

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires

Fundada el 15 de noviembre de 1897

Director: **Álvaro Gutiérrez Zaldívar**

925

JULIO | SEPTIEMBRE 2016

REVISTA del **NOTARIADO**



Las opiniones vertidas en los artículos de la *Revista del Notariado* son de responsabilidad exclusiva de sus autores y su publicación no es vinculante ni constituye opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone.

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez y Agustín Rodríguez

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

<http://www.revista-notariado.org.ar>

<http://www.colegio-escribanos.org.ar>

Nº de Registro DNDA: 5287398

ISSN: 2362-6186

Diseño de tapa: Florencia Cardoso y Letizia Lemme

Diseño de interior: Liliana Chouza

Todos los derechos reservados.

Consejo Directivo

Ejercicio 2015-2017

Presidente	Carlos Ignacio Allende
Vicepresidente	Esteban Enrique Ángel Urresti
Secretaria	Rita Josefina Menéndez
Secretario	Santiago Joaquín Enrique Pano
Prosecretaria	Ana Lía Díaz Prandi
Prosecretario	Juan Manuel Sanclemente
Tesorero	Jorge Andrés De Bártolo
Protesorera	María Eugenia Diez
Vocales titulares	Eduardo Héctor Plaetsier Jorge Horacio Armando Víctor Manuel Di Capua Paula María Rodríguez Foster Mauricio Feletti Francisco Massarini Costa Silvia Impellizzeri Norma Haydée Padovani Juan Carlos Forestier Carlos Ignacio Benguria (h.)
Vocales suplentes	Tomás Pampliega Marta Inés Cavalcanti Ernesto Mario Vicente Marino Alejandra Graciela Vidal Bollini María Ivana Pacheco de Ariaux Ricardo Carlos Alberto Blanco
Decano	R. Gastón Courtial <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)</i>
Presidente honorario	Julio A. Aznárez Jáuregui † <i>(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)</i>

Revista del Notariado

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Arnaldo Adrián Dárdano, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone.

Coordinación editorial: Departamento de Comunicaciones del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez

Corrección y edición: Juan Pablo Álvarez, Agustín Rodríguez

Editorial | 6

Doctrina

Transparencia de la contratación pública en Argentina. Armonización con la normativa prevista internacionalmente, por *María V. Bagattini* | 15

Partición de herencia, implicancias de la Disposición técnico registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, por *Sylvia V. Belatti* | 84

El fideicomiso inmobiliario y sus formas de celebración, o ¿escrituras para todos y todas?, por *Adrián C. Comas* | 96

Registro de Actos de Última Voluntad. Presente y futuro, por *Oscar J. García Rúa* y *María M. Trezza* | 108

Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. Intervención notarial, por *María L. Lembo* | 117

La fractura del axioma “madre siempre cierta es” frente a la voluntad procreacional, por *Horacio Teitelbaum* | 143

Dictámenes

Falta de firma. Propiedad horizontal. Teoría de la apariencia, por *Ezequiel Cabuli* | 166

Historia

Ora pro nobis notarii. En torno a san Ginés y a la Cofradía Porteña, por *Jorge A. Latino* | 186

El valor de la práctica profesional previa al ejercicio profesional. La obligación de mantener los conocimientos. La capacitación permanente

En el diario *La Nación* del domingo 24 de abril de 2016, se publicó un valioso artículo de Raúl Farías referido a la práctica profesional de los abogados.¹ Su autor se pregunta: “¿Por qué un estudiante de Medicina además de estudiar debe aprender haciendo?”, y expresa que las universidades de medicina se preocupan por

... poner cuanto antes a sus estudiantes en contacto directo con la realidad –la dura realidad– y practicando la que pronto será su profesión, siempre bajo la atenta mirada y el control de un maestro, que no sólo los deja realizar determinadas prácticas y maniobras sobre los pacientes, ver y tocar, sino que también les transmite sus vivencias, aquellas que van más allá del contenido específico de los libros les indica el camino y señala las piedras que sus propios maestros le advirtieron que evitara y las que él mismo conoció [...] ¿por qué un joven estudiante de Derecho tiene que esperar a recibirse de abogado para, ya “bisturí en mano”, cortar donde nunca lo hizo, sin siquiera haber visto cómo se hacía?

Farías señala que la habilitación profesional para actuar como abogado en nuestro país no es difícil de obtener y que no requiere el paso previo por una escuela de abogacía y su aprobación, tal como sucede en Europa, en los Estados Unidos e incluso en Brasil. Asimismo, destaca que aquí, cumpliendo con algunos trámites burocráticos, se puede inmediatamente solicitar la matrícula que habilita el ejercicio profesional ante un colegio de abogados. El abogado solo deberá aportar un título legalizado, firma de dos colegas, certificado de antecedentes penales, CUIT, CUIL, entre otros, y varias fotocopias. Es decir, a partir de su otorgamiento, el abogado ya puede comenzar a trabajar.

El autor sostiene que la profesión de abogado necesita de algo más que contenidos teóricos y que las iniciativas que las facultades de derecho intentan introducir no han conseguido la capacitación práctica que un abogado novel necesita. De acuerdo con su criterio, al joven abogado le piden e, incluso, exigen para su inserción laboral “experiencia”, algo similar a la del joven médico que durante los últimos tres o cuatro años de su carrera practicó con pacientes. Considera que una formación teórica, por excelente que sea, es por sí sola insuficiente y que se necesita incorporar la obligatoriedad de una formación práctica, junto con las materias de la carrera.

Finaliza diciendo:

No es algo difícil ni mucho menos imposible. La escuela de abogacía que me toca dirigir en el prestigioso Fores, con sus 36 años de existencia, es un ejemplo de ello.

1. Ver FARIAS, Raúl, “La valiosa práctica profesional para abogados”, en *La Nación*, Buenos Aires, La Nación, 24/4/2016. El autor es el director académico del Programa de Entrenamiento para Abogados de Fores, institución que sobresale en este y otros temas de mejoramiento profesional.

Existen experiencia, programas y profesores abogados en ejercicio dispuestos a transmitir con generosidad los saberes adquiridos en sus carreras, a los que recién se inician. Sólo falta tomar decisiones trascendentes que redundarán en mejores profesionales del derecho y, consecuentemente, en una mejor calidad del servicio de justicia para los ciudadanos.

No podemos menos que estar de acuerdo con esta posición.

La primera ley que tuvieron los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires fue la Ley 1144, del año 1881, llamada Ley de Organización de los Tribunales para la Capital Federal. En esa época, no era necesario tener un título profesional para actuar como escribano, pero se exigía la constancia de haber realizado una práctica durante tres años en una escribanía.

Como el autor, opinamos que las enseñanzas de las facultades de derecho no llegan a ser suficientes para la capacitación práctica de un abogado nuevo, como no llegarían tampoco las del escribano si no fuera que la Ley Orgánica Notarial 404 del año 2000 y el Colegio de Escribanos exigen otros requisitos –en la Ciudad de Buenos Aires solo pueden dar exámenes para escribanos los profesionales que tengan el título de abogado–.

Un abogado mal capacitado no es objetivamente menos peligroso que un médico mal capacitado. Por eso es que su rol en la sociedad debe estar asegurado con una adecuada formación tanto académica como práctica. La trayectoria, por definición, la traerán los años, pero en sus comienzos necesita formarse actuando, desarrollar sus habilidades tanto como ha desarrollado su capacidad intelectual durante los estudios de grado, en un ámbito similar de contención que lo fortalezca.

Farías considera que

El novel abogado necesita sentarse en torno a una mesa de trabajo donde se relacione horizontalmente con sus colegas profesores y compañeros. Necesita ser intérprete del saber que él mismo genera en medio del análisis clínico de un caso, exponer sus argumentos [...] saber cuándo hablar, cuándo callar, qué decir y cómo decirlo, ponerse de pie y hacer una presentación, improvisar un discurso, proponer tácticas y estrategias, equivocarse, recibir críticas y volver a comenzar, mantener bajo control sus impulsos, administrar sus emociones, escuchar a los otros, trabajar en equipo y tal vez liderarlo, descubrir sus talentos, pensar y resolver cuestiones éticas, ponerse a prueba, conocer la riqueza de la austeridad, ensayar diversas soluciones, actuar distintos roles, escribir con propiedad y profesionalismo, administrar tiempos y espacios reales y virtuales, sintetizar, buscar información, manejar herramientas tecnológicas no sólo intuitivamente, sino con el conocimiento de las capas que subyacen; en definitiva, entrenarse para los desafíos que lo esperan y en los ámbitos donde deba trabajar.

Este es un tema que tenemos que salir a analizar en todas las profesiones. El mundo está cambiando a toda velocidad, cambian las normas, cambian nuestros códigos legales. No importan los años de carrera, o los años que tenemos, no podemos dejar de

estudiar. Incluso, sucede al revés: en algunas cosas hay que “desaprender”,² lo que era vigente hace unos meses hoy no lo es más.

Sea en la Inspección General de Justicia, en el Registro de la Propiedad Inmueble o en de la Propiedad Automotor, hay que volver a estudiar lo que se hacía ayer, que hoy puede no ser válido. En ocasiones, incluso se confunden las normas anteriores con las posteriores, hay que verificar si lo que siempre se dio por válido sigue siéndolo hoy.

Para actuar como escribano en la Ciudad de Buenos Aires, hay que realizar todos los años una capacitación que es permanente. El abogado que quiere ser escribano y acceder a un registro notarial –como titular o como adscripto– debe aprobar un examen escrito eminentemente práctico y uno oral de conocimientos, además de los otros requisitos que la ley exige. Para ser titular de un registro notarial, la nota mínima que se debe obtener en ambos exámenes es siete puntos y, para ser adscripto, cinco, pero los números son relativos, no indican nada; está comprobado que para superarlo hay que estudiar mucho. El nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo de la Ciudad entre los escribanos que cumplen todos los requisitos y aprobaron los exámenes.

La prueba es tomada y juzgada por un jurado, integrado por un miembro designado por el Tribunal Superior de Justicia –que lo presidirá–, un profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires –designado por esta–, un notario miembro de número de la Academia Nacional del Notariado, un representante del Poder Ejecutivo y un escribano en ejercicio del notariado, nominado por el Colegio de Escribanos. Los miembros del jurado no pueden ser recusados y actúan con no menos de cuatro de sus integrantes; en todos los casos se pronuncian por mayoría de votos, que se computan a razón de uno por cada institución. En la práctica siempre están todos los representantes.

El jurado califica las pruebas entre uno y diez puntos, y la calificación es inapelable. Para acceder al examen oral el postulante debe haber aprobado el escrito. Para considerarse aprobado, debe tener al menos cinco puntos en ambas pruebas. Además, con excepción de los que ya son adscriptos, los aspirantes a concursar por la titularidad de un registro notarial deben asistir a no menos del 75% de las clases de un curso de práctica notarial que dicta el Colegio de Escribanos durante el transcurso de un año lectivo, o bien realizar una práctica profesional de por lo menos dos años de duración en una notaría. Los inspectores del Colegio verifican que el aspirante cumpla con este último requisito. En ambos casos se les toma examen. Los escribanos adscriptos que quieren obtener una titularidad de registro que tengan más de siete años de antigüedad en el ejercicio de la función en la demarcación –además de cumplir con otras condiciones (art. 35 Ley 404)– podrán eximirse de rendir las pruebas escrita y oral.

2. Ver BILINKIS, Santiago, “El nuevo desafío que enfrentamos como adultos no es aprender, es desaprender”, en *La Nación Revista*, Buenos Aires, La Nación, 30/4/2016.

Se realizan dos exámenes por año. El primero comienza con el examen escrito que se lleva a cabo en el mes de abril y pueden presentarse todos los profesionales que deseen concursar para acceder a la titularidad de un registro notarial (si obtienen un puntaje de siete o más) o bien a la adscripción (entre cinco y siete). El examen oral de los que aprueban en abril se realiza en el mes de octubre del mismo año. Asimismo, el segundo examen escrito, que también se lleva a cabo en octubre, está destinado solo a aquellos que concursan para acceder a una adscripción; el examen oral de esta segunda instancia examinadora, es decir, para los que aprobaron el escrito de octubre, se realiza en el mes de abril del año siguiente. Como lo establece la Ley 404, todos los postulantes deben tener el título universitario de abogado.

En los exámenes escritos, a cada concursante se le asigna una computadora, provista por el Colegio. Todos los postulantes deben realizar el examen en base un mismo tema previamente sorteado –públicamente– de entre cinco seleccionados por el jurado. En el caso que comento, los cinco temas fueron elegidos entre catorce temas, que el jurado había seleccionado el mediodía anterior al examen. Los concursantes no pueden poner sus nombres en el examen escrito e ignoran el número que les asignarán a su prueba. El examen es conservado en un dispositivo.

Cosas que suceden

Con respecto al punto de exigencia en la capacitación permanente, cabe destacar que, al principio, los profesores, los académicos y algún otro caso no tenían que concurrir a demostrar que seguían capacitados, por los cursos o clases que daban. Posteriormente, se resolvió que todos los escribanos son iguales, no hay por qué inferir que unos saben más que otros porque enseñan. Actualmente, todos los escribanos tienen que concurrir a los cursos de capacitación y a dar exámenes si así se decidiera.

Estos sistemas mejoraron el mantenimiento de los conocimientos. El aumento de las exigencias incrementa los conocimientos legales de los escribanos. Cada vez es más difícil ejercer esta profesión: no alcanza ya con un título universitario, hay que capacitarse y actualizarse en forma permanente. No hay que olvidar que al principio –y durante mucho tiempo– los escribanos no eran necesariamente profesionales de derecho; sin embargo, como hemos señalado ya en 1881, se les exigía tres años de práctica profesional.

La ley y el control que ejerce el Colegio de Escribanos han ido generando con los años un notariado cada vez más profesional, mas involucrado con los problemas e inquietudes de la sociedad y con más conocimientos jurídicos.

Partimos de la base de que cada escribano es responsable de sus actos, no solo ante sí mismo, sino también frente a sus colegas. Queremos que nuestra profesión tenga el más alto nivel jurídico, ético y moral. Si un escribano se desempeña en forma incorrecta, ello nos afecta a todos; si lo hace muy bien, nos beneficia a todos. Por eso, estamos de acuerdo con el control y las exigencias que nos imponen las leyes y

el Colegio, y damos bienvenida a la capacitación permanente y obligatoria que otras profesiones no tienen.

Las profesiones más respetadas en el mundo han llegado a ese lugar por el trabajo, el conocimiento y la preparación de la gente que las ejerce. Creemos firmemente que es conveniente que todos los profesionales tengan un período de práctica previo al ejercicio de su profesión. Lo mismo opinamos en cuanto a la capacitación a lo largo del ejercicio profesional.

El N° 925

Publicamos las siguientes colaboraciones: “Transparencia de la contratación pública en Argentina. Armonización con la normativa prevista internacionalmente”, de María Bagattini; “Partición de herencia, implicancias de la Disposición técnico registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal”, de Sylvia Belatti; “Falta de firma. Propiedad horizontal. Teoría de la apariencia”, de Ezequiel Cabuli; “El fideicomiso inmobiliario y sus formas de celebración o ¿escrituras para todos y todas?”, de Adrián Comas; “Registro de Actos de Última Voluntad. Presente y futuro”, de Oscar García Rúa y Alicia Trezza; “*Ora pro nobis notarii*. En torno a san Ginés y a la Cofradía Porteña”, de Jorge Latino; “Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial. Intervención notarial”, de María Lembo; y “La fractura del axioma ‘madre siempre cierta es’ frente a la voluntad procreacional”, de Horacio Teitelbaum.

Medallas de Oro y Plata

Los días 27 de octubre y 1 de noviembre de 2016, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires celebró los actos institucionales de entrega de medallas de oro y plata. Esta ceremonia que el Colegio organiza anualmente tiene como objetivo rendir un sentido homenaje a los escribanos de la demarcación que han alcanzado veinticinco y cincuenta años de desempeño de la función, respectivamente.

Como cierre de este editorial, queremos compartir con los lectores de la *Revista* los discursos que dieron en estas dos fechas tan especiales los escribanos Ricardo Jorge Blanco Lara y Ana Lía Díaz Prandi, reconocidos con medalla de plata por sus veinticinco años en la actividad notarial.

Nos despedimos afectuosamente hasta el próximo número.

EL DIRECTOR

Palabras del escribano Ricardo J. Blanco Lara

Estimados colegas, familiares y amigos, autoridades del Colegio:

Este es un día para celebrar. Sin ninguna duda, aquellos que hace veinticinco y cincuenta años, respectivamente, emprendimos el camino del ejercicio profesional, celebramos hoy haber cumplido con nuestras propias expectativas y haber llegado a una meta importante de nuestra vida. Por eso, constituye un verdadero mérito personal de todos nosotros, porque cada uno, a pesar de las contingencias e inconvenientes que seguramente se nos han presentado durante estos años, hemos sabido mantener la conducta profesional que nuestra especial tarea merece y honrar, así, esta tarea que nos ha sido delegada por el Estado.

También es esta una oportunidad para agradecer. Agradecer a todos aquellos que hicieron posible nuestro tránsito hasta aquí. A nuestras familias y nuestros afectos, a nuestros docentes y a nuestros maestros, y a esta querida casa y a sus autoridades, que han sabido guardar uno de los bienes más preciados que tenemos los escribanos y que sin duda es el prestigio profesional que la sociedad nos reconoce. Tuve el privilegio de asistir a muchos eventos en donde los escribanos somos homenajeados en este Colegio –el primero de ellos, siendo aún adolescente, cuando mi abuelo recibió su medalla de oro, en 1983–. Hoy, a modo de balance, quiero compartir con ustedes una síntesis de mi vida notarial, que podría ser la de cualquiera de nosotros, y que, como en todos los casos, comenzó el día en que ingresamos por primera vez a este Colegio por la puerta de Callao 1542.

Hago este racconto como tributo y agradecimiento al Colegio de Escribanos, porque estoy convencido de que esta institución –a la que todos pertenecemos– ha sido garantía del mantenimiento incólume de nuestra función, lo que nos permite estar sentados aquí, recibiendo este grato homenaje. Tenemos que estar orgullosos de nuestro Colegio. No solo por su prestigio institucional, sino también porque ha sido siempre una institución de avanzada.

Una calurosa tarde de febrero del año 1991, y con la “desregulación” pergeñándose, tuve la oportunidad de conocer por primera vez este edificio. Confieso que quedé muy sorprendido por la sobriedad y elegancia de su estilo –el Colegio siempre impacta cuando uno entra por primera vez–, pero más me sorprendió ver a un grupo de colegas que se encontraba reunido en el Salón Soldi, todos sentados, conversando animadamente y tomando unos tragos, pasándolo tan bien como si fuera el living de su casa. Y esta primera impresión me acompañó durante toda mi vida profesional. Ese día entendí que aquellos escribanos, como muchos de nosotros, se comportaban así porque sentían al Colegio su casa.

“No se puede amar lo que no se conoce”, decía Fromm en su obra *El arte de amar*. Ese fue el estímulo que me llevó a profundizar mi conocimiento del notariado y de su Colegio, porque con el tiempo, además, uno aprende a amar su profesión y a querer a su Colegio.

Mi primera incursión, siendo todavía novel, fue en el grupo de teatro “Emilio Picasso”, que me enseñó que el acartonamiento pretendido de esta profesión no era más que una pose. Ensayos a media noche en este mismo salón de actos, adaptaciones de guiones, pruebas de vestuario, giras: un mundo muy distinto al de los protocolos y las escrituras. Representamos obras magníficas, desde Shakespeare hasta teatro para niños, y –modestia aparte– lo hacíamos muy bien. Mis

recuerdos para ese grupo humano de excelencia que tan bien hizo y hace quedar al Colegio.

Una vez matriculado, tuve la oportunidad de formar parte de la Comisión de Integración Profesional, que constituye un verdadero espacio de contención y apoyo para los colegas que recién se inician en la profesión, y una inmejorable oportunidad para estrechar vínculos de amistad con nuestros pares, forjándose afectos de por vida, que van mucho más allá del ejercicio profesional. Algunos de los que están sentados hoy aquí me han honrado con su amistad durante todos estos años y hemos compartido penas y alegrías, las que comenzaron muy especialmente con la preparación de los exámenes para la adscripción y/o titularidad de un registro notarial en esta demarcación.

Ya siendo titular, el Colegio me invitó en contadas ocasiones a participar de congresos y jornadas en el interior del país, presentando trabajos y ponencias que, junto a delegaciones de todo el país, contribuyen a formar doctrina y enriquecer posturas académicas que buscan tomar posición sobre determinados temas del derecho, con la visión notarial necesaria para aplicar con equidad el precepto legal.

Luego, vinieron los años de docencia en la universidad y, con ellos, la satisfacción de comunicar el conocimiento del derecho a muchos jóvenes que, como yo, habían emprendido este camino que los llevaría a estar hoy aquí, junto a nosotros. Les confieso que ver a mis alumnos ejerciendo el notariado me produce una profunda emoción.

Otra faceta de esta profesión que no puedo dejar de destacar es la de la actividad dirigencial. Los que alguna vez formamos parte del Consejo Directivo de este Colegio –yo lo hice en dos oportunidades, como vocal suplente y como prosecretario– sabemos de la profunda vocación que hay que tener para estar diariamente al servicio del colega, concurriendo al Colegio y administrando los tiempos, que se superponen, muchas veces, con nuestras escribanías. Y todo ello, señores, ad honórem. Es decir, los consejeros nos regalan su tiempo en aras de una institución mejor, para que los escribanos estemos mejor. Esto es loable e increíble en estas épocas. Y puedo asegurar, por haberlo vivido desde adentro, que todos, a su manera y con sus tiempos, prestan su tarea con apasionamiento y vocación de servicio inigualables.

A modo de conclusión, me gustaría reflexionar con ustedes: tenemos una función que el Estado nos ha delegado. Esa función permanece intacta, tal como los científicos del derecho la pensaron. El Colegio ha trabajado siempre para que esto sea así. Tenemos que trabajar todos juntos para que siga siendo así. Tenemos que acercarnos al colega y al Colegio para contribuir, de distintas maneras, con nuestro aporte, ya sea desde la crítica superadora hasta el trabajo constante y permanente. Tenemos que practicar la generosidad con nuestros pares y con esta institución. Porque, en definitiva, estamos haciendo todo eso para nosotros mismos.

Entonces, queridos colegas, en compañía de los afectos que hoy nos acompañan, nuestras familias, nuestros amigos, asumamos el compromiso de ser cada día mejores personas y mejores escribanos. Reconozcamos que, si bien hubo especiales circunstancias de nuestras vidas que nos han traído hasta el presente, en definitiva, hemos sido nosotros mismos los actores de esta meta lograda. Y así, en el camino que nos queda por transitar, podremos detenernos a cualquiera de sus lados, mirar hacia atrás y, como dijera el poeta, “ver la senda que nunca se ha de volver a pisar”.

pero con la satisfacción de saber que lo andado no ha sido en vano y que lo que está por venir será aún mucho mejor.
Muchas gracias.

Palabras de la escribana Ana L. Díaz Prandi

Buenas noches a todos los que nos acompañan en esta celebración y especialmente a los colegas con los que comparto este reconocimiento, este reconocimiento a la trayectoria, a nuestro paso por la profesión de escribano.

¿Qué puedo decir esta noche que nos convoque a todos? El camino recorrido, más largo, más corto, hoy es nuestro punto de encuentro, un camino rico en experiencias, en desafíos, en anécdotas, algunas divertidas y otras que nos han quitado el sueño. Pero sabemos que eso es parte de ser escribano, como así también la satisfacción de encontrar soluciones jurídicas a los problemas de la sociedad.

Hoy nos habremos sorprendido de los años que han pasado y de los retos que afrontamos. De beneficios eventuales al ITI; de sellos de la calle Salta a la AGIP. De la pluma a la *floating*; de la Remington al procesador de textos Olivetti. Las computadoras, la *notebook*, la *tablet*. Del asesoramiento verbal a la minuta insistida; desde “doy fe de conocimiento” a “justifican su identidad...”.

También, distintos gobiernos y políticas económicas signaron nuestra actuación profesional, y aun así no dejamos que nos venza la incertidumbre; por el contrario, estuvimos ahí, firmes, abordando los conflictos, tratando de entender las políticas económicas del momento, atravesando los cambios legislativos. Indexación, plan Austral, plan Primavera, la convertibilidad, la CUIT o CUIL irrumpiendo en la escena notarial, CER o no CER, pesificamos, dolarizamos, Corralito, pago con depósitos reprogramados, cheques cancelatorios, cedines, políticamente expuesto, sujeto obligado, sinceramiento, etc., etc., etc. Y nosotros, como operadores del derecho, estuvimos a la altura de los acontecimientos, aportando soluciones.

Los cambios legislativos también pusieron a prueba nuestra capacidad de adaptación. Así, la Ley 17711, la Ley 23515. Y lo que nunca pensamos: el Código Civil de Vélez Sarsfield le dio paso al Código Civil y Comercial. Y el notariado también estuvo presente, comprometido, firme, asimilando en poco tiempo los cambios y dando respuestas a las demandas de la sociedad.

Acompañamos a nuestros requirentes, los escuchamos, los asesoramos, los aconsejamos, compartimos sus vivencias en cada operación. Somos mediadores, intérpretes de leyes, redactores creativos de documentos, investigadores de identidades y de potenciales herederos. Somos legisladores, porque ahora, parece que el Congreso es una escribanía...

Protocolo en mano y lapicera de tinta indeleble, y un sinfín de planillas para hacer firmar. Estampando nuestra firma, esa firma que pone fin a los conflictos, que refrenda la alegría de la primera vivienda, la que fue testigo de la última voluntad, la que va al final, pero cierra todos los actos.

Nuestra presencia da seguridad. Somos portadores de una fe inquebrantable, una fe que valida actos, da certeza y genera confianza. Todos estos años, hemos hecho precisamente esto. Recordémoslo en los momentos difíciles.

Hoy celebramos nuestra historia personal con la profesión. La que nació hace 50 o 25 años. Desde 1966 o 1991, venimos transitando este camino, asumiendo la responsabilidad de ser escribanos y la de dar respuestas en todo momento.

No puedo dejar de compartir con ustedes el agradecimiento a esta institución que nos cobija y nos ampara. Nunca estuvimos solos en este camino. Desde hace 150 años, el Colegio vela por nuestro desempeño en la función, guiando a todas las generaciones de escribanos. Sin duda, el mejor compañero de todos estos años.

A los que cumplen 50 años de trayectoria, gracias por todo su aporte, por contribuir al respeto de una larga tradición, la notarial.

Los que cumplimos 25 años, asumamos el compromiso de resguardar nuestras tradiciones para que trasciendan a los cambios, en pos de sostener los principios y valores fundamentales de nuestra profesión.

¿Qué puedo decir esta noche que nos convoque a todos? “Estoy orgullosa de ser escribana”.

Por último, seguramente cada uno de nosotros estará evocando a aquellas personas que fueron fundamentales en nuestro desarrollo personal. En mi caso, hoy recuerdo a mi padre, quien me enseñó a ser fuerte, responsable y ética, todo lo que me permitió ser escribana.

Muchas gracias.

Transparencia de la contratación pública en Argentina

Armonización con la normativa prevista internacionalmente

María V. Bagattini

RESUMEN

Una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado y el mejor destino de los fondos públicos. Argentina ha avanzado mucho en la puesta en marcha de la contratación pública y ha creado el marco normativo destinado a abrir contratos a la competencia y se han sentado las bases de una política eficaz de compras. Pero queda camino por recorrer. Como objetivo general y como principio rector en esta investigación, tendremos al principio de transparencia. Como objetivos particulares, desarrollaremos el control preventivo de las contrataciones públicas y la rendición de cuentas, a la vez que examinaremos, en el marco de los objetivos particulares, la planificación de las contrataciones, el funcionamiento del principio de transparencia en consonancia con las normas internacionales y los instrumentos para promoverla, todo esto estrechamente unido al control social de las contrataciones públicas. Realizaremos un desarrollo de la transparencia en las contrataciones bajo el régimen del derecho argentino y veremos cómo juegan aquí los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir del año 1994.

Sumario: Agradecimientos. **1.** Consideraciones previas. **2.** La contratación pública. **2.1.** Caracterización del contrato administrativo. **2.2.** Objetivos de la contratación pública. **2.3.** Normativa aplicable. **3.** Principios generales aplicables a las contrataciones públicas. **4.** Principio de transparencia en las contrataciones públicas. **4.1.** Regulación normativa. **4.2.** Recepción jurisprudencial. **4.3.** Efectos de la contratación pública. **5.** Transparencia y derecho a la información pública en la contratación. **6.** Publicidad de la contratación vinculada al principio de transparencia. **7.** Instrumentos para promover la transparencia y el control social en las contrataciones públicas. **7.1.** Audiencia pública. **7.2.** Pacto de integridad. **7.3.** Discusión participada de las bases y condiciones. **7.4.** Sistema de declaraciones juradas como control de conflictos de intereses. **8.** Integridad de la contratación pública. Profesionalización, rendición de cuentas y control preventivo de las contrataciones. **9.** Distintos tiempos en la implementación de acciones de transparencia en las contrataciones públicas. Experiencias y proyectos. **10.** Corrupción como contracara de la transparencia. **10.1.** La licitación pública. **10.2.** La ejecución del contrato. **10.3.** El pago. **10.4.** La solución de las controversias. **11.** Conclusiones. **12.** Bibliografía.

Agradecimientos

Debo dar las gracias a Néstor de Gregorio, quien me alentó a cursar la especialidad en Contratos de Derecho Administrativo, ya que sin aquella cursada toda esta investigación no hubiese existido. A María Maxit, quien leyó una primera versión del trabajo y realizó valiosas sugerencias y correcciones. También a mis padres, Ricardo Néstor Bagattini y Rosita B. Izquierdo, por su apoyo incondicional y por haberme brindado una sólida formación personal y académica en la Universidad Austral. A la Procuración del Tesoro de la Nación por los años de estudio en tan prestigiosa institución. Finalmente, quiero agradecer a mi esposo Gabriel Esteban Blanco por su paciencia infinita y a mi hijo Juan Francisco Blanco por todo su amor y dedicatorias en algún manuscrito.

1. Consideraciones previas

En estas páginas veremos que una política eficaz en materia de contratos públicos es vital para el éxito del mercado y el mejor destino de los fondos públicos. En nuestro país se ha avanzado mucho en la puesta en marcha de la contratación pública y por ello ya se ha creado el marco normativo destinado a abrir contratos a la competencia. Por su parte, los diversos operadores contractuales van adaptándose gradualmente a la nueva situación y tal marco deberá seguir siendo un factor de transformación de las prácticas tradicionales en materia de adquisiciones, contribuyendo así a la creación de un entorno propicio al desarrollo económico.

Ha llegado el momento de revisar lo transitado y lo que aún nos queda por hacer: estamos en plena transformación. Con el dictado del Decreto delegado 1023/2001 y del Decreto 893/2012,¹ sumado a la normativa de tratados internacionales, se han sentado las bases de una política eficaz de compras.

Se abandonan así prácticas adquisitivas muy arraigadas e ineficaces, pero queda, sin embargo, bastante camino por recorrer hasta llegar al aprovechamiento pleno de nuestra política de contratación pública, siendo para ello la transparencia uno de sus pilares.

Se comprenderá con nuestra exposición que hay situaciones problemáticas. Un desafío clave a nivel mundial ha sido definir un nivel apropiado de transparencia para asegurar un trato igualitario a los proveedores y la integridad en la contratación pública.

Además veremos cómo, si bien la transparencia es una parte fundamental de la buena gobernanza en relación a la contratación, se trata de una condición necesaria

1. Sobre los antecedentes normativos, ver MONTES, María V., "Manual práctico de contrataciones de la Administración Pública Nacional", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, N° 305, pp. 10 y ss. (Advertencia: redactado en vigencia del Decreto 893/2012, derogado por el 1030/2016, que reglamenta actualmente el régimen de contrataciones y al que el lector deberá remitirse cuando sea pertinente).

pero no suficiente para la integridad de este tipo de procesos, ya que es necesario que también sea eficiente y eficaz para asegurar el cumplimiento de los objetivos a través de un uso óptimo de los recursos, que exista un comportamiento ético para garantizar que el interés público se sitúe por encima de los intereses privados, que se garantice al público un acceso libre a la información para facilitar la comprensión de la gestión de los asuntos públicos, que exista una gestión financiera sana para garantizar un uso prudente y productivo de los fondos públicos y la obligación de rendir cuentas para garantizar que los representantes y los políticos asuman sus responsabilidades y sean responsables de sus propios actos.²

La comunidad internacional ya no promueve solo la democracia, el estado de derecho y el respeto a los derechos humanos, sino además “la buena gobernanza”, término que surgió de un estudio del Banco Mundial para explicar por qué las simples reformas económicas no eran suficientes para alcanzar el desarrollo económico, sino que además, se requería de ciertas condiciones básicas en la gestión de los asuntos públicos.

En la actualidad, el concepto de gobernanza, y para extensión el de buena gobernanza, viene a constituirse como una exigencia obligada de renovación en el estilo de gobierno. La buena gobernanza es “el buen gobierno que responde a las expectativas y necesidades de los ciudadanos y que se concreta en que se ejerza responsablemente la autoridad pública y que se ofrezcan servicios de calidad”.³ Y hallaremos como relevante que la contratación pública debe ser considerada cada vez más como un elemento básico de la rendición de cuentas por parte del gobierno a la ciudadanía. La transparencia y la ética, si bien son una obligación, también son una orden expresa del nuevo presidente tal como lo señala la doctrina.⁴

Como objetivo general y como principio rector en esta investigación tendremos al principio de transparencia. Como objetivos particulares desarrollaremos el control preventivo de las contrataciones públicas y la rendición de cuentas, a la vez que examinaremos, en el marco de los objetivos particulares, la planificación de las contrataciones, el funcionamiento del principio de transparencia en consonancia con las normas internacionales y los instrumentos para promoverla, todo esto estrechamente unido al control social de las contrataciones públicas.

Partimos de que el objeto de la política de la contratación es establecer en el sector una competencia real y abierta que permita que las empresas se beneficien y las entidades adjudicadoras elijan libremente entre ofertas más competitivas y numero-

2. Estos son algunos de los doce principios que concretan la buena gobernanza, según el Consejo de Europa. Al respecto, puede ver RODRÍGUEZ PACHECO, Isidro N., “La buena gobernanza local y la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos”, 2009.

3. FERRO ILARDO, Susana B., *Estados latinoamericanos. Palabras claves para la región*, Buenos Aires, Dunken, 2008, p. 249.

4. BÁEZ, Julio C. y GRISSETTI, Ricardo A., “Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, N° 3, 2016, pp. 217-260 (cita online AR/DOC/699/2016).

sas. Ya se ha establecido la legislación de base necesaria para alcanzar tales objetivos. Este marco normativo representa un equilibrado balance entre los imperativos de seguridad jurídica y flexibilidad. Por cuanto hace a la transparencia, ya se han obtenido resultados muy alentadores, aunque resta mucho por hacer. Debido a la enorme incidencia que las compras públicas tienen en las cifras del gasto público se reconoce este ámbito de las contrataciones estatales como de riesgo y una zona en la que se siguen concentrando significativas oportunidades para prácticas irregulares por tratarse del lugar donde el sector público y el privado se relacionan con más asiduidad.⁵

En el marco de las reformas del Estado, las políticas de burocratización en los procesos de contrataciones estatales han atendido las distorsiones de una administración pública excesivamente centralizada y formal donde han predominado los obstáculos y las incertidumbres más que la penalización de las malas gestiones.

Ello ha producido confusiones que tendieron permanentemente a dejar de privilegiar los principios fundamentales de la administración pública, entre ellos la transparencia, y a permitir que prime el interés particular del funcionario o empleado público por sobre el interés público.

En todo procedimiento no debemos olvidar la ardua tarea de empapar a la contratación del principio de transparencia. Esto es así porque la práctica nos demuestra que muchos procedimientos han sido viciados por su no observancia.

De esta manera, cobra importancia la relación entre los principios de eficiencia y transparencia en las adquisiciones. La [Oficina Anticorrupción](#) considera, y estamos de acuerdo, que con la entrada del tema de la corrupción en la agenda pública, la visión se ha movido a considerar las políticas de transparencia como una condición para el buen gobierno. En este nuevo marco, la modernización de los sistemas de compra, la implementación de modalidades innovadoras de contratación, la generación de cuerpos normativos coherentes que contengan disposiciones adecuadas para fomentar las prácticas transparentes y prevenir la corrupción, y el desarrollo de esquemas de capacitación de los funcionarios encargados de realizar las contrataciones constituyen, entre otras herramientas, la base para el desarrollo de sistemas de adquisiciones que apunten a la eficiencia y estén, a su vez, estrechamente ligados a la transparencia.

Estas nuevas visiones se han ido consolidando en el plano internacional a partir de diversos aportes, entre ellos el sólido trabajo desplegado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) a través del área de gobernanza pública.⁶ El apoyo a los sistemas de integridad en adquisiciones y el impulso de modelos de estudio de casos exitosos han permitido generar un corpus consistente de políticas y mecanismos de contrataciones que ponen su foco en el fortalecimiento de las instituciones públicas y en la construcción de la confianza pública en el ámbito del OCDE.

5. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Source book*.

6. "Integrity in public procurement. Good practice from A to Z", París, OECD-Publishing, 2007.

En el ámbito de las convenciones internacionales en materia anticorrupción, puede observarse una evolución similar. La Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC), por su parte, contiene solo un inciso dentro de su artículo III referido a los sistemas de contrataciones públicas y sus disposiciones son de carácter optativo para los países que ratificaron la convención.⁷ Por su parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC) abre el foco en materia de adquisiciones públicas reconociendo la importancia de los aspectos preventivos y de transparencia a través de un exhaustivo artículo.⁸

Los funcionarios o empleados públicos requieren una profunda transformación para responder a las nuevas necesidades de la administración y de la gestión pública. En este sentido, consideramos fundamental que los nuevos funcionarios en todas las áreas del gobierno respeten y hagan respetar la ética pública, la transparencia y la rendición de cuentas.

En el presente trabajo, realizaremos un desarrollo de la transparencia en las contrataciones bajo el régimen del derecho argentino y veremos cómo juegan aquí los tratados internacionales con jerarquía constitucional a partir del año 1994, fecha a la cual nos remitimos para acotar nuestro estudio. Nada más resta decir que en el año 2012 se promulgó en nuestro país un sistema normativo⁹ para la adquisición de bienes y servicios. Y es por ello que sobre la base de la experiencia adquirida y observada en todo el proceso de obtención, vemos factible indagar en esta temática.

Queremos que a lo largo de este trabajo, el *clari loqui*, que significa “hablar claro”, esté presente. Y hablar claro es un deber de la administración que surge del principio de transparencia, de la predictibilidad, del debido procedimiento y, a nivel contractual, del principio de buena fe.¹⁰

2. La contratación pública

En este apartado vamos a considerar el marco normativo que rige las contrataciones administrativas en el orden nacional, en especial el Decreto delegado 1023/2001 y el Decreto 893/2012, para luego profundizar en el principio de transparencia.

7. Más allá de lo dicho, es posible apreciar el importante avance que ha significado en este sentido el trabajo del Comité de Expertos del Mecanismo de Seguimiento de la CICC, al consultar, por ejemplo, el Informe de Análisis de Argentina en http://archivo.anticorrupcion.gob.ar/internacional_02.asp.

8. Ver art. 9 de la CNUCC. [N. del E.: más información [aquí](#)].

9. El Decreto 893/2012 Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, reglamentario del Decreto delegado 1023/2001, fue sancionado el 7/6/2012 y publicado en el Boletín Oficial (BO) el 14/6/2012.

10. En el ámbito de la contratación administrativa, el contenido de buena fe se vuelve más intenso, en atención a los intereses o necesidades públicas que se tiende satisfacer, lo que naturalmente conlleva a que el Estado se encuentre impedido de actuar como si se tratara de un negocio lucrativo del que deba obtener la mayor cantidad de ganancias legítimas en perjuicio del contratista (ver CASSAGNE, Juan C. y SACRISTÁN, Estela B. [colab.], *El contrato administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005, pp. 126-127).

Cuando hablamos de contrato en sentido genérico hacemos referencia a un acuerdo de voluntades entre dos o más personas, entendidas como las partes, que tiene por finalidad regir sus derechos. De esta manera las partes se ponen de acuerdo acerca de cómo se regulará una determinada relación entre ellas.

Lagarde¹¹ nos introduce al tema diciendo que “la noción de contrato es única para el Derecho Privado y para el Derecho Público”.

Por eso, el concepto de contrato que consagra el Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) es plenamente aplicable tanto al contrato de derecho privado como a los contratos administrativos, como principal especie de los contratos de derecho público.¹² No obstante esta conceptualización, que se refiere pura y exclusivamente a la noción de contrato, sí encontramos diferencias radicales entre los contratos civiles y administrativos.¹³

La **Oficina Anticorrupción** define el concepto de contratación pública como

... toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de los cuales una se encuentra en ejercicio de la función administrativa, cuyo objeto puede estar constituido por la realización de una obra, la prestación de un servicio público, así como la obtención o enajenación de un bien o servicio que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales. En este acuerdo se exterioriza la actividad administrativa cuya especificidad está dada por su régimen jurídico. [...] Los procedimientos de contratación pública requieren para su gestión un conjunto de reglas y parámetros, a fin de que el Estado pueda cumplir de la manera más adecuada con las tareas que le son inherentes y, a la vez, alcanzar una administración eficiente y transparente de los recursos públicos.¹⁴

Las normas básicas que regulan la materia son, como enunciamos al comienzo, el Decreto delegado 1023/2001 y el Decreto 893/2012 (Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional). Existen, asimismo, otras normas vinculadas con el tema, entre las que podemos destacar: la **Ley 13064** (Obra Pública), la **Ley 24156** (Ley de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional), la **Ley 25188** (Ética en el Ejercicio de la Función Pública), la **Ley 25551**

11. LAGARDE, Fernando M., “Cuestiones de contratos administrativos”, Buenos Aires, [s.e.], [s.f.] [ponencia expuesta en la primera jornada del Curso Básico de Abogacía Estatal, Local y Federal organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2/9/2013] [última consulta: 5/1/2017].

12. Art. 957 CCCN: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”.

13. GORDILLO, Agustín A., “Clasificación de los contratos administrativos”, en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Macchi, p. 15. [N. del E.: consultar [aquí](#) la versión online de la obra bajo el título de *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 1, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, 1ª ed., {Mario Rejtman Farah dir.}, p. XI-2 {473-517}].

14. “**Compras y contrataciones públicas**”, documento editado por la Oficina Anticorrupción como parte de la colección “Herramientas para la Transparencia en la Gestión”, N° 4, [s.f.], pp. 2-3. [Última consulta: 5/1/2016].

(Compre Trabajo Argentino), el [Decreto 1545/1994](#) (Creación de la Oficina Nacional de Contrataciones. Parte Pertinente), la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (aprobada por la [Ley 26097](#)¹⁵).¹⁶

En el marco legal se encuentran comprendidos¹⁷ los contratos de compraventa, suministros, servicios, locaciones, consultoría, alquileres con opción a compra, permutas, y concesiones de uso de los bienes de dominio público y privado del Estado Nacional, que celebren las jurisdicciones y entidades comprendidas en su ámbito de aplicación y todos aquellos contratos no excluidos expresamente de conformidad con lo dispuesto por el inciso a) del Decreto delegado 1023/2001. Están excluidos¹⁸, en cambio, los contratos a) de empleo público; b) de compras por caja chica; c) que se celebren con Estados extranjeros, con entidades de derecho público internacional, con instituciones multilaterales de crédito, los que se financien total o parcialmente con recursos provenientes de esos organismos, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Decreto delegado 1230/2001 y sus modificaciones y del Decreto 893/2012, cuando ello así se establezca de común acuerdo por las partes en el respectivo instrumento que acredite la relación contractual, ni de las facultades de fiscalización sobre este tipo de contratos que la [Ley 24156](#) y sus modificaciones confiere a los Organismos de Control; d) comprendidos en operaciones de crédito público; e) de obras públicas, concesiones de obras públicas, concesiones de servicios públicos y licencias, enumerados en el artículo 4 inciso b) del Decreto delegado 1023/2001 y sus modificaciones.¹⁹

El régimen de contrataciones públicas es de aplicación obligatoria a los procedimientos de contratación en los que sean parte las jurisdicciones y entidades comprendidas en el inciso a) del artículo 8 de la [Ley 24156](#) de Administración Financiera y sus modificaciones. En ese sentido, el Sistema de Contrataciones de la Administración Pública Nacional se aplica a la administración central, organismos descentralizados, universidades nacionales y en las Fuerzas Armadas y de Seguridad. Su ámbito de aplicación no alcanza, en cambio, a provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, municipios, ni otros organismos que cuenten con un régimen específico, como PAMI o AFIP. También se encuentran excluidas empresas y sociedades del Estado, fondos fiduciarios con participación estatal, entidades financieras del sector público nacional tales como Banco Nación, Banco Hipotecario y Banco Central y entidades multilaterales de crédito como el BID y el Banco

15. En su art. 9, establece los valores mínimos que cada Estado parte deberá considerar a la hora de establecer los sistemas de contratación pública basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos para la adopción eficaz de decisiones.

16. Cfr. ob. cit. en nota 14, p. 3.

17. [Decreto 893/2012](#), art. 2.

18. [Decreto 893/2012](#), art. 3.

19. Cfr. ob. cit. en nota 14, p. 4.

Mundial. Las entidades no comprendidas, sin embargo, pueden voluntariamente aplicar el sistema y participar de su operatoria.²⁰

El tipo de procedimiento de selección del proveedor que se va a utilizar se debe determinar junto con su respectiva clase y modalidad, conforme el tipo de contratación que se quiera efectuar, de acuerdo a las disposiciones establecidas por la norma marco en cada caso. No obstante lo señalado precedentemente, para definir qué procedimiento de selección del proveedor resultará más adecuado y conveniente a los intereses públicos, se deberán evaluar circunstancias tales como: a) objetivos de economicidad, b) características de los bienes o servicios a contratar, c) monto estimado del contrato y d) razones de urgencia o emergencia.²¹

En relación a la elección del procedimiento²², según el monto estimado del contrato se considerará el importe total en que se estimen las adjudicaciones, incluidas las opciones de prórroga previstas, y se aplicará la siguiente escala²³: a) licitación pública o concurso público: más de seis mil módulos, b) licitación privada o concurso privado: hasta seis mil módulos y c) contratación directa: c1) por trámite simplificado: hasta setenta y cinco módulos, c2) del apartado 1 del inciso d) del artículo 25 del [Decreto delegado 1023/2001](#) y sus modificaciones, hasta mil trescientos módulos.

Si bien la regla general debe ser la licitación pública, además de las variables mencionadas basadas en los montos del contrato, la normativa prevé excepciones a dicha regla en casos como urgencia, exclusividad, obras artísticas y científicas, contrataciones entre organismos o con universidades o reparación de equipos.

Para su gestión, los procedimientos de selección requieren un conjunto de reglas y parámetros que mejoren las prácticas en esta materia con el propósito de cumplir cabalmente con los fines del Estado y alcanzar la adecuada administración en los recursos públicos. Ello dentro de un marco de la mayor transparencia, eficiencia, eficacia y economía.

Es necesario destacar la importancia de la contratación pública como instrumento que utiliza el Estado para la realización de los fines que le son inherentes, por lo que resulta imprescindible que el Estado compre un bien o contrate un servicio necesario para satisfacer una necesidad con la menor cantidad de recursos públicos y de manera eficaz y eficiente. Además si las contrataciones públicas se desarrollan en un contexto de publicidad y acceso a la información, se posibilita el control social.²⁴

20. *Ibidem*.

21. *Ídem*, p. 5.

22. Marienhoff sostiene que, en principio, existe libertad teórica de la administración para elegir su cocontratante en la medida en que una norma expresa no imponga un sistema que limite esa libertad (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, p. 157, § 627).

23. [Decreto 690/2016](#), art. 3.

24. ARCIDIÁCONO, Pilar, ARENOSO, Federico y ROSENBERG, Gastón [PODER CIUDADANO], *Transparencia y control social en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006. [N. del E.: más información [aquí](#)].

En un proceso de contratación transparente podemos decir que se benefician: a) el sector público, ya que sus decisiones tienen un respaldo de legitimidad y legalidad, b) el sector privado, que puede participar en estos procesos en un marco de competencia leal y c) la sociedad en general, dado que las necesidades sociales son cubiertas con bienes y servicios públicos adquiridos en mejores condiciones de mercado.

Ahora bien, para determinar que existe contrato administrativo debemos considerar tres datos fundamentales y ellos son: a) que una de las partes sea el Estado, b) que la prestación o actividad objeto del contrato esté destinada a satisfacer una necesidad de interés general de la ciudadanía, incluso las compras que son necesarias para el funcionamiento de los organismos públicos y c) que las normas jurídicas que regulan la relación contractual sean especiales, que exista un régimen exorbitante que salga de la órbita del derecho privado.

