

Doctrina

Actuación judicial respecto de asambleas de la propiedad horizontal



Juan José Guardiola

Abogado (Diploma de Honor UCA). Escribano (UNNOBA). Juez de la Cámara en lo Civil y Comercial de Junín (Bs. As.), Asesor Académico Consejo de la Magistratura Pcia. Bs.As. Profesor Titular Ordinario "Derechos Reales, Registral y Derechos Intelectuales" (UNLZ - UNNOBA). Exprofesor de esa materia (UCA - UAUstral - UCA Salta). Autor de libros y artículos de doctrina. Disertante y profesor de posgrados y especializaciones.

SUMARIO: I. Nulidad.— II. Asamblea judicial.

El Código Civil y Comercial introdujo en los arts. 2060 *in fine* y 2063 modificaciones al régimen de asambleas en relación con la regulación anterior de la ley 13.512, en los supuestos de impugnación por nulidad de sus decisiones y asamblea judicial respectivamente, que obligatoriamente provocan la actuación judicial, cuyo breve análisis me propongo efectuar en este trabajo.

Claro está que ellos no agotan el elenco de posibles situaciones que, directa o indirectamente relacionadas a resoluciones u omisiones asamblearias, pueden llegar a plantearse dando lugar a la intervención judicial (por citar solo algunos ejemplos, las controvertidas cuestiones de la reforma judicial del reglamento o indemnizatorias de daños causados al Administrador por su remoción, el excesivo costo o índole de mejoras u obras nuevas que se aprueben o sean rechazadas —arts. 2051 y 2052—,

el reintegro por reparaciones urgentes —art. 2054—, las decisiones en caso de grave deterioro o destrucción del edificio —art. 2055— (1), etc.), que dejo para otra oportunidad.

Antes de encarar su tratamiento, es dable señalar que ha sido manifiesta la intención del legislador de evitar la judicialización de los asuntos consorciales. Ello se advierte en 1) el mecanismo para la toma de decisiones que permite la obtención de la mayoría absoluta (art. 2060) y de requerir la conformidad expresa de los afectados para la supresión o limitación de derechos, incluso fuera del ámbito asambleario (art. 2061); 2) la posibilidad de autoconvocarse reunidos los 2/3 del total de propietarios (art. 2059 2º párrafo); 3) la validez de las decisiones unánimes fuera de la asamblea (art. 2059 3er. párrafo); 4) el plazo de caducidad para solicitar la nulidad; 5) la eliminación de que la

asamblea judicial sea requerida por un consorcista individualmente, exigiendo un mínimo de propietarios.

Obviamente ese propósito, más allá de la imposición de procedimientos y trabas, lejos está de alcanzarse ante la variada y compleja problemática de la propiedad horizontal. Atenta también en su contra una no depurada y en algunos aspectos, oscura técnica legislativa, a lo que se suman algunas contradicciones. Y es frente a esa realidad que resulta indispensable contar con directrices interpretativas doctrinaria-jurisprudenciales (al margen de ciertas previsiones Reglamento y de una regulación procesal inexistente) que den una pronta y satisfactoria solución al conflicto.

I. Nulidad

Ni la ley 13.512 ni su decreto reglamentario dec. 18.734/49 contenían previsión alguna respecto a la nulidad de las asambleas.

I.1. Supuestos y clases de nulidad

Según la clasificación de Highton (2) seguida por la jurisprudencia (3), las causas de nulidad pueden referirse a las fases 1) constitutiva, 2) deliberativa o 3) resolutive.

Entre los distintos supuestos pueden citarse:

1.a) Convocatoria efectuada por quien no está facultado para ello. Según dispone el art. 2067 inc. a quien convoca y redacta el orden del día es el administrador. Si no lo hace por cualquier causa (vgr. con la periodicidad que fija el reglamento o ante el pedido de propietarios que representen el 5% de las partes proporcionales indivisas en relación con el conjunto art. 2058 inc. b) y existe el Consejo de Propietarios, este es quien lo hace (art. 2064 inc. a)

b) Omisión de la citación de uno o varios consorcistas

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La supresión de la pauta objetiva de las 2/3 partes del valor del art. 12 LPH en caso de destrucción total o parcial, al refundirse el tratamiento legal con el supuesto de vetustez (art. 16 LPH) posiblemente incremente la conflictividad judicial en cuanto a la impugnación de lo que debe entenderse por "grave deterioro o destrucción del edificio" y "la reparación o la reconstrucción"

(2) HIGHTON, Elena I., "Propiedad horizontal y prehorizontalidad", en *Derechos reales*, vol. 4, Hammurabi, 2000, p. 654 y ss.

(3) CNCiv. Com. Fed. Sala III "Adesso, Mariel Inés vs. Consorcio de Propietarios Arcos 2419 y otro s/ Nulidad de contrato" 16/07/2015; "La regularidad de la asamblea y la fuerza vinculante de sus decisiones está sometida a la concurrencia de los requisitos establecidos por la ley y el Reglamento de Copropiedad y Administración que rija en cada edificio. Cuando no se satisfagan dichos requisitos y existan defectos en su faz constitutiva, deliberativa o resolutive, cualquiera de los copropietarios disidentes o ausentes —si no ha consentido la resolución en forma expresa o tácita— puede requerir judicialmente se decrete su nulidad, siempre que le asista un interés serio y legítimo, ya que no corresponde hacer lugar

a la nulidad por la nulidad misma". CC0103 MP 162711 62 S, "Secchi, Ana María c/ Consorcio Propietarios Calle 14 N° 1084 de Miramar s/Consignación de sumas de dinero, alquileres y arrendamientos", 16/03/2017, JUBA 5053738: "La Ley de Propiedad Horizontal (ley 13.512) no regula la temática concerniente a la nulidad de las asambleas de copropietarios. Sin embargo, partiendo de la base de que toda asamblea del consorcio constituye un acto jurídico, resultan aplicables los principios generales que la ley de fondo establece para que resulte procedente su invalidez por vía judicial. Por ello, siempre que falte alguno de los presupuestos para la formación de un acto jurídico válido, cualquier copropietario puede impugnar la asamblea y pedir que se declare judicialmente su nulidad. En esta inteligencia, las causales de invalidez del acto asambleario podrán referirse a la faz constitutiva (vgr. convocatoria efectuada por persona no facultada, omisión del orden del día en la convocatoria, etc.); la faz deliberativa (vgr. falta de quórum para que sesionar, fraude en el cómputo de votos, etc.) o bien, a la faz resolutive —vgr. decisiones contrarias a la ley o reglamento, falta de mayoría especial para decidir algún tema; etc.— (arg. arts. 15, 16, 944, 1037 y conds. del C. Civil)"

Columna de opinión

La técnica de transferencia de huso meiótico desde la perspectiva legal en la República Argentina



Florencia M. Daud

Abogada (UBA). Magister en Relaciones Internacionales (Univ. de Bolonia, con posgrados en la London School of Economics (L.S.E.) y Hong Kong University (H.K.U.)). Desempeña su carrera profesional como litigante en cuestiones relacionadas a Derecho médico y su investigación universitaria en temas de Bioética. Fue *stagiaire* en la Corte Europea de Justicia y asesora legislativa.

Véase el texto completo en p. 6

Bibliografía

Publicidad engañosa

Autor: José Ignacio Ondarçuhu. Comentario: Ramón D. Pizarro

Nota a fallo

Sucesión

8

Muerte del cónyuge. Cese de la convivencia. Inexistencia de un proyecto de vida en común. Exclusión de la vocación hereditaria. Liquidación de la sociedad conyugal.

CCiv., Com., Lab. y Minería, Santa Rosa, sala I, 29/09/2021. - S., M. J. c. N., G. V. s/ Ordinario. 9

[Consecuencias de la separación de hecho en el régimen de comunidad frente al fallecimiento de uno de los cónyuges](#)

Gabriel Bedrossian

9

CORREO ARGENTINO	FRANQUEO A PAGAR
CENTRAL B	CUENTA N° 10269F1

c) Si la autoconvocatoria y el temario no hubiese sido aprobado por una mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios (art. 2059 2º párrafo)

d) Notificación que no haya observado la forma dispuesta en el Reglamento (art. 2056 inc. m) (4). La notificación debe hacerse en la unidad funcional del propietario, salvo que este hubiese constituido y notificado un domicilio especial (art. 2046 inc. f)

e) El espacio temporal previsto reglamentariamente para la celebración de la asamblea no sea respetado. La falta de recepción en tiempo de la convocatoria podría ser una causal de impugnación (5)

f) Omisión del orden del día en la convocatoria (6) o del lugar, día y hora de celebración de la asamblea

2.a) ¿Falta de quórum? El art. 2259 menciona en su epígrafe al *quorum* pero no lo trata, apartándose de su fuente el art. 2000 Proyecto de 1998 (7) que indicaba que “salvo los casos especiales previstos en esta norma hay *quorum* para deliberar cualquiera sea el número de propietarios presentes”, que de esa forma eliminaba la frecuente y atacable (8) norma reglamentaria bajo el régimen de la ley 13.512, de que podía así constituirse y deliberar (mayoría simple y no la necesaria para la decisión que se pretende tomar) en la segunda convocatoria fijada normalmente a media hora del fracaso de la primera. Tampoco se hace referencia al *quorum* en el art. 2056 —contenido del reglamento— al referirse a las mayorías (9). La incorporación del sistema de adhesión tácita por parte de los ausentes del segundo párrafo del art. 2060 ha generado incertidumbre sobre si ese procedimiento suple o no la falta de *quorum*, y por ende, la validez de la propuesta y cómo se arribó a su aprobación.

La falta de claridad también se proyecta sobre el sentido de la mayoría suficiente para oponerse, aunque sobre esto parece

haber consenso en que se suman los votos de quienes se oponen posteriormente a los que votaron en contra en la asamblea para hacer la cuenta final según la mayoría que exige la decisión, en relación con la propuesta sometida a la aprobación a la que se adiciona los que guardan silencio.

La mayoría de la doctrina entiende que la cuestión del *quorum* ha dejado de tener importancia, se ha relativizado, en tanto la minoría —cualquiera sea su número— puede proponer decisiones y notificarlas a los demás. Así Cornejo (10); los Alterini (11) sosteniendo que lo contrario implicaría neutralizar hasta destruir la flexibilización que facilita la adopción de decisión; Peralta Mariscal (12); Cossari (13) al afirmar que “la asamblea así reunida (sin la mayoría necesaria para decidir sobre el tema) solo tiene *quorum* al único efecto de proponer decisiones, careciéndolo para todo el resto”; Vázquez (14); Mariani de Vidal - Abella (15) - Chiesa (16) al decir que “la ley ... parece haber firmado la partida de defunción del quórum”; Gurfinkel de Wendy (17) y Kiper (18). Menos claros son Zelaya (19) y Daguerre y Dallaglio (20) señalando, por un lado, que una asamblea con *quorum* inferior a la mayoría necesaria podría reunirse y deliberar y que la mayoría de los presentes podría proponer la decisión y comunicarla luego al resto pero a renglón seguido dicen que la norma no establece que mayoría de los presentes pueden reunirse para proponer una decisión afirmando que debe ser la correspondiente al tipo de decisión que pretenda tomarse, con lo cual parece que adscriben a la otra postura.

Por el contrario, Urbaneja entiende que por el contexto y ubicación del mecanismo (solo es habilitado cuando la mayoría es insuficiente) es menester que se haya formado una asamblea válida, aunque admite que ahora el reglamento puede establecer un *quorum* menor a la mayoría. También Iturbide (21), agregando que como la gente no suele participar en asambleas, es posible

que se sigan realizando reuniones viciadas, pero donde el breve plazo de caducidad para impugnar las termine convalidando.

Las diferencias son considerables, ya que supongamos, frente a un total de 100 unidades de idéntico valor para simplificar el ejemplo, para una asamblea válida y abordar una cuestión que requiera mayoría absoluta según esta última postura sería necesario un *quorum* de 51 (y donde entonces la postura de la mayoría podría notificarse a los ausentes; supongamos que se votó 27 contra 24 haría falta entonces que 26 se opusieran para que no resultare aprobada); en cambio para la predominante podría sesionar cualquiera fuese su número, incluso 1, en cuyo caso para que su propuesta no quedare aprobada haría falta que opusieran 50 (los que guardan silencio se entiende que adhieron; art. 263, Cód. Civ. y Com.).

Todavía la jurisprudencia no se ha expedido de modo categórico (22), aunque no dudo de que lo haga en el sentido de la postura mayoritaria que facilita la toma de decisiones evitando tener que extender la aplicación de asamblea judicial, que dejó a un lado la falta de *quorum* o mayorías como uno de sus supuestos.

b) El tratamiento de temas ajenos al orden del día (23), excepto si están presentes todos los propietarios y acuerdan por unanimidad abordar el tópico no incluido (art. 2059 primer párrafo in fine); c) Omisión de la designación de un propietario como secretario para labrar el acta (art. 2062) (24).

c) Intervención en la asamblea y votación de personas que no sean propietarios (25)

d) Error en la votación por formulación confusa de la moción o violencia física o moral para obtener un determinado resultado

e) Fraude en el cómputo de los votos

f) Omisión o defectuosa notificación a los ausentes de la propuesta que la mayoría de

los presentes formularan (art. 2060 2do. párrafo) o de registración y/o cómputo de las oposiciones recibidas (art. 2062 párrafo final)

3. a) Falta de mayoría legal o reglamentariamente exigida (26).

b) Decisiones contrarias a la ley o al reglamento (27)

c) Decisiones contrarias al orden público o de objeto ilícito o imposible.

Asimismo, dependiendo del caso, la mayoría podrá ser total afectando a la asamblea en su integridad como acontece ante ciertos vicios en la faz constitutiva, o parcial respecto a algunas o algunas de sus resoluciones (art. 389) Patentiza este último supuesto cuando se tratase un tema no incluido en el orden del día (art. 2059). O cuando respecto de un tópico se exigiese una mayoría determinada y no se hubiera alcanzado.

Por otra parte, la nulidad puede absoluta, en cuyo caso puede ser alegada por el Ministerio Público o por cualquier interesado, excepto para obtener un provecho y no es confirmable ni prescriptible (art. 387) (28) o como acontece la mayoría de las veces, relativa. En este último caso será convalidable (29), por ejemplo, mediante una asamblea posterior.

1.2. Proceso. Legitimación

1. Tramitará como juicio de conocimiento por la vía ordinaria o sumaria que disponga la legislación procesal local, no pudiendo ser alegada como defensa o excepción en un juicio ejecutivo.

La promoción de la acción no suspende en principio, excepto las medidas cautelares que se dictaren vgr. ante supuestos de nulidad manifiesta, el cumplimiento de la decisión, ya que “la asamblea siempre se presume válida, por lo que las decisiones que en ella se tomen, en principio, tienen

(4) CNCiv. Sala C, 22/10/1968 JA 1969-II.371; ED 28-536 en un supuesto que no se hizo con la antelación y medio previsto en el Reglamento. CNCiv. Sala J “Balletbo, Ana D. c. Consorcio de Prop. Bulnes”, 28/10/2004, DJ 2005-1, 213: “Cabe confirmar la resolución que declaró la nulidad de la asamblea de copropietarios, por no haberse convocado a los mismos a través de un medio fehaciente que permita a los convocantes acreditar la notificación respectiva, pues se probó que fue remitida una pieza postal —en el caso, carta certificada— pero sin posibilidad de determinar su contenido” al no utilizarse una carta documento ni un telegrama colacionado o la modalidad del “Servicio de Confronte y Sellado”.

(5) VILLANUSTRE, Cecilia A. - RODRÍGUEZ VILLANUSTRE, Eugenia C., “Asambleas de consorcio en el Código Civil y Comercial. La convocatoria y sus requisitos”, LA LEY 20/08/2021, 1

(6) LAQUIS, Manuel Antonio - SIPERMAN, Arnoldo, “La propiedad horizontal en el derecho argentino”, Abeledo Perrot, 1966, p. 118 argumentan que esto “tiene a evitar sorpresas a los consorcistas, ya que el conocimiento anticipado y preciso de los asuntos determinará su interés en asistir al acto”.

(7) E indirectamente del art. 10 del Anteproyecto de 1981 elaborado por los Dres. G.L. Allende, J.H. Alterini, A. Durañona y Vedia y C.A. Chevallier Boutell (res. 597/1980 Min. de Justicia) en *Rev. del Notariado* n° 778, en el que se inspira el mecanismo de adhesión tácita de los ausentes, que respecto de las asambleas establecía “cuyo quórum se formará con las personas que asistan”.

(8) BENDERSKY, Mario J., “Nulidad de asambleas en el régimen de propiedad horizontal”, Abeledo Perrot N° 76 p. 133 y ss.; LAQUIS-SIPERMAN, Arnoldo, ob. cit., p. 120; RACCIATTI, Hernán “Asambleas de propietarios en sede judicial y la impugnación de los actos asamblearios”, LA LEY, 1995-D, 363 nota 4; HIGHTON, Elena I., “Propiedad horizontal y prehorizontalidad”, Hammurabi, 2ª ed., ps. 637/8, entre tantos. CNCiv., sala G “Cons. Prop. Arcos 2343/45/47 c. Ascobel S.A. y otro”, 18/08/2010, DJ 13/12/2010, 70: “Carece de validez la cláusula contenida en un reglamento de copropiedad, que faculta a reunirse

en asamblea en segunda convocatoria, cualquiera sea el número de copropietarios presentes, cuando la primera convocatoria fracasa por falta de quórum”

(9) CNCiv. Sala G “Consorcio de Propietarios Arcos 2343/45/47 v. Arcosbel S.A. y otros”, 18/08/2010, TR LALEY 70065345: “El *quorum* y la mayoría no se identifican, pues el primero apunta al número de presentes para deliberar válidamente, y la segunda a la cantidad de votos necesarios para aprobar una decisión; sin embargo, hay una íntima relación entre ambos conceptos, puesto que el quórum jamás podrá ser inferior a la mayoría requerida para adoptar la resolución, conforme a los temas que figuran en el orden del día”.

(10) CORNEJO, Américo A., “Asamblea de consorcio”, LA LEY, 2015-B, 617.

(11) ALTERINI, Jorge Horacio - ALTERINI Ignacio Ezequiel - ALTERINI, María Eugenia, “Tratado de los derechos reales”, La Ley, t. II, *Parte Especial* N° 1410, 1411 y 1414 p.391 y ss.

(12) PERALTA MARISCAL, Facundo “La asamblea del consorcio de propietarios...” ob. cit.

(13) COSSARI, Nelson G. A., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, 3ª ed. actualizada y aumentada Alterini, Jorge H. (dir. gral.), t. IX del que es director p. 1036.

(14) VÁZQUEZ, Gabriela, “Derechos reales”, La Ley, p. 547.

(15) MARIANI de VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana, “Derechos reales en el Código Civil y Comercial” Zavalla, t. 1, p. 295/7.

