

BOLETÍN INFORMATIVO

DERECHO DE FAMILIAS Y SUCESIONES

- Bo.DFyS -

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

PRESENTACIÓN

En tiempos difíciles en los cuales la virtualidad se ha impuesto como modalidad de aprendizaje y de dialogo académico, celebramos la posibilidad poder acortar las distancias mediante jornadas regulares, en cuyo ámbito profesores y profesoras de nuestros programas de estudio puedan presentar temas complejos y susceptibles de debate, permitiendo así el dialogo y el disenso.

En este segundo número del Boletín Informativo de Derecho de Familias y Sucesiones presentamos las ponencias brindadas por los participantes que nos acompañaron en las Jornadas que celebramos el día nueve de junio del corriente año, y cuyo objeto ha sido profundizar sobre las reglas procesales y su impacto en el Derecho de Familia.

Seguiremos acercándonos a nuestros lectores en las futuras ediciones de este Boletín y así poder compartir las participaciones de quienes nos acompañaron en las jornadas que celebramos el pasado siete de julio, sobre Género y Derecho de Familia, con la presencia de María Victoria Famá, Marisa Graham, Mariano Fernández Valle y Emiliano Litardo.

Asimismo, anticipamos que próximamente celebraremos el trece de octubre a las 18 horas, unas nuevas jornadas en las que Carlos Arianna, Jorge Azpiri, Graciela Medina y Graciela Lovece presentarán sus análisis sobre algunos aspectos complejos que derivan de la ruptura del matrimonio. Esperamos nos acompañen a reflexionar en este espacio.

ÍNDICE

- *La legitimación y la personería en los procesos de familia*, por Patricia Bermejo (pág. 2)
- *Los principios generales de los procesos de familia y la flexibilidad de las formas*, por Mabel de los Santos (pág. 10)
- *El divorcio y la diferencia entre propuesta y convenio regulador*, por Pedro Di Lella (pág. 21)
- *Algunas cuestiones complejas en la ejecución de alimentos*, por Silvia Guahnon (pág. 25)
- *Donaciones inoficiosas a favor de herederos legitimarios en el código civil y comercial*, por Horacio Izarrualde (pág. 30)



Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Contacto

Mail: cedfamilia@derecho.uba.ar

URL: www.derecho.uba.ar/bodfys

La legitimación y la personería en los procesos de familia

Por Patricia Bermejo¹

I. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación -en adelante citado como CCCN- introdujo varias innovaciones en materia de legitimación, en especial, en cuanto a las materias en debate ante el fuero de familia, no sólo al incorporar diversas normas de orden adjetivo, sino también por regular nuevos derechos y, correlativamente, nuevas obligaciones. Empero, además de esa ampliación por vía legislativa, también la jurisprudencia hizo su aporte sumando nuevas alternativas, nacidas muchas de ellas de una interpretación expansiva desde los tratados internacionales.

Este artículo tiene por objeto identificar algunos supuestos en los cuales la visión tradicional de la legitimación o, en algunos casos, de la personería, se reformula frente a las nuevas dimensiones del derecho de familias.

II. Delimitación

En una primera observación, debe distinguirse la legitimación de la personería -la **legitimatio ad causam** de la **legitimatio ad processum**-. La primera corresponde al titular del derecho, la segunda a quien puede actuar en el juicio en interés de otra persona, es decir, quien representa procesalmente al titular por no poder -por diferentes motivos- actuar por sí. Tanto una y otra poseen incidencia en la constitución válida del proceso, por lo que su carencia habilita al control oficioso².

Como expresa Guasp, parte procesal es la que formula y contra la que se formula la pretensión³ y de no ser ellos los titulares del derecho, carecerán de interés y, por ende, de legitimación.

En cambio, la falta de personería se refiere a la ausencia de capacidad para estar en juicio o a la

suficiencia de la representación de la parte. El caso típico para distinguirlo es el supuesto de la persona menor de edad, quien puede ser titular del derecho, pero para hacerlo valer en juicio lo hará por medio de su representante legal (**legitimatio ad processum**).

De tal manera, el artículo 22 del CCCN se vincula a la capacidad de derecho, la que se le reconoce a toda persona humana, en tanto posee aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos, aun cuando pueda limitarse por ley. Por el otro lado, la capacidad procesal, prevista en el artículo 23 del mismo, denominada “de ejercicio”, admite que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, aunque también puede sufrir excepciones legales o dispuestas en una sentencia judicial.

La falta de capacidad para obrar en juicio del titular del derecho se suplirá por su representante, quien, además -claro está- requiere la presentación en el proceso con debido asesoramiento letrado.

III. Los procesos de familia en cuanto a la legitimación

A continuación se analizará la legitimación en algunos de los juicios posibles en materia de familia.

1. Alimentos

Este es un derecho que se ha ampliado. A los casos ya previstos en el Código Civil anterior, se suman supuestos de la nueva regulación. Así, podemos enunciar, entre otros casos:

a) Cónyuge: Al igual que en el Código derogado, el esposo o esposa está legitimado por la unión matrimonial, durante su vigencia, para solicitar alimentos a su cónyuge. Acorde el artículo 431 del CCCN se deben mutuamente asistencia y, además, dispone el art. 432 se deben alimentos entre sí durante la vida en común. Estos serán, respectivamente, legitimado activo y pasivo, lo cual se acreditará con la correspondiente partida. Cesa esta obligación cuando desaparece la causa que la motivó o el cónyuge alimentado inicia una unión convivencial o incurre en alguna causal de indignidad (art. 433, CCCN).

b) Cónyuge separado de hecho: Se mantiene el derecho a reclamar los alimentos, como si persistiera la convivencia. Así lo establece el artículo 432 CCCN, si bien cesa en iguales casos que los enunciados en el ítem anterior.

¹ Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesora adjunta regular de Elementos de Derecho Procesal Civil (UNLP). Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Facultad de Derecho UBA

² Fallos 332:752.

³ Carli, Carlo, “La demanda Civil”, pág. 226; Guasp, Jaime, “La pretensión procesal”, pág. 93.

c) Cónyuge divorciado: Como regla, ya no tiene legitimación para reclamar alimentos. Sin embargo, la norma prevé excepciones, las que pueden ser de origen legal –admitido por el mismo Código- o convencional, por acuerdo de partes (art. 432, CCCN).

Los supuestos de excepción para continuar con la prestación están numerados en el artículo 434. Estos son, cuando el pretensor padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse (inc. “a”)⁴ y cuando el reclamante no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos (inc. “b”). Con respecto a esta segunda opción, se prevén consideraciones para su fijación⁵, su plazo de duración⁶ y siempre que no reciba la compensación económica del artículo 441. El sustento se erige en la solidaridad familiar, en tanto si bien ya puede no haber un afecto que los una, existió entre ambos un proyecto de vida que los vinculaba⁷.

Por otro lado, en los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si desaparece la causa que la motivó o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. En estas hipótesis, al no mantenerse vigente el derecho, tampoco la legitimación que posibilita reclamarlo.

Cabe resaltar de la opción dispuesta en el primer inciso, con respecto a la legitimación pasiva, que si el alimentante fallece, la obligación se transmite a sus herederos.

⁴ “Acreditada la enfermedad grave y progresiva que padece el esposo diagnosticada durante el matrimonio — en el caso, acromegalia—, cabe admitir la prestación alimentaria a cargo de su cónyuge en los términos del art. 434, inc. “a” del CCCN, fundada en un deber de asistencia que va más allá de la ruptura del vínculo y cuya justificación excede las puras razones humanitarias, máxime cuando, teniendo en cuenta el muy alto nivel de vida del que goza la demandada, no hay razón jurídica ni ética para que no asuma el deber de solidaridad que le corresponde, no por ser autora de un hecho ilícito sino por constituir un sujeto realizador de actos, que en el caso no es otro que el matrimonio que oportunamente contrajo”. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, in re: “J., F. D. c. J., S.M. s/ alimentos”, 8-IX-2015, publicado en: ED 5/10/2015, 6, RCCyC 2015 (noviembre), 102, con nota de Juan Antonio Seda.

⁵ Art. 434 remite a los incisos “b”, “c” y “e” del artículo 433

⁶ Dicha disposición limita que la obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio

⁷ Lorenzetti, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Editorial Rubinzal Culzoni, Tomo I, págs. 698 y sig.

En el Código anterior, también se preveía que, fallecido el cónyuge obligado, aunque se hubiera disuelto el vínculo matrimonial por divorcio vincular, la prestación era carga de la sucesión debiendo los herederos prever, antes de la partición, el modo de continuar cumpliéndola (art.208, CC). En la redacción actual la terminología empleada permite considerar que la obligación se ha ampliado, pues directamente se indica que continúan los herederos, sin precisar, como se hacía anteriormente que era carga de la sucesión hasta la partición.

d) Convivientes: No tienen legitimación para reclamarse alimentos concluida la convivencia. Justamente, el deber de asistencia persiste mientras dure aquélla (art. 519, CCCN). Si bien en los artículos 2629 y 2630, en lo que respecta a la jurisdicción internacional, se refiere a las acciones de alimentos entre cónyuges o convivientes el primero y el segundo al derecho a alimentos entre los referidos, no es dable interpretarlos como el reconocimiento de la acción o el derecho a los alimentos, sino que se fija la competencia para el supuesto que el derecho extranjero se lo reconozca⁸.

e) Parientes: La legitimación pasiva y activa surge de los artículos 537 y 538 del CCCN. La primera norma refiere que los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes (entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado); b) los hermanos bilaterales y unilaterales. Entre los parientes por afinidad únicamente están obligados los vinculados en línea recta en primer grado (art. 538).

En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejor situación para proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones, se obligan por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado.

Como se aprecia, la misma ley establece un orden. Se delimita así quiénes son los legitimados activos y quiénes los potenciales demandados. Cabe referir que entre estos últimos no habrá un litisconsorcio necesario, sino sólo facultativo, por lo que de no participar alguno de ellos igual se podrá dictar sentencia contra quienes hayan sido parte.

⁸ Pellegrini, María Victoria, “Efectos jurídicos de las uniones convivenciales: la forma en garantía del fondo”, publicado en RCCyC 2015 (noviembre), 46.

f) Hijos menores de edad: Cuando los hijos tuvieren menos de 18 años, existe la presunción **iure et de iure** que requieren de los alimentos que proveen sus padres –en virtud de los derechos y obligaciones emergentes de la responsabilidad parental-⁹.

Así, el artículo 661 del CCCN, aun cuando indica que se refiere a la “Legitimación”, en verdad, dos de los tres supuestos que allí se indican son casos de representación y no de titularidad del derecho. Allí se enuncia: a) al otro progenitor en representación del hijo; b) al hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada; c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o al Ministerio Público. Como se puede apreciar, las opciones aludidas en los incisos “a” y “c” son casos de personería –pues se refieren a la representación-, mientras que el “b” admite que sea el propio titular quien reclame por su derecho.

Un punto a dilucidar son las pautas para establecer “el grado de madurez suficiente” citado en el inciso “b”¹⁰. Se pueden identificar dos criterios que sigue el Código para determinar la capacidad para realizar ciertos actos, uno de ellos, establecer una edad –por ejemplo, la mayoría a los 18 años, los 18 y los 25 años para reclamar alimentos cuando se estudia, entre otros casos-. Esto es un límite objetivo y fácil de apreciar, en tanto dependerá del acto jurídico y de la capacidad por edad que se determina¹¹.

Lo que puede provocar dudas, pues es una frontera erigida en un criterio, es cuando la norma exige poseer madurez suficiente, sin limitarlo a una edad específica. Es decir, deviene una pauta subjetiva. Ello es conteste con la constitucionalización del derecho privado¹².

Si bien el artículo 25 del CCCN refiere que adolescente es desde los trece años, no habría obstáculo a que un menor de esa edad pueda tener madurez suficiente si lo estima el juez¹³. Si la intención del legislador hubiera sido poner un límite de edad preciso, así lo hubiera determinado y no lo

hizo. Esta es la línea que se insinúa en la posición de la Corte de la Nación¹⁴.

Una interpretación coordinada de las normas confluiría en ese resultado. El artículo 26, como regla, establece que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. Sin embargo, ya en el segundo párrafo de la misma disposición, especifica que “No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.”. Una vez más, no se establece un tope de edad.

Asimismo, el artículo 261 del CCCN, al referirse a los actos calificados de involuntarios, por realizarse sin discernimiento, en su inciso “c” especifica al “... acto lícito de la persona menor de edad que no ha cumplido trece años, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales.”. Se aduna a lo expuesto el artículo 639 inc. “b” del CCCN sobre la autonomía progresiva del hijo, acorde las características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos. Como se aprecia, se detiene en las características de cada persona menor de edad.

Por consiguiente, en vista a la autonomía progresiva, a las particularidades de cada persona menor de edad, a sus experiencias de vida que le permiten contar con un grado de desarrollo diverso (acorde el art. 639 inc. “b”, CCCN) y que cuando el artículo 261 establece que los actos lícitos se considerarán involuntarios “sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales”, puede interpretarse que cuando el Juez estima que posee tal aptitud para intervenir por sí, se reputarán a tales fines voluntarios sus actos, más allá que aun no cuenta con los trece años de edad.

El examen y decisión sobre tal aptitud para intervenir en juicio, recaerá en el Juez del mismo proceso¹⁵. Será éste quien analice si el reclamante cuenta con el grado de madurez suficiente para actuar por sí –siempre, claro está, con patrocinio letrado-. De lo contrario, exigir la realización de un proceso independiente, implicaría agregar un

⁹ Arts. 646 inc. “a”, 658 y sig., CCCN.

¹⁰ Art. 24, CCCN.

¹¹ Lorenzetti, Ricardo Luis, ob. cit., Tomo I, págs. 30 y 31.

¹² Lorenzetti, ob. cit., Tomo IV, pág. 407.

¹³ Sin embargo, prestigiosa doctrina, en una interpretación diversa, aprecia que la edad para poder participar en juicio con letrado es a partir de los 13 años. Ver Lloverás, Nora, Orlandi, Olga y Tavip, Gabriel, en “Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial del 2014”, dirigido por Aida Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera y Nora Lloveras, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Tomo IV, 2014, pág. 296.

¹⁴ CSJN, sent. del 23-VI-2015, “B., S.G.E. c/M., H.S. s/ Medidas precautorias”.

¹⁵ Para otra opinión ver SAUX, Edgardo I., “Valías y perfectibilidades del régimen de regulación de la capacidad de ejercicio en el Código Civil y Comercial de la Nación”, Rubinzal Culzoni, Doctrina Online 421/2015.

formulismo dilatorio alejado de las intenciones del legislador en estos procesos del fuero de familia, en tanto se pretende alentar la flexibilización, la celeridad y la economía procesal (arts. 706, 707 y sigs., CCCN).

Para expedirse sobre la aptitud que menciona el articulado, el juez lo percibirá en virtud del principio de intermediación, en una audiencia con la persona menor de edad (arts. 706, in limine, 707, CCCN) y contará con el auxilio del Cuerpo Técnico, por ejemplo, de la psicóloga, quien podrá brindar un informe desde su especialidad, en tanto el órgano de familia, conforme el propio Código Civil y Comercial debe ser interdisciplinario (art. 706, inc. “b”).

Esta evaluación podría realizarse a través de una audiencia a fijarse como una primera providencia antes del traslado de la demanda, así se evitaría la carencia de representación cuando ella se requiriese.

g) Hijos de hasta 21 años: Si bien el artículo 658 del CCCN reconoce que la obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, ello es excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad posee recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. En consecuencia, el hijo entre los 18 y los 21 años está legitimado para reclamar esa asistencia y dependerá del demandado el acreditar que cuenta con medios para subsistir. Por ende, la necesidad que justifica la acción se funda en una presunción **iusuris tantum** que podrá desvirtuarse. Este derecho se asienta en la formación integral y educación del hijo¹⁶ la cual puede continuar hasta los 25 años. La legitimación es del hijo, quien podrá reclamar por sí por ser ya mayor o lo podrá hacer el progenitor conviviente, en cuyo caso será quien ejerza su representación (arts. 662 y 663 último párrafo, CCCN).

h) Hijo mayor de 21 y hasta 25 años de edad que estudia: El artículo 663 del CCCN regula que la obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.

Dicha norma aclara quién puede solicitarlos, ya que no sólo podrá pedirlo el mismo hijo –quien es titular del derecho–, sino también el progenitor con el cual convive. Si bien el artículo 662 refiere que lo podrá pedir el progenitor conviviente hasta los 21

años, de la lectura del artículo 663 se aprecia que en caso que conviva con el hijo lo podrá hacer hasta los 25 años. Como ya se expuso, este último caso no implica que se le reconozca legitimación al progenitor conviviente, sino que el titular del derecho será siempre el hijo, lo que se le admite es la representación para exigirlo en nombre de él. El artículo 662 especialmente aclara que podrá iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor¹⁷.

i) Hijo no reconocido: Varias normas protegen al hijo que aun no se encuentra inscripto a nombre de una persona para reclamarle a ésta alimentos. Esta mayor amplitud privilegia la verdad real por sobre la formal.

El artículo 664 prevé que el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes del juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota justipreciada mientras esa se incumpla. La fijación del plazo es a los fines de no dilatar el inicio del proceso y, por consiguiente, de la resolución del fondo de la cuestión.

Ello se coordina con lo ordenado en el artículo 586, en tanto estipula que durante el proceso de reclamación de la filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar alimentos provisorios contra el presunto progenitor.

Dependerá de la edad del hijo no reconocido para determinar si puede reclamar por sí o por representante, por lo que nos remitimos a lo dicho anteriormente.

j) Hijo no nacido. Mujer embarazada: Uno de los avances de los nuevos derechos admitidos en el Código es el caso de la persona por nacer, en tanto ahora se le reconoce, por lo que repercute en su legitimación. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665, CCCN). En esta hipótesis, el titular del derecho es la persona por nacer si bien será representado por su

¹⁶ Arts. 638, 461, 541, CCCN.