Por su parte, Andreucci²⁵ sostiene que “cualquiera sea el tipo de contrato que desee realizar la Administración, deberá respetar un procedimiento especial, atento a que las contrataciones de la Administración podrán ser” preponderantemente regidas por el derecho privado o “por el derecho público, lo que determina la existencia o no de contrato administrativo”. Todas las contrataciones de la Administración tendrán los requisitos esenciales de la presencia de un sujeto estatal (centralizado o descentralizado), una persona de derecho público o un particular y una causa fin de protección del interés público. Cuando a estos requisitos se agrega la existencia de un régimen de derecho público, se concreta que la administración imponga un régimen legal que desplace la vigencia o aplicación del derecho de fondo o común, fijando prerrogativas (por ejemplo, en la obra pública la locación de obra se rige por la legislación local del contrato de obra pública imponiendo prerrogativas que si no estuvieran se regiría por el derecho de fondo; en el empleo público, la locación de servicio se rige por el régimen local del empleo público fijando sus prerrogativas estatales). En los casos de locaciones regidas por el derecho de fondo, la administración no impone sus potestades y todo se rige por el derecho común).

En el siguiente punto, se detallarán estos elementos.

2.1. Caracterización del contrato administrativo

Según este criterio, un contrato de la administración puede ser considerado administrativo por cualquiera de las siguientes razones.

1) Estado como parte:

Considerar al Estado como parte del contrato administrativo implica genéricamente referirnos a la Administración Pública, englobando en esa expresión a to-

25. ANDREUCCI, Carlos A., “Contratación pública: sistemas de selección. Transparencia pública”, en la obra colectiva *Cuestiones de contratos administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, p. 802.

das las manifestaciones jurídicas del Estado en que pueden celebrarse contratos administrativos.

En el caso del Poder Ejecutivo Nacional y sus órganos dependientes, los denominados entes autárquicos o entes descentralizados, se considera Estado a la Administración Federal de Ingresos Públicos, a la Administración Nacional de la Seguridad Social, a la Comisión Nacional de Energía Atómica, al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, al Ente Regulador del Agua, entre otros. Y en lo que se refiere al Poder Legislativo y Poder Judicial Nacional, a través de sus órganos competentes, es decir, por medio de las dependencias facultadas para celebrar los contratos administrativos necesarios para el funcionamiento de tales poderes (función administrativa²⁶), como la contratación de personal o el suministro de insumos indispensables para su funcionamiento.

Dicho esto, es importante tener en cuenta que, para que se configure un contrato administrativo, una sola de las partes debe ser la Administración Pública. Por lo tanto, cuando las dos partes del contrato pertenecen a esa Administración, ya sea nacional, provincial, municipal o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no se celebra un contrato administrativo sino que se celebra un contrato interadministrativo.²⁷ La distinción es trascendente ya que las normas y reglas aplicables a los contratos administrativos no son aplicables a los contratos interadministrativos.

Podemos decir que en los contratos interadministrativos la Administración contrata consigo misma, motivo por el cual no resultan de aplicación las normas que rigen los contratos administrativos, concebidas para regular una relación contractual entre la Administración y un particular.

En ese contexto, la sola circunstancia de que una de las partes sea la Administración Pública no convierte automáticamente la relación en un contrato administrativo. Es indispensable que una de las partes del contrato sea la Administración pero para que ese contrato sea considerado administrativo o público debe concurrir otra característica más y es que la finalidad perseguida por la Administración al celebrar el contrato sea la satisfacción de una necesidad de interés general como veremos seguidamente.

2) Interés público:

Toda la actividad de la Administración Pública debe orientarse a satisfacer en forma directa e inmediata los intereses públicos, es decir, las necesidades colectivas del grupo social.

26. Al respecto, ver ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “La función administrativa” [online], en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* [portal web], [s.e.], [s.f.]. [Última consulta: 5/1/2017].

27. MUÑOZ, Ricardo A. (h), “Contratos interadministrativos. En la Unión Europea y en la Argentina” [online], en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, 03, 09/2014. [Último ingreso: 5/1/2017].

Una de las maneras en que la Administración intenta satisfacer las necesidades de interés general es mediante la celebración de distintos contratos. Ello sobre la idea de que su ejecución permitirá satisfacer una necesidad pública concreta, incluyendo la compra de insumos y bienes que hacen al funcionamiento corriente de las dependencias del Estado. Por esto, una de las formas en que se instrumenta la actividad administrativa es la de la contratación pública.

En este sentido, debe tenerse presente que el interés general no es, simplemente, la suma de intereses individuales de la totalidad o de la mayoría de la población, sino que la trasciende.

En nuestro país, tanto la jurisprudencia como *a fortiori* la doctrina han tendido a utilizar formas más amplias pero en definitiva menos precisas y puntuales, manifestando que la caracterización como contrato administrativo requeriría nociones tales como las de fin o interés público, o utilidad pública, o que pueda afectar una necesidad o fin público o de bien común.²⁸

3) Régimen exorbitante:

La presencia de la Administración Pública como una de las partes necesarias de las contrataciones administrativas y la finalidad íntimamente vinculada a la satisfacción de una necesidad de interés general son motivos suficientes para justificar la aplicación, respecto de los contratos, de un conjunto de principios generales y normas de características especiales, diferente del que regula las relaciones contractuales entabladas entre particulares.

En un contrato celebrado entre dos personas individuales o entre empresas, o entre un individuo y una empresa, los intereses que se encuentran involucrados son exclusivamente particulares y privados, de cada individuo, de cada empresa. Por lo tanto, se rigen por normas y reglas propias del derecho privado (ya sea civil o comercial), que se caracterizan por consagrar los principios de autonomía de la voluntad e igualdad jurídica absoluta entre las partes.

El principio de la autonomía de la voluntad puede resumirse en el clásico adagio que reza “todo lo que no está prohibido, está permitido”. Es decir que, en los contratos que celebran los particulares, las partes tienen un amplio margen para definir de qué modo regularán su relación contractual, teniendo como únicos límites ciertas exigencias establecidas en las normas, de cumplimiento ineludible, y algunas prohi-

28. COVIELLO, Pedro, “Los contratos de derecho privado de la administración”, en AA. VV., ob. cit. (cfr. nota 25), pp. 102 y ss. La Corte menciona el mismo criterio finalista, pero dice en otros casos que siempre el Estado actúa, por definición, en la prosecución del fin público o que el mero fin público no determina el carácter del contrato. En la primera línea, ver los *obiter dicta* de: a) 22/6/1962, “Empresas Rodríguez Inc., Delaware c/ Empresa Nacional de Transportes” (*Fallos*, t. 253, p. 101 [N. del E.: ver [aquí](#)]); b) 20/12/1965, “Cooperamet c/ Instituto Argentino de Promoción del Intercambio” (*Fallos*, t. 263, p. 510 [N. del E.: ver [aquí](#)]); c) 3/3/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ Cobro de australes” (*Fallos*, t. 315, p. 158 [N. del E.: ver [aquí](#)]); d) 2/3/1993, “Cinplast IAPSA c/ ENTel s/ Ordinario” (*Fallos*, t. 316, p. 212 [N. del E.: ver [aquí](#)]); entre otros casos que reseña Coviello (pp. 110 y ss).

biciones expresas. Pero la situación cambia significativamente cuando ingresamos en el campo de las contrataciones públicas.

Ciertamente, la intervención de la Administración Pública como parte de contratos y su estrecha vinculación con las necesidades de interés general obligan a modificar los ejes sobre los que se asienta el régimen jurídico aplicable, ya que mientras que el derecho privado está pensado para regir situaciones en las que solo están involucrados intereses particulares, este mismo régimen resulta insuficiente cuando el interés general aparece en escena con un protagonismo preponderante. Y se desdibuja así el principio de autonomía de la voluntad, uno de los pilares básicos de los contratos privados.

Esto es así debido a que el particular que contrata con la Administración no puede, en general, discutir o negociar con ella las cláusulas del contrato, sino que debe limitarse a aceptar las que unilateralmente fija la Administración.

La propia Administración carece de libertad plena para fijar las cláusulas contractuales que considere más convenientes. Esto se deriva del hecho de que la Administración Pública deberá ajustarse a las normas jurídicas aplicables, como ser la Constitución Nacional, tratados internacionales, leyes del Congreso, reglamentos administrativos, entre otras, que condicionan estrictamente la actuación en todos los ámbitos, entre ellos el contractual. Esto es lo que se denomina “principio de legalidad” o “principio de juridicidad”, cimiento fundamental del Estado de derecho. Así, el Estado en todas sus manifestaciones y en todas sus actividades debe actuar siempre con plena sujeción a las normas existentes.

La Administración, al representar el interés general comprometido en la celebración y ejecución del contrato, cuenta con una serie de poderes jurídicos denominados “potestades” o “prerrogativas”, que puede y debe ejercer frente al particular que contrató con ella cuando el interés general así lo exija.

Gordillo²⁹ entiende que el contrato quedará sometido a un régimen de derecho público, siendo por lo tanto un contrato administrativo y no un contrato de derecho privado de la administración cuando la Administración: a) contrate bajo un procedimiento de derecho público como lo es la licitación pública, con un pliego de bases y condiciones impuestos por la Administración en forma unilateral, b) incluya cláusulas por las que puede aplicar y ejecutar por sí ciertas penalidades (extinción unilateral por acto administrativo, multas por retardo, pérdida de la fianza, ejecución por terceros en caso de incumplimiento, entre otros), c) se exima de responsabilidad por falta de pago o mora en los pagos, salvo el reconocimiento de intereses reducidos, d) excluya la indemnización de lucro cesante si no cumple con el contrato y e) dé carácter precario a los derechos del contratista, o subcontratista en su caso (la provisión de obras, bienes o servicios a los concesionarios), entre otros.

Contrarrestando y limitando las potestades, el ordenamiento jurídico confiere a los particulares que contratan con la Administración una serie de garantías jurídicas

29. GORDILLO, Agustín A., ob. cit. (cfr. nota 12).

que sirven para equilibrar aquellas potestades y ponen a debido resguardo los derechos e intereses del particular. El reconocimiento de esas garantías a favor de una de las partes solo se justifica frente al otorgamiento de potestades a la otra. Por eso, ambas potestades y garantías solo existen y se justifican en los contratos administrativos, motivo por el cual no se presentan en los contratos privados.

Por su parte, Andreucci³⁰ afirma que

... el derecho administrativo actual se particulariza por la existencia de prerrogativas de la Administración frente a los particulares para lograr los fines de interés público y de derechos sustanciales o adjetivos del administrado frente a la Administración. Así, la función administrativa posee las siguientes prerrogativas: a) generar vínculos y obligaciones frente a terceros, siendo el reglamento lo más característico, b) la presunción de legitimidad del acto administrativo, c) la ejecutoriedad del acto administrativo, d) la convocatoria, celebración, interpretación dirección, control, inspección y rescisión unilateral de los contratos administrativos por parte de la función administrativa y e) las prerrogativas procedimentales o procesales a favor de la función administrativa (tales como la caducidad por el transcurso de los plazos para recurrir, demandar).

Por su parte, los derechos sustanciales emergen del plano constitucional (igualdad ante la ley: requisito de idoneidad en el acceso a los cargos públicos, procedimiento de selección del contratista; propiedad: mantenimiento de la ecuación económica financiera, la intangibilidad salarial, pago del precio en los contratos o del sueldo en el empleo; debido proceso o debida defensa: en la inspección en la obra pública con participación del contratista, representante legal o inspector, ofrecimiento de prueba y sustanciación de la misma para obtener un acto fundado; el procedimiento disciplinario en el empleo público que garantice un trámite regular, con oportunidad de respetar el derecho de defensa, ofrecimiento de prueba y sustanciación de la misma previo al dictado de un acto fundado). En este marco, la contratación pública permite que la Administración pueda cumplir con sus fines públicos por medio de terceros particulares que voluntariamente, siendo colaboradores del Estado, se involucren en la búsqueda del interés público aceptando las prerrogativas estatales y el ejercicio de sus derechos frente a la Administración.

Esta dualidad de potestades y garantías es propia del derecho público en general y de los contratos públicos en particular, en los que el Estado actúa en procura del interés general, configurando así un régimen jurídico especial, distinto del derecho privado que técnicamente recibe el nombre de régimen jurídico exorbitante, esto es régimen y/o cláusulas que están fuera de la órbita normal del derecho privado.³¹

30. ANDREUCCI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 25).

31. BARRA, Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980, pp. 166 y ss.

2.2. Objetivos de la contratación pública

Como objetivos de la política de contratación pública encontramos: a) crear las condiciones de competencia necesarias para que los contratos públicos se adjudiquen sin discriminación; b) conseguir una utilización racional del erario público mediante la elección de la oferta más conveniente; c) facilitar a las empresas el acceso al mercado; y d) reforzar la competitividad de las empresas como resultado de todo el proceso.

Al respecto, creemos que es interesante, para poner en práctica, un estudio ordenado por la Unión Europea en el que se llegó a la conclusión de que una eficaz política de contratación pública era esencial para: a) que el mercado único generara un crecimiento sostenido a largo plazo, con la consecuente creación de empleo; b) fomentar el desarrollo de empresas capacitadas para aprovechar las posibilidades que les ofrece el mayor mercado integrado del mundo y para hacer frente a la competencia en los mercados mundiales; y c) permitirle al contribuyente y al usuario obtener servicios públicos de mejor calidad a menor costo.³²

Por todo esto, son muchos los años de experiencia que podemos aprovechar para implementar y generar una transformación que aparte la corrupción como contracara de la transparencia.

Es probado que dada la gran dimensión de las contrataciones, el establecimiento de compras eficaces puede representar abonos considerables para los gobiernos y con ello para los contribuyentes. Asimismo, una adjudicación de contratos públicos limpia, no discriminatoria y transparente reduce el peligro de fraude y corrupción en las administraciones, pero si no basta la transparencia por sí sola para erradicar totalmente los vicios arraigados, entonces un mecanismo de seguimiento y control de los procedimientos con capacidad sancionadora proporcionada, efectiva y disuasiva ayudaría a prevenir el riesgo de perjudicar el interés público.

2.3. Normativa aplicable

El campo de la contratación pública es realmente vasto pues refleja las múltiples actividades que desarrolla la Administración Pública y es por ello que los tipos de contratos administrativos son numerosos.

Existe una amplísima gama de estos contratos, que va, por ejemplo, desde la contratación de un empleado público hasta la concesión de un servicio público esencial para la ciudadanía, como la distribución eléctrica o de agua corriente.

Esta diversidad tiene en el plano normativo una consecuencia inevitable que es la imposibilidad de incluir en una regulación legal, uniforme, única e integral la totalidad de estos contratos públicos.

32. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, "Libro Verde. Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro", Bruselas, 27/11/1996, COM(96) 583 final.

Así podemos enumerar algunas de ellas: la [Ley 25164](#) y los Decretos [1421/2002](#) y [1184/2001](#), que establecen distintas variantes en la contratación de empleados públicos; la [Ley 13064](#), que rige el contrato de obra pública; la [Ley 17520](#), que regula el contrato de concesión de obra pública; la [Ley 11672](#), complementaria permanente de presupuesto; la [Ley 24156](#) de administración financiera y de los sistemas de control del sector público nacional que contienen disposiciones aplicables en general a todas las contrataciones y, en especial, rigen el contrato de empréstito público; y la [Ley 22460](#), que establece el régimen del contrato de consultoría.

No obstante, esta variedad tiene vigencia en el ámbito nacional una norma por la que se establece un régimen general de contrataciones públicas, que regula todos estos contratos, salvo los expresamente excluidos. Es decir, que si bien no es posible establecer un sistema único para todas las contrataciones, al menos se ha generalizado la regulación normativa de los aspectos que son comunes a todas ellas.

En el Decreto delegado 1023/2001, se establecen, entre otras cuestiones: a) los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones; b) las formalidades que se deben cumplir en las actuaciones administrativas tendientes a celebrar los contratos; c) las facultades, los derechos y las obligaciones de la autoridad administrativa contratante y de los particulares que contratan con la administración; d) las responsabilidades de los funcionarios intervinientes; e) el criterio de selección de aquel con quien contratará la administración.

Por su parte, mediante el Decreto 893/2012 se aprobó el Reglamento para la Adquisición, Enajenación y Contratación de Bienes y Servicios del Estado Nacional, complementando al Decreto 1023/2001, y en una posición de subordinación jurídica. Por medio del mismo, se regulan cuestiones tales como: a) las formas de publicidad y difusión de los pliegos de bases y condiciones y de los procedimientos de licitación, concurso y subasta en el país y en el exterior; b) el desarrollo de estos procedimientos y las distintas modalidades de las contrataciones; c) la forma de confeccionar los pliegos de bases y condiciones; d) los elementos relacionados con la presentación y evaluación de las ofertas; e) el perfeccionamiento, la ejecución y la extinción del contrato; f) lo relativo a los proveedores de la administración: sanciones aplicables; g) la vista de las actuaciones, h) la programación de las contrataciones; y i) la publicidad de la convocatoria para recibir observaciones al pliego de bases y condiciones particulares.

El Decreto delegado 1023/2001, en su artículo 1, señala que

El régimen de contrataciones de la Administración Nacional, tendrá por objeto que las obras, bienes y servicios sean obtenidos con la mejor tecnología proporcionada a las necesidades, en el momento oportuno y al menor costo posible...

Tanto el decreto como nosotros dedicaremos especial atención al principio de transparencia, el cual debe verificarse en las actuaciones administrativas. Para ello se señala la necesidad de dar mayor publicidad y difusión a las actuaciones emergentes

de la aplicación de este régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad.

3. Principios generales aplicables a las contrataciones públicas

En estas breves reflexiones, abordaremos estos principios generales de derecho, inabarcables en este trabajo pero sobre lo cual nos interesa efectuar unas consideraciones previas. Cualquiera sea el procedimiento de contratación estatal que vayamos a aplicar, este deberá interpretarse desde el inicio de las acciones administrativas hasta la finalización de la ejecución acordada, sobre la base de un riguroso cumplimiento de una serie de principios generales consagrados normativamente en el artículo 3 del Decreto delegado 1023/2001: legalidad o juridicidad, razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación, promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes, transparencia en los procedimientos, publicidad y difusión de las actuaciones, responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que intervengan en las contrataciones y, finalmente igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes; y en el artículo 7 de la [Ley 2095](#) de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Hacemos referencia a esta última ley, ya que, en general, ambas normas coinciden y pueden resumirse así:

- a) Principio de libre competencia: en los procedimientos de compras y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de oferentes potenciales.
- b) Principio de concurrencia e igualdad: todo oferente de bienes y/o servicios debe tener participación y acceso para contratar con las entidades y jurisdicciones en condiciones semejantes a la de los demás, estando prohibida la existencia de privilegios, ventajas o prerrogativas, salvo las excepciones de ley.
- c) Principio de legalidad: todo el proceso de contratación y posterior ejecución de los contratos que el sector público celebre con terceros debe estar positivamente sometido al ordenamiento jurídico en su totalidad.
- d) Principio de publicidad y difusión: la publicidad de los llamados es el presupuesto necesario para asegurar la libertad de concurrencia suscitando en cada caso la máxima competencia posible, garantizando la igualdad de acceso a la contratación y la protección de los intereses económicos de la Ciudad.
- e) Principio de eficiencia y eficacia: los bienes y servicios que se adquieran o contraten deben reunir los requisitos de calidad, precio, plazo de ejecución y entrega y deberán efectuarse en las mejores condiciones en su uso final.

- f) Principio de economía: en toda compra o contratación se aplicarán los criterios de simplicidad, austeridad, concentración y ahorro en el uso de los recursos, en las etapas de los procesos de selección y en los acuerdos y resoluciones recaídos sobre ellos, debiéndose evitar en las bases y en los contratos exigencias y formalidades costosas e innecesarias.
- g) Principio de razonabilidad: en toda la contratación debe existir una estrecha vinculación entre el objeto de la contratación con el interés público comprometido.
- h) Principio de transparencia: la contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de éste régimen, la utilización de las tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de contrataciones y participación real y efectiva de la comunidad.

Pero todo esto no se logra solo con la sanción de leyes, como han anticipado los doctrinarios Canosa, Ivanega y Rejtman Farah:

... las prácticas reñidas con la ética no cambiarán por una ley ni se revertirán con meros cambios de textos normativos. Es necesario realizar un abordaje sistémico, una aplicación irrestricta de soluciones que garanticen los principios y garantías constitucionales en juego, y la clara y firme voluntad de funcionarios, partes intervinientes en el proceso, sociedad civil y operadores del derecho, por hacerla efectiva.³³

En relación a esta cuestión, la Procuración del Tesoro de la Nación ha sostenido que “el principio de transparencia no es propio o específico del procedimiento licitatorio, porque debería serlo de todos los procedimientos administrativos”. La transparencia aparece así “como el cumplimiento cabal de todos los otros principios propios de la licitación (publicidad, concurrencia, igualdad) y entendemos que los engloba. Es un resultado de su cumplimiento”. La transparencia está también emparentada con el control³⁴ y la publicidad, receptados por la jurisprudencia en “Copimex CAC”.³⁵

En igual sentido, el ordenamiento europeo ha reconocido la necesidad de encauzar el procedimiento de contratación administrativa a principios esenciales, des-

33. CANOSA, Armando N., IVANEGA, Miriam M. y REJTMAN FARAH, Mario, “Procedimiento y proceso administrativo, jornadas organizadas por la Carrera de Especialización”, en Cassagne, Juan C. [dir.], *Derecho Administrativo Económico. Sección I – El procedimiento administrativo*. (Ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/2642/2012).

34. Dictamen 15/2005 PTN del 12/08/2005. Expte. 01-0153535/04. Organismo Nacional de Administración de Bienes, Dictámenes 253:167.

35. CSJN, 27/8/1991, “Copimex CAC e ISA c/ Alesia SACIF y AG” (*Fallos*, t. 314, p. 899 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

tacando entre ellos los de igualdad, no discriminación y transparencia.³⁶ Es interesante el conocido Informe Nolan,³⁷ en donde el primer ministro británico, para el establecimiento de unas normas de conducta en la vida pública, da una serie de recomendaciones sobre los principios que han de inspirar la actuación de políticos y servidores públicos:

... desinterés: decisiones solo con arreglo al interés público, integridad: no colocarse bajo ninguna obligación financiera o de otro tipo con terceros u organizaciones, objetividad: se deben elegir razones de mérito al momento de decidir, responsabilidad: sometidos a procedimientos de control de acuerdo con el cargo que se ocupa, transparencia, honestidad, liderazgo...

4. Principio de transparencia en las contrataciones públicas³⁸

Entenderemos completamente la importancia de este principio si tenemos presente que en el proceso de compra pública cuidar el dinero del comprador es central porque no es propiedad de quien lo gasta en ese momento. Si bien esto puede parecer una obviedad, muchas veces es olvidado, y es un dato primordial ya que determina el notable valor que tiene la capacitación e idoneidad de los funcionarios que trabajan en las áreas de compras. Además, las contrataciones son un punto de contacto entre la Administración Pública y el sector privado. Y es en este contexto en donde se dan intereses contrapuestos ya que, mientras que el sector privado tiene como interés particular el económico, la Administración Pública tiene que satisfacer el interés general de la sociedad. Y a través del sistema de contrataciones públicas, la Administración ejecuta gran parte del presupuesto, lo cual implica un movimiento de miles de millones de pesos que influyen en miles de procesos de contrataciones en manos de miles de funcionarios públicos.

Estos elementos, junto a otros muchos factores, hacen que los procesos de contrataciones públicas sean espacios donde los actores intervinientes tienden a ejercer presiones para satisfacer sus propios intereses, dejando de lado la finalidad de satis-

36. Al respecto puede verse la *Directiva 2004/18/CE* del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea, del 31/3/2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

37. Cfr. *Informe NOLAN, Normas de conducta de la vida pública*. La versión completa del informe puede verse en Documentos INAP, Madrid, 1996. [Ver [aquí](#)]. A petición del primer ministro británico, a finales de 1995 se constituyó un comité de expertos para proponer las Normas de Conducta en la Vida Pública, referida a la actividad parlamentaria y administrativa. Dicho comité, presidido por el juez Nolan, emitió en mayo de 1995 un primer informe con recomendaciones.

38. La fundación Poder Ciudadano ha estudiado estas cuestiones que, por considerarlas completas, simplemente adaptaremos y transcribiremos. Así, como podremos comprobar al avanzar en la lectura, aquello que difiere del texto original es porque lo hemos ampliado. Ver ARCIDIÁCONO, Pilar, ARENOSO, Federico y ROSENBERG, Gastón [PODER CIUDADANO], *ob. cit.* (cfr. nota 24).

facier el interés general de la sociedad, razón por la cual el respeto y cumplimiento de las normas y principios que rigen las contrataciones públicas por parte de los funcionarios públicos se tornan esenciales para evitar que las presiones por satisfacer el interés privado vulneren el propósito público.

Como afirma Lamoglia

La organización y puesta en marcha de una Administración Pública eficiente, accesible, comprometida con los valores del Estado de Derecho y que además acredite transparencia en cada una de las decisiones que adopte, son objetivos primarios a los que debe contribuir el derecho administrativo como rama de la ciencia jurídica ocupada del quehacer de la administración y de su relación con los ciudadanos en pos de satisfacer el interés de la población.³⁹

Esto, que parece simple, en la práctica no lo es, ya que las compras públicas deben desarrollarse con un doble objetivo complejo: no solo tienen como finalidad la satisfacción inmediata o mediata del interés general de la sociedad, sino que deben hacerse al mejor precio y la mejor calidad posibles. Y es así como el principio de transparencia juega un rol sumamente importante. Prueba de ello es que tanto los tratados internacionales como las leyes y decretos internos se ocupan de él.

La transparencia en las contrataciones públicas no solo obliga a los funcionarios a publicitar sus acciones en diversas etapas y fundamentar cada una de las decisiones, sino que genera el derecho de la sociedad de ejercer un control sobre los procesos de compras que están destinados a satisfacer las propias necesidades de la ciudadanía en su conjunto.

Como se ha pronunciado parte de la doctrina española,

... la transparencia, debe aparecer en toda la tramitación del procedimiento, incluyendo como es lógico el aspecto relativo a la aprobación y control del gasto, hasta su finalización, lo que obliga a publicar también el acto de adjudicación del contrato, a fin de que los interesados puedan impugnarlo.⁴⁰

En este sentido, corresponde mencionar, como explicación del principio de transparencia, el artículo 17 del Decreto delegado 1023/2001 y las observaciones al proyecto de pliego contenidas en el artículo 54 del Decreto 893/2012.

El artículo 17 prevé que

el principio de concurrencia de ofertas no deberá ser restringido por medio de recaudos excesivos, severidad en la admisión de ofertas o exclusión de éstas por

39. LAMOGLIA, Carlos M., "Los principios de la licitación pública. Pautas y lineamientos para una mejor administración", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/4598/2012).

40. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 574.

omisiones intrascendentes, debiéndose requerir a los oferentes incursos en falta las aclaraciones que sean necesarias, dándoseles la oportunidad de subsanar deficiencias insustanciales, no pudiendo alterar los principios de igualdad y transparencia establecidos en el artículo 3 de este Régimen, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

Y el artículo 54 que hemos mencionado establece que

... la convocatoria para recibir observaciones al proyecto de pliego de bases y condiciones particulares deberá efectuarse mediante la difusión en el sitio de internet de la Oficina Nacional de Contrataciones con diez (10) días corridos, como mínimo, de antelación a la fecha de finalización del plazo para formular observaciones. Durante todo ese plazo cualquier persona podrá realizar observaciones al proyecto de pliego sometido a consulta pública. A los fines de su difusión la información referente a la convocatoria deberá remitirse a la Oficina Nacional de Contrataciones, con dos (2) días de antelación al de la fecha en que corresponda efectuar su difusión, conjuntamente con los proyectos de bases y condiciones particulares.

Dicho esto, entendemos que la sociedad no solo tiene el derecho a exigir a los funcionarios públicos una gestión transparente, sino que este derecho es también un deber. Entre los ciudadanos existe, al menos, la responsabilidad de preguntarse de qué manera la Administración gasta el dinero destinado a satisfacer nuestras necesidades. No puede pasar desapercibido que los recursos con los que el Estado cumple sus funciones son públicos, lo cual significa que son de la sociedad. Por eso preferimos hablar de un derecho-deber de los ciudadanos de exigir una gestión pública transparente.

4.1. Regulación normativa

Como venimos desarrollando, el principio de transparencia en las contrataciones públicas está ligado a conceptos claves, como ser la fundamentación de acciones y decisiones, el derecho a informarse que tienen los miembros de la sociedad, la publicidad de los actos en las diferentes etapas y el control social. En este sentido, Rejtman Farah expresa que “el principio de transparencia aparece así superando su tradicional objetivo cual es el de constituirse en una valla a la corrupción”.⁴¹

El marco normativo de referencia para la transparencia en materia de contrataciones públicas se rige en el ámbito nacional por el Código de Ética de la Función Pública ([Decreto 41/1999](#)), la Ley de Ética Pública ([Ley 25188](#)), el Decreto delegado [1023/2001](#) y la Ley de Responsabilidad Fiscal ([Ley 25152](#) y [Ley 23696](#)).

41. REJTMAN FARAH, Mario, *Régimen de contrataciones de la administración nacional*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2010, pp. 124 y ss.

En el plano internacional se rige por la [Ley 24759](#) y la [Ley 26097](#) que aprueban respectivamente la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

4.1.1. Ámbito nacional

El Código de Ética de la Función Pública dispone que la transparencia es exigible a todo funcionario público, ya que deben ajustar su conducta al derecho que tiene la sociedad de estar informada sobre la actividad de la Administración.⁴² Por su parte, la Ley de Ética Pública establece como principio que quienes ejercen la función pública deben fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas, sin restringir información a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan.⁴³

Puntualmente, la transparencia en los procedimientos es uno de los principios generales y centrales de las contrataciones públicas, tal como lo señala su norma rectora: el Decreto delegado 1023/2001.⁴⁴ En su artículo 9 define al principio de transparencia:

Transparencia. La contratación pública se desarrollará en todas sus etapas en un contexto de transparencia que se basará en la publicidad y difusión de las actuaciones emergentes de la aplicación de éste régimen, la utilización de tecnologías informáticas que permitan aumentar la eficiencia de los procesos y facilitar el acceso de la sociedad a la información relativa a la gestión del estado en materia de contrataciones y en la participación real y efectiva de la comunidad, lo cual posibilitará el control social sobre las contrataciones públicas.

Asimismo, teniendo como base el principio de transparencia, la apertura de las ofertas siempre se realizará en un acto público, siendo ello también aplicable a las contrataciones públicas electrónica⁴⁵.

42. Ver art. 20 del [Decreto 41/1999](#).

43. Ver art. 2, inc. e), [Ley 25188](#).

44. [Decreto delegado 1023/2001](#), art. 3: “Principios generales. Los principios generales a los que deberá ajustarse la gestión de las contrataciones, teniendo en cuenta las particularidades de cada una de ellas, serán: [...] c) Transparencia en los procedimientos”. Es muy importante la parte final del artículo donde dice que “Desde el inicio de las actuaciones hasta la finalización de la ejecución del contrato, toda cuestión vinculada con la contratación deberá interpretarse sobre la base de una rigurosa observancia de los principios que le anteceden”.

45. Párrafo incorporado por el art. 4 del [Decreto 666/2003](#) (vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria). En tal sentido, el decreto reglamentario, en su artículo 71, indica que en el lugar, día y hora determinado para celebrar el acto, se procederá a abrir las ofertas en presencia de todos aquellos que desearan presenciara, quienes podrán verificar la existencia, número y procedencia de los sobres, cajas o paquetes dispuestos para ser abiertos. En tal sentido, la legitimación para presenciar el acto no solo es amplia, sino que también intensa en cuanto a las facultades de fiscalización. Resulta este un acto de suma importancia, ya que en este momento las ofertas pasan a ser de dominio público con todos los efectos y consecuencias que ello trae aparejado.

Podemos ver que la norma al desarrollar este principio no solo la relaciona con el principio de publicidad de los actos⁴⁶, sino que va más allá y deja en claro que la transparencia tiene como fin posibilitar el control social sobre las contrataciones públicas.

Es interesante el aporte que doctrinarios hacen a nuestra disciplina comentando el Decreto delegado 1023/2001⁴⁷ y que aquí queremos transcribir por su precisión y claridad. Es así que señalan que la transparencia aparece como pilar de toda pauta interpretativa del régimen contractual. Asimismo, dicho principio no es patrimonio exclusivo de las contrataciones públicas nacionales, como ya vimos, porque si bien en lo que respecta al artículo 9 del Decreto, se refiere a las contrataciones comprendidas dentro de su ámbito de aplicación, este debe encontrarse presente en toda la actividad estatal.

En relación a la conceptualización del principio de transparencia, hacen un interesante desarrollo y manifiestan que es muy importante señalar qué es lo que realmente comprende en el ámbito de aplicación de los contratos que se deben regir por el Decreto delegado 1023/2001. Y si bien encuentra previsión fundamentalmente en los artículos 3, 9, 19⁴⁸ y 32⁴⁹ del mencionado Decreto, también se halla en otras nor-

46. En nuestro país, el principio de publicidad tiene rango constitucional, ya que emerge del sistema republicano, representativo y popular establecido en el art. 1 de la [Constitución Nacional](#).

47. REJTMAN FARAH, Mario [dir.], ALONSO REGUEIRA, Enrique y CARDACI MÉNDEZ, Ariel [coords.], *Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, pp. 99-108.

48. *Decreto delegado 1023/2001*, art. 19: “Control del procedimiento contractual. Toda persona que acredite fehacientemente algún interés, podrá en cualquier momento tomar vista de las actuaciones referidas a la contratación, con excepción de la información que se encuentre amparada bajo normas de confidencialidad, desde la iniciación de las actuaciones hasta la extinción del contrato, exceptuando la etapa de evaluación de las ofertas. La negativa infundada a dar vista de las actuaciones se considerará falta grave por parte del funcionario o agente al que corresponda otorgarla. La vista del expediente no interrumpirá los plazos”.

49. *Decreto delegado 1023/2001*, art. 32: “Publicidad y difusión. La convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones y concursos públicos que no se realicen en formato digital, deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos (2) días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, computados a partir del día siguiente a la última publicación. En los casos de contrataciones que por su importancia, complejidad u otras características lo hicieran necesario, deberán ampliarse los plazos de antelación fijados, en las condiciones que determine la reglamentación.

Cuando se trate de licitaciones o concursos internacionales, deberán disponerse las publicaciones pertinentes en países extranjeros, con una antelación que no será menor a cuarenta (40) días corridos, en la forma y con las modalidades que establezca la reglamentación. La invitación a presentar ofertas en las licitaciones y concursos privados deberá efectuarse con un mínimo de siete (7) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura, en las condiciones que fije la reglamentación, y complementarse mediante la exhibición de la convocatoria, el pliego de bases y condiciones particulares y las especificaciones técnicas en carteleros o carpetas ubicadas en lugares visibles el organismo contratante, cuyo ingreso sea irrestricto para los interesados en consultarlos” [...] (expresión “licitación o concurso abreviados” sustituida por “licitación o concurso privados” por el art. 8 del *Decreto 666/2003* [vigencia: desde el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial y será de aplicación a las contrataciones que, aunque autorizadas con anterioridad, tengan pendiente la convocatoria]).

“Todas las convocatorias, cualquiera sea el procedimiento de selección que se utilice, se difundirá por internet u otro medio electrónico de igual alcance que lo reemplaza, en el sitio del Órgano Rector, en forma simul-

mas que inciden profundamente en el régimen general de los contratos administrativos en cuestión y que ya hemos mencionado.

Para darle precisión al principio y dado que ha sido legislado con terminología similar en varias normas, aunque no de manera idéntica, todas estas deben entenderse complementadas con las de rango superior y de similar jerarquía.

La legislación que reguló la llamada reforma del Estado, especialmente las privatizaciones contempladas en la [Ley 23696](#), asoció⁵⁰ el principio de transparencia y también el de publicidad con el de concurrencia. Por su parte, la [Ley 25188](#) de Ética de la Función Pública⁵¹ y el [Decreto 41/1999](#) también contemplan expresamente el principio en análisis. La ley en su artículo 2 exige que los funcionarios públicos muestren la mayor transparencia en el ejercicio de sus deberes vinculándolo en el inciso h) también con el principio de concurrencia. En relación con dicha normativa, para su total implementación se previó la creación de la Comisión Nacional de Ética Pública⁵² como órgano para la efectiva garantía del cumplimiento de la [Ley 25188](#). Sin embargo, no ha sido creada ya que han existido reparos constitucionales a su conformación.

También el [Decreto 229/2000](#), Carta Compromiso con el Ciudadano, en sus considerandos menciona, de manera concordante con lo hasta aquí expresado, que la transparencia en el desempeño efectivo de cada organismo es la piedra angular de un Estado⁵³ que opera de cara a sus administrados, en especial rindiendo cuenta en for-

tánea, desde el día en que se les comience a dar publicidad por el medio específico que se establezca en el presente o en la reglamentación, o desde que se cursen las invitaciones, hasta el día de la apertura, con el fin de garantizar el cumplimiento de los principios generales establecidos en el artículo 3 de este régimen. Con el fin de cumplir el principio de transparencia, se difundirá por internet, en el sitio del Órgano Rector, las convocatorias, los proyectos de pliegos correspondientes a contrataciones que la autoridad competente someta a consideración pública, los pliegos de bases y condiciones, el acta de apertura, las adjudicaciones, las órdenes de compra y toda otra información que la reglamentación determine. Quedan exceptuadas de la obligación de difusión en todas las etapas del procedimiento, las contrataciones directas encuadradas en el apartado 6 del inciso d) del artículo 25 y de difusión de la convocatoria las de los apartados 5, para los casos de emergencia, y 8”.

50. Art. 18 [Ley 23696](#): “Procedimiento de selección. Las modalidades establecidas en el artículo anterior, se ejecutarán por alguno de los procedimientos que se señalan a continuación o por combinación entre ellos. En todos los casos se asegurará la máxima transparencia y publicidad, estimulando la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados...”.

51. La [Ley 25188](#), en su art. 2, incs. e) y h), prevé que los organismos del estado nacional se encuentran obligados a fundar sus actos y a mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o interés público claramente lo exijan, y a observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia y razonabilidad.

52. Art. 23 [Ley 25188](#) reza así: “Créase en el ámbito del Congreso de la Nación, la Comisión Nacional de Ética Pública, que funcionará como órgano independiente y actuará con autonomía funcional, en garantía del cumplimiento de lo normado en la presente ley”.

53. Ya que en la parte dispositiva, el art. 4 del [Decreto 229/2000](#), bajo el título “Principios rectores”, menciona en su inc. g) el principio de transparencia, señalando que los organismos prestadores de servicios a los ciudadanos en tanto tales deben realizar la publicidad de su gestión en cuanto dar a conocer qué puede razonablemente esperarse en cada caso como garantía de efectividad y eficiencia en la asignación de sus recursos

ma periódica sobre la eficacia en la prestación de sus servicios. Se verifica así la gran importancia que tiene el principio aquí expuesto y cuán arraigado se encuentra en el ordenamiento jurídico nacional.

A nivel constitucional, se consagra implícitamente en su artículo 1 el principio de publicidad y transparencia de los actos de gobierno como ya hemos expresado y a lo cual nos remitimos. Lo republicano comprende conceptualmente el respeto a los principios mencionados.

Volviendo a lo reseñado por la Fundación Poder Ciudadano al desarrollar el principio de transparencia de acuerdo al Decreto delegado 1023/2001, no solo se lo relaciona con el principio de publicidad de los actos, sino que va aún más allá y deja en claro que la transparencia tiene como fin posibilitar el control social sobre las contrataciones públicas.

No podría ser de otra manera ya que, si bien las contrataciones públicas tienen como finalidad inmediata adquirir un bien, un servicio o ejecutar una obra de la mejor calidad y al menor costo posible, todo el proceso debe cumplir con estándares mínimos de transparencia que permitan un efectivo control social, tal como lo dispone la normativa.

Y es la misma norma la que nos brinda un parámetro sobre el contenido del control social, que debe darse sobre el efectivo cumplimiento de los demás principios de las contrataciones y el acceso a la información, que veremos luego, como herramienta fundamental de este control.

La Ley 25512, que establece el Régimen de la Convertibilidad Fiscal, dispone que la documentación producida en el ámbito de la Administración Nacional que allí se detalla tiene carácter de información pública y será de libre acceso para cualquier institución o persona interesada en conocerla.⁵⁴ Se puede decir entonces que el principio de transparencia tiene un ámbito de manifestación interno y otro externo.

En el ámbito interno, la transparencia se logra, entre otros mecanismos, mediante el envío permanente, detallado, adecuado y veraz de toda la información relativa a las contrataciones públicas, al órgano rector del sistema de contrataciones de la Administración Nacional: la Oficina Nacional de Contrataciones (ONC) dependiente de la Jefatura de Gabinete de la Nación. En el ámbito externo, la transparencia se consigue a través de la permanente intervención de los oferentes en las actuaciones administrativas; por la masiva publicidad y difusión que se dé a dichas actuaciones, de modo que puedan ser conocidas por la sociedad civil, y por el respeto irrestricto de las formas normativamente impuestas, que en una República, siguiendo a Comadira⁵⁵, “son aliadas inseparables de la transparencia”.

humanos, económicos y financieros. Dicha normativa asocia nuevamente este principio con el de publicidad, efectividad y eficiencia.

54. Art. 8 Ley 25152.

55. COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2^{da} ed. act. y ampl., pp. 612 y ss.

Dentro de este marco normativo orientado a la transparencia de las contrataciones públicas, aparece como central la cláusula anticorrupción⁵⁶ como contracara del principio en estudio.⁵⁷

4.1.2. Ámbito internacional

Tal como leemos en el Decreto delegado 1023/2001 comentado,⁵⁸

... el principio de transparencia se encuentra en un marco jurídico que no solo compromete a la Administración central y demás entes del Estado respecto del ámbito de su competencia de manera exclusiva en el ámbito nacional e interno, sino que vincula a la Argentina de manera internacional en tanto el país, como ya hemos adelantado, ha ratificado la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵⁹ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.⁶⁰

Ambos tratados internacionales gozan de jerarquía superior a las leyes locales, sin dejar de mencionar la existencia de otros tratados internacionales suscriptos por el país en los que se prevé el derecho de los particulares de recibir información.⁶¹

56. Art. 10 [Decreto delegado 1023/2001](#): “Será causal determinante del rechazo sin más trámite de la propuesta u oferta en cualquier estado de la licitación o de la rescisión de pleno derecho del contrato dar u ofrecer dinero o cualquier dádiva a fin de que: a) Funcionarios o empleados públicos con competencia referida a una licitación o contrato hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, b) O para que hagan valer la influencia de su cargo ante otro funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones, c) Cualquier persona haga valer su relación o influencia sobre un funcionario o empleado público con la competencia descripta, a fin de que éstos hagan o dejen de hacer algo relativo a sus funciones. Serán considerados sujetos activos de esta conducta quienes hayan cometido tales actos en interés del contratista directa o indirectamente, ya sea como representantes administradores, socios, mandatarios, gerentes, empleados, contratados, gestores de negocios, síndicos, o cualquier otra persona física o jurídica. Las consecuencias de estas conductas ilícitas se producirán aún cuando se hubiesen consumado en grado de tentativa”.

Antecedentes de este artículo son la Convención Interamericana contra la Corrupción ([Ley 24759](#)) y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ([Ley 26097](#)), que encara fuertemente el tema de la transparencia y, por lo tanto, constituye un gran esfuerzo por combatir la corrupción que en la práctica ha tenido auspiciosos resultados. No obstante, el referido art. 10 encuentra su inmediato antecedente en el ya derogado [Decreto 436/2000](#), que en su oportunidad previó idéntico contenido. Y puede mencionarse como íntimamente relacionado con el precepto el art. 36 del [Decreto 41/1999](#), aprobatorio del Código de Ética de la Función Pública, en tanto dispone: “Beneficios prohibidos. El funcionario público no debe, directa o indirectamente, ni para sí ni para terceros, solicitar, aceptar o admitir dinero, dádivas, beneficios, regalos, favores, promesas u otras ventajas en las siguientes situaciones: a) para hacer, retardar o dejar de hacer tareas relativas a sus funciones; b) para hacer valer su influencia ante otro funcionario público, a fin de que éste haga, retarde o deje de hacer tareas relativas a sus funciones; c) cuando resultare que no se habrían ofrecido o dado si el destinatario no desempeñara ese cargo o función”.

57. Sugerimos al lector que quiera ahondar en la temática la lectura de MAIRAL, Héctor A., “Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, en *Revista RAP*, 2007.

58. REJTMAN FARAH, Mario, ob. cit. (cfr. nota 47), pp. 612 y ss.

59. Ver Convención Interamericana contra la Corrupción ([Ley 24759](#)), art. 3, inc. 5.

60. Ver Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ([Ley 26097](#)), arts. 5, 7, 9, 10 y 13.

61. Cfr. art. 13 Convención Americana sobre Derechos Humanos ([Ley 23054](#)); art. 19 inc. 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ([Ley 23313](#)); art. 19 [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) del 10/12/1948.

La aprobación de estas dos normas significa un paso muy importante en materia de transparencia, por tratarse de compromisos asumidos que habilitan a los ciudadanos a exigir su cumplimiento a las autoridades locales. No obstante ello, no debemos perder de vista que se trata de declaraciones de principios y estándares mínimos de transparencia que en todos los casos son puestos en práctica a través de las normas locales ya mencionadas.

Entre sus directrices, la Convención Interamericana contra la Corrupción encuentra notorios preceptos respecto de conductas estatales referidas a la transparencia y publicidad, señalando como finalidad la indicada en su preámbulo: “La corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia”.

A su vez, expresa en el artículo 3 apartado 5 sobre la promoción de sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas.

Rejtman Farah señala que

... autorizada doctrina ha sostenido que conforme a la Ley 24.759, no parece que en adelante pueda afrontarse válida y legalmente sin incurrir en responsabilidad personal e institucional, una contratación de gran significación sin el cumplimiento de tales recaudos previos, debiendo dichas contrataciones efectuarse y transitar al amparo del principio de transparencia, vinculado a la publicidad, equidad, eficiencia y concurrencia, para así lograr los cometidos públicos y mantener la validez de la contratación.⁶²

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción define en su preámbulo un aspecto del principio de transparencia, en tanto si bien reconoce que la prevención y erradicación de la corrupción son responsabilidad de todos los Estados y que deben cooperar entre sí, destaca que ello debe hacerse necesariamente con el apoyo y la participación de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones de base comunitaria para que sus esfuerzos en este ámbito sean eficaces.

Además trata específicamente la temática de las contrataciones públicas y obliga a cada Estado parte a adoptar las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.⁶³ También dispone que los sistemas de compras deben tener ciertos estándares mínimos como ser: a) la difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública incluida información sobre licitaciones e

62. REJTMAN FARAH, Mario, ob. cit., p. 613 y ss.

63. Art. 9 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Ley 26097).

información pertinente u oportuna sobre la adjudicación de contratos, a fin de que licitadores potenciales dispongan de tiempo suficiente para preparar y presentar sus ofertas, b) la formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección, adjudicación y reglas de la licitación, así como su publicación, c) la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos, d) un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de apelación para garantizar recursos y soluciones legales en el caso de que no se respeten las reglas o los procedimientos establecidos.

Estas normas son herramientas fundamentales para combatir la corrupción de los Estados y deben ser complementadas en su aplicación con las disposiciones locales que promueven la transparencia en la gestión pública, fundamentalmente a través del acceso a la información y publicidad de los actos de gobierno que permiten un efectivo control social.⁶⁴

4.2. Recepción jurisprudencial

En la jurisprudencia encontramos antecedentes de este principio y el Máximo Tribunal ha señalado que es necesaria la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública.⁶⁵ Lo apunta como algo necesario y no como una opción. Se advierte así como un imperativo la aplicación efectiva de este principio.

De igual modo, la Sala 3ª de la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal resolvió claramente este criterio, confirmado posteriormente por la Corte Suprema en los mismos autos, de que la transparencia es condición esencial de validez de un contrato y debería reflejarse tanto en su celebración como en su ejecución.⁶⁶

También se ha dicho por mayoría que si la licitación se caracteriza fundamentalmente por la publicidad y el trato igualitario, el acceso de las partes al expediente

64. Es importante incrementar los controles y la transparencia de la gestión, entendida esta última no sólo como un imperativo legal sino como un presupuesto fundamental para el gasto eficiente de los recursos públicos. Así, es necesario impulsar medidas tendientes a ampliar la publicidad de los trámites de adquisición de bienes y servicios y profundizar el control para evitar irregularidades en la selección de los adjudicatarios como podrían ser adquirir bienes y servicios a firmas que: a) no cuentan con capacidad operativa para proveerlos o b) no se encuentran en una situación regular en relación al cumplimiento de sus obligaciones tributarias y/o c) que estén vinculadas entre sí o con funcionarios de órganos contratantes. En consecuencia, es necesario adoptar medidas tendientes a permitir monitorear en forma asistemática la utilización de los recursos destinados a la contratación de bienes, obras y servicios.