(16) CHIESA, Federico, “La asamblea en el derecho de propiedad horizontal”, Hammurabi, p. 89.

(17) GURFINKEL de WENDY, Lilian N., “Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios...” p. 312.

(18) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos reales”, Rubinzal Culzoni, t. I p. 670 y “Propiedad horizontal. En el nuevo Código Civil y Comercial”, Ediciones del Sur, p. 264 y ss.

(19) ZELAYA, Mario, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, t. IX, p. 525/6 y 530.

(20) *Ibidem*, p. 162.

(21) ITURBIDE, Gabriela A., “Las asambleas en el régi-

men de propiedad horizontal según el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2018-B, 763 punto IX *in fine*.

(22) Tangencialmente la Cámara 5a de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba “Consorcio Edificio Gerona I s/ Ordinario - Otros”, 11/09/2015, TR LALEY AR/JUR/35354/2015 expresó: “El nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación, prevé una resolución expresa para la cuestión suscitada en el presente caso, en la que ante una falta de quórum por la ausencia de consorcistas, se permite la toma de decisiones por mayoría de los presentes y luego comunicar lo decidido a los ausentes, con lo cual se combate la artimaña de no asistir a la asamblea para que no exista quórum y que los presentes pueden tomar decisiones para el funcionamiento del consorcio que conforman. En este sentido el art. 2060, en el 2º párr. prevé que: “La mayoría de los presentes pueden proponer decisiones, las que deben comunicarse por medio fehaciente a los propietarios ausentes y se tiene por aprobadas a los quince días de notificados, excepto que estos se opongan antes por igual medio, con mayoría suficiente”.

(23) PALMIERO, Andrés Rafael, “Tratado de la Propiedad Horizontal”, Depalma, 1974 p. 270.

(24) JCiv. y Com. N° 15, Mar del Plata “Lockart, María Marta y Otros c/ Consorcio de Propietarios Edificio Semar XI S/ Nulidad acto jurídico”, 06/04/2018 juez Héctor Fabián Casas - elDial.com. En uno de los párrafos del fallo: “Costantino, en comentario al art. 2062 del Cód. Civ. y Com., es contundente al respecto expresando que: “El secretario de actas, que es quien confecciona la misma, debe ser elegido por los propietarios, con lo cual se acaba con algunas perniciosas maniobras de administradores no correctos que se atribuían de hecho, o por cláusula reglamentaria, la potestad de redactarlas, o la utilización de alguna persona empleada de la administración para la redacción y a posteriori la misma omitía reflejar aspectos negativos explicitados por los propietarios con relación a la tarea de la administración” (COSTANTINO, Juan A., “La Propiedad Horizontal...”, cit. p. 175). Efectivamente, lo que a entendimiento del autor es lo que el codificador intentó evitar mediante la incorporación de este requisito (ausente en la ley 13.512), es lo que en definitiva

ocurrió en la asamblea que aquí se cuestiona”.

(25) CCiv., Com. y de Gtías. Penal, Necochea, “Kant, Ma. Sandra c. Consorcio de Propietarios Edificio Calle 79 Nro. 320 y otros”, 22/06/2006, LLBA 2006, 1377: “Corresponde hacer lugar a la demanda entablada a fin de obtener la nulidad de una asamblea de copropietarios, pues, si el quórum con el que fue realizada adolece de ilegalidad, en tanto al menos dos asistentes no eran titulares del derecho real de propiedad horizontal, lo propio cabrá afirmar respecto de las decisiones tomadas a partir de él”.

(26) CS Sala Civil, Comercial y Laboral Chaco, “Córdoba Hilda Marina R. y Quiroz Estela Guillermina c/ Consorcio de Propietarios Edificio Co.Per.Vi s/ Nulidad de asamblea”, 19/5/2014, LLLitoral (octubre),971; CC0103 MP 162711 62 S 16/03/2017 fallo Secchi Ana María citado. CNCiv., sala L, “Solozábal, Tomás v. Consorcio Independencia...”, 02/06/2010, SJA 6/10/2010: “Corresponde declarar nula la asamblea consorcial en la que no se encontraban presentes la totalidad de los propietarios del edificio sujeto a propiedad horizontal; de allí que mal puede considerarse cumplido el recaudo de unanimidad de los propietarios del consorcio, necesario para autorizar una construcción nueva”.

(27) CNCiv., sala G, “Pesqueira, Lilianna Cristina y otro c. Cons. Prop. Avda. Directorio 1204 s/nulidad de asamblea”, 02/07/2012, LA LEY, 2013-A, 229: “La decisión dictada en una asamblea de propietarios es nula, en cuanto modificó la cláusula del reglamento de copropiedad referida al destino de las unidades funcionales, pues se omitió cumplir un requisito esencial para su validez, como es la necesaria unanimidad de los titulares de la propiedad horizontal, preceptuada por la Ley 13.512”.

(28) Los Alterini ob. cit. N° 1420 p. 400 ejemplifican con decisiones sobre destino inmorales o modificatorias del plazo de prescripción para el cobro de expensas.

(29) SC Buenos Aires, “Escudero, Eduardo y otro c/ Consorcio de Propietarios Edificio Zubizarreta s/Nulidad de asamblea”, 08/06/1993, DJBA 145, 25: Es relativa la anulabilidad que puede afectar a una asamblea realizada en el régimen de propiedad horizontal y, por lo tanto, susceptible de convalidación.

fuerza ejecutoria, correspondiendo al administrador poner en práctica las medidas votadas. Sin embargo, tal presunción es solo “*iuris tantum*”, de modo que puede ser desvirtuada cuando se declara judicialmente su invalidez. Todas las medidas que han sido adoptadas por la asamblea deben merecer el acatamiento de parte de los consorcistas y ser ejecutadas por el administrador” (30).

2. Siendo un supuesto de nulidad relativa, la legitimación activa para impugnar corresponde al propietario (o propietarios) disidente (no debe haber votado a favor de la decisión impugnada), que se abstuvo (esta ha de ser la postura si lo que pretende impugnar es el tratamiento del tema), no siendo imprescindible haber dejado constancia de ello aunque probatoriamente resulte lo más conveniente (31), o hubiese estado ausente (32).

No es compartible la tesis que interpreta que la inasistencia voluntaria a la asamblea que le fue debidamente notificada conlleva la adhesión a lo que en ella se decida o una renuncia a impugnar lo resuelto (33). Entiendo sí que frente a la notificación de la propuesta de la mayoría de los presentes (arts. 2060 2do párr. y 2062 último párr.) debe haber formulado oposición ya que ahí sí existe un deber de expedirse (art. 263) interpretándose que el silencio es una adhesión tácita a la misma.

Quienes hayan votado a favor solamente podrán impugnar si su voluntad estuvo viciada.

Por supuesto como en todos los planteos de nulidad debe existir un interés serio y legítimo (34), ya que sin un perjuicio, no corresponde decretar la nulidad por la nulidad misma (35).

Y que no haya mediado convalidación o confirmación expresa o tácita

(arts. 393/395) por parte del reclamante del accionar de la asamblea (36) o lo allí resuelto (37).

Se discute si está legitimado el administrador. Fraga (38) sostiene que no, pues no es admisible que actúe en el doble carácter de actor y demandado (como representante legal del consorcio) en un proceso; si existen vicios que afecten la validez de lo decidido debe convocar a una nueva asamblea para subsanar esa circunstancia. Y de no lograrse ello, dejar constancia de su objeción o eventualmente podrá renunciar. Comparte este criterio Gurfinkel de Wendy (39). En una postura intermedia los Alterini, (40) fuera del caso de nulidad absoluta en que cualquier interesado está legitimado (art. 387 Cód. Civ. y Com.), habilitan al administrador a plantear la nulidad relativa en el supuesto de ser una de las personas en cuyo beneficio se establece (art. 388 Cód. Civ. y Com.) como sería el caso en que se hubiera resuelto removerlo del cargo. Bendersky (41) consideraba que tratándose de asambleas nulas, más que una prerrogativa, su impugnación es un deber del administrador, quien debe negarse al cumplimiento de las resoluciones respectivas y oponerse a la ejecución de lo que en realidad no es más que la mera apariencia de la voluntad del ente. En el otro extremo Gabás (42) agrega algunos casos de anulabilidad en que la decisión provoque consecuencias dañosas para el propio administrador o afecte derechos individuales. En relación con estas posturas es de señalar que el Código Civil y Comercial ya no contempla la distinción entre actos nulos y anulables; sin perjuicio de señalar que para Bendersky el acto nulo se identifica con la nulidad absoluta. Chiesa (43) también entiende que ante una decisión de asamblea ilegal o contraria al reglamento o los intereses del ente, puede efectuar el planteo de impugnación privado y eventualmente judicial, exponiendo y acreditando los extremos especiales del ob-

jeto particular, en cuyo caso deberá convocar a una asamblea extraordinaria para que los consorcistas elijan un representante al solo efecto de actuar en el procedimiento de nulidad si no deciden dejar sin efecto aquella decisión viciada. Adscribo a la última corriente interpretativa, sin dejar de señalar que el juez debe resolver cada caso concreto planteado teniendo en cuenta que en última instancia se trata de un conflicto entre órganos de la persona jurídica y la presunción de legalidad y primacía (dentro del marco legal y reglamentario) de las decisiones asamblearias, al ser esta el órgano supremo de la persona jurídica. En cuanto a un perjuicio propio, ya no podrá cuestionar bajo ningún aspecto la asamblea en su faz decisoria cuando haya decidido su remoción, ya que fue ser adoptada sin expresión de causa (art. 2066 *in fine*), sin perjuicio de que eventualmente hubiere lugar a algún reclamo indemnizatorio (44).

El sujeto pasivo de la acción es el consorcio de propietarios. No puede dirigirse con copropietarios individuales, aunque sean ellos los beneficiarios de la medida decidida (45). La notificación de su inicio debe ser practicada en la persona del administrador y el trámite discurre por la vía de los procesos de conocimiento (46). Sin perjuicio de la citación como tercero de algún consorcista o del órgano de control (47).

I.3. Plazo para la impugnación

1. Con anterioridad, la doctrina prevaleciente sostenía que, ante el silencio de la ley, solo cabía estarse al término general decenal que establecía el Código Civil para la prescripción de las acciones personales (art. 4023), salvo la posibilidad de recurrir a la de dos años si la acción se fundare en vicios del consentimiento (art. 4030). Minoritariamente se sostuvo, aunque en mi opinión sin apoyo legal suficiente, que será el juez, en cada caso concreto y pon-

derando la naturaleza del asunto, quien resolverá sobre la extemporaneidad de la impugnación, considerando que un plazo prudencial oscilaría entre 30 y 90 días (48) o la aplicación por analogía del plazo de prescripción de tres meses previsto por el art. 251 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (49).

Como el plazo resultaba demasiado extenso y perjudicial para mantener la certeza de las resoluciones asamblearias, que se verían afectadas por la posibilidad de demandar su invalidez durante términos tan prolongados, *de lege lata* mientras no existía la previsión normativa, la única solución para mantener la estabilidad a sus decisiones era la consagración de un plazo corto de caducidad por vía del reglamento de copropiedad (50).

El Código Civil y Comercial ha establecido el plazo de caducidad para la acción de nulidad de la asamblea de 30 días —corridos art. 6, Cód. Civ. y Com.— “desde la fecha de la asamblea”. Con ello evita incertezas (51) pero el tiempo fijado ha sido considerado por la mayoría de la doctrina exiguo (52), demasiado breve. Ello no solo porque en la decisión podrían hallarse comprometidas cuestiones complejas vinculadas con el derecho de propiedad de los consortes, sino también atendiendo a su punto de arranque. No serán pocos los planteos de indefensión que habrán de intentarse en consonancia con la magnitud del perjuicio que se invoca (53).

Sin embargo, ya en un caso (54) se rechazó su inconstitucionalidad, aunque quizás por falta de acreditación de la lesión en el caso particular.

Se trata de un plazo de caducidad (art. 2566) y no de prescripción. No obstante, con buen criterio se ha entendido que se suspende por el inicio de la mediación obligatoria (55).

(30) CNCiv. Com. Fed. Sala III, “Adesso, Mariel Inés vs. Consorcio de Propietarios Arcos 2419 y otro s/ Nulidad de contrato”, 16/07/2015.

(31) Bajo el régimen de la LPH, CALVO, Carlos Diego (“Manual práctico de propiedad horizontal”, Ed. Universidad, 1991, p. 84/85) recomendaba que la impugnación por los vicios se formulara en forma inmediata, “lo antes posible, pues de lo contrario la negligencia será valorada judicialmente en contra del impugnante”; ello al margen de la razón subsistente que “de esa manera quizá pueda lograrse que esta (imperfección) se subsane sin necesidad de mayores perjuicios ni contratiempos”

(32) BENDERSKY, ob. cit., N° 92, p. 175.

(33) CNCiv., sala E, 1/8/1968, ED 27-420; “Gurfinkel de Wendy en “Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios...” p. 316.

(34) CNCiv., sala B, “Barutta, Ricardo José y otro vs. Consorcio de Propietarios Calle Monseñor Magliano 3041/3047 y otro s/ Daños y perjuicios”, 07/03/2019, “Por eso, se ha establecido que cuando existen defectos en la faz constitutiva, deliberativa o resolutoria, cualquiera de los copropietarios disidentes o ausentes —si no ha consentido la resolución en forma expresa o tácita— puede requerir judicialmente se decrete su nulidad, siempre que le asista un interés serio y legítimo, traducido en un perjuicio patrimonial o moral, ya que no corresponde hacer lugar a la nulidad por la nulidad misma”. C4a Civ. y Com. Córdoba, “Naon, Adriana E v. Consorcio de Propietarios Edificio Mina Clavero”, 05/12/2006, TR LALEY 70035331: “No puede declararse la nulidad de la asamblea si pese a considerarse que no ha existido comunicación por parte del consorcio a la nueva propietaria en el domicilio que constituyera en la escritura de adquisición de la unidad funcional, esta ha aceptado el procedimiento respecto de la convocatoria para asambleas anteriores y los volantes dejados en su departamento, por lo cual debe entenderse que ha sido notificada del acto impugnado”.

(35) GURFINKEL de WENDY, Lilian N., “Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios Privados”, Abeledo Perrot, p. 316.

(36) SC Buenos Aires, “Escudero, Eduardo y otro c/ Consorcio de Propietarios Edificio Zubizarreta s/ Nulidad de asamblea”, 08/06/1993, *Juba* B22501: “No pue-

de alegar perjuicio el consorcista que conocía la realización de la asamblea e incluso asistió a ella, no obstante que la convocatoria no hubiese respetado las exigencias del reglamento”. CNCiv., sala L, “N., C. M. c. Cons. de Prop. Paraná n° 1015 y otro s/ Nulidad de asamblea”, 29/03/2021, TR LALEY AR/JUR/4771/2021 “Es que más allá de los vicios que pudieran haber afectado a la convocatoria, resulta indudable que si la actora estuvo presente en la asamblea, esas eventuales irregularidades quedaron saneadas con su participación en la reunión”

(37) CNCiv., sala G “Perrotti, Carlos A. v. Consorcio de Propietarios Av. Rivadavia 4483/85”, 22/02/2011, TR LALEY 70068470: “Cualquier copropietario está legitimado activamente para deducir la acción de nulidad, pero existe consenso en el sentido que el accionante no debe haber votado a favor de la decisión impugnada ni haberla convalidado expresa o tácitamente a través del cumplimiento de lo allí dispuesto”. En el caso de haberse designado a un administrador por una asamblea inválida y luego con determinadas conductas aceptaron su gestión. Así lo entendió la CNCiv Sala D 3/10/1968 JA 4-1969-394 al abonarle las expensas.

(38) FRAGA, Andrés, “Propiedad horizontal”, Rubinzal - Culzoni, p. 338/339.

(39) GURFINKEL de WENDY, ob. cit., p. 316/7.

(40) t. II N° 1423 p. 403.

(41) BENDERSKY, Mario J., “Nulidad de asambleas en el régimen de propiedad horizontal”, Abeledo Perrot N° 95 p. 182/3.

(42) GABÁS, Alberto A., “Ley 13.512. Propiedad horizontal. Comentada. Anotada”, Hammurabi, p. 452.

(43) CHIESA, Federico, ob. cit., p. 93/94.

(44) Ver COSSARI, Nelson G.A., en *Código y ts. citados* p. 1088 y la opinión de Ignacio E. Alterini con la que concuerdo.

(45) HIGHTON, Elena I., ob. cit., p. 658.

(46) MARIANI de VIDAL, Marina, “Propiedad horizontal. Asambleas. Nulidad. Plazo para deducirla”, LA LEY, 2014-B, 485.

(47) ALTERINI y otros La Ley, t. II *Parte Especial* N° 1424 p. 403

(48) GABÁS, Alberto Aníbal, “Manual teórico práctico de propiedad horizontal”, 1991 p. 331/4; CNCiv., sala A, “Ceballos Serra Guillermo J. c/ Insúa Sebastián del

Pilar”, 31/10/1994, LA LEY, 1995-D, 363 “En materia de nulidad de asambleas extrajudiciales, el plazo para formular impugnaciones se supedita a las particularidades del caso concreto, no resultando aplicables los arts. 4023 y 4030 del Cód. Civil por no ajustarse a la finalidad práctica de toda decisión asamblearia”. Con crítica que comparto de Hernán Racciatti (“Asambleas de propietarios en sede judicial y la impugnación de los actos asamblearios”) señalando que “la solución solo puede provenir de nuevas normas legales que resuelvan el problema y no del mero arbitrio judicial” sin perjuicio de los plazos de caducidad que se reglamentariamente se acordaren.

(49) CNCiv., sala C —con la disidencia de la Dra. Cortellezzi— “Ruicci, Olga c. Cons. de Coprop. Venezuela 1776 s/ nulidad de asamblea”, 13/02/2014, LA LEY, 2014-B, 486: “Cuando se trata de impugnar la decisión asamblearia cuyo objeto gire en torno a las relaciones entre los copropietarios y normas de convivencia dentro de un consorcio, resulta razonable aplicar, por analogía, el plazo de prescripción previsto por el art. 251 de la Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, ya que ese término es justo y equitativo, en tanto permite articular la nulidad y, a su vez, resguarda la seguridad jurídica que debe regir la vida consorcial”. Este al ser comentado por MARIANI de VIDAL (“Propiedad horizontal. Asambleas. Nulidad. Plazo para deducirla”) fue considerado como un “criterio realista y de sentido común” permitiendo “resolver la laguna de manera que se contente el dinamismo propio de la vida consorcial”.

(50) HIGHTON, Elena, ob. cit., p. 656; RACCIATTI, Hernán, “Asambleas de Propietarios...”, ob. cit. y “Aspectos del régimen de propiedad horizontal vigente y su perfectibilidad” en *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, t. XL, 2001 p.48.