¹⁷ Herrera, Marisa, “Panorama general del derecho de las familias en el Código Civil y Comercial. Reformar para transformar”, Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (Noviembre), 17-XI-2014, pág. 39.

madre. En consecuencia, es el hecho de la concepción y no el del nacimiento lo que permite atribuirle la capacidad para ser parte¹⁸. También, en tanto la mujer puede iniciar el juicio de filiación antes del nacimiento, podrá, por el artículo 586, fijarse en el carácter de provisorios los alimentos en el marco del proceso de reconocimiento de filiación.

k) El hijo del otro cónyuge o conviviente. El progenitor afín: El artículo 676 prevé que la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia¹⁹.

l) Alimentos en caso de cesar la guarda con fines de adopción: Por vía jurisprudencial se admitió que aun cesada la guarda con fines de adopción, los anteriores pretendidos guardadores continuaran abonando los alimentos y la cobertura social. Ello se estableció por cierto tiempo, por equipararlo a la figura del progenitor afín.

En sustento de lo expuesto se dijo que si bien no son padres biológicos ni adoptivos, en tanto no se dictó sentencia de adopción plena, se los podía considerar “padres solidarios” o “progenitores afines”, con lo cual la solución se justifica en la “solidaridad familiar”²⁰. De todas maneras, se comparte la solución, si bien el concepto amplio de familia incluye al caso relatado, aun cuando no tenga el carácter legal de hijo, sino por haberle dado ese trato y en

¹⁸ En igual sentido que expresamente lo establece el art. 6.6.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Ver Lorca Navarrete, Antonio y Lozano-Higuero Pinto, Manuel, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Parte General, Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, San Sebastián, 2002, pág. 50.

¹⁹ Grosman, Cecilia, “Sumar realidades familiares: La familia ensamblada en la Reforma del Código Civil”, Revista de Infojus, Sistema Argentino de Informática Jurídica, Reforma del Código Civil V, Familia y Sucesiones, Derecho Privado, año II, número 6, pág. 85.

²⁰ El caso de trataba de dos niños, de 3 y 7 años. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, sala I, “L. M. A. y otro s/ adopción - acciones vinculadas”, sent. del 29-IX-2015, publicado en ED DFyP 2016 (febrero), 51, LA LEY 2016-A, 328, con nota de Úrsula C. Basset con nota de Úrsula C. Basset.

especial siendo personas menores de edad que posee una protección distintiva.

2. Tutela

De requerir una persona sujeta a tutela la prestación de alimentos, si los recursos con los que cuenta no son suficientes para atender a su cuidado y educación, el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos²¹. Como se dijo, este es un caso de personería.

3. Derecho de comunicación

Se reconoce legitimación activa en esta materia a los ascendientes, descendientes, hermanos bilaterales o unilaterales y parientes por afinidad en primer grado, e incluso quienes justifiquen un interés afectivo legítimo (art. 556), con personas menores de edad, con capacidad restringida, o enfermas o imposibilitadas (art. 555). Por consiguiente, se admite una amplia legitimación, siempre que se invoque un interés merecedor de tutela.

Los legitimados pasivos serán quienes tienen a su cargo el cuidado de ellos, ya sea desde lo fáctico o por designación judicial –por ejemplo, un tutor- (art. 555).

4. Filiación

a) Filiación matrimonial. La legitimación activa para este reclamo, acorde el artículo 582 del CCCN, será del hijo. Este podrá no estar inscripto en el Registro de las Personas, estar inscripto sin mención de sus padres o registrado con una filiación diversa, distinta a la biológica –en este caso se deberá articular simultáneamente una acción de desplazamiento del estado filial inscripto-²².

Además, debe entablarse contra los cónyuges conjuntamente. En este caso, resulta un litisconsorcio pasivo necesario, pues no podría constituirse una filiación matrimonial si ambos cónyuges no participan del proceso (arts. 89 y conc., CPCCN).

b) Filiación extramatrimonial: La legitimación activa también será del pretense hijo. La calidad de demandados recaerá sobre sus progenitores o, de haber fallecido, en sus herederos.

²¹ Art. 119, CCCN

²² Lorenzetti, Ricardo, Ob. cit., Tomo III, pág. 617.

c) Falta de identificación del padre: El Código, en su artículo 583, prevé que si una persona sólo tiene inscripción de su filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, para que cumplido los pasos que la ley establece, de haber sido infructuosa la determinación del otro progenitor, el mismo Ministerio Público pueda ejercer la acción. Sería éste un caso de personería, ya que el titular del derecho es la persona cuya filiación se procura determinar.

Cabrá, en este contexto, preguntarse si el Ministerio, llegado el caso, podrá ejercer la acción de filiación. Entiendo que la respuesta afirmativa se impone.

5. Impugnación de filiación

a) Impugnación de la maternidad. El artículo 588, admite que en los casos de determinación de la maternidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 565, el vínculo filial puede ser impugnado por no ser la mujer la madre del hijo que pasa por suyo. Esta acción puede interponerse por el hijo, la madre, el o la cónyuge y todo tercero que invoque un interés legítimo. Es decir, que la legitimación activa es amplia, si bien dependiente de quién la articula podrá estar sujeta a un plazo de extinción su ejercicio.

b) Impugnación de la filiación presumida por ley. El Código admite, en su artículo 589, que el o la cónyuge de quien da a luz puede impugnar el vínculo filial de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad, de la separación de hecho o de la muerte, mediante la alegación de no poder ser el progenitor o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

Los legitimados activos serán el o la cónyuge de quien da a luz, el hijo, la madre y cualquier tercero que invoque un interés legítimo, aunque sólo para el hijo no está sometida la acción a un plazo de caducidad (art. 590). De fallecer el legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad que la misma norma fija.

c) Acción de negación de filiación presumida por ley y acción preventiva. Esta acción prevé especialmente que el o la cónyuge de la mujer que da a luz puede negar judicialmente el vínculo filial del hijo nacido dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, por lo tanto a él o ella le corresponde la legitimación activa (art. 591, CCCN).

Sin embargo, esta pretensión también puede ejercerse preventivamente, antes de nacer el hijo. En este supuesto, el o la cónyuge puede impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer. Puede ser ejercida, además, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo²³.

d) Impugnación de reconocimiento: La legitimación activa para atacar el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio es de los propios hijos o de los terceros que invoquen un interés legítimo. El hijo puede atacar el reconocimiento en cualquier tiempo²⁴. Sin embargo, aun en este supuesto, se ha admitido que deba proseguir con el pago de los alimentos, por lo cual se amplía el derecho a percibirlos²⁵.

6. Divorcio

El artículo 437 del CCCN, prevé que el divorcio se decreta judicialmente a petición de ambos o de uno solo de los cónyuges. En este caso se podría discutir si se puede hablar de un legitimado activo o pasivo, sino directamente de peticionantes, ya que en esta materia no hay contradicción.

7. Adopción

Las pautas de quien posee legitimación activa para articular una adopción están determinadas en el

²³ El artículo 592 también dispone que la inscripción del nacimiento posterior no hace presumir la filiación del cónyuge de quien da a luz si la acción es acogida. Esta disposición no se aplica cuando median las técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

²⁴ Estas disposiciones, contenidas en el artículo 593, también regula sobre el plazo de ejercicio, pues establece que los demás interesados pueden ejercer la acción dentro de un año de haber conocido el acto de reconocimiento o desde que se tuvo conocimiento de que el niño podría no ser el hijo. Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.

²⁵ Galli Fiant, María Magdalena, "Asistencia transitoria para una niña, luego de la impugnación de paternidad", LLLitoral 2017 (julio), 26/07/2017, 3. Comentario a fallo de la Cám. II de Apel. de Paraná.

mismo Código. Así, debe ser una persona física residente en el país, que se encuentre anotado en el Registro de Adoptantes²⁶, al menos dieciséis años mayor que el adoptado²⁷ y con 25 años de edad como mínimo²⁸. Si se trata de personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente²⁹, lo que sería un supuesto de colegitimación. De todas maneras, la ley admite excepciones a este principio³⁰. Como se advierte, se habilita a cualquier tipo de familia a la adopción en tanto la pueden reclamar personas en unión convivencial o personas solas o personas unidas en uniones del mismo sexo (ley 26.618)³¹.

Por vía de jurisprudencia, se ha admitido que el matrimonio que recibió a una niña como hogar de tránsito, pueda participación en el trámite de guarda, por haberse generado una intensa vinculación espiritual y hasta física en ese prolongado tiempo de convivencia³².

En este proceso, el artículo 617 puntualiza que serán partes los pretensos adoptantes y el pretense adoptado, quien debe ser oído, tenida en cuenta su opinión y es obligatorio requerir el consentimiento de este último (art. 595, CCCN). Además, la ley dispone que, de contar con edad y grado de madurez

²⁶ Puede adoptar la persona que: a. resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país; b. se encuentre inscrita en el registro de adoptantes.

²⁷ El art. 599 aclara que excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente.

²⁸ Artículo 601. Restricciones. No puede adoptar: a. quien no haya cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito; b. el ascendiente a su descendiente; c. un hermano a su hermano o a su hermano unilateral.

²⁹ Art. 602, CCCN.

³⁰ Ver arts. 603 y 604, CCCN.

³¹ Herrera, Marisa, "El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma al Código Civil", Sup. Esp. "El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil", 2012-II, coordinado por Aida Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera; Lorenzetti, Ricardo, ob. cit., Tomo IV, pág. 49.

³² La familia se desempeñó por nueve meses durante el primer año de vida del menor como hogar de tránsito, hace se tenga un interés claro en el futuro del niño, lo que puede no alcanzar para ser considerado "parte" pero que amerita que sus peticiones sean oídas y resueltas, en la medida que puedan revestir un beneficio para aquel, más cuando en el caso el instituto en cuestión aparece desnaturalizado como consecuencia del excesivo tiempo transcurrido sin que haya mediado informe de seguimiento alguno. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán, sala civil y penal, "N., D. N. s/ especiales", sent. del 5-VI-2015, publicado en: LA LEY 2015-F, 31, con nota de Gabriela Yuba.

suficiente, debe comparecer con asistencia letrada (art. 617, inc. "b", CCCN).

En verdad, si es parte, siempre debiera intervenir, ya sea por sí, con patrocinio o por medio de abogado –en este caso, el abogado del niño–.

IV. Supuestos especiales a analizar desde la legitimación pasiva:

Hay casos en los cuales merece hacerse una observación, por ser hipótesis en las que la legitimación puede ser de terceros ajenos al grupo familiar por reclamos de orden patrimonial:

1. Deudas frente a terceros en el caso de los cónyuges y de los convivientes

Admite el artículo 461 del CCCN, que los cónyuges responden solidariamente por las obligaciones contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos. Ello, con remisión al artículo 455. Esta norma regula que "Los cónyuges deben contribuir a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Esta obligación se extiende a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos. El cónyuge que no da cumplimiento a esta obligación puede ser demandado judicialmente por el otro para que lo haga, debiéndose considerar que el trabajo en el hogar es computable como contribución a las cargas. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro."

Una norma similar se prevé para el caso de los convivientes, con remisión al artículo 455 del CCCN (art. 520, CCCN).

Si bien la posibilidad de reclamar está en cabeza del cónyuge o conviviente no habría inconveniente en que por esta misma norma el tercero acreedor también pueda reclamar el cumplimiento de la obligación conforme estas pautas a uno u otro o ambos cónyuges o convivientes.

2. Incumplimiento de órdenes judiciales

En el supuesto de incumplimiento de las órdenes judiciales de depositar o retener, serán solidariamente responsables –junto con el obligado– quienes omitieron acatar la orden. Pero no por ello serán legitimados pasivos de la obligación principal, en tanto esta condena surge del incumplimiento y no

por la relación sustancial que dio lugar a reconocer el derecho (art. 541, CCCN).

Esta disposición, prevista para los alimentos, podría aplicarse analógicamente a otros casos a los fines de alentar el acatamiento a las decisiones judiciales.

V. Supuestos de flexibilización de la personería

1. Ampliación del plazo para fundar el recurso

En un precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en voto del doctor de Lazzari que encabezó la mayoría, se admitió la posibilidad de fundar un recurso de apelación al Ministerio Público, en representación de los menores de edad, en tanto la recurrente, la progenitora, no lo había fundado, por lo que se había declarado desierto. De tal manera, se privilegia la necesaria representación de estos intereses habilitando a actuar a ese representante para fundar un recurso que no había interpuesto. Se aprecia la flexibilización de la intervención de los representantes legales cuando se trata del ejercicio del derecho de defensa en juicio de las personas en estado de vulnerabilidad³³.

2. Nulidad del proceso por ausencia de intervención del representante de las personas menores de edad

Se ha dispuesto que si en un proceso de desalojo de una vivienda, en la cual viven personas menores de edad, no ha intervenido el representante de éstas -en el caso el Asesor de Menores e Incapaces- cabe declarar la nulidad de lo actuado para subsanar tal omisión. Se sostiene ello en la necesidad de una representación efectiva, no meramente formal.³⁴

V. Conclusión

La amplitud actual de la regulación sustancial repercute indiscutiblemente en una visión novedosa del litigio jurisdiccional y, por ende, de la legitimación³⁵ y de la representación en juicio, entre

muchos otros aspectos. Por ello, el aporte del derecho procesal no debe brindarse desde el formalismo del siglo anterior, sino desde los albores de una sociedad que no desea silenciar las realidades que la integran.

³³ SCBA, causa C117505, "M., M.N. de C. y otros c. 17 de Agosto S.A. y otro –Daños y perjuicios", del 22/04/2015.

³⁴ SCBA, causa C. 117.577, "Balint, Roberto Oscar y otro contra F., G. A. y otros. Desalojo", sent. del 18-XI-2015, voto del señor Juez doctor de Lazzari. Balint, Roberto Oscar y otra vs. F., G. A. y otros s. Desalojo, en Rubinzal Online, cita: RC J 7666/15

³⁵ Así, por ejemplo, el precedente del Juzgado civil en familia y sucesiones única nominación, del Centro Judicial Monteros, Provincia de Tucumán, que admitió una triple filiación, es un excelente ejemplo del reconocimiento de las nuevas legitimaciones en el proceso. Causa "L. F. F. c. S.

C. O. s/ filiación", sent. del 7/2/2020, publicado en LALEY AR/JUR/132/2020.

Los principios generales de los procesos de familia y la flexibilidad de las formas

Mabel De los Santos¹

1.- Concepto y función de los principios generales del proceso:

Los principios jurídicos son instrumentos de integración e interpretación del sistema legal, que han adquirido una importancia notable a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando se produjo una reacción contra el positivismo. Se trata de construcciones elaboradas sobre la base de los derechos fundamentales reconocidos en textos convencionales o constitucionales, así como de enunciados basados en soluciones jurisprudenciales e interpretaciones doctrinarias. Consisten en “mandatos de optimización” pues son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Como tales, se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados y porque la medida de cumplimiento ordenada depende no sólo de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas.²

En tanto instrumentos de interpretación e integración, los principios operan brindando directrices para suplir lagunas legales, ya sea porque las normas no brindan una solución al caso que es objeto de análisis (laguna propiamente dicha) o porque la regla aplicable no se ajusta a los valores y principios (laguna axiológica).

Pero los principios son también un instrumento de flexibilización de las reglas. Éstas constituyen mandatos taxativos, que se cumplen o no se cumplen. Obviamente, un sistema legal integrado sólo por reglas sería muy rígido y de allí la importancia de los principios para flexibilizar las reglas a través de la ponderación. Los principios no son de vigencia irrestricta pues admiten atenuaciones engendradas por la existencia de otros

principios o por las circunstancias del caso. Su relevancia radica en la necesaria flexibilidad de que debe estar dotado el sistema para adecuarse a la mejor solución posible del caso concreto. Claro que lo fundamental radica en distinguir cuando es necesario ponderar y cuando es posible subsumir, que es un mecanismo más simple. En muchos casos la subsunción brinda una solución adecuada, que es además congruente con todo el sistema jurídico, sus principios y valores. Pero cuando una regla colisiona con un principio o lo hacen los principios entre sí, se hace necesario ponderar.

Conforme lo expuesto, las reglas procesales estampadas en los códigos no pueden ser leídas en clave de su sola y dogmática textualidad, sino, antes bien, en función de tales valores y principios, que se resumen y compendian en los contenidos, antes referidos, de la tutela judicial efectiva. El juez no se limita ya, simplemente, a actuar la voluntad de la ley, sino que su misión en la interpretación y aplicación de la normativa procesal reside más bien en tornar efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso –contradictorio, publicidad, fundamentación suficiente del decisorio, razonabilidad, consistencia³

Este nuevo modo de interpretar y aplicar la ley, que en nuestro derecho consagran los arts. 1 a 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCC), hace necesario desde el punto de vista metodológico, que los cuerpos normativos estén precedidos por un título preliminar que compendie los principios generales. Así lo hacen el CCC al establecer los principios generales del proceso de familia (v. Título VIII, arts. 705 a 711), el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (arts. 1 a 15)⁴ y los nuevos códigos procesales de familia de Córdoba, Mendoza, Chaco, Entre Ríos y Río Negro. También fue el método empleado en la elaboración del Proyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, presentado en el Senado de la Nación el 13/11/19⁵, en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes y en el también nuevo Código Procesal para la Justicia de las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

¹ Ex Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesora adjunta regular de la materia Derecho Procesal Civil y Comercial, Facultad de Derecho, UBA. Profesora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia.

² ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, 2da. edición, CEPC, Madrid, 2007, p. 350.

