plata, 1ª ed., 1970.

(11) VAZQUEZ, G. A., “Derechos Reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2020, 1ª ed. p. 696.

(12) ALTERINI J. H., ALTERINI I. E. y ALTERINI M. A., “Tratado de los derechos reales”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, 1ª ed., p. 655.

(13) La minoría declaró: “Es posible que los sujetos involucrados en la constitución de un derecho de usufructo puedan pactar cláusulas de inenajenabilidad, en los términos previstos en el artículo 1972 del CCyC.”

(14) El uso y la habitación quedan implicados también por ser derechos de la misma familia que el usufructo.

---



**SECCIÓN  
DOCTRINA  
DERECHO DE  
FAMILIA**



## Embriones criopreservados: ¿tienen derecho a ser adoptados?

por Dr. Mariela Débora Sema (\*)

Sumario: I. Introducción.- II. ¿Adopción o donación de embriones criopreservados?.- III. Adopción de embriones criopreservados. IV. Adopción vs. Donación de embriones.- V. Adopción prenatal.- VI. El derecho a la identidad en la adopción de embriones.- VII. Conclusiones finales.-

### I. Introducción

Debemos comenzar este artículo manifestando que el embrión criopreservado es un ser vivo, producto de la fusión de gametos femenino y masculino que se origina con la fecundación y forman un cigoto, esto quiere decir que se los debe considerar sujetos de derecho por poseer derechos independientemente si se encuentran dentro o fuera del seno materno.

El problema se encuentra cuando nos encontramos con embriones fecundados fuera del seno materno y que por ser supernumerarios quedan crioconservados para su posterior uso en otro tratamiento, pero muchas veces ocurre que los progenitores obtuvieron el ansiado embarazo y no quieren volver a implantar esos embriones sobrantes, o se separan o divorcian y no quieren volver a utilizarlos, o también puede ocurrir la muerte de alguno o de ambos progenitores, entonces es necesario establecer un régimen que permita la adopción de esos embriones supernumerarios que se encuentran criopreservados con el único fin de que puedan continuar desarrollando su vida.

### II. ¿Adopción o donación de embriones criopreservados?

Los embriones son fecundados para ser implantados en el seno materno y de esta forma lograr la ansiada familia. De todos modos, resulta frecuente que, con el fin de evitar sufrimientos físicos ante la obtención de nuevo material genético, se formen embriones de más implantando solamente los necesarios, crio preservando los sobrantes. La problemática surge cuando se vacila respecto al destino de los embriones supernumerarios que quedan criopreservados, a veces, una nueva implantación. Puede suceder que la persona deniegue someterse a la práctica nuevamente; en este consideramos que debe tenerse en cuenta que los embriones son personas por nacer no se los

puede destruir entonces nos encontramos ante la posibilidad de que se lleve adelante una adopción de esos embriones criopreservados. Al respecto, la Dra. Dora García Fernández señala:

“Es así que los embriones sobrantes o supernumerarios que sus padres biológicos ya no quieren pueden enfrentar varios destinos:

1. “Donarlos” a otra pareja.
2. Donarlos para experimentación
3. Destruirlos

Respecto al primer punto, “donar” un embrión no es la palabra apropiada pues no se está hablando de una cosa sino de un ser humano y los seres humanos no se “donan” sino se adoptan. El concepto de la “donación” parece dar por supuesto que sólo puede recaer en objetos o cosas, de tal forma que nunca se hablará de “recibir un niño en donación” sino de “adoptar un niño”(1)”

Muchas veces cuando nos referimos a embriones criopreservados se suele considerar la adopción de embriones, y la donación. Ahora bien, se entiende por “adopción” al acto jurídico por el cual se crea un vínculo filial entre el adoptado y el adoptante. Se define a la “adopción de embriones” como el proceso por el cual se lleva adelante la adopción de aquellos embriones criopreservados abandonados por sus padres biológicos y factibles de ser adoptados por padres que jurídicamente podrían convertirse en biológicos conforme a partida de nacimiento. Sin embargo, se entiende por “donación” al acto jurídico mediante el cual el donante transfiere gratuitamente al donatario gametos o embriones y este lo acepta. Tanto en el caso de la “donación de gametos” como en la “donación de embriones” nos encontramos con una tercera parte involucrada, es decir el Centro de Fertilización interviniente, que es quien contrata con ambas partes, donante y donatario, con el fin de llevar adelante el ansiado embarazo.

Ahora bien, la “donación de embriones” nos trae grandes desafíos jurídicos, siendo uno de los más importantes el derecho a la identidad de la persona nacida producto de esta. En nuestro país, no hay norma que regule esta situación, y, por otro lado, los donantes gozan del derecho al anonimato y esto afectaría el derecho a conocer la verdadera identidad de la persona. Si bien es cierto que esta persona nació de su madre, aparentemente biológica, en realidad no lo es, ya que el vínculo biológico lo tiene con los donantes del embrión. Por lo expuesto, resultaría más lógico hablar de “adopción de embriones” y de “donación de gametos” y no de donación de embriones, ya que los embriones son personas por nacer y no “cosas”, por lo que



estaríamos en presencia de una adopción, y no una adopción como la que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico como una de las tres fuentes filiales, sino como una adopción prenatal.

### III. Adopción de embriones criopreservados

La adopción de embriones criopreservados resultaría una buena solución para muchas parejas; tanto para parejas que han atravesado el proceso con éxito y han conseguido tener un hijo propio, como para aquellas que se han separado y ya no quieren llevar adelante dicho proceso. También, para aquellas parejas infértiles o que no cuentan ni con óvulos ni espermatozoides para poder fecundar un embrión y quieren lograr su ansiada familia y no mediante un proceso de adopción convencional de un niño ya nacido. Nuevamente la Dra. García Fernández menciona al respecto:

“Se podría definir la adopción de embriones como un procedimiento mediante el cual un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer con el fin de ser criado por ella y su cónyuge (si lo tiene). Aquí cabe aclarar que la pareja que adoptara a los embriones no podría “contratar” el vientre de una tercera mujer para que lo llevara en su seno, pues estaríamos hablando de una maternidad subrogada.

Como en una adopción tradicional, la pareja que cría al niño no tendría ninguna conexión genética con él, pero a diferencia de este tipo de adopción, la pareja no tendría que pasar por el difícil proceso legal para ser declarados padres legales de la criatura. En este caso, la pareja adoptaría “biológicamente” al bebé durante la temprana etapa del embrión y no una vez que haya nacido **(2)**.”

Legalmente la madre de esa persona es quien lo dio a luz y su padre será el cónyuge o el conviviente de esta, cabe agregar que no tendrán vínculo biológico con el embrión debido a que no fueron los aportantes de los gametos. Esta adopción de los embriones criopreservados trae aparejada dos posibles soluciones al problema de tenerlos de por vida criopreservados, ya que actualmente no existe norma que limite el tiempo de su duración. Además, con la práctica de la adopción no serían destruidos, podrían poseer una vida plena al momento del nacimiento, aquellas personas infértiles podrían ser padres naturales desde el punto de vista médico aunque no padres biológicos por no contar con su material genético.

“Lo que aquí se analiza es una solución digna para evitar la destrucción de los miles y miles de embriones que ya se encuentran congelados y que en este momento mismo se están congelando, pero, que el remedio más eficaz, sería

que las legislaciones impidieran la fecundación de un número indiscriminado de óvulos. Así pues, se deberían fecundar únicamente los óvulos que han de ser transferidos. Con esto, no se acepta la eticidad de las técnicas de reproducción asistida, se está proponiendo una posible salida para remediar un mal que ya está hecho, siguiendo el problema moral del “mal menor”. En algunas circunstancias puede ser moralmente lícito permitir un mal (en este caso la fertilización in vitro) en atención a un bien superior (la vida de los embriones) o para evitar males mayores (la muerte de estos embriones) **(3)**.”