(51) ALTERINI y otros II N° |425 p. 404

(52) CONSTANTINO, “La propiedad horizontal en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013 A, 591; MARIANI de VIDAL, Marina, “Propiedad Horizontal. Asambleas. Nulidad. Plazo para deducirla”, LA LEY, 2014-B, 485. En contra VILLANUESTRE, Cecilia A., RODRÍGUEZ VILLANUESTRE, Eugenia C., ob. cit.

(53) GURFINKEL de WENDY, Lilian N., “La Propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial de la Nación”, SJA 29/10/2014, 3.

(54) CNCiv., sala H, “Salcedo, Delia Gabriela y Otro c/ Bellusci, María Gabriela y Otros s/nulidad de acto jurídico”, 29/12/2016: “En el caso, si bien el plazo fijado por el art. 2060 del CCyCom. es breve, no demuestra el apelante que dicha norma desnaturalice su derecho a impugnar”, eDial.com - AA9D58. Por su parte la CNCiv., Sala C, “M. R. C. C/ Cons. Prop. Junín ... s/ Nulidad de asamblea”, 06/04/2021, *El Derecho* Cita Digital:ED-MC-DXXVI-595 también expresó “Pese a las consideraciones que el recurrente efectúa sobre lo exiguo del plazo contemplado por el legislador, que —como fuera expuesto precedentemente— resulta coherente con los tiempos modernos y que coadyuva a la seguridad jurídica dinámica, lo cierto es que nada dice respecto a los motivos por los cuales la nulidad no fue promovida tempestivamente”.

(55) CNCiv. sala F, “Parodi Grimaux, Enrique Alberto c. Cons. Prop. Av. Juramento 1959/91 y otro s/nulidad de asamblea”, 9/5/2018, RCCyC 2018 (agosto), 222, LA LEY 27/7/2018, 6, TR LALEY AR/JUR/19513/2018: “La acción de nulidad interpuesta contra varios puntos del orden del día de una asamblea no debería haber sido rechazada *in limine*, pues si bien la acción fue interpuesta una vez vencido el plazo de 30 días establecido en el art. 2060 del Cód. Civ. y Com., este se hallaba suspendido por el inicio de la mediación obligatoria”; CNCiv., sala H, “Agropecuaria Diefer S.A. c. Consorcio Prop. Edificio Corrientes ... y Carlos Pellegrini ... s/nulidad de asamblea. Ordinario”, 01/10/2018, Cita Digital: ED-CMXI-706Se apartan acertadamente de lo que sostuvo el plenario de la CNCCom., “Giallombardo, Dante N. v. Arredamenti Italiani S.A.”, 09/03/2007, JA 2007-II-684 que sostuvo “No corresponde otorgar a la iniciación del trámite de mediación previa efectos suspensivos sobre el plazo para deducir la acción de impugnación asamblearia prevista en el art. 251 LSC”, ya que como expresa Diego Duprat (“El plazo para impugnar decisiones de la asamblea y los efectos de la mediación previa obligatoria” TR LALEY 0003/013199) “tratándose el trámite de la mediación (ley 24573) una exigencia obligatoria y previa a todo juicio, debe otorgarse a tal circunstancia el carácter de impedimento para ejercer la acción judicial de impugnación...Finalizado el trámite de la mediación se reanuda el plazo de caducidad. Reanudado el plazo de la caducidad, este es fatal...”.

Aunque la ley no lo diga, con elemental lógica, el plazo de caducidad debe computarse desde que la asamblea concluyó (repárese que en muchas ocasiones pasa a un cuarto intermedio no concluyendo el día de su inicio) o eventualmente según la decisión impugnada desde el vencimiento del plazo para adhesión implícita u oposición del art. 2060 segundo párr., ya que hasta ese momento no puede saberse si ha sido aprobada (56). Como apuntan los Alterini (57): “más que el anuncio de la existencia de la asamblea, al menos debería exigirse el conocimiento de la decisión asamblearia impugnada”.

2. En la legislación comparada el art. 1137 del Cód. Civil italiano de 1942 establece que el recurso debe interponerse bajo pena de caducidad (art. 2964 y ss.) dentro de los 30 días a contar desde la fecha de la decisión para los disidentes y desde la fecha de la comunicación para los ausentes. El art. 49 de la ley 675 de 2001 de Colombia dispone que la impugnación debe formularse “dentro de los 2 meses siguientes a la fecha de la comunicación o publicación de la respectiva acta”.

En Venezuela la Ley de Propiedad Horizontal de 17/8/1983 en su art. 25 establece: “Los acuerdos de los propietarios tomados con arreglo a los artículos precedentes serán obligatorios para todos los propietarios. Cualquier propietario podrá impugnar ante el Juez los acuerdos de la mayoría por violación de la Ley o del documento de condominio o por abuso de derecho. El recurso deberá intentarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la asamblea correspondiente o de la comunicación de la decisión hecha por el administrador si el acuerdo hubiere sido tomado fuera de asamblea. Si no se hubiese convocado la asamblea o si no se hubiese participado el acuerdo tomado fuera de ella, los treinta (30) días indicados se contarán a partir de la fecha en que el recurrente hubiere tenido conocimiento del acuerdo. El recurso del propietario no suspende la ejecución del acuerdo impugnado, pero el Juez discrecionalmente y con las precauciones necesarias, puede decretar esta suspensión provisionalmente a solicitud de parte interesada. A los efectos de este artículo se seguirá el procedimiento previsto en el Código de Procedimiento Civil para los juicios breves.”

El art. 18 inc. 3 de la ley 49/60 de 21 de julio de propiedad horizontal de España pres-

cribe “La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la Ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9”. También en el inciso siguiente determina que “La impugnación de los acuerdos de la Junta no suspenderá su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter cautelar, a solicitud del demandante, oída la comunidad de propietarios”.

En Francia el art. 42 de la ley 65-557, de 10 de julio de 1965, las acciones para impugnar las decisiones de las asambleas generales deben, bajo pena de caducidad, ser interpuestas por los copropietarios contrarios o ausentes dentro de los dos meses siguientes a la notificación del acta de la asamblea, sin sus anexos. Esta notificación la realiza el administrador en el plazo de un mes a partir de la celebración de la asamblea general.

3. En el derecho nacional, el proyecto de modificación a la Ley de Propiedad Horizontal presentado por el Dr. Hernán Racciatti, a la Comisión 4 (Propiedad Horizontal), en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Tucumán, 1993), preveía en la parte final del art. 12 lo siguiente: Las decisiones de las asambleas, podrán ser impugnadas judicialmente por cualesquiera de los propietarios disidentes abstenidos o ausentes, dentro de los sesenta días de su notificación.

El proyecto del diputado Héctor Polino 540-D.-99 de reforma de la ley 13.512, en lo pertinente del art. 10, establecía “... Las resoluciones de las asambleas son impugnables en sede judicial por violación de la ley o el reglamento, dentro de los sesenta días hábiles del cierre de la misma. El pedido de copia del acta suspenderá este plazo hasta tanto se haga entrega de la misma. El juez oír a las partes y resolverá en forma sumaria las impugnaciones. Cuando la gravedad del caso lo justificare podrá convocar a asamblea da fin de que esta resuelva la cuestión planteada”.

El senador Horacio D. Usandizaga también presentó el proyecto 668/03 por el cual según su art. 30 “Las decisiones de las asambleas, pueden ser impugnadas judicialmente por cualesquiera de los propietarios disidentes abstenidos o ausentes, dentro de los sesenta días de su notificación”.

viembre), 83: “El pedido de convocatoria judicial a asamblea de copropietarios es improcedente, pues tratándose de un remedio excepcional —toda vez que el sistema de propiedad horizontal supone la existencia de un órgano capaz de atender su propia regulación y funcionamiento, vías y procedimientos adecuados para lograr, sin recurrir a la justicia, la satisfacción de los intereses de los copropietarios—, los accionantes no acreditaron la existencia de los presupuestos necesarios para habilitar el mecanismo previsto en el art. 2063 del Cód. Civ. y Com., ya que surge de autos que ante el pedido efectuado al administrador para que se convoque a asamblea ordinaria, el representante del consorcio la habría convocado”.

(63) CALVO COSTA, Carlos A. - KITAINIK, Nicolás, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado y anotado con jurisprudencia” del que el primero es director, La Ley, t. IV, p. 142.

(64) RACCIATTI, Hernán, “Propiedad por pisos o departamentos”, Depalma 1975, 3ª ed., p. 236, Nº 95.

(65) HIGHTON, Elena I., “Propiedad horizontal y prehorizontalidad”, Derechos reales, vol. 4, Hammurabi, 2000, p. 668/672.; COLOMBO, Carlos J.; KIPER Claudio M., “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado”, La Ley, t. VII, p. 547. CNCiv., sala G, “L. R. C. C., H. R. y otro s/daños y perjuicios”, 09/03/2015, TR LALEY AR/JUR/3062/2015 “El pedido de convocatoria de asamblea judicial no consiste en un proceso contencioso ni voluntario ni siquiera tiene forma de juicio, por ello no puede solicitarse que se ordene el traslado de la demanda y al fin una sentencia de condena, ya que ello está en abierta contradicción con los

En cambio el proyecto 6445-D-2010 de los diputados Giudici, Milman, Alcuaz, Pérez y Alonso, en su art. 28 establecía “Las decisiones de las asambleas, pueden ser impugnadas por cualquiera de los propietarios disidentes, abstenidos o ausentes, dentro de los treinta días de su notificación”.

Por su parte el Proyecto de unificación del Código Civil con el Comercial de 1998, art. 2002 *in fine*, contaba el mismo plazo “desde que la decisión de la asamblea tuvo principio de ejecución”; solución que podía dar lugar a incertidumbre particularmente cuando no se tratase de actos externos, visibles para todos los propietarios (58).

El Anteproyecto de reformas, dec. 182/2018, propuso aumentar el plazo actual a noventa días, y en sus fundamentos expresa que es por “considerarse el vigente como notoriamente extinguido”.

II. Asamblea judicial

A. La asamblea de propietarios es el medio idóneo para que estos se gobiernen y resuelvan todo lo atinente a la buena marcha y normal funcionamiento de la comunidad. Constituye el medio de expresión normal de la voluntad de los propietarios (art. 2058). Solo la imposibilidad de su funcionamiento habilita la vía judicial para su convocatoria. La ley 13.512 (59) preveía la asamblea judicial para resolver asuntos en que su tratamiento o resolución se veía impedida por no haber sido citada, falta de *quorum* o de las mayorías necesarias. Obviamente no cuando pudiendo tratarse el tema, la moción fue desestimada (60).

En la regulación actual del art. 2063 está solo prevista para el caso de falta de convocatoria por parte de la administración (61) y en su caso del Consejo de Propietarios. Así, la Cámara Nac. en lo Civil, Sala D (62), desestimó el pedido cuando el representante del consorcio había convocado a asamblea. Ello, por cuanto se parte de la base de que el problema de la imposibilidad de obtener la mayoría, con el sistema de adhesión tácita, se ha solucionado (63). Ninguna distinción se formula respecto a si se trata de asambleas ordinarias o extraordinarias, más allá de la valoración judicial más estricta que se haga con relación a esta últimas de su necesidad por la importancia, gravedad o urgencia del asunto.

deberes que impone la ley procesal”.

(66) CNCiv., sala I, “Maniero, Liliana del C. v. Consorcio Galicia 614/616”, 24/04/2007, SJA 15/8/2007.

(67) ZELAYA, Mario A., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, La Ley, 2ª ed. actualizada, p. 414. CNCiv. Sala H, “González, Zoilo Martín y otro vs. Consorcio de Propietarios Billinghurst 915 s. Convocatoria de asamblea”, 14/09/2015, “Pero además y aunque la norma no lo exija —como tampoco lo hacía el art. 10, Ley 13.512—, deberán acreditar la urgencia o gravedad de las cuestiones a decidir, ya que tampoco ha variado el carácter excepcional de la asamblea judicial” (Conf. LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Rubinzal Culzoni, t. IX, ps. 541/542). En contra TRANCHINI, Marcela H., “Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado”, CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), Astrea, t. 7, p. 164: “Tampoco requiere que se trate de cuestiones urgentes y/o graves”.

(68) CC0201 LP B 83751 RSI-130-96 I 29/05/1996 “Rodríguez, Manuel s/Aprobación de asamblea. Designación de nueva asamblea”, LLBA 199, 1407: “La instancia judicial, en materia de propiedad horizontal, se justifica únicamente cuando se ha agotado la instancia, o procurado sin éxito su reunión en asamblea, ya que el consorcio de copropietarios debe resolver los conflictos internos por intermedio de sus órganos naturales, y solo después de haber agotado todos los recursos estatutarios se puede acudir a la vía judicial”. La jurisprudencia ha exigido en todos los casos, para dejar expedita la vía judicial, la prueba fehaciente de haber agotado los re-

Se trata de un proceso no contencioso, donde no se demanda a persona determinada, sino que se trata de que el juez tome medidas basadas en la equidad para mantener el normal desarrollo de la vida en común” (64). Es un procedimiento sumarisimo, pero no un juicio que tramite por la vía sumarísima. No existe demanda ni contestación, no se trata de una litis (65). Su naturaleza jurídica “permite asimilarla a los recursos policiales urgentes y sumarios que tienden a establecer el orden perturbado y la normal marcha del consorcio con la mayor celeridad posible” (66).

Como en el otro procedimiento aquí tratado, será competente el juez con competencia civil patrimonial del lugar en que tiene su asiento el consorcio, excepto en caso de que el reglamento previera una prórroga de jurisdicción.

B. Aunque la norma no lo exija —como tampoco lo hacía el art. 10 de la LPH— deberán acreditar la urgencia, gravedad o al menos necesidad de las cuestiones a decidir, ya que para casi toda la doctrina tampoco ha variado el carácter excepcional del remedio (67).

Es necesario acreditar que se agotó la vía legal y reglamentaria (68) para lograr la convocatoria o asamblea. Para algunos [vgr. Gurfinkel de Wendy (69), y más exigente aun Peralta Mariscal (70)] ello incluye ineludiblemente como requisito que fracase la alternativa de la autoconvocatoria (art. 2059), por la naturaleza subsidiaria de la medida. Este instituto, ahora reconocido legalmente, tuvo su origen en la praxis de los operadores de la propiedad horizontal ante la necesidad de los propietarios de reunirse sin llegar al planteo judicial, previsto como un mecanismo reglamentario para el supuesto en que el administrador no convocaba a asamblea o abandonaba su cargo. Ahora bien, considero que erigirlo como un valladar cuando el texto del art. 2063 no lo impone, teniendo en cuenta la mayoría de 2/3 que se requiere, atenta contra la tutela judicial que en muchos casos resulta no solo importante por las cuestiones a decidir, sino urgente, por lo que la diligencia para lograrla extrajudicialmente dependerá del caso en concreto. Así lo han entendido la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería Sala A, General Pico, La Pampa (71) y específicamente la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil,

cursos previstos en el reglamento de copropiedad y en la ley de la materia para lograr el tratamiento y solución de los problemas comunes por el órgano máximo de representación, de la voluntad de la comunidad (CNCiv, sala G, 04/12/1997, LA LEY, 1998-F, 666, citada en RIVERA - MEDINA, “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, La Ley, 2014, t. V, p. 580).

(69) GURFINKEL de WENDY, Lilian N., “Derechos Reales”, Abeledo Perrot, 2ª ed., t. I, p. 1051.

(70) PERALTA MARISCAL, Facundo “La asamblea del consorcio de propietarios de edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal”, TR LALEY AR/DOC/2607/2021. Este también es el criterio de CNCiv., sala H, “Pisarrí, Graciela y Otro C/ Cons. de Prop. Estados Unidos 2768/70/72 S/ Convocatoria de asamblea”, 06/09/2019, eDial.com.

(71) En autos “Consorcio de Propietarios del Barrio Malvinas Argentinas I s. Sumarísimo”, 25/07/2018, “La jurisprudencia ha exigido en todos los casos, para dejar expedita la vía judicial, la prueba fehaciente de haber agotado los recursos previstos en el reglamento de copropiedad y en la ley de la materia para lograr el tratamiento y solución de los problemas comunes por el órgano máximo de representación, de la voluntad de la comunidad. Sin embargo, se ha considerado que “cabe relevar a los consorcistas de cumplimentar íntegramente la vía reglamentaria, si la misma, en la forma en que está regulada, configura un obstáculo ilícito o abusivo al ejercicio de derechos que les corresponden por su condición de consorcistas o al derecho de acceso a la jurisdicción colocando requisitos previos a la petición de asamblea

(56) Parece sostener la opinión contraria en relación con esto último al considerar la situación de los ausentes, GURFINKEL de WENDY, Lilian N., “La propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit.

(57) “Tratado de los derechos reales”, t. II cit. Nº 1425 p. 404; ALTERINI, Jorge H. e Ignacio E., opinión en “Código Civil y Comercial Comentado Tratado exegético 3ª ed. actualizada y aumentada”, t. IX p., 1053.

(58) CONSTANTINO, Juan Antonio, “Propiedad horizontal”, Juris, 2005, p. 216.

(59) La parte final del art. 10 fue, aunque con diferente redacción, mantenido por el art. 1615 del Anteproyecto de 1954 que en lo pertinente disponía “... Cuando no fuere posible lograr la reunión de la mayoría requerida de propietarios, se solicitará al juez que convoque a la reunión, que se llevará en presencia suya. El juez deberá resolver las controversias en forma sumarísima, sin más procedimiento que una audiencia, previa citación a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda, quedando autorizado a proveer las medidas que la urgencia del caso exija”.

(60) CALVO COSTA, Carlos, ob. cit., p. 85.

(61) Es una de las obligaciones consagrada además en distintas normativas regulatorias locales de la actividad “Convocar a las Asambleas Ordinarias o Extraordinarias conforme a los reglamentos de copropiedad”. Así. art. 9 inc. j, Ley M-1251 CABA; art. 8 inc. h ley 14.701 BA; art. 9 inc. i ley 3041 Neuquén

(62) *In re* “Galarza Morales, Víctor Raúl y otros c. Cons. Prop. Av. Pueyrredón 601 y 605 Esq. Lavalle 2691 s/ convocatoria de asamblea”, 19/07/2019, RCCyC 2019 (no-

Sala G (72), al decidir que “El rechazo del pedido de convocatoria a asamblea judicial en los términos del art. 2063 del Código Civil y Comercial, con fundamento en que no se acreditó el fracaso de una autoconvocatoria de propietarios, debe revocarse si, frente a dos citaciones de la jurisdicción a los fines de conciliar, ningún propietario acudió al llamado, pues, en tales condiciones, exigir aquel recaudo se aprecia excesivo, dado que no puede esperarse mejor respuesta que aquella que recibió el juzgado al llamarlos a audiencia”. En relación con esto apuntan Causse-Pettis (73) que la hipótesis de la autoconvocatoria no ha sido prevista a los efectos de la asamblea judicial, dado que es una facultad de los interesados y no un deber.