³ BERIZONCE, Roberto, “El principio de legalidad bajo el prisma constitucional”, en *La Ley*, boletín del 5 de octubre de 2011.

⁴ www.editorial.jusbaires.gob.ar.

⁵ V. Expte. 258/2019 en www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/258_19/PE/PL

Analizaré someramente los principios generales del proceso de familia establecidos en el CCC, con especial detenimiento en el de tutela judicial efectiva por su relevancia para la operatividad efectiva del derecho sustancial. Finalmente centraré la atención en el principio de flexibilidad y adaptación de las formas, por ser el más novedoso en tanto fue consagrado por el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia⁶ y adoptado en la mayoría de los textos procesales de Familia.

2. Los principios del proceso de familia en el Código Civil y Comercial y en los nuevos códigos de familia provinciales

El Libro Segundo, el título VIII del CCC regula, en sus artículos 705 a 711, los principios que deben regir los procesos de familia. Señala, en primer lugar, la necesidad de diseñar los procesos de modo que aseguren el acceso a la justicia, en especial de los más vulnerables. Se hace efectivo así el mandato del art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, del art. 3 y 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las 100 reglas de Brasilia⁷ que lo propician.

El artículo 706 enuncia los siguientes principios regulatorios de los procesos de familia, a saber: tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Asimismo, señala que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables y la resolución pacífica de los conflictos. Se establece que los jueces deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. Finalmente, el texto indica que las decisiones que involucren a niños, niñas o adolescentes deben estar presididas por la consideración del interés superior de estas personas.

2.a. Principio de la tutela judicial efectiva:

Se trata del primero y más relevante principio que se enuncia. Como es sabido, la tutela judicial efectiva presenta contenidos plurales que se

desenvuelven desde el acceso a la jurisdicción, se manifiestan a lo largo del proceso de declaración y se extienden aún a la etapa de ejecución del mandato judicial. Aunque se lo ha enunciado como un principio procesal, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva constituye una garantía del debido proceso adjetivo, que encuentra reconocimiento en los arts. 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y que integra el bloque de constitucionalidad (art. 75 inc. 22 CN). De la tutela judicial efectiva derivan los principios procesales de celeridad, concentración, saneamiento, eventualidad y eficacia.

Cuando aludimos al derecho a la tutela efectiva no circunscribimos el análisis al derecho de acción, pues para reunir las condiciones que se exigen a esa tutela, el derecho de acción debe complementarse con el derecho al proveimiento y a los medios ejecutorios capaces de dar efectividad al derecho sustancial. Tal efectividad debe ser, además, oportuna y, en algunos casos, debe tener la posibilidad de ser preventiva, ante la mera amenaza a un derecho y para impedir su violación. De hecho, no podría hablarse de derechos inviolables sin conferir a la jurisdicción un derecho a la inhibición del ilícito y a la prevención del daño⁸.

Asimismo, la tutela judicial efectiva involucra un derecho al cumplimiento efectivo de las resoluciones judiciales. No debe soslayarse que el Estado posee también un deber de protección. Sobre el particular coincido con Marinoni⁹, cuando sostiene que el derecho a la tutela jurisdiccional no sólo garantiza la igualdad de acceso a la Justicia, sino que se trata de un derecho a la efectiva protección del derecho material, del cual son deudores el legislador y el juez, quienes deben suministrar y aplicar los dispositivos que permitan la operatividad cabal del derecho material. Como dice Alexy¹⁰, los derechos a procedimientos judiciales y administrativos son esencialmente derechos a una “protección jurídica efectiva”, la que involucra que el proceso garantice “los derechos materiales del respectivo titular del derecho.”

⁶ DE LOS SANTOS, Mabel., “Cuestiones procesales a la luz del Código Procesal Modelo de Familia...”, La Ley: Suplemento Especial Código Civil y Comercial de la Nación. Familia 2014 (diciembre), 125; TR LALEY AR/DOC/4394/2014.

⁷Las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” fueron aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana en su reunión del 4 al 6 de marzo de 2008 y actualizadas en abril de 2018 en la Cumbre de Quito. Ver en www.cumbrejudicial.org/web/guest/110.

⁸DE LOS SANTOS, Mabel, “Los procesos de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial”, Publicado en la Revista de Derecho Privado, Año II, nro. 6, Infojus, pág. 13.

⁹MARINONI, LuizGuilherme, *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, p. 220, Palestra, Perú, 2007.

¹⁰ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 472.

Analizaremos seguidamente los aspectos que abarca la tutela judicial efectiva, que podemos sintetizar en: acceso a la justicia, proveimientos adecuados, cumplimiento de las resoluciones judiciales y tutela preventiva.

Acceso a la Justicia:

Con relación al acceso a la justicia, además de la gratuidad de las actuaciones en materia no patrimonial y de una adecuada regulación del beneficio de litigar sin gastos, debe considerarse la importancia de la dirección oficiosa de los procesos, en especial cuando se trata de la eficaz tutela de los derechos de los vulnerables, así como de diversas disposiciones tendientes a asegurar el acceso igualitario a la tutela judicial.

Las Reglas de Brasilia establecen pautas para asegurar el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad, siendo sus beneficiarios quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Se entiende que también se encuentran en situación de discapacidad, aquellas personas que de manera temporal presenten tales deficiencias, que les limiten o impidan el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con las demás.

En su versión del año 2018, las Reglas aluden a la obligación de establecer las condiciones necesarias de accesibilidad para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen igualdad de trato, reconocimiento como persona ante la ley, respeto de su autonomía, capacidad de actuar, seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación, sea ésta a través de cualquier medio tecnológico que requiera, atendiendo la brecha digital y cultural. En las Reglas 15 y 16 se alude a la pobreza como causa de vulnerabilidad y se establece que debe promoverse la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia y se propone la adopción de medidas destinadas a la asignación de ayudas económicas para cubrir costos de desplazamiento, hospedaje y alimentación, aquellas encaminadas a lograr la comprensión del objeto y alcance de las actuaciones judiciales y las

destinadas a establecer un sistema de asistencia jurídica gratuita.

En cuanto hace específicamente al proceso judicial, se proponen específicas medidas procesales y de gestión judicial cuyo objeto radica en la simplificación y divulgación de los requisitos exigidos por el ordenamiento para la práctica de determinados actos, a fin de favorecer el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, y sin perjuicio de la participación de otras instancias que puedan coadyuvar en el ejercicio de acciones en defensa de los derechos de estas personas.

En ese orden de ideas también adquiere relevancia e integra las propuestas que se han venido realizando desde la doctrina nacional para mejorar el acceso a la justicia, el instituto procesal de la reconducción de postulaciones (también llamado “*iura novit curia*” procesal) que impone a los magistrados una interpretación amplia de los escritos de postulación, para evitar excesos rituales o la denegación de derechos por cuestiones formales meramente formales¹¹. Sobre este aspecto volveré al analizar el principio de flexibilidad de las formas.

Cabe recordar que, como ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallos aplicables en rigor a todo proceso civil, el ejercicio del “*iura novit curia*” constituye un deber del órgano jurisdiccional¹² vinculado a la prestación de tutela judicial efectiva. Allí estableció que es deber de los jueces discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas aplicables, con independencia de los fundamentos invocados, directriz que es particularmente relevante cuando se encuentran involucrados derechos alimentarios o el interés superior del niño o de otros sujetos en situación de vulnerabilidad.

Proveimientos adecuados en el trámite del proceso y hasta la declaración del derecho:

El principio de la tutela judicial efectiva y oportuna involucra el principio de economía procesal y sus derivados de celeridad, concentración, saneamiento y eventualidad pues exige obtener el mayor rendimiento de la actuación judicial en el lapso más breve posible. En ese orden de ideas, el Código Civil y Comercial contiene novedosas previsiones normativas que hacen efectivos esos principios, a

¹¹ PEYRANO, Jorge W., “*iura novit curia* procesal: la reconducción de postulaciones”, en *Procedimiento Civil y Comercial. Conflictos procesales*, T. 1, p. 99, Juris, Santa Fe, 2002.

¹² CSJN, “*Guerrero, E.M. por sí y sus hijos menores c. Insegna, R.L.*”, LA LEY ON LINE, AR/JUR/17/12/2011.

saber: la alusión al procedimiento más breve que prevean las leyes locales para tramitar el proceso de alimentos (arts. 543¹³ y 554¹⁴) y la oposición a la celebración del matrimonio (art. 414¹⁵), normas que traducen normativamente el principio de celeridad que rige los procesos de familia. La concentración y eventualidad se halla implícita en la posibilidad que consagra el art. 546¹⁶ de involucrar en la condena al demandado y a otros obligados de grado más próximo o que concurren con el accionado. También se vincula con asegurar proveimientos adecuados el efectivo ejercicio del “*iura novit curia*” por parte de los jueces también durante el trámite de los procesos y el deber de dirigir los procedimientos para alcanzar la verdad de los hechos controvertidos.¹⁷

En cuanto a la búsqueda de la verdad por parte del juzgador, la exigencia es indiscutible en el marco de un proceso que consagra la oficiosidad en materia probatoria (v. arts. 706 y 709). Ello importa que se dirijan los procedimientos hacia la determinación de la verdad de los hechos, constituyendo la función epistémica fundamental que compete al

¹³ **ARTÍCULO 543.-** “Proceso. La petición de alimentos tramita por el **proceso más breve** que establezca la ley local, y no se acumula a otra pretensión.”

¹⁴ **ARTÍCULO 554.-** “Cese de la obligación alimentaria. Cesa la obligación alimentaria:
a) si el alimentado incurre en alguna causal de indignidad;
b) por la muerte del obligado o del alimentado;
c) cuando desaparecen los presupuestos de la obligación.

La pretensión de cese, aumento o reducción de los alimentos tramita por el **procedimiento más breve que prevea** la ley local.”

¹⁵ **ARTÍCULO 414.-** Procedimiento de la oposición. Deducida la oposición el oficial público la hace conocer a los contrayentes. Si alguno de ellos o ambos admite la existencia del impedimento legal, el oficial público lo hace constar en acta y no celebra el matrimonio. Si los contrayentes no lo reconocen, deben expresarlo ante el oficial público dentro de los TRES (3) días siguientes al de la notificación; éste levanta un acta, remite al juez competente copia autorizada de todo lo actuado con los documentos presentados y suspende la celebración del matrimonio.

El juez competente debe sustanciar y decidir la oposición por el **procedimiento más breve que prevea la ley local**. Recibida la oposición, da vista por TRES (3) días al Ministerio Público. Resuelta la cuestión, el juez remite copia de la sentencia al oficial público.

¹⁶ **ARTÍCULO 546.-** Existencia de otros obligados. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. **Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance.**

¹⁷ DE LOS SANTOS, Mabel, “El debido proceso ante los nuevos paradigmas”, La Ley 2012-B, 1062.

juzgador.¹⁸ Adviértase que no resulta concebible que pueda obtenerse una sentencia justa si ésta no se basa en una determinación verdadera de los hechos de la causa.

Eficacia en el cumplimiento de los mandatos judiciales:

Ha destacado la CIDH que la ejecución de la sentencia forma parte del proceso y, por consiguiente, éste no puede considerarse culminado hasta tanto se materialice el fin perseguido por quien acciona y obtuvo una sentencia favorable. El tiempo necesario para hacer efectiva la etapa de ejecución de la sentencia judicial hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable y similares consideraciones son aplicables al cumplimiento de todo mandato judicial.¹⁹ Asegurar efectividad en la ejecución involucra no sólo que las sentencias sean cumplidas en un plazo razonable, sino también evitar la frustración de los derechos por el transcurso del tiempo y obtener el cumplimiento “in natura” de los mandatos de dar, hacer y no hacer.

En cuanto a la ejecución de las resoluciones judiciales, el CCC contempla diversos dispositivos legales para asegurar el efectivo cumplimiento de las sentencias, que han sido ampliados en los códigos procesales de familia. Así, por ejemplo, el CCC consagra la responsabilidad solidaria del pago de la deuda alimentaria de quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor (Art. 551 CCC). También se autoriza al juez a imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia (art. 553 CCC) y para asegurar el régimen de comunicación establecido por sentencia o por convenio homologado (art. 557 CCC). Se estableció también el pago de intereses sobre sumas debidas por alimentos a una tasa equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, a la que se adiciona la que el juez fije, según las circunstancias de caso (art. 552 CCC), norma que más allá de la función de todo interés moratorio, tiene también una finalidad conminatoria ante la resistencia del alimentante a cumplir con su pago pues si no paga en tiempo, pagará más.

El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia (CPMF) amplió la nómina de dispositivos tendientes a asegurar el cumplimiento efectivo de las

¹⁸ TARUFFO, Michele, *Simplemente la verdad*, Ed. M. Pons, Madrid-Barcelona, 2010, pp. 39/49.

¹⁹ CIDH, “Furlan vs. Rca. Argentina”, párr.. 149.

resoluciones judiciales. Se incluyó así en materia de alimentos la restricción de salida del país, la inscripción del deudor alimentario en el registro local de deudores de alimentos²⁰, las que constituyen específicas medidas conminatorias no pecuniarias tendientes a obtener el cumplimiento de las sentencias. Ello, sin perjuicio de una regulación genérica de las medidas conminatorias pecuniarias (astreintes) y no pecuniarias.²¹

Tutela preventiva:

La tutela para ser efectiva y oportuna en ocasiones debe operar preventivamente, a través de medidas protectorias, como sucede en los procesos de violencia²² o en materia de amenaza o violación de los derechos de niños, niñas o adolescentes u otras personas vulnerables. El CCC prevé que el juzgador puede ordenar oficiosamente las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona en los procesos de restricción de la capacidad (art. 34 CCC). También prevé la prestación de alimentos provisorios, típica tutela anticipada, tanto en los juicios de alimentos (art. 544 CCC), como en las acciones de reclamación de filiación (art.586 CCC), medida preventiva diferenciable de la estrictamente cautelar tendiente a asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos, que regula el art. 550 del CCC.

²⁰ARTÍCULO 548. CPMF. “**Salida del país.** De oficio o a pedido de parte, el juez puede prohibir la salida del país del deudor hasta tanto cumpla con su obligación, excepto que preste caución suficiente para satisfacerla.”

²⁰ARTÍCULO 549. CPMF “**Registro de deudores alimentarios.** El juez puede disponer se anote a la persona deudora de cuotas alimentarias provisionales o definitivas en el registro de deudores alimentarios local si:

- a) Las cuotas fueron fijadas por resolución judicial o acuerdo homologado judicialmente.
- b) El obligado ha incumplido con el pago de tres (3) cuotas consecutivas o cinco (5) alternadas.
- c) Se ha intimado judicialmente al pago.
- d) No se ha justificado el incumplimiento.”

²¹ARTÍCULO 366 CPMF. **Conminaciones económicas y personales.** En cualquier etapa del proceso y para el cumplimiento de sus resoluciones, el juez, de oficio o a pedido de parte, puede disponer las medidas de conminación necesarias, cualquiera sea el sujeto a quien se impongan.

ARTÍCULO 367 CPMF. Sanciones conminatorias pecuniarias. Las conminaciones económicas o astreintes se fijan por el juzgado en una cantidad de dinero a pagar por cada día que demore el cumplimiento, teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las posibilidades económicas del obligado, de modo que signifiquen una efectiva conminación al cumplimiento.

²² UGARTE, Luis A., “Tutela judicial efectiva: violencia familiar y medidas precautelares” DFyP 2019 (julio), 15/07/2019, 19, cita Online: AR/DOC/1501/2019.

Por su parte, los arts. 721 a 723²³ del CCC regulan diversas medidas provisionales que pueden ser ordenadas durante los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio y aún antes de promovidos éstos, en casos de urgencia, las que son aplicables, en lo pertinente, a los conflictos derivados de la ruptura de uniones convivenciales²⁴. Se trata, por un lado, de las medidas provisionales relativas a las personas, que consisten en tutelas anticipadas de urgencia y de evidencia, que actúan el derecho material de manera provisoria y que pueden ordenarse tanto a pedido de parte como de oficio. El CCC también ha regulado las medidas cautelares de contenido patrimonial, sólo disponibles a pedido de parte, dirigidas a asegurar la efectividad de las sentencias que se dicten en los juicios de divorcio, nulidad de matrimonio y en el proceso de liquidación de la sociedad conyugal.

²³ARTÍCULO 721.- Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso.

Puede especialmente:

- a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;
- b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;
- c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;
- d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;
- e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.

ARTÍCULO 722.- Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio. Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

ARTÍCULO 723.- Ámbito de aplicación. Los dos artículos precedentes son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.

²⁴DE LOS SANTOS, Mabel, “Las medidas provisionales de los procesos de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado”, *Revista de Derecho Procesal 2013-I, Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales*, Rubinzal Culzoni, 2013, pág. 173 y sgtes.

2.b. Principio de inmediación:

El principio de inmediación importa asegurar que el juzgador tenga el mayor contacto personal con los sujetos y la prueba durante el trámite de los pleitos y a los fines de la mejor resolución del conflicto. Este principio aparece enunciado en el art. 706 de modo genérico, pero se exterioriza en diversas normas que exigen su efectiva vigencia, tales como el deber del juzgador de oír de manera personal, según las circunstancias del caso, a los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio y a personas mayores con capacidad restringida (art. 707 CCC). También está presente la vigencia de este principio al establecer el CCC la entrevista personal previo a decidir sobre restricciones a la capacidad (art. 35²⁵).

Concordantemente, las Reglas de Brasilia, fuente del CCC, y el citado art. 706 aluden a la oralidad con inmediación, estructura que adoptan varios códigos procesales de familia provinciales, en concordancia también con el Código Procesal Modelo, que estableció la oralidad del proceso por audiencias.

