

# El proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial en materia de derecho de familia tras la media sanción del Senado

9 diciembre 2013 por [Ed. Microjuris.com Argentina](#) [Dejar un comentario](#)

**Autor:** Merlo, Leandro M.

**Fecha:** 9-dic-2013

**Cita:** MJ-DOC-6536-AR | MJD6536

## **Sumario:**

I. Estado parlamentario del proyecto de reforma. II. Principales modificaciones. III. Conclusiones.

## **Doctrina:**

Por Leandro M. Merlo (\*)

### I. ESTADO PARLAMENTARIO DEL PROYECTO DE REFORMA

El 20 de noviembre pasado, el anteproyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial impulsado mediante el Decreto presidencial 191 del 28 de febrero de 2011 ha sido objeto de un dictamen por parte de la Comisión Bicameral que lo tenía en análisis, lográndose el día 28 del mismo mes su aprobación por parte del Senado, al obtenerse la media sanción de ley con treinta y nueve votos a favor y uno en contra. (1)

En dicho dictamen, la Comisión Bicameral efectuó una revisión del texto original del proyecto remitido al Congreso de la Nación por el Poder Ejecutivo Nacional y efectuó diversas modificaciones (tanto adecuaciones de fondo como de forma). Con tal finalidad se ha emitido una nueva versión del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación .

En otra oportunidad nos ocupamos de dar una visión general de la reforma que se avecina en materia de derecho de familia, (2) por lo que en este breve comentario acotaremos nuestro análisis a las principales modificaciones efectuadas al texto originario del proyecto tras la media sanción del Senado.

### II. PRINCIPALES MODIFICACIONES

De acuerdo a lo expuesto, el texto actual del proyecto realiza diversas modificaciones de fondo y forma a su texto originario.

Aquí señalaremos las primeras de ellas, ya que las segundas se refieren a meras cuestiones gramaticales, precisiones terminológicas o adecuaciones normativas.

#### 1. Matrimonio

El esquema de matrimonio (sea entre personas del mismo o distinto sexo) no ha sido modificado. Con el objeto de evitar inútiles pleitos, el art. 404 del nuevo texto establece ahora que, para los casos de personas menores de 16 años, resulte obligatoria la dispensa judicial para contraer matrimonio; mientras que para los menores cuya edad esté comprendida entre los 16 y 17 años sea suficiente la autorización de sus representantes legales y, solo ante oposición de estos, se precise la dispensa judicial. Se armoniza, así, este requisito con las facultades otorgadas al

adolescente adulto (art. 26 del proyecto), quien a partir de los 16 años puede tomar por sí las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

## 2. Régimen patrimonial del matrimonio

El régimen patrimonial no presenta grandes modificaciones, manteniéndose las convenciones matrimoniales, el régimen primario de normas y el doble sistema de régimen de comunidad y separación.

### A. Deber de contribución

El trabajo en el hogar es ahora tenido en cuenta al momento de establecerse el deber de contribución entre cónyuges, hacia los hijos y el hogar.

De tal modo, se establece 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» (art. 455).

### B. Responsabilidad solidaria

El texto nuevo aclara 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 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 455. Fuera de esos casos, y excepto disposición en contrario del régimen matrimonial, ninguno de los cónyuges responde por las obligaciones del otro» (art. 461).

Se eliminó, en esta última redacción, el término «comunes» ampliando el alcance de la norma a todos los hijos que convivan con ellos, sean comunes o de uno solo de ellos.

### C. Prohibición de contratar

Un aspecto que nos parecía criticable en el texto anterior era la inexistencia de prohibición de contratación entre cónyuges, lo que favorecía conductas fraudulentas entre los mismos en perjuicio de terceros, dado que ello posibilitaba -tanto en el régimen de separación como en el de comunidad- la transferencia de bienes del patrimonio de uno al del otro.