65. CSJN, 20/6/2006, "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)" (*Fallos*, t. 329, p. 2316 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

66. CSJN, 18/7/2002, "Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo" (*Fallos*, t. 325, p. 1787 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

favorece decididamente la observancia de la legalidad y transparencia del procedimiento mediante el control que, como colaboradores del buen funcionamiento de la Administración, ellos asumen.⁶⁷

Como señala Rejtman Farah⁶⁸, el principio de transparencia y publicidad de las actuaciones “deja de ser una declaración de intenciones, y viene teniendo progresivamente oportuna recepción jurisprudencial”, tanto en el ámbito de las Cámaras de Apelaciones del Fuero, como en la doctrina del Máximo Tribunal.

4.3. Efectos en la contratación pública

De acuerdo al informe Cecchini⁶⁹, encargado por la Comisión de la Comunidad Europea y que se hizo público en 1998, “el aumento de transparencia y apertura en la contratación pública podría significar un ahorro de bastantes millones”. Es así que se ha elaborado, en cooperación con una empresa, un método de investigación para medir de manera armonizada y comparable la importancia y la estructura de la contratación pública en diferentes Estados, siendo algunos de ellos Portugal y Grecia, y ha permitido la cuantificación de la importancia de la contratación.

En el caso de Estados Unidos, el presidente Lincoln propulsó la inserción de la acción *Qui Tam* para combatir el fraude a gran escala y que tenía como partícipes a contratistas del gobierno y proveedores militares. El término proviene de la Edad Media inglesa y su denominación proveniente del latín: *Qui tam pro domino rege quam pro se ipso inhaec parte sequitur* significa “quien presenta la acción al rey también la presenta para su propia causa”. Así, la jurisprudencia de Estados Unidos ha implementado este mecanismo, cuya arquitectura jurídica es fuente⁷⁰ de nues-

67. COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996, p. 133; ver, asimismo, en Cám. Nac. Contencioso Administrativo Federal, Sala 1, 6/11/1998, “Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c/ EN -M° de Defensa- Licitación 12/97 s/ Medida cautelar (autónoma)”, voto del juez Coviello, considerando N° 4, Bujá en disidencia, Licht. (*La Ley*, t. 2000-C, p. 113; y t. 1999-B, p. 517; cita online AR/JUR/2890/1998 [N. del E.: ver sumarios oficiales aquí]).

68. REJTMAN FARAH, Mario, ob. cit., p. 105.

69. WS ATKINS MANAGEMENT CONSULTANT, “The cost of non-Europe in public sector procurement”, Office for Official Publications of the European Communities, 1987.

70. No obstante, según lo estudiado por el académico Pablo Neme y los antecedentes legislativos, en nuestro país existió al menos un proyecto en el Congreso Nacional para la consagración de esta acción, presentado en el año 2003, pero hasta el momento no se han logrado avances. A pesar de esto, a partir de la aprobación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (*Ley 26097*), el Estado Nacional se encuentra obligado a implementar políticas públicas efectivas para contrarrestar la corrupción. Argentina ha suscrito dos instrumentos legales donde ha manifestado su voluntad de contribuir a la lucha contra la corrupción. Ratificó la Convención Interamericana contra la Corrupción (OEA), con la sanción de la *Ley 24759*; y a través de la *Ley 26097* ha ratificado el protocolo de Naciones Unidas contra la Corrupción del 31 de octubre de 2003. Así se han asumido importantes compromisos vinculados a la problemática. Haber adquirido estas obligaciones se traduce en la necesidad de elaborar políticas públicas eficientes para abordar el flagelo de la corrupción e instaurar de manera definitiva el Estado de derecho. La participación social facilita este propósito y contribuye

tra Carta Magna y con esto se trata de beneficiar al denunciante de un acto de corrupción con un porcentaje del monto recuperado por el Estado. Ello ha funcionado aproximadamente ciento cuarenta años desde su implementación a través del *False Claims Act* (originalmente llamada Ley Lincoln) con las directrices de la acción *qui tam*.

Durante el período entre 1980 y 1986 se denunciaron fraudes en el sector militar y gran parte de los beneficiados fueron los cazadores de recompensas. Con los años, este instrumento se ha fortalecido a tal punto que en 1986 el Congreso de los Estados Unidos la declaró como la primera herramienta jurídica para combatir el fraude y realzar el principio de transparencia. Así, miles de millones de dólares fueron recuperados y alguna parte de la doctrina considera que hacia el año 2020 cuando los costos provenientes de este sector asciendan a la cifra de dos mil trescientos millones de dólares, será éste el objetivo clave de quienes buscan defraudar al Estado, para lo cual, los mecanismos y principios *Qui Tam* tendrán un rol fundamental.⁷¹

de manera efectiva a su esclarecimiento, dando así solución a lo previsto en el artículo 5, incisos 1 y 3, de la Convención contra la Corrupción que específicamente declara la necesidad de “(...) elaborar políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, evaluando periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuadas para combatir la corrupción”. El art. 13 del mencionado texto legal impone la obligación de “(...) fomentar la participación activa de personas y grupos que no pertenezcan al sector público, como la sociedad civil, las organizaciones no gubernamentales y las organizaciones con base en la comunidad, en la prevención y lucha contra la corrupción”. También el artículo 34, bajo el título “consecuencias de los actos de corrupción”, establece la “(...) obligación de adoptar medidas para eliminar las consecuencias de los actos de corrupción, con la debida consideración de los derechos adquiridos de buena fe por terceros”, indicando seguidamente: “En este contexto, los Estados Parte podrán considerar la corrupción un factor pertinente en procedimientos jurídicos encaminados a anular o dejar sin efecto un contrato o a revocar una concesión u otro instrumento semejante, o adoptar cualquier otra medida correctiva”. El informe del Comité Especial de Negociación de la ONU señala que en el segundo período de sesiones (se realizaron siete) celebrado en Viena en junio de 2002, se realizó un seminario técnico donde se formularon –entre otras observaciones– d) la posibilidad de utilizar en mayor medida el ofrecimiento de recompensas por toda información que condujera a la devolución de bienes de origen ilícito o de recurrir a un litigio civil *Qui Tam* en virtud del cual los particulares o “informantes” pudieran demandar, en nombre del Estado, a funcionarios corruptos y a otras personas que defraudaran al gobierno, y recibir luego una recompensa consistente en una parte de los bienes de origen ilícito recuperados por cuenta del Estado.

En las conclusiones del III Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA), se propuso que “junto al control jurisdiccional subjetivo, institucionalizado para la protección de los derechos individuales, se prevean acciones que tutelen la juridicidad objetiva del obrar estatal, tales como la acción *Qui Tam*, ya implementada en otros ordenamientos jurídicos para combatir el fraude a gran escala”. La Constitución Nacional, en su reforma de 1994, introduce en el artículo 43 los derechos de incidencia colectiva, categoría más extensa de tutela y derecho de fondo que parece destinada a restar importancia a la clásica distinción entre derecho subjetivo e interés legítimo, habilitando de esta manera las condiciones para la elaboración de esta acción.

71. NEME, Pablo, “Hacia una ley *qui tam*. Marco normativo y antecedentes jurídicos. Propuesta de creación”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 26/8/2015 (cita online AR/DOC/1499/2015).

5. Transparencia y derecho a la información pública en la contratación

Volviendo al tema del acceso a la información como determinante en la prevención de la corrupción e incremento de la transparencia, Gusman⁷² afirma, citando a Morris, Yandle y Dorchak, que

... uno de los motivos por el que los políticos suelen atender más a intereses particulares que al interés público se debe a que no son monitoreados de cerca por los votantes. En suma, información y transparencia están sumamente ligadas.

El mismo autor expone que

El jurista norteamericano Black (Jr) da comienzo a una de sus obras más importantes: *The People and the Court* publicada en el año 1960, diciendo que el trabajo de un gobierno, cuando realmente trabaja, está siempre rodeado de un misterio. Y parafraseando también al canciller alemán Bismarck, podemos decir que muchas decisiones gubernamentales son como las salchichas, la gente no dormiría tranquila si supiera cómo se hacen. Pero la verdad es que todos tenemos derecho a conocer en base a qué dato, hipótesis, pronósticos, consejos, los gobernantes actúan, han actuado o actuarán.⁷³

En lo que respecta a nuestra Constitución Nacional, en su artículo 42⁷⁴ se reconoce el derecho a la información en nuestra condición de usuarios o consumidores, entonces sería inaceptable que como ciudadanos no podamos enterarnos del manejo de los asuntos públicos, en este caso concreto en relación a las contrataciones.

Recientemente la Corte Suprema, en el caso “Giustiniani” consideró que se trata de información que “no pertenece al Estado sino que es del pueblo de la Nación Argentina”.⁷⁵ En otro precedente,⁷⁶ ubicó al acceso a la información pública como

72. GUSMÁN, Alfredo S., “Acceso a la información pública. Fortalecido en los tribunales, debilitado en el congreso”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 2016-B, p. 736, y “supl. Const.”, 2016 (marzo), p. 20 (cita online AR/DOC/514/2016).

73. Citando a su vez a SAINZ MORENO, Fernando, [prólogo], en Fernández Ramos, Severiano, *El derecho al acceso a los documentos administrativos*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 13.

74. Art. 42 **Constitución Nacional**: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz, a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

75. CSJN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA s/ amparo por mora” (*El Derecho*, 25/11/2015 con comentario de Pedro Coviello; *Fallos*, t. 338, p. 1258 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

76. CSJN, 4/12/2012, “Asociación Derechos Civiles c/ EN-PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16986” (*Fallos*, t. 335, p. 2939; [N. del E.: ver [aquí](#)]).

un derecho enraizado con el principio de publicidad de los actos de gobierno, de acuerdo a los artículos 1, 33, 41, 42 y concordantes del capítulo segundo y del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

Por analogía, podemos decir que rige en el tema la regla de la máxima divulgación, tal como lo establece el artículo 11 inciso d) de la [Ley de Información Pública chilena](#). Así, en principio, toda información debe brindarse salvo cuando verse sobre datos sensibles para las personas o para la defensa nacional. Pero, de darse ese supuesto, de todos modos, tienen que expresarse en forma fundada los motivos de la denegatoria –los cuales deben ser expuestos y derivar de una norma– y la desestimación siempre podrá ser cuestionada en un ámbito judicial.⁷⁷

La información es poder y es necesaria para decidir, participar, expresarse u opinar. Es por ello que la doctrina sostiene que este derecho se vincula de manera inquebrantable con la participación ciudadana, ya que para que esta sea útil, debe ser una participación informada; sin su reconocimiento y respeto por parte de las autoridades públicas la intervención de la sociedad civil sería inocua.⁷⁸ Muchas veces, los errores en la difusión de la información pueden esconder la velada intención de especular con que se consumen los hechos que podrían ser objetados sin dar margen temporal para corregir las falencias o bien para pagar el menor costo político posible ante medidas cuestionables.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la garantía establecida en el artículo 13 de la [Convención Americana sobre Derechos Humanos](#),⁷⁹ reconoció que el derecho de acceso a la información de cualquier fuente se encuentra incluido en la libertad de pensamiento y expresión. Sostuvo la instancia supranacional que dicho precepto del pacto

... al estipular expresamente derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención [...] Dicha información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique la legítima restricción.

La [Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre](#) en el artículo IV establece que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión, y

77. CIDH, 19/9/2006 “Claude Reyes y otros c/ Chile - Fondo, reparaciones y costas” (Serie C, N° 151) [N. del E.: ver [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)].

78. COMADIRA, Julio R., “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas)”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, t. 2005, p. 400.

79. Dice la [norma supranacional](#) en lo pertinente: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

de expresión, de difusión del pensamiento por cualquier medio”. Y, en su artículo 19, la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) prevé que

Todo individuo tiene derecho de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Al margen de los tratados, Andreucci⁸⁰ se refiere a que la doctrina

... ha elaborado una serie de Estándares Internacionales bajo el auspicio de la Sociedad Interamericana de Prensa y así surgen contenidos mínimos que comprende el derecho de acceso a la información: a) toda persona tiene derecho a acceder a la información en poder del Estado sin necesidad de expresar causa que motiva su ejercicio, b) el Estado tiene la obligación de suministrar toda información que obre en su poder, c) los tres poderes del Estado y las empresas privadas que brindan servicios públicos se encuentran alcanzados como sujetos pasivos de este derecho, d) el principio general es la publicidad de la información y la excepción es la reserva, la que debe interpretarse de forma restrictiva, e) la información debe suministrarse en plazos breves, oportunos y razonables, f) cuando exista un costo por la búsqueda o transmisión de la información, éste será asumido por el solicitante mediante el pago de una tasa que no excederá el costo del servicio, g) las excepciones al principio de publicidad deben ser expresas y relacionadas con la seguridad nacional, un interés público concreto y la protección del derecho a la intimidad de terceros y h) en caso de denegatoria debe existir la posibilidad de una vía judicial ágil e inmediata.

De todo esto podemos hacer un balance de la situación en nuestro país. Al respecto, Gusman, en su investigación publicada recientemente, arrojó algunas conclusiones en orden a las consideraciones que venimos desarrollando y a las que adherimos plenamente. Considera de importancia que

De un tiempo a otra parte, en nuestro país se ha venido intentando evolucionar hacia una democracia con más participación de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones públicas y en el control social. Esa necesidad se agudizó ante la crisis de representatividad de la clase política, que eclosionó a inicios del siglo veintiuno. El presidente Kirchner, una vez asumido el gobierno luego de las elecciones presidenciales de 2003 en que obtuvo un escaso porcentaje electoral, impulsó diversas medidas para, de algún modo legitimar su accionar obteniendo consenso de la ciudadanía. En ese camino, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el Decreto 1172/2003, que consagró una serie de saludables disposiciones tendientes a la transparencia en el manejo de la cosa pública. En materia de información pública, dicho Reglamento establece que se trata de una instancia en la cual toda

80. ANDREUCCI, Carlos A., ob. cit. (cfr. nota 25), p. 820.

persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos involucrados en el artículo 2 del Anexo VII, con la finalidad de permitir y promover una efectiva participación ciudadana, a través del suministro de información completa, adecuada, veraz, oportuna, en forma gratuita. A su vez, el ente u órgano obligado a responder tiene el deber de informar lo requerido, con el único límite de hacerlo sólo sobre los datos existentes y en el estado en que se encuentren. Es que no media obligación de producir información con la que no se cuenta, siempre que su generación no sea un deber que incumba a la Administración.

Sostuvo además que

... al haber pasado más de una década desde el dictado del Decreto 1172/2003, se estaba en condiciones de realizar un balance respecto a su aplicación, pero no encontró resultado satisfactorio ya que varias de sus disposiciones no pasaron de ser un catálogo de buenas intenciones necesitadas de mayor voluntad política para concretarse.⁸¹

No hay duda de que en un Estado de derecho emerge como deber de la Administración velar por la juridicidad de su actividad, la probidad de la actuación de sus agentes y la transparencia en el ejercicio de la función pública, como ha postulado el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba.⁸² De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Herrera Ulloa”⁸³ expuso que el control democrático por parte de la opinión pública fomenta la transparencia.

El 7 de abril de 2016, el Poder Ejecutivo Nacional presentó un proyecto de ley sobre el derecho de acceso a la información pública con el objeto de garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública.⁸⁴ Actualmente, cuenta con aprobación de la Cámara de Diputados y pasó al Senado de la Nación. La redacción⁸⁵ de la iniciativa, encargada en buena medida a la Oficina Anticorrupción,

81. GUSMAN, Alfredo S., ob. cit. (cfr. nota 72).

82. STJ de Córdoba, Sala Contenciosoadministrativa, 4/7/1996, “Esteban Elsa c/ Provincia de Córdoba”. [N. del E.: ver [aquí](#) {fuente no oficial}].

83. CIDH, 2/7/2004, “Herrera Ulloa c/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (Serie C, N° 107) [N. del E.: [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)].

84. SAIJ, Sistema Argentino de Información Jurídica, Proyecto de Ley de Acceso a la Información Pública enviado al Congreso por el Poder Ejecutivo Nacional.

85. En este proyecto los entes comprendidos son la Administración Pública Nacional conformada por la administración central y los organismos descentralizados, comprendiendo en estos últimos a las instituciones de la seguridad social, el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Ministerio Público Fiscal, el Ministerio Público de la Defensa, el Consejo de la Magistratura, las empresas y sociedades del Estado, las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, las sociedades de economía mixta y todas aquellas otras organizaciones empresariales donde el Estado tenga participación mayoritaria en el capital o en la formación de las decisiones societarias. Abarca además a concesionarios, licenciatarios y permisorios de servicios públicos, organizacio-

tomó como base los proyectos presentados en el Congreso en los últimos años⁸⁶ y obligaría a los organismos de los tres poderes del Estado a brindar mayor transparencia. Así, nos estamos acercando a la [resolución](#) de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos titulada “Acceso a la información pública: fortalecimiento de la democracia” que instó a los Estados a respetar el acceso a la información de todas las personas y a promover la adopción de disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para asegurar su reconocimiento y aplicación efectiva.

De aprobarse dicho proyecto estaríamos dando cumplimiento a la Carta Iberoamericana de Calidad en la Gestión Pública, que establece que la legitimidad democrática proviene no solo de la elección popular de los poderes estatales partidarios, sino también de la participación y del control de la ciudadanía sobre los asuntos públicos. Se trata de una derivación del derecho de una buena administración, que la Unión Europea recepta en el artículo 41 de su Carta de Derechos Fundamentales y que se encuentra ligado con los principios de transparencia y participación.

6. Publicidad de la contratación vinculada al principio de transparencia

Estrechamente vinculados se encuentran estos dos principios, pero, no obstante, y como afirma Del Boca⁸⁷,

Mucho se ha hablado de la publicidad de los llamados a contratación; sin embargo, y recurriendo a la naturaleza del principio de transparencia [...] –coincidimos– puede existir publicidad pero no transparencia en la convocatoria del llamado.

nes empresariales, los partidos políticos, los sindicatos, las universidades y cualquier entidad privada a las que se les haya entregado aportes o subsidios del Estado.

Se prevé como excepciones a la información clasificada como reservada o confidencial o secreta por razones de defensa o política exterior, información que pudiera poner en peligro el funcionamiento del sistema financiero; secretos industriales, comerciales, financieros, científicos cuya revelación pudiera perjudicar el nivel de competitividad, entre otros.

En los plazos se indica que la información deberá ser contestada en un plazo no mayor a quince (15) días hábiles desde la fecha en que se presenta la solicitud. Prevé además la responsabilidad que cabe ante la obstrucción, obstaculización o el suministro incompleto de la información pública, lo cual se considera una falta grave sin perjuicio de las responsabilidades en que se podría incurrir de acuerdo al Código Penal y Código Civil y Comercial de la Nación. Y ante la denegatoria los interesados podrán interponer un recurso administrativo.

86. Durante el año 2002, el PEN envió un proyecto de ley de acceso a la información pública que fue aprobada en Diputados durante mayo de 2003 y pasó al Senado a fines de 2004, aunque volvió al recinto de origen por modificaciones que le hicieron. Y así perdió estado parlamentario al no tener tratamiento posterior. Lo mismo ocurrió con un proyecto que el Senado aprobó sobre tablas unificando diversas iniciativas legislativas existentes sobre la materia, consensuado en 2010 y cuyo estado parlamentario feneció en el año 2012.

87. DEL BOCA, Vanesa, “Transparencia en los procedimientos de selección de concesionarios de servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 2007-II, p. 935 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/013274).

Se trata de un principio de raíz constitucional, en tanto la publicidad de los actos de los funcionarios hace a la forma republicana de gobierno.⁸⁸ Podría sostenerse que, luego de la reforma de 1994, habría adquirido nuevos bríos, en tanto el artículo 42 de la Constitución Nacional otorga a los usuarios y consumidores, en las relaciones de consumo, el derecho a una información adecuada y veraz.

La publicidad se torna así en un reaseguro preventivo contra los actos de corrupción y no en vano se encuentra en la ya citada Convención Americana contra la Corrupción, receptada tanto por la [Ley 24759](#), artículo III inciso 5, como por la [Ley 25188](#) de Ética Pública, en su artículo 2 inciso h.

La amplitud de los medios de publicidad utilizables, en modo alguno deben entenderse limitados a la publicación en medios gráficos estando habilitados también los medios electrónicos. Así, sostiene gran parte de la doctrina que el principio de publicidad constituye un lógico presupuesto de la libre concurrencia y un elemento garante de la transparencia, honestidad y moralidad del proceso selectivo. En este orden de ideas, Del Boca afirma que

... Dromi⁸⁹ imprime un doble sentido a la publicidad de los procedimientos de contratación: en cuanto a la difusión de la convocatoria, en pos de lograr la mayor concurrencia y competencia posible; y por otro lado, la publicidad de hechos y actos que las normas exigen que sean públicos (actos de apertura). Como resultado de ello se genera un mayor control por parte de los oferentes, sociedad y órganos de control.

Sin embargo, podemos observar que tanto en el régimen nacional como en la legislación de otras jurisdicciones existen diferencias respecto de los recaudos de publicación de los avisos en función del procedimiento de selección escogido, sea licitación pública, licitación privada o contratación directa, no obstante la moderna tendencia a enunciar explícitamente este contenido como uno de los principios rectores del sistema nacional de contrataciones públicas (ver art. 9, Decreto delegado 1023/2001).

El incumplimiento del requisito de publicidad, en todo o en parte, o en tiempo inoportuno o insuficiente según una razonable apreciación de los plazos del llamado y la apertura de las ofertas, especialmente, daría lugar a la nulidad del procedimiento de contratación. Para ello, debería valorarse el caso concreto, y en particular el perjuicio ocasionado, el incumplimiento de las formas establecidas, el grado de concurrencia y la posibilidad material de confeccionar una propuesta adecuada a la complejidad del objeto a licitar en su confrontación con los días previstos entre su difusión y el acto de entrega o apertura de las ofertas.

Este carácter público del procedimiento, bien se ha precisado, no debe agotarse en la publicidad del llamado, sino que ha de completarse con el libre acceso a las ac-

88. Art. 1 [Constitución Nacional](#).

89. DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Madrid, Ciudad Argentina, 1998, p. 368.

tuaciones por parte de los interesados, en todas sus etapas pertinentes, como analizamos en el capítulo anterior.

7. Instrumentos para promover la transparencia y el control social en las contrataciones públicas⁹⁰

La Fundación Poder Ciudadano ha efectuado un valioso trabajo, el cual resumiremos y en donde se distinguen los siguientes instrumentos para el Programa de Contrataciones Públicas Transparentes: a) audiencia pública, b) pacto de integridad, c) discusión participada de las bases y condiciones y d) sistema de declaraciones juradas como control de conflicto de intereses.

Implementar este programa ofrece grandes ventajas por ser de amplio impacto. Su foco no es solo la lucha contra la corrupción, sino también la eficacia, buscando lograr oportunidad, eficiencia y conveniencia en la compra, es decir la correcta utilización de los recursos. Es simple, ya que las herramientas no requieren complicados conocimientos técnicos ni procedimientos especiales sino que basta con seguir cada uno de los pasos del reglamento que se utilice y respetar los plazos y las escasas formalidades exigidas. Es rápido, ya que no le agrega tiempos excesivos a los normales de un proceso de contratación pública y a la vez es económico debido a que ninguna de las herramientas exige gastos extraordinarios al Estado.

Asimismo, está estandarizado. Un estándar es un valor determinado que se toma como significativo para los distintos factores de una etapa y así cada una de las etapas comprende una serie de factores que se repiten invariablemente, de modo que existe una serie de previsiones que deben tomarse para lograr que el proceso total sea exitoso.

Es participativo, ya que en cada una de las etapas la intervención de los ciudadanos es un valor agregado a la transparencia y la eficiencia de todo el proceso. De este modo, no se concibe la intervención del programa de contrataciones públicas transparentes sin la participación de la ciudadanía.

Es de etapa múltiple y secuencial ya que comprende tres etapas claramente diferenciadas y cada una arroja un producto diferenciado. La conveniencia de las etapas radica en que pueden identificarse errores o defectos en una etapa y ser subsanados antes de pasar a la siguiente y estos errores o defectos serán inherentes a una etapa que en caso de ser detectados y corregidos a tiempo, no necesariamente afectarán al resto.

Además, este programa beneficia a todos los sectores involucrados en el proceso de licitación, es decir, a los ciudadanos, al sector privado y al Estado. A los ciuda-

90. ARCIDIÁCONO, Pilar, ARENOSO, Federico y ROSENBERG, Gastón [PODER CIUDADANO], *ob. cit.* (cfr. nota 24), pp. 36-65. Estas cuestiones han sido abordadas por la Oficina Anticorrupción, que por considerarlas bastante completas adaptaremos y transcribiremos. Nuevamente podremos comprobar al avanzar en la lectura que aquello que difieren del texto original es porque lo hemos ampliado.

danos porque cuentan con un espacio que les permite acceder a una instancia de la contratación a la que antes permanecían ajenos, y, si bien las observaciones que los ciudadanos pueden realizar no son vinculantes, obligan al gobierno a justificar sus decisiones; al sector privado porque se genera un mercado transparente con reglas de juego claras que alcanzan de la misma manera al Estado y a todos los oferentes que participan de una contratación; y finalmente al Estado porque recibe ideas y puntos de vista de todos los sectores involucrados con el objeto de manejar de manera eficiente los recursos disponibles y garantizar un proceso transparente.

Para la implementación de las herramientas se necesita voluntad política y firma de un convenio entre la autoridad convocante y las organizaciones de la sociedad civil. Para avanzar en este proceso es fundamental la férrea decisión de las máximas autoridades políticas ya que sin ella no se puede contar con la apertura de espacios en la Administración Pública. La resistencia interna de la organización puede ser disminuida con las decisiones y órdenes de quien ocupe el liderazgo político, aun en los contextos más intensos.

Y, como ya manifestamos, se necesitará que las autoridades suscriban un convenio con las organizaciones de la sociedad civil, considerando la necesidad de establecer mecanismos de transparencia de gestión técnico-administrativa. Es importante señalar que sin acuerdo no hay monitoreo y el acuerdo o convenio es un documento donde las partes establecen obligaciones y derechos básicos que serán dados a conocer por ser este documento de carácter público. De este modo, la firma del convenio posiciona a las autoridades como funcionarios ejemplares a favor de la transparencia y se transforma en una herramienta de presión para que las autoridades cumplan con el compromiso asumido a riesgo de que el acuerdo sea rescindido públicamente por iniciativa de las organizaciones de la sociedad civil, exponiendo a los funcionarios la situación de ser señalados como incumplidores ante la ciudadanía.

La entidad gubernamental, a fin de implementar este programa, no necesitará disponer de la creación de nuevos cargos ni que contrate personal exclusivo para el programa ya que deberían participar quienes trabajan en las áreas ya existentes afines a las contrataciones. Dentro de estas áreas el equipo debería estar identificado por un funcionario con poder de decisión y hasta tres funcionarios de distintas áreas con responsabilidades asignadas, un representante de prensa de la entidad de gobierno y uno o dos empleados para atender al público. Además, es muy importante establecer un cronograma de trabajo para que las etapas del proceso se cumplan sin contratiempos y pueda ser respetado el procedimiento permitiendo así a las organizaciones de la sociedad civil monitorear por etapas el cumplimiento del acuerdo según los parámetros establecidos.

7.1. Audiencia pública

La audiencia pública es una instancia en el proceso de toma de decisión en la cual el responsable de esa determinación habilita un espacio para que todos los ciudadanos,

sean partes directamente afectadas o no, expresen sus opiniones y puntos de vista sobre el objeto de la decisión. En los procesos de compra pública, esta audiencia puede ser utilizada para la detección de la necesidad y el objeto a comprar o construir, para la elaboración y confección de los pliegos que rigen el proceso de selección o para el control de resultados del contrato una vez finalizado.

Las opiniones vertidas en la audiencia pública son de carácter consultivo y no vinculante y teniendo en cuenta la evaluación de las opiniones servirán luego para fundar la decisión final. Por otro lado, en muchas oportunidades existen temores por parte de funcionarios públicos y organizaciones de la sociedad civil respecto a estas audiencias, y se fundan en experiencias negativas que han llevado a funcionarios a percibir las de una manera errónea y alejada de su razón de ser.

Para eliminar temores, es necesario comprender que una audiencia pública no es una asamblea donde se votan opciones. En caso de que esto fuera cierto, el temor estaría totalmente fundado ya que los partidos de la oposición podrían colmar el espacio de la audiencia con operadores y referentes políticos. Así se votaría en contra y la autoridad perdería el control de la licitación. Pero no se vota por una opción sino que se presentan ideas no vinculantes que sirven de aporte a la decisión posterior.

Y además las audiencias públicas no son un espacio para legitimar decisiones preestablecidas ya que el rol de las organizaciones de la sociedad civil al monitorear el proceso es asegurar que se cumplirán todas las reglas que garantizan la máxima participación de los distintos actores y, fundamentalmente, que se exigirá a la Administración Pública la emisión de un informe final.

La obligación de las autoridades convocantes de presentar este informe final que fundamente la decisión de aceptar o rechazar las sugerencias acercadas durante la Audiencia implica una rendición de cuentas por los aportes de opiniones, sugerencias e ideas formulados por los participantes.

Los principales actores en la Audiencia Pública son: a) la autoridad convocante, b) el presidente de la audiencia pública, c) el moderador, d) el panel de expertos, e) los participantes, f) la prensa y g) las organizaciones de la sociedad civil como observadores externos. La autoridad competente para convocar es la máxima autoridad política del organismo, quien además luego aprueba los pliegos y adjudica las contrataciones. El presidente de la audiencia pública será el responsable de instrumentar, es decir coordinar y dirigir, la etapa preliminar y la audiencia. Su actuación deberá garantizar la libre participación de las partes de manera imparcial y promover el debate participativo, ordenado y respetuoso. Además, es el encargado de registrar a las partes interesadas en participar, incorporar la documentación que presenten, llevar el expediente de la audiencia e informar a la autoridad convocante sobre el resultado de esta etapa mediante el informe respectivo y la confección de la orden del día. Luego deberá fijar los plazos y medios por los cuales se registre la audiencia.

El presidente será quien pondrá a disposición de los participantes, veinticuatro horas antes de la realización de la audiencia, el orden del día, que incluirá: a) nómina de los participantes registrados, b) una breve descripción de la documentación, los

informes, las propuestas o los estudios presentados por las partes, c) el tiempo de duración de las exposiciones, que será igual para todos los participantes, d) designación de la autoridad que presidirá la audiencia y los responsables de la coordinación general.

Finalizadas las intervenciones, el presidente dará por terminada la audiencia pública e informará sobre el plazo en el cual emitirá la resolución correspondiente al objeto de la audiencia y este plazo no debería superar los 30 días. Una vez concluida la audiencia labrará un acta que incluirá la versión taquigráfica que elevará a la autoridad convocante.

La autoridad convocante podrá requerir el asesoramiento oral o escrito de los expertos técnicos y legales, internos o externos, públicos o privados, para que opinen sobre la cuestión objeto de la audiencia pública y estos podrán hacer presentaciones orales que en la medida de lo posible deberían ser previamente escritas. Las partes interesadas en intervenir en la audiencia pública deberán notificar su participación hasta setenta y dos horas antes de su inicio y a tal efecto se debe habilitar un registro de participantes en la oficina responsable. Los participantes podrán presentar previamente a su realización los informes, propuestas, pruebas y estudios que consideren necesarios para acompañar su intervención. La documentación presentada será ingresada en el momento en que se registren los participantes y podrá ser de consulta pública antes y después de la audiencia.

Entre los potenciales participantes a la audiencia se incluyen: a) los ciudadanos en general, afectados o no directamente por el objeto de la contratación, b) todas las empresas interesadas en prestar el servicio objeto de la licitación, sean nacionales o extranjeras, c) los organismos públicos que tengan un interés en esta cuestión, d) universidades, centros de investigación, unidades académicas y demás entidades que tengan conocimientos técnicos sobre esta cuestión, e) los legisladores nacionales y provinciales, f) los organismos de control de la Administración Pública, g) los miembros del Poder Judicial, h) expertos nacionales o extranjeros, peritos y técnicos, voluntarios o invitados a instancia de la autoridad que convoca a la audiencia, i) entidades sindicales, j) organizaciones de la sociedad civil, k) colegios profesionales y l) el defensor del pueblo.

Más allá de la relación que se tenga con la prensa, es sumamente importante que la organización de la sociedad civil interviniente tenga su propio contacto con los medios de comunicación. En el caso de la audiencia pública es necesario enviar lo siguiente: a) una gacetilla de prensa diez días antes de la audiencia para que se difunda la convocatoria, b) una gacetilla el día inmediatamente anterior a la audiencia para asegurar la concurrencia de los medios, c) una gacetilla posterior donde se narre el desarrollo de la audiencia pública.

Los medios son aliados estratégicos en el proceso de transparentar la gestión de la Administración y todos son importantes ya sean nacionales, provinciales, municipales, oficiales y alternativos. La función de los periódicos zonales y las radios son trascendentes en este punto ya que su cercanía con los actores y con los hechos les da

un conocimiento sobre aspectos puntuales que medios más poderosos y de mayor renombre podrían pasar por alto.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,⁹¹ la audiencia pública es un instituto de participación consagrado en su [Constitución](#) y sancionado por la Legislatura en el año 1998 ([Ley 6](#)). Es una herramienta participativa que antecede a una determinada medida ofreciendo a la ciudadanía la posibilidad de conocer un proyecto, las ventajas y desventajas que conlleva su realización, pone de manifiesto la confrontación de intereses, caracterizando aquellos de índole individual y los de índole colectivo evidenciando la complejidad de factores que deben tenerse en cuenta ante la ejecución de una política pública. Así, es una oportunidad para los vecinos, ya que acceden a la información detallada sobre un proyecto en cuestión. Es una oportunidad para los funcionarios, porque recepciona en pie de igualdad las diferentes posiciones frente a un tema objeto de decisión y es una oportunidad para la gestión pues transparenta la ejecución de un acto administrativo.

Dentro de estas audiencias que venimos desarrollando, encontramos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a un subtipo, llamadas audiencias temáticas y de requisitoria ciudadana. Las audiencias temáticas son celebradas a fin de conocer la opinión de la ciudadanía acerca de un asunto objeto de una decisión administrativa o legislativa específica y pueden ser convocadas por el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por el Poder Legislativo como así también por la Junta Comunal.

Para el Poder Ejecutivo, la convocatoria a audiencia es obligatoria en cumplimiento de la [Ley 123](#) de Evaluación de Impacto Ambiental y en cumplimiento de la [Ley 210](#), que establece las facultades del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad. La [Ley 123](#) alcanza aquellas actividades, proyectos, programas o emprendimientos susceptibles de producir un impacto ambiental de relevante efecto. En este sentido determina que una vez finalizado el análisis del proyecto y elaborado el dictamen técnico por parte de la autoridad de aplicación, el Poder Ejecutivo debe convocar a audiencia. Y entre las actividades que comprende esta ley se encuentran: a) las autopistas, autovías y líneas de ferrocarril y subterráneas y sus estaciones, b) los puertos comerciales y deportivos, c) los aeropuertos y helipuertos, d) los supermercados totales, supertiendas y centros de compras, e) las obras proyectadas sobre parcelas de más de 2500 metros cuadrados que requieran el dictado de normas urbanísticas particulares, f) las centrales de producción de energía eléctrica y redes de transporte de las mismas, g) los depósitos y expendedores de petróleo y sus derivados en gran escala y las estaciones de servicio de despacho o expendio de combustibles líquidos y/o gaseosos inflamables y fraccionadoras de gas envasado, h) las plantas siderúrgicas, elaboradoras y/o fraccionadoras de productos químicos, depósitos y

91. Ver “Audiencias públicas. Instancia participativa para ejecutar políticas públicas”, en el portal web oficial del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [<http://www.buenosaires.gob.ar/>]. [Último ingreso: 6/1/2017].

molinos de cereales, parques industriales, i) la ocupación o modificación de la costa y de las formaciones insulares, j) las obras relevantes de infraestructura que desarrollen entes públicos o privados que presten servicios públicos, k) las plantas destinadas al tratamiento, manipuleo, transporte y disposición final de residuos, l) las actividades o usos a desarrollar en áreas ambientales críticas, m) las obras que demanden la deforestación relevante de terrenos públicos o privados y n) los grandes emprendimientos que por su magnitud impliquen superar la capacidad de infraestructura vial o de servicios existentes.

Por su parte, la Ley 210, que reglamenta las funciones del Ente Único Regulador de los Servicios Públicos de la Ciudad, asigna a este organismo la facultad de requerir al Poder Ejecutivo la realización de audiencias previo al dictado de resoluciones en las siguientes materias: a) cuando una tarifa se considere inadecuada o en caso de solicitud de modificación tarifaria, b) conductas contrarias a los principios de libre competencia derivadas de una posición dominante en el mercado, c) obras a realizar por un prestador que amenacen la prestación de algún servicio y d) en caso de modificación del reglamento de un servicio o de los términos del contrato original (en términos usuario-empresa-Estado).

En lo que respecta al [Decreto 1172/2003](#), este aprueba el Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional y el formulario de inscripción para audiencias públicas del Poder Ejecutivo Nacional.

Y las leyes de privatización de los años 90 también se han referido a estas audiencias. Tal es el caso de la [Ley 24065](#) (Régimen Legal de la Energía Eléctrica) y la [Ley 24076](#) (Marco Regulatorio y Privatización del Servicio de Gas Natural).

A modo de cierre, estamos convencidos de que la capacitación de todos los involucrados en el proceso de la audiencia pública es fundamental para asegurar el éxito de esta herramienta.

7.2. Pacto de integridad

El pacto de integridad es una herramienta de transparencia internacional destinada a lograr un cambio cultural y gradual en las compras públicas. Genera un contexto de transparencia entre los proveedores y el Estado para evitar el pago de sobornos entre funcionarios y el sector privado. Es un acuerdo voluntario entre el Estado, que ofrece al mercado la oportunidad de provisión de un bien o servicio, y las empresas que participan de la compra. Así, la Administración asegura la transparencia en el diseño de las bases para la compra, el proceso de adjudicación y la ejecución del contrato. También se compromete a que ningún funcionario público ni del sector privado exigirá ni recibirá el pago de sobornos. En este sentido, las empresas oferentes por su lado se comprometen a no ofrecer sobornos y a denunciar a todos aquellos de los que tuvieran conocimiento.

En términos legales, este pacto no es otra cosa que un compromiso de invocar y respetar las leyes existentes en el país. Sin embargo, en términos más operativos, este

modelo ayuda a modificar gradualmente el complejo esquema de intereses políticos y económicos de compras públicas en sociedades donde la corrupción es un fenómeno estructural.

Entre los beneficios que podemos destacar es que aumenta la transparencia en relación con el proceso licitatorio construyendo credibilidad frente a la opinión pública; genera confianza y establece reglas de juego claras entre la sociedad, el Estado y las empresas; ayuda a reducir el nivel de discrecionalidad entre los funcionarios públicos que toman decisiones claves relacionadas con la evaluación de las ofertas y la adjudicación del contrato; genera un marco transparente con nuevas posibilidades para todo el sector privado, y para su aplicación no es necesario crear burocracia ni modificar leyes.

Siempre un pacto de integridad requiere compromisos explícitos por parte de todos los actores implicados: el Estado y las empresas. De esta manera, para concretar un pacto de integridad, el Estado debe: a) establecer que el pacto sea un requisito que deban cumplir las empresas para participar en la contratación pública, b) instruir a los funcionarios que intervendrán en cualquiera de las etapas de la contratación sobre los alcances del acuerdo y las consecuencias de su incumplimiento, c) redactar las condiciones del acuerdo bajo los términos de un contrato de adhesión, d) designar a un funcionario responsable del seguimiento del acuerdo y de registrar los eventuales incumplimientos, e) designar un árbitro imparcial y de incuestionable idoneidad, f) determinar un proceso breve y ágil por el cual las partes podrán efectuar denuncias sobre hechos corruptos de otros oferentes o del propio gobierno, g) garantizar a todos los participantes confidencialidad en el caso de una denuncia y h) excluir de la contratación a las empresas que hayan violado las reglas de juego.

Dicho esto, es importante que la propuesta del pacto la elabore cada proponente en el interior de su empresa con todos los involucrados, para que la máxima autoridad de la empresa, que es quien suscribe el pacto, cuente con las obligaciones éticas que han adquirido sus empleados con él.

Por su parte, las empresas quedarán obligadas a: a) hacer pública su adhesión al acuerdo, b) comprometerse a no ofrecer premios, comisiones, reconocimientos o recompensas de ningún tipo ni a los funcionarios ni a los integrantes de otras empresas que de algún modo, directo o indirecto, puedan afectar el resultado de la contratación o su posterior control, c) comprometerse a informar al Estado de cualquier comportamiento violatorio del acuerdo por parte de la propia empresa o de sus competidores y d) hacer pública la información relacionada con el contenido de su oferta en lo referido a la licitación.

En cuanto al árbitro es preciso que cuente con: a) capacidad operativa para concretar el arbitraje, b) acceso a elementos probatorios y decidir en equidad sobre la violación de compromisos de carácter ético más allá de lo que suceda posteriormente en el plano de la justicia ordinaria cuando la violación ética tenga asociado un delito penal y/o una irregularidad administrativa y c) no solo credibilidad para las partes sino que sea el mayor respeto por parte de la sociedad en general.

Para la implementación exitosa de este pacto se exige una clara y efectiva voluntad política de los responsables del gasto público, lo cual debe manifestarse, por lo menos, en tres resultados: a) el equipo directivo de la institución pública responsable de la contratación comparte la pertinencia y la viabilidad de la aplicación de esta herramienta, como mecanismo adecuado para fortalecer la transparencia del proceso, b) la máxima autoridad a cargo de la licitación o el concurso público expresa ante los interesados su compromiso ético con la transparencia del proceso e invita a todos los involucrados a proceder en igual sentido, c) la entidad suscribe un convenio con el capítulo nacional de Transparencia Internacional para formalizar el compromiso institucional con la implementación del pacto de integridad.

Un componente importante para el éxito de estos pactos es el desarrollo de la discusión pública de los pliegos para garantizar que las reglas del juego sean claras, equitativas, viables y transparentes. Entre los mecanismos que podemos utilizar para esta discusión encontramos a la audiencia pública mencionada en el apartado anterior ya que esta herramienta es un elemento que, claramente, puede ser visto de manera independiente pero que, por el valor agregado que da al proceso, siempre debe programarse como parte de la metodología de implementación de todo pacto de integridad.

7.3. Discusión participada de las bases y condiciones

Si bien la Administración Pública es la que debe encargarse de elaborar las bases y condiciones que reglamentarán todo el proceso de contratación, tiene la posibilidad de abrir el juego e involucrar a las empresas del sector privado, las cuales competirán por el contrato. La discusión participada es una posibilidad que tiene la Administración de convocar a todas las empresas del sector para el que se está contratando, con el objetivo de conocer sus opiniones y escuchar recomendaciones para elaborar de manera participada las bases y condiciones que regirán la contratación.

Para que esta discusión participada tenga sentido, la autoridad convocante debe tomar ciertas precauciones como ser: a) asegurar la notificación a todas las empresas del sector, b) establecer un temario de discusión para lograr orden y que se abarquen todos los temas de interés, c) asegurar que todas las empresas cuenten con la misma información, d) garantizar que todas las empresas cuenten con las mismas oportunidades a la hora de participar y e) dar tratamiento a todas las observaciones por igual.

Así como se explica, es importante tener en cuenta que las opiniones vertidas son de carácter consultivo y no vinculante. De esta manera se busca que el sector privado contribuya a generar un espacio abierto, participativo, transparente y promover reglas de juego claras y definidas conjuntamente⁹².

92. Esto se encuentra contemplado en forma voluntaria y para determinado tipo de pliegos en el [Decreto delegado 1023/2001](#) y el [Decreto 893/2012](#).

7.4. Sistema de declaraciones juradas como control de conflicto de intereses

En general, la normativa y la doctrina especializada en el tema enfocan los conflictos de intereses entre la función pública y la actividad privada a fin de evitar que los funcionarios públicos incurran en situaciones donde el interés general de la función que ejercen pueda verse influido por su interés propio o el de personas físicas o jurídicas estrechamente vinculadas.

La implementación de estas declaraciones juradas tiene como objetivo prevenir todo tipo de conflicto de interés entre el funcionario público que actúa de jurado o evaluador en un proceso de contratación pública y el sector privado.

En este sentido, se propone la publicación de las declaraciones juradas por parte de los funcionarios involucrados y deben estar orientadas a los antecedentes profesionales, de investigación, los cargos en la actividad pública y privada, entre otros. A la vez, deben estar disponibles para todas las empresas del sector privado y paralelamente tiene que habilitarse un canal de fácil acceso para el caso en que deban realizarse impugnaciones.

Son un sistema simple y de fácil implementación. Solo se requiere publicar las declaraciones juradas de los funcionarios que actuarán como jurado o evaluadores de la contratación y habilitar un canal accesible para potenciales impugnaciones.

Es importante que el organismo que desarrolle el sistema de declaraciones juradas tenga en cuenta que el éxito de la implementación de la herramienta estará sujeto a una correcta difusión y un fácil acceso a las mismas. Para lograr esto, creemos que se debería: a) designar un lugar donde se harán públicas las declaraciones juradas. Se recomienda en la web del organismo, en un lugar de la página donde pueda ser identificado fácilmente, b) publicar el proceso de declaración jurada de manera exhaustiva y con suficiente antelación para que los interesados puedan recopilar toda la información pertinente, c) garantizar una vía simple por la cual las empresas del sector privado puedan realizar sus observaciones y/o impugnaciones, d) procurar un ágil tratamiento de todas las observaciones, sin tener en cuenta si son correctas o no, e) publicar un informe sobre el tratamiento dado a todas las observaciones y/o impugnaciones una vez finalizado el período de publicación de las declaraciones juradas.

La organización que intervenga en este proceso debe procurar que todos los aspectos mencionados sean cumplidos por parte del organismo contratante. Para ello, deben trabajar conjuntamente y con un mismo objetivo que es promover la transparencia de la contratación previendo cualquier potencial conflicto de interés.

8. Integridad de la contratación pública: profesionalización, rendición de cuentas y control preventivo de las contrataciones

En este capítulo, nuestro objetivo es integrar las nociones de profesionalización, rendición de cuentas y control preventivo de las contrataciones, por considerarlos estrechamente unidos entre sí.

Como bien apunta Kauffman⁹³ al analizar la situación para el Banco Mundial, “la contratación pública se ha identificado como la actividad gubernamental más vulnerable a la corrupción”. Es así como la contratación pública plantea diversas oportunidades para que tanto los agentes públicos como privados desvíen fondos del pueblo de la Nación para la consecución de ganancias particulares.

Frente a ello, pensamos que la transparencia y la rendición de cuentas se han reconocido como condiciones clave para la promoción de la integridad y la prevención de la corrupción en la contratación pública. No obstante se deberían equilibrar con otros imperativos de buena gobernanza, como asegurar una gestión eficaz de los recursos públicos –“eficacia administrativa”– o proporcionar garantías para la competencia justa. El reto para quienes han tomado las decisiones sería definir un nivel apropiado de transparencia y rendición de cuentas para reducir los riesgos de integridad en la contratación pública al mismo tiempo que se persiguen otros objetivos en este tipo de procesos.

Entre los hallazgos del estudio se ha confirmado, a lo cual adherimos, que la transparencia y la rendición de cuentas son claves para mejorar la integridad a lo largo de todo el ciclo de la contratación, incluyendo la evaluación de las necesidades y la gestión de los contratos. Además, han dado a conocer que la contratación pública se considera cada vez más como parte de una profesión estratégica que desempeña una función central en la prevención de la mala gestión y en minimizar las posibilidades de corrupción en el uso de los fondos públicos.

Se considera como desafío clave definir niveles adecuados de transparencia para asegurar un trato igual a los proveedores así como la integridad en la contratación pública.

Podemos ver que la transparencia en la contratación pública implica un coste inmediato tanto para los gobiernos como para los postores, de acuerdo a lo investigado por Kauffman. No obstante, es un elemento clave para apoyar los principios fundamentales del sistema de la contratación pública, y en especial, la competencia y la integridad. Es tarea de los gobiernos encontrar un equilibrio adecuado entre los objetivos de garantizar la transparencia, la eficacia y ofrecer igualdad de oportunidad para los postores. De este modo, el impulso de la transparencia debería, por lo tanto, tender a aumentar la transparencia de aquello que permita un control suficiente de la

93. KAUFFMAN, basado en la encuesta de opinión ejecutiva 2005 del Foro Económico Mundial, que contempla ciento diecisiete países. La pregunta planteada a la empresa fue: “En su industria, ¿con qué frecuencia realizan las empresas pagos adicionales no documentados y sobornos en relación con permisos / servicios públicos / impuestos / concesión de contratos públicos / el poder judicial?”, Banco Mundial, 2006.

corrupción; pensamos que si el nivel de transparencia se define de forma adecuada, las ventajas superarán al coste.

Consideramos que se pueden utilizar varios métodos y soluciones para garantizar la integridad, los cuales van desde los requisitos de transparencia mínimos a los mecanismos de control adicionales.

Eigen señala que “la falta de transparencia es un mal endémico” y propone como solución para desarticular las redes de corrupción en las licitaciones, la herramienta desarrollada por Transparencia Internacional en los años noventa, denominada “Pacto de Integridad”, a la que dedica el capítulo 8 de su libro⁹⁴ y nosotros hemos analizado más en profundidad en el capítulo anterior.