2.c. Principios de buena fe y lealtad procesal:

Se consagra en los procesos de familia el respeto a los principios de buena fe y lealtad procesal, que hacen al principio más amplio de moralidad, también exigible. Se trata de deberes jurídicos de contenido ético que pesan sobre las partes y que el juez debe asegurar en el trámite de estos procesos, previniendo y sancionando todo acto contrario al principio de moralidad. A tal fin el rechazo “*in limine*” y fundado de planteos claramente improcedentes, que prevén los códigos procesales, el impulso de oficio y las pruebas de oficio que autoriza el art. 709 CCC²⁶ y las medidas conminatorias son buenos instrumentos para prevenir o neutralizar los actos procesales contrarios a la buena fe, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que prevén los distintos códigos procesales.

²⁵ **ARTÍCULO 35.-** Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias.

²⁶ **ARTÍCULO 709.-** Principio de oficiosidad. En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.

El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

2.d. Principio de oficiosidad:

El Código establece el principio de oficiosidad en los pleitos de familia, lo que significa impulso de oficio de las causas (excepción hecha de los pleitos estrictamente patrimoniales entre personas plenamente capaces), prueba de oficio (art. 709 CCC) y, en ciertas circunstancias, la disposición de medidas preventivas oficiosas.

La tutela efectiva de los derechos, en especial de los sujetos en situación de vulnerabilidad, hacen necesario el activismo judicial. Así el art. 579²⁷ autoriza a disponer pruebas de oficio en el juicio de filiación, inclusive la prueba genética y el art. 580²⁸ autoriza a ordenar a esos fines aún la exhumación de un cadáver. También en el marco de los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio el juez puede disponer medidas provisionales relativas a las personas, conforme lo autoriza el art. 721 CCC antes citado.

En el marco de los procesos de restricción a la capacidad se consagra el deber de ordenar oficiosamente las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona, debiendo indicar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos y cuales la representación de un curador (art. 34 CCC), lo que importa una tutela preventiva oficiosa.

El principio de oficiosidad es meramente enunciado en el art. 706, al indicar los principios rectores de los procesos de familia, y tratado específicamente en el artículo 709 del CCC.

2.c. Principio de oralidad:

La norma establece la oralidad para los procesos de familia. Prevalece en los sistemas procesales de Iberoamérica el denominado “proceso por

²⁷ **ARTÍCULO 579.-** Prueba genética. En las acciones de filiación se admiten toda clase de pruebas, incluidas las genéticas, que pueden ser decretadas de oficio o a petición de parte.

Ante la imposibilidad de efectuar la prueba genética a alguna de las partes, los estudios se pueden realizar con material genético de los parientes por naturaleza hasta el segundo grado; debe priorizarse a los más próximos.

Si ninguna de estas alternativas es posible, el juez valora la negativa como indicio grave contrario a la posición del renuente.

²⁸ **ARTÍCULO 580.-** Prueba genética post mortem. En caso de fallecimiento del presunto padre, la prueba puede realizarse sobre material genético de los dos progenitores naturales de éste. Ante la negativa o imposibilidad de uno de ellos, puede autorizarse la exhumación del cadáver. El juez puede optar entre estas posibilidades según las circunstancias del caso.

audiencias”. Se trata de oralidad en la etapa probatoria, que se inicia con la audiencia preliminar y concluye con la audiencia de vista de causa, donde se recibe la prueba. La audiencia preliminar es fundamental en ese marco y la presencia del juez y de las partes permite al primero explorar diversos caminos para la solución del conflicto. Los actos de postulación, la sentencia y los recursos se tramitan por escrito, pero toda prueba se recibe en audiencia aún en la segunda instancia.

El Código Modelo de Proceso Civil para Iberoamérica, elaborado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y aprobado en las XI Jornadas de Río de Janeiro, Brasil, propone esa estructura para el trámite de todas las causas civiles y también para los procesos de familia. La oralidad “para mejorar las condiciones de celebración de las actuaciones judiciales” constituye una de las medidas procesales incluidas en las “100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (regla 35).

La oralidad en la prueba favorece el poder de dirección del proceso, reduce el campo de la inconducta procesal y favorece la concentración de actos; permite también un mayor acceso al juez, al viabilizar el contacto directo del juzgador con las partes en los actos en que su presencia resulta imprescindible.

2.e.Principio de acceso limitado al expediente:

Se trata de una excepción al principio procesal de publicidad. Su fundamento radica en la necesidad de proteger la intimidad, la imagen y los datos personales de las personas involucradas y, en particular, de los más vulnerables, vale decir: niños, niñas, adolescentes y personas con capacidad restringida.

El acceso es limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso. También se prevé que, en caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, sólo se ordene su remisión si la finalidad lo justifica y se garantiza la reserva (art. 708 CCC). También se consagra el principio de reserva en el juicio de adopción, donde se establece expresamente que las audiencias serán privadas y el expediente reservado (conf. art. 617 inciso d) CCC).

Las Reglas de Brasilia expresamente destacan la recomendación de proteger la intimidad e imagen de las personas en condición de vulnerabilidad, en particular, de niños, niñas y adolescentes. Así proponen disponer que las actuaciones no sean

públicas, como es regla en los procesos de familia en nuestro derecho en virtud del principio de acceso limitado al expediente (v. art. 706, primer párrafo “in fine” CCC). También se consagra la prohibición de la toma y difusión de imágenes si ello afectare la situación emocional o la seguridad de la persona vulnerable y el deber de evitar toda publicidad de los datos personales²⁹.

El principio de acceso limitado al expediente se acentúa en la regulación del juicio de adopción en el CCC, que establece en su artículo 617 que “las audiencias son privadas y el expediente, reservado”.

2.f.Principio de resolución pacífica de los conflictos:

La justicia de familia es una justicia de acompañamiento, pues existen vínculos perdurables y profundos que deben ser preservados. Por ello, el rol de los magistrados judiciales en estos conflictos es subsidiario y de pacificación. Es necesario buscar soluciones razonables y que se adapten a las necesidades del caso, en lo posible, consensuadas, pacíficas. Debe procurarse la autocomposición del conflicto familiar, pues el proceso constituye la “última ratio” en la búsqueda de la paz individual y social.³⁰

Las controversias familiares ostentan características propias, que requieren penetrar, ahondar y atender a las verdaderas causas que las generan, no sólo las formales o superficiales. Son conflictos típicos de “coexistencialidad”³¹ en la

²⁹**Sección 4ª.- Protección de la intimidad:1.- Reserva de las actuaciones judiciales: (80)** Cuando el respeto de los derechos de la persona en condición de vulnerabilidad lo aconseje, podrá plantearse la posibilidad de que las actuaciones jurisdiccionales orales y escritas no sean públicas, de tal manera que solamente puedan acceder a su contenido las personas involucradas.

2.-Imagen: (81) Puede resultar conveniente la prohibición de la toma y difusión de imágenes, ya sea en fotografía o en vídeo, en aquellos supuestos en los que pueda afectar de forma grave a la dignidad, a la situación emocional o a la seguridad de la persona en condición de vulnerabilidad.

(82) En todo caso, no debe estar permitida la toma y difusión de imágenes en relación con los niños, niñas y adolescentes, por cuanto afecta de forma decisiva a su desarrollo como persona.

3.- Protección de datos personales (83) En las situaciones de especial vulnerabilidad, deberá evitarse toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de quienes se encuentren en esa condición.

(84) Se garantizará la protección de los datos personales contenidos en soporte digital o en otros soportes que permitan su tratamiento automatizado.

³⁰CECCHINI, Francisco Carlos, *El proceso de familia*, Ed. Panamericana, Santa Fe, 2006, p. 42.

³¹NAKAMURAH., *Family Courts. The role of the judge in*

medida en que casi siempre envuelven e inciden en una amplia y compleja gama de relaciones y situaciones. Su arista humana no desplaza a la jurídica ni ésta, a su connotación constitucional. Se trata, en definitiva, de hallar las soluciones más beneficiosas para el núcleo familiar.³²

2.g.Principios de especialidad y multidisciplina.

El CCC adopta una reiterada propuesta de congresos y otros eventos científicos de Derecho Procesal en el sentido que los jueces de Familia deben ser especializados en la materia y contar con apoyo multidisciplinario. También las Reglas de Brasilia recomiendan políticas de organización y gestión del sistema judicial que aseguren la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial, para la atención de las personas en condiciones de vulnerabilidad (regla 40) y la actuación interdisciplinaria (regla 41). Se destaca la importancia de la actuación de equipos multidisciplinarios, conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial (Regla 41).

La especialidad involucra dos aspectos del proceso de familia. El primero apunta a reservar, para los tribunales competentes en la materia, la exclusividad de aspectos vinculados a los conflictos esencialmente familiares dejando de lado otras cuestiones, propias del derecho común, aunque los reclamos se planteen entre cónyuges, quienes lo fueron o parientes. En el segundo aspecto, la “especialización” se vincula a la idoneidad técnico-jurídica que se exige a los operadores jurídicos, así como el necesario entrenamiento en la especialidad. La adecuada capacitación no se agota en lo teórico, sino que requiere un paralelo adiestramiento práctico como también de actualización permanente en la materia, por ejemplo, en el análisis de la perspectiva de género en la decisión de los pleitos.

Por su parte, la multidisciplina significa que los tribunales que actúen la materia familiar deben contar con gabinetes de apoyo y la colaboración de médicos, psicólogos y trabajadores sociales, que colaboren e interactúen con el juez para la pronta y más eficaz búsqueda de soluciones al conflicto familiar.

family conflicts, en *Effektiver Rechtsschutz...*, ed. W.J.Habscheid, Gieseck-Verlag-Bielefeld, Würzburg, 1983, pp. 467 y ss.-Informe general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal

³²MORELLO, Augusto M., “Familia y jurisdicción. Hacia una tarea Interdisciplinaria”, J. A., 1990-IV, p. 879; id., *Estudios de Derecho Procesal*, ob. cit., v. II, pp. 1103 y ss.

2.h.Principio del Interés Superior del niño:

El art. 706 PCCCU destaca que las decisiones que se dicten en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, deben tener en cuenta el interés superior de esas personas consagrado en el art. 3 de la Convención sobre Derechos del Niño. Esta pauta de hermenéutica normativa y fáctica involucra procesalmente dos derechos fundamentales: a) el derecho a ser oídos en toda cuestión que involucre sus intereses y b) el derecho a la defensa técnica a través de un patrocinio letrado propio, como se observa en el art. 707 CCC³³.

Se trata de que su opinión pueda ser valorada de conformidad con su edad y grado de madurez, lo que involucra el principio de autonomía progresiva (conf. artículos 3, 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículos 3, 24 y 27 de la ley 26.061). El CCC habilita a la intervención del “abogado del niño”, en determinados supuestos. En este orden de ideas, introduce varias modificaciones en el plano patrimonial de la responsabilidad parental, destacándose verbigracia la posibilidad de que un hijo adolescente pueda iniciar acción civil a pesar de la oposición de sus progenitores; o pueden reclamar contra sus progenitores por sus propios intereses, sin previa autorización.

A la nómina de principios generales del proceso de familia, enunciada en el art. 706 CCC, se suman otros específicos, más vinculados a lo estrictamente procesal, como la gratuidad (art. 10 CPMF), la doble instancia³⁴, la perspectiva de género y la flexibilidad y adaptación de las formas. Este último, que fue originariamente regulado en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia y luego fuera incluido en algunos textos procesales de familia provinciales así como en las Bases para la reforma procesal de Familia (elaboradas por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación, en el marco del Programa Justicia 2020),

³³**ARTÍCULO 707.- Participación en el proceso de niños, niñas, adolescentes y personas con discapacidad.** Los niños, niñas y adolescentes con edad y grado de madurez suficiente para formarse un juicio propio, y las personas mayores con capacidad restringida tienen derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los procesos que los afecten directamente. Deben ser oídos por el juez de manera personal, según las circunstancias del caso.

³⁴Conf. Opinión consultiva nro. 17/2002 del 28/8/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

adquiere relevancia para la operatividad de los restantes, como se explicará seguidamente.

3.- El principio de flexibilidad de las formas

Si las formas procesales deben servir a la mejor realización del derecho material, debe admitirse la posibilidad de su flexibilización para evitar excesos formales. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado en el caso "Bámaca Velásquez" que el proceso es un medio para realizar la justicia y que ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades.³⁵ Por supuesto dicha flexibilización debe realizarse respetando la paridad de trato y la garantía de la defensa.

Las Cortes Supremas o superiores tribunales han aplicado el principio en cuestión en fallos anteriores aún a la sanción del Código Civil y Comercial, que tampoco lo incluye en la nómina de principios. Así lo hizo la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires al señalar que *"Encontrándose en juego la suerte de un niño, toda consideración formal pasa a segundo plano; en los procesos en los que se ventilan conflictos familiares que involucran a un niño, se amplía la gama de poderes del juez, atribuyéndosele el gobierno de las formas, a fin de adaptar razonable y funcionalmente el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice; en estos litigios, aislar lo procesal de la cuestión sustancial, limitarlo a lo meramente técnico instrumental, es sustraer una de las partes más significativas de la realidad inescindible."*³⁶

También la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aludido a la flexibilidad de las formas en varios fallos dictados en materia de Derecho de las Familias. En un caso dejó sin efecto la sentencia que estableció el carácter simple de la **adopción del hijo adoptivo de la cónyuge**, a pesar de que todas las partes habían expresado su voluntad de obtener el otorgamiento de la adopción plena. Dijo allí que *"El consentimiento de la sentencia de adopción no constituye impedimento para variar sus alcances...habida cuenta que este tema se vincula a un proceso en el que las normas rituales deben adecuarse a las sustanciales, sobre todo mediando*

conformidad de los interesados en cuanto al sentido de la alteración propuesta".³⁷

La Corte Suprema de Justicia de la Nación también aplicó el principio en cuestión para flexibilizar o hacer una excepción a la ley, dando prelación a la tutela efectiva en el caso del tratamiento de un recurso de queja interpuesto extemporáneamente por el Defensor Oficial en un caso en que estaba en juego el interés superior de un niño. Dijo allí que *"... dar prioridad al principio de perentoriedad de los plazos no sólo resultaría contrario a razones de justicia y equidad que median en el caso, sino que además significaría frustrar los derechos que se encuentran en juego mediante una decisión excesivamente rigurosa; cuando se trata de resguardar el interés superior del niño, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de los derechos que cuentan con particular tutela constitucional"*.³⁸

El CPMF consagra este principio en el art. 14 del Título Preliminar, que establece bajo la denominación de "Flexibilidad de las formas" que *"Para evitar excesos rituales, el juez puede adaptar las formas sin conculcar el debido proceso. El pedido y la causa de la petición pueden ser interpretados extensivamente"*, fórmula seguida por los Códigos Procesales de Familia de las Provincias de Chaco, ley especial de Entre Ríos y Código de Río Negro.

También se consagra en el art. 470 CPMF³⁹ la potestad del juez de resolver, mediante decisión inapelable, el trámite por el cual se sustanciará la contienda entre los tres previstos (ordinario, extraordinario o urgente), cuando la contienda no deba tramitar por alguno de los procesos especiales regulados en el Libro III (autorizaciones judiciales, alimentos, divorcio, filiación, sistema de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes,

³⁷ CSJN 14-2-2012, v. dictamen de la Procuración General, al que se remite la Corte Suprema, Fallos 335-30

³⁸ CSJN, 26-9-2012, Fallos, 335: 1838

³⁹ ARTÍCULO 470 CPMF. Proceso supletorio. Los procesos que no tengan asignado un trámite especial conforme este código se rigen por el trámite del proceso por audiencias ordinario que se regula en este capítulo, por el trámite extraordinario o por la vía del proceso urgente, según lo disponga el juez, cuya decisión es inapelable. El juez, en atención a la mayor o menor complejidad de la cuestión, puede cambiar el tipo de proceso mediante resolución fundada, intimando por cédula a las partes para que dentro del plazo de diez días adecuen sus peticiones conforme a su decisión, la que sólo es susceptible de reposición.

³⁵ Conf. "Bámaca Velásquez", sentencia del 25/11/2000, serie C, n° 70, párr. 96.

³⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (Argentina), 15/7/2009, Derecho de Familia, nro. 45, Marzo/Abril 2010, pág. 192.

adopción, violencia familiar, restitución internacional de menores y restricción a la capacidad e incapacidad e información sumaria).

La norma establece asimismo la posibilidad de cambiar el trámite del proceso mediante resolución fundada, emplazando a las partes a ajustar sus peticiones, instituto que permite adecuar el proceso a los hechos sobrevinientes y aún al derecho sobreviniente, sin afectar las garantías esenciales de igualdad y defensa. En efecto, el art. 470 establece en su último párrafo que *“El juez, en atención a la mayor o menor complejidad de la cuestión, puede cambiar el tipo de proceso mediante resolución fundada, intimando por cédula a las partes para que dentro del plazo de diez días adecuen sus peticiones conforme a su decisión, la que sólo es susceptible de reposición”*

Similar potestad se confiere al juez para asegurar la efectividad de la tutela en materia de medidas urgentes (art. 510 CPMF)⁴⁰, norma que tiene como fuente lo que Morello⁴¹ denominó “cláusula llave” y que permite al tribunal adaptar fases sobre la marcha del trámite -de oficio, pero respetando siempre la bilateralidad y paridad de trato- de manera que su desarrollo sea funcional y guiado por criterios finalistas y pragmáticos, gobernados por la intermediación. El texto proyectado por Morello y Arazi⁴² ha sido recibido, textualmente, en el Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia.

Cabe precisar que este principio de flexibilidad de las formas involucra varios aspectos, a saber:

- a) **La potestad del juez de decidir el trámite aplicable** dentro de los legislados (que obviamente son acordes con las pautas del debido proceso), de modo inapelable, evitando dilaciones, en ocasiones reñidas con la buena fe.