Si bien lo más lógico sería fecundar los embriones que sean posibles implantar y no de más, lo cierto es que en la práctica se obtienen la mayor cantidad de embriones posibles y se opta por la criopreservación de los mismos debido a los costos y el sufrimiento por el que pasan las parejas para la obtención del material genético, en especial las mujeres ya que deben someterse a procedimientos invasivos y dolorosos en su cuerpo. Entonces, seguiría siendo un problema de índole moral el tenerlos criopreservados (fueron ya citadas las razones), pero con la adopción de estos daría fin a problemas como el abandono y/o la destrucción de los embriones. El Dr. Justo Aznar señala al respecto:

“Después de evaluar distintos aspectos propios de la adopción de embriones humanos, el documento concluye que es éticamente aceptable proponerla para resolver, al menos en parte, el problema bioético que se plantea en relación con los embriones congelados sobrantes de fecundación in vitro.

Adicionalmente a ello, subraya determinados aspectos que deben ser tenidos en consideración para que dicha adopción sea éticamente aceptable, como son que se certifique legalmente el abandono de los embriones; que se evite la comercialización de la técnica; que se garantice el derecho a la privacidad de los padres biológicos; que se haga constar explícitamente el consentimiento de estos padres para que el embrión pueda ser donado en el futuro; que se informe adecuadamente a la mujer o pareja adoptantes de las condiciones éticas y legales que rigen la adopción y finalmente que en caso de que nazca éste deberá ser considerado a todos los efectos jurídicos como un hijo legítimo o natural de la mujer que lo ha gestado **(4)**.”

Con la adopción de los embriones supra numerarios criopreservados no solo se soluciona un problema de índole moral, sino que es éticamente aceptable dicho procedimiento siempre y cuando el mismo no sea realizado con fines comerciales, es decir, que la práctica responda a un acto jurídico gratuito y con el único fin de

formar una familia y no con fines de investigación. Una vez producido el nacimiento esa persona será hijo legítimo de la pareja que llevo adelante el embarazo y no tendrá ningún vínculo jurídico respecto de los donantes de gametos con los que se fecundo dicho embrión, pero ello trae aparejado otro interrogante, que se ha mencionado con anterioridad a lo largo del presente capítulo: el derecho a la identidad de ese embrión nacido producto de una adopción.

La adopción de embriones trae aparejado varias ventajas, entre ellas encontramos:

- Los aportantes del material genético pueden elegir a los padres adoptivos.
- Para los padres adoptivos les permite experimentar un embarazo.
- El vínculo entre el embrión y los padres adoptivos se das desde el mismo momento de la implantación, estableciendo dicho vinculo a lo largo de todo el embarazo.
- Los padres adoptantes conocer el origen del embrión como así también todo tipo de información médica de los donantes de gametos.
- La adopción de embriones, a diferencia de la adopción de un niño ya nacido, es privada.
- No hay estimulación ovárica como si ocurre en los tratamientos de fecundación asistida.
- Reduce el costo económico de los tratamientos de fertilización asistida.
- Acorta el tiempo de espera para lograr tener un hijo.
- La imposibilidad de deshacerse del niño si este nace con alguna enfermedad física.
- La no selección de sexo ni la edad del adoptante.
- Los embriones criopreservados tienen la posibilidad de dejar de tener su vida suspendida y pueden convertirse en personas para así poder desarrollar su potencial.

En cuanto a las desventajas de la mencionada práctica, podemos mencionar que el embarazo puede no lograrse y tener que repetir el proceso de implantación de otro embrión. Además, si la implantación no prosperara se produciría la muerte de ese embrión. Al respecto resume la Dra. Fernández:

“Si la vida humana es un valor absoluto e inmensurable, entonces es preciso hacer todo lo posible por salvar la vida de una persona, por lo tanto, la adopción se

presenta como una solución lícita a la problemática de los embriones congelados **(5)**”

En consecuencia, sostenemos que deben darse en adopción a los embriones criopreservados para así poder darles la oportunidad de lograr su vida integra y no suspendida en el tiempo y por otro lado evitar la destrucción de estos al ser utilizados con fines investigativos. Reiteramos que si se dejara que estos embriones se destruyan estaríamos impidiendo que desarrollen la vida que ya tienen por el solo hecho de estar fecundados y de ser personas por nacer y si se llevara a cabo la adopción se les estaría otorgando el desarrollo humano.

#### **IV. Adopción vs. Donación de embriones**

En reiteradas ocasiones se ha mencionado como posible solución respecto al destino de los embriones crioconservados sobrantes darlos en adopción a otra pareja. Resulta loable destacar que frecuentemente, el término utilizado es donarlos, en lugar de darlos en adopción. Cabe agregar que son las cosas las que se donan, y en el caso de la presente investigación nos estamos refiriendo a personas por nacer, por lo que el termino correcto es “adopción”. Como señala el Dr. Justo Aznar:

“Por donación o adopción de embriones se entiende la donación compasiva de los embriones crioconservados para ser implantados, con el consentimiento de los padres, en una mujer infértil. Sin embargo, esta definición puede ser ampliada pues también pueden ser implantados en una mujer fértil, incluso con hijos, con la finalidad de salvar la vida de ese embrión congelado. Comenta María Luisa Di Pietro, que tal práctica viene definida como “adopción prenatal” o “adopción para el nacimiento” y se lleva a cabo en un ámbito distinto de aquel en que la donación in vitro se produjo **(6)**.”

Tal como se observa, los términos donación o adopción deben ser utilizados como sinónimos en cuanto nos referimos a los embriones criopreservados, pero es correcto referirse a donación cuando nos referimos a la dación de material genético. A pesar de lo expuesto hay organizaciones que entienden que se debería hablar de donación de embriones y no de adopción de embriones, es así que “La Organización Mundial de la Salud y el Comité Internacional para la Supervisión de Tecnologías en Reproducción Asistida definen la donación de embriones como la “transferencia de un embrión resultante a partir de gametos (espermatozoides y ovocitos) que no se originan en la receptora y su pareja”. La Sociedad Americana de Medicina Reproductiva hace énfasis en que por múltiples razones es más exacto hablar de “donación de embriones” y

no de “adopción de embriones”. Algunas de ellas, identificadas desde la experiencia clínica, serían las siguientes: los programas de “adopción” deben llevar a cabo prácticas tales como estudios de los hogares receptores, evaluaciones psicopatológicas de los padre biológicos que renuncian al hijo, asesoramiento psicosocial para las parejas adoptantes, etcétera. Por su parte, los programas de “donación” evalúan criterios médicos para los receptores, un protocolo de lista de espera, asignación de recursos escasos, etcétera **(7)**.”

Sin embargo, podemos realizar varias observaciones al respecto. El Dr. Jorge Alberto Álvarez-Díaz menciona que en las adopciones se llevan a cabo algunos estudios previos que no se realizan en la práctica de donación (en relación con los aspectos psicológicos y sociales de los presuntos padres adoptivos); también menciona que en la donación solo se van a evaluar aspectos médicos de los padres entre otros. Lo cierto es que cuando nos encontramos ante la adopción de embriones, los padres genéticos y/o biológicos deben prestar su consentimiento para la adopción de estos, procedimiento idéntico a la adopción regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Lo mismo ocurre con los padres adoptivos ya que no solo se va a evaluar medicamente a la madre adoptiva para constatar que pueda llevar adelante el embarazo, sino que también se van a hacer estudios psicológicos a ambos progenitores adoptivos. Asimismo, dichos padres deben tener una posición económica que les permita costear el tratamiento de fertilización asistida, dado que si bien la adopción de los embriones va a ser gratuita (debido a que la adopción no puede tener un valor económico porque si no estaríamos ante un delito de venta de personas por nacer, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico); deben afrontar por sí o mediante sus obras sociales los costos del proceso de implantación del embrión en el seno materno.