En suma pienso que debe exigirse, conforme el carácter subsidiario de la asamblea judicial, una actitud previa diligente de los peticionantes para lograr la convocatoria extrajudicial (peticiones, intimaciones, comunicaciones a los órganos que deben formularla y a otros propietarios), pero la apreciación judicial, además de ajustarse a la índole de los asuntos propuestos, no debe ser de una reticencia tal que la convierta en un recurso fatalmente imposible que afecte la normalización del desenvolvimiento consorcial. Coincido plenamente con Constantino (74) en que “el recaudo de lo necesario supere al de la urgencia o concurra solo, sin necesidad del requisito de la premura” para habilitar la instancia judicial.

C. Deben solicitarla propietarios que representan el 10% de total. A diferencia del régimen del art. 10 LPH, ya no podrá hacerlo un propietario individualmente, lo que siempre caracterizó al instituto. Esta exigencia dificulta exageradamente la posibilidad de recurrir a la Justicia para requerir su realización, apartándose de su fuente, el art. 2005 del Proyecto de 1998. Es “una disposición que vulnera en modo flagrante el derecho del consorcista como individuo. Difícil de explicar y justificar” (75). Se complica todavía más satisfacer este recaudo para aquellos inmuebles ubicados en zonas turísticas donde el porcentaje de ocupación en períodos prolongados del daño no alcanzan el impuesto legalmente (76).

C.1. Este requisito es de aplicación inmediata. Así resolvió la Cámara de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la I Circunscripción (Neuquén), Sala II (77): “Debe ser confirmada la decisión que rechaza *in limine* el pedido de convocatoria a asamblea judicial para designar administrador del consorcio, toda vez que el Regla-

mento de Copropiedad y Administración del consorcio de autos fue redactado cuando se encontraba en vigencia la ley 13.512 y habilitaba a cualquiera de los miembros de la asamblea para requerir la convocatoria judicial de la asamblea. Pero el *a quo* ha hecho prevalecer el art. 2063 del Código Civil y Comercial que dispone que la asamblea judicial sea solicitada por los propietarios que representen un 10% del total. Por lo tanto, esta decisión es correcta, ya que de ninguna manera puede entenderse que las normas que regulan el régimen de propiedad horizontal sean todas supletorias respecto de lo que se dispone en el reglamento de propiedad”. En sentido coincidente Constantino (78) explica que el nuevo régimen de la propiedad horizontal deja sin efecto los contenidos de los reglamentos preexistentes; en consecuencia —y apuntando a temas concretos— sostiene que todo lo relacionado con asambleas, convocatorias, *quorum*, mayorías y asamblea judicial se deberán regir por la nueva legislación.

C.2. En cuanto a cómo debe ser computado Iturbide (79), reflexiona que “no exige doble cómputo, aunque puede entenderse que es necesario por analogía. No obstante, pueden surgir dudas teniendo en cuenta que el art. 2058, inc. b), solo alude al 5% del valor, mientras que aquí se alude al 10% ‘del total’. En opinión de Cornejo (80) ese diez por ciento debe ser calculado conforme a la doble mayoría del art. 2060, primera parte. En cambio, Urbaneja (81) afirmó que hace referencia a la cantidad de unidades representadas y no a la proporción, pues de lo contrario así debió haberse dicho como ocurre en otras ocasiones. Coinciden Causse-Pettis (82), representen o no ese porcentaje en el valor, teniendo en consideración que la finalidad de la acción que se autoriza es la de posibilitar deliberar únicamente. Adscribo a esta última tesisura.

C.3 Aunque bajo el régimen de la ley 13.512 podía admitirse que el Administrador solicitara la asamblea judicial, siendo presupuesto de la actual la omisión en que él incurrió y el recaudo legal anterior, resulta inadmisibles habilitarlo y hasta contradictorio con la falta de legitimación individual de los propietarios (83).

D. Queda excluida del trámite previo de la mediación prejudicial obligatoria (art. 5 inc. j ley 26.589 a nivel nacional y art. 4 inc. 8 ley 13.951, Pcia. Bs. As.).

El administrador no era ni es parte en el proceso, aunque se lo notifique al respecto no solo para que suministre la información

necesaria sobre los propietarios (84), sino porque puede ser alcanzado de lo resuelto en la asamblea (audiencia) o para ejecutar lo decidido.

Debe acompañarse el listado de copropietarios y sus direcciones, a fin de poder verificar si las citaciones se efectúan a todos y en sus respectivos domicilios.

El temario (orden del día) es fijado por el juez en función de la propuesta de los requerentes, aunque puede suprimir o agregar alguna cuestión en la convocatoria. También considero posible que si el juez así lo dispone y asegura el conocimiento previo a la audiencia de los restantes, los otros copropietarios que representen el 5% de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto (art. 2058 inc. b, Cód. Civ. y Com.), propongan la ampliación del temario.

Si bien la norma no determina si la citación debe hacerse “en la forma que procesalmente corresponda” (como lo disponía el art. 10 de la ley 13.512) o de acuerdo con lo previsto en el reglamento, la solución por regla debe ser la primera (85). Así se ha dicho que la fecha de la audiencia fijada por el juez, el lugar y orden del día de la reunión debe notificarse por cédula a todos los propietarios; siendo conveniente todavía hoy que se haga con el apercibimiento en el sentido de que se realizará con los que concurren, cualquiera fuese su número (86). Sin embargo Gurfinkel de Wendy (87) admite que también pueda realizarse con la forma establecida en el reglamento de propiedad horizontal (vgr. carta-documento).

La acreditación del carácter de propietario y todo lo referido a representaciones, deliberaciones y voto, se hará conforme lo estatuya el reglamento de propiedad (88).

E. Se resuelve (“puede” en rigor resolverse) con mayoría simple de los presentes. Esta es otra de las excepciones a la regla general respecto al cómputo de mayoría sobre la totalidad de propietarios (89). Con el régimen anterior, en el cual, como dije, los supuestos más comunes de la convocatoria judicial eran la imposibilidad de alcanzar una resolución por la falta de *quorum* o de mayorías necesarias, esta solución que era postulada por un sector de la doctrina y adoptada por la jurisprudencia resultaba necesaria. Reflexionaba Palmiero (90) que “la potestad jurisdiccional está por encima del reglamento, y permite que aun una minoría interesada por el destino de sus cosas pueda decidir en

ausencia de una mayoría reticente y apática desde el punto de vista consorcial”. Hoy incluso autores, no obstante el cambio de sus presupuestos, justifican que las reglas del reglamento de propiedad horizontal específico cedan en este caso en aras a la búsqueda efectiva de una toma de decisión (91).

Si con anterioridad (no obstante que según la letra del artículo 10 LPH “el juez deberá resolver” y la audiencia era “a fin de escucharlos”; y no como ahora se prescribe que es la asamblea la que en principio resuelve, ya que el juez decide “si no llega a una decisión”) “en principio, el juez no debe sustituir a los órganos normales del consorcio, y solo prestarles el apoyo necesario para lograr la reunión, a fin de que sea la asamblea la que tome la decisión” (92), “...no sustituye a los copropietarios ni toma decisiones por los mismos, sino que, con arreglo al procedimiento reglado por el artículo 10, última parte, de la ley 13.512, arbitrará la reunión de la asamblea para que sea ella la que tome las decisiones” (93), siendo que hoy queda limitada a la falta de convocatoria, por regla y en principio deben ser los mismos propietarios quienes resuelvan los asuntos sobre los que no tuvieron oportunidad anterior de pronunciarse.

Solo a falta de decisión zanja la cuestión el juez en forma sumarisima, quien incluso está facultado para disponer medidas cautelares, como sería, por ejemplo, la designación de un administrador (94).

Hubiera sido más coherente con el sistema adoptado, que ante la negativa o ausencia (renuncia, muerte, incapacidad, inexistencia) de los órganos que deben convocar a la asamblea extrajudicial (Administrador o Consejo de Propietarios), se habilitara directamente a cualquiera de los propietarios, justificados el impedimento y la necesidad de requerir judicialmente su realización, la que debería ser llevada a cabo fuera de su ámbito conforme disposiciones legales y reglamentarias en el plazo que fije el magistrado y bajo su supervisión o ante la inexistencia de aquellos ordene su celebración bajo su dirección (95). Solo en este último supuesto debería arbitrarse un mecanismo para alcanzar la mayoría necesaria (traslado para alcanzarla por adhesión tácita de los ausentes o segunda convocatoria con mayoría simple), limitando la potestad judicial a lo estrictamente indispensable (legalidad del procedimiento y de lo resuelto, medidas cautelares, toma de decisión en caso de empate en situaciones urgentes y necesarias). Más acertada, en mi opinión, era la propuesta del Proyecto de Unificación de la legislación Civil y Comercial de 1993 que en

judicial que configuran situaciones de esa índole”. “La situación de acefalía del consorcio impide la convocatoria a asamblea en los términos reglamentarios. Sumado a ello, el artículo vigésimo sexto del Reglamento de copropiedad ordena que podrá convocarse a asamblea extraordinaria por iniciativa de los copropietarios que representen el treinta y cinco por ciento como mínimo del valor total del conjunto de edificios o de un edificio determinado, según se trate de asambleas plenas o parciales. Este tope mínimo constituye en la actualidad un obstáculo para lograr la mayoría necesaria para la convocatoria a asamblea extraordinaria, considerando que muchos de los ocupantes de las unidades funcionales son inquilinos. Asimismo, teniendo en cuenta que el Consorcio debe afrontar en forma cotidiana diversos servicios prestados como la limpieza de partes comunes, el mantenimiento del predio, como así también el pago a dos empleados directos, resulta necesario y urgente la convocatoria a asamblea para la proclamación de nuevas autoridades a fin de regularizar la actividad consorcial”.

(72) CNCiv., sala G, “C., D. M. y otro c. P., A. J. y otros s/ convocatoria de asamblea”, 08/04/2016, TR LALEY AR/JUR/11475/2016.

(73) CAUSSE, Federico - PETTIS, Christian, “Propiedad horizontal. La asamblea judicial” en *Derivaciones procesales del Código Civil y Comercial*, Fernández Balbis, Amalia -Peyrano, Marcos (dirs.), Nova Tesis, p. 397.

(74) COSTANTINO, Juan Antonio, “La propiedad hor-

izontal en el proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 591.

(75) CHIESA, Federico, “La asamblea...”, p. 163. Ver también RAISBERG, Claudia; ITURBIDE, Gabriela A., “El nuevo régimen del derecho de propiedad horizontal”, TR La Ley AR/DOC/3439/2012. Justifican en cambio esta exigencia por la multiplicación de vías para que la asamblea se cumpla, CAUSSE, Federico - PETTIS, Christian, trabajo citado p. 393 y ss.

(76) CONSTANTINO, Juan A., ob. cit.

(77) Expte.: 515399/2016 - Interlocutoria: 366/17 - “Molina María Dolores s/ convocatoria de asamblea de consorcio”, 10/10/2017 elDial.com.

(78) COSTANTINO, Juan Antonio, “Reglamentos de propiedad preexistentes e incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación”, elDial.com

(79) ITURBIDE, Gabriela A., “Las asambleas en el régimen de propiedad horizontal según el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2018-B, 763.

(80) CORNEJO, Américo A., “Improcedencia de asamblea judicial del consorcio”, LA LEY, 2015-C, 158.

(81) URBANEJA, Marcelo E., “Propiedad horizontal”, El Derecho, p. 169. En la segunda edición p. 200, sin embargo se inclinó por su cómputo según el art. 2058 inc. b.

(82) CAUSSE, Federico - PETTIS, Christian, ob. cit., p. 410.

(83) En el mismo sentido autores indicados en nota anterior. En contra CONSTANTINO, Juan A., “La propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de

la Nación”, Hammurabi, p. 182, que no registró el cambio legal y sigue habilitándolo aunque no a título individual y Chiesa Federico ob. cit. p. 163 agregando que debe contar con el apoyo del porcentaje indicado de propietarios.

(84) Como apuntan VILLANUSTRE, Cecilia A. - RODRÍGUEZ VILLANUSTRE, Eugenia C., “Asambleas de consorcio en el Código Civil y Comercial. La convocatoria y sus requisitos”, LA LEY 20/08/2021, 1 difícilmente los propietarios tengan la nómina completa y actualizada, por lo que debe ser requerida al administrador, considerando de utilidad requerir la exhibición o copia certificada del Libro de Registro de Propietarios y que la intimación se formule con el apercibimiento de que en caso de renuencia deberá solventar el costo de los informes al Registro de la Propiedad.

(85) ZELAYA Mario, “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, LORENZETTI, Ricardo Luis (dir.), Rubinzal-Culzoni, t. IX, p. 542; ITURBIDE, Gabriela A., “Las asambleas en el régimen de propiedad horizontal según el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2018-B, 763.

(86) MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Manual de Derechos Reales”, ob. cit.

(87) GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Propiedad horizontal. Conjuntos inmobiliarios. Tiempo compartido. Cementerios Privados”, Abeledo Perrot, p. 296.

(88) COSTANTINO, Juan Antonio “La propiedad horizontal en el proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 591.

(89) DAGUERRE, Luis Osvaldo - DALLAGLIO, Juan Carlos, “Asambleas en la propiedad horizontal”, RDPC 2018-2 Derechos Reales-II Rubinzal-Culzoni, p. 168.

(90) PALMIERO, Andrés Rafael, “Tratado de la Propiedad Horizontal”, Depalma, 1974, p. 275.

(91) CHIESA, Federico, “La asamblea en el derecho de propiedad horizontal”, Hammurabi, p. 164, aunque también en forma coincidente con lo que expreso en párrafos siguientes, señala que no puede caerse en el error de creer que el juez sustituya por regla las decisiones que los consorcistas tomen por sí mismos, ya que esa comunidad, conforme a la naturaleza contractual del reglamento, se regula por sí misma.

(92) RACCIATTI, Hernán, “Asambleas de propietarios en sede judicial y la impugnación de los actos asamblearios”, LA LEY, 1995-D, 363.

(93) LAQUIS, Manuel Antonio - SIPERMAN, Arnoldo, “La propiedad horizontal en el derecho argentino”, Abeledo-Perrot, 1966, p. 122.

(94) LAQUIS, Manuel; FLAHL Lily; SMAYESKY, Miriam, “Derechos Reales”, t. V, ps. 554/555.

(95) Vale recordar que la CNCiv., sala A. *in re* “Ceballos Serra” citado expresó que “en la asamblea judicial, en principio, el juez solo se limitará a presidir la reunión con las facultades propias de todo presidente permitiendo que la misma se desarrolle de acuerdo con las pautas reglamentaria y vigilando solo la legalidad de procedimiento...”.

la reforma al art. 3138, luego de establecer cómo debía ser la convocatoria y el *quorum* (con los que asistan a la asamblea) y antes de ocuparse en el precepto siguiente —de manera similar al actual— de la adhesión tácita, como frase final se limitaba a decir “la asamblea puede ser convocada por el juez”; fórmula que de ningún modo excluía que de acuerdo con las reglas generales según la necesidad y verosimilitud del derecho pudiere ordenar por la vía correspondiente las medidas cautelares (nominadas o innominadas especiales) que correspondiera.

Esta compatibilización con las disposiciones reglamentarias para regularizar la situación sin desmedro a la supremacía, que incluso en este contexto ha de preservarse a la autonomía de la voluntad de los propios interesados, resulta posible en tanto el texto establece que “puede” resolverse con la mayoría simple. Ello ha dado pie a que Causse-Pettis (96) sugieran que, sin lesión al régimen, es viable que se disponga la comunicación a los ausentes de la propuesta y se considere al silencio como configurativo de la voluntad del consorcio.

F. La validez o nulidad de la asamblea judicial (97) debe plantearse al momento de

celebrarse la audiencia o dentro de los cinco días por la vía incidental del art. 170 Cód. Proc. Civ. y Com. (98).

Las decisiones que adopten los consorcistas son inapelables (99). Si en cambio las del juez de rechazo *in limine*, las que adopte ante la falta de decisión en la asamblea y las medidas cautelares que decreta. En su gran mayoría el recurso en relación será concedido con efecto devolutivo (100).

G. Las costas, si no se logra la convocatoria de asamblea rechazándose por improcedente ante el incumplimiento de los recaudos necesarios y previos, estarán a cargo de los peticionantes (101).

Si se realiza la asamblea, según una opinión, las costas judiciales deben ser soportadas por el consorcio, ya que al no ser un proceso contencioso no resulta aplicable el criterio de la derrota (102). Sin embargo también se ha sostenido que pueden ser impuestas al administrador por la desidia que dio lugar al proceso (103). Tales posturas pueden hacerse extensivas en su caso respecto al Consejo de Propietarios. Estimo que al quedar evidenciada la negligencia de tales órganos con el presupuesto de la

admisión de esta vía (la única posibilidad de oposición a la asamblea judicial les cabría a ellos, demostrando al ser citados que efectuaron la convocatoria) y la relación de causalidad con las erogaciones causídicas consiguientes, hasta razones de economía procesal ameritan que deban afrontarlas en este proceso, sin que sea diferido su resarcimiento a uno posterior, el que así solo sería imprescindible frente al reclamo de otros daños que esa conducta hubiese provocado.

No siendo necesario el patrocinio letrado de los concurrentes a la asamblea (audiencia), los honorarios por asesoramiento profesional en dicho acto estarán a cargo del propietario beneficiario.

Concluyo así este aporte, señalando que como en otros aspectos la reforma al derecho de propiedad horizontal, que resultaba más que necesaria teniendo en cuenta la insuficiencia que exteriorizaba la vieja ley 13.512, no ha estado aquí tampoco en cuanto a su regulación a la altura de lo esperado. Deseo que la práctica se vea iluminada por una doctrina que con una adecuada interpretación favorezca una jurisprudencia lo más pacífica posible en

estos temas, para dar seguridad a los derechos de los propietarios y contribuya a la funcionalidad del consorcio.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3511/2021

Más información

[Peralta Mariscal, Facundo](#), “La asamblea del consorcio de propietarios de edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal”, SJA 29/09/2021, 22, JA 2021-IV, TR LALEY AR/DOC/2607/2021

[Villanustre, Cecilia A.](#), “Las facultades de la asamblea de propietarios en propiedad horizontal”, LA LEY, 2018-E, 1060, TR LALEY AR/DOC/2066/2018

Libro recomendado

[Derecho Civil y Comercial: Derechos Reales](#)

Autores: Borda, Alejandro - Cossari, Nelson G. A. - Cossari, Leandro R. N.

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(96) CAUSSE, Federico - PETTIS, Christian, ob. cit., p. 416

(97) BENDERSKY, Mario J., “Nulidad de asambleas...”, ob. cit. N° 55 p. 94 considera que la asamblea judicial convocada sin reunirse los requisitos que la habilitan afecta a la reunión “de similar anulabilidad a la que origina la citación por quien no se halle facultado para verificarla”.