- b) **La reconducción de postulaciones**, que consiste en no autorizar rechazos liminares por no ser la elegida por el peticionante la vía adecuada (el consabido y poco solidario “ocurra por la vía pertinente”), sin antes indicar cual es la vía procesal que corresponde y emplazar a las partes a adecuar sus peticiones.
- c) **La facultad judicial de cambiar el trámite** cuando han mutado las circunstancias fácticas o median acuerdos parciales, emplazando a las partes a ajustar sus peticiones.
- d) **La posibilidad de abreviar los plazos previstos** en las normas o disponer lo necesario para asegurar lo necesario para la tutela efectiva de derechos fundamentales.
- e) **Admitir la flexibilización de la congruencia** para asegurar tutela efectiva, bajo la condición de no lesionar la garantía de la defensa.

Como predicaba el maestro Morello, *“una nueva cultura del litigio judicial tiende a hacer posible adaptarlo, para que con desenvoltura y sin trabas, sepa amoldarse a la función de facilitar instrumentalmente los fines de la justicia”*.⁴³ No se trata de adoptar el principio de libertad de las formas, que podría afectar la garantía de la defensa y la seguridad jurídica. Por el contrario, en el marco del principio de legalidad, se trata de establecer normativamente supuestos de flexibilización de las reglas y de las condiciones bajo las cuales procede.

Estas directrices se perfilan también, correctamente aplicadas, en la jurisprudencia más reciente. Así, la Cámara de Apelaciones de Morón destacó en un fallo por el que se revocaba la resolución que no admitía una acumulación de pretensiones alimentarias de varios hermanos, que *“la preeminencia que debe darse a estos asuntos y la necesidad de que los mismos no se entorpezcan con cuestiones formales o rituales, ...debe conectarse con la directriz de efectividad que impone el art. 706 del mismo estatuto legal”*⁴⁴

4.- La flexibilización de la congruencia procesal.

El principio de congruencia consiste en la traducción procesal del principio lógico de identidad y

⁴⁰**Proceso urgente. Reglas generales. ARTÍCULO 510 CPMF. Adaptación del proceso. Potestades judiciales.** “En casos de extrema urgencia, si es necesario para salvaguardar derechos fundamentales de las personas, el juez puede resolver la pretensión del peticionario acortando los plazos previstos para el proceso extraordinario y disponiendo las medidas que juzgue necesarias para una tutela real y efectiva. Excepcionalmente, cuando existe prueba fehaciente y evidencia del derecho invocado, puede resolverse sin sustanciación...”

⁴¹MORELLO, Augusto M., “Qué entendemos, en el presente, por tutelas diferenciadas”, pp. 15-19, en Revista Argentina de Derecho Procesal, *Tutelas diferenciadas I*, 2008-2, Rubinzal Culzoni, 2008.

⁴²MORELLO, Augusto y ARAZI, Roland, “Procesos urgentes”, JA 2005-I, pp. 1348-1352.

⁴³MORELLO, Augusto M., *El proceso justo*, p. 615, LEP, 1994.

⁴⁴Cám. Apel. Civil y Comercial Morón, CAUSA NRO. 87932 R.I. /18, 8/5/2018,

constituye una directriz relativa a la correspondencia que debe existir en todo proceso judicial entre la pretensión principal, más las pretensiones desestimatorias o reconventionales formuladas por las partes, y lo que el juez resuelve en la sentencia. Hasta no hace mucho tiempo la doctrina procesal ha venido sosteniendo, sindiscrepancias, que la congruencia constituye un principio o regla de absoluta observancia para el dictado de toda resolución judicial, que es condición necesaria del debido proceso.

Sin embargo, en los últimos tiempos, en gran medida como consecuencia de la novedosa incorporación convencional y constitucional de la garantía de la tutela efectiva y su necesaria compatibilización con las restantes garantías, ha comenzado a aceptarse la posición que vengo sosteniendo⁴⁵, que afirma la necesidad de revisar este concepto y admitir excepciones a la exigencia de congruencia a los fines de no incurrir en ritualismos excesivos, que impidan la efectiva tutela procesal de los derechos.

El principal fundamento que sostiene esta tesis es que, si bien la congruencia constituye un resguardo para evitar todo menoscabo a la defensa, es necesario compatibilizar su aplicación práctica con otras garantías, en particular, la que ampara a quien reclama justicia, de obtener tutela judicial efectiva pues, en ocasiones, un apego excesivo a la congruencia impide la resolución eficaz y justa del conflicto⁴⁶.

El CPMF ha previsto la flexibilización de la congruencia en dos normas. El art. 51, establece como potestad del juez: **“d) Excepcionalmente, admitir pretensiones o disponer prestaciones relacionadas con el objeto de la pretensión y la causa de la petición, que no fueron inicialmente formuladas, siempre que los hechos que las originen se encuentren probados y que durante su incorporación al proceso haya mediado oportunidad de defensa.”** Por su lado, el 215, relativo al contenido de la sentencia de primera instancia, establece, luego de aludir a los hechos sobrevinientes, que también puede el juez reconocer pretensiones u ordenar prestaciones, aun cuando no estén pedidas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 51 inciso d).

⁴⁵DE LOS SANTOS, Mabel, “Los valores en el proceso civil actual y la consecuente necesidad de reformular los principios procesales”, J.A., 2000-I, pág. 752 y siguientes.

⁴⁶DE LOS SANTOS, Mabel, “Principio de congruencia” en PEYRANO, Jorge W. (Director), *Principios procesales*, T. I, ed. Rubinzal Culzoni, 2011, pág. 199 y sgtes.

Sobre el punto se ha expresado, con razón, que “el principio de congruencia, como el conjunto del arsenal técnico y jurídico, no es un esquema rígido de conceptos o postulados, con límites infranqueables que, cuando corresponda, impidan su necesaria flexibilidad y adaptación cuando requiera compatibilizarse en una armonización funcional frente a valores superiores, según predica la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.⁴⁷ No puede extrañar, entonces, que ante determinadas situaciones excepcionales el respeto irrestricto a la congruencia deba ceder ante la influencia de otros principios procesales cuya observancia resulta más valiosa en el caso. Dan cuenta de ello algunos fallos que han dado soluciones útiles a la tensión entre la regla de congruencia frente a la tutela judicial efectiva y el interés superior del niño⁴⁸.

⁴⁷ PEYRANO, Jorge W. “Tratamiento general de la flexibilidad procesal” en La Ley, Boletín del 11 de octubre de 2020.

⁴⁸ V. Cám. Apel. Gral Pico, La Pampa, Sala A, 24/6/2019, “C.O. c. C.F. y G.E.C.A. s/ impugnación de reconocimiento”, elDial AAB502 y LL. AR/DOC/434/2020, comentado por Sarena, Eva, “Flexibilización del principio de congruencia. Subsistencia de la obligación alimentaria por aplicación analógica de la figura del padre afín”).

El divorcio y la diferencia entre propuesta y convenio regulador

Por Pedro Di Lella¹

Está todavía fresca en la memoria de los familiaristas las cuestiones que surgieron después de las reformas del régimen del divorcio y sus efectos por la ley 23.515 y sus concordantes. Uno de esos problemas era la posibilidad de hacer convenios liquidatorios del régimen de comunidad y la validez de los mismos, tema que después de muchas vicisitudes, que es innecesario recordar, terminó aceptándose que los convenios realizados en el "marco del proceso de divorcio" eran válidos y exigibles.

Al enfrentarse a la necesidad de reformar el sistema de divorcio el legislador argentino optó por elegir primero si dejaría en manos de los legisladores de provincia el trámite del divorcio, y resolvió que no, reguló tanto el derecho sustancial como el procesal, esto es avanzó sobre la facultad de las Provincias de regular en el código de Ritos el procedimiento del divorcio, y lo dispuso en el propio Código.-

Pudo el legislador del 2015 limitarse, como lo hizo en muchos temas de régimen patrimonial simplemente reemplazar el sistema admitido por la jurisprudencia anterior a esa fecha, y simplemente admitir la validez y exigibilidad de los convenios en el "marco del divorcio", o por el contrario abrirse a otras alternativas, como podía ser, por ejemplo el sistema francés con la posibilidad de sacar el divorcio del ámbito judicial si había mutuo acuerdo, o exigiendo según las circunstancias que se realizara un convenio que sólo sería válido pasado "un tiempo de reflexión"; o el sistema en España del denominado divorcio *express* si bien debe pedirse al Juez, permite hasta su realización sin la intervención de letrado alguno, u otros sistemas.

El legislador argentino que se decantó tanto por el respeto a la autonomía de la voluntad, decidió sin embargo rodear al divorcio de ciertos recaudos, lo mantuvo en la órbita judicial, exigió la intervención letrada, y en mi opinión y este es el tema que vamos

a tratar en este trabajo, diferencié entre lo que dió en llamar una propuesta obviamente dirigida al Juez, y un convenio regulador.

Como un latigillo reiteratorio se imputó al legislador cierta liviandad y desinterés a la hora de regular el proceso de divorcio, a mi juicio injustificadamente, muchas veces calificado, siguiendo la expresión española, como "divorcio *express*".

Es evidente en mi opinión que si dos personas no desean seguir juntas, basta la unilateral voluntad de uno para que se tenga que poner fin a la unión. Pero sabiamente, el legislador argentino exigió a mi juicio tomándolo del sistema francés, un "tiempo de reflexión" o, si se quiere que la convención sea realizada o se ratifique en presencia del Juez.

¿Porqué hago esta afirmación?

Porque dice la ley que el proceso de divorcio debe iniciarse conforme art. 438 con una "propuesta" que regule los efectos derivados de este, la omisión de la propuesta impide dar trámite a la petición

Sin pretender entrar, porque no es el motivo del presente en la diferencia entre nulidad e inexistencia de actos jurídicos, parece claro que el Código tiene por inexistente la petición de divorcio si no va acompañada de la propuesta regulatoria, desde que prohíbe dar trámite al divorcio, y eso es exigible tanto en la presentación unilateral como en la bilateral.

Debe destacarse que no tomó el legislador la anterior expresión de una mayoritaria jurisprudencia previa, de considerar que podían realizar un convenio en el marco del divorcio, muy al contrario, exigió que la propuesta se presente ante el Juez.

Como debe ser la propuesta

La importancia así de que exista lo que el Código denomina "propuesta" es de suyo destacable.

Pero mas importante aún, lo es la disposición del art. 438 "in fine" cuando dispone que "Si el divorcio es peticionado por uno sólo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta".

Es decir que conforme la ley la propuesta puede ser unilateral o bilateral, si el divorcio es pedido en forma individual, cada cónyuge puede presentar una "propuesta" distinta, pero, si el divorcio es pedido en forma conjunta, la **propuesta** no puede ser diferente.

Quiero recalcar aquí que el código denomina, designa **propuesta** a ambas, sean unilaterales o bilaterales y así lo utiliza también Adriana Krasnow²

¹Profesor consulto titular de Derecho de Familia y de las Sucesiones (UBA). Profesor de la Carrera de Especialización y de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

²En este marco, pueden presentarse distintas situaciones:
a) Petición bilateral con presentación de propuesta única,

Coincido con la autora citada al no calificar como "convenio", "acuerdo" o "contrato", tal como lo hace el código, dice que debe ser una propuesta unilateral en cuyo caso cada uno le da la redacción que desea o puede ser una propuesta bilateral que en tal caso debe ser una sola, aunque admite que puede haber ausencia parcial o total de acuerdo, pero si que en uno u otro caso deben presentarse al Juez.

Contenido de la propuesta

¿Cuál es el contenido de la propuesta que se debe presentar al Juez?

A mi juicio ese contenido debe cumplir dos recaudos.

En primer lugar deben acompañarse los elementos en que se funden, y ello es requisito "sine qua non" porque "Las propuestas deben ser evaluadas por el Juez" que, mal podría evaluarlas si carece de los elementos para ello.

¿Cómo sabrá el Juez si la mujer está siendo sometida a violencia y ello la lleva a firmar cualquier acuerdo para huir de la situación? ¿Cómo sabrá el Juez si hay perjuicio notorio para la familia si no se le dan elementos para que puede evaluar las circunstancias que rodean al convenio?

En segundo lugar, debe tener el contenido que surge del art. 439 del CCyC, la propuesta es la "propuesta de un convenio regulador", que por lo menos tenga los contenidos de ese artículo.

Aunque coincido que los cónyuges pueden respecto de parte o aún de todos los temas que la ley exige se incluyan, manifestar simplemente que no han logrado acuerdo alguno.

Debe quedar claro que el convenio regulador no será tal y sólo será propuesta, hasta que el Juez lo haya evaluado, hasta que lo haga es sólo una "propuesta" no menos no mas, ya que es un acto complejo como afirma

En consecuencia no importa si el divorcio es unilateral o bilateral, para que reúna los requisitos de la ley, es imprescindible que se acompañe de los elementos fundantes que permitan al Juez evaluarlas, y debe prever todos los supuestos que dispone el art. 439, o indicar los motivos por lo que no se puede presentar respecto de algunos de sus aspectos.

La oportunidad de la evaluación.

.... b) Presentación bilateral con presentación de una propuesta que sólo comprende aspectos consensuados...
c) Presentación bilateral con presentación de propuestas separadas...". Véase:KranowAdriana N.,*Tratado de Derecho de las Familias* T II , La Ley, Buenos Aires,pag. 182

¿Cuándo debe evaluar las propuestas el Juez?

Obviamente en la audiencia que la ley le ordena convocar, aunque es esperable que antes de la audiencia el Juez haya leído la o las propuestas de las partes, pero recién allí cuando el Juez se encuentra con el acuerdo o desacuerdo de las partes, hará su evaluación, y la ley es terminante si hay desacuerdo en la audiencia, la propuesta no importa si unilateral o bilateral no surte efecto alguno debiendo las cuestiones ser resueltas por el procedimiento previsto en la ley local.

Se dice, y así parece señalar un fallo de Pergamino³que ello violaría la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y no creo que sea así. La ley exige que el Juez debe, imperativamente, evaluar la propuesta, y está obligado en esa evaluación a determinar si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar. Contará el Juez para ello con los elementos que las partes le hayan aportado y con lo que las partes le digan en la audiencia, si pese a esto el Juez no logra un acuerdo entre ellos debe derivarlos a los procesos que correspondan.

En una interpretación pretoriana, a mi criterio, pero absolutamente razonable, se ha sostenido que el Juez no debe convocar siquiera a la audiencia si hay una propuesta bilateral porque ella es autosuficiente. Aida Kemelmajer de Carlucci dirá que habiendo acuerdo "el Juez no deberá convocar a la audiencia"⁴ Y digo que es una postura pretoriana porque la ley obliga a llamar a la audiencia, pero digo también razonable, porque si como sostiene la autora citada la propuesta bilateral no puede ser ni evaluada ni meritada por el Juez es mas lógico sostener que la audiencia no debe hacerse a sostener que la audiencia es un mero acto protocolar donde el Juez está presente con idéntica función que el escritorio o sillón de su despacho.

Es que la ley debe interpretarse conforme art. 2 del Cód. Civ. y Comercial teniendo en cuenta todo el plexo normativo, sostener que la ley exige que el Juez cuando convoca a audiencia habiendo acuerdo previo de partes debe limitarse a ser una mera figura decorativa es inaceptable, o se crea un procedimiento distinto donde habiendo acuerdo de partes no se llama audiencia alguna, o si se llama a la audiencia con la intervención de un Juez al que además se le exigió que sea especializado en

³ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, y de Familia del Departamento Judicial Pergamino, 5/3/2020, causa N° 3713-19 , "P. A. V. C/B. J. A. S/ divorcio por presentación unilateral.

⁴ Kemelmajer de Carlucci, A, Herrera Marisa, Lloveras Nora, *Tratado de Derecho de Familia*, Tomo I, RubinzalCulzoni, Santa Fe, 2015, pag.396 pto. 4.4

cuestiones de familia no es, no puede serlo, para cumplir un mero recaudo formal.

Pero, si se convoca a la audiencia y esta se celebra entonces, deberán manifestar allí si no hay acuerdo, con lo que termina el acto cualquiera haya sido la propuesta, unilateral o bilateral, o si hay acuerdo y en que consiste, pero pudiendo aún frente a esta voluntad bilateral, y obviamente excepcionalmente, rechazarla si considera que es nociva para alguno de los miembros del grupo familiar.

En mi opinión así, el procedimiento es claro, frente a una propuesta unilateral el Juez debe convocar a la audiencia, frente a una propuesta bilateral el juez también debe convocar a la audiencia, y evaluar si hay o no inconveniente para la familia, debiendo abstenerse de homologar en caso de desacuerdo o si considera que es nociva como se indicó.

La propuesta deja de ser propuesta y pasa a ser convenio regulador si hay acuerdo entre partes en la audiencia, y el Juez no objeta, siendo irrelevante si hubo o no acuerdo antes, porque si en la audiencia respectiva una de las partes manifiesta que el convenio es gravemente perjudicial a sus intereses, "las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el Juez de conformidad con el procedimiento de la ley local".

Aún en el mejor de los supuestos, que se hayan acompañado al Juez los elementos fundantes, si una de las partes manifiesta en la audiencia que el convenio es gravemente perjudicial a sus intereses o a los de los hijos, es casi imposible que el Juez resuelva (no habrá pericias, testimonios ni otros elementos) y por eso la ley dispone que la cuestión debe resolverse por la vía procesal que corresponda, obviamente si no hay elementos fundantes la homologación de ese convenio sería claramente "contra legem" es decir deben reunirse en la audiencia dos recaudos, uno que haya acuerdo, dos que se hayan agregado los elementos fundantes que permitan al Juez hacer la evaluación que la ley ordena.