Además, si nos referimos al término “donación” en vez de “adopción” encontramos tres utilidades distintas relacionadas con la donación de embriones; el Dr. Jorge Álvarez Díaz aclara al respecto:

“a) Asistenciales o clínicos (para terapia de infertilidad, brindando oportunidades de tratamiento a parejas infértiles o estériles; o por mera asistencia, como serían las mujeres solas).

b) La investigación: desarrollar células troncales, mejorar la eficacia y efectividad de las TRHA, para investigaciones de ciencia básica –donde se busca aumentar el conocimiento de aspectos moleculares del desarrollo embrionario temprano–, para la transferencia de

núcleos de células somáticas o clonación por transferencia nuclear, etcétera.

c) Los docentes, para ayudar a la preparación y entrenamiento de embriólogos clínicos que se inician en procedimientos tales como las biopsias para diagnóstico genético preimplantacional, etcétera **(8)**.”

Si consideramos los tres tipos mencionados, la adopción o donación (pensada como sinónimo) solo tendría lugar con fines asistenciales o clínicos; ya que de esta forma no solo se estaría ayudando a parejas infértiles a tener un hijo, sino que también se le estaría dando el desarrollo de la vida plena a esos embriones criopreservados que tienen su vida suspendida en el tiempo. En cambio, no se podría permitir la donación de embriones con fines de investigación ya que eso afectaría la dignidad del embrión, cuestión moralmente inaceptable; lo mismo ocurriría en el caso de donación con fines de docencia ya que también habría manipulación de los embriones lo cual sería contrario a la ética, tal como comenta el Dr. Justo Aznar:

“Al hilo de lo anteriormente expuesto el considerar o no al embrión como una persona puede condicionar significativamente el que la donación de embriones se pueda o no denominar adopción.

Según señala Sweet, endocrinólogo de la reproducción de la “Embryo Donation International”, se debe establecer una clara distinción entre adopción y donación, pues solo puede denominarse adopción cuando ésta se aplica a un ser humano vivo. Por lo que, al manifestar que se está adoptando un embrión se le atribuye a este cualidades y derechos de las personas, algo que, en su opinión, no es correcto.

También manifiesta que, aunque no considera a los embriones seres humanos, sí son “algo especial que merece un algo nivel de respeto”, por lo que a los embriones sobrantes de la fecundación in vitro hay que darles un destino conforme a su dignidad, como puede ser darlos en adopción, donarlos para la investigación o en algunos casos utilizarlos en el laboratorio para enseñanza **(9)**”

Ahora bien, tal como se probó anteriormente los embriones criopreservados son seres humanos, personas por nacer, cuestión por la cual deben ser adoptados y no donados por su carácter de ser vivo. Asimismo, por el solo hecho de ser personas por nacer se les debe respetar su dignidad por lo tanto se los debe dar en adopción, y no se los podría donar con fines de investigación ni ser utilizados con fines de docencia ya que esto afectaría su dignidad; retomando la cita del Dr. Aznar referida a Casonova:



“Igualmente para Casonova, un embrión congelado es una persona humana, que por tanto tiene derecho a la vida, por lo que la adopción considerada en abstracto sería lícita bajo ciertas condiciones. Especialmente que la persona que promueve la adopción no haya participado en la fertilización in vitro, ni en el proceso de congelación. Si es así, la adopción es un acto diferente de la producción del embrión y en este sentido lo considera lícito, pues lo que se está haciendo es salvar una vida. Esto dicho en abstracto, pero en la realidad práctica, según él, esto no es tan fácil **(10)**.”

Para concluir, se puede mencionar que la adopción de los embriones se debe realizar sin material genético propio, ya que sino no estaríamos en presencia de una adopción. Los objetivos de la adopción de embriones son dos: que los padres adoptivos logren tener un hijo y de esa forma formar su ansiada familia; y salvar la vida de los embriones logrando el desarrollo pleno de la misma evitando su destrucción.

Como el objetivo es salvar la vida, y lograr que la misma se desarrolle; la adopción embrionaria debe realizarse sin ninguna selección de estos, es decir que no debería existir una adopción por catálogo en donde los presuntos padres adoptivos puedan elegir considerando cuestiones de raza, gustos, sexo; sería una contradicción al fin pretendido que es defender la vida de ese embrión y la posibilidad de ser padres. Si la adopción fuera por catálogo la misma no sería moralmente positiva. Se deben adoptar todos los embriones que se encuentren en situación de abandono y quienes adoptan dichos embriones lo tienen que hacer con el fin de que esos embriones continúen con el desarrollo pleno de su vida, siendo dicha adopción un gesto de amor al darle vida a esa potencial persona que ha sido abandonada por sus progenitores genéticos antes de nacer.

## V. Adopción prenatal

La “adopción prenatal” es el procedimiento por el cual un embrión que se encuentra criopreservado, producto de técnicas de reproducción medicamente asistida, se transfiere al útero de una mujer distinta de la que ha aportado su material genético, con el fin de que ella lleve adelante el embarazo de un futuro hijo.

Desde el punto de vista jurídico podemos entender a la adopción prenatal como a la adopción que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico a la que podemos llamar, para comparar en este caso, “adopción posnatal”. Si bien hay un debate moral sobre la adopción de los embriones sobrantes, la adopción podría ser utilizada para salvar la vida de esos embriones que se encuentran

criopreservados, logrando de esta forma que no solo los embriones adquieran su pleno desarrollo sino también que aquellas personas que tienen infertilidad puedan llegar a ser padres y de manera natural, ya que serán los padres adoptivos los que lleven adelante el embarazo.

Si bien la fecundación in vitro, la no transferencia de los embriones al seno materno, la criopreservación y el abandono de los embriones por parte de los padres son actos moralmente negativos; la adopción referida sería un acto moralmente positivo debido que el objeto de la adopción es salvar la vida suspendida en el tiempo de ese embrión que se encuentra criopreservado.

“Sin embargo, una cuestión habría que evitar para garantizar la licitud de la adopción es la selección de los embriones que van a ser transferidos. En relación a ello, la licitud moral de la adopción de embriones crioconservados requiere como condición necesaria que no se realice ninguna selección de los mismos después de ser descongelados, para transferir los que sean de mayor calidad o estén en mejor estado. Hacerlo sería una práctica claramente eugenésica que entraría en clara contradicción con el bien que se pretende defender, por lo que para que la adopción pueda ser moralmente positiva habría que garantizar que no se realiza un selección eugenésica en la clínica de fecundación in vitro al margen de las personas que van a adoptar al embrión **(11)**.”

Por lo tanto, el objeto principal de la adopción prenatal es salvar la vida de esos embriones resultando lógico que después de ser descongelados se deban transferir sin importar su calidad o su estado, ya que si eso ocurriese dejaríamos de ser un acto moralmente positivo tornándose en negativo. Debemos considerar que el bien jurídico a proteger es la vida de esos embriones y tratar de garantizar que puedan desarrollarse en un ámbito familiar.

*“... lo primero que hay que tener en cuenta es que se está hablando de individuos humanos y no solamente de un conjunto de células como algunos pretenden. Además, hay también que tener en consideración que los embriones que podrían ser adoptados se encuentran en situación de abandono y ante una alternativa dramática evidente: o alguien los adopta, dándoles una oportunidad para que siga adelante su desarrollo y puedan ver la luz, o irremediablemente mueren. Por tanto, piensa que en este caso se deben aplicar los mismos criterios éticos y jurídicos que se utilizan para resolver la situación de abandono de niños ya nacidos. Ciertamente lo ideal sería que cada niño creciera y se desarrollara en el ámbito familiar de los padres que le trajeron al mundo; pero si esto, por cualquier razón no es posible, el mal menor, en el sentido de que es el único*

*bien posible para el interesado, es que alguien lo reciba generosamente ofreciéndole su hogar y su amor. Quienes afirman que esta opción es moralmente inaceptable deberían demostrar que se trata de un acto intrínsecamente inmoral o que proceder en este sentido provocaría un mal mayor del que se quiere remediar ... (12) ”*

En consecuencia, la adopción prenatal es una buena opción para quienes quieren ser padres y no pueden serlo; esta adopción debería tener un proceso similar a la adopción de niños que ya se encuentra legislada en nuestro país. Adoptando se estaría otorgándoles la posibilidad a los embriones de desarrollarse dentro de un núcleo familiar y de esa forma obtener un crecimiento pleno; además de que es un gesto de solidaridad y de amor puro.