(98) CNCiv., sala A “Ceballos Serra, Guillermo J. c. Insúa, Sebastián del Pilar”, 31/10/1994, DJ 1995-2, 1264: “En caso de la nulidad de una asamblea celebrada judicialmente, resulta prudente sujetar su validez a las normas que le son específicas, pues la cuestión no atañe al orden público, dado que los temas resueltos en su seno hacen al interés particular de los consorcistas”.

(99) CCiv. y Com. Dolores “Milán, Juan C. y otros”, 23/09/2008, TR LALEY 70050781 no hace la distinción que formulo en el texto.

(100) CC0101 MP 121772 RSI-1549-2 I “Lesnaberes, Hugo s/Acción de convocatoria asamblea de consorcio s. recurso de queja”, 08/10/2002.

(101) GOZAINI, Osvaldo A., “Costas procesales”, Ediar, vol. 2, p. 801.

(102) CHIESA, Federico, ob. cit., p. 167; CONSTANTINO Juan A., ob. cit. p. 183; CNCiv., sala G “Nissim, Martín Diego y otros c. Consorcio de Prop. Reconquista 1056/60/62/68”, 21/04/2009, TR LALEY AR/JUR/16335/2009, “ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad del mandatario ante su representado por la inejecución de sus obligaciones”; CC0002 QL 2530 RSD-97-99 S “Kordyl Carlos Mauricio (Administrador Consorcio Propietarios de Bottaro 1103 de Quilmes) s/Convocatoria a Asamblea”, 30/06/1999; CC0101 MP 96826 RSI-63-96 I 20/02/1996 “Fariás, Hebe y otros s/Asamblea judicial”: “Sin perjuicio de ello, los trabajos del profesional que representó al administrador, son a cargo de este, por

haber sido realizados en su beneficio”.

(103) GABÁS, Alberto A., “Ley 13.512. Propiedad horizontal. Comentada. Anotada”, Hammurabi, p. 457; MOLINA QUIROGA, Eduardo, “Responsabilidad del administrador por no convocar a asamblea”, LA LEY, 1999-A, 66; CC0102 MP 167340 114-S S “Consorcio Propietarios Edificio Arrayan I S/ Convocatoria Asamblea - Consorcio”, 16/05/2019; CC0102 MP Sensus, 20/8/1974, XII-255; CNCiv., Sala E, “Gayo, Ricardo Galeano y Galeano, Norma N. y otros”, 23/10/1995, TR LALEY 1/12517; CNCiv., sala H, del 6/5/1997, Isis, sum. 0010385 citado por HUMPHREYS, Ethel - AGUILAR, Rosana, “Reseña: el administrador de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal” Jurisprudencia Argentina TR LALEY 0003/010425: “A la hora de imponer las costas en la convocatoria judicial de asamblea de copropietarios deben distinguirse dos supuestos: cuando se hace lugar al requerimiento y cuando se lo rechaza. Si la demanda

se rechaza las costas deberán imponerse a los demandantes. Si el juez provee favorablemente la petición y ordena la realización pueden darse, a su vez, dos situaciones: a) si se recurrió a la vía judicial por imposibilidad de reunir quorum o mayoría en la asamblea extrajudicial o por otra causa ajena a la voluntad de los consorcistas o del administrador, por ejemplo, acefalía, como la asamblea es “del consorcio”, las costas las solventará este; b) si se recurre a la justicia por negativa del administrador a convocar a asamblea sin causa justificada, será este el que responderá por las costas, por el ser el causante de ellas. El mismo principio se aplicará en todos los casos en que la vía judicial requerida para concretar la reunión del consorcio sea motivada por cualquier otro copropietario o grupo de ellos”.

Columna de opinión continuación

La técnica de transferencia de huso meiótico desde la perspectiva legal en la República Argentina

Florencia M. Daud

I. Introducción

El día 23 de septiembre del año 2021 una mujer de 31 años dio a luz al primer nacido vivo sano de Argentina— y Sudamérica— que fue concebido a través de un método de fertilidad que requiere del material genético de tres personas y se denomina *transferencia de huso meiótico*.

Este nacimiento fue producto de un tratamiento de reproducción humana asistida llevado a cabo por un equipo médico de la clínica Procreate, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y se produjo en el Sanatorio Otamendi.

Se trata del procedimiento de mayor complejidad técnica que puede hacerse en una clínica de fertilidad y muy pocos laboratorios del mundo lo han logrado.

La transferencia de huso consiste en extraer el huso meiótico o núcleo del ovocito de una paciente portadora de mutaciones en el ADN mitocondrial y transferirlo al citoplasma de un ovocito donado, previamente enucleado, con mitocondrias saludables. Este ovocito reconstituido, al ser fecundado, produce el embarazo.

Esto permite evitar enfermedades de herencia mitocondrial provocadas por alteraciones en el ADN localizado en las mitocondrias. Este ADN se transmite solo por vía materna, de madre a hijos.

Según estudios científicos estamos condicionados por la composición no genética derivada del citoplasma del óvulo que nos produce, por lo que el individuo que nace mediante esta nueva técnica recibirá la influencia de tres personas en su desarrollo como ser humano.

Debido a que este método consiste en una manipulación de células humanas, pero no de embriones, éticamente puede ser menos problemático. Pero también hay que ser cautos por si llegaran a aparecer consecuencias imprevistas, ya que estos cambios se transmitirán a generaciones futuras y la técnica es muy nueva.

Algunas voces en contra se alarman argumentando que se estaría descartando una clase de seres humanos que habrían de nacer con una problemática y se abriría la puerta a la producción de una descendencia superior.

Esta práctica ha sido realizada por primera vez en México en el año 2017 por el Dr. John Zhang y un equipo de científicos norteamericanos. Dado que en los EE.UU. no está permitido hacerla, la falta de regulación en México acerca de las técnicas de reproducción asistida hicieron posible el nacimiento. En cambio, el Reino Unido fue pionero en autorizarla en su legislación.

Si bien la transferencia de huso meiótico fue desarrollada para soslayar el trastorno mitocondrial, sus indicaciones se han ampliado a pacientes sanas pero con fallas reiteradas de implantación, ofreciendo, aunque no en todos los supuestos, una

alternativa a aquellas pacientes que deben recurrir a un banco de ovocitos, renunciando a su identidad genética.

En el caso del primer bebé que nació en Grecia a partir de la aplicación de la técnica de transferencia del huso en el año 2019, mediante un procedimiento llevado a cabo por el Centro español *Embryotools* y el *Institute of Life* de Atenas, la madre presentaba una baja respuesta ovárica.

Aquí se evidencia el avance de esta técnica, ya que con el primer bebé del mundo nacido en México se buscó evitar la transmisión de enfermedades mitocondriales y no una solución a la infertilidad de la mujer.

En la primera parte de este trabajo abordaré el marco legal que rige en la República Argentina, para luego explayarme sobre la legislación internacional y los principales problemas que presenta la reglamentación de estas cuestiones.

Las alteraciones genéticas en línea germinal —que son las que se transmiten a los descendientes— están prohibidas por el art. 57 del Cód. Civ. y Com. El procedimiento médico que se llevó a cabo en Argentina conduce a repensar los límites de

esta prohibición y la razonabilidad de estos tratamientos.

Las intervenciones aplicadas en embriones *in vitro* presuponen dilemas éticos y legales con relación a la dignidad humana y son de interés público, se deben establecer pautas para tomar actitudes responsables respecto a su manipulación.

II. Legislación nacional

El art. 57 del Cód. Civ. y Com. utiliza una redacción amplia, para no quedar obsoleto. La base de la prohibición es la protección del patrón genético de la humanidad y el principio de precaución respecto a intervenciones técnicas poco seguras.

La doctrina (1) también hace mención a que se busca proteger al derecho de los descendientes a un genoma no manipulado y a la información sobre su identidad genética.

Por lo tanto, siendo esta técnica tan nueva, el Código Civil y Comercial guarda silencio al respecto. Pero, analizando todo el plexo normativo es posible realizar ciertas deducciones.

La tendencia que prima en la redacción de nuestro Código en materia de derechos reproductivos parece ser de corte individualista. Se observa una importante protección al deseo de los progenitores, incluso, según algunos autores (2), en desmedro del bien común.

El art. 57 se limita a prohibir las prácticas que modifiquen la constitución genética de la descendencia (3) y la doctrina ha interpretado que se exceptúan aquellas técnicas tendientes a prevenir enfermedades genéticas o la predisposición a ellas, siempre que no provoquen alteraciones en dicha descendencia (4).

Siguiendo este razonamiento, los tests diagnósticos preimplantacionales pueden ser interpretados como poseedores de una finalidad terapéutica y podría ser permitida la selección de embriones que lleva a descartar a aquellos que poseen alteraciones antes de su implantación en el útero, seleccionando un embrión sano.

Desde el mismo punto de vista, la transferencia de huso también tiene un fin terapéutico y podría ser permitida, ya que la prohibición del art. 57 apuntaría a las prácticas de manipulación de embriones en busca de mejoras determinadas, pero no a aquellas que tienen un fin terapéutico.

Aunque también puede argumentarse que este niño sano que se da a luz evitando la transmisión de cierta anomalía a la descendencia futura podría verse como un bebé sanador de sus descendientes y sentirse instrumentalizado. Quienes sostienen estas ideas recuerdan la postura deontológica de Kant, quien proclama que las personas no pueden ser utilizadas como instrumento para beneficio de otras.

También, dado el hecho de que al transmitirse a la descendencia se actúa a nivel celular modificando los genes de los individuos, lo que significa hacerlo sobre el patrón genético de la humanidad, el debate comprende cuestiones como la integridad

de la persona y la identidad del género humano en general.

Pero al decidir los padres sobre la realización del tratamiento, ¿se obstaculiza el derecho a decidir del recién nacido como sostienen algunos autores? ¿es probable que alguien optase por nacer con una grave enfermedad hereditaria?

¿Realmente la transferencia de huso meiótico sería negativa para la humanidad en un nivel relevante? ¿o sería una práctica positiva, porque evita la transmisión de una enfermedad grave?

Nuestra norma es confusa y no permite fijar un criterio unificado.

La normativa internacional —que en virtud de la Constitución Nacional integra nuestro derecho positivo— relativa a los derechos humanos fue interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fallo “Murillo Artavia y otros c/ Costa Rica”, en el sentido de que la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión, por lo tanto el embrión no implantado no es persona.

Siguiendo este criterio, la norma tampoco prohíbe la selección de sexo de los embriones por implantarse en un tratamiento de reproducción asistida.

Dado que el ADN mitocondrial se hereda por vía materna de las mitocondrias presentes el óvulo, las niñas nacidas mediante una transferencia de huso pasarían las mitocondrias donadas a sus propios hijos, lo que haría que el cambio genético fuera hereditario. Sin embargo, los varones no lo harían.

Por lo tanto si solo se utilizaran embriones masculinos en la donación mitocondrial, se evitaría que los cambios en la línea germinal humana se transmitiesen a las generaciones futuras. Es una cuestión delicada desde el punto de vista ético que los países que han debatido el uso de esta técnica en sus legislaciones no lograron resolver.

Nuestra legislación (5), hasta el momento, no dice explícitamente que el embrión no es persona, sin embargo es lo que sostiene una parte importante de la doctrina y se ve volcado en la interpretación de la legislación sobre fertilidad humana asistida e interrupción voluntaria del embarazo.

Por nuestra parte, sostenemos que la República Argentina necesita una modificación en la Ley de Fertilización Asistida para regular sobre la transferencia de huso meiótico. Sería beneficioso, por ejemplo, que se someta a un comité de ética cada caso particular en donde se necesite acudir a esta técnica y, a su vez, que se requiera una aprobación de los institutos médicos habilitados para llevarla a cabo emitida por una autoridad de aplicación.

Se trata de cuestiones de fondo que no pueden quedar libradas a lo procedimental ni a la decisión de un juez en cada caso en concreto. Se encuentran comprometidos derechos humanos, como los vinculados a la genética reproductiva y la reproducción asistida y hace falta una reglamentación para salvar las lagunas interpretativas.

Los críticos advierten que la evidencia científica disponible para respaldar este procedimiento es limitada. En medio de estos vacíos legislativos y el enfrentamiento jurídico de normas, la clínica de fertilidad mencionada llevó a cabo el procedimiento y esto puede repetirse e incluso replicarse en otros laboratorios, de la misma manera en que los centros de reproducción asistida llevan a cabo la adopción de embriones, aunque no esté legislada y la gestación por sustitución. En Argentina no está resuelta la discusión sobre el derecho a la vida y el embrión fecundado, pero sin embargo queda a criterio de cada centro médico la decisión. Estas insuficiencias dan lugar a que se deba judicializar cada cuestión en busca de resoluciones interpretativas y a su vez lanzan el problema a los jueces sin resolver el asunto del todo.

Todavía quedan lagunas incluso respecto al derecho a la identidad de los niños nacidos por dación de gametos. El principio de clausura plasmado en el art. 19 de la Constitución Nacional, que expresa que todo lo que no está prohibido está permitido, no logra salvarlas y la mayoría de las cuestiones deben resolverse mediante un recurso de amparo de salud.

El panorama continúa siendo complejo; es innegable que en la época actual los derechos individuales han adquirido suma importancia y debemos decidir, mientras vamos construyendo nuestra sociedad, qué lugar le damos al deseo de procreación.

III. Legislación internacional

La Recomendación 934/82 del Consejo de Europa del 26 de enero de 1982 ya hablaba sobre la intangibilidad de la herencia genética de la humanidad y solicitó incluirla en el listado de los derechos humanos para protegerla de cualquier intervención artificial de la ciencia o la técnica.

También se refirió a este tema la Resolución sobre los problemas Éticos y Jurídicos de la manipulación genética del Parlamento Europeo. En sus arts. 27 y 28 pide prohibir los intentos de reprogramar genéticamente a los seres humanos y la penalización de cualquier transferencia de genes a células germinales humanas.

El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina, en su art. 13, prohíbe “cualquier intervención genética que no sea preventiva, diagnóstica o terapéutica a condición de que no tenga por objetivo modificar el genoma de la descendencia” y la Declaración de la UNESCO sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras del año 1997, en sus arts. 7 y 8 expresa la necesidad de proteger el genoma humano en virtud de la dignidad humana, de los derechos humanos y de la necesidad de preservar la diversidad biológica.

En Australia, actualmente, existe un intenso debate en torno a la aprobación de un proyecto de ley (6) que permitiría la donación mitocondrial.

Citando cuestiones éticas y religiosas y poniendo en cuestionamiento la efectividad de la técnica, uno de los planteos en contra de su aprobación se ha basado en

que ya existen maneras más seguras de prevenir el traspaso de esta enfermedad de madre a hijos a través de la ovodonación. Esta solución, sin embargo, implica para la madre resignarse a no poder traspasar sus genes.

El proyecto de ley australiano fue sometido a una serie de consultas públicas y a la votación de conciencia en el Parlamento, resultando este intento de modificación de la ley en un largo debate de varios años de duración.

El modelo australiano se asemeja al sistema de doble licencia del Reino Unido, primer país que legalizó la donación mitocondrial (7).

En Australia, solo una clínica tendría la licencia para ofrecer la donación de mitocondrias durante la primera fase del modelo, que se espera que dure de 10 a 12 años. Cada paciente que desee utilizar el procedimiento también necesitará una aprobación por separado, con requisitos de elegibilidad similares, aunque no en todo, a los del Reino Unido.

Una de las diferencias entre ambos textos se da en cuanto al derecho a la información de los datos identificatorios de los donantes, en donde en el modelo australiano se ampliaría este derecho a los niños nacidos por donación mitocondrial, siendo que en el Reino Unido los donantes de mitocondrias pueden permanecer en el anonimato.

El Reino Unido permitió su anonimato, ya que se consideró que aportan solamente una pequeña contribución genética al niño resultante, por lo que la identidad de los donantes de mitocondrias debería importar menos a los niños que la identidad de los donantes de óvulos estándar.

Recordemos que a diferencia de la Argentina, tanto en Australia como en el Reino Unido, los niños que nacen después de una fertilización *in vitro* con donación de gametos tienen el derecho legal de obtener información identificadora de sus donantes al alcanzar la mayoría de edad.

IV. Algunos de los problemas que se presentan

Aunque ya es habitual la presencia de ADN de terceras personas en la fertilidad asistida heteróloga en donde se recurre a la donación de gametos masculinos, femeninos o ambos, lo preocupante en la transferencia de huso meiótico es que se trata de una modificación de la línea germinal en humanos, y el fantasma que ronda sobre que, de alguna manera, se cambia la evolución humana.

¿Qué consecuencias pueden derivarse de legislar priorizando la voluntad procreacional de quienes quieren engendrar hijos sanos?

Para algunos científicos, el enorme avance de los últimos años de la genética y la biotecnología hace presumir que la modificación genética de la línea germinal es inevitable. Si los beneficios superan a los riesgos, la medicina y los pacientes que errán utilizarla.

(1) LAFERRIÈRE, J. N. “El embrión humano y los artículos 17 y 57 del Código Civil y Comercial”, *Vida y Ética*, 2016, 17.2 <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/1574>

(2) Ver *Declaración sobre la Ley N° 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas sobre la reforma de los Códigos Civiles y Comerciales*. <https://www.ancmip.org.ar/conte->

nido.asp?id=458

(3) A diferencia de las modificaciones en células somáticas, es decir, tejidos del cuerpo u órganos no reproductores, que producen alteraciones genéticas y cuyos efectos se limitan a la persona humana destinataria, las modificaciones germinales, o sea en células reproductoras —óvulos o espermatozoides— o embriones modifican el genoma de estas células, ya sea potenciando, silen-

ciando o disminuyendo los genes defectuosos, por lo que tendrán consecuencias y repercusión tanto en el individuo como en su descendencia.

(4) ver <https://www.uba.ar/noticia/19371>

(5) Recordemos que en las Disposiciones Transitorias el art. 9, establece: “Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: (...) Segunda. «La protección del

embrión no implantado será objeto de una ley especial». A su vez el art. 19 del Cód. Civ. y Com. no otorga estatus jurídico al embrión ni regula sobre el particular.

(6) Denominado en inglés *The Mitochondrial Donation Law Reform Bill 2021*.

(7) En el año 2015 el Reino Unido fue el primer país en aprobar las técnicas de reemplazo de mitocondrias mediante la *Human Fertilisation and Embryology Act*.

En Australia sostuvieron que el proyecto de ley abriría la puerta a prácticas éticamente discutibles. En principio, sería la primera ley en permitir a los investigadores cambiar el genoma humano, provocando que ese cambio sea heredable a lo largo de generaciones. Asimismo permitiría producir y destruir embriones hasta tanto resulte uno viable para la implantación en el útero de la mujer con la dolencia mitocondrial, lo cual por ley está prohibido en dicho país.