El fallo de Pergamino que mencioné hace caso omiso de las regulaciones procedimentales propias del juicio de divorcio y se remite a las normas generales en materia de convenios como si estas no fueran normas supletorias de las disposiciones específicas del proceso de divorcio, quemereció por parte del legislador un cuidado especial.-

Y por otra parte porque tampoco parece una exigencia desmesurada del Código que la "propuesta" a que puedan haber arribado las partes,

fuera del Juzgado, no sea considerado mas que eso "propuesta" hasta que la expresión de voluntad de las partes se expresa en la respectiva audiencia, si la voluntad de esa propuesta" entre cónyuge no dura, ni el tiempo que va desde el inicio de la demanda hasta la fijación de la audiencia, el tiempo de reflexión de que habla el derecho francés, mal puede entenderse que ha habido ejercicio de la "autonomía de la voluntad de los cónyuges" cuyas relaciones como tales deben ser consideradas diferentes que las meras relaciones patrimoniales entre acreedores y deudores En este sentido reitero ese período hasta la audiencia debe interpretarse en forma similar a el "tiempo de reflexión" que dispone el Código Francés

El Código ha sido sumamente cauto a la hora de imponer limitaciones, sólo exige que el acuerdo bilateral dure desde que se firmó hasta la audiencia ante el Juez, sino no cumple tal recaudo la cuestión exige que se trate por la vía que corresponda.

La cita de "*En sentido técnico-jurídico, trasunta un acto jurídico familiar bilateral, tendiente a crear, modificar, extinguir derechos entre los cónyuges que con el dictado de la sentencia de divorcio serán excónyuges (LORENZETTI, Ricardo Luis, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Buenos Aires, Ed. RubinzalCulzoni Editores, 2015, pag. 745)*" que hizo el fallo citado es desafortunada, porque pretende hacer decir al autor lo contrario de lo que dice, porque está precisamente haciendo referencia a que con la sentencia de divorcio serán ex cónyuges lo que ocurrirá después de la audiencia que manda fijar la ley. Ese acto jurídico familiar está sujeto a un sólo recaudo que se mantenga ante el Juez.

No nos parece excesivo ni violatorio de la autonomía de la voluntad que enmarcados los cónyuges en un proceso con contenidos emocionales tan relevantes, sea excesiva la exigencia legal de que la voluntad de acordar y su contenido se mantenga hasta la audiencia, creando así legislador creó un acto jurídico familiar complejo que exige la intervención y participación del Juez ⁵

Resulta por decir lo menos curioso que el fallo de Pergamino que mencione, pese a hacer mención expresa a que estos convenios debían considerarse como una transacción no haya tenido en cuenta que conforme art. 1644 no pueden ser objeto de transacción los derechos sobre las relaciones de familia...Excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquella, y obviamente

⁵Mizrahi señala la necesaria intervención del Juez. Véase: Mizrahi, L., *Divorcio, alimentos y compensación económica*, Astrea, Buenos Aires, pag. 77

ello nos lleva en forma directa al art. 1002 inc. d, que prohíbe todo contrato entre cónyuges bajo el régimen de comunidad entre si, lo que obliga a interpretar la supuesta transacción, -por otro lado de interpretación restrictiva (art. 1642 in fine)- realizada en el marco del proceso de divorcio aplicando estrictamente las normas legales que permiten transformar la mera propuesta en convenio regulador si el acuerdo de los cónyuges llega hasta la audiencia y el Juez no lo rechaza.

El tema además presenta otra arista que no debe perderse de vista. El divorcio lo decreta en nuestro país, un Juez y por disposición legal un Juez especializado, no se puede ir al funcionario administrativo que realiza el matrimonio y divorciarse ante él, y ello se exige existan o no hijos ¿Porqué? Porque obviamente el legislador consideró que la importancia de la familia exige un contralor que un mero funcionario administrativo no puede cumplir. Una interpretación contraria transformaría el Juez, que debe ser especializado, en un mero "convidado de piedra" al que ni se le adjuntan los elementos fundantes del convenio ni cumple otra función que homologar lo que le trajeron escrito, aunque una de las partes manifieste en la audiencia que la ley manda, que no debe homologarse la propuesta porque perjudica el interés de alguno de los miembros de la familia, aunque sea él mismo.

Se pregunta Aida Kemelmajer de Carlucci "¿Podría alguna de las partes arrepentirse del convenio regulador y pedirle al Juez que no lo homologue? En este caso, y si no se encuentra comprometido el interés de los integrantes del grupo familiar, el Juez deberá rechazar el arrepentimiento y homologar el convenio"⁶

No puedo compartir esa opinión. A mi juicio ello es precisamente lo que hace determinante que la falta de acuerdo en la audiencia respectiva impida el acuerdo, precisamente porque el Juez (y en su caso la Cámara) deberá **juzgar** si está o no comprometido el interés familiar, y, si se han acompañado **todos** los elementos fundantes quizás pueda hacerlo, y homologar, pero si lo acompañado no es suficiente o existen invocación de elementos externos (violencia, ausencia de doble patrocinio etc) de cualquier naturaleza, que impidan saber si está o no comprometido el interés de los integrantes del grupo familiar la homologación es inviable.

Pettigiani fallando como Magistrado de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en fallo que acompañó la mayoría del Tribunal decía: " .. no es posible postular que la requerida homologación

judicial de estos convenios de liquidación y partición de sociedad conyugal, celebrados con anterioridad a la disolución del vínculo, aún cuando lo hayan sido para surtir efectos una vez ocurrida esta, deba ser considerado un mero mecanismo automático de convalidación o intangibilidad del exclusivo ejercicio de la autonomía de la voluntad de los otorgantes... el magistrado debe apartarse de la solución cuando ...alguno de los otorgantes en verdad no quiere la solución particionaria anticipada en tal convenio..⁷

No puedo sino compartir tal criterio.

Conclusión

La ley diferencia propuesta de convenio regulador. La propuesta de un convenio regulador es la que se presenta al Juez, sea unilateral o bilateralmente y con los elementos que la fundan, -Si hay acuerdo en la audiencia y el Juez no avizora perjuicio para ninguno de los integrantes de la familia, debe homologar, pero si no hay acuerdo en la audiencia y ante el Juez y mas aún si no hubiera elementos que funden esa propuesta, obliga al Magistrado a derivarlos a los procedimientos que correspondan.

⁶ Kemelmajer de Carlucci, A., op. citpag. 398

⁷A y S 10/9/2009 G.S.N.c/ V.A.D s/ div. Vincular

Algunas cuestiones complejas en la ejecución de alimentos

Por Silvia Guahnon¹

I. Introducción

Entre los problemas más frecuentes que se observan en los juicios alimentarios está el de determinar el caudal económico del alimentante y el de lograr el cumplimiento de una sentencia de alimentos o de un convenio homologado. Y es en este último tópico donde las normas procedimentales se deben simplificar para lograr dicho cometido.

Es que el incumplimiento alimentario no es cualquier incumplimiento obligacional, sino que atento las urgentes necesidades que tiende a cubrir la cuota fijada o convenida, se torna imperioso que el acreedor alimentario pueda disponer rápida y efectivamente de dicha cuota.

En este orden de ideas, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y los Códigos Procesales provinciales establecen un procedimiento específico para el cobro de las cuotas alimentarias impagas, que se caracteriza por una mayor celeridad. Esta celeridad se fundamenta en la índole asistencial del reclamo alimentario y la necesidad, como dijéramos, de acudir en forma inmediata a la protección debida.

Atento lo vasto de esta temática, nos referiremos a continuación a aquellas cuestiones que entendemos pueden presentar mayores dificultades, sin agotar de ningún modo la problemática referida al incumplimiento de la obligación alimentaria.

I. Ejecución de alimentos definitivos

Nos referiremos en este ítem a los alimentos incumplidos que surgen de una sentencia en un juicio de alimentos o de un convenio de alimentos homologado judicialmente.

a) Etapas del proceso de ejecución de alimentos

Como adelantáramos, el procedimiento específico que establecen los códigos de procedimientos para el cobro de las cuotas alimentarias que surgen de una sentencia de alimentos o de un convenio homologado, consta de las siguientes etapas: la intimación de pago al alimentante, y el posterior

embargo y venta de los bienes (art. 648 del CPCCN). También así lo establecen las normas correlativas de los Códigos Procesales Provinciales.

De acuerdo a ello, en la ejecución de alimentos se ve una alteración sustancial del trámite de la ejecución de sentencias ordinario, puesto que, por una parte, no hay citación de venta, ni sentencia de venta, sino que luego de la intimación de pago sin que éste se haya hecho efectivo y trabado el embargo, si es de sumas de dinero, se procederá a la inmediata disponibilidad de dicha suma a favor del alimentado, mientras que si se trata de embargo sobre bienes muebles o inmuebles, se ordenará el inmediato remate de estos hasta cubrir las sumas adeudadas y que se vayan adeudando, aplicándoles allí sí las normas sobre subasta de bienes. (arts 573 y stes del CPCCN)

Es dable destacar que, en la instancia de la intimación de pago, no se exige ninguna liquidación previa, sino tan solo la indicación por parte de la ejecutante de los períodos reclamados y en su caso, si mediaron pagos parciales, puesto que, contestada la intimación o no y verificado el incumplimiento total o parcial, corresponderá embargar bienes hasta cubrir el monto del capital adeudado con más una suma que deberá presupuestar el juez oficiosamente para responder a intereses y costas.

No se le escapa a la suscripta que, en la práctica, y para facilitar la comprensión de las sumas adeudadas (capital e intereses), se practiquen liquidaciones de alimentos atrasados, previo o concomitante con la intimación de pago, pero, vuelvo a reiterar, lo importante es que no se desnaturalice la celeridad que debe tener este proceso y si, por ejemplo, se impugnaran los intereses, se permita disponer del capital, sin perjuicio de la resolución final respecto de estos últimos.

b) Intereses

En cuanto a los intereses que corresponde abonar por las cuotas alimentarias impagas, hubo una significativa modificación en el Código Civil y Comercial de la Nación que puso fin a las distintas posiciones en cuanto a si correspondía aplicar la tasa activa o la pasiva. Claramente el art.552 de dicho cuerpo normativo establece en la actualidad que la tasa de interés aplicable ante el incumplimiento del pago de las sumas debidas por alimentos, será la equivalente a la más alta que cobran los bancos a sus clientes, según la reglamentación del Banco Central, por lo que en la actualidad la tasa aplicable sería la tasa activa.

¹Ex Jueza de la Justicia Nacional en lo Civil, con competencia en asuntos de familia. Profesora adjunta regular de Elementos de Derecho Procesal Civil (UBA). Profesora de la Carrera de Especialización y de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia.

Asimismo, en la materia, se establece que a dicha tasa se le podrá adicionar la que el juez fije teniendo en cuenta las circunstancias del caso, facultad que, entendemos, tiene que ser utilizada con suma prudencia para evitar en los hechos abultadas liquidaciones de deudas alimentarias que a la postre se traducen en mayores incumplimientos.

Y con respecto a los intereses de las cuotas que se van devengando durante el proceso (recuérdese que la sentencia de alimentos ordena pagar la cuota en forma retroactiva), establece el art. 644 in fine del CPCCN y sus correlativos de los Códigos Procesales provinciales, devengarán intereses desde la fecha fijada en la sentencia para el pago de cada una de ellas.

c) Objeto de la ejecución: Distinción entre una sentencia apelada y una sentencia firme

A los fines de considerar los periodos reclamados cabe distinguir si la sentencia de alimentos se encuentra apelada o está firme.

En efecto, si la sentencia de alimentos se encuentra apelada, como consecuencia del efecto no suspensivo (devolutivo) del recurso de apelación que se concede contra dicha sentencia, en los términos de los arts. 547 del CCyCN y 644 del CCCN se podrán ejecutar solamente las cuotas posteriores la sentencia que se encuentren impagas, sin perjuicio del recurso interpuesto.

Ahora bien, una vez que la sentencia se encuentre firme se podrán ejecutar no solo las cuotas impagas posteriores a la misma, sino también las cuotas retroactivas, que lo serán a la fecha de la mediación o a la etapa previa en las jurisdicciones que cuenten con ella, o a la fecha de la notificación fehaciente de pago, siempre que se haya iniciado la demanda dentro de los seis meses en los términos delo dispuesto en los arts. 548 y 669 del CCyCN.

Es importante resaltar que por el monto que resulte de esta liquidación de cuotas retroactivas, o sea, de las devengadas durante el proceso, se podrá peticionar y disponer que el monto al que se arribese abone en cuotas., denominadas **cuotas suplementarias**, de acuerdo con las disposiciones sobre inembargabilidad de sueldos, jubilaciones y pensiones (art. 645 del CPCCN).

Esta cuota suplementaria se establece, como sostiene Kielmanovich² para que “el deudor pueda cumplir con facilidades el pago de las cuotas devengadas que se han ido acumulando durante la

tramitación del juicio de alimentos y desde la fecha de interposición de la demanda hasta la sentencia definitiva (y constituye una clara declaración de la idea de humanización del proceso a la que aspira como nota no inconciliable con la más rápida y eficaz resolución de los conflictos), a partir de una cuidadosa ponderación del caudal económico de aquél, la situación propia de los alimentados y el tiempo prudencial que la cancelación de la deuda importara sobre tales bases”. Su número y monto se fijará según el prudente arbitrio judicial.

d) Oposición de excepciones por parte del ejecutado. Impugnación de la liquidación

Como hemos explicitado, si bien el trámite de la ejecución de alimentos es mucho más breve que el de la ejecución de sentencia en un proceso de conocimiento y de que el art. 648 mencionado no contempla la oposición de excepciones por parte del alimentante, doctrinariamente se admiten las excepciones de **pago documentado, total o parcial**, con la exhibición del recibo otorgado por el ejecutante ; la de **quita, espera y remisión de la deuda** en forma también documentada y la de **prescripción** en los términos de lo dispuesto por el art. 2562 inc. c) del CCyCN.³ También se podrá invocar la **caducidad** del derecho en los términos de lo dispuesto en el art. 645 del CPCCN. Del escrito de oposición de excepciones, o de la caducidad planteada se deberá correr traslado a la alimentada y luego el juez resolverá por medio de una sentencia interlocutoria.⁴

En el supuesto que la liquidación de capital e intereses presentada por la ejecutante fuera impugnada por el ejecutado, es importante destacar, como ya se tiene dicho, que quien cuestiona una planilla de liquidación debe realizar un ataque específico y concreto, demostrando el error en que se ha incurrido en su elaboración y no basarse en una mera y difusa disidencia en los cálculos, sino que específicamente debe indicar en qué consisten tales deficiencias;⁵ de allí que el impugnante debe practicar las nuevas cuentas que a su juicio resultan correctas⁶.

³ Art. 2562 del CCCN: *Plazo de prescripción de dos años*. Prescriben a los dos años...c) el reclamo de todo lo que se devenga por años o plazos periódicos más cortos, excepto que se trate del reintegro de un capital en cuotas.

⁴ Para una profundización del tema ver: Belluscio, Claudio A, *Incumplimiento de la cuota alimentaria*, Ed Tribunales, Buenos Aires, p. 319

⁵ CFed. Córdoba, Sala A, 18/05/2015, “Liello, Fernando Amalio c. A.N.S.E.S. s/ ejecución previsional”, La Ley Online AR/JUR/14255/2015; CFed.Seg. Social, sala I, “Savoia, Héctor Julio c. A.N.Se.S. s/ Ejec. Previsional”, Sent. 67.861 del 27/06/2006.

⁶ CNCom., sala A, 29/12/2005, “Vidal, José L. c. Rocha y

²Kielmanovich Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado*. Tomo II, Abeledo Perrot, Abeledo Perrot, Buenos Aires, p. 1555

En resumidas cuentas, la impugnación de una liquidación requiere, para ser examinable, el suministro de los cálculos correctos de cuya comparación surgiría el error invocado por el impugnante⁷. No siendo ello así, corresponde aprobar, sin más trámite, la liquidación efectuada por el alimentante y proceder a la ejecución de las sumas adeudadas en los términos expuestos en los puntos precedentes.

III. ejecución de alimentos provisorios

Los alimentos provisorios, aquellos que sirven para subvenir necesidades urgentes de los alimentados, se los ha conceptualizado como cautelares,⁸ (ante ausencia de normativa específica, como a modo de ejemplo ocurre en la ley procesal de familia de la Provincia de Entre Ríos que regula el trámite de los mismos como de tutela anticipada.

De allí que en el supuesto de plantearse un recurso de apelación contra la resolución que los decreta, se concederá en relación y con efecto devolutivo o no suspensivo, lo que significa que se podrá ejecutar la cuota alimentaria provisorio impaga sin perjuicio de la apelación deducida.

Para la ejecución de los alimentos provisorios fijados caben aplicar analógicamente las previsiones que rigen para la ejecución de los alimentos definitivos (conf. arts 648 del CPCCN; 645 CPCCBA), por lo que, frente a la denuncia de incumplimiento por parte de la parte alimentada, corresponderá intimar al alimentante para que en el plazo de 5 (cinco) días cumpla o acredite haber cumplido con el pago de la cuota provisorio, bajo apercibimiento de embargo y remate de los bienes embargados.

En este tópico, cabe tener presente una regla trascendental, que es que “ningún incidente planteado por el destinatario de la medida podrá detener su cumplimiento” (arts. 198 CPCCN y CPCCBA).

Es así que, en el contexto antedicho, y como se dijera para la ejecución de los alimentos definitivos, no se exige ninguna liquidación previa sino tan solo la indicación por parte de la ejecutante de los períodos reclamados, y contestada la intimación o no

y verificado el incumplimiento total o parcial, corresponderá embargar bienes hasta cubrir el monto del capital adeudado con más una suma que deberá presupuestar el juez oficiosamente para responder a intereses y costas. Respecto de estos intereses rige también lo dispuesto por el art. 652 del CCyCN, es decir se debe aplicar la tasa más alta que cobran los bancos a sus clientes.