Por otro lado, la filosofía moral también estudia el tema de la adopción prenatal:

“En relación con ello, Pessina, manifiesta que, desde un punto de vista antropológico, "se trata de evaluar, aunque solo sea desde una vertiente argumentativa, si la adopción prenatal se puede proponer como éticamente aceptable y en qué condiciones". Estima que se deben tener en consideración varios aspectos: 1. "El problema de la licitud moral de la adopción prenatal es, por sí mismo, distinto del problema de la suerte que pueden correr los embriones congelados y no puede presentarse como una solución práctica para resolverlo". 2. "Hay que preguntarse si la adopción prenatal es la única solución ética aceptable, aunque con ella solo se pudiera alcanzar un objetivo teórico, pero no práctico, del problema de los embriones congelados". 3. "No se puede ignorar que la adopción de los embriones congelados va a favor indirectamente de aquellos que defienden la crioconservación embrionaria, lo que podría abrir la puerta a la cesión de embriones y así favorecer de alguna forma la procreación heteróloga (13).”

Consideramos, por lo tanto, que para que la adopción prenatal sea éticamente aceptable deben asumirse varios aspectos, básicamente tener en cuenta que la vida humana desde el inicio de la concepción resulta ser un bien absoluto, y tiene la categoría de ser jurídicamente un bien jurídico del cual surgen los demás bienes. Por lo tanto, llevar a cabo una adopción prenatal resulta ser un acto moralmente lícito y positivo ya que se está logrando la defensa y el desarrollo de la vida de ese embrión humano que se encontraba criopreservado y en un estado de abandono total.

Sin embargo, y volvemos a citar al mismo autor: “Tras esa reflexión teórica, Pessina se manifiesta moralmente contrario a la adopción de embriones humanos congelados y expone las razones que a su juicio justifican dicha ilicitud, al afirmar que: 1. No respeta el derecho del hijo a

desarrollarse en el seno de su madre y no en el útero de cualquier otra mujer. 2. Tampoco respeta la unidad psicofísica del embrión, que en la fase de su desarrollo intrauterino mantiene una estrecha relación con su madre, lo que influye en su desarrollo, tanto físico como psicológico, lo que posteriormente puede afectar de forma importante al desarrollo de su personalidad. 3. Trastoca tanto el concepto de maternidad como el de genitalidad, porque legitima la escisión entre los componentes biológicos, afectivos y relacionales de la procreación, como ocurre en la procreación extracorpórea, la maternidad subrogada o incluso ante la posibilidad de la clonación humana. 4. Induce a una lectura puramente "funcional" de la maternidad y avala directamente la maternidad subrogada, de la cual no se distingue si no es por la intención de custodia del neonato. 5. Es contraria al concepto mismo de familia, porque induce a las parejas que pueden tener niños por la vía natural a privilegiar este tipo de adopción prenatal (14).”

Pensamos en nuestra línea argumental, que, si bien es cierto que el hijo no puede desarrollarse dentro del seno materno de su madre biológica, ni puede crecer dentro del ámbito familiar biológico, podrá hacerlo dentro de un marco familiar gracias a la adopción y no continuar con una vida suspendida a lo largo del tiempo. Por otro lado, no solo se logra que el embrión nazca y de esa forma adquiera por completo el derecho a la vida (y todos los derechos intrínsecos que trae aparejado este derecho fundamental); sino que también con la adopción se está ayudando a personas infértiles a tener hijos de manera natural. Pensamos que dichos niños al momento de adquirir el grado de madurez suficiente deben conocer su verdadera identidad, debiendo ser informados por los padres adoptivos que han nacido producto de una adopción prenatal de embrión, y en el caso de que deseen conocer su verdadera identidad genética deberán tenerla a su disposición.

Vale agregar, que existe la posibilidad de valorar a los embriones desde un punto de vista ético laico en donde se considera: “aquellas personas o instituciones que no tengan dificultades éticas para utilizar la procreación asistida o la congelación de embriones, no tendrán tampoco dificultades morales para la adopción de embriones humanos congelados, incluso considerarán ésta una solución positiva para dichos embriones, pues, según ellos, si los embriones no son utilizados por los progenitores con fines reproductivos, su donación/adopción es éticamente más defendible que cualquier otro destino que se pueda dar a los embriones sobrantes, ya que poner en marcha un proceso reproductivo para intentar que nazca un niño es, a su juicio, la mejor solución para los embriones humanos congelados. Por ello, pueden pensar que, aunque la crioconservación de

embriones humanos sea en sí misma éticamente negativa, la donación/adopción es éticamente positiva, ya que lo que se persigue es, en primer lugar, contribuir a construir familias, es decir, ayudar a parejas infértiles a conseguir un hijo, y, en segundo lugar y como consecuencia directa de lo anterior, proteger un bien primario del embrión: su vida. Consecuentemente, gran parte de los expertos o instituciones laicas ven en la donación/adopción de embriones humanos congelados una alternativa para el destino de dichos embriones éticamente más valiosa que utilizarlos para investigaciones biomédicas, destruirlos o dejarlos conservados indefinidamente **(15)**.”

Por lo tanto, la adopción prenatal puede ser equiparada a la adopción posnatal, ya legislada en nuestro ordenamiento jurídico; tal adopción sería una acción solidaria que no solo beneficiaría a esos embriones criopreservados, sino que también aquellas parejas infértiles permitiéndoles la posibilidad de convertirse en padres de manera natural ya que pueden llevar adelante el embarazo; aunque al igual que sucede en la adopción posnatal, no serían los padres biológicos o también llamados genéticos de la persona nacida. A su vez, este acto de adopción, para la ética laica, es un acto moral y éticamente aceptable, ya que se le está dando al embrión la posibilidad de vivir, mediante un acto de total generosidad y solidaridad.

Ahora bien, para que la adopción sea éticamente aceptable se debe asegurar que los embriones que se van a dar en adopción estén abandonados, desestimados por sus padres genéticos, pero, estos últimos deberán prestar un consentimiento para que se lleve adelante el procedimiento. También, hay que tener en cuenta que la adopción de los embriones tiene que ser un acto totalmente gratuito y que no debe traer aparejado ningún tipo de comercialización ya que ello afectaría la moral. Además, se debe informar a los padres adoptantes de las circunstancias jurídicas que rigen la adopción prenatal, ya que en el caso de que el embrión adoptado nazca con vida adquirirá los derechos filiatorios de los padres adoptivos, es decir de aquellos padres que han llevado adelante el embarazo y no tendrán ningún vínculo legal con los padres genéticos.

## **VI. El derecho a la identidad en la adopción de embriones**

El derecho a la identidad es uno de los derechos humanos involucrados en el tema de la adopción, debido a que la adopción se encuentra legislada como tercera fuente filial como “de los embriones criopreservados”. La Dra. Kemelmajer de Carlucci sostiene respecto a la protección de los datos genéticos:

“... en el campo de la adopción se observa de manera palmaria, la identidad involucra dos vertientes: a) una estática, inmodificables o con tendencia a no variar, y b) otra dinámica, mutable en el tiempo. De este modo, la identidad estática se encontraría conformada por el genoma humano, las huellas digitales, los signos distintivos de la persona (ej.: nombre, imagen, estado civil, edad y fecha de nacimiento, etc.). En cambio, la identidad dinámica, por el despliegue temporal y fluido de la personalidad constituida por los atributos y características de cada persona, desde los éticos, religiosos y culturales hasta los ideológicos, políticos y profesionales. A la luz de esta relevante distinción, en la adopción todo lo referido a la familia de origen se encontraría referido a la faz estática y lo relativo a la familia adoptiva, a la identidad en su faz dinámica o cultural **(16)**.”