Surgen preguntas en torno a la igualdad y sobre cómo debe distribuir el Estado el dinero del presupuesto para la salud y quizás haya que ponderar, siguiendo el estilo de John Rawls (8), los principios bioéticos en juego para generar una igualdad de oportunidades a partir de una sustantiva igualdad al acceso a ellas.

Si solo tuvieran acceso a esta nueva técnica quienes cuentan con una obra social o una cobertura de medicina prepaga, se quebraría el principio de igualdad provocando aún más desigualdad al garantizarle el acceso a técnicas genómicas a individuos de poder adquisitivo medio o elevado que han tenido oportunidades educativas y laborales.

Por otra parte, si requerimos del Estado el uso del reemplazo mitocondrial, se debería analizar el principio de razonabilidad para determinar si es justo, sobre todo cuando están en la balanza necesidades y deseos personales que implican una cierta erogación de fondos en un país con una fuerte injusticia social.

Aunque también las empresas de medicina prepaga y obras sociales pueden llegar a argumentar un desequilibrio presupuestario no previsto. Es importante determinar

(8) ver análisis de Marcelo Alegre en https://www.researchgate.net/publication/39676799_Quien_le_teme_a_la_igualdad

si el costo de implementar esta técnica es igual, mayor o menor a la opción de recurrir a la donación de gametos y la cantidad de pacientes que efectivamente llegarían a recurrir a la transferencia de huso meiótico según estadísticas que determinen la cantidad de personas afectadas con esta enfermedad.

Siendo la libertad individual un valor central de la democracia constitucional, la obligación estatal de establecer límites a su ejercicio debe ser analizada con respecto al goce de derechos nuevos y su razonable regulación.

Un gran interrogante es si se debería permitir la selección del sexo del embrión intervenido para que, si es varón, no transmita las mitocondrias donadas a sus propios hijos evitando que el cambio genético se transmita a generaciones futuras.

En contrapartida al rechazo de esta opción por parte del Reino Unido en Australia se ha propuesto una tercera alternativa: dejar que los padres decidan si transferir un embrión masculino o proceder sin selección de sexo.

Esta propuesta intermedia no resuelve las cuestiones éticas sobre la selección del sexo o los cambios hereditarios en la línea germinal si nacen hijas mujeres. Además, aunque los padres reciban asesoramiento previo al tratamiento, es posible que no estén bien posicionados para dilucidar entre las complejidades científicas y éticas de esta decisión.

Otra cuestión es cómo se deben obtener los óvulos de las donantes. Podrían extraerse de la reserva existente de óvulos donados para fertilidad asistida. Sin embargo, la dificultad ética que se presenta es que las donantes de óvulos actuales muy posiblemente no habrían anticipado que sus óvulos se utilizarían para la donación mitocondrial. No han dado su consentimiento

específicamente para ese uso. Si los óvulos se obtuviesen de donantes que hayan dado su consentimiento específicamente, quizás esto podría limitar la disponibilidad de óvulos para la donación mitocondrial, pero garantizaría que los óvulos no se utilicen sin un consentimiento informado por lo que habría que establecer un sistema ético de donación mitocondrial en una ley.

La modificación de la ley de fertilización asistida para permitir la donación mitocondrial en el Reino Unido generó importantes críticas tanto de la Iglesia Católica como de la Protestante, las que sostuvieron que esta técnica no es aún segura, tomando en consideración el principio de prevención que se aplica en situaciones de riesgo potencial.

Si nuestro art. 57 del Código Civil y Comercial prohíbe producir una alteración genética, pero no seleccionar embriones con fines terapéuticos o evitar enfermedades, entonces la transferencia de huso meiótico no estaría prohibida. La clave estaría en preguntarse sobre la conveniencia de una prohibición de intervenir en el genoma en línea germinal cuando el único objetivo es evitar la transmisión de una enfermedad genética a la descendencia y hasta qué punto esto puede considerarse promotor del desarrollo de una eugenesia social. El dilema entonces se traslada de la esfera individual a la mundial. Para modificar a una descendencia entera para siempre, ¿qué país puede encontrarse habilitado?

V. Conclusión

Del panorama de la regulación internacional actual respecto a la transferencia de huso meiótico se infiere que no está totalmente prohibida, ya que existen espacios para la realización de la práctica en los países catalogados como ambiguos en su regulación e incluso algunos lo han permitido.

La Ley de Fertilización Asistida argentina no especifica nada sobre esta técnica, que es muy novel, aunque sí hace referencia a que se podrían incluir nuevos procedimientos siempre que sean aprobados por la autoridad de aplicación que es el Ministerio de Salud de la Nación.

Los biólogos, médicos y laboratorios de nuestro país están capacitados para llevarla a cabo, pero estimamos que sería necesaria una regulación específica y, si la sociedad y el Congreso la aprueban, un Código de ética y un Ente de aplicación.

Así como está planteada la regulación actual, un juez tiene autoridad por sí solo para resolver sobre esta temática al no encontrarse legislada expresamente, pero no es lo que corresponde, ya que, al igual que con la gestación subrogada, más allá del planteamiento ético y de no conocer exactamente como influenciará la técnica al individuo creado, quedaría en manos de los jueces dilucidar cualquier situación que se presente. El camino de la judicialización no es el adecuado. El Poder Judicial argentino debe enfocarse en otras cuestiones, ya que el análisis de las problemáticas sociales y el dictado de la legislación le corresponden al Poder Legislativo. No es correcto lo que viene sucediendo en cuestiones de reproducción asistida tales como el estatus del embrión no implantado que, al no debatirse y sancionarse una ley, el Poder Judicial tiene que solucionar el problema.

Argentina debe resolver si opta por ofrecer clínicamente la donación mitocondrial y, en caso afirmativo, dilucidar sus aristas como, por ejemplo, el anonimato de las donantes, el otorgamiento de licencias a las clínicas para llevar a cabo el procedimiento y la autorización previa antes de cada tratamiento emanada por una autoridad de aplicación, entre otras.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3514/2021

Bibliografía

Publicidad engañosa

Autor: José Ignacio Ondarçuhu
Editorial: Astrea, Buenos Aires, 2021 (con prólogo de Roberto A. Vázquez Ferreyra)

La obra que comento es, básicamente, la excelente tesis doctoral del autor en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario, realizada bajo la dirección del Prof. Dr. Roberto Vázquez Ferreyra, quien también la prologa.

Se trata de una obra que reúne los mejores requisitos que son dables esperar en un buen libro: un autor inteligente, un tema atrapante, de enorme actualidad, metodología impecable, está impecablemente escrita y, por sobre todo, invita a pensar, a poner en banco de pruebas buena parte de las ideas que tenemos.

Está estructurada en ocho capítulos

En el capítulo I, introductorio, el autor trata el concepto de publicidad, su evolución histórica, su importancia, los distintos tipos de publicidad (lícita, ilícita, engaño-

sa, desleal, denigratoria, confusionista, adhesiva, comparativa, subliminal), los sujetos de la relación de publicidad (anunciante, agencia de publicidad, destinatario de la publicidad).

El capítulo II está dedicado a las estrechas vinculaciones entre publicidad y libertad de expresión. Allí se realiza un muy bien logrado estudio de esta delicada problemática, a la luz de perspectiva constitucional, no solo en nuestro país sino también en el derecho comparado, con particular referencia a la jurisprudencia estadounidense y europea. Finaliza su enfoque preguntándose si en materia de publicidad existe la posibilidad de censura previa, admitiendo que, si bien, por lo general, huele a inconstitucional, esta es posible bajo condiciones muy específicas, siempre que exista debida motivación y fundamentación y dentro de los términos de proporcionalidad y razonabilidad.

El capítulo III aborda los principios de la publicidad, en general, con particular incidencia en la publicidad engañosa. Se abordan allí los principios de legalidad, de veracidad, de autenticidad o identificación publicitaria, de leal o libre competencia y de inversión de la carga de la prueba. Es

importante, también, el tratamiento que se da al principio de inversión de la carga de la prueba en sus distintas posibles tipologías.

El capítulo IV aborda la compleja temática de "publicidad e información", remarcando que ambos conceptos no son lo mismo, ni pretenden serlo, pese a que están siempre vinculados en íntima e innegable relación. Es particularmente interesante el análisis que realiza de esta problemática en relación con la publicidad de medicamentos y productos farmacéuticos.

En el capítulo V el autor ingresa al epicentro de su trabajo y trata la publicidad engañosa, analizando su concepto, los distintos tipos de publicidad engañosa (por acción u omisión), la publicidad encubierta, entre otros temas. Es, en nuestra opinión, particularmente bien logrado el tratamiento que realiza de la publicidad engañosa en el marco de las nuevas tecnologías.

En el capítulo VI se estudian las acciones o remedios que el sistema confiere en sede judicial frente a la publicidad engañosa, tanto en el plano individual como en el relativo a las vías de tutela colectiva. Es

importante el análisis que efectúa de los medios o mecanismos para obtener la cesación y rectificación de la publicidad engañosa.

El capítulo VII aborda la responsabilidad civil derivada de la publicidad engañosa, desde una perspectiva precontractual, contractual y extracontractual, analizando los elementos de dicha responsabilidad.

Finalmente, el capítulo VIII, complementario del anterior, trata la responsabilidad civil de los distintos protagonistas que pueden aparecer alcanzados por los efectos de la publicidad engañosa (anunciante, agencia de publicidad, medio de comunicación). Aborda también la cuestión de los daños punitivos y su posible aplicación en el supuesto de publicidad engañosa.

Se trata, en definitiva, de una obra seria, muy bien escrita, estructurada y fundada, que coloca al autor como un nuevo integrante de la prestigiosa escuela rosarina del derecho.

Ramón D. Pizarro

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3513/202

Nota a fallo

Sucesión

Muerte del cónyuge. Cese de la convivencia. Inexistencia de un proyecto de vida en común. Exclusión de la vocación hereditaria. Liquidación de la sociedad conyugal.

1. - Los datos probatorios señalados por el juez dan cuenta de que el causante y la actora no convivían, pero lo dirimente de la exclusión hereditaria decidida es que —sin perjuicio de que no es un deber legal—, pese a invocar que la falta de convivencia entre ellos obedecía a cuestiones laborales como la de la educación de la hija de ambos, lo que no demostró la recurrente es la subsistencia de ese proyecto de vida en común que dijo mantener con su cónyuge de modo inalterable, puesto que ello sí es un elemento que hubiera demostrado la voluntad de mantener la unión matrimo-

nial, pero que, en este caso, a resultas de las pruebas colectadas, no se vio así exteriorizado.

2. - Si bien es procedente la exclusión de los derechos hereditarios de la actora, respecto de su cónyuge en los términos del art. 2437 del Código Civil y Comercial, ello no implica a su vez la exclusión de su participación en el trámite sucesorio en su calidad de cónyuge superviviente de aquel y sobre los derechos que le corresponden en la liquidación de los bienes que pudieran existir en la sociedad patrimonial habida entre ellos.

3. - Determinar si existía intención de continuar el proyecto de vida en común, como tal, puede tener ligamen a fin de resolver la exclusión hereditaria de la cónyuge de acuerdo con lo previsto

por el art. 2437 del Código Civil y Comercial, pero en lo que interesa al régimen patrimonial basado en la comunidad de bienes y el eventual derecho a la cuota parte en los gananciales no tiene importancia, menos aun dirimente, sino que lo que debe analizarse es si el vínculo matrimonial al tiempo de su muerte estaba previamente disuelto y, por consiguiente, si subsistía la comunidad de bienes.

4. - Si al tiempo del fallecimiento del causante el vínculo matrimonial con la actora como el régimen de comunidad de bienes existentes entre los cónyuges subsistían y si los bienes integrantes de la sociedad conyugal existentes a esa fecha se presumen gananciales, el derecho de la demandante a participar en el sucesorio en su calidad de cónyuge superviviente en reclamo de su cuota parte en

los gananciales se encuentra suficientemente acreditado, sin perjuicio de que la calificación de aquellos excede el marco de esta acción, debiendo estarse a lo que allí resulte.

CCiv., Com., Lab. y Minería, Santa Rosa, sala I, 29/09/2021. - S., M. J. c. N., G. V. s/ Ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/173000/2021]

Costas

Se imponen en el orden causado.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Preview]

Consecuencias de la separación de hecho en el régimen de comunidad frente al fallecimiento de uno de los cónyuges



Gabriel Bedrossian

Abogado. Posgrado de Especialización en Derecho de Familia (UBA). Profesor adjunto de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UCES). Docente de posgrado. Especialización en Derecho de Familia y Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia (UBA). Doctorando en el tema "Compensación económica" (UBA). Extitular de la Cátedra Derecho Civil III, Contratos (UCASAL). Autor de libros y diversos trabajos sobre temas de su especialidad.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Los hechos y la sentencia.— III. La falta de vocación sucesoria luego de la separación de hecho.— IV. Implicancias de la separación de hecho sobre la ganancialidad en caso de divorcio y su posible aplicación en el ámbito sucesorio.— V. Conclusión.

I. Introducción

Una sentencia reciente nos plantea la importancia de analizar las consecuencias derivadas de la separación de hecho sin voluntad de unirse frente al fallecimiento de uno de los cónyuges, cuando durante la vigencia del matrimonio se aplicó el régimen de comunidad.

La actual redacción del art. 2437 del Cód. Civ. y Com. establece la exclusión de la vocación sucesoria entre los cónyuges que se encuentren separados de hecho sin voluntad de unirse. El fallo, sin embargo, postula que resulta posible la participación sobre los gananciales adquiridos con posterioridad a dicho evento, en tanto el cónyuge no posee derechos hereditarios sobre esa clase de bienes. Aunque no se aclara en la sentencia, esta afirmación solo sería enteramente válida cuando el superviviente concurre a la sucesión con los descendientes del causante (conf. art. 2433, Cód. Civ. y Com.).

No coincido con la interpretación realizada en el caso. Entiendo que a partir de la separación de hecho comprobada judicialmente no existe ninguna participación en las adquisiciones del otro, por lo que no resulta procedente distinguir entre bienes propios y gananciales. Esto opera tanto cuando la causal de disolución de la comunidad se produce en vida, como cuando es consecuencia de la muerte de uno de los cónyuges. En esta nota plantearé los argumentos jurídicos que sustentan esta afirmación.

II. Los hechos y la sentencia

En el caso se da por probado en ambas instancias que el matrimonio se encontraba separado de hecho desde el año 1997. Con posterioridad a la ruptura, el causante vivió en

La Pampa y formó otra pareja de la que también se separó. Más tarde inició otra unión producto de la cual nació un hijo. Con ellos también vivían los hijos de la mujer. La cónyuge, por otro lado vivía en Villa Sarmiento, Provincia de Buenos Aires. Se acredita además que los cónyuges no se visitaban entre sí, ni siquiera en la residencia geriátrica donde el causante tuvo que pasar sus últimos días.

En el año 2016, es decir 19 años luego de la separación, el hombre adquiere un inmueble expresando, como es debido, que es de estado civil "casado". En el año 2018 fallece.

La última pareja del difunto —actuando en representación del hijo que tenían en común y como tal heredero legitimario en su sucesión— plantea la exclusión sucesoria de la cónyuge separada de hecho.

La solicitud es admitida en primera instancia, aplicando lo previsto en el art. 2437, por lo que se excluye a la mujer en el proceso sucesorio de su cónyuge. Recordemos que dicho artículo establece: "El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges".

La decisión es apelada por la cónyuge.

Por un lado, expresa que la residencia separada obedeció a motivos laborales y que el vínculo permaneció inalterado entre ellos. Esta defensa es rechazada, porque no resistía el más mínimo análisis de acuerdo con las probanzas existentes en el expediente.

El segundo argumento de la apelación se funda en la errónea interpretación de la norma por el sentenciante. Expresa que su pretensión no se basó en su condición de heredera de su esposo, por lo que no corresponde aplicar el art. 2437. Su planteo en el sucesorio se basa

en su calidad de cónyuge superviviente, marco en el cual se presentó reclamando su derecho al 50% de los bienes gananciales adquiridos durante la comunidad, la cual se mantuvo vigente por no producirse ninguna de las causales de extinción establecidas en el art. 475 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa, La Pampa, hace suyo este argumento y da razón a la apelante al realizar una distinción entre bienes propios y gananciales.

Así entiende que la cónyuge no debe ser incluida como heredera en concurrencia con los descendientes del causante respecto de sus bienes propios, pero que "ello no impide ni obsta a su intervención en el sucesorio en su calidad de cónyuge superviviente, dado que a la fecha del fallecimiento de aquel el vínculo matrimonial no había sido disuelto previamente, por el contrario, la causal extintiva de ese vínculo fue su muerte (art. 435 inc. 1º Cód. Civ. y Com.)."

En este aspecto, no asigna relevancia a la separación de hecho, planteando la subsistencia no solo de la ganancialidad, sino de su carácter plenamente participable.

Así se expresa que "determinar si existía o no intención de continuar el proyecto de vida en común, como tal, puede tener ligamen a fin de resolver la exclusión hereditaria de la cónyuge de acuerdo con lo previsto por el art. 2437 del Cód. Civ. y Com., pero en lo que interesa al régimen patrimonial basado en la comunidad de bienes y el eventual derecho a la cuota parte en los gananciales —tal la pretensión de la cónyuge superviviente— no tiene importancia, menos aun dirimente, sino que lo que debe analizarse es si el vínculo matrimonial al tiempo de su muerte estaba o no previamente disuelto (p.ej. divorcio) y, por consiguiente, si subsistía o no la comunidad de bienes".

Entiendo que esta interpretación resulta incongruente con todo el sistema normativo establecido en el Código Civil y Comercial. A su vez, tampoco comulga con los principios sobre los que se fundó históricamente la ganancialidad, por lo que aún si se aplicara el Código anterior, la respuesta otorgada en el caso seguiría siendo errada.

El objetivo en este artículo es presentar de manera ordenada los argumentos que determinan que la separación de hecho, acreditada debidamente en juicio, produce el fin de la participación en las adquisiciones realizadas por los cónyuges con posterioridad a ella. Buscaré explicar también por qué a los fines sucesorios no es procedente distinguir entre bienes propios y gananciales luego de la ruptura. Asimismo, plantearé las razones por las que no corresponde diferenciar los efectos de la separación cuando la causa de disolución matrimonial es el divorcio o la muerte.

III. La falta de vocación sucesoria luego de la separación de hecho

Podemos definir la separación de hecho sin voluntad de unirse como la situación fáctica en que se encuentran los cónyuges cuando —sin necesidad de previa intervención de la autoridad judicial— quiebran la cohabitación de manera definitiva, por voluntad de uno o de ambos, y no habiendo causas de fuerza mayor que justifiquen la ruptura.