Para la ejecución de esta suma, se procederá a la intimación de pago, no hay citación ni sentencia de venta, sino directamente la traba de embargo y, si se tratan de sumas de dinero, la inmediata disponibilidad de lo cautelado en favor del alimentado, mientras que si se trata de embargo obre bienes muebles o inmuebles, se ordenará el inmediato remate de ellos hasta cubrir las sumas adeudadas hasta ese entonces y las que continúen adeudándose luego, según las intimación y sus respuestas que se vayan sucediendo.

Como regla, los planteos del alimentante -salvo que revistan seriedad- no podrán detener o entorpecer la percepción de lo adeudado en materia de alimentos (arts. 198 CPCCN y CPCCBA), por lo que la ejecución y cobro o trámite de remate de bienes continuará mientras se sustancien aquellos planteos, salvo resolución fundada del juez.

IV. Codeudor solidario

Unas de las novedades introducidas con la reforma del Código Civil en la materia, es la responsabilidad solidaria de quien no cumple la orden judicial de depositar la suma que le debió descontar a su dependiente o a cualquier otro acreedor, en el pago de la deuda alimentaria (art 551 del CCyCN). Esta disposición es de suma importancia pues trata de evitar lo que ocurría, en muchas situaciones donde se advertía connivencia entre el empleador y su dependiente obligado alimentario, que provocaba graves perjuicios a los alimentados.

De allí esta trascendente disposición en beneficio de aquel que tiene que percibir alimentos por cuanto al tratarse de una obligación solidaria, ambos codeudores (el alimentante y el empleador) se obligan por el total de la deuda.

Ya la jurisprudencia tuvo oportunidad de expedirse en relación a este tema en un interesante fallo donde condeno solidariamente al empleador respecto de la cuota alimentaria devengada.⁹

Weiss S.A., DJ 05/07/2006, 757; id. sala E, "Fundimetal SACIF c. Pesquera San Justo SA s/ejec s/inc. apel." del 31/10/1989; id., sala D, 17.5.95, "Aconcagua Cia. de Seguros c. Lovos, Hector"; id., Sala B, "Lanificio Colber SRL c. Ades, José s/ejecutivo" del 28/12/2004; id., sala C, "Acrílicos Salerno SA s/concurso s/inc. de verificación por Roberto Fiochi" del 31/08/1989;

⁷ Conf. jurisprudencia citada en la nota anterior.

⁸ Guahnon Silvia V., Seltzer Martin E (colaborador), *Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia*, Ed La Rocca, Buenos Aires, p. 380 y stes

⁹ Jfamilia 5ª Nom, Córdoba, 9/5/2016 "G.Y.B y otro s/ solicita homologacion" RC J 2515/16 citado en Jauregui., Rodolfo G. " Principales aspectos de la responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial Argentino" en: Córdoba Marcos, Dir., *Tratado de la Familia*, Tomo II, La

Para un mejor ordenamiento procesal se podrá formar incidente de ejecución contra el coobligado solidario, pudiéndose embargar sus bienes a los fines del cobro de la deuda respectiva.

V. Medidas razonables

Otro tema trascendente relativo al incumplimiento del deber alimentario y que puede suscitar discrepancias doctrinarias y jurisprudenciales es la incorporación del art. 553 del CCyCN que establece que “el juez podrá imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia”.

Sin perjuicio de la ambigüedad de la norma, estas medidas razonables se podrán imponer ante el incumplimiento reiterado, es decir, no basta un solo incumplimiento para su imposición sino tiene que advertirse una conducta reiterada de incumplimiento de órdenes judiciales relativas al pago de alimentos. Así, a modo de ejemplo, la prohibición de salida del país del alimentante, la prohibición de concurrir a espectáculos deportivos y artísticos, retención del carnet de conducir, entre otras medidas.

En este orden de ideas, estas medidas, como su nombre lo indica, deben tener un sustento de razonabilidad por lo que cabe al juez ordenarlas con suma prudencia y debidamente fundadas, ponderando en cada caso concreto las circunstancias del incumplimiento reiterado.

Donaciones inoficiosas a favor de herederos legitimarios en el código civil y comercial

Horacio Izarrualde¹

Introducción

Como regla general, nada impide que una persona efectúe donaciones a sus propios herederos legitimarios, salvo que alguna norma legal expresa determine lo contrario. Así, un padre o una madre pueden efectuar donaciones a favor de alguno de sus hijos; un hijo a favor de sus padres; un cónyuge a favor del otro. Sin embargo, este último supuesto sólo resulta viable cuando el matrimonio se rige por el régimen de separación de bienes, puesto que el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) inhabilita a los cónyuges a contratar entre sí cuando se encuentran sometidos al régimen de comunidad de ganancias (art. 1002, inc. d CCyC).

Cuando una donación se ha efectuado, se plantea la cuestión, al fallecimiento del donante, de establecer los efectos que aquella liberalidad produjo sobre el patrimonio del causante y, en consecuencia, sobre el que recibirán sus sucesores cuando el donatario concurre a la herencia con otros herederos.

Uno de esos efectos consiste en la afectación al principio de igualdad entre coherederos. Otro de los efectos, resulta de la posibilidad de que la donación afecte el derecho a la porción legítima de los otros concurrentes a la herencia.

Son dos cuestiones diferentes que atienden a dos principios, independientes entre sí, de nuestro derecho sucesorio: el principio de igualdad entre coherederos y la inviolabilidad de la legítima.

Para atender a ellos y restablecer los equilibrios necesarios que pudieron haber sido generados por las donaciones efectuadas en vida por el causante, la ley prevé dos mecanismos de protección específicos: la acción de colación, para restablecer la igualdad entre los coherederos y la acción de reducción, para recuperar los bienes que permitan cubrir la parte de legítima lesionada.

No obstante, cuando el beneficiario de la donación ha sido un descendiente o el cónyuge del causante y, además, la donación supera la porción de libre disposición más la legítima individual del donatario, ambas cuestiones se superponen y se plantea, entonces, la pregunta de cuál es el camino para seguir: la colación o la reducción.

Frente a esas dos posibilidades, el CCyC (ley 26994) adoptó como solución la vía de la acción de reducción entre coherederos legitimarios; pero a cinco años de su vigencia, una nueva reforma legislativa operada en 2020 ha modificado sustancialmente la solución.

Las diferencias entre colación y reducción

Antes de entrar al análisis de las donaciones inoficiosas a favor de los legitimarios, resulta conveniente, hacer un recorrido general que nos permita marcar las diferencias entre las acciones de colación y reducción, a partir de los siguientes elementos:

a) Tutela

En este apartado diferenciamos las acciones en cuanto a la finalidad que persiguen, en tanto tienden a tutelar distintos derechos.

La colación no tutela la porción legítima, aunque los legitimados activos y pasivos de la acción sean los legitimarios, sino que se dirige a restablecer la igualdad de los herederos. De tal manera, cualquiera sea el valor colacionable, debe ser computado a la masa hereditaria e imputado como recibido por el heredero legítimo².

Tal computación e imputación encuentran su fundamento en la presunción, que expresamente declaraba el Código de Vélez, según la cual la donación efectuada en vida a un heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante opera como un anticipo de herencia (conf. Art. 3476 CC).

La colación lleva al resultado de atribuir a la conducta del causante que en vida da bienes a sus sucesibles forzosos, el significado de una *antelación* o *anticipación* de la cuota hereditaria, y no de una *alteración* o *turbación* de contenido³.

De allí que tal anticipo no pueda considerarse como una mejora, salvo que el donante

¹ Abogado. Jefe de trabajos prácticos de Derecho de Familia y Sucesiones, Facultad de Derecho, UBA. Alumno de la especialización en Derecho de Familia, Facultad de Derecho, UBA. El presente trabajo ha sido presentado para la aprobación de la materia "Familia y Legítima Hereditaria", a cargo del Dr. Luis A. Ugarte, durante el segundo semestre del año 2020

² HERNANDEZ, Lidia, "Relación entre la colación y la reducción y el artículo 3604 del Código Civil", *La Ley Litoral* 1997, p.22, Cita Online: AR/DOC/19723/2001

³ MAFFÍA, Jorge, *Manual de derecho sucesorio*, t. 1, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 396

expresamente lo hubiera declarado en ese sentido a través de la dispensa de colación. La voluntad de beneficiar a un heredero legitimario asignándole una porción mayor y alterando la igualdad entre los coherederos, debe ser expresamente declarada por el causante. Vigente el código velezano, tal declaración sólo podía materializarse en un testamento, mientras que el CCyC posibilita, además, que pueda efectuarse la dispensa en el mismo acto de donación (art. 2385 CCyC).

En ausencia de dispensa, entonces, la acción de colación se presenta como la vía adecuada para que los coherederos restablezcan el equilibrio, igualando las porciones hereditarias, mediante el cómputo del valor de la donación en la masa hereditaria y la imputación de dicho valor en la hijuela de quien se benefició recibiendo en forma anticipada un bien del patrimonio del causante.

La acción de reducción, en cambio, es el remedio legal otorgado a los legitimarios, frente a disposiciones testamentarias que mengüen la legítima de los herederos forzosos y frente a las donaciones inoficiosas efectuadas en vida del causante, para exigir la reducción a los términos debidos⁴.

El fundamento para acceder a esa vía radica en que, en nuestro ordenamiento, la legítima resulta un derecho de orden público. La ley asegura una porción legítima a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito (art. 2444 CCyC).

Como dos caras de la misma moneda, la legítima tutela el derecho de los legitimarios, por un lado, y restringe la libertad del causante de disponer libremente de su patrimonio, por el otro. El poder de libre disposición queda reducido al exceso sobre la legítima global tutelada por la ley, que variará dependiendo de quienes sean los legitimarios que concurren a la sucesión.

Así, la porción legítima asegurada a los descendientes es de dos tercios; por lo tanto, la porción de libre disposición es de un tercio. La porción legítima de los ascendientes es de un medio; por lo tanto, igual porción queda para disponer libremente. Igual suerte corre el cónyuge, con una legítima de un medio (conf. art. 2445 CCyC).

A través de una vocación imperativa o “delación necesaria” –como lo llama la doctrina italiana– se ha

limitado la autonomía de la voluntad del testador para disponer de sus bienes para después de su fallecimiento. Resulta ser un régimen imperativo, pues la ley aun en contra de lo dispuesto por el causante en su testamento garantiza a ciertos sucesibles su derecho a una parte de los bienes (*pars bonorum*) o a una cuota de la herencia (*pars hereditatis*), que por fallecimiento del *de cuius* se defiere⁵.

La acción de reducción es una de las acciones tutelares de la legítima y opera frente a disposiciones testamentarias que transgredan la legítima de los herederos forzosos y frente a las donaciones inoficiosas que hubiera efectuado el causante durante su vida. Los legitimarios podrán exigir la reducción a los términos debidos, sin llegar a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima reduciendo a prorrata o dejando sin efecto, si fuera necesario, las disposiciones testamentarias⁶.

Efectivamente, en el CCyC se regulan en dos normas sucesivas, ambas posibilidades en el planteo de la acción de reducción. Primero, atacar las disposiciones testamentarias, pidiendo la reducción de la institución de heredero de cuota y de los legados, en ese orden (art. 2452) y, si la reducción de las disposiciones testamentarias no fuera suficiente para cubrir la legítima, solicitar la reducción de las donaciones efectuadas por el causante (art. 2453).

De lo dicho hasta ahora, se desprende que, a pesar de las diferencias, tanto la acción de colación como la de reducción tienen a defender la integridad de las porciones hereditarias⁷, y una y otra pueden recaer sobre las donaciones por actos entre vivos efectuadas por el causante.

En ambos casos, pueden coincidir también los sujetos involucrados.

b) Sujetos

En materia de colación, los sujetos pasivos de la acción son los descendientes y el cónyuge (art. 2385 CCyC). Vigente el Código Civil, todos los herederos forzosos estaban sujetos a la obligación de colacionar. La reforma operada desde el año 2015, excluyó a los ascendientes de tal obligación.

⁵ ZANNONI, Eduardo, *Derecho de las sucesiones*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 132

⁶ UGARTE, Luis, “Apuntes doctrinarios y jurisprudenciales de la acción de reducción”, SJA 05/06/2013, 15 • JA 2013-II, Cita Online: AR/DOC/5481/2013

⁷ ORLANDI, Olga, *op. cit.*

⁴ ORLANDI, Olga, “Las acciones de reducción y colación: similitudes, diferencias y discrepancias”, *Jurisprudencia Argentina*, Cita Online: 0003/008581

De tal modo, los descendientes y el cónyuge que concurren a la sucesión son pasibles de la acción, quedando obligados a colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, salvo dispensa.

En cuanto a los sujetos activos de la acción de colación, el CCyC no se refiere expresamente a los mismos indicados como sujetos pasivos, sino que en forma más genérica autoriza a pedir la colación sólo a quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación (2395 CCyC).

No obstante, entendemos que en virtud de un criterio de reciprocidad que tipifica a la acción de colación, los mismos legitimarios ostentan ambas calidades de sujetos activos y pasivos de la acción, quedando excluido cualquier otro.

En materia de reducción, la gama de los sujetos se amplía y no opera el criterio de reciprocidad.

La ley, en forma imperativa, tutela el derecho de los legitimarios a una porción hereditaria (descendientes, ascendientes y cónyuge). De modo que éstos son los sujetos activos de la acción, en tanto pueden pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante (2543 CCyC).

Los otros herederos legítimos, en la sucesión intestada, que son los colaterales hasta el cuarto grado (2438 CCyC), no ostentan la calidad de legitimarios, pues la ley no les asegura una participación forzosa en la herencia, pudiendo ser desplazados por la simple omisión en el testamento.

Por su parte, la legitimación pasiva de la acción de reducción resulta extensiva a cualquier sujeto – heredero o extraño a la sucesión- que se haya beneficiado a través de una donación efectuada por el causante. Esta amplitud del sujeto pasivo no significa que pueda atacarse cualquier donación, sino que la acción va a quedar circunscrita, a dos cuestiones limitativas: una es la llamada “prescripción adquisitiva” que impide perseguir los bienes donados cuya posesión se haya iniciado más allá de los diez años anteriores a la muerte del donante (art. 2459 CCyC). La otra limitación resulta de la necesidad de perseguir en primer lugar la donación más cercana a la muerte del donante y después ir contra las posteriores; es decir, en sentido inverso a las fechas en que fueron efectuadas (art. 2453, 2do párrafo CCyC).

Además, dado el efecto reipersecutorio sobre los bienes registrables donados, que caracteriza a la acción de reducción, cuando el donatario ha transferido esos bienes, a su vez, a un tercero, este subadquirente puede ser sujeto pasivo de la acción, tal como lo dispone el art. 2458 CCyC. No obstante,

esta ha sido otra de las normas afectadas por la reciente reforma, a la que nos referiremos más adelante.

c) Ámbito de procedencia

El ámbito propio de la acción de colación es la sucesión *ab intestato*. Así lo disponía el art. 3476 CC y el art. 2385 CCyC, por su parte, sigue el mismo criterio al establecer en su primer párrafo que “los descendientes del causante y el cónyuge que concurren a la sucesión intestada deben colacionar...”.

Sin embargo, vigente el código de Vélez ya la doctrina señalaba que, para el caso en que el causante hubiese realizado un llamamiento testamentario instituyendo a sus herederos forzosos sin alterar las porciones, resultaba aplicable el instituto⁸. De tal modo, si por un testamento se instituye a los propios legitimarios, no cabe duda de que estarían obligados a colacionar las liberalidades, siéndoles exigida la colación por los coherederos y salvo mejora expresa dispuesta en el testamento⁹.

Este criterio fue reflejado expresamente en el art. 2385, tercer párrafo CCyC, para el caso que el testador llame a recibir las mismas porciones que corresponden al cónyuge o los descendientes en la sucesión intestada.

La acción de reducción, por su parte, funciona en ambas esferas. Basta que se haya conculcado la legítima, para que el legitimario tenga abierta la puerta de acceso a la acción de reducción, exista o no testamento.

d) Contenido

Si bien, se trata en ambos casos de acciones personales, la acción de reducción tiene efectos de carácter real, en cuanto permite perseguir los bienes donados para que éstos vuelvan –materialmente- y engrosen el haber hereditario, mientras que la colación carece de ese efecto.

No obstante, en el caso de la reducción, el efecto reipersecutorio sobre los bienes registrables donados, puede tornarse ilusorio si tenemos en cuenta dos factores limitativos: uno, ya mencionado, de que la acción reipersecutoria no procede contra quien poseyó la cosa donada durante diez años, a la muerte del causante (art. 2459 CCyC); el otro, según el cual los demandados pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la legítima (art. 2358 CCyC).

⁸ MAFFIA, Jorge, *op. cit.*, t. 1, p. 399

⁹ ZANNONI, Eduardo, *op. cit.*, t. 1, p. 767

De todos modos, se cubra el perjuicio a la legítima en especie o en dinero, se produce un ingreso que aumenta la masa hereditaria permitiendo cubrir la cuota legítima correspondiente al legitimario demandante. En todo caso, el demandado se encuentra frente a una obligación de dar. Esto no ocurre en el supuesto de colación.

El art. 2385 CCyC expresamente dispone que los sujetos obligados “deben colacionar a la masa hereditaria *el valor* de los bienes que les fueron donados”. No se trata entonces de una colación real, sino de una colación de valor o colación ficticia, a la que adhiere nuestro sistema.

El sistema de la colación ficticia tiene una serie de ventajas prácticas sobre la colación real. No se produce ningún aporte material, traducándose el episodio en una mera operación aritmética de contabilidad donde el obligado no debe restituir a la masa el bien ni su equivalente en efectivo, limitándose a descontar de su hijuela lo ya recibido. Es lo que el derecho francés denomina en *moinsprenant*, es decir, tomando de menos¹⁰.