Por lo tanto, debe preservarse la identidad estática, los datos genéticos correspondientes al genoma humano y en relación con los datos de los aportantes de material genético; ya que, llegado el momento de madurez de los nacidos por esta práctica, el material se encuentre disponible para conocer el verdadero origen.

“Tanto o más evidente es la interacción entre el derecho a la identidad y el derecho a conocer los orígenes, entendiéndose que este último sería una de la especie dentro del género identidad. Igual acontece con el interés superior del niño, por el cual, tal principio se vería satisfecho si la adopción es la decisión acorde al respeto por el derecho a la identidad, es decir, al verificarse que un niño no puede permanecer con su familia de origen o ampliada y que su derecho a vivir en familia puede ser satisfecho por otro grupo familiar que lo contenga, cuide y vele por su desarrollo. En suma, en el campo de la filiación adoptiva, el derecho a la identidad es el derecho humano que transversaliza todos los demás principios y derechos que se enumeran en el artículo en análisis **(17)**.”

Es decir, que todo niño nacido por técnicas de reproducción humana asistida, incluso en el caso de la adopción de embriones, tiene derecho a conocer su verdadero origen e identidad, a pesar de que su desarrollo tenga lugar en otro ámbito y en otra familia.

El artículo 596 del Código Civil y Comercial de la Nación se refiere al derecho a conocer los orígenes en el ámbito de la adopción: “El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos. Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del



tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos. El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles. Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente. Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.”

Si bien este artículo se refiere a la tercera fuente filial “adopción”, el texto puede aplicarse a la adopción prenatal perfectamente, ya que como mencionamos, el adoptado cuando adquiera el grado de madurez suficiente podrá conocer sus verdaderos orígenes. A su vez, se debe contar con un registro donde conste la mayor información posible de los datos filiatorios a los padres genéticos, es decir de aquellos que han dado en adopción esos embriones. Otra cuestión importante es que los padres adoptivos deben manifestarles a los nacidos que son hijos producto de una adopción de embriones.

Nuevamente encontramos que:“... el derecho a conocer los orígenes ha tenido un gran desarrollo e interés especial. Se trata de un derecho humano que se ha desprendido del derecho a la identidad, adquiriendo una merecida autonomía y entidad propia. De las tres causas fuente de la filiación, en la que más importancia y atención acaparó el derecho a conocer los orígenes es en la filiación adoptiva y, tiempo más tarde, en la filiación derivada de las TRHA cuando se utiliza material genético de un tercero. El derecho a conocer los orígenes es hoy un derecho humano que se ha independizado del derecho a la identidad del cual se deriva, adquiriendo un espacio autónomo con problemáticas, normativas y resoluciones propias **(18)**.”

Por lo tanto, resulta sumamente importante que, en el caso de la adopción de embriones, las personas nacidas producto de esta adopción conozcan sus verdaderos orígenes genéticos como ocurre en el caso de aquellos niños que han nacido producto de las nuevas técnicas de reproducción medicamente asistida con material genético de un tercero, ya que, en el caso de la adopción de embriones, el embrión propiamente dicho pertenece a terceros.

“A la luz de las directivas que emanan de la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994 y su inmediata operatividad, la cuestión del derecho a la

identidad del niño en relación con la adopción plena sólo puede resolverse a favor de permitir al mismo acceder a su verdad personal. No resulta razonable que el conocimiento sobre el origen (la “realidad biológica”), sea privativo de la adopción simple (art. 336, Cód. Civ.) y que la plena tenga, por definición, obstaculizada una indagación de esta naturaleza. El interés superior del menor enmarcado en el derecho a conocer su identidad tiene así jerarquía constitucional y define la controversia normativa, esta falsa dicotomía, en el sentido señalado”; agregándose que “el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente el correlato del dato puramente genético determinado por la procreación; va mucho más allá; por eso una cosa es tener el derecho a conocer ese dato, y otra, muy distinta, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ese dato genético”, y que “A la luz del derecho a la identidad y para que las previsiones dispuestas en los artículos 321, inciso h, y 328 del Código Civil sobre el acceso a la “verdad biológica” no sean letra muerta, corresponde reconducir este proceso en los términos del artículo 322 del Código Procesal local (arts. 34 y 36, CPCC), es decir, como una acción meramente declarativa y no constitutiva de un nuevo vínculo jurídico, dejando incólume la adopción penal **(19)**.”

Es sumamente importante que toda persona nacida mediante técnicas de reproducción medicamente asistida ya sea mediante donación de gametos o de adopción de embriones tenga derecho a conocer sus orígenes genéticos, siendo el derecho quien debe proteger el derecho a la vida de los embriones y el derecho a la identidad de aquellos embriones que han nacido producto de la adopción, mereciendo este último una eficaz tutela jurídica. Además, el derecho a la identidad se encuentra íntimamente relacionado con la dignidad del ser humano; como sostiene la autora citada:

“La preservación de la identidad como derecho humano se halla contenida en múltiples normas, partiendo de ser un derecho implícito consagrado en el artículo 33 de la Constitución Nacional, para pasar a su consagración expresa a partir de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al artículo 75, inciso 22, cuyo artículo 9º afirma: “1. Los Estados Parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño ... **(20)**”

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental que se encuentra resguardado en nuestro ordenamiento jurídico conforme la Constitución Nacional y los tratados de Derechos Humanos con jerarquía

constitucional, por lo que debe ser respetado. También debe ser respetado el informar la verdadera identidad (el origen) a las personas nacidas producto de una adopción de embriones creados mediante técnicas de reproducción medicamente humana asistida.

“La verdad biológica no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el Derecho como tutela del interés superior del niño **(21)**.”

Finalmente, el mismo artículo 595 del Código Civil y Comercial de la Nación establece los principios que rigen la adopción y entre ellos menciona el respeto por el derecho a la identidad y el derecho a conocer sus orígenes, principios fundamentales en todo vínculo adoptivo sea el mismo mediante adopción prenatal o la adopción como tercera fuente filial regulada en nuestro ordenamiento jurídico.

## VII.- Conclusiones finales

Ya hemos mencionado que cuando se realizan los tratamientos de fertilización medicamente asistida se fecundan embriones para ser implantados en el seno materno con el fin de evitar sufrimientos físicos en la mujer ante la obtención de nuevo material genético, se crean embriones supranumerarios para ser implantados con posterioridad, crioconservando a los sobrantes. La problemática surge cuando se lleva a cabo el procedimiento de manera efectiva logrando el ansiado embarazo y permanecen crioconservados esos embriones supernumerarios que no se desean volver a utilizar. Una función ética, y también jurídica será discernir cuál será el destino que se le dará a esos embriones, por supuesto descartamos la posibilidad de interrumpir la crioconservación porque atentaría directamente contra el derecho a la vida, y tampoco se podrían dar los embriones para ser utilizados con fines de investigación por afectar su dignidad humana y su derecho a la vida, por lo que consideramos que la mejor solución sería dar en adopción esos embriones sobrantes con el fin de que los mismos puedan desarrollar su vida y nacer en una familia. Consideramos también menester que los progenitores adoptantes hagan saber la verdadera identidad a las personas nacidas producto de la adopción.

La adopción de embriones crioconservados no solo es una buena solución para aquellos embriones que se encuentran en el mencionado estado y su vida se encuentra suspendida; sino que también es un buen desenlace para muchas parejas ya que mediante esta figura jurídica pueden

lograr constituir su ansiada familia y no mediante un proceso de adopción convencional de un niño ya nacido, sino de engendrar en el propio vientre de la mujer un descendiente.

Con la adopción de los embriones crioconservados se soluciona un problema de índole moral, ya que se adoptaría un embrión crioconservado con el único fin de formar una familia y no con fines de investigación; por lo tanto, se estaría preservando el derecho a la vida y a la dignidad humana de ese embrión. Una vez producido el nacimiento esa persona será hijo legítimo de la pareja que llevo adelante el embarazo y no tendrá ningún vínculo jurídico respecto de los donantes de gametos con los que se fecundó dicho embrión, a pesar de que los padres adoptantes, al igual de lo que ocurre en la filiación por adopción, estarán obligados a hacerle conocer su verdadera identidad a esa nacida producto de una adopción prenatal.