Al bastar la falta de voluntad de unirse de uno solo de los cónyuges, solo puede discutirse en juicio lo referido al efectivo cumplimiento de la situación fáctica de separación o que esta se debe a una situación transitoria u obligada. En este sentido, no se admitirán planteos tendientes a demostrar que se trata de una decisión unilateral e inconsulta de uno de los cónyuges.

Recordemos que a partir de la vigencia del Código Civil y Comercial la cohabitación no

es un deber jurídicamente exigible entre cónyuges. Como tal ya no es posible hablar de abandono, cuando uno de los miembros de la pareja deja el hogar común. No existe ya dicha causal de divorcio, lo cual es coherente con un sistema plenamente objetivo en el que basta la voluntad de uno de los contrayentes para poner fin al vínculo legal.

La “separación de hecho sin voluntad de unirse” es una situación con múltiples implicancias en nuestra legislación. Al no existir un estatuto del cónyuge separado de hecho, ni al constituirse en un estado civil diferenciado, la cuestión no siempre resulta sencilla a los efectos de interpretar sus alcances.

Desde nuestros orígenes, el legislador entendió que no se trataba de una circunstancia menor y que dicha situación debería tener consecuencias concretas en el ámbito sucesorio.

Es así que Vélez —aun sin contar con antecedentes en el derecho romano, francés y español que fueron sus principales fuentes— estableció en el art. 3575: “Cesa también la sucesión de los cónyuges entre sí, si viviesen de hecho separados sin voluntad de unirse, o estando provisoriamente separados por juez competente”.

La norma planteó diversos problemas de interpretación, principalmente referidos a si esta se aplicaba ante la mera constatación objetiva de la separación de hecho sin voluntad de unirse, o si se trataba de una sanción al culpable de la ruptura.

Esta segunda postura fue la que triunfó al agregarse un nuevo párrafo a la norma a partir de la ley 17.711. Allí se estableció: “Si la separación solo fuere imputable a culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriese en las causales de exclusión previstas en el artículo anterior”.

La norma, de todos modos, siguió planteando problemas de interpretación que llevaron a que la Cámara Civil en el acuerdo plenario celebrado en los autos “Mauri de Mauri, Francisca y otro s/sucesión”, el 12 de febrero de 1986, resolviera: “La exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 del Código Civil, se funda en las causas que determinarían dicha separación”. Asimismo, se hacía recaer sobre aquellos que pretendían la exclusión del cónyuge la carga de la prueba de la causal (1).

A partir de la ley 23.515 se agregan causales objetivas de divorcio. Entre ellas la separación de hecho sin voluntad de unirse por más de tres años (conf. art. 204 del Código Civil). Además se modifica el art. 3574, en tanto establecía que los cónyuges separados personalmente por la causal objetiva del art. 204 carecían de vocación hereditaria. Solo mantendría la vocación aquel que en el juicio de separación personal hubiera alegado y probado su inocencia, de acuerdo con la disposición contenida en el segundo párrafo del art. 204.

Esto llevó a autores como Zannoni a entender que, en principio, se volvía al régimen objetivo planteado originalmente por el Código. “Esta interpretación significaría que la separación de hecho importa ausencia de vocación hereditaria recíproca entre los cónyuges, a menos que el supérstite alegue y pruebe que fue el premuerto el culpable de dicha separación” (2).

El Código Civil y Comercial —coherente con un sistema que prescinde de la culpa para la calificación de las conductas en el marco del matrimonio— otorga efectos directos a la separación de hecho sin voluntad de unirse, que se configura de manera plenamente objetiva.

Así, el art. 2437 establece: “El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

Se ha sostenido que con esta redacción se vuelve a la solución originaria del Código Civil, pero que en la actualidad la motivación es distinta, porque se encuentra basada ya no en la culpabilidad, sino en la desaparición del afecto, que resulta presumido por la desunión (3).

Más allá de juzgar el acierto o desacierto de la norma, no puedo dejar de señalar que la situación del cónyuge como heredero es completamente peculiar. Su vocación sucesoria es tan potente como frágil.

Esta aparente contradicción en los adjetivos no hace más que reflejar la incertidumbre en la que se encuentra el cónyuge hasta el día del fallecimiento de su consorte. Paso a explicarlo.

La vocación del cónyuge es potente en la medida que cuenta con una serie de atribuciones, que incluso exceden a las otorgadas a los demás herederos. Ante todo es el único receptor del derecho de habitación vitalicio y gratuito sobre la vivienda familiar (art. 2383) y ostenta prioridad para la designación como administrador judicial de la sucesión (art. 2348). Asimismo comparte con ciertos herederos algunas prerrogativas: puede solicitar la indivisión de determinados bienes de la herencia (art. 2332), tiene investidura de heredero de pleno derecho (art. 2337), puede solicitar la atribución preferencial de diversos bienes (art. 2380, 2381), es legitimado activo en la acción de colación (art. 2395), es heredero legitimario (art. 2444) y como tal puede ejercer las acciones protectoras de la legítima (art. 2450 y ss.).

A pesar de todas estas atribuciones, decimos que se trata de una vocación frágil, porque el art. 2437 las condiciona a que no se haya producido una separación entre los cónyuges. El modo de redacción de la norma, nos guste o no, otorga potestad a los herederos del causante para despojar al supérstite de los beneficios enunciados.

Incluso la norma otorga los mismos efectos cuando la separación obedece a “la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia”. En este contexto podría ocurrir que una persona fuera excluida de su propiedad en el marco de una denuncia por violencia familiar. Aplicando la norma tal como se ha redactado, ante el fallecimiento del denunciado, la mujer víctima de violencia no podría invocar el derecho a habitar la vivienda de manera vitalicia y gratuita en tanto ya no tiene vocación sucesoria.

Más allá de estas consideraciones, la regulación del tema también plantea otros interrogantes.

Como señalé anteriormente, no existe en la actualidad una obligación legal de convivir. Si bien el art. 431 del Cód. Civ. y Com. alude a que los cónyuges “se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber

moral de fidelidad”, la convivencia termina resultando un marco posible pero no imperativo, en tanto no se establecen consecuencias legales derivadas de su incumplimiento.

Esto ha llevado a expresar que al no haberse impuesto como deber legal, los cónyuges pueden acordar no convivir en forma permanente sino hacerlo tan solo algunos días de la semana o durante viajes o en las vacaciones. “Esta situación pone en evidencia que si no hay vida en común, no puede existir la separación de hecho que la presupone; es decir, habrá separación cuando se deja de convivir” (4).

Coincido con Azpiri cuando señala que no se alcanza a comprender la aplicación de la presente norma en el caso en que los cónyuges hayan acordado mantener su vivienda separada y compartir solo algunos días o momentos en forma circunstancial.

Una posible interpretación sería que la separación en estos casos se produciría con el quiebre definitivo de la relación y del contacto efectivo, lo cual será una cuestión de difícil prueba y que a su vez remite nuevamente a consideraciones subjetivas.

La norma, de todos modos, sí plantea un componente subjetivo, porque requiere que al hecho objetivo de la separación se le adicione la falta de voluntad de unirse.

Como ya se explicitó, y en esto la interpretación jurisprudencial ha sido coincidente, basta con que uno de los cónyuges no desee mantener la comunidad de vida.

Así en un caso reciente donde se presenta la hermana del causante en la sucesión iniciada por la cónyuge, se ordena la exclusión de esta última al acreditarse que la pareja convivió solo unos meses en Nueva York, lugar donde se contrajeron las nupcias, y que luego vivieron en ciudades distintas. La mujer mostró en vida su intención de recomponer el vínculo, llegando incluso a interponer una demanda penal de averiguación de paradero contra el hombre. Esta conducta, en definitiva, se terminó utilizando como prueba del presupuesto fáctico que da lugar a la causal de exclusión, al acreditarse la falta de voluntad de uno de los miembros de la pareja (5).

Las situaciones que no se encontrarían incluidas en el supuesto previsto por el art. 2437 son aquellas separaciones transitorias motivadas por razones de trabajo, enfermedad, conflictos bélicos, estudios, etc. “En este caso, puede afirmarse que no se tipifica una verdadera separación de hecho, pues falta uno de sus elementos esenciales, la intención de dar por concluida la vida en común” (6).

Aplicado al tema a los matrimonios que deciden de manera común no convivir, se ha expresado que “si al fallecer uno de ellos se encontraban en esa situación, y se cuestiona la vocación sucesoria del supérstite, este deberá acreditar que no obstante las distintas viviendas donde habitaban, ellos no se encontraban separados de hecho ‘sin voluntad de unirse’, sino mantenían la comunidad de vida de acuerdo con su estilo propio” (7).

Entiendo que en casos como en el que toca analizar en esta nota, de separaciones extendidas por tiempos considerables, corresponde que quien invoca la subsistencia del proyecto familiar pruebe que la existencia de residencias separadas responde a causas de fuerza mayor, que excedieron a la voluntad de uno o ambos cónyuges. En el régimen actual, incluso podría acreditarse que los cónyuges

consensuaron continuar el proyecto matrimonial pero en distintos domicilios.

Una vez que se ha probado en juicio la separación de hecho sin voluntad de unirse, es importante considerar cuál ha sido el régimen patrimonial imperante durante el matrimonio. Tengamos en cuenta, de todos modos, que atento a la posibilidad de mutar de régimen establecida en el art. 449 del Cód. Civ. y Com., podría darse el caso de un matrimonio en el que se aplicaran ambos regímenes, debiendo distinguirse los distintos períodos de vigencia.

En el caso de matrimonios bajo el régimen de separación de bienes, la pérdida de la vocación sucesoria implica que el cónyuge supérstite carece de derechos sobre el patrimonio de titularidad del causante, sin importar si los bienes fueron adquiridos de manera previa o posterior a la ruptura. Esto es así, porque el cónyuge solo accede a la sucesión en su calidad de heredero. Al no tener tal condición, no existe título que lo legitime para presentarse en el proceso sucesorio.

En el caso de matrimonios bajo el régimen de comunidad —que en nuestro país siguen siendo mayoritarios— es donde puede presentarse alguna confusión.

Respecto a los bienes propios del causante, no existen dudas de que al perderse el llamamiento hereditario no existen derechos del supérstite separado de hecho. Termina ocurriendo lo mismo que si el matrimonio se disolviera por divorcio, que solo habilita la participación sobre los gananciales.

En cuanto a los bienes gananciales no hay dudas de que todos los bienes de esta clase que se hayan adquirido desde el inicio de la comunidad hasta la separación de hecho ingresan en el patrimonio a liquidar en la sucesión del causante. Recordemos que en el proceso sucesorio también se resuelve lo atinente a la disolución de la comunidad, por lo que, más allá de la eventual ausencia de vocación sucesoria, el cónyuge viene a retirar la parte que le corresponde en los gananciales. Es más, cuando concurra con descendientes o ascendientes, estos recibirán la parte que les corresponde en su condición de herederos sobre los gananciales de titularidad del supérstite.

La cuestión que se plantea en el fallo es la situación de los bienes adquiridos luego de la separación de hecho por causas que no habilitan calificarlos como propios, conforme los supuestos previstos en el art. 464. La sentencia en análisis, en criterio que no comparto, establece una suerte de ganancialidad prolongada hasta el fallecimiento.

Para aclarar este punto, será necesario ingresar en el análisis de los principios sobre los que se fundamenta la ganancialidad y en la regulación del Código Civil y Comercial en caso de disolución de la comunidad por divorcio. Esto nos llevará a preguntarnos si es posible aplicar los mismos principios cuando la causa de extinción es la muerte.

IV. Implicancias de la separación de hecho sobre la ganancialidad en caso de divorcio y su posible aplicación en el ámbito sucesorio

Como mencioné, el art. 3575 del Código Civil originario estableció la separación de hecho como causa de resolución de la vocación hereditaria. De todos modos, el Código nada decía sobre la subsistencia o extinción de las condiciones de ganancialidad respecto de las adquisiciones que cualquiera de los cónyuges realizara con posterioridad a la separación.

(1) CNCiv., en pleno, “M. de M., F. y M. E. O.”, 12/02/1986, LA LEY, 1986-B, 134.

(2) ZANNONI, Eduardo A., “Manual de Derecho de las Sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires 1992, 2ª ed. actualizada, p. 433.

(3) BELLUSCIO, Augusto César - MAFFÍA, Jorge Omar, “Derecho Sucesorio”, Astrea, Buenos Aires, 2020, p. 321.

(4) AZPIRI, Jorge, “Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio”, Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 42.

(5) CNCiv., sala E, “D. S. A. c. D. M., S. y otro s/ pérdida de la vocación hereditaria”, 04/11/2019, DFyP 2020 (agosto), 119.

(6) HERNÁNDEZ, Lidia B. - UGARTE, Luis A., “Tratado de las sucesiones”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2020, t. II.

(7) FERRER, Francisco A. M., “Comentario al art. 2383” en *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Alterini, Jorge Horacio (Dir. Gral.), La Ley, Buenos Aires, 2016, t. XI, p. 380.

Esto es así hasta que con la ley 17.711 se incorpora un tercer párrafo al art. 1306 —que mantiene la ley 23.515— donde se dispone que “producida la separación de hecho de los cónyuges, el que fuere culpable de ella no tiene derecho a participar en los bienes gananciales que con posterioridad a la separación aumentaron el patrimonio del no culpable”.

Es importante destacar que la norma citada se insertaba en un artículo donde su primer párrafo le daba un marco muy concreto: el de la existencia de una “sentencia de separación personal o de divorcio vincular”.

La doctrina mayoritaria entendió que la separación de hecho no implicaba una nueva causal de extinción de disolución de la sociedad conyugal, sino un supuesto en el que el culpable dejaba de participar en las adquisiciones del otro (8).

Al plantearse la subsistencia de la comunidad, surgió la necesidad de explicar la existencia de gananciales que no tenían su efecto principal, que es el de la participación al momento de la disolución del régimen patrimonial.

Méndez Costa —en criterio que fue compartido por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia— señaló que los bienes gananciales que no son partibles conforman la categoría de “gananciales anómalos”; es decir, aquellos bienes “que son tales pero que no serán divididos al finalizar el régimen. La anomalía es absoluta en los gananciales que nunca serán compartidos, a saber, los adquiridos por el cónyuge inocente de la separación de hecho a partir de su fecha” (9).

La sanción de la ley 23.515, que introdujo la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse como causal objetiva de separación personal y divorcio (arts. 204 y 214 C.Civil), colocó en el centro del debate la falta de previsión normativa en el supuesto en que ninguno de los dos cónyuges fuera culpable de la separación. Luego de consumarse y respecto de las adquisiciones del otro: ¿participaban ambos o ninguno?

La cuestión generó una importante discusión entre los juristas, lo que llevó al dictado de un plenario cuya postura mayoritaria es la que adopta nuestra actual regulación en la que ya no debaten culpas. Allí se entendió que en estos casos ninguno de los cónyuges participaba de las adquisiciones realizadas por el otro.

Entre los argumentos de la mayoría se afirmó que “si la sentencia de divorcio o separación personal se dicta con fundamento en la interrupción prolongada de la convivencia, sin analizar la culpabilidad de los cónyuges, ninguno de ellos tendrá derecho a participar de los bienes adquiridos por el otro a partir de la separación de hecho” (10).

Tengamos en cuenta que la referencia a la interrupción prolongada se justifica en tanto para esa época la ley exigía 2 o 3 años para solicitar la separación personal o el divorcio vincular, respectivamente.

En el desarrollo del voto de la mayoría, se hizo expresa referencia a la importancia de establecer una correspondencia entre los efectos de la separación de hecho en el ámbito del derecho sucesorio y el del régimen patrimonial del matrimonio.

Así se expresó: “En este orden de ideas y directamente relacionado con esta solución, el art. 3575 del Cód. Civil dispone que el cónyuge separado de hecho pierde la vocación hereditaria. Sería incongruente, por tanto, que en el sistema de nuestra ley la vida separada acarree la exclusión hereditaria, el divorcio la suspensión de los deberes de asistencia recíproca y que sean indiferentes en lo que atañe a la sociedad conyugal”.

La doctrina y jurisprudencia posterior en general fue conteste con esta solución, agregando nuevos fundamentos para justificar la falta de participación de los cónyuges en las adquisiciones posteriores a la separación.

En este sentido se afirmó que quienes decidieron por un acto de autonomía de la voluntad cesar deberes y derechos matrimoniales, no pueden a la postre resultar beneficiados al participar de los bienes que ni uno ni otro han contribuido a formar (11).

En un caso donde el divorcio se había decretado sin atribución de culpas, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires estableció que no había derecho de la mujer a participar en el paquete accionario adquirido por su ex-cónyuge luego del cese de la convivencia.

En el voto del Dr. Roncoroni se expresa: “Ciertamente es que la sociedad conyugal no se disuelve, pero la ganancialidad, fundada en el hacer conjunto que implica el esfuerzo compartido asumido en el escenario de la convivencia, debe quedar en suspenso mientras subsista esa realidad como negación misma de su fundamento” (12).

Todos estos antecedentes fueron tomados en cuenta al regular la cuestión en el Código Civil y Comercial. La norma básicamente repite el mismo esquema del art. 1306, aunque, por supuesto, elimina toda referencia a la culpabilidad en la separación.

En lo que aquí nos interesa, los primeros tres párrafos del actual art. 480 establecen: “La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges. Si la separación de hecho sin voluntad de unirse precedió a la anulación del matrimonio o al divorcio, la sentencia tiene efectos retroactivos al día de esa separación. El juez puede modificar la extensión del efecto retroactivo fundándose en la existencia de fraude o abuso del derecho”.

Tengamos en cuenta que en el marco del divorcio, la jurisprudencia ha entendido que para otorgarle efectos retroactivos a la separación de hecho, esta deberá alegarse y probarse en sede judicial (13).

La norma, al igual que su antecesora, omite mencionar a la muerte como uno de los supuestos habilitantes para retrotraer los efectos de la participación en los gananciales a la época de la separación de hecho.

El Código de Quebec, una de las fuentes de la reforma operada en nuestro país, contiene una redacción más abarcadora en su art. 466, al disponer que: “en todos los casos de diso-

lución del régimen, el tribunal puede, a solicitud de cualquiera de los cónyuges o sus causahabientes, decidir que en las relaciones mutuas entre los cónyuges, los efectos de la disolución se remitan al día en que cesaron de hacer vida en común”.

La norma citada hace referencia al régimen de sociedad de gananciales. Los supuestos de disolución a los que remite son los del art. 465, que en su inc. 1º establece como causal el deceso de uno de los cónyuges.

Hubiera sido deseable que en nuestro país se acudiera a una redacción semejante que no realiza distinciones entre causales.

Una interpretación literal de la norma que no indague sobre su finalidad provocaría una insólita disparidad entre la disolución por divorcio y por causa de muerte.

La cuestión ya había sido observada con agudeza por Fleitas y Roveda al comentar la anterior legislación.