La nueva versión del proyecto soluciona esta deficiencia cuando establece, al regular las «inhabilidades especiales», la prohibición de contratar a los cónyuges entre sí, bajo el régimen de comunidad (art. 1002)

## 3. Uniones convivenciales

### A. Constitución y prueba

En la regulación del instituto de la unión convivencial se incorpora el requisito de la convivencia como un elemento esencial al establecer que las disposiciones del título correspondiente se aplican a «la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo» (art. 509).

De este modo se mantiene y ratifica la paradoja consistente en que el matrimonio no trae aparejado el deber de cohabitar -lógica entendida en el marco de la eliminación de las causales de divorcio- en tanto la cohabitación es imprescindible para constituir y probar la unión convivencial.

#### B. Registración

En cuanto a la registración de la unión -aspecto solo relevante a efectos probatorios- se incorpora un párrafo al articulado por el cual se da carácter bilateral al requisito de inscripción ya que ahora debe ser solicitada por ambos integrantes (art. 511).

#### C. Causas del cese de la unión

El nuevo texto elimina el plazo de un año que establecía la redacción originaria como plazo necesario para que operara el cese de la unión. Según la nueva redacción y dado que la cohabitación es un requisito esencial de la unión, su ruptura trae consigo per se el cese de la misma, no siendo necesario dejar pasar plazo alguno para que se extingan los efectos jurídicos. Se aclara, sin embargo, que la interrupción de la convivencia no implica su cese si obedece a motivos laborales u otros similares, siempre que permanezca la voluntad de vida en común (art. 523).

La eliminación de dicho plazo le otorga un carácter más informal al que tenían originariamente las uniones convivenciales -al menos en cuanto a su registración y cese- dado que se requiere la conformidad de ambos convivientes para su registro y la mera voluntad de uno de abstenerse de cohabitar para que se produzca su cese.

#### D. Atribución de la vivienda familiar

El derecho al uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial continúa vigente en el proyecto, pero se precisa que este derecho tendrá como límite un plazo máximo de dos años. Se eliminó en consecuencia el supuesto que establecía simultáneamente que el plazo no podía ser mayor al que hubiera durado la convivencia (art. 526) por resultar de confusa interpretación.

### 4. Filiación

#### A. Consentimiento en técnicas de reproducción humana asistida

El nuevo texto propuesto habilita una alternativa más a la prevista en el artículo proyectado para la instrumentación del consentimiento en técnicas de reproducción humana asistida, el que ahora, además de protocolizarse ante escribano público, podrá ser certificado por ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción.

Terminológicamente se sustituye la expresión «concepción en la mujer» por «concepción en la persona» en consonancia con la Ley 26.743 de Identidad de Género (art. 560) en un mero ajuste terminológico.

#### B. Voluntad procreacional

En cuanto a los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida, se efectúan ajustes terminológicos y precisiones de redacción en relación al «consentimiento previo, informado y libre» o «voluntad procreacional» eliminándose la referencia a los hijos nacidos «de una mujer» por la expresión «hijos de quien dio a luz» (art. 561).

#### C. Eliminación de la gestación por sustitución y la filiación post mortem

Se suprime la gestación por sustitución que estaba regulada en el art. 562 originario, por los dilemas éticos, morales y jurídicos que la misma conlleva. Sin mayores fundamentos se eliminó también la regulación de la filiación post mortem que regulaba el art. 563 originario.

En su reemplazo se desdobló parte del texto originario del art. 563 de manera que el párr. 1º pasó a ser el nuevo art. 562 (“Voluntad procreacional”) y el párr. 2º queda como texto del nuevo art. 563 (“Derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida”).

#### D. Derecho a la información de las personas nacidas por reproducción asistida

Se mejora un aspecto que oportunamente criticamos y que era la limitación al derecho a la identidad de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida.

En tal sentido se garantiza ahora el acceso a la información de un modo un poco más sencillo al establecerse la obtención del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante cuando sea relevante para la salud. Se elimina, afortunadamente, el requisito de «riesgo» para la salud.