\*\*\*\*\*

---

*(\*) Abogada (UM), Traductora Pública de Inglés (UMSA), Docente Superior Universitaria (UM). Doctoranda en Ciencias Jurídicas (UM). Jefe de trabajos prácticos en las materias Derecho Civil I, Seminario de Metodología de la Investigación y Trabajo de investigación en la carrera de Abogacía de la Escuela Superior de Leyes de la Universidad de Morón. Actualmente se desempeña como abogada y Traductora Pública free-lance para empresas multinacionales. Autora de artículos en revistas profesionales. Ha sido ponente en el VI Congreso Latinoamericano de Traducción e Interpretación «El traductor después del mañana», en las Jornadas Profesionales en la Feria del Libro 2017 y en las IX Jornadas Nacionales de Traducción de la FAT «Traductores y los nuevos desafíos en la era de la comunicación. De San Jerónimo a los cambios de paradigmas»,*

### Notas

(1) García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito* Vol. 17, n.º 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg\\_050-065\\_dereito17-2.pdf?sequence=1](https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1)

(2) García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito* Vol. 17, n.º 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg\\_050-065\\_dereito17-2.pdf?sequence=1](https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1)

(3) García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito* Vol. 17, n.º 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: [https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg\\_050-065\\_dereito17-2.pdf?sequence=1](https://minerva.usc.es/xmlui/bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1)

(4) Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 8 En internet: [https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n\\_de\\_embriones\\_Escritos\\_Vedat.pdf](https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embriones_Escritos_Vedat.pdf)

(5) García Fernández, Dora. Adopción de embriones humanos en la ley de reproducción asistida española. *Dereito* Vol. 17, n.º 2: 49-63 (2008). ISSN 1132-9947. En internet: <https://minerva.usc.es/xmlui/>

[bitstream/handle/10347/7904/pg\\_050-065\\_dereito17-2.pdf?sequence=1](http://bitstream/handle/10347/7904/pg_050-065_dereito17-2.pdf?sequence=1)

(6) Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 6 En internet: [https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n\\_de\\_embryones\\_Escritos\\_Vedat.pdf](https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embryones_Escritos_Vedat.pdf)

(7) Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. Donación de embriones en países desarrollados. En internet: <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2010/gm103l.pdf>

(8) Álvarez-Díaz, Jorge Alberto. Donación de embriones en países desarrollados. En internet: <https://www.medigraphic.com/pdfs/gaceta/gm-2010/gm103l.pdf>

(9) Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 11 En internet: [https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n\\_de\\_embryones\\_Escritos\\_Vedat.pdf](https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embryones_Escritos_Vedat.pdf)

(10) Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 26 En internet: [https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n\\_de\\_embryones\\_Escritos\\_Vedat.pdf](https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embryones_Escritos_Vedat.pdf)

(11) Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 18 En internet: [https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n\\_de\\_embryones\\_Escritos\\_Vedat.pdf](https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embryones_Escritos_Vedat.pdf)

(12) Aznar, Justo. ¿Es moralmente aceptable la donación de embriones para adopción?, pág. 20 En internet: [https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n\\_de\\_embryones\\_Escritos\\_Vedat.pdf](https://www.observatoriobioetica.org/wp-content/uploads/2014/06/Adopci%C3%B3n_de_embryones_Escritos_Vedat.pdf)

(13) Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext)

(14) Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext)

(15) Aznar, Justo; Martínez, Miriam; Navarro, Pedro. Valoración de la adopción de embriones humanos congelados desde el punto de vista de la filosofía moral, la ética laica y dos religiones monoteístas. Acta bioeth. Vol.22 no.2, Santiago, nov. 2016. En internet: [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci\\_arttext](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S1726-569X2016000200005&script=sci_arttext) (Fecha de consulta: 30/07/2019)

(16) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 50

(17) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 52

(18) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 112

(19) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, págs. 113-114

(20) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fer, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 616

(21) Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, Marisa; Loveras, Nora. Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo III, pág. 622

---





**SECCIÓN  
MEDIACIÓN Y  
ARBITRAJE**



## El abordaje colaborativo del conflicto en Mediación

por Dra. Nora Haydée Tricarico (\*)

Frente a la alta conflictividad social en tiempos de pandemia, y porque no antes también, la instancia de mediación, que puede ser obligatoria y también opcional según las prescripciones legales, se exhibe como un ámbito adecuado para la negociación.

Ante ese escenario, dos interrogantes parecen pertinentes: Primero, ¿sabemos los abogados negociar?, y segundo, ¿nuestra propia formación profesional nos permite llevar a cabo con éxito un reclamo en etapa prejudicial?

Es claro, por cierto que cierta estructura de años de profesión nos remite de modo indefectible a encuadrar jurídicamente cada caso. Es así, que desde la primera entrevista con el cliente, comenzamos a conjugar – entre otras variables - normas, posiciones, argumentos y evidencias probatorias.

Es decir, la elaboración de la técnica y razonamiento jurídico se centran en todo aquello necesario para afrontar un litigio que nos coloque en una posición victoriosa a su culminación. Sin embargo, ¿es posible desarrollar capacidades a fin de arribar a una solución consensuada que satisfaga los intereses del cliente, evitando un tedioso y prolongado proceso judicial?

En mi carácter de abogada primero y de mediadora después, incumbencia a la que me aferré luego de varios años de ejercicio, constituyó una ardua labor el desafío de “deconstruir” el camino de la litigiosidad para dar paso al de la negociación prejudicial.

La pirámide de Kelsen parece primar en nuestro actuar cotidiano en el espacio tribunalicio, al punto de aferrarnos como lo hace el náufrago a una balsa en medio del océano.

En ocasiones, la génesis de nuestra formación y el estigma social que se nos atribuye como abogados, nos asocia con una defensa a ultranza de la posición del cliente, percibiéndose la propuesta de la negociación como una muestra de debilidad del profesional

No obstante, tal postulado no se traduce en un triunfo absoluto, pues la realidad indica que las sentencias judiciales no receptan favorablemente todas las pretensiones. En razón de esto, arribar a un acuerdo en mediación adelanta cronológicamente de manera sensible la

terminación del proceso, y con una razonable cesión recíproca de objetivos proporcionalmente equivalentes a los derivados de aquellos, se logra satisfacer los intereses de las partes involucradas.

En este hilo de ideas, el planteamiento que me propongo se orienta a indagar sobre la manera en que una negociación puede ser fructífera para las partes, es decir discurrir el modo en el encontrarán satisfechas sus pretensiones.

Sea cual sea la óptica con la que enfoquemos nuestro asesoramiento, es decir tanto como parte actora o como demandada, es aconsejable ampliar nuestros criterios y no restringir la cuestión solo al camino del proceso judicial.

Sabemos que la naturaleza del conflicto puede ser muy variada, involucrando no solo aspectos económicos que distancian a las partes sino también cuestiones de naturaleza emocional, las que la experiencia profesional indica que suelen en mayor medida las que frenan las posibilidades de consensos.

Pero, en concreto ¿qué es un conflicto? Según una definición, brindada por Dean Pruitt y Z. Jeffrey en 1986, se trata de una “relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser, o parecen ser para alguna de ellas, incompatibles”.

Otros autores como Pruitt y Rubbin lo definen como: “divergencia percibida de intereses o creencias, que hace que las aspiraciones corrientes de las partes no puedan ser alcanzadas simultáneamente”

En esta primera aproximación al problema, se evidencia que los objetivos de nuestro patrocinado no se condicen con los que sostiene la otra parte, sino muy por el contrario son decididamente antagónicos y, en principio, irreconciliables.

Desde este punto de vista, el conflicto es una incompatibilidad entre dos partes, es una interacción en la que prima el antagonismo.