Este pacto, como desarrollamos, se trata de una promesa de reciprocidad válida para ambas partes, tanto para ministerios como empresas y asesores técnicos. El ente público que contrata el servicio tiene que especificar que él y todos los candidatos se someterán al pacto. En el acuerdo se reúne a todas las partes implicadas en un procedimiento de contratación como ser autoridades, empresas y potenciales oferentes en situación de competencia, que se comprometen a renunciar a cualquier conducta corrupta, a cuyo efecto generalmente se selecciona una entidad independiente, que puede ser una entidad no gubernamental, para que supervise el mencionado procedimiento licitatorio. Su violación implica sanciones para ambos sectores involucrados y además cada empresa privada puede encargar la supervisión a una empresa externa, generalmente una firma auditora de prestigio. Además, lamenta⁹⁵ que en el año 1997 en su país, Alemania, hayan rechazado esta metodología propuesta para la construcción del aeropuerto de Berlín – Schönefeld, donde a pesar de la aprobación gubernamental la empresa de explotación rehusó el pacto con vehemencia, apareciendo tres meses después el primer caso de corrupción.

Sostiene Del Boca que

El mecanismo del pacto de integridad y las audiencias públicas, así como la expansión del *e-procurement*, dentro de las infraestructuras de gobierno electrónico, hacen más accesible a la ciudadanía la información sobre importantes procesos de decisión. Participación que debería extenderse a la valoración de ofertas en concursos públicos o privatizaciones.

Así, el acceso a la información, como veremos, resulta determinante en la prevención de la corrupción, abusos y desvíos del poder y el incremento de la transparencia.⁹⁶

En el estudio para el Banco Mundial, se manifestó que las excepciones a los procedimientos competitivos representan una zona oscura, es decir, vulnerable a la mala gestión y, posiblemente a la corrupción, debido a la restricción de la competencia.

94. EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción: La sociedad civil contra los abusos de poder*, Barcelona, Del Bronce, 2004, pp. 75-81.

95. Ídem, p. 168.

96. DEL BOCA, Vanesa, ob. cit. (cfr. nota 87).

Hemos dicho que se considera cada vez más a la contratación pública como parte de una profesión estratégica. Y si bien la transparencia es una parte integral de la buena gobernanza en la contratación, se trata de una condición necesaria pero no suficiente para la integridad en este tipo de procesos. Así, generar profesionalidad entre los responsables de la contratación como un conjunto de normas profesionales y éticas es igualmente importante. Como la contratación pública es un factor significativo para gestionar correctamente los recursos públicos, se debería considerar como una profesión estratégica a la labor realizada por los profesionales competentes y no solo como una función administrativa la que se desarrolla.

En este estudio que mencionamos, se ha reconocido que los responsables de contrataciones han de estar equipados con las herramientas apropiadas para mejorar la planificación, la gestión y que sus decisiones han de tener fundamentos correctos. De igual modo, apreciamos que los países invierten mucho en nuevas tecnologías de la información y la comunicación, por ejemplo, a través de bases de datos sobre precios de productos para apoyar a responsables de la contratación en su trabajo y sus decisiones diarias.

Dado que la mayoría de los países ha adoptado un enfoque más descentralizado, mejorar la profesionalidad de la contratación se ha convertido en algo más que importante. Se han dedicado esfuerzos para dotar a los responsables de la contratación de los conocimientos adecuados, experiencia y calificación para evitar riesgos en la integridad de la contratación pública. A los responsables de la contratación, a los que se exige cada vez más que desempeñen la función de gestor contractual, además de sus obligaciones tradicionales, les es requerido no solo conocimientos especializados relativos a la contratación pública, sino también con respecto a la gestión de proyectos y aptitudes de gestión de riesgos.

En un entorno de gestión desarrollado, los responsables de la contratación también necesitan unas pautas éticas que aclaren las restricciones y las prohibiciones para evitar situaciones de conflictos de intereses y, más en particular, la corrupción. Al respecto, la Ley de Ética Pública hace referencia a los conflictos de intereses en el Capítulo V, artículo 13.⁹⁷

Ahora bien, al definir prioridades, los políticos han de decidir a qué partes interesadas sirve principalmente la contratación pública, es decir, usuarios finales, gobierno, sector privado, medios o público en general. Dados los importantes intereses económicos que están en juego y su posible impacto en los contribuyentes y los ciudadanos, la contratación pública se considera cada vez más como un elemento básico de la rendición de cuentas por parte del gobierno al público sobre la gestión de los fondos estatales.

97. Art. 13 Ley 25188: “Es incompatible con el ejercicio de la función pública: a) dirigir, representar, administrar, patrocinar, asesorar, o, de cualquier forma, prestar servicios a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado, o realice actividades reguladas por éste, siempre que el cargo público desempeñado, tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades; b) ser proveedor por sí o por terceros de todo Organismo del Estado donde desempeñe sus funciones”.

En los últimos años, los gobiernos han reforzado sus mecanismos de control y rendición de cuentas sobre la contratación pública. Es así que se trata de un desafío clave definir una cadena clara de aprobación y responsabilidad en el proceso de contratación pública, dentro de un contexto de contratación desarrollado. Asimismo, se está reconociendo cada vez más que los controles internos y las auditorías externas deberían basarse en un enfoque más centrado en los riesgos, a fin de ayudar a evitar y detectar la falta de transparencia en la contratación.

La rendición de cuentas, como pilar del Estado moderno, se encuentra contemplada en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, que goza de jerarquía constitucional en nuestro país, y cuyo artículo 15 establece que “La sociedad tiene el derecho de pedir cuentas a todo agente público de su administración”. Pero esto no es exclusivo del derecho público, ya que existe en la medida que se gestiona, se actúa en nombre de otro a quien se le deben explicaciones y es así como vemos esta figura también en el CCCN.⁹⁸

Ivanega⁹⁹ vincula la noción de rendición de cuentas con responsabilidad, y diferencia la rendición de cuentas vertical de la horizontal. La primera, ligada a la dimensión electoral, pero como razones estructurales y contextuales demuestran que las elecciones libres y justas no son suficientes para garantizar un buen gobierno, es que se necesita complementarlo con mecanismos de rendición de cuentas horizontal que exijan a los funcionarios responder lateralmente a otros funcionarios y a instancias del mismo Estado. Esto supone la existencia de organismos estatales que estén legalmente habilitados y autorizados para emprender acciones que abarquen desde la fiscalización rutinaria hasta sanciones penales o destitución, en relación con actos u omisiones de otras instituciones del Estado. También diferencia la rendición de cuentas financieras, la rendición de cuentas sobre imparcialidad y rendición de cuentas sobre resultados.

Aunque los países tienen varios mecanismos de rendición de cuentas y de control, cada vez hacen más partícipes a los licitadores, otras partes interesadas y al público en general en cuanto al control del proceso de las contrataciones públicas, a través de un mayor acceso a la información y de la participación activa.

Coincidentemente con Del Boca, consideramos que

... las formas de corrupción pueden ir mutando hacia modalidades diferentes: por ejemplo, los sobornos pueden ser reemplazados por figuras como conflictos de intereses o incompatibles con la función pública. En consecuencia, se considera pertinente orientar soluciones al diseño de políticas de transparencia y prevención de

98. Art. 1334 CCCN: “Rendición de cuentas. La rendición de cuentas por el mandatario debe ser en las condiciones previstas en los artículos 858 y siguientes acompañada de toda la documentación relativa a su gestión...”.

99. IVANEGA, Miriam M., “El deber ser de la gestión pública. Responsabilidad y rendición de cuentas”, en CTPBG. Comisión Técnica de Prácticas de Buena Gobernanza [portal web <http://buenagobernanza.agn.gov.ar/>], [s.e.], [s.f.], p. 6.

la corrupción, más allá de la represión de los delitos cometidos con ajuste al tipo legal ya establecido.

La autora citada anteriormente pone de manifiesto lo expresado por Eigen, al decir que

La prevención es sin duda mucho más beneficiosa incluso desde el punto de vista económico. La transparencia, la atención de la opinión pública, y un sistema de reglas voluntarias y aceptadas tienen un costo muy reducido. En comparación, la persecución y las sanciones jurídicas son mucho más costosas y complejas, ya que requieren la intervención de profesionales del Derecho y de la policía. No se puede renunciar nunca a las sanciones, pero cuanto mejor sea la prevención, menos efectivos policiales y judiciales serán necesarios.

Y además estamos convencidos de que se evita el daño material y social generado por un contrato deficiente.

En este sentido, Del Boca señala que

La Comisión Europea considera que las iniciativas futuras en este ámbito deberían subsumirse a medidas preventivas destinadas a reducir las oportunidades de conductas corruptas evitando los conflictos de intereses e introduciendo controles y verificaciones sistemáticas. Es así que en materia de contrataciones públicas las directivas de la Comisión Europea tienden a garantizar la transparencia y el acceso sin discriminaciones a las oportunidades de licitación. Entre las medidas que podemos nombrar existen las destinadas a sancionar conductas colusorias entre empresas participantes en una contratación pública.¹⁰⁰

Pensamos que, además de estas verificaciones sistemáticas, también podrían ejecutarse controles asistemáticos para que sean sorpresivos y no puedan ser previstos por los funcionarios.

9. Distintos tiempos en la implementación de acciones de transparencia en las contrataciones públicas: experiencias y proyectos

En el año 2009, la Oficina Anticorrupción, con el apoyo de la Embajada Británica en Buenos Aires, realizó una exposición de las contrataciones públicas,¹⁰¹ que permite evaluar la gestión de las contrataciones y las eventuales dificultades en materia de transparencia y accesibilidad. Es un instrumento concreto para la mejora de la

100. DEL BOCA, Vanesa, ob. cit. (cfr. nota 87).

101. OFICINA ANTICORRUPCIÓN, *El estado de las contrataciones. Estudio en profundidad de las contrataciones públicas*, 2009.

gestión pública ya que contiene conclusiones y recomendaciones prácticas orientadas tanto a resolver los modos problemáticos del proceso contractual como a fortalecer los aspectos destacables del sistema. Se consideró que debían profundizarse los esfuerzos por difundir las conclusiones del primer estudio¹⁰² y entre las actividades que se desarrollaron estuvo la realización del seminario “Implementación de acciones para la transparencia en contrataciones públicas”, desarrollado en el año 2008 en el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

Pero pensamos que esto no es suficiente, debido a la complejidad del tema y porque son muchos los funcionarios a los que hay que impregnar y habituar a las buenas prácticas, a la transparencia. Además de que la sociedad en general debería estar formada para poder participar y efectuar controles eficientes. No debería tratarse de un entusiasmo momentáneo sino que deberían ser estrategias de mediano y largo plazo con el objeto de que se constituyan políticas de Estado en nuestro país en cuanto a la transparencia en la gestión, la corrupción administrativa y cursos de acción posibles para prevenir y sancionar los actos de corrupción. Alternativa a ello podría ser lo desarrollado en el capítulo IV apartado 3 en cuanto a la acción *qui tam*, a lo cual nos remitimos.

Queremos resaltar el libro *Resetear la sociedad*¹⁰³, producto de estos trabajos y orientado a jóvenes de los últimos años de la escuela secundaria, por ser ellos el futuro de nuestro país. Sería provechoso darlo a conocer y estudiar para que algún día esos jóvenes lo puedan aplicar en sus vidas, sea como funcionarios públicos o desde el ámbito laboral privado.

El programa Transparencia de las Contrataciones ha dado excelentes resultados en cuanto al mejoramiento de los pliegos y traduciéndose ello en una optimización de la calidad de los bienes y servicios adquiridos y en la posibilidad de obtener ofertas más convenientes.

102. A fines del año 2007, la Oficina Anticorrupción publicó *El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones públicas*, y su objetivo fue elaborar una herramienta innovadora apoyándose en información estadística y verificable, así como fundamentalmente proponer, sobre la base de dicha investigación, recomendaciones concretas para optimizar la transparencia en la gestión de las compras y contrataciones públicas, acotando los problemas existentes y fortaleciendo los aspectos destacables. Por eso, a comienzos del año 2008 se decidió profundizar y desarrollar una segunda parte del mapa. Tuvo en cuenta dos objetivos: a) la identificación y análisis de los principales espacios de accesibilidad y transparencia en los procedimientos de contrataciones, que fomenten la participación, la concurrencia y su buen funcionamiento y b) la identificación y análisis de las condiciones que favorecen la aparición de espacios vulnerables a la corrupción. Este primer estudio se basó en las contrataciones de bienes y servicios efectuadas por los organismos públicos amparadas por el Decreto delegado 1023/2001, durante el período 2003, 2004 y 2005 y se seleccionaron quince organismos: Energía Atómica (CNEA), Dirección Nacional de Vialidad, Estado Mayor General de la Armada, Estado Mayor General del Ejército, Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, Gendarmería Nacional, Hospital Nacional Dr. Alejandro Posadas, Ministerio de Desarrollo Social y Medio Ambiente, Ministerio de Economía y Producción, Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, Ministerio de Salud, Prefectura Naval Argentina, Registro Nacional de las Personas y Servicio Penitenciario Federal. Transparencia Internacional también tiene un formato denominado “Mapa de Riesgo de las Contrataciones Públicas”.

103. GAMALLO, Gustavo, *Resetear la sociedad. Ideas de los jóvenes sobre la corrupción*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2007. [N. del E.: ver [aquí](#)].

Finalmente, entre los objetivos de este programa encontramos: a) facilitar la gestión de los pliegos de contrataciones de todas las unidades de compras del organismo, b) someter los pliegos a revisión por parte de una comisión de supervisión, c) mantener el historial de cambios sobre los distintos pliegos y archivos que componen la contratación; no simplemente dejar publicada la última modificación, sino mantener el historial para saber cómo llegó el pliego final a determinadas condiciones, cómo se originó, quiénes son los actores que generaron esos cambios, por qué y cómo fueron tenidas en cuenta esas observaciones, y d) difundir públicamente los pliegos a través de internet.

La realidad nos señala que existen diversos procesos de contrataciones públicas en los que se han buscado aplicar las herramientas descritas en el apartado anterior. Expondremos respecto a qué temáticas se han implementado y en qué años pero aclaramos que no pretendemos describir cómo han sido estos mecanismos sino tan solo mencionarlos.

La herramienta de la audiencia pública fue utilizada en el año 1996, en la provincia de Mendoza, para la prestación de servicios informáticos; en 1998, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para el contrato de concesión de la línea H de subterráneos; en 1999, en el municipio de Avellaneda de la provincia de Buenos Aires, para la construcción del puente De La Serna; en 2003, en el municipio de Morón, para la renegociación del contrato de recolección de residuos; y en 2006, en el municipio de Córdoba, para el proceso de negociación de deuda entre la autoridad municipal y la prestadora del servicio de recolección de residuos. También podemos destacar que se ha empleado la audiencia pública combinada con el pacto de integridad en el año 2000, en el municipio de Morón, para el servicio de recolección de residuos domiciliarios y, en el año 2006, también en el mismo municipio, para el mismo objeto contractual.

En los años 2003 y 2004 en el procedimiento de consulta para la adquisición de textos escolares, el Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología de la Nación utilizó las herramientas pacto de integridad, decisión participada del pliego de bases y condiciones de la compra de textos y el sistema de declaraciones juradas para evitar conflictos de intereses en la Comisión Asesora Nacional. Y en el año 2005 fue usado el acuerdo sectorial de transparencia entre las empresas fabricantes de tuberías para infraestructura de agua potable. Durante los años 2013, 2014 y 2015, la Defensoría del Público de Servicios de Comunicación Audiovisual realizó diecisiete **audiencias públicas** y dos encuentros nacionales para recibir los aportes, reclamos y sugerencias de la ciudadanía sobre la radio y la televisión. El 15 de junio de 2016, el jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires convocó a una audiencia pública para el tratamiento de la tarifa técnica y de la modificación del cuadro tarifario para la explotación del servicio de subte¹⁰⁴. Asimismo, se llevaron adelante audiencias públicas para tratar el aumento del gas en el mes de agosto.

104. Cfr. *ob. cit.* en nota 91.

No obstante todo ello, no nos podemos engañar, porque la corrupción enraizada en nuestro país es muy grande y todavía queda mucho por hacer. No puede perderse de vista que las sumas de dinero gastadas en el Estado son altas y en comparación a ello son muy pocas veces las que se han usado estas herramientas.

10. Corrupción como contracara de la transparencia

La sociología entiende que la corrupción es el relajamiento de las costumbres, con incidencia negativa en las estructuras sociales y, en especial, políticas, y en el plano político la corrupción de la dirigencia se manifiesta en el manejo de la cosa pública en su propio beneficio, sin importarles la intención histórica del cuerpo social.

Desde el punto de vista semántico, el diccionario de la Real Academia Española define a la corrupción como la “acción y efecto de corroer”. Una de las definiciones más empleadas desde la economía clásica fue propuesta por Klitgaard, como función de la discrecionalidad, el monopolio y la falta de transparencia a través de la siguiente fórmula: M (monopolio) + D (discrecionalidad) – A (responsabilidad) = C (corrupción).¹⁰⁵

El Programa de Naciones Unidas¹⁰⁶ para el Desarrollo en el año 2004 dio un concepto más amplio:

El mal uso del poder público o de la autoridad para el beneficio particular, por medio del soborno, la extorsión, la venta de influencias, el nepotismo, el fraude, el tráfico de dinero y el desfalco.

El Banco Mundial definió la corrupción como el abuso de un cargo público para beneficio privado, concepto que permitió vincular la corrupción con prácticas tales como intercambio de favores, el soborno y el nepotismo. De Michele¹⁰⁷, por analogía, describe esta situación y nos trae a la memoria una famosa decisión judicial referida a la pornografía, en donde el juez Stewart sentenció que le costaba mucho encontrar tal definición pero que “la reconozco cuando la veo”.

En lo que respecta al derecho administrativo, y como ya pudimos adelantar, esta problemática¹⁰⁸ ha sido estudiada por muchos autores, pero en profundidad por

105. OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC) y CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (CCB), *Guía anticorrupción para las empresas*, Bogotá, 2014, p. 25 y ss. [N. del E.: ver aquí].

106. PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Anticorrupción. Nota práctica*, 2004, p. 2.

107. DE MICHELE, Roberto, “Medir la corrupción es como la pornografía, *Gobernarte. Ideas innovadoras para mejores gobiernos*” [online], en www.blogs.org [15-7-16].

108. La problemática de la corrupción ha sido analizada entre otros autores por EIGEN (cfr. nota 94), Susan ACKERMAN (*La corrupción y los gobiernos*, Editorial Siglo XXI de Argentina, Nueva York, 1999), Nicolás RAI-

Mairal¹⁰⁹, en una obra que nos introduce en las diversas causas de la misma y nos demuestra que el contrato administrativo está armado para favorecer los negociados y la corrupción, la lisa y llana extorsión al particular. Y no es solo un mal¹¹⁰ que afecta a nuestro país sino que también, como ya lo ha expresado Bianchi¹¹¹, “existe en los Estados Unidos, donde encuentra en la contratación pública un campo propicio para su desarrollo”.

Como un fenómeno mundial, Mairal afirma categóricamente que

... su grado de difusión difiere significativamente entre los diversos países. En algunos países el fenómeno es esporádico mientras que en otros la corrupción se ha instalado como un modo necesario para operar normalmente en ciertos sectores de la sociedad y de la economía.

En palabras de Grondona, expresa que en los primeros hay actos de corrupción mientras que en los últimos cabe hablar de un “estado de corrupción”¹¹². En este sentido, los jueces han dicho que

... la corrupción lleva incardinada en el nervio mismo de su existencia una trama de alianzas que se tejen hacia el interior del poder; se sostiene sobre acuerdos y en lógicas preexistentes: lealtades, jerarquías, intercambio de favores, ramificación del contexto de relaciones, promesas de remuneraciones futuras ilegales, con la marcada finalidad de acrecentar capital, marcan los rumbos de este agrupamiento de fechorías o de esta mancomunación delictual, en desmedro de la imparcialidad que demandan los ciudadanos.¹¹³

GORODSKY (“Políticas de prevención de la corrupción en el ámbito de los organismos de seguridad pública”, en Embajada Británica, *Diálogo argentino-británico: Gobernabilidad y democracia*, Buenos Aires, 2005), Ernesto GARZÓN VALDÉS (“Acerca del concepto de corrupción”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo [coords.], *Poder, derecho y corrupción*, Siglo XXI, 2003), Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (*Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Madrid, Aranzadi, 2006), Alejandro NIETO (“La función pública y la corrupción”, en Reiriz, María Graciela [coord.], “Derecho administrativo y aportes para el rediseño institucional de la república”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, LexisNexis, 2004), Jorge L. RIMONDI (*Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005), Alfonso SABÁN GODOY (*El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991), Mirta SOTELLO DE ANDREAU (“Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción”, en Scheibler, Guillermo [coord.], *El derecho administrativo de la emergencia*, t. IV, Buenos Aires, FDA, 2005) y Jorge VANOSSI (“Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 149, p. 749).

109. MAIRAL, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

110. VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción. Curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, Madrid, 2000. Este autor llama “mal” a la corrupción; al respecto, ver también CANDA, Fabián O., *Ética pública y corrupción: de ética administrativa*, por Manuel Villoria Mendieta, cita online: 2003-650 [2003], plataforma online: El Derecho.

111. BIANCHI, Alberto B., “Las acciones *qui tam* como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 01/02-589 [2001].

112. GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, 3ª ed., pp. 20-22.

113. Tribunal Oral Criminal, N° 4, 9/9/2013, “Mahdjoubian, Juan J.” (La Ley Online: AR/JUR/109411/2013).

Originariamente, la corrupción se consideraba como exclusivamente del sector público pero recientemente se han desarrollado otras definiciones¹¹⁴ que pretenden considerarla como un delito del sector público y del sector privado.

Y como ya hemos dejado traslucir, muchas veces se intenta sancionar penalmente el actuar ilícito del funcionario o se estudia desde esta óptica la problemática y es justamente acudiendo al derecho administrativo desde donde podremos abordar la cuestión de una manera preventiva¹¹⁵ porque no siempre es eficaz combatir la corrupción solo por medio de las sanciones del derecho penal.

Haciendo propias las palabras del profesor Rivero Ortega, queremos recordar que

Si abogamos por el tratamiento jurídico-administrativo del fenómeno de la corrupción es porque consideramos que las instituciones administrativas presentan, frente a las penales, la ventaja de tener más capacidad preventiva. Es cierto que se ha teorizado la función preventiva de la criminalización de conductas, pero también lo es que la aplicación de la norma penal tiene lugar *ex post*, una vez que el delito ya se ha cometido, traduciéndose sobre todo en la exigencia de responsabilidades y consiguientes privaciones de la libertad. La mayoría de las herramientas administrativas, por el contrario, actúan en la fase previa de la adopción de las decisiones corruptas. El procedimiento administrativo, en sus distintas manifestaciones y aspectos, es el sumatorio de la mayoría de estas instituciones con virtualidades preventivas, razón por la cual el procedimiento administrativo contractual junto con el control de su respeto por los tribunales y la responsabilización de autoridades y funcionarios son claves fundamentales de la lucha contra la corrupción en cualquier Estado de Derecho.¹¹⁶

Y al respecto nos parece muy oportuno el aporte de Sobrero Elgue¹¹⁷, siguiendo esta línea doctrinaria, ya que analiza la contribución del derecho administrativo para la prevención de la corrupción a partir de la noción de “buena administración”¹¹⁸,

114. Hoy se acepta que la corrupción se presenta también en el ámbito privado, como una “desviación fraudulenta o abusiva de potestades de control y decisión en la empresa privada que genera conflictos de intereses dentro del sector privado” (CARBAJO CASCÓN, Fernando, “Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A., *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 130).

115. Entre las leyes que se han sancionado con preceptos vinculados a la prevención podemos destacar a la Ley 25188 de Ética en la Función Pública con deberes de comportamiento ético de funcionarios y empleados públicos; la Ley Marco de Regulación del Empleo Público Nacional y el Decreto 1172/2003 que prevé diversos mecanismos de participación ciudadana.

116. RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”, en Rodríguez García, Nicolás y Caparrós, Eduardo Fabián [coords.], *ob. cit.* (cfr. nota 114), p. 111.

117. SOBRERO ELGUE, Mercedes, “Buena administración y prevención de la corrupción”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 31/3/2016.

118. Para Sobrero Elgue, la noción de buena administración ha venido desarrollándose desde hace un tiempo y radica en considerar que la Administración debe centrarse en principios que le deben dar sustento, tales

dado su efecto en la calidad de la organización pública. En este sentido, el profesor Coviello¹¹⁹ nos recuerda que “el derecho administrativo es el instrumento para estructurar la vigencia de la ética pública”.

Señala que

La Constitución fija las bases jurídicas fundamentales y los principios para la Nación pero su puesta en práctica en relación con el Estado se hace mediante las instituciones del derecho administrativo.

Es así que la transparencia constituye una exigencia de la Administración Pública actual que se consagra en el principio de participación ciudadana y cuya expresión más cabal es el derecho de acceso a la información pública.

En lo que respecta al desarrollo normativo a partir de la reforma constitucional de 1994¹²⁰, se han sancionado diferentes leyes y decretos vinculados a la prevención de la corrupción entre las que queremos destacar a la [Ley 25188](#) (Ética en la Función Pública), la [Ley 25164](#) (Marco de Regulación del Empleo Público Nacional; prevé provisiones sobre ética pública), el [Decreto 41/1999](#) (Código de Ética de la Función Pública), el [Decreto 102/1999](#) (Crea la Oficina Anticorrupción y Ética Pública), el [Decreto 229/2000](#) (Programa Carta Compromiso con el Ciudadano), el [Decreto 103/2001](#) (Plan Nacional de Modernización de la Administración Pública Nacional) y el [Decreto 1172/2003](#) (reglamentos que resguardan mecanismos de participación ciudadana).¹²¹

como mayor participación ciudadana, calidad de la organización pública, ética, eficacia, eficiencia, transparencia, responsabilidad de los funcionarios y rendición de cuentas. Avanzando en su exposición expresa que hoy el derecho administrativo se ocupa no solo de analizar en qué consiste la Administración y cuál es su régimen jurídico, sino que avanza en lo referido a cómo se administra y quiénes participan de tal cuestión. Para ello, se refiere al término “gobernanza” entendida como el arte o manera de gobernar que busca como objetivo lograr el desarrollo económico, social e institucional duradero, buscando con ello un equilibrio entre Estado, sociedad civil y mercado económico. Es decir, para dicho concepto, la acción de gobernar no se vincula solo a la autoridad o sanción sino que se realiza según el consenso y el diálogo entre los diversos actores y compartiendo responsabilidades.

Actualmente, y complementando a la definición que hemos dado en la introducción de esta obra del concepto de buena gobernanza, se sostiene que la noción de gobernanza se asocia a la de buen gobierno y buena administración, y pretende colocar en el centro del protagonismo a la persona y sus derechos fundamentales. El concepto de buena administración refiere a la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer; se trata por ello de una función administrativa, ya que ella debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública.

119. COVIELLO, Pedro J., “Reflexiones sobre la ética pública”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 11/5/2012, supl. Const. 2012 (mayo); t. 2012-C, p. 752 (cita online: AR/DOC/1690/2012).

120. Art. 36 [Constitución Nacional](#): “Atentará, asimismo, contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve en delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos. El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función”.

121. A todas estas normas es pertinente agregarles todas las incorporaciones que sobre este tema se realizaron tanto en las constituciones provinciales como a nivel municipal.

En el plano internacional, nuestro país ha sancionado la [Ley 25246](#) de Encubrimiento y Lavado de Activos de Origen Delictivo y creación de la Unidad de Información Financiera, y ha adherido a la Convención Interamericana de Lucha contra la Corrupción¹²² (ratificada por [Ley 24759](#)¹²³), la Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (ratificada por [Ley 25319](#)) y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción (ratificada por [Ley 26097](#)¹²⁴).

Por medio del equilibrio de poderes, se contemplan en nuestra Constitución la búsqueda de mayor transparencia y el control de la corrupción en el ejercicio del poder. Así es que se consagran distintos mecanismos de control¹²⁵ institucional, conocidos como sistemas de frenos y contrapesos, por los que se busca evitar concentraciones de poder. “Y en virtud de ello, se establecen relaciones y controles de cada poder, ya sea como sujeto controlado o como sujeto controlador”.¹²⁶

Debe tenerse presente ineludiblemente que “existe primero una corrupción de raíz privada que beneficia, alimenta y fortalece”, como señala el maestro Comadira¹²⁷, “a la corrupción del funcionario público. Primero se es corrupto en lo privado para luego propagarse en la esfera pública”, porque nadie puede ser fiel y honesto en lo mucho si primero no es fiel y honesto en lo poco.

Sostiene De Michele¹²⁸ que la corrupción, por ser una práctica secreta, es difícil de medir, ya que el soborno, una de las especies más comunes, no deja recibos. Pero también menciona otras prácticas corruptas como los conflictos de intereses, la malversación de caudales públicos, la financiación ilícita de campañas o la creación de plazas fantasmas. Y argumenta también que cada vez aparecen formas más sofisticadas de corrupción en las cuales no hay intercambio de dinero sino un entramado legal estructurado para que fluyan las retribuciones ilegales.

122. Tanto en esta Convención como en la [Ley 25188](#) se define a la función pública como toda actividad realizada por una persona en nombre o al servicio del Estado o de sus entidades.

123. Mediante la cual el Estado argentino asumió diversos compromisos en relación con las políticas anticorrupción. Se vincula con los postulados que los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos declaran al respecto. Así enuncia en su preámbulo que “la corrupción socava la legitimidad de las instituciones públicas, atenta contra la sociedad, el orden moral y la justicia, así como contra el desarrollo integral de los pueblos. Considerando que la democracia representativa, condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región, por su naturaleza, exige combatir toda forma de corrupción en el ejercicio de las funciones públicas, así como los actos de corrupción específicamente vinculados con tal ejercicio”.

124. Conlleva un aspecto novedoso y relevante, ya que prevé normativa referida al sector privado, de manera tal de poder prevenir, detectar y combatir los actos de corrupción que se pudieren cometer, fenómeno que hasta el momento era analizado sólo desde la óptica del Estado, aún cuando involucra a varios actores.

125. Es así que se dio jerarquía constitucional a diversos órganos de control como ser la Auditoría General de la Nación (art. 85 CN), el Defensor del Pueblo (art. 87 CN) y el Ministerio Público.

126. SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, 3ª ed., act. y ampl., p. 678.

127. COMADIRA, Julio R., ob. cit. (cfr. nota 78).

128. DE MICHELE, Roberto, ob. cit. (cfr. nota 107).

Mairal¹²⁹, profundizando en el análisis de las contrataciones del Estado, observa que “la transparencia debe abarcar sus cuatro principales etapas: la licitación pública, la ejecución del contrato, el pago y la solución final de las controversias”. A su vez, sostiene que

... las irregularidades en una licitación frecuentemente comienzan con la redacción de los pliegos y que hay formas sutiles de discriminación como por ejemplo, la fijación de un plazo exiguo para presentar las ofertas.

10.1. La licitación pública

Mairal también destaca el defecto de las formalidades frente a oferentes no habituales ni preanunciados, ya que actúa como disuasivo para presentar ofertas o como mínimo, facilita la comisión de errores formales en qué fundar impugnaciones. En este sentido, citando a Gordillo, expresa que

... las ofertas del exterior rara vez cumplen exhaustivamente hasta el último requisito formal exigido por el pliego de condiciones al cual, no obstante, deberían ajustarse en todo según la clásica doctrina.¹³⁰

Genialmente plantea como solución “exigir únicamente certificaciones de firmas y legalizaciones al ganador de la licitación”. De esta manera, una garantía de oferta seria y confiable actuaría como disuasivo de conductas irresponsables o fraudulentas.

Como sucede en la práctica,

... la superabundancia de recaudos formales¹³¹ tiende a demostrar, ante personas poco familiarizadas con los trámites licitatorios, el celo de los funcionarios intervinientes, permitiendo así diluir decisiones cuestionables en un fárrago de documentación frecuentemente innecesaria y demorando durante semanas decisiones que, de ser imparciales podrían tomarse rápidamente, pero que, al no serlas, llevan a que la demora sea utilizada con propósitos de posicionamiento político de algunos oferentes.

De allí que coincidimos en que una licitación en la cual

... es muy breve el plazo para presentar ofertas pero muy amplio el plazo para calificar a los oferentes (sea el establecido originalmente o el resultante de las extensiones decididas) sea sospechosa. El remedio a esta corruptela consiste en estable-

129. MAIRAL, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57). Con agudeza y muy buen sentido jurídico, el autor ha desarrollado estas cuestiones por lo cual lo seguiremos en los cuatro apartados que siguen, transcribiendo mucho de lo que ya ha desarrollado en su maravillosa obra.

130. GORDILLO, Agustín, “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, en *RDA*, 11:306

131. Al respecto, ver art. 70 del [Decreto 893/2012](#).

cer las reglas contrarias: Plazos¹³² largos para presentar ofertas pero breves para la selección de los oferentes y la evaluación¹³³ de sus presentaciones.

Siguiendo el catálogo de prácticas indebidamente restrictivas, anota la inclusión de requisitos innecesariamente¹³⁴ estrictos para calificar como oferente admisible (cuyo efecto es, frecuentemente, impedir que participen firmas ajenas al círculo de oferentes habituales). Argumenta que muchas veces

... las licitaciones son decididas, cualquiera sea el funcionario en quien radique la decisión formal, por el funcionario de más alta jerarquía con un interés directo en el tema y como remedio contra esa delegación involuntaria de la facultad de decisión, incluso muchas veces con la firma de otro, plantea reducir al máximo posible la discrecionalidad en la selección del universo de oferentes y en la adjudicación. Por ello son preferibles los criterios más automáticos posibles. Pautas claras y realistas, con resultado *pasa / no pasa* son preferibles a un método de puntaje que siempre encierra un cierto grado de arbitrariedad.

Sostiene el autor que un

... buen test general de la transparencia de un sistema de licitaciones es la presencia frecuente de oferentes extranjeros. Ello porque, por lo general, este tipo de participantes carece de poder político y, si pertenece a países que consideran delito los sobornos pagados a gobiernos extranjeros, tendrá un disuasivo adicional para no comportarse incorrectamente.

Finalmente, propone

... la sanción de una ley que permita el acceso a las licitaciones públicas internacionales solamente a las empresas de aquellos países cuya legislación interna

132. En nuestro país, en el caso de la licitación pública, el plazo para presentar ofertas se desprende del art. 49 del [Decreto 893/2012](#), que prevé en su parte pertinente que “la convocatoria a presentar ofertas en las licitaciones públicas deberá efectuarse mediante la publicación de avisos en el órgano oficial de publicación de los actos de gobierno por el término de dos (2) días, con un mínimo de veinte (20) días corridos de antelación a la fecha fijada para la apertura de ofertas...”

133. Respecto de la evaluación de las ofertas, el [Decreto 893/2012](#) prevé en la parte pertinente del art. 79 que “se entenderá por etapa de evaluación de ofertas al período que va desde el momento en que las actuaciones son remitidas a la Comisión Evaluadora, hasta la notificación del dictamen de evaluación...”. Y estas evaluaciones suelen hacerse en cinco días, extensibles a diez como máximo dependiendo del organismo.

134. Al respecto, puede verse “*Vertrans c/ GCBA s/ amparo* (artículo 14 CCBA)”, expediente A336-2013/0, Secretaría N° 11, febrero 2013, en donde se impugna el sistema de calificación previsto en el pliego de bases y condiciones particulares, en lo concerniente a la denominada “Calificación del Oferente”, en los ítems vinculados a la llamada “Capacidad Técnica del Oferente”: i) antecedentes técnicos por cantidad de vehículos verificados; ii) antecedentes técnicos por cantidad de líneas VTV operadas; iii) certificación de calidad bajo normas internacionales ISO 9001:2000 o ISO 17020; y iv) en el ítem vinculado a la llamada “capacidad económica y financiera” el criterio en base al cual es requisito excluyente el obtener una calificación mínima del 50% en cada rubro.

considera delito sobornar a un funcionario público de un país extranjero, como ocurre en los Estados Unidos con la Foreign Corrupt Practices Act y como ha comenzado a ocurrir con los países de la OCDE¹³⁵ De esta manera ante la acusación de corrupción, la investigación podría llevarse a cabo tanto por el gobierno argentino como por el extranjero, con lo que aumentarían las chances de detección y, correlativamente, disminuiría la posibilidad de que se recurra a tales prácticas en las licitaciones internacionales que la Argentina convoca. Esta iniciativa guarda cierta semejanza con la de firmar un pacto de honestidad entre el gobierno que convoca la licitación y las firmas participantes, por el cual estas últimas se comprometen a denunciar a los funcionarios que exigen sobornos o pagos indebidos y el gobiernos que garantiza que ninguno de sus funcionarios hará tales exigencias.

10.2. La ejecución del contrato

A propósito, Mairal señala:

La ejecución del contrato se desarrolla lejos del escrutinio público ya que éste suele concentrarse en la etapa licitatoria. Vencidos y resignados los competidores, la relación está generalmente oculta a los ojos de extraños y se desarrolla entre viejos conocidos. El contratista habitual y los funcionarios que controlan la ejecución del contrato.¹³⁶

Además, el mismo autor afirma que

Es un contrasentido monitorear cuidadosamente el procedimiento licitatorio y no controlar con igual cuidado la ejecución del contrato. Siguiendo a los Estados Unidos, deberíamos emplear el registro de grado de cumplimiento de los contratos como uno de los factores que debieran incidir en la adjudicación de los nuevos contratos [...] Porque de nada sirve adjudicar al proveedor que cotiza el precio más bajo si luego no se controlan las cantidades que entrega o la calidad del producto entregado.¹³⁷

Da varios enfoques como remedio a este problema. Uno de ellos sería realizar un estudio imparcial de los pliegos de condiciones tipo comparándolos con los que aplican países cuya contratación estatal es eficiente y tomando en cuenta las recomendaciones de organismos internacionales. Otro enfoque sería tercerizar el control del

135. MAIRAL recomienda, sobre la Convención de la OCDE que combate la corrupción de funcionarios públicos extranjeros, ver NICHOLS, Colin, DANIEL, Tim, POLAINE, Martin y HATCHARD, John, *Corruption and Misuse of Public Office*, Oxford University Press, 2006, pp. 395-435. Y sostiene que Gordillo es elocuente acerca de la obligación moral de Europa de combatir la corrupción de sus empresarios en el extranjero (GORDILLO, Agustín A., *The future of Latin America: Can the EU help?*, Londres, Esperia Publications Ltd., 2003, p. 117).

136. MAIRAL, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57). El Decreto 893/2012 desarrolla esta cuestión a partir del Título III Ejecución y Extinción del Contrato.

137. MAIRAL, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

cumplimiento de los contratos convocando al efecto a firmas especializadas. Esta última recomendación no se basa en presumir un mayor nivel ético en los particulares que en los funcionarios públicos, sino en el hecho comprobado que los particulares están expuestos a sanciones jurídicas y económicas que no alcanzan a los organismos públicos.

10.3. El pago

La actividad administrativa más sospechada es la que lleva al pago de los contratistas. Y es por ello que Mairal afirma –adherimos– que

Todo mecanismo que asegure la automaticidad en el pago una vez verificado el cumplimiento de la respectiva prestación contractual, así como el pago de facturas por estricto orden cronológico favorecerá la transparencia.¹³⁸

En este sentido,

... el uso de expedientes electrónicos en el que quede también constancia de los pagos, permitirá transparencia en el trato a los contratistas y facilitará el control del orden en que se efectúan los pagos. Este mecanismo implica avanzar en un camino ya iniciado y debería ser prioritario para las autoridades [...].

Hoy en día el contratista debe seguir cumpliendo pese a la mora del Estado. Ello porque tanto la doctrina como la jurisprudencia argentina sólo admiten que el contratista suspenda la ejecución del contrato cuando el incumplimiento del Estado llegue a tal extremo que le impida cumplir con sus propias obligaciones, estándar éste no sólo excesivo sino totalmente impreciso y sujeto, por ende, a impredecibles evaluaciones judiciales.¹³⁹

10.4. La solución de las controversias

Los contratistas carentes de instancia arbitral deben enfrentarse a una larguísima contienda administrativa/judicial de por lo menos seis etapas, con una duración total que fácilmente puede alcanzar los diez y aun los veinte años. Mairal describe las etapas de la siguiente manera:

... agotamiento de la vía administrativa, primera y segunda instancias judiciales, Corte Suprema y finalmente la ejecución de sentencia que nuevamente desemboca

138. Estas facturas deben ser controladas por los funcionarios públicos previamente a efectuar cualquier pago. Mediante la web de la AFIP se puede realizar esta verificación en “constatación de comprobantes emitidos” (CAE-CAI-CAEA). Además, cualquier ciudadano podría efectuar estas constataciones. Actualmente, existen denuncias en la Oficina Anticorrupción por pagos que el Estado efectuó en connivencia con empresas proveedoras que emiten facturas no actualizadas.

139. MAIRAL, Héctor A., ob. cit. (cfr. nota 57).

en un trámite administrativo y, eventualmente, judicial. Todo ello con la probabilidad, si se repite la práctica reciente, que una ley de consolidación de deuda pública lo obligue, al final de esa odisea jurídica, a aceptar los bonos públicos a dieciséis años de plazo y con inciertas perspectivas de pago.¹⁴⁰

En definitiva, estos plazos llevan a que ningún funcionario público recuerde los hechos (o quiera recordarlos) cuando llega a la etapa probatoria en sede judicial y los abogados del Estado deben defenderlo con escaso conocimiento de los hechos o aporte de pruebas. Así no es de sorprender que esas defensas sean puramente formales y frecuentemente poco exitosas.

11. Conclusiones

En atención a lo expuesto, se concluye que es conveniente redoblar el esfuerzo en la aplicación del marco legal. Para que todos los operadores puedan participar en las licitaciones en un plano de igualdad y para garantizar la correcta aplicación del derecho de contratación pública, es imprescindible que funcionen adecuadamente procedimientos de recursos rápidos y eficaces tanto a nivel nacional como provincial.

Y en esta dirección hay una importante tendencia a procurar una gestión estatal transparente. En el caso particular de las contrataciones públicas hay un esfuerzo significativo por avanzar hacia ese sentido y los Decretos 1023/2001 y 893/2012 marcaron un paso sustancial, principalmente con la consolidación de un órgano rector al que todas las reparticiones públicas tienen el deber de rendir información actualizada y este la de publicarla.¹⁴¹

140. *Ibidem*.

141. Es fundamental remitir a la ONC todo lo requerido pero también los formularios diseñados por los organismos indicando los procedimientos contractuales en que se desestiman ofertas para que se pueda sancionar a los proveedores que incumplen, de acuerdo a los arts. 131 y 132 del Decreto 893/2012. No son muchas las sanciones que ha aplicado este órgano rector, a causa de que los organismos no remiten ningún formulario, por eso pensamos fundamental transcribir lo pertinente para tener en cuenta y evitar eventuales responsabilidades de los funcionarios públicos incumplidores. El art. 13 del Decreto 893/2012 reza así: "Clases de sanciones. Los oferentes, adjudicatarios o cocontratantes podrán ser pasibles de las sanciones establecidas en el artículo 29 del Decreto delegado N° 1023/01 y sus modificaciones, por las siguientes causales: a) Apercibimiento (...) 3. El oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por alguna de las causales enumeradas en los incisos a), b), c), d), e), g), i), j), k), l), n) y o) del artículo 84 del presente reglamento; 4. El oferente a quien se le hubiere desestimado la oferta por alguna de las causales enumeradas en el artículo 85 del presente reglamento (...) b) Suspensión: Se aplicará una suspensión para contratar que no excederá de TRES (3) meses: (...) 1.2. Al oferente, adjudicatario o cocontratante a quien en el lapso de UN (1) año calendario se le hubieren aplicado TRES (3) sanciones de apercibimiento (...) 3. Se aplicará una suspensión para contratar por un lapso mayor a UN (1) año y hasta DOS (2) años: (...) 3.4. Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso m) del artículo 84 del presente reglamento, 3.5. Al oferente a quien se le hubiese desestimado la oferta por la causal enumerada en el inciso f) del artículo 84 del presente reglamento (...)."

El art. 132 del Decreto 893/2012 reza así: "Aplicación de sanciones. Las sanciones serán aplicadas por la Oficina Nacional de Contrataciones y se fijarán dentro de los límites de tiempo establecidos en el artículo anterior y de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes de cada caso. A tales fines se podrá tener en cuenta,

Es esencial que los esfuerzos por mejorar las prácticas en materia de contratos públicos se vean apoyados por avances en la transparencia y en la difusión de información. En un mediano plazo, es probable que las telecomunicaciones y los sistemas informáticos revolucionen la adjudicación de contratos públicos, como ya ocurre en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires¹⁴², mediante la contratación electrónica. En este sentido se está considerando derogar¹⁴³ el Decreto 893/2012. En esta nueva normativa habría referencia a la contratación electrónica¹⁴⁴, a fin de simplificar procedimientos, mejorar la eficiencia, eficacia, calidad y sustentabilidad, luchar contra la corrupción, promover la ética y la transparencia¹⁴⁵ adecuando así el sistema de compras públicas a los nuevos desafíos y metas del Estado moderno y al fenómeno mundial.¹⁴⁶

De este modo, la generalización de la electrónica en el sector de los contratos públicos beneficiará a todos los participantes: en comparación con el sistema actual en soporte de papel, los procedimientos serán más transparentes, más abiertos al diálogo con los contratistas y mucho más eficaces. Ya los contratos públicos deberían fi-

entre otras, la extensión del daño causado, los antecedentes previos del proveedor y los motivos que determinaron el incumplimiento”.

142. Cfr. www.buenosaires.gob.ar/hacienda/compras/normativas/bienes-y-servicios. Mediante la Disposición 92/GCABA/DGCYC/2012, se establece el uso del expediente electrónico. Luego, la Ley 4764 del 14/11/2013, crea el registro informatizado de bienes y servicios; y, mediante el Decreto 116/2014, se crea la plataforma de gestión electrónica de proveedores GEP.

143. Cfr. Proyecto elaborado por la ONC versión abril 2016: Anexo Reglamento del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional.

144. El Título I, Capítulo IV, CONTRATACIONES PÚBLICAS ELECTRÓNICOS del Proyecto citado precedentemente dice así: “Artículo 26: Principios rectores. Las contrataciones públicas electrónicas se realizarán mediante medios tecnológicos que garanticen neutralidad, seguridad, confidencialidad e identidad de los usuarios, basándose en estándares públicos e interoperables que permitan el respaldo de la información y el registro de operaciones, permitiendo operar e integrar a otros sistemas de información.

Artículo 27: Procedimientos. Todos los procedimientos prescriptos en el presente reglamento se podrán efectuar en forma electrónica mediante la utilización de medios que a tal fin habilite la Oficina Nacional de Contrataciones.

Artículo 28: Excepciones. La Oficina Nacional de Contrataciones será la encargada de autorizar las excepciones a la tramitación de los procedimientos de selección en forma electrónica.

A tal efecto debe encontrarse acreditada la imposibilidad de tramitación de la contratación en forma electrónica o justificada la excepción por circunstancias objetivas.

Artículo 29: Identificación y autenticación de usuarios. La Oficina Nacional de Contrataciones dictará los manuales de procedimientos a efectos de regular el registro y los sistemas de autenticación que permitan verificar la identidad de los usuarios en los medios tecnológicos que se utilicen para realizar las contrataciones públicas electrónicas”. En este sentido ya el actual Decreto 893/2012 en su art. 33 prevé a las contrataciones públicas electrónicas.

145. Siguiendo con el proyecto de la ONC, en el título II, “PROCEDIMIENTOS DE SELECCIÓN EN GENERAL” se titula a su capítulo II “TRANSPARENCIA, PUBLICIDAD, DIFUSIÓN, COMUNICACIONES Y NOTIFICACIONES”.

146. Tenemos el caso de la administración norteamericana, que ha confiado la difusión de la información sobre anuncios de licitaciones a una docena de empresas privadas, autorizadas a tal efecto, que han desarrollado las denominadas “Redes de Valor Añadido (RVA). Estas redes ofrecen datos de excelente calidad sobre las posibilidades abiertas por la contratación pública en los Estados Unidos y en el extranjero.

gurar entre los ámbitos del sector público en que es prioritario aplicar las tecnologías de la información.

Ya las actuales tecnologías multiplican las posibilidades de incrementar la transparencia, limitar los costes de funcionamiento y reducir los plazos. Pero es esencial acrecentar la transparencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, lo que además incidirá positivamente sobre el resto de las políticas del país. Así, al aumentar la transparencia del acceso al mercado, se le abre a las pequeñas y medianas empresas nuevas zonas de venta.

Y, sin duda, la utilización de medios electrónicos en relación con la publicidad y la transparencia de los procedimientos de adjudicación de los contratos “es un objetivo de gran trascendencia y fácil cumplimiento”.¹⁴⁷

Así, todas las tendencias de desarrollo tecnológico hacen pensar que tendremos la gran oportunidad de desarrollar sistemas de compras estatales que funcionen en el mercado electrónico¹⁴⁸ internacional con todos los beneficios que ello involucra para los respectivos pueblos.