Este sistema de colación permite, entonces, que el legitimario beneficiado adquiera definitivamente el bien donado desde la celebración del contrato.

e) Otras diferencias

Pueden marcarse otras diferencias que, en realidad, se derivan de los puntos tratados anteriormente.

Una de ellas resulta del carácter de orden público que hace a la intangibilidad e integralidad de la legítima, que no puede ser limitada, alterada, condicionada por la voluntad del causante. En cambio, la colación es dispensable en forma expresa. Cuando el causante ha expresado, en el acto de donación o en el testamento, su intención de mejorar al legitimario, éste se beneficia dentro de los límites de la porción disponible de la herencia.

Otra de las diferencias, radica en que la reducción no afecta la mejora que el legitimario hubiera recibido como consecuencia de la donación mientras no supere la porción de libre disposición, pues solo se reducirán las donaciones en lo necesario para cubrir la cuota de legitimada afectada.

En cambio, la colación, a falta de dispensa o mejora, permite la igualación entre las porciones de los legitimarios.

Veremos a continuación qué ocurre, cuando la donación a un legitimario supera la cuota de su legítima más la porción disponible.

¿Colación o reducción?

Veamos dos supuestos prácticos.

Primer caso. El Sr. C, tiene tres hijos E, F y G. En vida, C dona un inmueble a G, cuyo valor actual de acuerdo con el estado que tenía al momento de la donación (art. 2385 CCyC) es de 30.000. Al fallecer C, la masa hereditaria después de descontadas las deudas (art. 2396 CCyC) queda en 60.000.

Por medio de la acción de colación entablada por E y F contra G, computamos (sumamos) a la masa hereditaria el valor de la donación

Relictum 60.000

Donatum 30.000

Masa de cálculo 90.000 ÷ 3

Porción de c/u 30.000

Este es el caso típico en que opera la colación, pues como G ya cuenta en su patrimonio con el bien donado, deberá tomar de menos de la herencia, posibilitandola equiparación de las porciones de los herederos. En este caso, directamente, no tomará nada pues coinciden el valor de la donación y su porción hereditaria (30.000). Por lo tanto, E y F, tomarán en partes iguales los 60.000 del haber hereditario.

Como puede observarse, al no haber dispensa, C no pretendió alterar la integralidad de las porciones hereditarias de sus hijos. En consecuencia, G no tiene derecho a mejora, sino que sólo se benefició con la adquisición anticipada de su porción hereditaria.

Segundo caso. El hijo G ha sido beneficiado con la donación del único bien que poseía su padre y que actualmente tiene un valor de 90.000. Al fallecer C, no hay más bienes.

En este supuesto, de máxima, no hay nada que sumar porque estrictamente no tenemos *relictum*. Por lo tanto, la base de cálculo es igual al valor del bien donado que se encuentra en el patrimonio de G.

¹⁰ MAFFÍA, Jorge, *op. cit.*, t. 1, p. 397

<i>Relictum</i>	0
<u><i>Donatum</i></u>	90.000
Masa de cálculo	90.000
Legítima (2/3)	$60.000 \div 3$
Cuota individual	20.000
Porción disponible	30.000

El problema, en este tipo de casos en que, además de afectar la igualdad entre los legitimarios, no hay bienes o los que hay resultan insuficientes para satisfacer la cuota legítima de los otros herederos, es que se bifurca el camino o se abren dos posibilidades, pedir la colación o plantear la reducción.

¿Cómo logramos restablecer el equilibrio, siendo que existen dos acciones que tienden a salvaguardar diferentes derechos?

Uno de los posibles caminos planteados resulta la acción de colación. Pero, debido a que en este caso no alcanza con que G tome de menos o no tome, en virtud de que tiene de más, la posibilidad que se abre es que se convierta en deudor de sus hermanos por el valor del exceso.

Si hay dispensa de colación, la mejora se imputará a la porción disponible (30.000) y se colacionará el valor de su cuota legítima imputándolo en su hijuela como ya cobrado (20.000) y deberá el exceso (40.000) que se necesita para cubrir las cuotas de legítima de los otros herederos.

¿Se trata de una colación? No olvidemos que la colación persigue la igualación, no la protección de la legítima.

Esta fue una cuestión no prevista en el Código de Vélez Sarsfield y se intentó solucionarla admitiendo la generación de un crédito dinerario a favor de los herederos perjudicados, por el valor del exceso de la donación, o sea una deuda pecuniaria a cargo del donatario. Pero, aunque la solución fue satisfactoria, se planteó otro problema: cuando el heredero donatario ha dispuesto del bien donado y es insolvente, el perjuicio a la legítima se consumaría de modo definitivo. Y esto, en principio, es así porque la colación no afecta la eficacia de la transmisión de dominio consumada por la donación, se hace en valores y, por consiguiente, no tiene los efectos reipersecutorios contra los terceros adquirentes, efecto contundente éste que caracteriza a la acción

de reducción y que permite traer el bien en especie¹¹.

La doctrina francesa distingue el mecanismo de la colación con fines de igualdad, que puede identificarse como la colación propiamente dicha y la colación con fines de reducción, denominada colación impropia. Como se advierte, aun cuando se hable de la acción de colación, el mecanismo es el propio de la reducción. Se trata de la llamada colación del excedente¹².

El otro camino, tendiente a la protección de la legítima, es la acción de reducción entre los legitimarios (hermanos en este caso), en tanto esta es la acción típica que cumple ese propósito y que tiene como aditamento diferencial, como ya se ha señalado, la vía de la restitución en especie de los bienes donados y la posibilidad de perseguir los bienes registrables donados contra el subadquirente.

Nótese que la jurisprudencia ha habilitado la acción de reducción planteada entre legitimarios, aún en sucesiones abiertas durante la vigencia del Código de Vélez¹³.

Las donaciones inoficiosas

El supuesto de la donación efectuada a un legitimario, que resulta inoficiosa, es el que regula el art. 2386 CCyC (texto según ley 26994), que se inclinó por adoptar la vía de la reducción, a diferencia del proyecto de 1998.

Artículo 2386: Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso.

Por su parte, el art. 1565 considera inoficiosa a la donación cuyo valor excede la parte disponible del patrimonio del donante y remite expresamente a los preceptos del Código que regulan la porción legítima. Es decir, considera aplicable la reducción.

¹¹ALTERINI, Jorge (Dir.), *Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético*, t. XI, La ley, Buenos Aires, 2016, p. 312

¹²HERNANDEZ, Lidia, *op. cit.*

¹³Cámara Nacional de Apelaciones de Junín, B.A.J. y otros c/ B.B.C s/ acción de colación, 26/05/2016, Rubinzal Online: 4289/2013 RC J 2947/16

De modo que, cuando la donación fue efectuada a un tercero, ajeno a la sucesión, el exceso sobre la porción disponible del causante estará sujeto a reducción, pues todo valor que exceda la parte disponible torna inoficiosa a la donación (conf. art. 1565 CCyC).

En cambio, cuando el donatario es un heredero legitimario, tiene asegurada una cuota legítima y, además, puede beneficiarse con la porción disponible. Por esa razón, el artículo 2386 plantea el supuesto en el cual la donación excede ambas porciones, la legítima del heredero más la porción disponible, haya o no dispensa de colación.

Si bien las donaciones a herederos forzosos se rigen por las reglas de la colación, ello será en tanto y en cuanto el valor de la donación no exceda la porción disponible y la porción legítima del donatario, o la porción legítima si no hay dispensa, pues más allá de esta última el exceso del valor donado ya no se puede considerar anticipo de herencia, puesto que no queda cuota legítima para compensar, desde que ya quedó agotada. En lo que exceda la porción legítima del donatario, el valor donado constituye una donación común, como si el heredero donatario fuese un extraño, regida por las reglas de la reducción¹⁴.

Cierto es que de tales consecuencias se deriva un obstáculo a la seguridad jurídica en cuanto al tráfico de bienes. Si bien la donación de bienes es una forma de transmisión del dominio, se trata de un dominio imperfecto, en tanto se encuentra temporalmente sujeto a restitución, si lesiona la porción legítima, que resulta de orden público en nuestro ordenamiento.

A ello se agrega que la reducción permite la acción reipersecutoria sobre los bienes registrables donados, contra terceros subadquirentes (art. 2458 CCyC). Éstos no podrían ampararse en la buena fe, en tanto del estudio de títulos antecedentes surgiría que el bien fue previamente adquirido por donación y por lo tanto estará sujeto a reducción durante diez años de comenzada la posesión, si afecta la legítima hereditaria de los herederos del donante.

Sin embargo, como ya mencionamos, los efectos protectorios de la legítima sobre el bien donado han perdido entidad, debido a que tanto el donatario como el subadquirente, pueden en todo caso integrar en dinero el perjuicio a la cuota legítima y, además, no pueden ser perseguidos por reducción pasados

diez años del comienzo de la posesión del bien donado (conf. arts. 2458, 2454 y 2459 CCyC).

Téngase en cuenta que la masa de cálculo de la legítima no puede establecerse sino a partir de la muerte del donante (art. 2445 CCyC), momento en que nace en cabeza del heredero, su derecho a la porción legítima y a entablar las acciones previstas para su protección, razón por la cual la acción de reducción podría nacer muerta por haberse agotado el plazo de “prescripción adquisitiva” de diez años.

En ese sentido, se ha sostenido que no se trata de un supuesto de prescripción adquisitiva, sino que, mediando un contrato de donación, estamos en presencia de un donatario, propietario de la cosa donada, cuyo dominio, aunque imperfecto ha sido adquirido con la donación. Por otra parte, si nos referimos a la prescripción liberatoria, la posibilidad de demandar por reducción existe desde la muerte del causante y no puede prescribir antes. Se ha sugerido, entonces, la necesidad de derogar el art. 2459 haciendo una remisión al art. 2460 (prescripción general de cinco años) o, en su defecto, cambiar la redacción del art. 2459 CCyC por la siguiente: “el legitimario puede pedir sólo la reducción de las donaciones hechas por el causante en los diez años anteriores a su deceso”, siguiendo el proyecto de 1998¹⁵.

Existe una tensión permanente entre el resguardo al derecho de los legitimarios y la seguridad en el tráfico de bienes. Se da una relación inversamente proporcional entre ambas entidades, pues mayor sea la protección a la legítima, dado su carácter de orden público, menor será la seguridad en el tráfico de bienes y viceversa.

El CCyC, en su texto original (Ley 26994) se inclinó por favorecer la protección de la legítima al habilitar la acción de reducción entre legitimarios en el art. 2386.

Apuntes sobre la reciente reforma

El día 11 de noviembre de 2020 la Cámara de Diputados convirtió en ley¹⁶ una reforma al Código Civil y Comercial, que venía con media sanción del Senado.

Según se lee en la página oficial del Congreso, en Diputados el proyecto obtuvo 239 votos a favor, 1 abstención y ningún voto en contra.

¹⁴ FERRER, Francisco, en ALTERINI, Jorge (Dir.), *op. cit.*, t. XI, p. 312

¹⁵ HERNANDEZ, Lidia, “Propuestas para una futura reforma del Código Civil y Comercial en materia sucesoria”, *Revista Derecho de Familia*, N°86, 10/09/2018, p. 51, Cita Online: AR/DOC/3342/2018

¹⁶ Ley 27587 (B.O. 16/12/2020)

Los artículos reformados son cuatro: 2386, 2457, 2458 y 2459 y han quedado redactados de la siguiente forma:

Art. 2386 — Donaciones inoficiosas. La donación hecha a un descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación debiendo compensarse la diferencia en dinero.

Art. 2457 — Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario, o por sus sucesores. Sin embargo, la reducción, declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes registrales constituidos o transmisibles por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso.

Art. 2458 — Acción reipersecutoria. Salvo lo dispuesto en el artículo anterior el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrales. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima.

Art. 2459 — Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el art. 1901. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación.

Podemos apuntar entre las principales consecuencias de la reforma, las siguientes:

- ✓ La acción de reducción queda circunscripta a la posibilidad de atacar las donaciones inoficiosas efectuadas a favor de terceros – no legitimarios–.

- ✓ Cuando la donación ha favorecido a un legitimario (descendiente o cónyuge), sus coherederos sólo pueden demandar la colación, en todo caso, aunque se haya lesionado la legítima.
- ✓ No cambia el carácter divisible de la acción de colación, que sólo favorecerá al coheredero que la planteó y no resuelve la donación efectuada, la cual queda definitivamente firme.
- ✓ Por lo tanto, para el donatario legitimario, en principio, su título no será imperfecto, salvo que, una vez abierta la sucesión del donante, sea excluido por indignidad o renuncie a la herencia, en cuyo caso como cualquier tercero ajeno podrá ser demandado por reducción.
- ✓ En el supuesto planteado por la norma, en que la donación supera la porción disponible y la cuota legítima del donatario, necesariamente hay lesión a la legítima de sus coherederos, sin embargo, aquél compensará en dinero la legítima afectada.
- ✓ No se resuelve el caso de insolvencia del legitimario donatario; en tal caso, la lesión a la legítima de sus coherederos no tendrá remedio.
- ✓ A nuestro criterio, debió eliminarse el título de “donaciones inoficiosas” de la nueva redacción del art. 2386, puesto que si éstas son las que por superar la porción disponible quedan sujetas a los “preceptos sobre la porción legítima” (1565 CCyC), no cuadra ahora que la norma prevé la colación en lugar de la reducción.
- ✓ Los terceros subadquirentes del donatario, de buena fe y a título oneroso, quedan a salvo, puesto que no se podrá afectar la validez de los derechos reales constituidos cuando se trata de bienes registrales.
- ✓ La buena fe se presume. La donación previa y la existencia de legitimarios no obstan a la buena fe. Serán los herederos del donatario quienes deban probar que el subadquirente llegó a conocer la lesión a la legítima al tiempo de la adquisición.
- ✓ Sin embargo, dado que la mala fe ya no consiste en el conocimiento de la donación emanado del estudio de títulos, sino del conocimiento de la afectación de la legítima,

tal conocimiento resulta prácticamente imposible en vida del donatario¹⁷.

- ✓ La posibilidad de perseguir el bien contra terceros adquirentes a título oneroso que plantea el nuevo 2458 se torna ilusoria.
- ✓ Finalmente, la reforma mantiene todos los defectos esgrimidos sobre la redacción del art. 2459.

Conclusión

Durante el tratamiento legislativo del proyecto se han expresado voces a favor y en contra. A favor, especialmente desde la doctrina notarial, se han remarcado las enormes ventajas en el tráfico de bienes que genera la eliminación de las trabas operadas por los excesivos efectos reipersecutorios regulados por el Código vigente desde 2015¹⁸ y en contra, se ha resaltado la afectación definitiva de la legítima y la consecuente desprotección en que quedarían los herederos forzosos, en violación al mandato constitucional de la protección a la familia¹⁹.

La tensión permanece. Por un lado, resultan evidentes las ventajas que la reforma aporta a la seguridad sobre el tráfico de bienes, especialmente en la protección de terceros subadquirentes, ajenos a la relación sucesoria mortis causa.

Por el otro, resulta también evidente que, si el donatario legitimario enajena el bien donado y cae en insolvencia, los coherederos no tendrán remedio frente a la lesión de su legítima. Pensemos en el segundo supuesto práctico que planteamos, en el cual el bien donado resultaba el único bien del patrimonio del causante. Frente a esta situación, nada recibirán los otros herederos.

Dentro de las potestades del Estado se encuentra la de favorecer uno u otro, en el juego de hacer equilibrio entre ambos términos de la relación. Sin embargo, nos preguntamos si resulta coherente la reforma en el marco de un sistema sucesorio de legítimas forzosas, de orden público.

Por un lado, la ley asegura una porción legítima de la que no pueden ser privados, ni por testamento ni por actos de disposición entre vivos; es decir, le asigna carácter intangible, inviolable. Por otro lado, la misma ley facilita la lesión a la legítima, atenuando sus efectos y dejando virtualmente desprotegidos a los legitimarios.

La ley parece borrar con el codo lo que escribió con la mano.

¹⁷ Esto ha sido objetado, entre otros puntos, por una declaración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados (FACA) que se ha expresado en contra del proyecto, en ocasión de recibir media sanción de Senadores, Rubinzal-Culzoni, 2020, Cita: RC D 3328/2020

¹⁸ CABULI, Ezequiel; LORENZO, José María, "El proyecto de modificación de la acción de reducción en donaciones inoficiosas", LA LEY 23/10/2020, Cita Online: AR/DOC/3495/2020

¹⁹ FERRER, Francisco, "Retroceso legislativo - Proyecto del Senado que desarticula la defensa de la legítima", Rubinzal-Culzoni, 2020, Cita: RC D 3225/2020

Información Institucional

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

Dra. Lidia Beatriz Hernández

Director de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia

Dr. Luis Ugarte

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

Dr. Néstor Solari

Coordinador de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia

Mg. Sebastián Fortuna

Coordinador de la Carrera de Especialización

Dr. Roberto Campos

Publicación y edición:

Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Carrera de Especialización en Derecho de Familia

Departamento de Posgrado - Facultad de Derecho - UBA

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

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

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

ISSN 2718- 868X

Como ocurre cada año, para el primero y el segundo cuatrimestre de este 2021 fue programada la cursada de la totalidad de las materias obligatorias de ambos programas de posgrado, se han incluido diversas materias de libre elección y seminarios que abordan distintas temáticas actuales del derecho de familia, y su entrecruzamiento con otras disciplinas.

Durante el segundo cuatrimestre que inicia, que se desarrollará bajo modalidad virtual, se iniciarán inscripciones para los cursos que se enuncian a continuación:

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