Dicho de otro modo, quien requiere asistencia letrada se encuentra en una clara confrontación, ya sea por la acción u omisión de un sujeto, cuyas posiciones mutuas han incrementado sus diferencias, llegando a consecuencias gravosas.

El conflicto es en verdad un proceso contradictorio, es decir una incompatibilidad que nace, crece, se desarrolla y a veces puede morir, y en otras simplemente quedar estacionario.

En consecuencia, quien acude a una consulta jurídica es debido a que el conflicto ya muestra un grado de

confrontación muy alto, un quiebre en esa relación entre partes. O sea, la percepción del daño ya está consumada, y lo que es peor, el transcurso del tiempo acrecienta esta percepción a gran escala. En suma, la ruptura del vínculo y sus circunstancias es el punto de inicio para nuestro análisis.

En la observación del caso planteado, es aconsejable que prime la objetividad en el contexto de la normativa vigente, y tratando de despejar prejuicios preexistentes. En razón de ello, la resolución del conflicto positivamente es lo que el cliente ambiciona.

Y si aceptamos que el conflicto es un proceso, debemos aceptar que un proceso se puede solucionar.

Una vez hecho un examen pertinente, entramos en otra etapa, que son los caminos posibles para llegar a los objetivos, las aspiraciones y los intereses que persigue el cliente ante al proceso conflictivo..

En esta inteligencia, la instancia de mediación resulta una herramienta adecuada que los abogados podemos utilizar, en algunas ocasiones, en forma muy fructífera, logrando acuerdos sin postergar metas y aspiraciones de quienes vinieron buscando un debido asesoramiento.

Con la sanción de la Ley provincial 13.951 en el año 2009 y sus modificatorias, entre ellas la reciente Ley 15.182 y la resolución reglamentaria 788/20 que permite los encuentros a distancia, se ha abierto, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires un abanico de posibilidades que propicia la mediación como un espacio próspero para resolver conflictos a través de un proceso sencillo pero no desprovisto de reglas, cuyo desarrollo no depende de un tercero mediador sino fundamentalmente de la capacidad negociadora de las partes intervinientes.

Estableciendo objetivos concretos y alcanzables en esta instancia, podemos arribar a un muy buen acuerdo, mutuamente aceptable para las partes.

Ello no implica, por supuesto, ceder a la pretensión de quienes se encuentran del otro lado de la mesa de negociación, ni persuadir al otra parte para que sea ella la que decline en su posición, bajo amenaza de represalia, sino intentar por esta vía previa al juicio un abordaje cooperativo del conflicto, siempre en miras a la satisfacción de los intereses del patrocinado.

Es conveniente resaltar el rol de abogado como negociador cooperativo frente a la otra parte, lo cual no es tarea sencilla, pero tampoco imposible.

Sabemos que el proceso judicial puede arrojar ventajas pero también desventajas, ese pensamiento de suma cero, en donde la situación se plantea a todo o nada, y ganar o perder a veces puede resultar muy

contraproducente frente a la necesidad concreta y actual del cliente de dirimir su conflicto y lograr su resolución a corto plazo.

Esta labor que emprendemos, ardua por cierto, conlleva la genuina convicción de la búsqueda de la justicia del acuerdo, propiciando lograr esa percepción de legitimidad en la medida de que a cada parte, y sobre todo a quienes representamos, asimilen como justo lo convenido.

Muchas veces, en mi rol de mediadora, sostengo en las audiencias, cuando llegamos a un acuerdo, que lo firmado es "letra muerta" si no existe la genuina voluntad y compromiso de cumplir las obligaciones que cada parte ha asumido y eso se concreta si quien suscribe está convencido de que ese documento refleja la mejor solución posible.

No solo el acuerdo debe representar - como se dice habitualmente - una "justa composición de intereses" sino que es primordial que las partes puedan sostener su cumplimiento como una manifestación exteriorizada de ambas voluntades, quienes conjuntamente han decidido poner fin a su conflicto bajo estos términos y no otros. En ello es de vital importancia el asesoramiento y la capacidad negociadora de los letrados que acompañan al cliente en el proceso informal de la mediación.

Destaco que el mediador, lejos de ser el "dueño del proceso", es un facilitador de la comunicación entre las partes, en donde prima la autocomposición, pues son ellas quienes, con el necesario asesoramiento, resultan los verdaderos protagonistas en la búsqueda de la solución del conflicto.

En primer término, en esta etapa, el desempeño del abogado es imprescindible a fin de comunicar claramente la situación inicial en el umbral del proceso. Es aconsejable evitar retacear información, ya que ello puede constituir un posible obstáculo, por lo que resulta de buena práctica obrar con cierta flexibilidad y evitar el apego irrestricto a una sola argumentación, con el objeto de no generar suposiciones innecesarias, dando por sentado hechos o reclamos previos.

Una situación muy frecuente se conecta con cierta inclinación de los abogados a sindicarse la mediación como un requisito burocrático y formal que debe transitarse obligatoriamente para llegar al juicio de conocimiento. A fin de modificar el referido criterio, propio más de un prejuicio que de una comprobación empírica, el rol del mediador es relevante, debiendo enviar un mensaje claro sobre los beneficios del proceso en el caso concreto y de las múltiples posibilidades de llegar a una solución.



Sin embargo, los esfuerzos del mediador para persuadir a letrados y partes sobre las bondades de la instancia caen en saco roto si el letrado no se convence de la eficacia de la mediación. En consecuencia, el abogado constituye una pieza fundamental en su labor de asesoramiento y búsqueda de alternativas consensuadas.

En orden a lo que vengo reseñando, estoy convencida que los mediadores - en su rol de facilitadores de la comunicación - otorgan un verdadero espacio en la función social que cumplen como vía alternativa de acceso a la justicia.

Como mediadora, puedo asegurar que la tarea de mediar no se trata de una suerte de competencia, ni de indagar sobre a cuál de las partes le asiste razón, sino de lograr comprender de que manera quieren avanzar las partes hacia adelante, pues el protagonismo está en ellas.

El mediador no desarrolla su trabajo en soledad, por lo que resulta fundamental la participación activa de los letrados en la mesa de negociación, brindando confianza y seguridad a sus clientes.

Superar esta primera barrera es sin duda difícil. En ocasiones, por desconocimiento, y en otras, por temor a mostrar los verdaderos intereses en juego, y con ello traslucir debilidad, se adopta una postura de antagonismo absoluto, o con demandas demasiado rígidas o discursos elusivos del conflicto.

Tales posicionamientos no se traducen en instancias favorables a los intereses del cliente.

Estoy persuadida de que es posible para los abogados salir del esquema confrontativo que asumen en la litis y que son capaces, en pos de una solución, de reformular cierta instrucción académica bajo el halo del "abogado litigante", que hemos, me incluyo, asimilado durante la carrera de grado

La figura del letrado negociador cooperativo cobra cada vez mayor relevancia, por lo que el replanteo debe enfocarse en cómo adoptar una actitud de colaboración centrada en el cliente

Para ello es necesario reajustar la postura a asumir frente al conflicto, cambiando varios sentidos básicos en la forma de pensar y actuar: Quienes han hecho tema de lo que vengo sosteniendo recomiendan: a) compartir el control, es decir respetar las ideas del cliente y expresar las propias; b) asimilar que durante el proceso habrá un aprendizaje mutuo, esto es, el cliente incorporará nociones de los alcances legales, y el abogado se nutrirá de sus intereses, recursos, capacidades y prioridades.

Es por ello, que tomando como premisa que la mediación es un proceso de aprendizaje, es esencial debatir los conflictos tratando las cuestiones a resolver como problemas compartidos.

Mnookin, Peppet y Tulumello describen cuatro tareas fundamentales en la relación entre abogado y cliente que permiten desarrollar el proceso conflictivo en miras a su resolución.