Por otro lado, la realidad nos demuestra que la gran corrupción se produce en los niveles superiores de gobierno. Este vicio se ve favorecido por la permanencia de los funcionarios en puestos intermedios y vinculados con contrataciones y en las ventajas económicas que el Estado otorga a ciertas empresas o grupos económicos a través de los contratos públicos. Y el resultado son los sobrecostos que afectan la transparencia y credibilidad en los procesos, como así también la eficiencia en el manejo del gasto público. Así, los gobiernos muchas veces simulan un procedimiento de licitación justo y competitivo con una adjudicataria eficaz. Todo ello lleva a afirmar la necesidad de promover una serie de iniciativas que tiendan a dotar de transparencia el desarrollo de tales procesos contractuales.

Siguiendo esta línea hacemos hincapié en la planificación y ejecución anual de compras pero además creemos necesario incorporar efectivamente en los distintos organismos de la Administración Pública Nacional, el Departamento de Auditoría Interna con competencia de control preventivo.

En nuestro país esta lucha contra la corrupción está encomendada a diversos órganos estatales y pensamos que las acciones *qui tam* presentarían una forma de legitimación novedosa, mediante la cual la ley permitiría a los particulares convertirse en abogados del Estado, actuando a su propio riesgo con el estímulo de obtener un porcentaje de los fondos que aquel recupere con motivo de la acción entablada.¹⁴⁹

147. GIMENO FELIÚ, José M., “La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública”, en *Documentos de Trabajo*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Zaragoza, N° 3, 2004, p. 7.

148. Ya varios países lo han implementado. Canadá con su sistema Merx, México con Compranet, la Comunidad Europea con su sistema Simap, varios sistemas en Estados Unidos, Australia y países del Asia Pacífico.

149. Bianchi afirma que “desde el punto de vista de la legislación procesal o de la que regula la contratación administrativa en la Argentina, no existen impedimentos para la instalación de un sistema como el descrito,

Pensamos que la capacitación sobre mejores prácticas y reglas de adquisiciones es uno de los métodos fundamentales para alcanzar tal cambio. Se trata de una inversión necesaria y tremendamente rentable pues, en definitiva, las nuevas técnicas de adquisiciones, que comprenderán la difusión y compra por medios electrónicos aprovechando las oportunidades disponibles, solo proporcionan una mayor eficiencia y reducción de costos si los funcionarios del sector público son adiestrados para utilizarlas adecuadamente.

Al respecto hay decenas de ejemplos de que cuando las personas se interesan, capacitan y participan de manera activa en las compras y contrataciones que realizan las diversas instituciones públicas, los bienes y servicios que recibe la población son de mejor calidad, tienen mayor cobertura y mejor impacto en el combate y la reducción de la pobreza. Por lo mismo, es clave la participación de ciudadanos y funcionarios públicos, de la mano con el gobierno, en la búsqueda de estos resultados.¹⁵⁰

El mejor mecanismo para prevenir la ocurrencia de prácticas que pugnen con el principio de probidad¹⁵¹ en materia de licitaciones es precisamente dar amplia transparencia a los procesos de contratación de manera que cualquier ciudadano pueda conocerlos.

Es muy necesario que se ataquen las conductas ilícitas de quienes pretenden beneficiarse ilegítimamente con el uso privado de fondos públicos, adoptando medidas de coordinación, supervisión y contralor que aseguren la eficiencia y eficacia en el uso de los recursos económicos y financieros del Estado.

Por todo esto, en el Estado Moderno, la transparencia modera la ambición de poder y riqueza de quienes representan en las contrataciones el interés público, que administran y deciden sobre los recursos que aportan los ciudadanos. Sin dudas, la transparencia cambia y redefine el rol del Estado y las estructuras gubernamentales obligando al funcionario a hacer públicas sus acciones en sus diversas etapas y a fundamentar cada una de sus decisiones; con ella, a su vez, se permite a la sociedad ejercer un control sobre los procesos de compras, lo que hace más eficiente si la ciudadanía, estimulada por la transparencia, conoce el funcionamiento del sistema de contrataciones.

el cual podría convertirse en un medio eficaz para devolver a las arcas del Tesoro Nacional sumas de dinero egresadas por medios ilícitos" (BIANCHI, Alberto B., ob. cit. [cfr. nota 111]).

150. Banco Mundial, *Especialistas en transparencia y rendición de cuentas intercambiarán experiencias sobre contrataciones públicas y participación social*, 10/12/2013, Santo Domingo, p. 2 [05-03-2016].

151. En el contexto de la modernización de la gestión pública, la probidad adquiere un sentido más amplio que la lucha contra la corrupción. Se relaciona con el significado de la responsabilidad funcionaria, el profesionalismo, la obligación de rendir cuentas sobre el empleo de los recursos y de anteponer el interés colectivo por sobre el particular.

12. Bibliografía

Doctrina

- ACKERMAN, Susan, *La corrupción y los gobiernos*, Nueva York, Siglo XXI, 1999.
- ALTAMIRA GIGENA, Julio I., “La función administrativa” [online], en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* [portal web], [s.e.], [s.f.]. [Última consulta: 5/1/2017].
- ANDREUCCI, Carlos A., “Contratación Pública: sistemas de selección. Transparencia pública”, en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP.
- ARCIDIÁCONO, Pilar, ARENOSO, Federico y ROSENBERG, Gastón [PODER CIUDADANO], *Transparencia y control social en las contrataciones públicas*, Buenos Aires, Fundación Poder Ciudadano, 2006.
- BÁEZ, Julio C. y GRISSETTI, Ricardo A., “Las nuevas formas de enfrentar la criminalidad organizada”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, La Ley, Nº 3, 2016, pp. 217-260 (cita online AR/DOC/699/2016).
- BARRA, Rodolfo, *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 1980.
- BIANCHI, Alberto B., “Las acciones qui tam como medio de lucha contra la corrupción en los contratos públicos en los Estados Unidos”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 01/02-589 [2001].
- CANOSA, Armando N., IVANEGA, Miriam M. y REJTMAN FARAH, Mario, “Procedimiento y proceso administrativo, jornadas organizadas por la Carrera de Especialización”, en Cassagne, Juan Carlos [dir.], *Derecho Administrativo Económico. Sección I – El procedimiento administrativo*. (Ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/2642/2012).
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, “Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en Rodríguez García, Nicolás y Fabián Caparrós, Eduardo A. (coords.), *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, RATIO Legis, Salamanca, 2003.
- CASSAGNE, Juan C. y SACRISTÁN, Estela B. [colab.], *El contrato administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis - Abeledo-Perrot, 2005.
- COMADIRA, Julio R., “El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas)”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, t. 2005, p. 400.
- *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2^{da} ed. act. y ampl.,
- *Derecho administrativo*, Buenos Aires, 1996
- COVIELLO, Pedro, “Los contratos de derecho privado de la administración”, en AA. VV., *Cuestiones de contratos administrativos. En Homenaje a Julio Rodolfo*

- Comadira*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, RAP, pp. 102 y ss.
- “Reflexiones sobre la ética pública”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 11/5/2012, supl. Const. 2012 (mayo); t. 2012-C, p. 752 (cita online AR/DOC/1690/2012).
- DE MICHELE, Roberto, “Medir la corrupción es como la pornografía, Gobernarte. Ideas innovadoras para mejores gobiernos” [online], en www.blogs.org.
- DEL BOCA, Vanesa, “Transparencia en los procedimientos de selección de concesionarios de servicios públicos”, en *Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, t. 2007-II, p. 935 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. 0003/013274).
- DROMI, Roberto, *Derecho administrativo*, Madrid, Ciudad Argentina, 1998.
- EIGEN, Peter, *Las redes de la corrupción: La sociedad civil contra los abusos de poder*, Barcelona, Del Bronce, 2004.
- FERRO ILARDO, Susana B., *Estados latinoamericanos. Palabras claves para la región*, Buenos Aires, Dunken, 2008.
- GAMALLO, Gustavo, *Resetear la sociedad. Ideas de los jóvenes sobre la corrupción*, Buenos Aires, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 2007.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca del concepto de corrupción”, en Carbonell, Miguel y Vázquez, Rodolfo [coords.], *Poder, derecho y corrupción*, Siglo XXI, 2003.
- GIMENO FELIÚ, José M., “La utilización de las nuevas tecnologías en la contratación pública”, en *Documentos de Trabajo*, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Universidad de Zaragoza, N° 3, 2004, p. 7.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Corrupción, ética y moral en las administraciones públicas*, Madrid, Aranzadi, 2006.
- GORDILLO, Agustín A., “Clasificación de los contratos administrativos”, en *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Macchi.
- “El informalismo y la concurrencia en la licitación pública”, en *RDA*, 11:306.
- GRONDONA, Mariano, *La corrupción*, Buenos Aires, Planeta, 1993, 3ª ed
- GUSMÁN, Alfredo S., “Acceso a la información pública. Fortalecido en los tribunales, debilitado en el congreso”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2016-B, p. 736, y “supl. Const.”, 2016 (marzo), p. 20 (cita online AR/DOC/514/2016).
- IVANEGA, Miriam M., “El deber ser de la gestión pública. Responsabilidad y rendición de cuentas”, en CTPBG. Comisión Técnica de Prácticas de Buena Gobernanza [portal web <http://buenagobernanza.agn.gov.ar/>], [s.e.], [s.f.]
- LAGARDE, Fernando M., “Cuestiones de contratos administrativos”, Buenos Aires, [s.e.], [s.f.] [Ponencia expuesta en la primera jornada del Curso Básico de Abogacía Estatal, Local y Federal organizado por la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2/9/2013] [Última consulta: 5/1/2016]
- LAMOGLIA, Carlos M., “Los principios de la licitación pública. Pautas y lineamientos para una mejor administración”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2007 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters id. AP/DOC/4598/2012).

- MAIRAL, Héctor A., “Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla”, en *Revista RAP*, 2007.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. 3-A, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965.
- MONTES, María V., “Manual práctico de contrataciones de la Administración Pública Nacional”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, N° 305, pp. 10 y ss.
- MUÑOZ, Ricardo A. (h), “Contratos interadministrativos. En la Unión Europea y en la Argentina”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, RAP, 03, 09/2014. [Último ingreso: 5/1/2017].
- NEME, Pablo, “Hacia una ley *qui tam*. Marco normativo y antecedentes jurídicos. Propuesta de creación”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 26/8/2015 (cita online AR/DOC/1499/2015).
- NIETO, Alejandro, “La función pública y la corrupción”, en Reiriz, María Graciela [coord.], “Derecho administrativo y aportes para el rediseño institucional de la república”, *Revista Jurídica de Buenos Aires*, LexisNexis, 2004.
- RAIGORODSKY, Nicolás, “Políticas de prevención de la corrupción en el ámbito de los organismos de seguridad pública”, en Embajada Británica, *Diálogo argentino-británico: Gobernabilidad y democracia*, Buenos Aires, 2005.
- REJTMAN FARAH, Mario [dir.], Alonso Regueira, Enrique y Cardaci Méndez, Ariel [coords.], *Contrataciones de la Administración Pública Nacional. Decreto 1023/2001. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012. — *Régimen de contrataciones de la administración nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2010.
- RIMONDI, Jorge L., *Calificación legal de los actos de corrupción en la administración pública*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2005.
- RIVERO ORTEGA, “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y latinoamericana”, en Rodríguez García, Nicolás y Caparrós, Eduardo F. [coords.], *La corrupción en un mundo globalizado. Análisis interdisciplinar*, Salamanca, Ratio Legis, Salamanca, 2003, p. 111.
- RODRÍGUEZ PACHECO, Isidro N., “La buena gobernanza local y la participación de la sociedad civil en los asuntos públicos”, 2009.
- SABÁN GODOY, Alfonso, *El marco jurídico de la corrupción*, Madrid, Civitas, 1991.
- SAGÜÉS, Néstor P., *Elementos de derecho constitucional*, t. 1, Buenos Aires, Astrea, 2003, 3ª ed., act. y ampl.,
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *Derecho administrativo. Parte general*, Madrid, Tecnos, 2005
- SOBRERO ELGUE, Mercedes, “Buena administración y prevención de la corrupción”, en *El Derecho Administrativo*, Buenos Aires, UCA, 31/3/2016.
- SOTELO DE ANDREAU, Mirta, “Un nudo gordiano en la contratación pública: la corrupción”, en Scheibler, Guillermo [coord.], *El derecho administrativo de la emergencia*, t. IV, Buenos Aires, FDA, 2005.

VANOSI, Jorge, “Primera aproximación al enfoque jurídico de la corrupción”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 149, p. 749.

VILLORIA MENDIETA, Manuel, *Ética pública y corrupción. Curso de ética administrativa*, Madrid, Tecnos, Madrid, 2000

Jurisprudencia

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA 1, 6/11/1998, “Finmeccanica Spa Aerea Alenia Difesa c/ EN –M° de Defensa– Licitación 12/97 s/ Medida cautelar (autónoma)” (*La Ley*, t. 2000-C, p. 113; y t. 1999-B, p. 517; cita online AR/JUR/2890/1998).

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 19/9/2006 “Claude Reyes y otros c/ Chile - Fondo, reparaciones y costas” (Serie C, N° 151) [N. del E.: ver [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)].

— 2/7/2004, “Herrera Ulloa c/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (Serie C, N° 107) [N. del E.: [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)].

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, 10/11/2015, “Giustiniani, Rubén Héctor c/ YPF SA s/ amparo por mora” (*El Derecho*, 25/11/2015; *Fallos*, t. 338, p. 1258).

— 4/12/2012, “Asociación Derechos Civiles c/ EN-PAMI (dto. 1172/03) s/ amparo ley 16986” (*Fallos*, t. 335, p. 2939).

— 20/6/2006, “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza-Riachuelo)” (*Fallos*, t. 329, p. 2316).

— 18/7/2002, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros c. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado s/ contrato administrativo” (*Fallos*, t. 325, p. 1787).

— 2/3/1993, “Cinplast IAPSA c/ ENTel s/ Ordinario” (*Fallos*, t. 316, p. 212).

— 3/3/1992, “Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes s/ Cobro de australes” (*Fallos*, t. 315, p. 158).

— 27/8/1991, “Copimex CAC e ISA. c/ Alesia SACIF y AG” (*Fallos*, t. 314, p. 899).

— 20/12/1965, “Cooperamet c/ Instituto Argentino de Promoción del Intercambio” (*Fallos*, t. 263, p. 510).

— 22/6/1962, “Empresas Rodríguez Inc., Delaware c/ Empresa Nacional de Transportes” (*Fallos*, t. 253, p. 101).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA, SALA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, 4/7/1996, “Esteban Elsa c/ Provincia de Córdoba”.

TRIBUNAL ORAL CRIMINAL N° 4, 9/9/2013, “Mahdjoubian, Juan J.” (*La Ley Online*: AR/JUR/109411/2013).

Publicaciones institucionales

- BANCO MUNDIAL, *Especialistas en transparencia y rendición de cuentas intercambiarán experiencias sobre contrataciones públicas y participación social*, 10/12/2013, Santo Domingo, p. 2 [05-03-2016].
- CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ (CCB), *Guía anticorrupción para las empresas*, Bogotá, 2014, p. 25 y ss.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, “[Libro Verde. Contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro](#)”, Bruselas, 27/11/1996, COM (96) 583.
- OFICINA ANTICORRUPCIÓN, “[Compras y contrataciones públicas](#)”, documento editado como parte de la colección “Herramientas para la Transparencia en la Gestión”, N° 4, [s.f.], pp. 2-3. [Última consulta: 5/1/2016].
- “El estado de las contrataciones. Mapa de condiciones de transparencia y accesibilidad en las contrataciones pública”, 2007.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC) y THE ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), “[Integrity in public procurement. Good practice from A to Z](#)”, París, OECD-Publishing, 2007.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (PNUD), *Anticorrupción, nota práctica*, 2004, p. 2.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Source book*.
- WS ATKINS MANAGEMENT CONSULTANT, “The Cost of Non Europe in Public Sector Procurement”, Office for Official Publications of the European Communities, 1987.

Partición de herencia

Implicancias de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal

Sylvia V. Belatti

RESUMEN

Se analiza el contenido de la Disposición técnico-registral 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal, que nos permite visualizar que, además de receptar un cambio de criterio en materia registral, tiene implicancias que exceden dicho ámbito y nos concientiza de la necesidad de la partición para poner fin al estado de indivisión hereditaria o poscomunitaria, de conformidad con la normativa de fondo. Ni la inscripción de la declaratoria de herederos ni la del testamento implican adjudicación de un inmueble en condominio sino simplemente publicidad de la existencia de una comunidad.

Sumario: **1.** Introducción. **2.** Contenido de la DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal. **2.1.** Considerandos. **2.2.** Parte dispositiva. **3.** Antecedentes jurisprudenciales. **4.** Doctrina. **5.** Normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la materia. **5.1.** Conclusión de la indivisión. **5.2.** Partición parcial. **5.3.** Partición privada. **5.4.** Partición judicial. **5.5.** Efectos de la partición. **5.6.** Indivisión poscomunitaria. **6.** Conclusiones. **7.** Bibliografía.

1. Introducción

La intención del presente artículo es analizar el contenido de la Disposición técnico-registral (DTR) [7/2016](#) del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal (RPI), los fundamentos de su dictado, sus alcances e implicancias que, como se verá, exceden el ámbito de lo registral. Un importante cambio de criterio, que recepta la necesidad de adecuar la normativa registral a la legislación de fondo y que además encuentra antecedentes en la jurisprudencia y la doctrina.

2. Contenido de la DTR 7/2016 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal

2.1. Considerandos

La DTR, con entrada en vigencia a partir del 1 de octubre de 2016 (art. 3), inicia sus fundamentos remitiendo a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y cita diversos artículos relevantes en la materia. Además, hace referencia al artículo 101 del Decreto 2080/1980 (TO Decreto 466/1999), reglamentario de la Ley 17801, que establece que al momento de inscribirse la declaratoria de herederos o el testamento, en caso de existir pluralidad de herederos, deberá consignarse la proporción que a cada uno le corresponda en la titularidad del asiento respectivo. La DTR sostiene que este último contradice lo dispuesto en la nueva normativa de fondo y que

... mantener ese criterio induce a suponer que la partición ya se llevó a cabo, cuando en realidad hasta tanto los copartícipes no la otorguen, solo tienen una porción ideal sobre la universalidad hereditaria.

Por otra parte, la DTR agrega que

... una interpretación armónica de la normativa aludida permite sostener que cuando se enajena la totalidad de un inmueble integrante del acervo sucesorio, el acto dispositivo importa en sí un acto liquidatorio, sea que la adquisición fuese hecha por terceros o por alguno de los comuneros. En cambio, si sólo se enajena o grava una parte indivisa, necesariamente se ha de requerir el otorgamiento de la partición.

Finalmente, hace mención a la necesidad de adecuación del sistema inscriptor vigente con la nueva normativa y de una amplia difusión a los usuarios sobre los criterios que la motivan.

2.2. Parte dispositiva

El análisis de su parte dispositiva se concentra en los artículos primero, segundo y cuarto:

Artículo 1

Cuando se presenten a registración documentos que contengan declaratorias de herederos o testamentos sin que exista partición, solo se tomará razón, con relación a los sucesores y –en su caso– cónyuge supérstite, de sus datos personales, sin consignarse proporción alguna.

Sin duda, esto implica un cambio sustancial en materia registral, que hasta la entrada en vigencia de dicha disposición aceptaba que el asiento registral fuera elaborado conforme el principio de rogación, con los datos y las proporciones consignadas en la minuta, y así publicitaba junto con los datos de los sucesores y del cónyuge superviviente en su caso, la proporción que les corresponde, conforme con lo dispuesto por el artículo 101 del Decreto 2080/1980.

A partir de esta nueva disposición, ya no será posible registrar proporciones si no hay partición, en cuyo caso solo se publicitarán sucesores y cónyuge superviviente. (Parece oportuno que en el rubro “observaciones” de la ficha de inscripción se aclare que esta tiene por objeto solo publicitar la comunidad hereditaria o poscomunitaria resultante de los autos “X”, para identificarlos). Para que el asiento registral publicite, además, proporciones, se exigirá que el documento que se presente a registración, sea declaratoria de herederos o testamento, contenga partición, siendo insuficiente consignar proporciones en la respectiva minuta rogatoria de inscripción.

Artículo 2

La toma de razón de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble integrante del acervo hereditario, no requiere de la partición siempre y cuando sea otorgado por todos los copartícipes declarados.

Si se dispusiere de una parte indivisa, o se constituyeren gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario, se requerirá necesariamente la previa o simultánea partición de dicho bien.

La primera parte del artículo, referente al supuesto de inscripción de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble del acervo hereditario, dispone que no requiere de la partición si es otorgado por todos los copartícipes declarados. El considerando de la disposición, como se indicara, interpreta que el acto dispositivo importa en sí un acto liquidatorio, sea que la adquisición fuese hecha por terceros o por alguno de los comuneros. La exigencia es que sea otorgado por todos los legitimados, por el dictado de la declaratoria de herederos o auto que aprueba la validez formal del testamento, y el cónyuge superviviente en su caso. No requiere de la partición porque la enajenación de un inmueble del acervo hereditario otorgada por todos los copartícipes declarados es un acto de partición parcial admitido por la legislación de fondo.

En su segunda parte, y en concordancia con el criterio expuesto, la normativa incorpora la exigencia de partición, previa o simultánea, a la disposición de parte indivisa o constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario. Dicha exigencia de partición, previa o simultánea, se debe a que el coheredero lo es respecto de una universalidad jurídica y tiene derecho a una porción del patrimonio hereditario pero no a una porción de cada una de las cosas determinadas, lo cual solo se produce con la partición. Cumplimentada esta exigencia de partición, respecto de ese inmueble integrante del acervo hereditario, se convierte a los herederos y cónyuge superviviente en su caso en condóminos de la cosa

y se evita el riesgo de que el inmueble sea adjudicado a otro coheredero distinto del disponente, atento el efecto declarativo de la misma.

Artículo 4

La publicidad de proporciones en los asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos, que continuará hasta la entrada en vigencia de la presente disposición, no importará cesación de indivisión hereditaria ya que ésta solo concluye con el otorgamiento de la partición.

Acorde con lo expuesto anteriormente, la [DTR](#) dispone que la cesación de la indivisión hereditaria se produce con el otorgamiento de la partición, y hace extensivo el criterio a lo ya inscripto, indicando que la publicidad de proporciones de asientos registrales de declaratorias de herederos y testamento no importará cesación de la indivisión. Rige el mismo criterio para lo ya registrado, que lo será con el carácter de anotación preventiva pendiente de partición definitiva.

3. Antecedentes jurisprudenciales

Ya la jurisprudencia se había expedido siguiendo este criterio en un fallo contundente y trascendente de la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 20 de febrero de 2004.¹ En dicha oportunidad, el tribunal resolvió revocar la resolución que denegaba la inscripción definitiva de una cesión de derechos hereditarios en el RPI por encontrarse inscripta la declaratoria de herederos del causante. En su pronunciamiento, la Cámara sostuvo, entre otras citas, que

A los fines de resolver la cuestión materia de recurso deviene necesario precisar que el hecho de que la declaratoria de herederos sea inscripta en el Registro de la Propiedad no altera su intrínseca naturaleza, cual es la de constituir el título hereditario oponible “*erga omnes*” que acredita ser heredero de quien figura como titular registral del inmueble. Pero nada más pues la declaratoria por si sola ni constituye, ni transmite, ni declara ni modifica derechos reales sobre inmuebles. Su valor declarativo se limita al título que acredita la vocación, el llamamiento hereditario. Es verdad que esa inscripción debe hacerse para el supuesto en que los herederos declarados, en conjunto, pretendiesen disponer del inmueble, a los fines de preservar la continuidad de tracto (conf. Zannoni, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, t. I, p. 565, § 539, 4ta ed., Ed. Astrea, 2001; citado también por C. Civil y Com. San Isidro, Sala I, 8/9/998, “S., H s/suc.” *LLBA* 1999, p. 972).

Por ello, la mera inscripción de la declaratoria en el Registro de la Propiedad no implica adjudicación de los inmuebles en condominio, sino simplemente exterior-

1. CNCiv., Sala F, 20/2/2004, “Labayru, José María c/ Registro Propiedad Inmueble N° 392/03”, expediente 97.537/03 (*Revista del Notariado*, N° 876, 2004, pp. 115-119 [N. del E.: ver también en [web del RPI](#)]).

rización de la indivisión –hereditaria o postcomunitaria, en su caso, publicidad y medio de oponibilidad de ella a terceros– (conf. CNCiv., Sala C, del 6/8/74 “Aubone c/ Aubone”, JA 27-215 y su nota: “Indivisión postcomunitaria y comunidad hereditaria: su coexistencia e implicancias”).

Por otra parte indicó que

... si se entendiera que la inscripción de la declaratoria provoca el nacimiento del condominio como se sostiene en el pronunciamiento recurrido, los jueces tampoco podrían encontrarse autorizados a ordenar la inscripción de la cesión de derechos como lo autoriza el art. 99 del decreto 2080/80 (T.o. dec. 466/99) cuya primera parte se invoca para el rechazo de la rogatoria.

[...]

Por tanto, los terceros que acceden a la información del registro, de la cual surge la inscripción de la declaratoria, no conocen una situación registral de condominio entre los herederos desde que fue inscripta aquella, como se sostiene en la resolución administrativa apelada, sino una situación de indivisión. Aquella recién se pondrá en conocimiento a partir de la inscripción de la partición.

[...]

En definitiva, la disposición del decreto 2080/80 (T.o. dec. 466/1999) en que se sustenta la decisión del Registro, desnaturaliza la función que cumple la declaratoria. Su aplicación, como sucede en el caso, lleva a impedir la cesión con posterioridad a la inscripción de la declaratoria, con lo que siguiendo por ese camino se exigirá al coheredero la transmisión *ut singuli* de su parte indivisa en el inmueble (que se juzga en condominio si hay más de un heredero). Y, de este modo se quiebra el principio del art. 3451, que es norma de fondo por un decreto reglamentario.

[...]

Esta posición, más allá de las citas realizadas, es compartida en la actualidad por la mayoría de los autores y por la jurisprudencia. Por ello se advierte que la práctica viciosa del Registro al impedir la inscripción de cesiones de derechos hereditarios rogada por un notario como el en supuesto de autos, debe ser corregida, máxime que el argumento utilizado en el sentido de que se trata de un condominio se ve desvirtuado en tanto que si existe una manda judicial que ordena la inscripción de la cesión el Registro toma razón de ella.

Corresponde destacar que el fallo *in extenso* remite a otras citas y resoluciones que, con igual criterio, sostuvieron que la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento en el RPI no produce el cese de la indivisión hereditaria, que solo ocurre mediante la partición debidamente inscripta. Por otra parte y en el marco del análisis de los antecedentes jurisprudenciales, cabe aclarar que la jurisprudencia no siempre receptó este criterio y también ha decidido que

Cuando los herederos piden se inscriba lisa y llanamente la declaratoria respecto de algún inmueble, ello implica un signo inequívoco de la existencia de un acuerdo de voluntades para afectar el inmueble en cuestión a un régimen de propiedad

en común (arts. 1137, 1145 y 2675 Cód. Civil), sin perjuicio de que el resto de los bienes pueda quedar en estado de indivisión (art. 3433, cód. cit.). [...] el pedido de inscripción de la declaratoria por los herederos implica un acuerdo de voluntades para consolidar en sus personas y en proporción a su participación en la herencia, el dominio de los inmuebles comprendidos en tal inscripción, pasando ésta a publicitar esa voluntad de los nuevos titulares, de convertir en dominio en común lo que hasta allí no era más que comunidad hereditaria.²

4. Doctrina

Por su parte, Braschi desarrolla el tema de la partición en forma didáctica, abordando aspectos jurídicos de la figura, incluso en su faz práctica, y haciendo referencia a los cambios de la jurisprudencia. Con coincidente criterio al receptado por la normativa en análisis, sostiene la necesidad de la partición para poner fin al estado de indivisión. Comienza indicando que

... las definiciones que dan los autores se centran en que se trata de un negocio o acto jurídico mediante el cual la porción ideal que a cada coheredero le corresponde en una universalidad sucesoria se convierte en una parte concreta de los bienes que integran esa universalidad. [...] en primer lugar, debe haber pluralidad de sujetos, pues a nadie cabe pensar que pueda existir partición cuando hay un solo sujeto. En segundo lugar, tiene que producirse un acto o negocio jurídico, la expresión de voluntad de los sujetos. En tercer lugar, las definiciones apuntan a la existencia de una universalidad de bienes; ella no siempre es imprescindible [...] en cuanto al derecho sucesorio o a la posibilidad de actuación del escribano en la división por partición de un condominio, puede tratarse de un solo bien.

En cuanto al efecto jurídico [...] se trata de un acto declarativo, porque el mismo Código Civil indica que debe tenerse al adjudicatario como si nunca hubiera compartido con otras personas su derecho sobre la cosa. Este efecto declarativo, por supuesto, tiene también su reflejo documental.

Estos son principios básicos que están referidos al proceso sucesorio, y rigen todas las etapas de la partición, y en otros tipos de actos jurídicos, ya que en otros orígenes de la partición –por ejemplo la sociedad conyugal– las leyes de aplicación son las que el Código marca para la partición [...] Para nuestro análisis de la partición es conveniente que tengamos en mira los cambios que se han producido en el desenvolvimiento de la práctica judicial dentro de nuestra jurisdicción. Si los títulos son añejos, siempre el documento que va a demostrar la legitimación de quien pretende disponer algo va a ser una hijuela que le correspondió por adjudicación en la partición. Si el título no es tan añejo, lo que se nos va a presentar siempre es una declaratoria de herederos.³

2. Cám. Civ. y Com. de San Martín, Sala II, 13/8/1985, “Vivares, Gabriela A. y otros c/ Vivares, Francisco” (*El Derecho*, t. 120, pp. 574-577, N° 39716).

3. BRASCHI, Agustín O., “Partición”, en *Revista del Notariado*, N° 842, 1995, p. 447.

En el desarrollo del tema plantea el interrogante de si la declaratoria de herederos es suficiente título para que nosotros operemos jurídicamente legitimando a los enajenantes sin ningún problema, frente a lo cual indica que

Cuando normalmente operamos utilizando las declaratorias de herederos como antecedentes dominiales, no tenemos problemas en general porque la inscripción de éstas deviene de alguna petición conjunta. Pero no haríamos nada ilógico –al contrario, estaríamos perfeccionando el acto a través de nuestra intervención en la venta– si le agregamos al texto escriturario que, para los coherederos que venden, la venta de ese inmueble implica una partición parcial de los bienes de la herencia. De esta forma, como la partición parcial es perfectamente admisible, evitamos cualquier posibilidad de reclamo futuro por haber utilizado la declaratoria como legitimación de un condominio y no de una comunidad hereditaria.⁴

Explica que ese cambio de jurisprudencia

... se produjo por razones de practicidad, de necesidad de los profesionales intervinientes de dar por terminado rápidamente el proceso sucesorio sin esperar a lo que es la finalización normal de éste, que es la partición. Como afortunadamente el Código permite que una vez que se declararon los herederos o fue aprobado el testamento el acto de partición se realice fuera de la sede del juzgado –siempre y cuando no haya menores, incapaces o ausentes y exista la voluntad o consenso de la totalidad de los herederos–, esta intervención a través de una escritura pública le da la forma necesaria para concluir, respecto de ese bien, el proceso sucesorio.⁵

Y en forma clara puntualiza que

Lo que estatifica la composición de esa universalidad es la manifestación de voluntad de partición, de poner fin a la universalidad y asignar a cada coheredero o cónyuge una porción material. Lo que era una alícuota sobre una universalidad se concreta en la titularidad de una o varias cosas o en el condominio de ellas.⁶

5. Normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre la materia

En comparación con el Código Civil derogado (CCIV), el CCCN regula la partición en una forma integral y sistemática. A los fines prácticos de visualizar la concordancia buscada por la disposición registral con la normativa de fondo, se citan algunos de sus artículos vinculados al tema.

4. Ídem, p. 449.

5. Íbidem.

6. Ídem, p. 455.

5.1. Conclusión de la indivisión

Artículo 2363

Conclusión de la indivisión. La indivisión hereditaria sólo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos.

La comunidad hereditaria o estado de indivisión nace en el momento mismo de la muerte del causante y se extiende hasta la partición; su registración la hace oponible a terceros. La partición materializa en objetos determinados la porción ideal que les corresponde a los herederos en la herencia.⁷

5.2. Partición parcial

Artículo 2367

Partición parcial. Si una parte de los bienes no es susceptible de división inmediata, se puede pedir la partición de los que son actualmente partibles.

En el CCCN comentado bajo la dirección Lorenzetti se indica que

La ley fomenta el dinamismo y la estabilidad de las relaciones jurídicas, y para ello reconoce circunstancias de excepción. Entre ellas, la que altera el carácter de integralidad de la partición admitiéndola excepcionalmente como parcial, es decir no constituyendo un todo sino que su composición pueda subsistir, aun incompleta.⁸

5.3. Partición privada

Artículo 2369

Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.

Se aplica el principio de la autonomía de la voluntad siempre que todos los copartícipes sean capaces, estén presentes y exista voluntad o consenso unánime; podrán efectuar la partición de acuerdo a sus respectivos intereses y conveniencias. La norma admite que sea total o parcial.

7. Ver BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 5ª ed., p. 419.

8. CÓRDOBA, Marcos M., [comentario al art. 2367], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 691.

Con respecto a la forma instrumental, deja de exigirse la escritura pública (como lo hacía el art. 1184 inc. 2 CCIV), la que solo será necesaria cuando verse sobre bienes inmuebles, de conformidad con el artículo 1017 CCCN.

5.4. Partición judicial

Artículo 2371

Partición judicial. La partición debe ser judicial:

- a) si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes;
- b) si terceros, fundándose en un interés legítimo, se oponen a que la partición se haga privadamente;
- c) si los copartícipes son plenamente capaces y no acuerdan en hacer la partición privadamente.

Conforme el Código comentado citado,

La norma determina que la partición judicial sea obligatoria en aquellos supuestos en los que se requiera asegurar los derechos de los herederos y de terceros interesados [...] Con fundamento en la seguridad de los derechos de todo interesado se impone la partición judicial cuando existen copartícipes ausentes o que carecen de forma íntegra de los atributos para manejarse por sí mismos y a título propio; cuando acreedores o legatarios se oponen a la realización de la partición privada y cuando no sea acordada por unanimidad aunque todos sean plenamente capaces y estén presentes y no se opongan terceros interesados.⁹

5.5. Efectos de la partición

Artículo 2403

Efecto declarativo. La partición es declarativa y no traslativa de derechos. En razón de ella, se juzga que cada heredero sucede solo e inmediatamente al causante en los bienes comprendidos en su hijuela y en los que se le atribuyen por licitación, y que no tuvo derecho alguno en los que corresponden a sus coherederos.

Igual solución se entiende respecto de los bienes atribuidos por cualquier otro acto que ha tenido por efecto hacer cesar la indivisión totalmente o de manera parcial sólo respecto a ciertos bienes o ciertos herederos.

Los actos válidamente otorgados respecto a algún bien de la masa hereditaria conservan sus efectos a consecuencia de la partición, sea quien sea el adjudicatario de los bienes que fueron objeto de esos actos.

En armonía con otras disposiciones del mismo ordenamiento y del CCIV, se establece el carácter declarativo de la partición, efecto que por sus implicancias también fundamenta el dictado de la DTR en análisis.

9. CÓRDOBA, Marco M., [comentario al art. 2371], en Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 697.

Lo que la partición y adjudicación hacen es

... concretar, ubicar sobre los bienes esa cuota hereditaria, transformando la parte ideal en parte material, operación que de manera alguna exige que unos herederos transfieran nada a otros. En vano se diría que antes de la partición el heredero tenía sobre el objeto adjudicado un derecho restringido y que después lo tiene amplio, porque ese aumento no le viene de sus coherederos, quienes no pueden transmitirle lo que en realidad ya les pertenecía, pues la integridad sobre la cosa ya adjudicada y el derecho de propiedad sobre ella, lo recibe directamente del causante y estaba ya contenido en su parte ideal anterior a la partición. Es por ello que la eficacia de la transferencia que haga un coheredero sobre un bien determinado de la herencia está sujeta a que el bien le sea atribuido en la partición. Ello de conformidad con el artículo 2309 *in fine*.¹⁰

5.6. Indivisión poscomunitaria

Artículo 481

Reglas aplicables. Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria.

Si se extingue en vida de ambos cónyuges, la indivisión se rige por los artículos siguientes de esta sección.

El mismo ordenamiento remite a las normas aplicables a la indivisión hereditaria cuando la sociedad conyugal se extingue por muerte de uno de los cónyuges. Este es el supuesto donde coexisten la comunidad hereditaria y la poscomunitaria.

Cuando la disolución de la sociedad conyugal se produce por muerte de uno de los cónyuges,

... se forma una masa única integrada por los bienes propios del causante y por la totalidad de los gananciales [...] sin perjuicio de la “unidad de masa”, debe procederse a la calificación legal de los bienes que la integran a fin de garantizar al supérstite la participación en los gananciales, imputar a los gananciales la deducción de las deudas y cargas comunes, establecer las compensaciones o recompensas que pueden corresponder al supérstite o en su caso a los herederos sobre la parte que reciben a título hereditario.¹¹

A partir de la entrada en vigencia del CCCN, esta coexistencia de la comunidad hereditaria con la poscomunitaria solo se limita al supuesto de encontrarse la sociedad conyugal regida por régimen patrimonial de comunidad de ganancias.

10. CÓRDOBA, Marco M., [comentario al art. 2403], en Lorenzetti, Ricardo L., ob. cit. (cfr. nota 8), p. 768.

11. VACARELLI, Horacio, “La inscripción de cesión de acciones y derechos hereditarios frente al condominio y la indivisión hereditaria”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 954, 2006, p. 686.

6. Conclusiones

El CCCN mantiene el criterio y los preceptos del CCIV, pero incorpora una norma específica que dispone que la indivisión hereditaria solo cesa con la partición. A los efectos de lograr armonía con la normativa de fondo, el RPI dictó la DTR 7/2016, que recepta el criterio de la necesidad de la partición para hacer cesar el estado de indivisión hereditaria, de conformidad asimismo con una consolidada doctrina jurisprudencial y autoral. En consecuencia, dispone:

- a) Que la publicidad que emana de la inscripción de la declaratoria de herederos o del testamento es la de la existencia de una comunidad (hereditaria o poscomunitaria en el caso del cónyuge supérstite con régimen patrimonial de comunidad de ganancias), sin que dicha inscripción implique adjudicación de inmuebles en condominio, lo que solo ocurrirá a partir de la partición. Sin partición, la inscripción se limitará a los datos personales de los sucesores y, en su caso, del cónyuge supérstite, sin consignar proporciones.
- b) La exigencia de otorgamiento de partición, previa o simultánea, a la disposición de parte indivisa o constitución de gravámenes sobre todo o una parte indivisa de un inmueble integrante del acervo hereditario. Cumplimentada esta exigencia de partición, respecto de ese inmueble integrante del acervo hereditario, se convierte a los legitimados en condóminos de la cosa y se evita el riesgo, atento su efecto declarativo, de que al hacer la partición el inmueble sea adjudicado a otro coheredero distinto del disponente. Ello así dado que, aunque se tratare de los mismos sujetos, lo que cambia es su relación jurídica con la cosa, pues se pasa de lo “ideal” a lo “real”.
- c) La excepción del requisito de partición para la toma de razón de actos de enajenación sobre la totalidad de un inmueble integrante del acervo hereditario siempre y cuando sea otorgado por todos los copartícipes declarados. Al ser otorgada la enajenación por todos los legitimados, ya sea por el dictado de la declaratoria de herederos o auto que aprueba el testamento, y el cónyuge supérstite en su caso, ello implica en sí mismo un acto de partición parcial admitido por la norma de fondo.
- d) Que la publicidad de proporciones de asientos registrales de declaratorias de herederos o testamentos ya inscriptos no importará cesación de la indivisión que solo concluye con la partición.

Esta DTR le hace recobrar protagonismo a la partición hereditaria, regulada en normas de fondo y de forma. Este cambio de criterio en materia registral nos conscientiza de la necesidad e importancia de la partición para poner fin a la indivisión hereditaria o poscomunitaria. Está en nosotros, los notarios, a través de nuestra labor profesional en su faz interpretativa y configurativa, acompañar su aplicación en momentos donde hay cambios y evoluciones constantes pero donde el objetivo primordial es brindar seguridad jurídica. En busca de ese mismo objetivo de seguridad jurídica es que el RPI ha dictado la DTR 7/2016.

7. Bibliografía

- BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, 5ª ed.
- BRASCHI, Agustín O., “Partición”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 842, 1995, pp. 447-459.
- CÓRDOBA, Marcos M., [comentarios a los arts. 2277 a 2443], en Lorenzetti, Ricardo L., *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 10, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- VACARELLI, Horacio, “La inscripción de cesión de acciones y derechos hereditarios frente al condominio y la indivisión hereditaria”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 954, 2006, pp. 683-700.

El fideicomiso inmobiliario y sus formas de celebración, o ¿escrituras para todos y todas?

Adrián C. Comas

RESUMEN

El Código Civil y Comercial establece en su artículo 1669 varias opciones para celebrar los contratos de fideicomiso. Para algunos, son solo dos posibilidades que deberían firmar todas las partes al celebrar dicho contrato, el instrumento público o el instrumento privado. Pero existiría también una tercera posibilidad, cuando se refiere a bienes inmuebles, la del instrumento privado que luego se transcribe en una escritura pública únicamente a requerimiento del fiduciario administrador. Esta tercera opción, que la norma considera específicamente como “suficiente”, implicaría la no exigencia legal de la escritura pública firmada por todos los contratantes y, por lo tanto, que no toda documentación posterior en el fideicomiso debiera ser celebrada únicamente en escritura pública.

Sumario: 1. Introducción. 2. Artículos del Código Civil y Comercial a considerar. 3. Análisis de la redacción del artículo 1669. 4. Redacción de los restantes artículos citados. 5. Si se celebró el contrato desde el inicio en escritura pública. 6. Vinculación con otras ramas del derecho (societario y registral). 7. Colofón. 8. Bibliografía.

1. Introducción

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) establece en su artículo 1669¹ varias opciones para celebrar los contratos de fideicomisos. Para algunos son solo dos posibilidades que deberían firmar todas las partes al celebrar dicho contrato, el instrumento público o el instrumento privado.² Pero existiría también una tercera po-

1. D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015, pp. 701 y ss.; CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, pp. 23 y ss.; LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 178 y ss.

2. SIERZ, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Doctrina y modelos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015, pp. 23 y ss.

sibilidad, cuando se refiere a bienes inmuebles, la del instrumento privado que luego se transcribe en una escritura pública únicamente a requerimiento del fiduciario administrador. Esta tercera opción, que la norma considera específicamente como “suficiente”, implicaría la no exigencia legal ni de la primera opción, la escritura pública otorgada por todos los celebrantes, ni de la segunda, la del instrumento privado que vale como promesa de otorgar la escritura pública (con su posterior cumplimiento al firmarse la escritura pública por todos los celebrantes del instrumento privado). Esto implicaría también que no toda documentación posterior en el fideicomiso³ debiera ser celebrada únicamente en escritura pública.

Desarrollaremos el temario en seis acápites.

2. Artículos del Código Civil y Comercial a considerar

Artículo 1015

Libertad de formas. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.

Artículo 1016

Modificaciones al contrato. La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

Artículo 1017

Escritura pública. Deben otorgarse por escritura pública:

- a) Los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa.
- b) Los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles.
- c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.
- d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben otorgarse en escritura pública.

3. ACQUARONE, María t. y otros, *Fideicomisos al costo*, Buenos Aires, Bienes Raíces, 2011, pp. 281 y ss.; CAPURRO, Vanina L., ETCHEGARAY, Natalio P. y VÁZQUEZ, María C., *Fideicomiso. Técnica y práctica documental*, Buenos Aires, Astrea, 2008, pp. 113 y ss.

Artículo 1018

Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea asegurado su cumplimiento.

Artículo 1618

Forma. La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual.

Deben otorgarse por escritura pública:

- a) La cesión de derechos hereditarios.
- b) La cesión de derechos litigiosos. Si no involucran derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del instrumento.
- c) La cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Artículo 1669

Forma. El contrato, que debe inscribirse en el Registro Público que corresponda, puede celebrarse por instrumento público o privado, excepto cuando se refiere a bienes cuya transmisión debe ser celebrada por instrumento público. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, el contrato vale como promesa de otorgarlo. Si la incorporación de esta clase de bienes es posterior a la celebración del contrato, es suficiente con el cumplimiento, en esa oportunidad, de las formalidades necesarias para su transferencia, debiéndose transcribir en el acto respectivo el contrato de fideicomiso.

3. Análisis de la redacción del artículo 1669

Para “notarializar” la redacción, cambiamos el género instrumento público por la especie escritura pública, el género bienes por la especie inmuebles, y agregamos entre paréntesis las aclaraciones pertinentes (en forma reiterada para una mayor claridad).

Artículo 1669

Forma. El contrato, que debe inscribirse en el registro público que corresponda, puede celebrarse por escritura pública o instrumento privado, excepto cuando se refiere a inmuebles, cuya transmisión debe ser (*obviamente, al ser inmueble*) celebrada por escritura pública. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad, (*se celebró en instrumento privado y no en escritura pública*) el contrato vale como promesa de otorgarla (*la escritura pública*). Si la incorporación del inmueble es

posterior a la celebración del contrato (*en instrumento privado*), es **suficiente** con el cumplimiento, en esa oportunidad (*en la incorporación del inmueble*), de las formalidades necesarias para su transferencia, (*la escritura pública*) debiéndose transcribir en el acto respectivo (*en la escritura pública de incorporación del inmueble*), el contrato de fideicomiso (*celebrado en instrumento privado*).

Con dicha redacción, queda en claro que la obligación legal del artículo 1669 establece varias posibilidades al celebrar el contrato de fideicomiso: a) escritura pública; b) instrumento privado; c) instrumento privado que, cuando se refiere a inmuebles, compromete a todos los firmantes a otorgar luego el mismo contrato en escritura pública; d) instrumento privado que luego se transcribe en la escritura pública de incorporación del inmueble.

Y si nos circunscribiéramos únicamente a los contratos de **fideicomiso** que se refieren únicamente a **inmuebles**, el texto del artículo 1669 CCCN sería:

Forma. El contrato, que debe inscribirse en el registro público que corresponda, debe celebrarse por escritura pública cuando se refiere a inmuebles, cuya transmisión debe ser (*obviamente, al ser inmueble*) celebrada por escritura pública. En este caso, cuando no se cumple dicha formalidad (*se celebró en instrumento privado y no en escritura pública*), el contrato vale como promesa de otorgarla (*la escritura pública*). Si la incorporación del inmueble es posterior a la celebración del contrato (*en instrumento privado*), es **suficiente** con el cumplimiento, en esa oportunidad (*en la incorporación del inmueble*), de las formalidades necesarias para su transferencia (*la escritura pública*), debiéndose transcribir en el acto respectivo (*en la escritura pública de incorporación del inmueble*) el contrato de fideicomiso (*celebrado en instrumento privado*).

Para este caso (fideicomiso inmobiliario), el artículo 1669 CCCN establece tres posibilidades: a) escritura pública; b) instrumento privado que compromete a todos los firmantes a otorgar luego el mismo contrato en escritura pública; c) instrumento privado que luego se transcribe en la escritura pública de incorporación del inmueble.

Por lo tanto, al momento de otorgarse la escritura pública de incorporación del inmueble, los notarios nos podemos encontrar con que el contrato de fideicomiso fue celebrado en escritura pública o en instrumento privado. Si fuera escritura pública, simplemente mencionaremos que el fiduciario administrador administra el fideicomiso X, a mérito de la escritura pública X, cuya primera copia tenemos a la vista y agregamos en fotocopia autenticada a cabeza de nuestra escritura.

Si fue celebrado en instrumento privado, tendremos dos opciones:

- a) Todos los firmantes del contrato original firmarían ahora una escritura pública donde mencionarían la celebración del contrato de fideicomiso en instrumento privado que en original exhiben. Se agrega en original o en fotocopia autenticada a cabeza de la escritura, se transcribe íntegramente el texto, certificando el notario que es copia fiel de su original, y todos los firmantes rubricarían la escri-

tura en cumplimiento del artículo 1669, satisfaciendo de esta manera la promesa de otorgar todos la escritura pública.

- b) En la misma escritura pública de incorporación del inmueble (o en otra anterior que en la segunda se relaciona y remite) se transcribe el contrato de fideicomiso.

Ahora bien, en este último caso, ¿quién sería el requirente que solicita la transcripción del contrato de fideicomiso? Evidentemente, solo el fiduciario administrador, ya que es el único que debe estar obligatoriamente presente y comparecer como parte adquirente en la escritura pública de incorporación del inmueble. Dicha incorporación consiste en la transferencia de dominio del inmueble a favor del administrador fiduciario, sea a título de “compra” del inmueble a un tercero con fondos del patrimonio fiduciario que administra o de “transferencia de dominio fiduciario” por parte del fiduciante propietario del inmueble.