Dichos autores, expresan que la ubicación del último párrafo del art. 1306 (actual art. 480) dentro de una norma relativa a la disolución de la sociedad conyugal por divorcio o separación personal, podría hacer suponer que se aplica únicamente a estos supuestos excluyendo la posibilidad de aplicarla en otras causales de disolución, como es la muerte, pero que este no es el criterio aceptado en doctrina y jurisprudencia (14).

Luego expresan: “Si bien el art. 3575 del Código Civil, que establece la pérdida de la vocación hereditaria entre cónyuges en caso de separación de hecho sin voluntad de unirse, no se refiere a la pérdida del eventual derecho a los bienes gananciales, la jurisprudencia ha relacionado, por su fundamento y sentido, a esa norma con el art. 1306 in fine del Código”.

A la luz del plenario que comentamos anteriormente, entienden que “acreditada la separación de hecho en el trámite sucesorio no habría participación en los gananciales adquiridos por el causante durante ese período, para el supérstite, ni, recíprocamente, de los herederos del cónyuge fallecido, sobre los bienes adquiridos por el supérstite”.

Entiendo que este criterio es plenamente aplicable con la regulación actual.

Ferrer expresa que “la aplicación literal, lisa y llana del régimen legal que impone la subsistencia del régimen de comunidad durante el lapso de separación de hecho si no media sentencia de divorcio genera incoherencia con otras soluciones de la ley, y, lógicamente, resultados a todas luces injustos” (15).

Por eso, aplicando la analogía y el principio de equidad (art. 2, Cód. Civ. y Com.), entiendo que la separación de hecho sin voluntad de unirse hace cesar la participación entre cónyuges, sin importar la causa de disolución de la comunidad. Señala que resultaría incongruente que esta consecuencia se produzca solamente en casos de divorcio porque el presupuesto de la falta de vida en común es el mismo. Tampoco resultaría coherente que esta situación sea causal de extinción de la vocación sucesoria del supérstite y a la vez no produzca ningún efecto sobre la comunidad.

En sentido coincidente también se ha expresado que “aunque la separación de hecho sin voluntad de unirse ha sido receptada en el divorcio con virtualidad para disolver el régimen de comunidad, ello no impide en el caso de disolución por muerte la prueba del fin del proyecto de vida y la falta de esfuerzo compartido anterior al deceso para demostrar la falta de fundamento de la ganancialidad, transformando en no participables los adquiridos con posterioridad, lo contrario generaría una desigualdad de trato en cuestiones patrimoniales entre ambas causales, difícil de sostener” (16).

La jurisprudencia ha sido mayoritaria en aplicar este criterio. En este sentido es muy interesante el desarrollo realizado por Borda quien comenta la evolución histórica del tema, tomando como precedente un caso del año 1923 en el que se impidió participar de las adquisiciones del cónyuge que venía a reclamar sus derechos en la sucesión del otro. Aun ante la falta de una norma específica que regulara lo referido a la ganancialidad y la incidencia de la separación de hecho (recordemos que el agregado al art. 1306 se produce en el año 1968), se entendió que ello no correspondía por razones de equidad. Por supuesto que en dicha época la falta de participación se basaba en la culpabilidad acreditada del excluido (17).

Citando jurisprudencia más reciente, encontramos un matrimonio separado desde el año 1953 y en el que luego de esa fecha la mujer incorporó bienes a su patrimonio hasta el momento de la finalización de la comunidad en el año 1974 por la muerte del esposo. Allí se estableció, aplicando el anterior Código, que no habiendo culpabilidad en la separación, la decisión que se erigía como justa y razonable era la exclusión de ambos de participar en los bienes que con posterioridad a la separación incrementaron el patrimonio del otro.

En el fallo se afirmó: “La razón de ser de la ganancialidad es el esfuerzo común de los cónyuges de modo que, si la convivencia y la colaboración se interrumpen, no se justifica atribuir el carácter de gananciales a los adquiridos con posterioridad al cese de la cohabitación” (18).

En consonancia con la excepción incorporada por el actual art 480, se estableció además que las adquisiciones de la mujer “solo pueden ser consideradas en su propio beneficio, cuando no se vislumbra que se intente obrar con fraude o en perjuicio a terceras personas”.

Sin embargo, vemos otro caso donde en Primera Instancia no se aplicaron los mismos principios y se resolvió en sentido similar al fallo anotado, manteniendo la participación en los gananciales luego de la separación (19). Esta clase de resoluciones son las que justifican artículos como el presente, porque nos recuerdan que el tema no se encuentra definitivamente zanjado.

En el proceso sucesorio se había presentado una mujer, reclamando que dos inmuebles de su titularidad se excluyan del acervo hereditario correspondiente al heredero (descendiente de su cónyuge fallecido), por ser adquiridos por ella luego de la separación de hecho.

En Primera Instancia se rechaza su planteo, por considerar que no se le dio un marco jurídico concreto al reclamo y que en el ámbito sucesorio no es aplicable el principio “iura novit curia”. De todos modos, se descartó la apli-

(8) ZANNONI, Eduardo A., “Derecho Civil. Derecho de Familia”, Astrea, 1993, t. 1, p. 594. Realiza una síntesis sobre las distintas posiciones sobre el tema.

(9) MÉNDEZ COSTA, María Josefa - D'ANTONIO, Daniel H., “Derecho de familia”, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001, p. 129.

(10) CNCiv. en pleno, “C. G. T. c. A., J. O.”, 29/09/1999, LA LEY, 1999-F, 3; TR LALEY AR/JUR/1866/1999.

(11) BÍSCARO, Beatriz, “La liquidación de la sociedad conyugal cuando la separación personal y el divorcio se fundan en la separación de hecho de los cónyuges”, JA 2000-I-563. En similar sentido: ARIANNA, Carlos Al-

berto, “Separación de hecho. Divorcio sin atribución de culpas y ganancialidad”, LA LEY, 1996-C, 1283; FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, “Incidencia de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal”, LA LEY, 1997-C, 284, AZPIRI, Jorge, “La separación de hecho y su incidencia en la liquidación de la sociedad conyugal”, LA LEY, 2000-I, 567.

(12) SC Buenos Aires, “A., E. M. v. S., H. J. s/incidente de liquidación de sociedad conyugal”, 13/4/2005.

(13) CNCiv., sala C, “C. A. I. C/L. B. J. s/Liquidación de régimen de comunidad de bienes”, 25/08/2020; CCiv. y Com., La Matanza, Sala Primera, “L. F. R c/ M. E. C. G s/

divorcio por presentación unilateral”, 30/08/2019.

(14) FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel - ROVEDA, Eduardo, “Régimen de bienes en el matrimonio”, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 212.

(15) FERRER, Francisco A. M. - GUILISASTI, Jorgelina, “La separación de hecho como causa de disolución del régimen de comunidad”, DFyP 2020 (mayo), 20, TR LALEY AR/DOC/589/2020

(16) IGNACIO, Graciela, “El cese del proyecto de vida en común como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente. Exclusión de la vocación del cónyuge. Divorcio y separación de hecho. Matri-

monios sin convivencia”, DFyP 2016 (diciembre), 201; TR LALEY AR/DOC/3640/2016.

(17) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil. Familia, t. I”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, acápite 435.

(18) CNCiv., sala L, “Contardo, Elena Aurora s/sucesión ab intestato s/sucesores y/o herederos de Marín Víctor Jose Salvador s/incidente civil”, 10/09/2015.

(19) C2a Civ., Com., Minas, de Paz y Trib. Mendoza, “Penin, Rosa Hilda c. Sarmiento, Héctor Hugo s/ ordinario”, 23/02/2016, TR LALEY AR/JUR/2780/2016

cación del último párrafo del art. 1306 del Código Civil, por entender que supone en todos los casos una demanda de divorcio incoada, al menos por mutuo acuerdo o causal objetiva.

En Cámara se revoca la sentencia. Ante todo se expresa que se realizó un encuadre inadecuado del planteo de la mujer “toda vez que, del texto de la demanda no surge que buscaba ser excluida de la vocación hereditaria de la sucesión del Sr. H. S. En efecto, el objeto de la demanda era un proceso ordinario contra el Sr. S., en su calidad de heredero declarado, a fin de que los bienes que individualiza no ingresaran a los autos n° 114.789 caratulados “S., H. p/Sucesión”.

De manera correcta, y en el sentido que venimos propugnando, se advierte: “La existencia o no de la separación de hecho, tiene implicancia respecto a la calificación de los bienes que se adquirieron en dicho periodo, lo cual es relevante al momento de liquidación de la sociedad conyugal, sea por divorcio o por muerte del causante”.

La sentencia luego desarrolla el carácter de los bienes adquiridos con posterioridad a la separación, enrolándose en la postura que entiende que se trata de “gananciales anómalos”. Se sostiene, a su vez, que la cuestión no se modifica en la actual regulación.

Sin embargo luego los argumentos se tornan confusos, porque sobre la base del art. 466 Cód. Civ. y Com. y de la presunción de ganancialidad de los bienes al momento de extinción de la comunidad expresa: “a los efectos de demostrar que los bienes adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal pero separados de hecho son ‘propios’ o gananciales ‘anómalos’, la parte interesada deberá probar tal afirmación”.

En el caso, se da por probado que las adquisiciones fueron realizadas con el esfuerzo personal de la mujer, lo que de todos modos no deja de implicar una interpretación restrictiva de la norma. Se exige así que el separado acredite dicha circunstancia, requisito que no se encuentra previsto ni el anterior art. 1306 ni en el actual art. 480. La falta de colaboración se debería presumir por el mero hecho de la separación.

Más allá de esto, es importante aclarar que la aplicación de la fecha de separación de hecho como momento para el cese en la participación no resulta un criterio único ni automático, como en realidad tampoco ocurre con la fecha de presentación de la demanda de divorcio. Siempre queda la posibilidad de que quien pretende participar en las adquisiciones posteriores a la ruptura acredite que estas se realizaron con fondos de carácter ganancial (principio de subrogación real, conf. art. 465 f.) o por una causa o título generado durante el tiempo de convivencia (conf. art. 465 inc. j).

Como vemos, entiendo que el criterio aplicable es el opuesto al del fallo recientemente mencionado. Quien pretende participar de las adquisiciones posteriores a la separación de hecho sin voluntad de unirse es quien deberá probar que fueron realizadas en alguna de las condiciones mencionadas en el párrafo anterior, o que se presenta un supuesto en el que existió fraude o abuso del derecho por parte del otro, conforme establece el art. 480.

Encontramos un fallo reciente que resuelve en sentido coincidente al que vengo propugnando.

En el caso se encuentra acreditado que el causante se encontraba separado de hecho desde el año 1983 de quien fuera su cónyuge. Esta situación se mantuvo hasta su fallecimiento en el año 2013. En el año 2012, es decir 29 años después de la separación, el hombre había adquirido un rodado. En esta inteligencia, en Primera Instancia se entendió que no correspondía que participe la cónyuge superviviente en los bienes adquiridos con posterioridad a la referida fecha, disponiendo en consecuencia que se comunique tal circunstancia al Registro de la Propiedad.

Los herederos de la mujer —que falleció con posterioridad a su cónyuge— apelan la medida, solicitando se habilite la vía incidental a los fines de determinar el carácter ganancial o propio del bien mueble registrable. El fallo de Cámara entiende que esto no resulta necesario, “puesto que a tenor de la conducta desplegada por las partes y constancias de la causa, resultan suficientes a los fines de decidir la cuestión” (20).

Se aplican aquí las normas del anterior Código, en razón de la fecha del fallecimiento. Al tratarse de un supuesto donde no existió invocación de culpabilidad en la separación, la situación puede ser referenciada con nuestra normativa vigente. Así es que cuando se hace mención al art. 3575, podemos pensar en el actual art. 2437. Lo mismo con el art. 1306 del Código Civil y el art. 480 del Cód. Civ. y Com.

Luego de admitir la procedencia de la vía intentada se confirma la sentencia de Primera Instancia, por entender que en el ámbito sucesorio se aplica la misma normativa que rige cuando la causa de disolución del matrimonio es el divorcio. Así se establece que la separación de hecho sin voluntad de unirse pone fin de manera recíproca a la participación en las adquisiciones realizadas por los cónyuges posteriormente.

“Si bien el artículo 3575 del Código Civil, establecía que la pérdida de la vocación hereditaria entre los cónyuges en caso de separación personal sin voluntad de unirse, no se refería a la pérdida del eventual derecho a los bienes gananciales, sin embargo la jurisprudencia ha relacionado, por su fundamento y sentido, a esa norma con el artículo 1306, *in fine*, del Código Civil”.

“Ello así, a la luz de lo dispuesto por el plenario dictado “in re” “C., G. T. c A., J. O.” del 29 de septiembre de 1999 (conf. La Ley, 1999-E), el que estableció que una vez decretada la separación personal o el divorcio vincular por la causal objetiva, sin que se hayan dejado a salvo los derechos del cónyuge inocente, corresponde aplicar la regla consagrada en el tercer párrafo del artículo 1306 del Código Civil, respecto de los bienes adquiridos durante la separación de hecho”.

La resolución es clara y contundente. Otorga coherencia al sistema, al establecer un mismo régimen en caso de disolución de la comunidad por divorcio y por fallecimiento.

Las adquisiciones posteriores a la separación de hecho —a menos que se presente alguna de las excepciones que mencioné— no generan una expectativa de participación por parte del otro cónyuge.

La calificación de esa clase de bienes constituye una asignatura pendiente. Hay quienes seguirán hablando de “gananciales anómalos” o “no participables”.

Desde otro sector se sostiene que los bienes adquiridos durante la separación de hecho no revisten el carácter de gananciales, sino de propios o personales de cada uno de los esposos, elevando a la separación de hecho como causal de interrupción de la ganancialidad por haber desaparecido sus presupuestos, tales como el esfuerzo compartido, la solidaridad matrimonial y la vida en común.

Ferrer entiende que en el caso de disolución por muerte, esta última es la postura más acertada, porque los bienes adquiridos con posterioridad de la separación de hecho, producto de un proceso de calificación, deberán ser excluidos de la liquidación y partición de la comunidad extinguida (21).

Más allá de que estos bienes se califiquen como gananciales de carácter anómalo, o que se entienda que ya no subsiste la comunidad luego de la separación de hecho, en lo que respecta al tema que aquí nos ocupa el resultado es el mismo: la falta de participación en las adquisiciones del otro.

Probablemente con un sistema de divorcio puramente vincular, incausado y simplificado como el que tenemos en la actualidad, no sea tan frecuente encontrarnos con matrimonios con separaciones de hecho prologadas por períodos considerables. Esto, sin embargo, no es una excusa para que el sistema normativo deje de otorgar una respuesta clara y previsible.

V. Conclusión

El fundamento de la ganancialidad, como se afirmó varias veces durante esta nota, es

el esfuerzo común. Cada uno desde su rol en el matrimonio realiza un aporte, más allá de que las adquisiciones puedan ser personales. Se entiende que lo que uno pudo conseguir encuentra también sustento en el otro; ya sea por la dedicación a la familia, el incentivo, la contención, la colaboración efectiva en tareas no remuneradas, etc.

La separación de hecho sin voluntad de unirse produce la ruptura de la comunidad de vida. El quiebre conyugal hace que la ganancialidad pierda su fundamento. No se justifica la participación, si no hay una efectiva colaboración en la pareja.

Los antecedentes legislativos muestran como nuestra regulación fue mutando. Con la sanción del Código de Vélez, la separación de hecho solo tenía efectos en el ámbito sucesorio, produciéndose sucesivas modificaciones tanto en la norma como en la interpretación judicial. Más adelante, se otorgaron consecuencias jurídicas en la disolución del matrimonio en vida de los cónyuges.

El vacío en la regulación de la ganancialidad en caso de separación de hecho sin voluntad de unirse, en caso de fallecimiento, con un vínculo no previamente disuelto parece responder a esos sucesivos agregados y modificaciones en los que no se pensó de manera integral el tema. No surge así una intención deliberada del legislador de realizar una distinción entre los diferentes supuestos.

Lamentablemente se perdió la oportunidad de subsanar la omisión al redactar el Anteproyecto y con el posterior dictado del Código Civil y Comercial. La actual norma tiene las mismas omisiones e imprecisiones de las que adolecía el régimen anterior. Solo se aclara el carácter plenamente objetivo de la separación de hecho, que impide atribuir culpas en la ruptura.

A la espera de una modificación expresa que agregue a la disolución por muerte como supuesto en que también se aplica el criterio del actual art. 480, es clara mi posición en torno a la asimilación analógica por vía de interpretación.

Cuando se acredite en el proceso sucesorio la separación de hecho sin voluntad de unirse entre los cónyuges, no solo ya no existirán derechos sucesorios, sino que tampoco corresponderá participación alguna sobre los bienes adquiridos con posterioridad a la misma. Esto aplica al superviviente en relación con los herederos del causante. También podría darse el caso en que ambos excónyuges hubieran fallecido, por lo que el planteo debería dirimirse entre los herederos de ambos.

El fundamento de la ganancialidad implica que la separación de hecho sin voluntad de unirse siempre tenga los mismos efectos, sin importar la causa de disolución del matrimonio.

(20) CNCiv., sala D, “De Ruggiero, Miguel s/ Sucesión Ab Intestato”, 17/09/2020.

(21) FERRER, Francisco A. M. - GUILISASTI, Jorgelina, ob. cit.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3512/2021

Edictos

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 34, sito en Uruguay 714 5° piso CABA notifica a CARMEN VICTORIA SORIA que en los autos “ESTEVEZ, NATALIA GABRIELA c/ SORIA, CARMEN VICTORIA s/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” Expediente N° 12316/2020 ha sido declarada rebelde y que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas automáticamente en

la forma y en la oportunidad previstas por el artículo 133 del CPCC. Se hace saber que los documentos podrán ser accedidos desde la web <http://scw.pjn.gov.ar/scw/home.seam> ingresando por el número de este expediente (indicando jurisdicción CIV – Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil). Publíquese por dos días en LA LEY. Buenos Aires, 30 de septiembre de 2021 Santiago Villagran, sec.

LA LEY: I. 27/12/21 V. 28/12/21

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. Marcelo Gota, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7° piso de Capital Federal, hace saber que ÁNGEL ALBERTO ROMERO VALERO de nacionalidad venezolana con DNI 95.923.144 ha petitionado la concesión de la ciu-

dadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 20 de noviembre de 2021
Sebastián A. Ferrero, sec.
LA LEY: I. 27/12/21 V. 27/12/21

Ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, Secretaría N° 20, sito en Libertad 731 9° piso de esta ciudad, tramita el pedido de ciudadanía argentina de la Sra. GABRIELA ALEJANDRA MEDINA DE ARIAS de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.930.577 según el expediente “MEDINA DE ARIAS, GABRIELA ALEJANDRA s/SOLICITUD

DE CARTA DE CIUDADANÍA” Exp. N° 11740/2021. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a esta Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 10 de diciembre de 2021
Matías M. Abraham, sec.
LA LEY: I. 23/12/21 V. 27/12/21