Primera tarea: hablar de los intereses. Los abogados suelen dar por supuesto que conocen los intereses de los clientes y por lo tanto no necesitan preguntar ni explorar mucho para descubrirlos. Sin embargo, ser profesionales no nos hace omniscientes; por el contrario, debe asumirse una postura de auténtica curiosidad, ya que cada cliente tiene necesidades o intereses especiales. Esto permite algo más que ganar en la negociación, obtener beneficios para el cliente y crear valor, lo que comúnmente se dice "aumentar el volumen del pastel a repartir"

Hablar de los posibles intereses de la otra parte es una actividad fructífera también, pues permite ver el asunto desde otra perspectiva, y de esta manera es posible lograr negociaciones más eficaces.

Sin embargo, se advierte que conocer a la contraparte en modo alguno debe entenderse como un acto desleal con el propio cliente, sino que ayuda a comprender la complejidad de la situación, desde la mirada del otro.

Segunda tarea: hablar de las oportunidades y riesgos legales. Si bien la mayoría de los abogados tendemos a señalar todo aquello que puede salir mal, es tarea del letrado identificar los riesgos que con mayor probabilidad se puedan plantear y planificar de forma constructiva la forma de reducirlos. Es decir, es de buena práctica distinguir los riesgos importantes de los remotos, dar consejos claros y sinceros lo mejor que se pueda, para que el cliente tome las mejores decisiones.

Los extremos, como se sabe, no son buenos, y, por lo tanto, no es recomendable dar garantías de resultado, pero tampoco asumir toda la responsabilidad frente a un resultado adverso.

Tercera tarea: ampliar la relación abogado - cliente. Es habitual que se acuda a un letrado buscando un consejo legal pero a veces, las fronteras entre lo personal, lo comercial y lo afectivo también se encuentren presentes en esta dual relación profesional - patrocinado. Escuchar, ser empáticos dar opiniones o compartir experiencias es importante, teniendo en cuenta que estas cuestiones también colaboran con la tarea fundamental de ayudar al cliente a solucionar su problema.

Cuarta tarea: hablar de honorarios. Establecer la retribución económica por la tarea profesional no es una negociación netamente distributiva, es decir no se reduce a un porcentual, sino que es posible crear valor para atender intereses respectivos.

En una oportunidad tuve un caso llegado a mediación por cobro de honorarios, y en la primera aproximación a la narrativa que traen las partes, descubro que el tema de los emolumentos no se había hablado siquiera y concluido el asesoramiento y gestión se desconocía cuál era la retribución, resultando ello la génesis del conflicto.

De allí que la comunicación resulta fundamental. También se puede diseñar un sistema de incentivos y mecanismos de control que faciliten una relación de trabajo sólida y eficaz. Siempre es recomendable pautar previamente los honorarios y no después de concluido el trabajo, ya que ello podría ser un obstáculo a futuro, o un punto de choque ante un eventual consenso con la otra parte.

Este último punto no debe pasar desapercibido: en mi rol de mediadora, he tenido acuerdos en mediaciones cuyo óbice para su firma han resultado ser los honorarios por la labor desarrollada. Por eso es conveniente que este tema se encuentre dilucidado al momento de analizar las alternativas para un acuerdo negociado. Esta cuestión ayuda a mitigar los temores del cliente de que no controla a su letrado o que éste no siempre trabaja en favor de sus intereses.

Desarrollando estas tareas básicas se acrecientan las posibilidades de afrontar una mejor negociación.

No siempre en la mesa de mediación ambas partes están dispuestas a llevar adelante una negociación colaborativa. Surgirán un sinfín de situaciones y modalidades de trabajo, con estrategias y tácticas, algunas tal vez más confrontativas o incisivas a las asumidas por la contraria, pero tener objetivos claros permitirá, aún en caso de no llegar a un acuerdo, el retiro de la mediación en igual o mejores condiciones que al inicio.

Los mediadores desde el comienzo de la primera reunión centramos nuestra tarea en la búsqueda de generar confianza.

Por ello, en mediación, la secuencia indica que las partes comiencen por confiar en la persona del mediador. En segundo lugar, y a medida que avanza el proceso, que confíen en la mediación. En tercer lugar, tienen que poder medir el grado de confianza que poseen en sí mismas; y en cuarto lugar, tienen que lograr confiar en la otra parte, por lo menos como para llegar a un acuerdo sostenible.

Esta estructura de confianza se origina desde la dinámica de los diversos encuentros que mantienen partes, letrados y mediador durante todo el desarrollo del proceso.

En mi experiencia, este desarrollo sucede en forma espontánea, gradual y natural, sobre todo si la predisposición de quienes intervienen, en los distintos roles, está dada desde su génesis en la convicción de que la instancia puede resultar productiva.

Si las partes se escucharon o por lo menos no se agredieron o no se negaron a participar, ese hecho representa un avance. Si a su vez les sirve para analizar su problema y tomar decisiones, iluminar algún aspecto nuevo del conflicto o conocer algo que antes no se sabía, quiere decir que hay productos de la mediación, logros concretos que refuerzan la confianza en el proceso.

En este estadio las intervenciones del mediador tienden a fortalecer la confianza de cada parte en sí misma, ampliando la comunicación que se hallaba en stand by o era solo agravante o evitaban enfrentar el conflicto, sin mencionar la posibilidad de resolverlo.

Es importante reforzar la idea de que la solución de su conflicto va a nacer de ellas mismas, por eso hablamos de un proceso de autocomposición, ya que las partes con sus letrados deben sentirse capaces de tomar estas decisiones para poner fin a un problema que los afecta.

La mediación no tiene el objetivo de lograr que quienes se encuentran enfrentados hace años mediante disputas de toda índole terminen en una relación fraterna; sino que logren el reconocimiento del otro, lo suficiente como para lograr un acuerdo, una solución consensuada y sostenible que nazca de la voluntad concurrente y que represente un cambio en la manera de encarar su problema para darle un cierre compartido por las partes.

La materia es realmente apasionante y hay muchísima literatura en torno a la capacidad de poseer no solo empatía con el propio cliente y el reconocimiento de quienes se hallan del otro lado de la mesa de negociación, sino, además, de desarrollar la inteligencia emocional, a veces innata y otras veces adquirida, luego de transitar conflictos de diversas naturaleza durante los años de ejercicio del derecho.

Estamos sumergidos actualmente en una desconfianza del sistema de justicia, una ola de prejuicios y falta de legitimidad en torno a las figuras que intervienen en el sistema legal; por ello es importante reforzar la comunicación clara y efectiva frente al cliente, con la sincera convicción de que nuestro horizonte no persigue indagar la verdad de los hechos o juzgar con una vara moral; y como

digo en mis audiencias de mediación “solo las partes saben que ocurrió, ni letrados ni el mediador” para que se desencadenara el conflicto, pero las agujas del reloj nunca dan marcha atrás, por lo tanto no podemos modificar el pasado y en miras de promover una forma óptima de resolver su problema ponemos todas las herramientas a disposición para lograr una negociación lo más efectiva y colaborativa posible para arribar al tan esperado acuerdo.

\*\*\*\*\*

---

*(\*) Abogada por la Universidad de Buenos Aires y Mediadora Prejudicial. Secretaria en el Instituto de Contratos en el Colegio de Abogados de Morón.*

#### **Bibliografía**

Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas. Marín Suárez. Ed. Paidós.

Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Como plantear la negociación para generar beneficios. Robert H. Mnookin, Scot R. Peppet, Andrew S. Tulumello. Ed. Gedisa.

La generación de confianza. Francisco Díez, Gachi Tapia.

---



## **CONTRATAPA**

*Luego de varios meses de trabajo y edición llegamos al final de este tan esperado Volumen I, anhelando que haya cumplido las expectativas del lector. Asimismo, les informamos que el Volumen II de la presente Revista Jurídica Digital podrá encontrarse en Agosto, puesto que tendrá una tirada trimestral.*

*Por último, invitamos a todo aquel autor que quisiese publicar sus artículos en la presente revista. Para realizar ello deberá comunicarse con el Comité Académico.*

**CIERRE VOLUMEN I**