En este último caso, además del fiduciario adquirente también comparece el fiduciante transmitente, pero seguramente no será este el único fiduciante en celebrar con el fiduciario el contrato de fideicomiso en instrumento privado; por tal motivo, la escritura pública de transcripción del contrato de fideicomiso no cumpliría con la promesa legal de otorgar la escritura pública asumida por todos los firmantes del contrato de fideicomiso celebrado en instrumento privado. Sin embargo, sí se estaría cumpliendo con la obligación legal que surge del último párrafo del artículo 1669 CCCN, que dispone que si el contrato se celebró en instrumento privado y con posterioridad se incorpora el inmueble, es “suficiente que se transcriba” el contrato de fideicomiso en la escritura pública de incorporación del inmueble. Esta última parte establece, en definitiva, que **ya no sería exigible** el cumplir con la promesa de todos los firmantes del contrato de fideicomiso de otorgar el mismo en escritura pública, porque sería **suficiente** la transcripción del contrato en la escritura de incorporación del inmueble, a requerimiento, obviamente, del fiduciario administrador que recibe el inmueble que se incorpora al patrimonio fiduciario que administra.

De la propia redacción surge claramente que la tercera opción sería “en lugar de” las dos primeras, ya que entender que sería “además de” implicaría que el legislador estaría obligando a que un contrato de fideicomiso inmobiliario que fue celebrado por las partes en escritura pública volviera a ser nuevamente transcrito en la escritura pública de incorporación del inmueble, lo que sería, a todas luces, totalmente innecesario y redundante. En base a estas consideraciones, si la obligación legal se cumple por ser suficiente con la mera transcripción en escritura pública que realiza solo el fiduciario, ¿se puede considerar en ese caso que el contrato de fideicomiso fue “celebrado en escritura pública por todos los firmantes”? Evidentemente no. El contrato se celebró por todos los firmantes en instrumento privado y se cumplió con la obligación legal de la última parte del artículo 1669, con una escritura pública suscripta únicamente por el fiduciario administrador como requirente de dicha protocolización.

Desde el punto de vista notarial, sería aún más práctico que el fiduciario transcribiera la totalidad del contrato de fideicomiso en una escritura pública anterior y

autónoma, y no en la misma escritura pública de incorporación del inmueble, en la que simplemente se remitiría a la escritura anterior de protocolización del contrato. Lo mismo haríamos con siguientes escrituras públicas de incorporación de otros inmuebles al mismo fideicomiso, sin necesidad de transcribir el contrato en cada una de ellas y remitiendo todas a la referida escritura pública de protocolización.

4. Redacción de los restantes artículos citados

Artículo 1015

Libertad de formas. Sólo son formales los contratos a los cuales la ley les impone una forma determinada.

En base a este artículo, el contrato de fideicomiso tiene forma escrita, en tres opciones: escritura pública firmada por todos los celebrantes, instrumento privado firmado por todos los celebrantes, instrumento privado firmado por todos los celebrantes que luego se transcribe en una escritura pública a pedido únicamente del fiduciario administrador como requirente.

Artículo 1016

Modificaciones al contrato. La formalidad exigida para la celebración del contrato rige también para las modificaciones ulteriores que le sean introducidas, excepto que ellas versen solamente sobre estipulaciones accesorias o secundarias, o que exista disposición legal en contrario.

De optarse por la tercera opción, encontramos que el instrumento privado firmado por todos los celebrantes del contrato de fideicomiso se transcribe, posteriormente, en una escritura pública a pedido del fiduciario administrador como requirente. En este caso, la formalidad exigida para las modificaciones ulteriores del contrato de fideicomiso es también un instrumento privado celebrado por todas las partes del contrato original, o sus sucesores, que luego el administrador fiduciario unilateralmente transcribirá en una nueva escritura pública, relacionándola con la escritura pública donde se había transcripto el contrato original.

Artículo 1017

Escritura pública. Deben ser otorgados por escritura pública: [...]

- c) Todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública.
- d) Los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública.

De optarse por la tercera opción ya referida, las modificaciones serían accesorias del contrato de fideicomiso, que no fue otorgado por las partes por escritura pública (sino solo transcripto en una escritura por el fiduciario), ya que esa fue justamente la “disposición de la ley” que surge del artículo 1669 CCCN (3ª parte), que consideró “suficiente” dicha opción en sustitución de la disposición de la segunda parte de dicho artículo, que establecía la promesa de otorgar escritura pública. Por lo tanto, las posteriores modificaciones del contrato formalizado de esa manera no deben ser otorgadas tampoco por todos los celebrantes en escritura pública, ya que no sería obligatorio ni por acuerdo expreso de partes ni por disposición de la ley.

Artículo 1018

Otorgamiento pendiente del instrumento. El otorgamiento pendiente de un instrumento previsto constituye una obligación de hacer si el futuro contrato no requiere una forma bajo sanción de nulidad. Si la parte condenada a otorgarlo es remisa, el juez lo hace en su representación, siempre que las contraprestaciones estén cumplidas, o sea, asegurado su cumplimiento.

En este caso, si el contrato de fideicomiso fue celebrado por todos los celebrantes en instrumento privado y no se cumplió, como mínimo, con la obligación legal de la tercera parte del artículo 1669, queda subsistente por lo tanto la obligación de la segunda parte de dicho artículo, o sea la promesa de todos los firmantes de otorgar la escritura pública. Si alguno de los firmantes lo exige, y los restantes no cumplen con dicha obligación, el juez los condenará a otorgarlo, o lo hará el juez en definitiva, en representación de los condenados a otorgarlo. Pero si ya se había cumplido con la disposición legal de la tercera parte del artículo 1669, como es suficiente para la ley, no sería ya exigible el cumplir con la opción de la segunda parte. Si una de las partes del contrato demanda judicialmente el cumplimiento de la referida obligación de hacer a los restantes firmantes, que consistiría en que todos otorguen la escritura pública (conforme a la segunda opción del art. 1669), y los demandados responden que ya se cumplió con la obligación legal que surge de la tercera opción de dicho artículo y acompañan la primera copia de la escritura pública de incorporación del inmueble en la que, a requerimiento del fiduciario administrador, se transcribió el texto del referido contrato de fideicomiso celebrado en instrumento privado, ¿no daría el juez por cumplida la obligación legal, por acreditarse en una escritura pública que se cumplió la misma en la tercera de las opciones permitidas?

Artículo 1618

Forma. La cesión debe hacerse por escrito [...]

Deben otorgarse por escritura pública: [...]

c) La cesión de derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública.

Si se optó por la forma de celebración de la tercera parte del artículo 1669 (instrumento privado transcrito en una escritura pública por el administrador fiduciario), la posterior cesión de derechos derivados del instrumento privado simplemente transcrito en una escritura pública (que es la cesión de posición contractual en el fideicomiso) puede también celebrarse en instrumento privado. No es obligatoria la escritura pública, ya que no serían estrictamente derechos derivados de un acto instrumentado por escritura pública porque en el caso de marras no fue instrumentado por todos los celebrantes, sino solo protocolizado a requerimiento del fiduciario.

5. Si se celebró el contrato desde el inicio en escritura pública

Vayamos ahora a otro supuesto: se celebró el contrato de fideicomiso en escritura pública y luego se formalizó la escritura pública de incorporación de un inmueble en la que no fue necesario transcribir el contrato, ya que simplemente se remitió a la escritura pública de celebración del contrato de fideicomiso.

Las partes ejercieron su derecho de libertad de formas y optaron por celebrar el contrato de fideicomiso en escritura pública, en lugar de optar por un instrumento privado con la simple transcripción posterior del mismo en la escritura de incorporación del inmueble. En este ejercicio de su derecho de libertad de formas, en la escritura pública de celebración del contrato de fideicomiso, y conforme al contenido del contrato de fideicomiso que establece el artículo 1667, los firmantes expresamente pactaron:

- Que se celebraba un contrato de fideicomiso.
- Que se identificaba el patrimonio fiduciario creado con una denominación de fantasía, con el domicilio contractual del fideicomiso (el que obtendría su clave de identificación tributaria [CUIT] con dicha denominación y dicho domicilio como el fiscal ante la Administración Federal de Ingresos Públicos [AFIP]) y con determinada fecha de cierre del ejercicio fiscal.
- El plazo del contrato.
- La manda fiduciaria consistente en la posterior incorporación por escritura pública de un inmueble que identificaban y la construcción en él de un emprendimiento edilicio que se realizaría con fondos fiduciarios que aportarían en el futuro quienes suscribieran convenios de adhesión como fiduciantes adherentes.
- Todos los derechos y obligaciones de quienes fueran los fiduciantes, beneficiarios y fideicomisarios.
- Los derechos y obligaciones del fiduciario (que identificaron en la escritura y comparece a la misma, aceptando el cargo).
- Que los fiduciantes y beneficiarios serían las personas humanas o jurídicas por convenios de adhesión que posteriormente suscribieran cada uno con el fiduciario por instrumento privado (pactando si sería con o sin firmas certificadas notarialmente).

- Que las posteriores cesiones de posición contractual que celebraran los fiduciarios adherentes originales a favor de terceros, en forma onerosa o gratuita, debían ser celebradas también en instrumento privado (pactando si serían con o sin firmas certificadas), con firma del fiduciario, notificándose (y eventualmente con su conformidad si había prestaciones pendientes de cumplimiento por el fiduciante adherente cedente).
- Que las características del emprendimiento edilicio, la calidad de los materiales, los plazos constructivos, etc., surgirían de los pertinentes anexos que suscribiría oportunamente el fiduciario, también por instrumentos privados (con o sin firma certificada).
- Que se celebrarían en escritura pública las posteriores modificaciones contractuales al fideicomiso, la sustitución del fiduciario y la extinción del contrato de fideicomiso luego del cumplimiento de la manda.

Como la manda es la construcción de un emprendimiento edilicio, al firmarse el contrato de fideicomiso no se conoce aún quiénes van a ser los inversores que, como fiduciarios/beneficiarios, se comprometerán oportunamente a realizar aportes de dinero efectivo en los plazos necesarios para el desarrollo de la obra y que, como contraprestación, recibirán determinada cantidad de metros cuadrados una vez finalizada la obra –y, si se estuviere previsto afectarlo al régimen de propiedad horizontal, recibirán la unidad funcional y complementaria que se pacte–. Por lo tanto, resuelven expresamente que dicha “adhesión” posterior al contrato de fideicomiso y a sus cláusulas (sin posibilidad de cambiarlas, por ser solo de “adhesión”, pero estipulando expresamente los montos, plazos y la identificación de lo que recibirán) se celebraría con cada nuevo inversor en instrumentos privados, no siendo necesario formalizarlo en escritura pública. De esta manera, en la escritura pública del contrato de fideicomiso constan expresamente los datos que permiten la individualización futura de cada beneficiario, tal como exige el artículo 1671 CCCN (p. ej.: cada fiduciante beneficiario surgirá de cada instrumento privado de adhesión que oportunamente suscriba el fiduciario con cada fiduciante adherente beneficiario y de cada posterior instrumento privado de cesión de posición contractual que haga cada uno de ellos como cedente, a favor de un tercero cesionario).

Si nos encontramos con una escritura pública de celebración del contrato de fideicomiso en dichos términos, veremos que las partes optaron voluntariamente, dentro de la libertad de formas del artículo 1015 CCCN y las tres opciones referidas del artículo 1669, por la primera opción, escritura pública, cuando podrían haber optado por la tercera (siendo suficiente el instrumento privado que luego el fiduciario transcribe unilateralmente en la posterior escritura pública de incorporación del inmueble). Por lo tanto, la opción de firmar la escritura pública fue solo por acuerdo de partes y no por una obligación legal.

En ejercicio de dicha libertad de formas, expresamente pactaron, conforme al artículo 1016 CCCN, qué modificaciones ulteriores que le fueran introducidas al contrato de fideicomiso debían ser celebradas también en escritura pública y cuáles

–por una cuestión de celeridad, costo y practicidad, por la enorme cantidad de documentación a suscribir (los anexos de características de la construcción, cada uno de los contratos de adhesión en el que se identifica a cada fiduciante adherente al fideicomiso con el detalle de su prestación, forma, plazos y el detalle de la contraprestación que recibiría como beneficiario, además de las posteriores cesiones que hicieran cada uno de los fiduciantes beneficiarios)– debían ser celebradas solamente por instrumento privado, por estar mencionada claramente la forma de identificarlos en la escritura pública y por considerar expresa y claramente las partes que cada posterior identificación concreta de fiduciante beneficiario se trata de las “estipulaciones accesorias o secundarias” que establece el artículo 1016 *in fine* y que pueden celebrarse por instrumento privado, sin necesidad de celebrarse en escritura pública. Esto también se vincula con los artículos 1017, inciso d, y 1618, inciso c, del CCCN.

Por todo lo expuesto, teniendo dicha libertad de formas, las partes pueden decidir libremente que el contrato de fideicomiso se celebre en escritura pública; lo mismo sus modificaciones. Y, como no es por una obligación legal, también pueden expresamente decidir que los simples convenios de adhesión y la cesión de los mismos se celebren en instrumento privado.

6. Vinculación con otras ramas del derecho (societario y registral)

Estas consideraciones traen a colación un tema societario. La Ley General de Sociedades 19550 (LGS) no establece la obligación de escritura pública para la celebración del contrato constitutivo, sus modificaciones o cesiones de cuotas sociales de las sociedades de responsabilidad limitada (SRL). Es optativo para las partes. De esa manera, hace décadas, vemos en los contratos sociales de las SRL que se intercalan continuamente instrumentos privados y escrituras públicas.

Si los socios fundadores optaron, en dicha libertad de formas, por constituir la sociedad en escritura pública, ¿no deberían celebrarse también en escritura pública las posteriores modificaciones y cesiones de cuotas sociales, a tenor de los artículos 1017 (incs. c y d) y 1618 (inc. c)? Pues nadie lo ha exigido ni ha impugnado dichas modificaciones, reformas de contratos o cesiones de derechos sobre cuotas sociales formalizadas en instrumentos privados, argumentando que implicaban solo promesas de celebrar la escritura pública. Y esto es así porque la disposición legal no dispone en la constitución social y sus reformas la escritura pública como única posibilidad. Las partes tienen la libertad de formas; algunas veces optan por la escritura pública y otras por el instrumento privado.

Algo similar –aunque no idéntico– pasaría con el contrato de fideicomiso. Las partes tienen la libertad de formas (las tres opciones del art. 1669; la tercera se consideraría legalmente suficiente y sustituye a la primera y a la segunda) y pueden pactar celebrar el contrato de fideicomiso por cualquiera de las tres, y también pactar libremente que las modificaciones posteriores se hagan también por la tercera opción

(debiendo el fiduciario transcribirlas unilateralmente en una nueva escritura pública). Además, si optaron por la primera opción (escritura pública), para la celebración del fideicomiso pueden pactar que las modificaciones posteriores se celebren también en escritura pública, pero que los convenios de adhesión y sus cesiones lo hagan solamente por instrumento privado.

La normativa de considerar suficiente la transcripción del contrato de fideicomiso en la escritura de incorporación del inmueble es evidentemente a los efectos de poder contar con la transparencia y practicidad de acceder al contrato de fideicomiso en forma rápida y segura, por su transcripción a un protocolo notarial a requerimiento del fiduciario administrador. Las posteriores modificaciones contractuales que se transcriban en nuevas escrituras públicas a requerimiento del fiduciario administrador tendrían el mismo objetivo, pudiendo relacionarse todas las escrituras por notas marginales, para que accediendo a unas se remita a las otras.

De la misma manera, se estableció, en el artículo 1669, la necesidad de inscripción del contrato de fideicomiso en el registro público que corresponda. Aún no tenemos claro a cuál se refiere concretamente, si al registro público de comercio de cada jurisdicción que citaban el Código de Comercio y la anterior Ley de Sociedades Comerciales, al registro público que menciona el CCCN o a un registro público especial para fideicomisos cuya creación legislaría cada jurisdicción.

La Inspección General de Justicia (IGJ), a cargo del registro público de comercio de Capital Federal, considera en su [Resolución general 7/2015](#) que tiene a su cargo el registro público que menciona el CCCN y que es el mismo que tiene también a su cargo inscribir los fideicomisos en el ámbito de la Capital Federal, conforme al artículo 1669. Asimismo, en dicha normativa reglamentaria establece que inscribe los contratos de fideicomisos, sus modificaciones contractuales, la designación y sustitución del fiduciario y la extinción del contrato; nada dice de los anexos, ni de los convenios de adhesión por fiduciantes adherentes, ni de las cesiones de derechos de dicha posición contractual como fiduciantes y beneficiarios. Y, con respecto a la forma de celebración, determina que los notarios pueden firmar los dictámenes de precalificación profesional únicamente en los trámites de inscripción de los contratos de fideicomisos formalizados en escritura pública (serían la primera y la tercera opciones del art. 1669), mientras que los abogados únicamente pueden hacerlo en los trámites de inscripción con relación a los contratos de fideicomisos formalizados en instrumentos privados.

7. Colofón

La normativa legal es nueva (el CCCN entró en vigencia el 1 de agosto de 2015), por lo que recién empiezan a emitirse las resoluciones administrativas de cada organismo registral o fiscal. Aún no tenemos claro si habrá pronto nuevas disposiciones que aclaren o reglamenten el CCCN. Por lo tanto, es nuestro deber como notarios ope-

radores del derecho intentar aclarar y establecer los primeros rumbos a seguir y las formas que debemos dar a la celebración de los contratos dentro de las opciones que establecen las disposiciones legales, especialmente teniendo en cuenta la realidad del mercado y el gran uso que hacen los restantes operadores del derecho de los contratos de fideicomisos de construcción, en los que, proyectando enormes emprendimientos, se redacta primero un contrato de fideicomiso con enorme cantidad de artículos y, luego de suscripto, se formalizan durante el desarrollo del emprendimiento cientos de convenios de adhesión, uno por cada unidad a adjudicar. Allí solo se detallan los datos del inversor como fiduciante beneficiario, el monto y los plazos de sus aportes de dinero y la unidad prometida como su futura contraprestación, siendo cada convenio una simple adhesión y remisión al contrato de fideicomiso original, pero que en nada lo modifica.

En base a la nueva normativa, el contrato de fideicomiso se formalizará en escritura pública, pero que también se otorguen en escritura pública los cientos de contratos de adhesión a dicho contrato base, con sus posteriores complementos, modificaciones por cambio en las condiciones económicas del país y su reflejo en el emprendimiento constructivo, recibos de pago parciales o finales, etc., es una opción no muy aceptable para los emprendedores, los desarrolladores, los fiduciarios y los operadores del derecho no notariales. Sería una utopía notarial que todo se formalizara en escritura pública y, aunque en el futuro se pueda opinar doctrinariamente que la normativa obliga a otorgar todo en escritura pública, la realidad económica implicaría un eventual desuetudo. Además, si los jueces convalidaran la opinión de que todo se tiene que formalizar en escritura pública, esto generaría que los emprendedores desistieran de utilizar este instituto en el futuro, por haber perdido su celeridad y practicidad para la suscripción de los cientos de contratos de adhesión.

8. Bibliografía

- ACQUARONE, María T. y otros, *Fideicomisos al costo*, Buenos Aires, Bienes Raíces, 2011.
- CAPURRO, Vanina L., ETCHEGARAY, Natalio P. y VÁZQUEZ, María C., *Fideicomiso. Técnica y práctica documental*, Buenos Aires, Astrea, 2008.
- CLUSELLAS, Eduardo G. (coord.), *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 6, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- D'ALESSIO, Carlos M. (dir.), *Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privados*, t. 1, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2015.
- LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 8, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- SIERZ, Susana V., *Nuevo Código Civil unificado. Doctrina y modelos. Instrumentos públicos y privados*, Buenos Aires, Di Lalla, 2015.

Registro de Actos de Última Voluntad

Presente y futuro

Oscar J. García Rúa

Alicia M. Trezza

RESUMEN

Los registros de actos de última voluntad son de gran importancia en la medida en que se deja en ellos constancia de aquellas disposiciones patrimoniales o de interés familiar que se aplicarán luego de la muerte del autor. Tratados internacionales de derecho notarial destacaron la importancia de estos registros, ya que en forma organizada conservan la facultad del causante. En todas las provincias argentinas existen y, a nivel provincial, informan al juez de la sucesión que se realice en la provincia los actos dispositivos para después de la muerte del causante. Solo en la Ciudad de Buenos Aires no existe ley que exija la obligación de pedir informe al registro al juez de la sucesión. Lo que proponemos en este trabajo es que el magistrado que entienda en una sucesión en la Capital Federal tenga la obligación de pedir informe al Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Sumario: **1. Presente. 1.1.** La importancia de llevar registros completos de los actos de disposición para después de la muerte. **1.2.** Acceso a la información de los registros provinciales. **2. Antecedentes. 2.1.** Internacionales. **2.2.** Nacionales. **3. Futuro. Conocimiento del testamento por el juez de la sucesión. 3.1.** El problema. **3.2.** La solución.

1. Presente

1.1. La importancia de llevar registros completos de los actos de disposición para después de la muerte

El Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, el Colegio) dirige el Registro de Actos de Última Voluntad creado el 14 de septiembre de 1965. Los actos de última voluntad se denominan de esa manera porque no solo son testamentos sino otros actos que no necesariamente tienen contenido económico. Zannoni los denomina “disposiciones extrapatrimoniales”, porque su vigencia y la certeza de

su cumplimiento, tras el deceso del disponente, hacen a la efectividad de importantísimos derechos humanos contenidos en ellos.¹

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 161 de la [Ley Orgánica Notarial 404](#) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se registran en el Registro de Actos de Última Voluntad (en adelante, RAUV o el Registro) los siguientes actos de última voluntad: a) los testamentos otorgados por acto público; b) los testamentos cerrados; c) los testamentos especiales a los que se refieren los artículos 3672 y siguientes del Código Civil (CCIV); d) los testamentos ológrafos; e) las protocolizaciones de testamentos; f) las revocaciones; g) las sentencias que declaren válidos o afecten a la validez de dichos actos; h) las designaciones de tutor, formalizadas en los términos del artículo 383, último párrafo, del CCIV.

Cabe aclarar que cuando la Ley 404 alude a la registración de los testamentos especiales a los que se refieren “los artículos 3672 y siguientes del Código Civil”, apunta al código vigente a la época de la sanción legislativa de esa ley, es decir, el 15 de junio del año 2000. En el [CCIV](#) (arts. 3672-3689) se regulaban los testamentos que podían realizar los militares en expedición militar o en cualquier plaza sitiada o guarniciones, cuyo personal militar podía testar ante un oficial que tuviera, al menos, grado de capitán. Además, el militar herido podía testar ante el médico que lo atendía y el personal militar que navegaba en buque de guerra podía testar ante su comandante, al igual que en los buques mercantes (al llegar a puerto, donde hubiera un agente diplomático de nuestro país, el capitán debía entregar un ejemplar del testamento ante el cónsul). Estos testamentos militares, marítimos o de guerra no existen en el Código Civil y Comercial, actualmente, vigente, sancionado por la Ley 26994 del año 2014 ([CCCN](#)), de modo que el inciso c) del artículo 161 de la Ley 404 no debe ser tenido en cuenta.

En cuanto al inciso h) del artículo 161, que alude a la designación de tutor “formalizada en los términos del artículo 383, último párrafo, del Código Civil”, nuevamente cabe destacar que se refiere al CCIV, vigente a la fecha de la sanción de la Ley 404. Este establecía en dicho artículo que

El padre mayor o menor de edad, y la madre que no ha pasado a segundas nupcias, el que últimamente muera de ambos, puede nombrar por testamento tutor a sus hijos que estén bajo la patria potestad [...] por escritura pública, para que tenga efecto después de su fallecimiento.

Estas escrituras de designación de tutor eran las que se informaban al RAUV.

El CCCN, por su parte, establece que

Artículo 106: Tutor designado por los padres. Cualquiera de los padres que no se encuentre privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental puede

1. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho civil. Derecho de las sucesiones*, t. 2, Buenos Aires, Astrea, 2008, p. 20.

nombrar tutor o tutores a sus hijos menores de edad, sea por testamento o por escritura pública. Esta designación debe ser aprobada judicialmente...

Artículo 112: Discernimiento judicial. Competencia. La tutela es siempre discernida judicialmente. Para el discernimiento de la tutela es competente el juez del lugar donde el niño, niña o adolescente tiene su centro de vida.

1.2. Acceso a la información de los registros provinciales

Tanto en la normativa de 1965 como en la de la Ley 404 (art. 169), se establece la posibilidad de que el Registro intercambie datos con “los registros similares existentes en la República” por vía informática. Por este camino, se posibilitó la creación del Centro Nacional de Información de Registros de Actos de Última Voluntad del Consejo Federal del Notariado Argentino, que es llevado también por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

¿Cómo se posibilita el conocimiento, por parte del juez, del sucesorio abierto en cualquier lugar de la República de cualquier testamento del causante? Todas las provincias, excepto la Capital Federal, han modificado sus códigos de procedimientos en lo civil y comercial, disponiendo que, al iniciar el sucesorio, el juez respectivo debe oficiar al registro de actos de última voluntad de la provincia para poder determinar si existe allí testamento registrado del causante y poder así requerirlo al escribano respectivo. Si el letrado del sucesorio que tramite en nuestra ciudad deseara saber si existe el testamento del causante, bastará que solicite al juez que libere el oficio respectivo al Colegio. Si así lo solicitara y pidiera también información respecto de si existe testamento del causante en otra jurisdicción provincial, el Registro podrá informárselo y le proporcionará la dirección del registro respectivo para que allí se dirija. Pero, si no se solicitara expresamente el informe, la sucesión tramitará como abintestato.

2. Antecedentes

2.1. Internacionales

Reino de España (1885)

- a) *Organización*: España fue el primer país que contó con un RAUV, creado por Real Decreto del 14 de noviembre de 1885.
- b) *Autoridad o ente a cargo*: se lleva en la Dirección General de los Registros y del Notariado y está a cargo de uno de los funcionarios técnicos, que cuenta con los auxiliares necesarios. En cada decanato de los colegios notariales de España

continental e insular se llevan registros particulares que transmiten los datos recibidos al Registro General, con sede en Madrid, según expresa Bollini².

c) *Documentos que se inscriben:*

- testamentos abiertos;
- actos de protocolización de los cerrados y ológrafos y sus revocaciones;
- donaciones para después de la muerte o donaciones mortis causa y todo acto de última voluntad autorizado por escribanos, curas párrocos y los agentes diplomáticos y consulares de España en el extranjero;
- testamentos ológrafos (si los otorgantes lo desean y hacen constar su voluntad por medio de acta notarial);
- protocolizaciones de testamentos abiertos y ológrafos otorgados sin autorización notarial;
- testamentos militares y los otorgados en viajes marítimos;
- ejecutorias de sentencias judiciales que afecten la validez de actos de última voluntad.

d) *¿A quiénes se pueden expedir informes de los actos registrados?:*

- a jueces u otra autoridad (deben expresar el motivo del pedido de informe);
- al testador o disponente (por sí o por apoderado).

Se establece el secreto profesional o reserva absoluta respecto de las disposiciones testamentarias, bajo la responsabilidad de las personas destinadas al servicio.

e) *¿Cómo se garantiza que el juez de la sucesión ab intestato conocerá el acto de última voluntad, para tenerlo en cuenta en la declaratoria de herederos?:* La regla de oro del sistema es garantizar que el juez de la sucesión del disponente tenga conocimiento del acto de última voluntad, porque si el aquel dispone la declaratoria ignorando cuanto disponga el testamento, habría que anularla en la medida en que la afecte el acto de disposición, con el consiguiente dispendio de actividad jurisdiccional y la enorme lesión para los derechos de los particulares. Por ello, el sistema de registración español establece que: i) para obtener declaratoria de herederos, es menester presentarle al juez el informe del Registro acerca de la existencia de testamentos; ii) los escribanos españoles, para autorizar un acto de adjudicación de bienes en virtud de testamento, deben exigir certificación registral en cuanto a los testamentos existentes del causante.

República Oriental del Uruguay (1913)

El Registro de Testamentos fue creado por la acordada del 15 de abril de 1913 de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay. Asimismo, la Acordada 3149, del 23 de junio de 1952,³ lo modernizó y la Ley de Presupuesto del 30 de noviembre de 1960 lo comprendió en sus disposiciones, en la medida en que

2. Don Jorge Alberto Bollini, escribano de tan destacada actuación en este tema y al que aquí rendimos emocionado y merecido tributo.

3. [N. del E.: consultar la Acordada 3149 [aquí](#) {ver p. 12 del documento}].

reglamentó el derecho que debe cobrar el Registro por los certificados de disposiciones de última voluntad.

Debe advertirse que en un gran país, como el vecino Uruguay, con sistema constitucional de división de poderes similar al nuestro, el órgano máximo del Poder Judicial creó, organizó y reglamentó el Registro durante medio siglo, sin intervención alguna del Poder Legislativo ni del Ejecutivo. Ello se debe a la incidencia que tiene la aparición tardía del testamento en el proceso sucesorio ab intestato, nulificándolo, con el consiguiente dispendio de actividad jurisdiccional y la importancia que tiene para la regulación de los derechos individuales la preservación y conocimiento de la voluntad del testador tras su muerte. La acordada reguladora de la actividad de los tribunales, en ejercicio del poder de superintendencia sobre ellos, era el medio adecuado ante la mora del Poder Legislativo para crear y regular el Registro de Testamentos.

Congresos Internacionales del Notariado Latino (1950/1956)

El II Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid, 1950) resolvió recomendar:

- a) La creación en cada país de un registro de carácter secreto, hasta la muerte del testador, donde se anoten los datos necesarios para establecer, al producirse su deceso, todas sus disposiciones de última voluntad, cada una de ellas “confiada oficial y oficiosamente a la custodia del notario”.
- b) Que en toda sucesión abierta sea exigida la aportación de un certificado negativo o positivo expedido por el registro.
- c) Que en las sucesiones de extranjeros se exija certificación del registro de su país de origen y de aquel “donde tuvo su residencia oficial”.

Asimismo, el IV Congreso Internacional del Notariado Latino (Río de Janeiro, 1956) recomendó la creación de un registro internacional de actos de última voluntad.

2.2. Nacionales

El sistema del Código de Vélez Sarsfield (1871)

El Codificador, en el artículo 3671 **CCIV**, estableció:

El escribano que tenga en su poder en su registro un testamento, de cualquier especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, a ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsables de los daños y perjuicios que su omisión les ocasione.

¿Sus fuentes?: la Novísima Recopilación, el Fuero Real y el Código de Holanda. El artículo 3691 obliga al escribano que tenga en su poder el testamento ológrafo o el ce-

rrado a presentarlo al juez del último domicilio del testador. Sin duda, era la costumbre de la época que fuera el notario el depositario de la última voluntad, cualquiera fuera la forma que asumiera. Hoy esa costumbre sigue vigente. ¿Es siempre posible el cumplimiento de la norma? Sin lugar a dudas, no.

Con la creciente movilidad geográfica que tienen nuestros grupos poblacionales, frecuentemente se nos hace imposible, al producirse un fallecimiento, saber dónde se encuentra el testador, dónde las eventuales personas interesadas y, aun, conocer este hecho. Seguramente, el celo y la prudencia del notario evitaron que esta norma fuera semillero de pleitos. Así, los fedatarios hicieron gala del cumplimiento de la norma consuetudinaria que exige que el notario tenga “ciencia, pero mucho más conciencia”. Mas no cabe duda de que este sistema implica un gran riesgo de que la voluntad del testador no logre efectividad y es menester establecer un sistema registral que la procure. Como señala Machado, es una obligación difícil de llenar y expone a los escribanos a pleitos, sin darles los medios de cumplirla librándose de ello. Veremos qué se puede hacer para darle al escribano los medios de cumplirla.

Provincia de Buenos Aires (1959)

- a) *Organización*: La [Ley 6191](#), ex Ley Orgánica del Notariado, del 3 de septiembre de 1959 (entrada en vigencia: 1/1/1960), puso a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires “organizar el Registro de Testamentos”⁴ (art. 90, inc. t) y a cargo del escribano (art. 43, inc. h), la obligación de

Enviar al Colegio una ficha por cada testamento que autorice o que reciba como depositario o por revocatoria del mismo [...] a los efectos de que el Colegio forme con ellos el Registro de Testamentos. [Art. 43, inc. h]

Asimismo, todo escribano debía cumplir con esta obligación en el término de treinta días; si no lo hace, es pasible de sanción disciplinaria (arts. 54 y ss., especialmente el 59).

- b) *¿A quiénes se puede expedir informes?*:
- jueces, tribunales u otras autoridades competentes;
 - otorgantes o representantes con poder suficiente;
 - letrados u otras personas que acrediten fehacientemente el fallecimiento del testador y siempre que hubiesen pasado los nueve días “de llanto y duelo” desde la fecha de la defunción.
- c) *¿Cómo se garantiza que el juez del sucesorio tome conocimiento del testamento?*: El régimen registral testamentario de la Ley 3611 no disponía nada al efecto y el sistema era imperfecto, en la medida en que el juez de la sucesión ab intestato podía dictar declaratoria de herederos ignorando el testamento. Pero la [Ley](#)

4. Su director y organizador fue el escribano Wolfram Lüthy.

11511 (27/12/1993) perfeccionó el sistema al modificar los artículos 724, 735 y 742 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia](#) y establecer que “en todos los casos”, en la apertura del proceso sucesorio,

... se oficiará al Registro de Testamentos del Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá informar sobre la existencia de testamento u otra disposición de última voluntad.

Vale decir que, tras esta reforma, el sistema registral testamentario bonaerense comenzó a cumplir con lo que llamamos “regla de oro” al ocuparnos del sistema español: garantizar que el juez de la sucesión del disponente tenga conocimiento de su acto de última voluntad.

Provincia de Formosa (1996)

- a) *Organización y ente a cargo*: Por [Decreto-ley 719/1979](#), modificado por la [Ley 1219](#) de 1996 (Capítulo VI del Título IV), se puso el Registro de Testamentos a cargo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Formosa. Este colegio creó y reglamentó el registro por resolución del Consejo Directivo del 30 de noviembre de 1998 (acta N° 326) y dispuso elevar al Consejo Federal del Notariado Argentino información de todo testamento que registre (art. 81, inc. a) de dicha resolución).
- b) *¿Cómo se garantiza que el juez del sucesorio tome conocimiento del testamento?*: Por acordada del Superior Tribunal de Justicia del 6 de noviembre de 2002 (acta N° 456), dictada a solicitud del Colegio de Escribanos, se estableció que

Producida la apertura de un juicio sucesorio y antes del dictado del auto que ordene la misma, los jueces y tribunales deberán solicitar un informe o certificación al Registro de Actos de Última Voluntad a fin de comprobar la existencia de instrumentos inscriptos en el mismo a nombre del causante.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1965)

- a) *Organización y autoridad a cargo*: Por resolución del 14 de septiembre de 1965, el Consejo Directivo del entonces Colegio de Escribanos de la Capital Federal creó el RAUV de la jurisdicción y dictó su reglamento general.⁵ Vale decir que el Colegio lo creó por sí y ante sí, sin ley alguna, lo que constituye un importante antecedente a tener en cuenta por parte de aquellos colegios notariales que carecen de este tipo de registros. Otra resolución del Consejo Directivo (acta N° 3108) modificó algunos aspectos. Finalmente, la [Ley Orgánica 404](#) del año 2000 –ya mencionada– dispuso en su artículo 161:

5. Fruto de la inspiración del emérito escribano Jorge Alberto Bollini, quien tanto hizo en la materia.

Créase el Registro de Actos de Última Voluntad de la Ciudad de Buenos Aires, a cargo del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en carácter de continuador del creado por resolución del Consejo Directivo del 14 de septiembre de 1965.

En realidad nada se creó, pues no se pueda crear lo ya existente: la Ley 404 le confiere estatus legal específico, su creación estaba implícitamente dentro de las facultades que la Ley 12990 le había conferido al Colegio. Sin embargo, el sistema podría cumplir a la perfección su cometido mediante la obligatoriedad de solicitar informe al Registro sobre la existencia o no de actos de última voluntad, al iniciarse el sucesorio.

3. Futuro. Conocimiento del testamento por el juez de la sucesión

3.1. El problema

Seguramente, el acto en que una persona realiza disposiciones para después de su muerte debe ser uno de los más importantes de su vida, ya que se encuentra frente a la finitud de su existencia y procura, equilibradamente, valorizar sus afectos y distribuir sus bienes entre ellos en la medida de lo posible, o tomar disposiciones carentes, en principio, de contenido económico, como la designación de tutor para sus hijos. Todas las provincias de nuestro país modificaron sus códigos procesales de modo que, al inicio de la sucesión, sea obligatorio pedir informe sobre la existencia de testamento al registro del colegio de escribanos de la jurisdicción. Sin embargo, en la Ciudad de Buenos Aires no está establecida esa obligación del juez de la sucesión de pedir informe al RAUV acerca de la existencia de testamento. Esta es la “regla de oro” de todo el sistema que garantiza que el testamento se efectivice.

3.2. La solución. Modificación del Código Procesal

Quienes normalmente inician la sucesión del causante son el/la cónyuge y los hijos. Ellos, aunque conozcan la existencia del testamento, no tendrán ningún interés en denunciarlo ante el juez del sucesorio, porque en la ignorancia de tal acto la porción legítima se verá acrecida por la porción reservada para testar. Así, la única solución –y, como dijéramos, regla de oro del sistema– será modificar el Código Procesal de tal modo que al inicio del sucesorio sea obligatorio pedir informe sobre la existencia de testamento al RAUV. Entonces, el primer paso necesario para poner a la Capital Federal en similares condiciones que las provincias es la modificación del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Capital, en el sentido que proponemos a continuación.

Buenos Aires...

CONSIDERANDO:

Que hace a la seguridad jurídica que, al iniciarse todo proceso sucesorio en la jurisdicción de la Capital Federal, sea obligatorio agregar informe relativo a la existencia o no de actos de última voluntad del causante en el Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, registro que toma razón de testamentos por acto público, cerrados, especiales, ológrafos, protocolizaciones, revocaciones, sentencias que hagan a la validez de tales actos.

Que esta ley brindará mayor certeza a los procedimientos y a los derechos en juego, en la medida en que, desde el inicio, se encausará el juicio por los carriles procesales que correspondan.

Por ello, el Senado y la Cámara de Diputados de la Nación Argentina sancionan con fuerza de LEY:

Artículo 1º: Modifícase el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de modo que el artículo 689 quede redactado de la forma que a continuación se indica:

PARTE ESPECIAL

LIBRO QUINTO

TÍTULO ÚNICO - PROCESO SUCESORIO

CAPÍTULO I - DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 689: *Requisitos de la iniciación.* Quien solicitare la apertura del proceso sucesorio deberá justificar, *prima facie*, su carácter de parte legítima y acompañar la partida de defunción del causante. Si este hubiere hecho testamento y el solicitante conociere su existencia, deberá presentarlo cuando estuviese en su poder o indicar el lugar donde se encontrare si lo supiere. Cuando el causante hubiere fallecido sin haber testado, deberán denunciarse el nombre y domicilio de los herederos o representantes legales conocidos.

Al inicio del proceso sucesorio, con la primera providencia, el juez deberá requerir informe acerca de la existencia del testamento u otra disposición de voluntad del causante en cualquier lugar del país al Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Al efecto, el registro referido no solo deberá informar los actos registrados en él, sino aquel o aquellos que existieran en cualquier otra jurisdicción provincial, proporcionando al magistrado requirente la dirección del registro provincial que corresponda, para dirigirse a él.

Las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercial

Intervención notarial*



María L. Lembo

RESUMEN

Dentro de las nuevas realidades sociales y su vinculación con el derecho de familia, sumadas a avances tecnológicos y médicos, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin acercamiento sexual. En el presente artículo, se pretende incorporar un nuevo desafío al notariado y contribuir al diálogo social, aportando elementos de reflexión que ayuden a encontrar, entre todas las partes, respuestas razonables, prudentes y aceptables que puedan ser aplicables para una amplia mayoría de la sociedad. Se analiza el contexto normativo actual sobre la materia y uno de los mayores interrogantes en torno a la reproducción asistida: el momento a partir del cual se da el comienzo de la existencia humana. Debe considerarse la palabra concepción según esta se haya dado de manera natural o de manera asistida. En el caso de concepción natural, el término será interpretado como fecundación. En el caso de concepción asistida por medio de técnicas médicas, será interpretada en relación con el momento de la implantación del embrión en el seno materno. Todo ello en coherencia con una interpretación armónica de las leyes y su fundamentación en el Código Civil y Comercial. En referencia al consentimiento informado (fuente de la voluntad procreacional y columna vertebral del derecho de filiación en estas técnicas), se estudiará la posibilidad de efectuar su instrumentación por escritura pública.

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Regulación legal. 3. Trilogía de fuentes en la filiación. Temática abordada en el Código Civil y Comercial. 4. Consentimiento. 4.1. Forma y requisitos del consentimiento. ¿Nueva incumbencia notarial? 4.2. Revocación del consentimiento. Problemática del comienzo de la vida humana. 4.3. Conclusión. Estatus jurídico del embrión no

* Versión revisada y corregida del trabajo homónimo presentado por la autora en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016), especial para su publicación en la *Revista del Notariado*. Asimismo, se le han incluido desde la redacción hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

implantado. 4.4. Régimen de protección. 5. Breve reseña respecto del derecho a la información. 6. Menores de edad. Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida. 7. Posibilidad del otorgamiento del consentimiento informado. 8. Conclusión. 9. Bibliografía.

1. Consideraciones generales

El cambio y la evolución de la sociedad nos demuestran constantemente que muchas veces la situación fáctica y real, especialmente en cuanto al derecho de familia se refiere, supera el ámbito de la regulación legal. Frente a esto, sumado a los avances tecnológicos y médicos, que en la última década han tomado un ritmo galopante, nos encontramos actualmente inmersos en una dimensión impensada décadas atrás. Dentro de ella, dos personas humanas pueden engendrar un niño sin tener ningún acercamiento de tipo sexual, situación que nos ha llevado, como operadores del derecho, a repensar la regulación legal de este tipo de circunstancias.

Estos constituyen largos procesos en los cuales nos vemos obligados a efectuar cambios graduales pero no menos altamente impactantes en nuestro pensamiento interno lógico, civil y doctrinario. Durante los últimos años, hemos podido observar cómo los datos de la realidad fueron plasmados en diferentes normas, tales como –a modo de ejemplos– el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo a través de la Ley 26618, el establecimiento de un régimen legal de salud mental por medio de la Ley 26657 y su reglamentación (Decreto PEN 603/2013), la protección integral de las mujeres a través de la Ley 26485, el reconocimiento y dignificación de la identidad de género por medio de la Ley 26743, entre otras.¹

2. Regulación legal

En este contexto, y especialmente en cuanto tema que nos aborda, se ha logrado implementar en nuestro país la regulación legal de las prácticas médicas de reproducción humana asistida (TRHA). Para ello, se ha tenido en cuenta primordialmente el derecho de toda persona a la paternidad o maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con los derechos a la salud (reconocido por nuestra [Constitución Nacional](#) y los [tratados](#) internacionales de rango constitucional [art. 75, inc. 22]), a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana (de conformidad con la Constitución Nacional y los fundamentos y principios del derecho internacional de los derechos humanos). Así, se ha traído una solución integral a todas aquellas personas que no tienen acceso a la concepción de manera natural.

1. GONZÁLEZ, Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial. Las TRHA como una tercera fuente filial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. esp. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental”, 20/5/2015, p. 27 (t. 2015-C), cita online AR/DOC/1296/2015.

En el año 2013, nacen la Ley 26862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida² y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013³. De conformidad con esta ley, se entiende por reproducción médicamente asistida los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas entre estas técnicas las de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones (art. 2). Por su parte, el decreto reglamentario avanza un poco más y amplía las definiciones: se consideran técnicas de baja complejidad aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, ya sea mediante inseminación con semen de la pareja o de un donante; y se entiende por técnicas de alta complejidad aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo la fecundación in vitro y la criopreservación de ovocitos y embriones, entre otros procedimientos.

La finalidad de la Ley 26862, en palabras de los considerandos de su decreto reglamentario, es “garantizar el derecho humano al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”. Asimismo, la ley se fundamenta en

... la intención del legislador de ampliar derechos; ello, en tiempos de cambios y de más inclusión en el ámbito social y en el de la salud; en el marco de una sociedad que evoluciona, aceptando la diferencia y la diversidad cultural y promoviendo de tal modo una sociedad más democrática y más justa.

Establece, además, que

... pueden acceder a las prestaciones de reproducción médicamente asistida todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda introducir modificaciones o limitaciones que impliquen discriminación o exclusión fundadas en la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado...

Esta nueva visión

... ha permitido a la doctrina y la jurisprudencia abordar diferentes situaciones derivadas de: (i) parejas, con o sin hijos, que no han pasado por el registro civil; (ii) núcleos familiares nacidos de nuevas uniones que antes tuvieron otras, conocidos como “familia ensamblada”; (iii) grupos a cargo de una persona sola, llamados “familia monoparental”, que pueden serlo de manera “originaria” (como acontece con la adopción unipersonal o mediante las técnicas de reproducción humana asistida, que permiten que una mujer sola pueda inseminarse con material genético de donante anónimo y ser madre sin un padre), o de modo “derivado”, tras el

2. Sancionada el 5/6/2013, promulgada de hecho el 25/6/2013, BO 26/6/2013.

3. De fecha 19/7/2016, BO 23/7/2013.

fallecimiento o separación de la pareja (siendo uno de los progenitores quien asume solo los deberes derivados de la relación paterno-filial porque el otro se desentiende); (iv) las llamadas “familia homoparental” y “familia transexual”, etc.⁴

Las técnicas de reproducción humana asistida han sido incorporadas al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (CCCN) como fuente de filiación, con fundamento en el principio de la voluntad procreacional y su exteriorización a través del consentimiento informado.

Antes de abocarnos a ello, es pertinente tener en cuenta que nos hallamos frente a derechos de carácter personalísimo, que son condición natural del ser humano por ser tal, sin tener en cuenta sus características o condiciones. Los derechos personalísimos tienen aspectos que los hacen únicos frente a los demás derechos. Son esenciales, innatos, inalienables, imprescriptibles y de contenido extra-patrimonial, es decir, su órbita se ubica fuera del comercio. Son derechos de objeto interior, es decir, sujeto y objeto del derecho confluyen en un mismo ente.⁵ Los denominados derechos de la personalidad o personalísimos han sido consagrados y fundamentados a través de normas de carácter internacional, como la [Declaración Universal de Derechos Humanos](#) (1948) y la Convención Americana de Derechos Humanos ([Pacto de San José de Costa Rica](#)) (1969), que posteriormente se tradujeron en tratados, pactos y convenciones que redondean un verdadero derecho internacional tuitivo de los derechos de la personalidad que obligando a los adherentes a adecuar sus legislaciones locales a él. La regulación integral y sistemática en dicha materia ha sido finalmente incorporada al CCCN, generando un gran acierto, ya que esta incorporación ha sido reclamada por la doctrina argentina y fundamentada con sólidos antecedentes en el derecho comparado.⁶

Los derechos personalísimos tienen como pilar fundacional permitir al hombre su autodeterminación, esto es, poder decidir sobre determinados ámbitos personales teniendo como único límite la afectación de intereses legítimos de terceros.⁷

A modo de introducción, es necesario hacer una breve reseña de uno de los derechos personalísimos que se encuentra vertebralmente involucrado con el tema que nos

4. HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032.

5. SALTZER, Anderson, “Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177.

6. RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, N° 0, p. 145.

7. SALTZER, Anderson, ob. cit. (cfr. nota 5).

ocupa: el derecho a la salud y la disposición de los derechos sobre el cuerpo humano. A tal efecto, el artículo 17 del CCCN dice:

Derechos sobre el cuerpo humano. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales.

El contenido del artículo se centra en la vinculación de los derechos sobre el cuerpo humano con los conceptos jurídicos asociados a los derechos personalísimos, y adopta la tesis de la extrapatrimonialidad de las partes del cuerpo humano, cuya transmisión opera sobre el principio de solidaridad y no en función de una finalidad lucrativa. La disposición de estos derechos requiere del consentimiento expreso de su titular, no se presume (art. 55 CCCN).

El derecho al cuidado del propio cuerpo y el derecho a la salud tienen su corolario y aplicación práctica en los artículos 56 y 59 del CCCN, referidos al otorgamiento del consentimiento informado, su contenido, alcance y limitaciones, y en el artículo 60, en referencia a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, actos médicos e investigaciones en salud y el otorgamiento de directivas médicas anticipadas, en previsión de la propia incapacidad futura. Por su parte, los tratamientos y técnicas de reproducción humana asistida encuentran su correlato en el artículo 560, referente al otorgamiento del consentimiento informado, la forma, los requisitos y su valor como fuente de la voluntad procreacional. Dicho consentimiento es libremente revocable.