Por otra parte, se permite la revelación de la identidad del donante por la vía judicial y por razones debidamente fundadas por el procedimiento más breve que prevea la ley local (art. 564).

#### E. Reproducción humana asistida (disposición transitoria)

El dictamen aprobado incorpora la siguiente disposición transitoria: «Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando solo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta».

El objeto de la norma es equiparar la situación legal de las inscripciones de los niños nacidos por técnicas de reproducción humana asistida antes que se sancione el nuevo Código, con los que nazcan luego, en concordancia con el Decreto 1006/12, relativo a la inscripción de hijos de matrimonios de personas del mismo sexo.

### 5. Adopción

#### A. Derecho a conocer los orígenes

El art. 596 del nuevo texto ratifica y enfatiza el derecho del adoptado a conocer los orígenes consultando el expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción u otra información que conste en registros judiciales o administrativos.

Si bien esta facultad ya podía ejercerla el adoptado según el texto originario del proyecto y de acuerdo a su edad y grado de madurez suficiente, el nuevo texto lo ratifica al expresar en el artículo citado que «además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes».

La frase «además del derecho a acceder a los expedientes» pretende despejar dudas con respecto a la aplicación de la regla del párr. 1º del artículo (derecho a conocer el origen) a los adoptados que hayan alcanzado la condición de adolescentes.

#### B. Límite temporal acotado

En cuanto al trámite del proceso de adopción, al referirse a la «declaración de adoptabilidad judicial», el art. 607 especifica que «el juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días» acotando y delimitando así el plazo incierto que proponía la redacción anterior, que remitía al procedimiento más breve de cada jurisdicción. Ello unifica los plazos en todo el territorio nacional.

#### C. Eliminación del vínculo afectivo como presupuesto en la guarda de hecho

Con gran acierto mediante el art. 611 se elimina en la guarda de hecho el supuesto de vínculo afectivo entre los progenitores y el/los pretense/s guardador/es del niño, niña o adolescente como fundamento para la entrega directa de estos.

De este modo queda limitada la entrega en guarda directa solo a favor de los parientes del pretense adoptado. Ello evitará la difícil comprobación judicial del vínculo afectivo y coadyuvará a evitar el tráfico o apropiación de niños.

#### D. Acotamiento de la intervención del Ministerio Público y del órgano administrativo

Por su parte, el art. 617 -que establece reglas del procedimiento- acota la intervención del Ministerio Público y la autoridad administrativa.

Estos ya no son parte en el proceso como establecía la anterior redacción -rol reservado a los principales interesados, que son los progenitores, los pretendos adoptantes, y el niño si cuenta con edad y grado de madurez suficiente- sino que solo intervienen obligatoriamente.

#### E. Simplificación de la adopción de integración

En la adopción de integración se exime del requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales del pretense adoptado no puedan ser proporcionadas por su familia de origen simplificando así dicho trámite (art.632).

Como puede apreciarse, si bien el proceso de adopción en el proyecto tiene más etapas procesales y administrativas que el sistema vigente, las normas señaladas vienen a simplificar de algún modo algunos supuestos y cuestiones específicas, recogiendo las múltiples críticas fundadas que había recibido el proyecto originario en la materia.

### 6. Responsabilidad parental

#### A. Ejercicio

En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental (nueva terminología para referirse a la conocida patria potestad) se modifica la locución «separación de hecho» del texto originario por la de «cese de la convivencia».

En tal sentido se establece ahora que, en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, el ejercicio corresponde a ambos progenitores, presumiéndose que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, salvo expresa oposición (inc. b del art. 641).

Téngase en cuenta que el art. 264 inc. s del Código Civil vigente establece que, en caso de separación de hecho, separación personal, divorcio vincular o nulidad del matrimonio, corresponde el ejercicio de la patria potestad al padre o madre que ejerza legalmente la tenencia, sin perjuicio

del derecho del otro progenitor a mantener un adecuado régimen de visitas respecto el hijo. Y que ello no implica que el padre que no ejerza la tenencia pierda ni la titularidad ni el ejercicio de la patria potestad, sino que en los hechos la ejerce de manera atenuada.