3. Trilogía de fuentes en la filiación.

Temática abordada en el Código Civil y Comercial

Puede definirse la filiación como “la institución jurídica que determina la posición de los sujetos en el orden de las generaciones, dentro de la familia”.⁸ Ahora bien, en la regulación del legislador en el *Código velezano*, en materia de filiación, se daba por presupuesto ineludible

... la existencia de una relación sexual entre dos personas de distinto sexo. Por el contrario, las prácticas de reproducción humana asistida carecen de este elemento, y esto no es un dato menor, todo lo contrario, determinante. Así, las normas que regulan la filiación “biológica o por naturaleza” no siempre resultarían aplicables a la filiación que surge por la intervención de la ciencia para que una persona pueda nacer. Tampoco serían aplicables las reglas de la adopción, ya que los niños nacidos de TRHA no han pasado por situaciones de vulnerabilidad, razón por la cual

8. GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, [comentario al art. 558], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 336.

deban ser criados por una familia distinta a la de origen; al contrario, han sido tan deseados que se animaron a someterse a un tratamiento médico para poder tener un hijo, más allá de que en ambos casos la voluntad sea un elemento central. Las TRHA observan tantas especificidades que requieren un régimen jurídico propio.⁹

En consonancia con ello, el Código de Vélez reconocía dos fuentes de filiación: a) por naturaleza, a través del hecho biológico de la procreación; b) por vía legal, a través del instituto de la adopción.

Los principios generales de la filiación por naturaleza se mantienen prácticamente inalterables, mientras que la filiación determinada por TRHA implica un cambio de paradigma radical respecto del modo en que tradicionalmente se han establecido las relaciones filiales en nuestro sistema normativo, ya que tiene su fundamento en un acto derivado de la ciencia médica y, como consecuencia de ello, en el elemento volitivo, con independencia de quién ha aportado el material genético. El CCCN lo incorpora en el artículo 558: “la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción”. De esta manera, da lugar al nacimiento de la trilogía, otorgándole los mismos efectos:

La filiación por adopción plena, por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código. Ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación.

Es necesario determinar el límite a la cantidad de vínculos filiales dado que, como resultado de estas técnicas de reproducción, si se permitiera la confluencia de aspectos genéticos y volitivos, podrían generarse más de dos vínculos filiales.

Por otro lado, se protege la integridad del niño al no permitirse constancia alguna en la partida de nacimiento de las prácticas de TRHA para lograr su concepción. Especialmente, en relación con el certificado de nacimiento, el artículo 559 dice:

El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas sólo debe expedir certificados de nacimiento que sean redactados en forma tal que de ellos no resulte si la persona ha nacido o no durante el matrimonio, por técnicas de reproducción humana asistida, o ha sido adoptada.

Ello en consonancia con los términos de la [Ley 26618](#), con el fin de evitar en la inscripción de niños/as cuyos progenitores resulten ser del mismo sexo la adición de constancias lesivas o discriminatorias, sin establecer diferencias ni referencias a la orientación sexual de sus progenitores/as, generando así un proceso de identificación y no discriminación, conforme al principio de igualdad.

9. HERRERA, Marisa, “La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar” [online], en *Infojus-Saj* [Sistema Argentino de Información Jurídica], 29/12/2014, id. SAJ: DACF140902.

4. Consentimiento

Tratándose de derechos personalísimos, especialmente referidos a la salud y la disposición del cuerpo humano, afirmamos que la disposición de ellos no es absoluta sino relativa, ya que depende de la manifestación de la voluntad, exteriorizada por medio del consentimiento. El consentimiento informado es el procedimiento mediante el cual se garantiza que el sujeto ha expresado voluntariamente su intención de participar en la investigación o práctica médica, después de haber comprendido la información que se le ha dado acerca de los objetivos del estudio o de la aplicación de tales técnicas, los beneficios, los posibles riesgos, las alternativas, sus derechos y responsabilidades. El consentimiento informado debe reunir al menos cuatro requisitos:¹⁰

- *Capacidad del otorgante:* el individuo debe tener la habilidad de tomar decisiones.
- *Voluntariedad:* Los sujetos deben decidir libremente someterse a un tratamiento o participar en un estudio sin que haya persuasión, manipulación ni coerción. El carácter voluntario del consentimiento es vulnerado cuando es solicitado por personas en posición de autoridad o no se le ofrece al paciente un tiempo suficiente para reflexionar, consultar, asesorarse y decidir.
- *Información:* Las opciones deben ser comprensibles y deben incluir el objetivo del tratamiento o del estudio, su procedimiento, los beneficios y riesgos potenciales y la opción del paciente de rechazar el tratamiento o estudio en cualquier momento, sin que ello le pueda traer otros perjuicios.
- *Comprensión:* Es la capacidad del paciente de comprender la información relevante.

En su artículo 560, el CCCN dice:

El centro de salud interviniente debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de las técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones.

En la materia que nos ocupa, el otorgamiento del consentimiento informado es de importancia vital, ya que constituye la prueba de la filiación generada mediante la aplicación de técnicas de reproducción asistida y, por lo tanto, creador de la voluntad procreacional que genera el vínculo jurídico entre padres e hijos. Es un hecho que posee todos los elementos del acto jurídico (discernimiento, intención y libertad), por medio del cual el individuo declara su voluntad, luego de haberse brindado una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone como aconsejable. El paciente podrá escoger en libertad dentro de las opciones posi-

10. Ver DE LA TORRE, Natalia y otros, "Aspectos éticos y jurídicos", en AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.], pp. 17-40.

bles que la ciencia médica le ofrece al respecto e incluso la de no someterse a ningún tratamiento ni intervención. Solo cuando este posee información integral, ha sido capaz de comprenderla y ha contado, además, con el tiempo necesario para analizarla y tomar a partir de ella una decisión, puede prestar su consentimiento.

A su vez, el artículo 575 CCCN establece:

En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial.

Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena.

De este modo, se consagra el principio de la voluntad procreacional frente al origen genético. Es decir, se establece como regla que los niños nacidos mediante técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o mujer que también ha prestado su consentimiento, manifestando su voluntad y deseo de someterse a dichas técnicas, para lograr la maternidad y/o paternidad, según sea el caso, con total independencia de quién ha aportado los gametos, conforme lo dispone el artículo 562 CCCN.

Esta incorporación supone, sin lugar a duda, un término absolutamente novedoso para el universo jurídico, cuyos efectos aún no han podido siquiera ser delimitados con precisión.¹¹

4.1. Forma y requisitos del consentimiento. ¿Nueva incumbencia notarial?

El artículo 561 CCCN dice:

La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión.

A su vez, el artículo 562 *in fine* requiere que el consentimiento previo, informado y libre (arts. 560 y 561) sea debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Y el artículo 7 del Decreto 956/2013 establece que “el consentimiento informado y su revocación deben documentarse en la historia clínica con la firma del titular del derecho expresando su manifestación de voluntad”, y aplicándose en lo pertinente las disposiciones sobre los derechos del paciente fijados por

11. GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, [comentario al art. 562], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), ob. cit. (cfr. nota 8), p. 349.

la [Ley 26529](#) de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. Por otra parte, el artículo 3 del citado decreto indica que: El consentimiento y su revocación deberán ser certificados en cada caso por la autoridad de aplicación, fijada por la ley especial en cabeza del Ministerio de Salud de la Nación y la Superintendencia de Seguros de Salud, quienes podrán coordinar con las autoridades sanitarias provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires el desarrollo y aprobación de las normas de habilitación categorizante de los servicios de reproducción humana asistida.

En referencia a la instrumentación del documento que contiene el consentimiento informado, vamos a considerar los siguientes puntos:

- El vínculo filial deriva de un acto voluntario y lícito; por lo tanto, el consentimiento otorgado para someterse a las TRHA debe ser prestado por analogía al principio general contenido en los artículos 259, 260 y 285 del CCCN.
- La concreción del documento quedará determinada no solo antes del nacimiento sino antes de la concepción.
- El documento emanado de el/los solicitante/s de las TRHA genera un vínculo filial indestructible e irrevocable. En efecto es el elemento prueba de la filiación.¹²
- Debe ser recabado por el centro de salud interviniente, protocolizado por escribano público o certificado por la autoridad sanitaria correspondiente.

Dichas aseveraciones, que marcan la vital importancia del documento-consentimiento, nos obligan a gestionar los siguientes cuestionamientos.

En primera instancia, ¿podrá la institución sanitaria evaluar los extremos requeridos y cumplir con todos los requisitos necesarios para que el documento emanado sea válido y eficaz? ¿A qué hechos hace referencia la certificación emitida por la autoridad sanitaria?, ¿a la declaración de la/s parte/s?, ¿a la capacidad de la persona al momento del otorgamiento?, ¿a que el documento fue otorgado en un ámbito de libertad, sin coerción alguna?

En segunda instancia, la validez del documento es actual, pero su eficacia será desplazada en el tiempo al momento de su utilización, ligada al supuesto del nacimiento del niño, momento en el cual se deberá inscribir en el Registro Nacional de las Personas para obtener el vínculo filial. Si este es otorgado mediante un documento privado, ¿qué pasará si el documento primigenio se extravía, o se produce algún error en la fecha de otorgamiento o en los datos de el/los otorgante/s? El notario, como operador del derecho, debe actuar con la responsabilidad que su quehacer notarial requiere y, de manera integral, generar un medio de prueba absoluta e irrefutable que sea plenamente válido para producir un vínculo jurídico tan relevante como lo es la filiación. Si dicho consentimiento debe ser protocolizado por ante escribano público, bien podría ser otorgado por medio de escritura pública. Dicha afirmación nos llevaría a dar solución a varios de los cuestionamientos efectuados.

12. *Ibidem*.

Las diversas explicaciones que ha dado la doctrina en referencia a la función notarial sirvieron para dar fuerza al desarrollo del derecho notarial en el impulso de la ciencia, con un amplio desarrollo en la técnica. En el derecho actual, son de suma importancia las cuestiones inherentes a los principios, a la protección de los derechos fundamentales de hombres, mujeres y seres vivos, todo comprendido dentro de una visión científica multicultural. Entonces, corresponde fusionar en el quehacer notarial la ciencia (función notarial) y la técnica (confección del documento) con el arte (los deberes éticos notarialmente aplicables). Esta es la posición actual del derecho notarial.

La más trascendente función notarial en la actualidad precede y antecede a la escritura pública, ya que para llegar a ella (en razón de las necesidades que presentan el hombre y sus problemas) es que las mismas sean tuteladas a través de la ética que emerge del profesional. Todo ello se traduce en el ejercicio de los deberes éticos notariales aplicados, tales como la información, el asesoramiento, el consejo, la imparcialidad, la independencia y la legalidad. A su vez, como deber notarial de ejercicio, tenemos el de proteger las declaraciones documentadas bajo el amparo de la fe pública; con ello, la calificación notarial y todo su sustento legal vuelven fuerte el desarrollo de la seguridad jurídica preventiva.¹³

De conformidad con todos los elementos vertidos, considero que la declaración del consentimiento informado para la aplicación de TRHA debería ser instrumentada mediante escritura pública, en los términos del artículo 299 CCCN. Así, se da una respuesta acabada a las cuestiones de lugar y fecha cierta al momento del otorgamiento, conversación en el tiempo a través del sustento de la matriz del protocolo, la calificación notarial en referencia a los elementos volitivos y de competencia o capacidad del otorgante, según el caso, y el asesoramiento integral respecto del tema en cuestión, dando su golpe certero en la consecuencia de que dicho instrumento público, por sí mismo, hace plena fe de contenido, en cuanto a prueba se refiere.

4.2. Revocación del consentimiento.

Problemática del comienzo de la vida humana

De conformidad con el artículo 561 CCCN *in fine*, “el consentimiento es revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona, o la implantación del embrión”. Por lo tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de baja complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la concepción. Mientras tanto, una persona que ha sido sometida a TRHA de alta complejidad podrá revocar su consentimiento hasta el momento de la implantación. En este segundo caso, se produce una situación que mantiene hasta la actualidad un vacío legal, que ha dado

13. COSOLA, Sebastián J., [comentario al art. 299], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 688.

lugar a diversas interpretaciones: ¿qué sucede con el embrión conservado fuera del útero una vez revocado el consentimiento para su implantación o ante el fallecimiento del/la otorgante del consentimiento?; ¿el embrión conservado es considerado persona?; ¿qué derechos adquirió?, ¿qué debe hacerse frente a esta circunstancia?, ¿descarte?, ¿donación de embriones? ¿A quién se efectúa la donación, a persona determinada o a terceros indistintos? ¿Quién decide?

Estos han sido algunos de los interrogantes más importantes que rondan sobre este tema y que han dado paso a diversos análisis en la doctrina, cuyo planteamiento contiene connotaciones, además de jurídicas, filosóficas, éticas, biológicas, científicas, sociales, morales y aun religiosas. Para poder visualizar algunas respuestas frente a estos interrogantes debemos analizar en qué momento preciso se da comienzo a la vida humana.

En efecto, el artículo 19 CCCN determina que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. ¿Qué se entiende por *concepción* cuando la persona nace producto de TRHA? Esto no está respondido de manera expresa por el CCCN, pero su respuesta puede derivarse de diferentes aciertos legislativos y jurisprudenciales. Cabe desentrañar, entonces, el momento desde el cual se considera a la persona humana como centro de imputación de efectos –derechos y deberes– jurídicos en el ámbito civil.

4.2.1. Planteo del problema. Panorama actual

La redacción del artículo es de interpretación ambigua, ya que no da la definición de que se entiende por concepción, dando lugar a dos grandes interpretaciones.

- a) *Concepción tanto dentro como fuera del seno materno*. Esta teoría toma en cuenta que la concepción se da una vez producida la fecundación (unión de gametos, óvulo y espermatozoide). Dentro de esta corriente, hay autores que defienden la interpretación de que la quita en la redacción final del artículo referido de la consideración de que la concepción acontece en el “seno materno” responde a la coherencia que el CCCN mantiene con la Ley 26743 de Identidad de Género, dejando abierta la posibilidad de que una persona de sexo femenino que se autopercebe con identidad masculina podría engendrar un niño en su seno que no sería necesariamente *materno*. De este modo, se daría una regulación coherente y sistémica con todo el ordenamiento jurídico nacional en el que prima el principio de igualdad y no discriminación, como el reconocimiento y la protección del derecho a la identidad en sus diferentes vertientes. La exclusión se refiere solo a este efecto, no a la negación de la determinación de que la concepción puede darse dentro o fuera del cuerpo humano.¹⁴

14. REVIRIEGO, Nicolás, [comentario al art. 19], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), ob. cit. (cfr. nota 13), p. 114.

- b) Otra corriente importante de pensamiento refiere al término *concepción* según el ser humano sea concebido por medio natural o por medio de aplicación de TRHA. Basándose en esta distinción, se considera concepción natural el momento de la unión del óvulo y el espermatozoide; y concepción por TRHA el momento de la implantación del embrión.¹⁵

El artículo deja librada a la regulación de una ley especial la protección del embrión no implantado. La cuestión ronda alrededor del estatus jurídico que se le asignará al embrión durante el lapso de tiempo que va desde la fecundación hasta la implantación, según la teoría que se adopte en cuanto al comienzo de la existencia de la persona humana. Diversos argumentos se han vertido alrededor de ambas interpretaciones.

Entre los argumentos vertidos por la primera postura, encontramos que en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 26-28 septiembre 2013), juristas de todo el país debatieron sobre la cuestión del comienzo de la existencia de la persona humana, y en las **conclusiones** de la Comisión N° 1 se afirmó que “comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno” (despacho de mayoría). También se concluyó que

En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

Finalmente se dijo:

Ante una eventual reforma del Código Civil, se propicia en torno al comienzo de la existencia de la persona la redacción contenida en el punto I de las conclusiones de mayoría.

Igualmente, numerosas normas en todo el país se refieren al inicio de la vida desde la concepción, entendido como el primer momento de formación de la vida humana. También la jurisprudencia argentina ha expresado, en todos los niveles, que la vida comienza desde la concepción entendida como fecundación. En este sentido, vale recordar lo afirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Portal de Belén” (2002)¹⁶ en cuanto a que es necesario

15. Ver: a) LAMM, Eleonora, “El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, pp. 413-445; b) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Procreación asistida”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009-43-95 (ver en Sistema de Información Legal de La Ley-Thomson Reuters, id. AP/DOC/1695/2012); c) DE LA TORRE, Natalia y otros, *ob. cit.* (cfr. nota 10).

16. CSJN 5/3/2002, “Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ Amparo” (*Fallos*, t. 325, v. I, pp. 292-309). [N. del E.: ver [aquí](#)].

... precisar si la concepción se produce con la fecundación o si, por el contrario, se requiere la implantación o anidación del óvulo fecundado en el útero materno, aspecto éste que la Cámara entendió que requería mayor amplitud de debate y prueba.

4º) Que sobre el particular se ha afirmado que el comienzo de la vida humana tiene lugar con la unión de los dos gametos, es decir con la fecundación; en ese momento, existe un ser humano en estado embrionario.¹⁷

Por otro lado, es claro que el CCCN regula los efectos filiatorios de las técnicas de fecundación artificial estableciendo la voluntad procreacional como criterio rector, lo que constituye un giro individualista.¹⁸

Uno de los argumentos presentados por la corriente opuesta, que se ha transformado en la columna vertebral del planteo de la cuestión, está dado por un importante precedente jurisprudencial, dictaminado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en “Artavia Murillo” (2012).¹⁹ En este caso, los derechos humanos involucrados sobre los cuales la propia CIDH ahonda son

... a) el derecho a la vida íntima y familiar; b) el derecho a la integridad personal en relación con la autonomía personal y la salud sexual y reproductiva; c) el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y d) el principio de no discriminación. [...] La Corte Interamericana concluye que el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de “persona” desde la concepción al que alude el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos; así también, afirma que las técnicas de fertilización in vitro son válidas al permitir el cumplimiento o protección de varios derechos, como ser: el derecho a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica, a la libertad reproductiva –a procrear–, por citar algunos.²⁰

En referencia a los embriones preimplantados, la CIDH entiende que ello debe ser interpretado de manera dinámica y, en ese sentido, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso, surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos

17. Ejemplo de defensa de esta teoría es el proyecto de Ley de Fertilización Humana Asistida elaborado por la diputada Ivana María Bianchi (expediente N° 3671-D-2012, publicado en *Trámite Parlamentario*, N° 62, 5/6/2012), en donde se entiende por embrión al óvulo humano fecundado por el espermatozoide humano dentro o fuera del seno materno, y, por lo tanto, sujeto de derechos desde la concepción, que se produce en el momento en que el espermatozoide humano penetra al óvulo femenino humano. Como corolario de lo señalado, el embrión tiene derecho a nacer, a la salud, a la integridad física, a la identidad y a que se respete su medio ambiente natural y la vida (ver arts. 10 y 11). [N. del E.: para acceder al texto del proyecto, ver expediente 2663-D-2010; asimismo, cfr. estado parlamentario del expediente [aquí](#)]. Ver también al respecto REVIRIEGO, Nicolás, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 114.

18. “Análisis del nuevo Código Civil y Comercial de la Argentina” [online], en la web Centro de Bioética Persona y Familia [<http://centrodebioetica.org/>], 2014.

19. CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (Serie C, N° 257. [N. del E.: [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).]

20. DE LA TORRE, Natalia y otros, ob. cit. (cfr. nota 10), p. 18. [N. del E.: a) cfr. datos del fallo de la CIDH en nota 19; b) ver texto de la Convención Americana de Derechos Humanos {Ley 23054} [aquí](#)].

naturales como en aquellos en los que se aplica la técnica de la fertilización in vitro, entendiéndose que sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto de un riesgo que resulta común e inherente incluso a procesos donde no interviene la ciencia. En definitiva, para la CIDH, la existencia de la persona humana comienza con la implantación del embrión y, por ende, el embrión no implantado no es persona humana.

Otro argumento esgrimido es el artículo 20 CCCN, según el cual se entiende por concepción el plazo que corre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. Nunca podría haber embarazo sin, como mínimo, la implantación del embrión en la persona. Más todavía, el artículo 561, que integra el Capítulo “Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida” dispone que el consentimiento previo, informado y libre al sometimiento a esta práctica médica es revocable “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”. Una vez más, la implantación del embrión tiene un significado de relevancia para el CCCN.

Por fuera del Código, tanto la Ley 26862 como su reglamentación, el Decreto 956/2013, siguen esta línea interpretativa de entender que el embrión in vitro no es persona humana. Ello se funda en la regulación de tres cuestiones centrales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, 3) la reafirmación de la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

Todas estas voces legislativas, como la emanada de la máxima instancia regional en materia de derechos humanos, son coincidentes en entender que la persona humana comienza, en el caso de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Este lineamiento es, al parecer, el que rigió para los redactores del CCCN en la comisión de reformas, esgrimiendo que el fundamento radica en la imposibilidad de sobrevivir que tienen los embriones concebidos mediante la técnica de fertilización in vitro, efectuada fuera del cuerpo de la mujer.²¹

El tema fundamental que debemos considerar frente al planteamiento de la cuestión es ¿cuál derecho prima sobre el otro? Como contracara del derecho vital de todo ser humano al acceso de la maternidad y/o paternidad, nos encontramos con el derecho supremo a la vida del embrión fecundado. Esta problemática es de difícil resolución, ya que su respuesta requiere un análisis exhaustivo de carácter interdisciplinario.

La función del Código Civil es establecer desde cuándo comienza jurídicamente la persona, el régimen de la filiación y las consecuencias o efectos de la personalidad y de los lazos jurídicos creados (derecho sucesorio, derecho de alimentos, etc.). ¿Acaso un embrión in vitro podría heredar? ¿O se podría reclamar alimentos en su favor? Sea por naturaleza o por TRHA, la persona comienza en un mismo momento:

21. REVIRIEGO, Nicolás, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 114.

cuando comienza el embarazo y esto se produce en el momento de la concepción, cuando el óvulo fecundado se adhiere a las paredes del útero.²²

Desde el punto de vista médico, hay que distinguir entre fertilización y concepción. La fertilización es un paso en el camino de la concepción. Muchos óvulos se fertilizan pero pocos embarazos son concebidos. El acto de la concepción o el acto de concebir el embarazo se presenta con la transferencia del embrión y la posterior implantación de ese embrión en el útero de la persona dentro del par de días siguientes y con la prueba de embarazo positiva aproximadamente dos semanas después. El acto de concebir, en este caso, se considera como el acto de lograr un embarazo. En sentido coincidente, en los casos de reproducción natural, el embarazo comienza cuando la prueba de embarazo es positiva, unos diez a catorce días después de la concepción.

[...] Prueba de lo expuesto es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez que se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada gonadotropina coriónica, detectable sólo en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide, o si esta unión se perdió antes de la implantación.²³

Así, concluye diciendo que

... por concepción debe entenderse implantación, y, consecuentemente, el embrión no implantado no cuenta con la protección del carácter de “persona” al que alude el art. 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.²⁴

4.2.2. Regulación por ley especial. Estado parlamentario

El proyecto de ley que complementa el CCCN al regular las TRHA y la protección de los embriones no implantados, presentado el 12 de marzo de 2014, ha sido aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación (12/11/2014) y girado al Senado con doscientos cinco votos a favor y once en contra.²⁵ En el mencionado proyecto se suprimió de los artículos 11, 12, 19 y 20 la expresión “descarte de embriones” y en su lugar se utiliza “cese de la crioconservación”. De esta forma,

Cuando se trate de gametos aportados para terceros, transcurridos diez (10) años desde el momento en que se haya realizado el aporte [...] y no hubiesen sido uti-

22. Ver LAMM, Eleonora, “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], [s. e.], 2015.

23. Ídem, pp. 5-6.

24. *Ibidem*.

25. Expedientes a) 581-D-2014 y b) 4058-D-2014. [N. del E.: ver [datos](#) de los expedientes y textos originales {a y b}; ver asimismo orden del día N° 1003 {dictámenes de las comisiones}, [debate parlamentario](#) y [pase](#) al Senado {expediente [CD-101/14](#)}].

lizados para efectuar técnicas de reproducción humana asistida, deberá cesar la crioconservación.

Este artículo exceptúa a

... aquellas personas o parejas beneficiarias de técnicas de reproducción humana asistida que manifestaren de modo expreso, y previo al vencimiento del plazo, la decisión de crioconservar su material genético para someterse a un procedimiento en el futuro...

Y se agregó un párrafo que indica que

Las parejas que crioconservaren embriones deberán acordar y dejar sentado, en forma expresa, el destino que se les darán en caso de divorcio, debiendo optar entre la posibilidad de que sean utilizados por otra persona o pareja o que cese la crio conservación.²⁶

4.3. Conclusión. Estatus jurídico del embrión no implantado

Pasaremos seguidamente a analizar el marco legal vigente dentro del contexto bioético en el que resulta necesario encuadrar esta problemática. A la hora de adentrarnos en el estudio de los problemas biológicos, éticos y jurídicos que se plantean respecto del inicio de la vida humana, se ha partido de la premisa de que vivimos en una sociedad plural, no en una sociedad de código ético único. Por lo tanto, entendemos que se puedan dar respuestas distintas, incluso opuestas, a estos problemas;²⁷ más aún si se tiene en cuenta que, en el orden interno, Argentina es uno de los países de América Latina que más desarrollo científico ha logrado en torno a las TRHA.²⁸

Desde el punto de vista médico, podemos decir que el embrión humano es la estructura que se desarrolla a partir del cigoto humano, por divisiones sucesivas, que llegará a diferenciarse en tejidos y órganos. El cigoto humano es la célula fundadora de un organismo, resultado de la fecundación de un gameto femenino (el ovocito) por un gameto masculino (el espermatozoide). Hacia el día séptimo posterior a la fecundación, la blástula está diferenciada en la masa de células internas, que dará lugar al embrión. Al final de la segunda semana, el pre-embrión está implantado, y

26. "Diputados dio el primer paso en la regulación de las técnicas de reproducción asistida", en *Parlamentario.com* [portal web], 12/11/2014.

27. Cfr. ABEL I FABRE, Francesc, y otros "Consideraciones sobre el embrión humano", en *Bioètica & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de Bioètica-Universidad Ramon Llull, N° 57, 2009.

28. Ver AIZENBERG, Marisa S., "El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina" [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, N° 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033.

en el día décimo octavo comienza la formación de la estructura inicial del sistema nervioso o neurulación. Antes de la implantación, en ningún caso se puede hablar de aborto, porque aún no se ha iniciado la gestación. Es en la implantación cuando podemos decir que se dan las condiciones mínimas indispensables para asegurar la posibilidad de crecimiento y desarrollo del embrión. Al final de la octava semana, el tubo neural está claramente diferenciado y, a partir de este momento, el embrión se denomina feto.

Las aportaciones que agrupan más consenso en la biomedicina actual a propósito de las condiciones para poder considerar el embrión humano como persona exigen que este disponga de la información suficiente para darle autonomía biológica e individuación. Observamos en él la constitución genética correcta, pero esta constitución por sí sola no implica que haya información suficiente para el nuevo ser. En el embrión, en el estado anterior a la implantación, existe una morfología mínima suficiente (en especial, una estructura neurológica inicial básica) y se han puesto en marcha la producción y circulación de todos los elementos fisiológicos imprescindibles entre la madre y el embrión implantado, interrelación que es constitutiva y esencial del embrión. Hasta que no se dan estas condiciones (información básica, implantación, morfología mínima y circulación fisiológica materno-fetal), hay vida humana, pero no parece que pueda haber una persona (p. ej., un gameto también tiene vida humana independiente, pero no es persona, y podríamos encontrar otros ejemplos de estadios incompletos de vida humana). Esta es la razón biomédica, a la cual adhero, para considerar que, sin estas condiciones, no se puede hablar de vida humana personal.

Este planteamiento actual de la biomedicina conecta bien con el pensamiento tradicional en este tema, que ya encontramos referenciado en la antigüedad griega (Aristóteles e Hipócrates) y bíblica (libro del Éxodo) y en valoraciones antiguas y medievales cristianas (San Agustín y Santo Tomás), renacentistas (Dante) y contemporáneas (Rahner y Häring). De su conjunto, se podría concluir a favor del inicio del carácter personal del embrión humano, situado no antes de la implantación completa (día decimocuarto después de la fecundación) ni más allá de la semana décima del desarrollo embrionario (semana duodécima de gestación). Efectivamente, sería una contradicción invocar la ciencia (la genética, exclusivamente) para argumentar a favor de que hay persona humana desde el momento de la fecundación.

4.4. Régimen de protección

Hemos dicho, entonces, que hay diversos criterios relacionales o sociales para determinar la consideración ética del embrión humano. Desde el punto de vista jurídico, la protección del embrión humano se ha de analizar desde la protección de la vida humana y el reconocimiento que la ley le otorga. De esta interpretación jurisprudencial, se desprende la consideración de que el embrión humano, desde el inicio de

formación del cigoto hasta su implantación en el útero materno, pasa por diferentes fases, que pueden darse de forma natural o bien en el laboratorio, en las que la ley le otorga diferentes grados de protección.

Hay suficientes argumentos desde el punto de vista biológico, ético y jurídico para afirmar que al embrión humano hay que otorgarle un valor diferenciado, distinguiendo entre la fase previa a la implantación y la fase posterior a la implantación, que lo hacen ponderable, en uno y otro momento, con otros valores que puedan concurrir con él. Ello no significa que no se le haya de otorgar protección. Una de las protecciones que se ha dado en torno a esta cuestión es la determinación de que la utilización de las diferentes TRHA son aplicables solo a aquellas personas que, por razones de tipo biomédico, no pueden tener hijos de manera natural.

En la fase posterior a la implantación del embrión (más allá del décimo cuarto día), entendemos que hay una vida humana en proceso de desarrollo, con unidad e individuación, aunque no siempre con todos los elementos necesarios propios o derivados de su interacción con la madre para considerarse un ser humano completo. Esta vida humana, entendemos, es digna de ser protegida con mayor intensidad. Esta protección del embrión, aunque diferida para una ley especial, se desprende del propio CCCN, en concreto de sus artículos 17 y 57, que impiden la comercialización y manipulación de gametos. En efecto, el artículo 14 del proyecto de ley mencionado *ut supra*²⁹ dice que

A partir de la sanción de la presente ley, se prohíbe:

- a) la comercialización de embriones;
- b) la comercialización de gametos crioconservados;
- c) toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmita a su descendencia;
- d) la utilización de embriones viables para experimentación o investigación que no respeten los parámetros fijados por la autoridad de aplicación.

Aizenberg reseña un argumento judicial que resolvió que

Tratándose de una fecundación asistida y habiendo probables embriones restantes, deberá asegurarse el respeto hacia su condición humana, lo que debe figurar explícitamente en el consentimiento informado que los padres deben formalizar por escrito oportunamente; los profesionales actuantes deben proceder a la inmediata crioconservación de ellos en las condiciones necesarias para mantener su vitalidad y preservar su completa integridad; asimismo, y como medida necesaria para tutelar los derechos humanos de los mencionados embriones crioconservados, decretase medida de no innovar respecto de ellos prohibiéndose expresamente su utilización con fines experimentales, su eventual clonación u otras técnicas de manipulación genética y obviamente su descarte o destrucción.³⁰

29. Cfr. texto en nota 25.

30. AIZENBERG, Marisa S., *ob. cit.* (cfr. nota 28), p. 69.

En conclusión, podemos decir entonces que el embrión humano no implantado, no es persona, pero subyace en él la posibilidad de serlo. Por lo tanto, se debe proteger dicha potencialidad con los medios jurídicos necesarios para viabilizar el camino correcto de modo tal que garantice la conducción al fin perseguido al momento de su fecundación, que se traduce en la posibilidad de dar a luz a un niño, permitiendo de este modo el nacimiento de una persona dentro del núcleo familiar que ha solicitado la intervención médica. Desde este punto de vista, todas las partes actuantes (las entidades sanitarias, los centros de investigación y salud, los profesionales tratantes, los operadores jurídicos y del derecho, incluso el Estado, que es parte) deben hacer el máximo de los esfuerzos, desde todos los sectores comprometidos, para lograr, por todos los medios posibles, la protección de la vida de ese embrión que se encuentra en vías de desarrollo, porque lo que aquí está en juego es el derecho a la vida de las personas, su dignidad y el compromiso con la equidad, la justicia y los derechos humanos.

5. Breve reseña respecto del derecho a la información

El artículo 563 CCCN dice

La información relativa a que la persona ha nacido por el uso de técnicas de reproducción humana asistida con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento.

A su vez, el artículo 564, en referencia al contenido de la información, dice lo siguiente:

A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

- a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;
- b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local.

El CCCN les garantiza a quienes desean tener un hijo mediante TRHA que lo puedan hacer, dándole certeza y seguridad a los vínculos jurídicos. Pero, paralelamente, los supuestos y las formas en que se posibilita conocer los datos biológicos no aseguran plenamente el goce de este atributo: se utilizan palabras vagas para determinar los supuestos en que se entregaran estos datos, como “motivos relevantes” o “relevante para la salud”, si bien cabe destacar que significa un gran progreso el reconocimiento del derecho a la información de quien nace como consecuencia de la utilización de TRHA. La Ley 26862 nada dice respecto del derecho a conocer los orígenes

de niños, niñas y adolescentes nacidos a través de la utilización de TRHA. Por tratarse de una ley estrictamente centrada en cobertura, quedaron afuera aspectos importantes que se derivan de las TRHA y que deberían ser regulados en la ley especial, más allá de que en el CCCN hay avances al respecto.

A efectos de lograr la garantía del derecho a la información, deberíamos poner en análisis adoptar una postura intermedia que permita, por un lado, satisfacer el derecho a la intimidad de los donantes y, por otro lado, el derecho de los hijos e hijas a conocer sus datos genéticos y/o identificatorios del donante, a partir de una razón fundada y previa autorización judicial (p. ej., una enfermedad grave que solo pudiera ser revertida mediante la obtención de la información genética del niño).

6. Menores de edad.

Aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida

El artículo 7 de la Ley [26862](#) dice:

Tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529, de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud, haya explicitado su consentimiento informado.

Véase, en lo que a usuarios se refiere, que la primera parte del artículo determina un aspecto medular: la titularidad del derecho a la procreación, aludiendo a toda persona mayor de edad.

El artículo 8 *in fine* dice:

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.

De este modo, acorde al principio constitucional de igualdad (arts. 16, 20 y 75, inc. 22, [CN](#)), se entiende que cuando la ley alude a “toda” persona humana sin distinción alguna, los operadores jurídicos y no jurídicos no pueden hacer ninguna exclusión porque tal decisión sería violatoria del principio de acceso integral y amplio que recepta la ley.

Frente al marco precedentemente expuesto, no podemos dudar del carácter universal, integral e igualitario que persigue la normativa en análisis. Se trata de prevenir y proteger a personas con cáncer u otras enfermedades y/o sus tratamientos

que impacten sobre su salud reproductiva, así como la implementación de técnicas de preservación de su fertilidad. En este apartado, procuraremos echar luz sobre los aspectos ético-legales de este tipo de técnicas, a fin de asegurar una adecuada regulación de las mismas.

En el reconocimiento expreso de técnicas de prevención, protección y preservación de gametos, tejidos o embriones, está en juego una serie de derechos humanos (entre ellos, el derecho a formar una familia, a la protección de la vida privada y familiar, a la igualdad y su correlato de no discriminación, a la salud sexual y reproductiva, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, etc.) que imponen la necesidad de su recepción legal. Esta cuestión adquiere particular relevancia cuando analizamos el acceso a las prácticas de preservación de la fertilidad, fundamentalmente en los estadios primarios y últimos de la vida de una persona.

Sucede que, tal como surge del texto de la ley, la preservación del material genético en supuestos de enfermedad queda habilitada también a personas menores de edad, es decir, menos de dieciocho años; a diferencia del resto de los tratamientos de TRHA, que se reserva para las personas mayores de edad. Así, cabe preguntarse, por ejemplo, si un adolescente de catorce años que sufre de leucemia podría solicitar, por derecho propio, la preservación de sus espermatozoides/óvulos o tejido gonadal previamente a someterse a un tratamiento de quimioterapia; y, en caso afirmativo, si solo sería necesario recabar el consentimiento del adolescente o si también debería ser de ambos padres o solo de uno de ellos. Para dar respuesta a estos interrogantes debemos hacer hincapié en la regulación actual en materia de derechos de niñez y adolescencia.

Sobre este punto, cabe destacar que en los últimos años, particularmente a partir de la reforma constitucional de 1994 y la mencionada incorporación de los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN), nuestro ordenamiento ha sido testigo de un cambio de paradigma en la forma de concebir los derechos y las obligaciones de las personas menores de edad. Así, en total consonancia con la mencionada constitucionalización del derecho privado, se ha pasado de la idea del niño como objeto de protección a su conceptualización de personas sujetos de derecho, y, consiguientemente, de la noción de incapacidad a la de autonomía o capacidad progresiva. De esta manera, se les reconoce a los niños, niñas y adolescentes, el derecho a participar en forma activa en toda cuestión que los involucre, de acuerdo con su madurez y desarrollo (arts. 3 y 5 CIDN; art. 3 Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes). Así, se deja de lado la noción de incapacidad/capacidad como compartimentos estancos (establecida en el Código Civil velezano), para dar lugar a la noción de autonomía progresiva.

7. Posibilidad del otorgamiento del consentimiento informado

En lo relativo al derecho a la salud, la Ley 26529 prevé expresamente la situación de las personas menores de edad y establece en su artículo 2, dentro de los derechos del paciente, el derecho a la asistencia: “El paciente, prioritariamente los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a ser asistido por los profesionales de la salud, sin menoscabo y distinción alguna”. Asimismo, en referencia a la autonomía de la voluntad, establece que

El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad.

Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud.

Por su parte, el Decreto reglamentario 1089/2012 avanza sobre estos conceptos y establece en su artículo 2 que

... cuando se trate de pacientes menores de edad, siempre se considerará primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y reconocidos en las Leyes N° 23849, N° 26061 y N° 26529.

Asimismo, establece que

Los profesionales de la salud deben tener en cuenta la voluntad de los niños, niñas y adolescentes sobre esas terapias o procedimientos, según la competencia y discernimiento de los menores. En los casos en que de la voluntad expresada por el menor se genere un conflicto con el o los representantes legales, o entre ellos, el profesional deberá elevar, cuando correspondiere, el caso al comité de ética de la institución asistencial o de otra institución si fuera necesario, para que emita opinión, en un todo de acuerdo con la Ley N° 26061.

Por último, el CCCN avanza un paso más en este proceso de cambio e introduce la noción jurídica de adolescencia y su distinción con la de niño. Así, en su artículo 25, segundo párrafo, establece: “este Código denomina adolescente a la persona menor de edad que cumplió trece años”. Entonces, queda reservada la categoría de niños y niñas a aquellos que están en la franja etaria desde los cero hasta que cumplen los trece años de edad. El artículo 26, de vital importancia en el cambio de paradigma, en cuanto a capacidad se trata, establece como principio que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, pudiendo ejercer los que le son permitidos por el ordenamiento jurídico si cuenta con la edad y el grado

de madurez suficientes para ello. Se establece una serie de pautas mediante las cuales se pretende dar respuesta concreta a este planteo. Veamos, el artículo 26 dispone que

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física. Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.³¹

Luego de lo expuesto, y para poder advertir la posibilidad o no del otorgamiento del consentimiento informado cuando el requirente es menor de edad, habrá que utilizar por analogía el campo de la salud y el término de competencia que le otorga la bioética.

La competencia bioética no se alcanza en un momento determinado sino que se va formando, va evolucionando con el paso del tiempo y la adquisición paulatina de la madurez. Bajo esta expresión, se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de su comprensión, si puede comunicarse y razonar sobre las alternativas que se le presentan, si tiene valores para poder emitir un juicio. [...]

Por su parte, un menor de edad puede ser competente en mayor o menor medida, atendiendo a su desarrollo psíquico y emocional, en otras palabras, de acuerdo con su grado de madurez en la situación concreta. [...]

Si bien es difícil trazar una línea para determinar el umbral en que un enfermo es capaz o incapaz de tomar una decisión médica, el criterio para considerar a un paciente competente o incompetente debe estar regido por los valores rectores de la doctrina del consentimiento informado, es decir la autonomía individual –en primer lugar– y recién en segundo lugar la razonabilidad de la decisión, mientras muestre adecuado respeto por la salud del paciente. [...]

Ayuda también a desentrañar la existencia de competencia en el paciente pediátrico la aplicación de los demás principios que gobiernan la Bioética, en particular los principios de beneficencia y no maleficencia. [...]

El concepto de competencia no es estanco sino que responde a un proceso que se va desarrollando a través de distintas etapas evolutivas de la vida, por lo que debe

31. Ver de mi autoría “Capacidad para el otorgamiento de directivas médicas anticipadas” (presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, agosto 2014]), [s.e.], 2014; y en base a DE LA TORRE, Natalia y otros, *ob. cit.* (cfr. nota 10), pp. 17-40.

apreciarse dinámicamente y ser evaluado en cada caso concreto conforme las circunstancias particulares del paciente, sus relaciones familiares, la gravedad de la patología, su diagnóstico y pronóstico, el tipo de tratamiento propuesto y las diversas alternativas al mismo.³²

Posiblemente una de las situaciones más difíciles en pediatría es la definición del menor maduro en el cual a pesar de no tener la mayoría de edad cumple con los requerimientos de competencia, voluntad y capacidad de entender la información para consentir o no. La madurez y autonomía pueden ser variables según la estructura social y familiar.³³

Podemos considerar que si una persona, conforme al campo de la bioética, es competente, aunque fuere incapaz jurídicamente puede estar habilitada para otorgar su consentimiento informado respecto de determinadas prácticas o técnicas médicas, aun en sede notarial, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso y el grado de comprensión del acto.

8. Conclusión

La finalidad del presente trabajo no es dar respuestas concretas a los diversos interrogantes que plantea el tema abordado ni tampoco llegar a una verdad absoluta respecto de dichos cuestionamientos. Por el contrario, pretende incorporar un nuevo desafío al notariado y contribuir al diálogo social, aportando elementos de reflexión que ayuden a encontrar, entre todas las partes, respuestas razonables, prudentes y aceptables que puedan ser aplicables para una amplia mayoría de la sociedad.

9. Bibliografía

AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s. e.].

ABEL I FABRE, Francesc, y otros “Consideraciones sobre el embrión humano”, en *Bioètica & Debat. Tribuna abierta del Institut Borja de Bioètica*, Esplugues (Barcelona), Institut Borja de Bioètica-Universidad Ramon Llull, N° 57, 2009.

32. CIRUZZI, María S., “El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente”, en *Bioética Clínica* [portal web], 2010 (trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética “Bioética y salud pública en el siglo XXI” [Tandil, 2010]).

33. GÓMEZ CÓRDOBA, Ana I., “Dimensiones del consentimiento informado en pediatría”, en *Fascículos CCAP* (Curso Continuo de Actualización en Pediatría), Bogotá, Programa de Educación Continua en Pediatría (Precop)-Sociedad Colombiana de Pediatría, vol. 5, N° 4, 2006, pp. 35-46.

- AIZENBERG, Marisa S., “El tratamiento legal y jurisprudencial de las técnicas de reproducción humana asistida en Argentina” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], año 1, N° 1, 2012, id. SAIJ: DACF120033.
- COSOLA, Sebastián J., [comentario al art. 299], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 688.
- CIRUZZI, María S., “El proceso de toma de decisiones médicas en pediatría. El rol del paciente”, en *Bioética Clínica* [portal web] (trabajo presentado en las XIV Jornadas Argentinas y Latinoamericanas de Bioética “Bioética y salud pública en el siglo XXI” [Tandil, 2010]).
- DE LA TORRE, Natalia y otros, “Aspectos éticos y jurídicos”, en AA. VV., *Recomendaciones y guías para la implementación de un programa integral de técnicas de reproducción humana asistida en el sistema de salud argentino de la Comisión Asesora Técnicas de Reproducción Humana Asistida* [online], Buenos Aires, [s.e.], pp. 17-40.
- GONZÁLEZ, Mariana E., “La filiación biológica o por naturaleza en el Código Civil y Comercial. Las TRHA como una tercera fuente filial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, supl. esp. “Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Familia: Filiación y Responsabilidad Parental”, 20/5/2015, p. 27 (t. 2015-C; cita online AR/DOC/1296/2015).
- GÓMEZ CÓRDOBA, Ana I., “Dimensiones del consentimiento informado en pediatría”, en *Fascículos CCAP (Curso Continuo de Actualización en Pediatría)*, Bogotá, Programa de Educación Continua en Pediatría (Precop)-Sociedad Colombiana de Pediatría, vol. 5, N° 4, 2006, pp. 35-46.
- GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, [comentario al art. 562], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 349.
- [comentario al art. 558], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 2, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 336.
- HERRERA, Marisa, “La lógica del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de familia. Reformar para transformar” [online], en *Infojus-Saij* [Sistema Argentino de Información Jurídica], 29/12/2014, id. SAIJ: DACF140902.
- HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Ampliando el campo del derecho filial en el derecho argentino. Texto y contexto de las técnicas de reproducción humana asistida” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 1, año 1, 2012, id. SAIJ: DACF120032.
- LAMM, Eleonora, “El comienzo de la persona humana en el Código Civil y Comercial” [online], en *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación* [portal web], [s.e.], 2015.

- “El embrión in vitro en el Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial. Aportes para una regulación propia de un Estado laico”, en Graham, Marisa y Herrera, Marisa (dirs.), *Derecho de las familias, infancia y adolescencia. Una mirada crítica y contemporánea* [online], Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], 2014, pp. 413-445.
- LEMBO, María L., “Capacidad para el otorgamiento de directivas médicas anticipadas” (presentado en la XXXI Jornada Notarial Argentina [Córdoba, agosto 2014]), [s.e.], 2014.
- REVIRIEGO, Nicolás, [comentario al art. 19], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 114.
- RIVERA, Julio C., “Derechos y actos personalísimos en el proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista Pensar Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, año 1, N° 0, p. 145.
- SALTZER, Anderson, “Acerca de la regulación de los derechos personalísimos en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial” [online], en *Revista Derecho Privado*, Buenos Aires, Infojus-SAIJ [Sistema Argentino de Información Jurídica - Ministerio de Justicia de la Nación], N° 2, año 1, id. SAIJ: DACF120177.

La fractura del axioma “madre siempre cierta es” frente a la voluntad procreacional*



Horacio Teitelbaum

RESUMEN

El Código Civil y Comercial incorpora una tercera fuente de filiación, generada a partir de las técnicas de fertilización humana asistida. Por su singularidad, claramente distinta de la filiación por naturaleza y filiación por adopción, admite el proceso de gestación por sustitución. Esta constituye una figura jurídica compleja y un método que históricamente ha evolucionado y que es actualmente aceptado socialmente, pero también rechazado por la controversia que suscita. La llave de bóveda de esta alternativa para permitir el acceso a la conformación de familias que de otro modo no podrían procrear radica en la denominada voluntad procreacional de quienes desean ser progenitores, independientemente de quién ha dado a luz sin vocación procreacional. Ante el vacío legal en la materia y hasta la sanción de una ley específica que regule los derechos y obligaciones de los actores que participan en la gestación por sustitución, la expresión en un manifiesto de entendimiento, preferentemente en escritura pública, y acorde con los principios reconocidos por nuestra Carta Magna, los tratados internacionales y la jurisprudencia regional y nacional, neutraliza los conflictos.

Igual que el legislador convierte la apariencia jurídica en realidad con la varita mágica de la buena fe, también podría convertir los anhelos sociales en realidad jurídica y ello con la varita mágica de la comprensión.

Antonio J. VELA SÁNCHEZ.¹

* Basado en “El colapso del dogma ‘*mater semper certa est*’ frente a la voluntad procreacional. Una nueva incumbencia notarial”, trabajo presentado por el autor en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 24-26 agosto 2016) y distinguido por el jurado de la Jornada con un accésit. La presente versión ha sido revisada y actualizada por el autor para su publicación en la *Revista del Notariado*. Asimismo, se han incluido hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

1. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Albolote, Comares, 2012.

Sumario: *Abreviaturas utilizadas. 1. Introducción. 1.1. Panorama legal y perfil de la gestación por sustitución. 1.2. Evolución histórica. 2. La voluntad procreacional y el consentimiento protocolizado. 3. Manifiesto de declaración de voluntad procreacional. Naturaleza jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento médico. Artículo 59. Voluntad procreacional. Artículo 562. 4. Contenido de la expresión de la voluntad procreacional y acuerdo de gestación por sustitución. Consideraciones especiales. 5. Jurisprudencia y estrategias procesales. Diferencia conceptual entre la gestación por sustitución y la adopción. 6. Tensiones. Argumentos. Detractores. Asociaciones ilícitas. Intermediación. Tráfico de menores. 6.1. Objeción de conciencia. 7. Políticas reproductivas. 8. Proyectos legislativos 2016. 9. Epílogo. Rol del notario, nuevos paradigmas y desafíos. 10. Bibliografía.*

Abreviaturas utilizadas

CADH: Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, 22 de noviembre de 1969 - Ley 23054).

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994).

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

CIDN: Convención Internacional de los Derechos del Niño (Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 - Ley 23849).

CN: Constitución Nacional.

CSJN: Corte Suprema de Justicia de la Nación.

GS: gestación por sustitución.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

SAMeR: Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva.

TFHA: técnica de fertilización humana asistida.

TRHA: técnicas de reproducción humana asistida.

RHA: reproducción humana asistida.

VP: Voluntad procreacional.