La actual redacción del proyecto aprobado cambia este esquema ya que la regla para el ejercicio de la responsabilidad parental (convivan o no los padres, estén casados o no) se basa en la presunción de que los actos realizados por uno de los padres cuentan con la conformidad del otro, excepto oposición expresa. La incongruencia del régimen proyectado en el cual el matrimonio no acarrea el deber de cohabitar, pero en cambio sí se lo exige en las uniones convivenciales, es ignorada con este artículo, que en todos los casos atribuye el ejercicio de la autoridad parental a ambos padres, salvo oposición o distinta atribución judicial.

#### B. Supresión de la delegación del ejercicio a un tercero

Se elimina la delegación de ejercicio de la autoridad parental a un tercero idóneo quedando entonces limitada a un pariente -sin perjuicio de la posibilidad de hacerlo en favor del cónyuge o conviviente del progenitor- en el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas.

Se reconoce con esta modificación que la posibilidad de otorgar el ejercicio de la responsabilidad parental a un tercero idóneo podría generar situaciones de ilegalidad y posibles abusos, por lo que se consideró conveniente su supresión y la adecuación de diversas normas relativas a la guarda en las que, en todos los casos, se sustituyó la referencia al tercero por la de pariente.

#### C. Cuidado personal compartido

En todos los supuestos de cuidado personal compartido (léase tenencia compartida), sea con modalidad alternada o indistinta, un progenitor puede solicitar alimentos al otro a fin de beneficiar a los hijos para que estos tengan el mismo nivel de vida en ambos hogares (art. 666). Esto se deriva de la eliminación de dicho artículo de la frase modalidad alternada, existiendo entonces el derecho para los hijos en todos los supuestos.

#### D. Ejercicio conjunto con el progenitor afín: más supuestos

La actual redacción del art. 675 establece una ampliación de los supuestos en el que un progenitor afín puede ejercer la responsabilidad parental sobre el hijo afín. Ello se da ante muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, y ante hechos graves por parte del progenitor que ejerce la responsabilidad parental sobre su hijo. También se establecen como supuestos, en los cuales el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza del progenitor afín puede cesar, la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial entre el progenitor y el progenitor afín y la recuperación de la capacidad plena del progenitor privado del ejercicio de la responsabilidad parental.

#### E. Aceptación de donaciones para el hijo

En relación a los contratos prohibidos entre padres e hijos sujetos a autoridad parental, se exceptúan las donaciones sin cargo (art. 689).

### III. CONCLUSIONES

El texto proyectado, tras la media sanción obtenida en el Senado, ha avanzado con algunas modificaciones positivas respecto el texto originario, fundamentalmente en lo relativo a la

existencia de la persona humana (art. 19 del proyecto, no tratado en esta oportunidad), técnicas de reproducción humana asistida, derecho a la identidad y régimen de adopción.

Ello denota la recepción -al menos parcialmente- del intenso debate académico que ha tenido el proyecto en diversos ámbitos.

Es de esperar que se revean algunos institutos en oportunidad de su tratamiento por parte de la Cámara de Diputados, lo que seguramente motivará nuevas inquietudes y objeciones en el ámbito académico y en la sociedad toda.

También sería provechoso que previamente a la sanción definitiva del nuevo Código -si ello ocurre- los legisladores tomen en cuenta todas las voces y posturas a fin de obtener un plexo normativo acorde a la idiosincrasia y necesidades de nuestro pueblo.

---

(1) Cfr.: <http://www.telam.com.ar>, 20/11/2013 [en línea].

(2) MERLO, Leandro M.: La reforma al derecho de familia en el anteproyecto de unificación de los códigos Civil y Comercial [en línea], Microjuris, Doctrina, MJD5879 , 18-jul-2012.

(\*) Abogado. Profesor universitario, UBA, UNLZ y UAI.