1. Introducción

Ríos de tinta han corrido sobre esta controvertida y polémica temática. En un afán por evitar reiteraciones, daremos por supuestos algunos aspectos teóricos y partiremos de la base de que la GS reviste una realidad insoslayable que se abre camino muy a pesar de sus detractores y las tensiones que genera. Una simple definición indica que se trata de una TRHA en la cual una mujer –gestante– conviene con otra persona o pareja –comitente o comitentes– en llevar adelante un embarazo de un embrión concebido in vitro, que se entrega una vez nacido a quienes expresaron su intención de ser padres y con el fin de que el o los nacidos tengan solo y exclusivamente vínculo jurídico con los comitentes.

El derecho a constituir una familia y el lícito anhelo de ser padres colisionan con hipótesis de conflictos frente a las cuales el desafío radica en elaborar soluciones que

aporten con imaginación y coraje una chispa de esperanza en un asunto de alta sensibilidad. Afrontar en un contexto cambiante, de constante evolución social, respuestas apropiadas y rápidas nos lleva a instalar el debate para aportar a nuestra profesión una arista humana e innovadora, sin temores y reconociendo las diferencias en función de ser progresivamente un tanto más tolerantes.

Centraremos el análisis en las pautas que consideramos primordiales en la elaboración del convenio por documento notarial para plasmar los derechos y obligaciones de los actores involucrados. Estimamos oportuno pasar revista de manera sintética a ciertos factores y conceptos que apoyan la redacción y asesoramiento legal del acuerdo privado que fusiona la voluntad procreacional con los postulados legales moldeados por la autonomía y libertad de los requirentes. Destacamos que este recurso es posible en el mientras tanto, puesto que es deseable que una normativa específica se dicte para reglamentar los vacíos legales que en forma de abstención pero con integraciones paralelas veremos que admiten la aplicación de la manifestación de la VP y el acuerdo de GS.

1.1. Panorama legal y perfil de la gestación por sustitución

En primer lugar, vale aclarar que el proyecto de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (2012) contemplaba la gestación por sustitución en el artículo 562.² Al eliminarse, quedó, sin embargo, la estructura que articulaba su implementación, con lo cual actualmente lejos de prohibirse se ha optado por una abstención legal y se filtra su aplicación gracias a la integración de otras normas afines. En definitiva, queda todo sujeto a la discrecionalidad judicial.

Partimos de una creación novedosa para nuestra codificación que es la incorporación de una tercera fuente de filiación generada por los avances científicos y que consiste en las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA, arts. 558-593 CCCN). Dicha incorporación se acompaña con preceptos de raigambre de instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN). Recordamos que en nuestra CN quedan consagrados el principio de le-

2. Proyecto de CCCN del Poder Ejecutivo de la Nación (elevado al Congreso Nacional a través del Mensaje 884/2012; en base al anteproyecto elaborado por la comisión de juristas designada por Decreto 191/2011), art. 562: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este código y la ley especial.- La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.- El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que: a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer; b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica; c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos; d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; e) la gestante no ha aportado sus gametos; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos (2) veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un (1) hijo propio.- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

galidad artículo 19, lo que no está prohibido está permitido, el principio de igualdad ante la ley (art. 16), la protección integral de la familia (art. 14 bis), el principio de no discriminación y el derecho a la igualdad (CADH, art. 24), el derecho a fundar una familia, el derecho a la salud que incluye la salud sexual y reproductiva, el derecho a disfrutar del progreso científico, y el derecho a la autodeterminación entre otros. Por otra parte, y en sintonía contextual: la Ley de Matrimonio Igualitario 26618, la Ley de Identidad de Género 26743, la creación del INADI, la Ley 26862 sobre Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-asistenciales de RHA y sobre Coberturas de Obras Sociales en Tratamientos de Fertilización y su reglamentación, el Decreto PEN 956/2013, y la CIDN, todo lo cual robustece la puesta en práctica de la GS.

También es coadyuvante el nuevo paradigma de familia que se resignifica en función de la dinámica social y cultural y que acepta cada vez más diversos tipos de familia. Las uniones de hecho, familias ensambladas, monoparentales, heterosexuales, homosexuales o transexuales, conviven bajo un mismo deseo, que es el de fundar una familia. Por último, la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (tribunal regional jerárquico para nuestro país) se ha ocupado de marcar esta tendencia en casos como “Atala Riffo” “Fornerón” y el sonado “Artavia Murillo”.³

En lo específico, la senadora Laura Gisela Montero ha presentado un proyecto de ley de GS, que consta de veintitrés artículos y recepta gran parte de las fuentes legales, doctrinarias y jurisprudenciales a nivel internacional y nacional.⁴

1.2. Evolución histórica

La irrupción de las TRHA presenta un quiebre histórico al posibilitar la procreación sin sexo. En épocas pasadas se conocieron ejemplos de maternidad subrogada. Tal vez se trate, en realidad, de formas de compensar la infertilidad, estigmatizada antropológicamente como una mala voluntad del destino, o concretar una planificación familiar en búsqueda de la preservación del linaje.

En este sentido, por ejemplo, la solución a la esterilidad en algunos grupos de África hace que se recurra a la hermana fértil para tener descendencia, y en Mali, África oriental, se acepta la práctica de la poliginia por problemas de la mujer y se le permite al hombre tener más de una esposa. La familia hebrea patriarcal admitía recurrir a la adopción ante la imposibilidad de engendrar hijos, la esterilidad era cau-

3. Ver RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad” [online], en *Reproducción*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 30, N° 4, 2015. [N. del E.: ver a continuación datos completos de los fallos citados: a) CIDH, 24/2/2012, “Atala Riffo y niñas v/ Chile - Fondo, reparaciones y costas” {Serie C, N° 239} {ficha técnica, resumen y fallo completo}; b) CIDH, 27/4/2012, “Fornerón e hija v/ Argentina - Fondo, reparaciones y costas” {Serie C, N° 242} {ficha técnica, resumen y fallo completo}; c) CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros {‘Fecundación in vitro’} v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” {Serie C, N° 257} {ficha técnica, resumen y fallo completo}.

4. Expediente S-2574/15. [N. del E.: ver [datos del expediente](#) y [texto original](#)].

sa justificada de divorcio y se aceptaban la poligamia y los harenes reales para asegurar la continuación de las generaciones. Sara, la esposa infértil de Abraham, ofreció su esposo a su esclava Agar y fruto de este acuerdo nació Ismael, origen de todos los árabes, ismaelitas o agarenos. Un tiempo más tarde, Sara milagrosamente dio a luz a Isaac, uno de los eslabones generacionales del pueblo hebreo. Posteriormente, Bilha, sierva de Raquel, segunda esposa de Jacob, nieto de Abraham, le dio dos hijos (Dan y Neftalí), y Zilpa, esclava de Lea, segunda esposa de Jacob, le dio otros hijos. Los hijos eran considerados, para los parámetros de estos períodos, como hijos de profetas y sus esposas legítimas.⁵

Otro renombrado ejemplo de GS en tiempos antiguos es el previsto en el Código Hammurabi. Creado por el rey Hammurabi de Babilonia en 1728 a. C., consagraba la ley del Talión y el principio de presunción de inocencia; prescribía (arts. 144-147⁶) que la mujer infértil que quisiera tener hijos debía darle a su marido una esclava, sin que pudiera este buscarse una concubina, a menos que no pudiera concebirse un hijo varón. Además, las gestantes que tuvieran hijos tenían ciertas garantías y no podían venderse por dinero. Abundan los casos en el Antiguo Egipto en que se recurría a las esclavas o incluso a relaciones incestuosas para paliar la falta de herederos de los faraones.⁷ También parece haber sido un recurso difundido en las antiguas Grecia y Roma.⁸ Leyendas indias incluyen mitos al respecto,⁹ y lo propio se eviden-

5. Ver *Antiguo Testamento*, Gn 16.30. Sara mujer de Abraham, no le había dado hijos, pero tenía una esclava egipcia, de nombre Agar (“Ya ves que Yaveh me ha hecho estéril, llégate, pues a mi esclava, quizás yo obtenga hijos de ella. Tomó Sara, mujer de Abraham, a la egipcia Agar, su esclava y se la dio por mujer a su marido, Abraham. Se llegó él a Agar, que concibió. Agar dio a luz un hijo de Abraham, y este llamo Ismael al hijo que le había dado Agar. Tenía Abraham 86 años cuando Agar le dio a Ismael”). Luego Sara dio a luz a Isaac, hijo primogénito de Abraham. Al ver que no podía dar hijos a Jacob, Raquel tuvo envidia de su hermana y dijo a su marido: “Dame hijos, porque si no me muero”. Ella agregó: “Aquí tienes a mi esclava Bilha. Únete a ella, y que dé a luz sobre mis rodillas. Por medio de ella, también yo voy a tener hijos”. Tuvo a Dan y Neftalí, y finalmente Dios se acordó de Raquel y dio a luz dos hijos José y Benjamín. La tercera madre subrogada de la Biblia fue Zilpa, esclava de la primera esposa de Jacob, Lea (Jacob uno de los patriarcas hebreos, hijo de Isaac y Rebeca cuyo hermano mellizo era Esau), que dio a Jacob cinco hijos: Gad, Aser, Isacar, Zabulón y Dina. También tuvo hijos propios, Rubén, Simeón, Levi, y Judá.

6. Código de Hammurabi (1780 a. C.), art. 144: “Si uno tomó una esposa de a una sacerdotisa y esta esposa dio una esclava a su marido y esta ha tenido hijos, si el marido quiere tomar una nueva esposa más, no se le permitirá y el hombre no podrá tener una mujer más”. Art. 145: “Si uno tomó una esposa de primera categoría y si esta esposa no le dio hijos, y se le propone tomar otra mujer, tomara esta otra mujer, y la llevara a su casa, pero no será igual que la esposa estéril”. Art. 146: “Si uno tomó una esposa de primera categoría y ella dio una esclava a su marido, y si la esclava tuvo hijos, si luego esa esclava es elevada a igual categoría que la patrona por haber tenido hijos, su patrona no la venderá, la marcará y la tendrá entre sus esclavos. Si la esclava no ha tenido hijos, la patrona la venderá por plata”.

7. Amenhotep I, faraón del Reino Nuevo (gobernó en el siglo XVI a. C), no tenía un heredero y tuvo que recurrir a una esposa secundaria para procrear al futuro gran faraón Tutmosis.

8. En las antiguas Grecia y Roma, Plutarco describe el caso de Deyotaro, rey de Galacia, y su esposa estéril, Estratonica, que seleccionó entre las prisioneras a Electra y crió a los hijos de esa unión como los propios “con amor y una generosidad admirable”.

9. Leyendas indias que datan de 599 a. C. indican que, debido a una transferencia embrionaria, nació el 24º tirthankara y último buda jainista, Mahavira (en sánscrito, gran héroe), que es gestado por una mujer que no es su madre para mantener el designio de los dioses de pertenecer a la casta que estaba destinado.

cia en la permisión de las concubinas en China, Corea, Japón y la Europa medieval, donde el tratamiento que se les confiere a los hijos de tales uniones era el de herederos auténticos de sus padres.

A partir de 1920, comienza a utilizarse la inseminación artificial. En 1975, se publica en California, Estados Unidos, el primer anuncio que solicita una mujer para ser inseminada artificialmente. El primer nacimiento in vitro de la humanidad es el de Louise Brown en 1978, en Inglaterra. Ya en 1986, en Estados Unidos, se difunde el conflicto por el nacimiento de *Baby M*¹⁰ entre la madre portante y los comitentes; el marido había aportado su material genético y se había pactado un compromiso de entregar al nacido mediante un contrato por la suma de diez mil dólares. El juez de New Jersey avaló este contrato y entregó la niña al matrimonio, pero luego el Tribunal Supremo declaró la nulidad, aunque mantuvo la tenencia en aras del interés superior de la menor y reconoció a la gestante como madre biológica confiriéndole derecho de visitas.

En la actualidad, la GS se encuentra prohibida expresamente en Alemania, Austria, España, Francia, Italia, Suecia y Suiza, donde se consideran nulos los convenios sobre GS. Es admitida con fines altruistas y con limitaciones en Australia (Australian Capital Territory ACT, Queensland, New South Wales, South Australia Victoria y Western Australia), Brasil, Canadá, Grecia, Israel, México D.F., Nueva Zelanda, el Reino Unido y Sudáfrica. Es admitida ampliamente en Georgia, India (últimamente se restringió a parejas de distinto sexo), Rusia y algunos estados de los Estados Unidos. En el resto de los países no se ha incluido su tratamiento expreso, aunque se practica en razón de un vacío legal o un marco normativo complementario derivado de un esquema y una tendencia favorables para la GS.

2. La voluntad procreacional y el consentimiento protocolizado

Focalizando el análisis en el CCCN, el artículo 560 prescribe que el centro de salud interviniente en las TRHA debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a estos tratamientos. En Libro I “Parte general”, Título I “Persona humana”, Capítulo 3 “Derechos y actos personalísimos”, artículo 59, se alude al consentimiento informado para actos médicos e investigaciones de salud. Este consentimiento radica en una declaración de voluntad expresada por el paciente a posteriori de recibir información clara, precisa y adecuada sobre las TRHA. A su

10. El 27/3/1986, se produjo el nacimiento de *Baby M*. La madre portadora (Mary Whitehead), quien también era la que concedió el óvulo, se negó a entregar la recién nacida al matrimonio Stern. Un informe psiquiátrico determinó que el consentimiento otorgado al momento de suscribir el contrato (por un monto de diez mil dólares) no había sido dado con pleno conocimiento de la situación. El juez de New Jersey entregó la custodia al matrimonio Stern y determinó que el contrato era válido. La madre portadora apeló y el Tribunal Supremo del Estado declaró la nulidad del contrato y mantuvo la tenencia a favor de los Stern, ya que le proporcionaba un hogar con mejores condiciones económicas. Luego de varios años, la Corte reconoció a Mary como madre biológica y se le concedió un derecho de visita.

vez, la Ley 26529 de Derechos del Paciente también exige el mismo procedimiento (arts. 5 y cc.). Cuando el artículo 561 CCCN establece la forma y los requisitos del consentimiento, dispone que el contenido emane de las disposiciones especiales e impone su protocolización ante escribano público o certificación sanitaria del lugar. En el Libro V “Transmisión de derechos por causa de muerte”, artículo 2279, respecto de la capacidad para suceder, el CCCN innova en cuanto a los derechos de los nacidos mediante TRHA luego del fallecimiento del causante, con los requisitos del artículo 561.

En este punto nos preguntamos cuál fue la finalidad de exigir la protocolización (tal vez, la de conservar en un archivo público determinada información) y si consiste en una simple transcripción de los consentimientos técnicos firmados en los centros de fertilización asistida¹¹ o si se requiere una orden judicial que así lo disponga, atento la acepción más pura del término *notarial*.¹² Además, los registros de estado civil y capacidad de las personas, según el artículo 562 CCCN, deben recibir este consentimiento, que se ve asociado a la voluntad procreacional. No obstante, estimamos que el concepto de voluntad procreacional tiene vuelo propio y se inspira en otra causa fuente, la intención de ser padres, que es muy distinta del gélido y obligatorio consentimiento médico que prestan en el centro de salud quienes realizan el tratamiento. En rigor, la voluntad procreacional es la llave de bóveda de todo el sistema de las TRHA. Es ciento por ciento deseo, anhelo, sueños, esperanza y se encuentra a años luz de distancia del –a veces indescifrable– consentimiento médico, cuyos términos profesionales, en general, superan la capacidad de comprensión de los pacientes.

La SAMeR se encuentra modelando los textos de los consentimientos para una adaptarlos a las nuevas realidades sociales que se imponen, contemplando las figuras de mujeres gestantes, ovodonaciones, parejas de igual o distinto sexo o personas solas.¹³ Resulta impensado que los centros de fertilización asistida reciban una completa declaración de voluntad procreacional con los detalles acerca de derechos y obligaciones de la gestante y los comitentes. En consecuencia, la redacción de un documento complementario que plasme esta regulación privada encuentra su forma más adecuada en un convenio celebrado por escritura pública, como pasaremos a desarrollar.¹⁴

11. Algunos Registros de Estado Civil y Capacidad de las Personas aceptan, en lugar de la protocolización, una copia autenticada de los consentimientos firmados en los centros de fertilización.

12. La protocolización pura emana de una orden judicial; aunque por el CCCN ha desaparecido la protocolización judicial de los instrumentos otorgados en el extranjero y la ordenada por el juez de los instrumentos privados (Código de Vélez, arts. 984, 1211 y 3129), el art. 2339 CCCN la menciona para los testamentos ológrafos, y el 302, a requerimiento de parte interesada. La protocolización citada en el art. 562 parece referirse a una transcripción a solicitud de quienes tienen interés legítimo y no a una exigencia judicial que lo ordene.

13. [N. del E.: ver [aquí](#)].

14. Los consentimientos que utilizan los centros de fertilización no contemplan más que datos técnicos y médicos y deslinde de responsabilidad por tratamientos informados y sus riesgos. Si bien responden a las exi-

3. Manifiesto de declaración de voluntad procreacional. Naturaleza jurídica. Artículos 17 y 56. Consentimiento médico. Artículo 59. Voluntad procreacional. Artículo 562

Como lo ha destacado la doctrina, en las TRHA la filiación se determina ya no por el elemento genético o biológico sino por la típica fuente de creación del vínculo paterno filial, que es el elemento volitivo. De ahí que en la parentalidad voluntaria su veta se centra en un plan familiar basado en el deseo de engendrar un hijo, criarlo, asumir la responsabilidad parental y adquirir los derechos y obligaciones que de allí se derivan.

La VP, como acto jurídico con componentes socio-afectivos fundacionales, puede ser manifestada en diversos modos en función de las fuentes de filiación. La gran diferencia entre la fuente de filiación adoptiva y las de TRHA radica en que en la primera hay completa asimetría entre lo biológico y la VP expresada luego del nacimiento. En la tercera fuente filial, consagrada por ley en presencia de las TRHA, puede tratarse de una simetría parcial o total asimetría en función de que los aportes de gametos masculinos y/o femeninos sean propios o donados y más tarde transferidos a una mujer portante del embrión concebido in vitro. No obstante, subrayamos que, en presencia de la VP, nos encontramos en un contexto absolutamente diferente, incluso del de la adopción, y para plasmarla la documentación fiable y expresa juega un rol determinante para justificar el emplazamiento filial.¹⁵

El rasgo fundamental que diferencia la GS de la adopción (la otra fuente legal de filiación, junto a las TRHA y la filiación por naturaleza) es la esencia en que se justifica su existencia: en la adopción, se pretende subsanar la desprotección de un menor de la mejor manera, con la mira en el interés del adoptado; en la GS, se beneficia a los progenitores que buscan tener hijos y por alguna razón no lo logran; el vínculo jurídico de la filiación nace, pues, *ab initio*.¹⁶ Adelantamos también que separar concretamente estas dos fuentes de filiación resulta de insustituible valor para la construcción de la identidad, y así cobra valor el derecho a conocer los orígenes de los nacidos por estas técnicas, máxime en nuestro país, con su historia de hijos nacidos y recuperados durante la dictadura. Por el lado de los hijos de la gestante, es importante que estos entiendan que su madre, que gestó durante nueve meses hijos de otras personas, no ha abandonado a estos a su suerte; y tampoco se trata de confundir a sus propios hijos acerca de tener nuevos hermanos. Asimismo, por el lado de la

gencias de la Ley 26529 de Derechos del Paciente y del art. 59 CCCN, las aristas de índole privada que complementan el proyecto de familia de quienes se someten a las TRHA se documentan optativamente en forma paralela o anterior o posterior antes de la concepción del embrión.

15. HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, a) "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012); b) "La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 8/8/2011 (t. 2011-D, p. 1275; AR/DOC/2487/2011).

16. Ver arts. 563 y 564 CCCN.

descendencia de los progenitores que declararon su VP, es necesario que los nacidos por GS crezcan conociendo cómo fueron concebidos y no se les cree un trauma por asociar su origen con una adopción.

En consecuencia, y resignificando el concepto de los artículos 561 y 562 CCCN —al aludir a los hijos nacidos por las TRHA que son también hijos del hombre o mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre— (igual requisito contenía el [eliminado](#) art. 562, que preveía la gestación por sustitución y agregaba que el consentimiento debía homologarse por autoridad judicial), pensamos que este se refiere no solo a lo médico (art. 59 CCCN, consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud), sino además al consentimiento en cuanto a conformidad y acuerdo de la VP exteriorizada previamente y reiterada cada vez que se intente una TRHA mientras no sea revocada.

La mínima formalidad es receptorlo por escrito y que sea protocolizado. Es aquí donde emerge la punta del iceberg y se desintegra el postulado “madre siempre cierta es” en los supuestos de las TRHA, y germina una nueva incumbencia notarial con un gran contenido de solidaridad social. No se trata de un contradocumento que contradice el consentimiento previo, informado y libre, prestado en el centro de fertilización; tampoco de una revocación parcial del mismo. Es básicamente un complemento, que viene a cubrir la falla operativa de los centros de salud, que no reflejan en ciertas ocasiones el proyecto familiar completo e integral de sus pacientes. Los formularios prediseñados de los centros pueden mencionar en sus textos que las parejas se someten a ciertos tratamientos, pero la realidad puede llegar a ser más compleja y tan íntima que resulta innecesario revelarla, ya que constituye la esfera de los derechos personalísimos. Por ende, aquí se vislumbra la utilidad de receptor la VP y moldearla en función de ciertas pautas consensuadas por los actores de la GS, fundada en la autonomía de la voluntad, la buena fe, la libertad y la plena capacidad de las partes intervinientes.

Agudizando el prisma de investigación, vemos que los contratos, de acuerdo con la definición del CCCN (art. 979), aluden al acto jurídico por el cual se manifiesta el consentimiento y refiere a relaciones jurídicas patrimoniales. En el Título Preliminar, el CCCN (art. 17) establece que los derechos sobre el propio cuerpo no tienen valor comercial sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social, y que solo pueden ser disponibles por su titular si se respeta alguno de estos valores. En congruencia con ello, el CCCN, en el Capítulo 3 “Derecho y actos personalísimos” —referido previamente—, artículo 56, prohíbe los actos de disposición sobre el propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad (el embarazo, por regla natural, no la produce). Contempla también la excepción para la ablación de órganos cuando sean requeridos para el mejoramiento de la salud de las personas.

La OMS ha definido la infertilidad como una “enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas”; y, asimismo, describe que la imposibilidad de procrear por cualquier motivo afecta directamente la salud psíquica,

siendo la restricción al acceso a las TRHA una violación a la misma.¹⁷ En este sentido, no debe olvidarse que una gran cantidad de mujeres disfruta el proceso del embarazo, que produce la anulación y exacerbación de ciertas hormonas, y sienten que se elevan a un estado de éxtasis idílico. Tampoco debe olvidarse que si la gestante actúa en forma altruista al colaborar con los deseos de los futuros padres o madres, esto también la coloca en un lugar de satisfacción por el acto solidario y benéfico que está ejecutando.

A partir de todo lo expuesto, convalidamos nuestra opinión acerca de la naturaleza de la GS, que, si bien directa o indirectamente tiene injerencia patrimonial (se modifican las legítimas hereditarias con los nacimientos), se trata más bien de un convenio especialísimo familiar, un negocio jurídico lícito del derecho de familia,¹⁸ un verdadero manifiesto de entendimiento entre los actores gestantes y comitentes. Proponemos, asimismo, la intervención de un notario con el fin de documentar la VP previa al embarazo, de manera que luego, y en base a la buena redacción y al asesoramiento que surjan de la escritura, la homologación judicial se transforme en un mero y sumarísimo trámite que ordene la inscripción de los nacidos a nombre de los comitentes del proceso de la GS.

Valga como ejemplo la propuesta de la comisión promotora de la iniciativa legislativa popular para la regulación de la maternidad subrogada en la península ibérica, la cual propone el contrato ante notario con carácter previo a cualquier tratamiento de fertilización asistida con determinados requisitos. Se propone que se anexe el justificante de la inscripción de la gestante en un registro especial ante el cual, también antes de la transferencia embrionaria, se deberá presentar el contrato. Se establecen como previsiones mínimas la compensación económica que percibirá la mujer gestante por subrogación, la forma y el modo de percepción, las TRHA que se emplearán, la forma, el modo y los responsables médicos del seguimiento del proceso de gestación y la previsión del lugar del parto, la designación de tutor y los detalles del seguro a favor de la gestante.¹⁹

Otro interesante supuesto es el del [Código Familiar](#) del estado de Sinaloa, México (aprobado por Decreto 742) y su regulación sobre la reproducción humana asistida y la gestación por sustitución (Título Octavo “De la filiación”, Capítulo V). En sus artículos 282 a 297 regula el proceso y la formalización del contrato; el artículo 287 exige que el instrumento de maternidad subrogada sea firmado por la madre y el padre subrogados, la madre gestante, el intérprete, si fuera necesario, el notario y el director de la clínica o centro hospitalario, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado.

17. Ver el [glosario](#) de terminología en técnicas de reproducción asistida, preparado por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la OMS.

18. VELA SÁNCHEZ, Antonio J., ob. cit. (cfr. nota 1).

19. Asociación por la Gestión Subrogada en España, proposición de Ley de Gestación por Subrogación [N. del E.: ver texto completo de la ILP [aquí](#)].

En nuestro país –como ya hemos expuesto–, a raíz de la abstención legal y como consecuencia del contexto normativo favorable hasta alcanzar la sanción de una ley especial, están más que dadas las condiciones para que se formalicen estos protocolos, teniendo en cuenta ciertos requisitos específicos cuya previsión se considera fundamental y que pasaremos a enunciar.

4. Contenido de la expresión de la voluntad procreacional y acuerdo de gestación por sustitución. Consideraciones especiales

Las ventajas que ofrece el documento público notarial lo posicionan como la herramienta más segura para receptar la manifestación de los actores del proceso de GS y allanar la tarea de los magistrados, que, en última instancia, resuelven en base a lo redactado. La plena fe que bautiza todas las declaraciones vertidas ante el escribano goza de una irrefutable verdad impuesta por la ley en cuanto a que fueron pronunciadas. El escribano se encuentra, de por sí, habituado a elaborar su propio juicio acerca de la capacidad de los otorgantes y si detecta algún vicio en la voluntad, como violencia psíquica, explotación o lesión, se abstendrá de intervenir. Por esencia, también su tarea de asesoramiento se incorpora como rasgo típico que lo diferencia de otros funcionarios o profesionales encomendados por ley a dar fe pública. Y, por último, la certeza de la fecha y lugar en que se formaliza el acto jurídico queda, al igual que la documentación, preservada de contingencias externas.

Al no haber un criterio unánime en cuanto a la aceptación del acuerdo de GS, estimamos conveniente separar primeramente la expresión clara, precisa y contundente de la VP (elemento volitivo único y particular en el contexto de las TRHA, y que dará lugar al emplazamiento filial de quien o quienes no aportaron su material genético) de otras cláusulas de la regulación del proceso de gestación. Más allá de que a continuación se redacte el acuerdo de GS con la mujer gestante, hoy el CCCN recepta el principio de integración en su artículo 389. Si el contenido del acto jurídico puede ser fragmentado, la nulidad de una disposición no afecta las otras disposiciones válidas si son separables. El juez debe integrar el acto de acuerdo a su naturaleza y los intereses que razonablemente pueden considerarse perseguidos por las partes. Incluso el consentimiento de la gestante y su capacidad al conferirlo están protegidos por imperio del artículo 388, última parte, ya que no puede invocarse la nulidad relativa por falta de capacidad a sabiendas cuando hay dolo, hoy entendido este último como la producción de un daño con la manifiesta indiferencia por los intereses ajenos (art. 1724 CCCN, última parte).

Cuestión aparte es la relativa a un potencial vicio de lesión que puede irradiarse en ambas direcciones (hacia el gestante o los comitentes) por compensaciones desproporcionadas (art. 332). Dicha posibilidad se descarta a priori en virtud del acuerdo de voluntades y la manifestación recíproca documentada de la evaluación pormenorizada de los motivos contemplados que movilizan a los actores de la GS para

afrontar este proceso. También entendemos prudente, ante la ausencia de legislación y más allá de la existencia de una jurisprudencia que hasta la fecha es orientada hacia una dirección unánime favorable –aunque puede variar–, el relevamiento de responsabilidad y la cláusula de indemnidad en relación con el profesional interviniente (arts. 1719-1720, 1725, 1768).

Una mínima referencia al marco normativo, sobre el que las partes declaran tener conocimiento, parece suavizar y desdramatizar las relaciones jurídicas a que se someten. Además, presenta jurídicamente la GS en su peculiaridad y novedad y pone en evidencia la articulación de normas que la posibilitan, aunque podemos inferir que el artículo 8 CCCN supone el conocimiento del derecho. Es importante reafirmar el marco normativo que subyace a la viabilidad del proceso de la GS: la CN, en sus artículos 14 bis y 19, en cuanto al derecho a formar una familia y las normas concordantes de tratados internacionales sobre derechos humanos (de jerarquía constitucional [art. 75, inc. 22]) que versan sobre los derechos a procrear, a la voluntad procreacional, a la no discriminación, al acceso a las TRHA, y sobre las convenciones sobre protección de los derechos de los menores. Todo ello, en definitiva, apunta y sostiene la estructura de la GS.

El resumen de por qué se resuelve acceder a este proceso, narrado por la gestante y los comitentes-futuros progenitores, y que da pie a la figura clave de la VP, también contribuye a tener un panorama que será valorado por la autoridad judicial. A su vez, también asumen un rol relevante la relación entre los actores en cuanto al conocimiento previo o los lazos de amistad que los vincula y la misión asumida por la gestante de solidariamente contribuir a formar una familia. Otros detalles no menos importantes pesan a la postre en la obtención rápida de los respectivos DNI, en el mejor de los casos sin judicialización alguna: por ejemplo, si es la primera vez o no que la gestante se somete a la GS, si tiene a su vez sus propios hijos, si posee un nivel educativo que hace presumir que no hay aprovechamiento por parte de los comitentes, y, en suma, si se reconoce a efectos de la inscripción registral la copaternidad o paternidad del único o ambos comitentes. Paralelamente, se dejará plasmado qué tipo de fertilización se aplica, aunque surja también del consentimiento médico. A renglón seguido es necesario aclarar el carácter oneroso del acuerdo, que le confiere una característica conmutativa al convenio. Cada una de las partes se obliga de forma que exista responsabilidad por incumplimiento (p. ej., en el caso de la gestante, de interrumpir deliberadamente el embarazo o, en el de los comitentes, de no abonar las compensaciones pactadas).

No somos ajenos a la discusión que existe sobre si se trata de un verdadero altruismo²⁰ o más bien de una compensación económica que tiende a cubrir gastos

20. Ver “Un fallo inédito en Argentina avala un caso de alquiler de vientres en Mendoza” [en diario *Los Andes*, Mendoza, 31/12/2015]: el juez Carlos Neirotti, del Primer Juzgado de Familia, declaró “Hice lugar a todo, reconociendo que quienes manifestaron voluntad procreacional son los padres y considerando que no iba en contra de la moral y los derechos del niño. Incluso, recomendé que, aunque no estuviera demostrado en este caso, debería estar remunerado el servicio de gestación. Porque más que un alquiler de vientre, es pagar la

del proceso de GS y el lucro cesante. Sin embargo, la retribución pactada se da en los límites de no producir un enriquecimiento desmesurado de la gestante ni una explotación o lesión subjetiva de la misma; es más, de hecho, este frágil equilibrio será evaluado si la justicia lo estima pertinente.

Si la gestante es casada o se encuentra en pareja de hecho, será prudente recabar también el consentimiento del cónyuge o conviviente o pareja (arts. 575 y 585 CCCN). Partimos de la libertad que cada uno tiene para contratar o reglar sus derechos. Por ende, dada la especial tónica del protocolo o manifiesto de entendimiento en el marco de las TRHA y la finalidad de enfrentar la infertilidad de los comitentes, aunque no se preste esa conformidad de la pareja de la gestante, opinamos que no se afectan los compromisos conyugales de fidelidad, convivencia y contribución en los gastos del hogar (art. 431 CCCN).

La entrega inmediata del nacido se pacta salvo indicación médica y será objeto de arreglo un régimen de comunicación o su ausencia respecto de la gestante y los nacidos.

Dadas sus características, el acuerdo se suscribe de forma irrevocable, de manera que los progenitores, si no asumen la paternidad, estarán incurso en el delito de abandono de personas, y si la gestante no quiere entregar al nacido o existe de los comitentes de recibirlo, entra en funcionamiento el Estado como garante y protector del derecho de los menores. Ante la reclamación de la filiación del nacido por la gestante, los comitentes progenitores también podrán iniciar acciones legales de impugnación de la maternidad por falta de posesión de estado. Se sugiere que se exprese que los comitentes aceptan que se harán cargo de su responsabilidad parental ante la posible discapacidad física o psíquica del nacido y que la gestante asume el riesgo y las consecuencias del embarazo y del parto.

La contratación de un seguro de vida y obra social parecen ser una justa contemplación para el bienestar de la gestante.

Complementariamente, y sin agotar la enumeración –que casuísticamente puede ser muy amplia–, se puede considerar: la designación de un tutor por eventualidad de muerte de los futuros progenitores, supuestos de crisis familiar o ruptura de los comitentes (el juez determinará el derecho de comunicación según lo que sea más conveniente para los menores, más allá de quién haya aportado el material genético, lo cual no deberá producir preferencia alguna en virtud de la naturaleza de la GS y la VP), el suministro de leche humana a los nacidos sin contacto físico durante un lapso estipulado para evitar el apego, el pago de las compensaciones en caso de nacimientos prematuros o interrupción de embarazo, el mantenimiento del pago de la obra social luego del parto por un periodo, etc.

prestación. Actualmente no figura esto, pero sí están previstos los gastos normales de la persona que queda embarazada, los honorarios que recibe la clínica por la práctica y los de los abogados. Incluso la pareja recibe el chico, entonces, ¿por qué la mujer gestante no recibiría nada? Aunque esté previsto que no se lucre, no lo encuentro reñido con la moral". [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

5. Jurisprudencia y estrategias procesales.

Diferencia conceptual entre la gestación por sustitución y la adopción

En el plano internacional y nacional, encontramos precedentes que anticipan una tendencia favorable al entorno de las TRHA y la GS. Algunas decisiones produjeron impacto mediático y fueron dadas a conocer por la trascendencia que se supone implican. Señalamos, de todas formas, que no todos los casos se judicializan y un gran número se invisibiliza bajo la figura de la adopción, por decisión de los magistrados o de sus progenitores. Ya comentamos la confusión que puede producir en los nacidos y los hijos o familia de la gestante el considerar que un menor fue dado en adopción para satisfacer sus necesidades afectivas y materiales no brindadas por su familia de origen, cuando en realidad en las TRHA justamente el respeto por el derecho a la identidad tiene como fuente de origen una situación muy distinta.

Remarcamos una vez más e insistimos sobre la diferencia conceptual: la adopción y las TRHA constituyen dos fuentes distintas de filiación; la gestante no es madre ni los nacidos son hermanos de los hijos de una mujer que en forma altruista y solidaria ayudó a conformar una familia. Pretender emplazar a los nacidos bajo esta mentira es exponerlos a que puedan incluso solicitar una revocación de su adopción (arts. 629 y 633 CCCN). No hay desamparo, abandono o situación de necesidad de los nacidos, tampoco hay una adopción de integración respecto del copadre o comadre que no aportó su material genético. Es tan simple como que existió una voluntad procreacional de traer descendencia familiar al mundo y comprometerse en términos de un proyecto de vida.

En primer lugar, y atento a que la GS viene de la mano del acceso a los avances científicos de la fertilización artificial, la CIDH, en “Artavia Murillo”,²¹ consagró como parte de los derechos humanos el derecho a la vida privada y familiar, la integridad personal en relación con la autonomía personal, la salud sexual y reproductiva, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación. La Corte prescribe que el Estado debe adoptar con la mayor celeridad posible el uso de prácticas de fertilización in vitro (FIV), regular su implementación, incluir programas en su atención de salud, cursos de educación y capacitación, y garantizar los derechos reproductivos y la no discriminación.

Otro referente es el caso “Fornerón”,²² en el cual la CIDH se pronunció sobre un concepto amplio de familia, puesto que la CADH concibe que aun las familias monoparentales pueden brindar cuidado, sustento y amor a los menores, más allá de una figura materna o paterna, todo lo cual no obsta el bienestar necesario y el desarrollo de niños y niñas. Asimismo, la CIDH amplió la idea que antecede en “Atala Riffo” y

21. CIDH, 28/11/2012, “Artavia Murillo y otros (‘Fecundación in vitro’) v/ Costa Rica - Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas” (Serie C, N° 257 [N. del E.: [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).

22. CIDH, 27/4/2012, “Fornerón e hija v/ Argentina - Fondo, reparaciones y costas” (Serie C, N° 242 [N. del E.: ver [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).

sostuvo que asumir en base a presunciones y estereotipos la capacidad e idoneidad parental en la crianza de los menores no es apropiado para asegurar el interés superior del niño.²³

En nuestro país, de los quince casos sobre GS sometidos a la justicia, la totalidad obtuvo sentencia favorable; en la gran mayoría, las gestantes son mujeres vinculadas al entorno intrafamiliar (abuelas, hermanas, cuñadas, primas); y en los restantes casos, las portadoras son conocidas de las parejas comitentes. Los argumentos que se esgrimen consisten en invocar los ejes que venimos desarrollando: marco jurídico supranacional, VP, filiación por TRHA, derechos personalísimos a la identidad y a conocer los orígenes, autonomía de la voluntad, derecho a fundar una familia, no discriminación, derecho a la dignidad, derecho de inscripción de nacimiento urgente y el interés superior de los nacidos.²⁴ De hecho, visto desde el prisma de los comitentes, doce de los fallos tratan sobre parejas de diverso sexo y solo dos tratan sobre

23. CIDH, 24/2/2012, “Atala Riffo y niñas v/ Chile - Fondo, reparaciones y costas” (Serie C, N° 239 [N. del E.: ver [ficha técnica](#), [resumen](#) y [fallo completo](#)]).

24. a) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 86 de la Capital Federal, 18/6/2013, “N. N. o D. G., M. B. M. s/ Inscripción de nacimiento” (*La Ley*, 1/7/2013, t. 2013-D, p. 195; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2013, p. 39, y noviembre 2013, p. 87; *La Ley*, 11/11/2013, t. 2013-F, p. 182; cita online AR/JUR/23081/2013 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

b) Juzg. de Familia de Gualeguay, 19/11/2013, “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ Ordinario” (*La Ley Litoral*, abril 2014, p. 324; cita online AR/JUR/89976/2013).

c) Trib. Colegiado de Familia N° 7 de Rosario, 2/12/2014, “XXX s/ Maternidad por sustitución” (*Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 237; cita online AR/JUR/90178/2014).

d) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 102 de la Capital Federal, 18/5/2015, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/ Impugnación de maternidad” (*La Ley*, 25/6/2015, t. 2015-C, p. 522; *Revista Código Civil y Comercial*, julio 2015, p. 91 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

e) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 86 de la Capital Federal, 25/6/2015, “N. N. O. s/ Inscripción de nacimiento” (*Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 218, y febrero 2016, p. 218; cita online AR/JUR/24326/2015 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

f) Juzg. de Familia N° 1 de Mendoza, 29/7/2015, “A. C. G. y otro s/ Medida autosatisfactiva” (*El Derecho*, t. 264, p. 409; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, diciembre 2015, p. 197; cita online AR/JUR/28597/2015 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

g) Juzg. de Familia N° 1 de Mendoza, 15/12/2015, “C. M. E. y J. R. M. s/ Inscripción nacimiento” (cita online AR/JUR/58729/2015).

h) Juzg. de Familia N° 9 de Bariloche, 29/12/2015 (cita online AR/JUR/78613/2015).

i) Juzg. de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/12/2015, “H., M. y otro s/ Medidas precautorias” (*La Ley*, 2/5/2016, t. 2016-C, p. 89; cita online AR/JUR/78614/2015; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, junio 2016, p. 131; *Revista Código Civil y Comercial*, mayo 2016, p. 147); declara la inconstitucionalidad del art. 562.

j) Trib. Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, 27/5/2016, “S. G. G. y otros s/ Filiación” (*La Ley Litoral*, agosto 2016, p. 2; *Revista Derecho de Familia y de las Personas*, octubre 2016, p. 57; *Revista Código Civil y Comercial*, noviembre 2016, p. 113; cita online AR/JUR/37971/2016); la jueza Vittori autorizó de manera previa al embarazo la implantación de embriones desarrollados en el útero de una mujer para que dé a luz a los hijos de una pareja estéril, destacando la resolución de la CIDH que pone de resalto el derecho a fundar una familia.

k) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 7 de la Capital Federal, 15/6/2016 (inédito).

l) Juzg. Nac. 1ª Inst. Civil N° 4 de la Capital Federal, 30/6/2016 (sentencia no firme).

m) Juzg. de Familia N° 2 de Moreno, 4/7/2016, “S. P., B. B. c/ S. P., R. F. s/ Materia a categorizar” (*La Ley Online*, AR/JUR/42506/2016).

n) Juzg. Nac. 1ª inst. Civil N° 8 de la Capital Federal, 20/9/2016 (inédito).

o) Juzg. de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, 30/11/2016, Exp. N° LZ-52635-2016, “B. J. D. y otros s/ Materia a categorizar (277)” (inédito [N. del E.: ver [aquí](#) {proporcionado por el autor}]).

comitentes homoparentales varones o parejas de la diversidad.²⁵ En la mayoría de los casos, se utilizó material genético de comitentes en parejas homosexuales o se utilizaron donaciones anónimas de óvulos por tratarse de esterilidad médica o estructural (copadres varones). Es de destacar que en tres oportunidades se ha declarado la inconstitucionalidad del artículo 562 como última alternativa.²⁶

Con respecto a las estrategias procesales utilizadas para reclamar la filiación, se ha recurrido, en forma previa al nacimiento o con la gestación en curso, a una acción declarativa de certeza, información sumaria o declarativa de filiación y también al recurso de amparo para obtener la inscripción de los nacimientos en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas sin judicialización sino por vía administrativa y presentando el consentimiento por vía protocolizada en forma extendida, más allá de lo firmado en la clínica de fertilización. Todas estas herramientas procesales son posibles en virtud del artículo 19 CCCN, que postula la concepción como el comienzo de la existencia de la persona humana, y los artículos 1710 y 1711, sobre el deber de prevención del daño y acción preventiva. También, ocurrido el nacimiento, se han articulado medidas autosatisfactivas urgentes²⁷ e impugnaciones de la maternidad.

Además, es razonable considerar los recursos de apelación ante sentencias desfavorables, los recursos extraordinarios ante la CSJN y ante la CIDH, incluso las decisiones favorables pero recurridas por fiscales de Cámara o por el propio defensor de menores. Este último baluarte, cuya legitimación se articula en forma principal cuando los derechos de los representados están comprometidos (art. 103 CCCN), se ocupa de la protección del interés superior de los recién nacidos. Un aspecto primordial es el derecho a la inscripción urgente de sus partidas de nacimiento y la obtención de sus documentos de identidad (arts. 7 y 8 CIDN) y el acceso a la salud y a las prestaciones médicas de las obras sociales. En suma, toda dilación injustificada que exceda la protección de los menores y se pierda en laberintos de cuestiones jurídicas abstractas que vulneran el concreto derecho de los menores constituye denegación de justicia; es, por lo menos, perjudicial y el Estado, como mínimo, debería abstenerse de intervenir o poner obstáculos dilatorios.²⁸

25. Cfr. nota 24: j) y l).

26. Cfr. nota 24: i), l) [recurso extraordinario concedido] y o).

27. La medida autosatisfactiva consiste en un requerimiento urgente, peticionado para lograr un despacho favorable en forma inmediata e impostergradable por peligro en la demora. Se despacha *in extremis* y enfrenta una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. No depende de la interposición simultánea o posterior de una pretensión principal. Debe tratarse de una situación de urgencia, infrecuente y de fuerte probabilidad que se cause un perjuicio grave o lo incremente. Exige un pronunciamiento judicial concomitante, inmediato y actual.

28. HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, "Regulación de la gestación por sustitución", en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012). A propósito de la gestación social, las autoras expresan: "en los supuestos de matrimonios o parejas compuestas por dos hombres o en los casos de hombres solos, atento a que, por razones biológicas, tienen incapacidad de concebir y gestar [...] la gestación por sustitución representa la única opción de tener un hijo genéticamente propio; los

Afortunadamente, celebramos la tendencia jurisprudencial positiva que avanza fuertemente, derribando prejuicios y estructuras intolerantes, aunque también insistimos con que la falta de legislación produce incertidumbre, ante la cual el Ministerio Público, los defensores de menores, los fiscales y los jueces pueden oponerse y generar un derrotero recursivo desgastante que en última instancia culminará con la aprobación de una realidad imparable.

6. Tensiones. Argumentos. Detractores. Asociaciones ilícitas. Intermediación. Tráfico de menores

Pasaremos revista a algunos de los argumentos en contra, sin citar –no por menos importantes– los relativos a la religión:

- Los convenios de GS son nulos de nulidad absoluta, atentan contra la dignidad de la persona, son inmorales y de objeto ilícito, son contrarios a las buenas costumbres, recaen sobre cosas que no están en el comercio.
- La onerosidad del convenio es sinónimo de explotación de la parte más débil, la gestante; además, el nacido tiene derecho a nacer en una familia en donde la madre sea quien lo gestó.
- Se produce una cosificación de la mujer portadora y se crea un clima proclive al mercado negro de alquiler de vientres; no se conocen las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y a largo plazo pueden provocar estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas.
- Se incentiva un turismo reproductivo propicio para el tráfico de menores y asociaciones ilícitas intermediarias que especulan y lucran con la desesperación de quienes tienen el deseo de ser padres.

Confiamos haber neutralizado en líneas anteriores algunos de los postulados citados, con fundamentos jurídicos. Agregamos aquí, con respeto por las diferentes opiniones y discrepancias, que se debe abrir en este difícil y complejo tema un canal de debate para superar el abismo de la intolerancia. Por sobre todo –y no es una “frase hecha”–, está el interés superior del niño, reconocido inclusive por los más acérrimos detractores.

Los nacidos en este contexto no existirían si no se hubiera soñado que era posible, aun con lo que implican los obstáculos legales, económicos, psicosociales y fácticos. La dignidad del nacido no se vulnera porque sea criado, mantenido y educado por alguien que no lo gestó. Muchos menores son abandonados no físicamente pero sí afectivamente por sus padres biológicos y excelentemente formados integralmente por sus parientes, tíos, tías, padrinos, madrinas, vecinos, abuelos, etc.

principios de libertad, igualdad y no discriminación, especialmente después de la sanción de la ley 26618, conducen, pues, a la autorización de la práctica...”.

Respecto de la cosificación de la mujer y la degradación del nacido, todavía no hay estudios que revelen daños colaterales, pero sí se ha confirmado que la estabilidad emocional de los niños depende de la historia previa, la personalidad de quienes lo crían, lo protegen y le brindan afecto y amor para su desarrollo. Justamente por tal motivo, en todas las decisiones judiciales, el Ministerio Público de Menores comprueba con asistentes sociales las condiciones de los hogares en que se proyecta la vida familiar. El argumento moral supera la extensión de este ensayo, por lo que nos limitamos a recordar que la libertad de las personas en cuanto a no producir daño demostrable pone al Estado en una posición abstencionista, posibilitando la autonomía de la voluntad.

La prohibición de la GS –de legislarse– generaría, paradójicamente, un mercado negro y clandestino, mafias intermediarias y un turismo reproductivo solo accesible para los más pudientes. Este panorama también es factible en la etapa del vacío legal de la GS; por tal razón, es preferible reglamentar y legislar para controlar y evitar las prácticas abusivas y maliciosas.

Por último, respecto de las gestantes que optan voluntariamente por colaborar en las conformaciones de familias, antes de suponer que son explotadas por situaciones vulnerables, se debería apartar este prejuicio, por ser discriminatorio y subestimar la capacidad de decisión de las mujeres.

6.1. Objeción de conciencia

Destacamos que los profesionales, médicos, letrados, notarios que se oponen axiomáticamente a la GS y a las TRHA encuentran justificación en la teoría de la objeción de conciencia. Expuesto de manera simple, este derecho consiste en no ser obligado a realizar acciones contra sus propias convicciones. La libertad de conciencia se opone a los principios morales o religiosos; en definitiva, se rechaza algo externo por una razón íntima, personal. Legalmente se evalúa si el sujeto se encuentra eximido del cumplimiento de las normas legales por resultar un imperativo contrario a las propias convicciones. ¿Es lícito que un juez, un médico o un profesional del derecho se excusen de intervenir en un proceso de GS alegando objeción de conciencia?

La CN garantiza la libertad de culto y de conciencia y establece que las acciones privadas de los hombres que no perjudiquen a terceros (arts. 14 y 19) pertenecen al fuero íntimo de las personas. En este sentido, cabe destacar los seis criterios elaborados por la CSJN respecto del servicio militar obligatorio en “Portillo”:²⁹ no subordinación a meras consideraciones de conveniencia, debe tratarse de convicciones éticas, debe ser sincera, merece tutela aunque sea minoritaria, no debe contradecir

29. CSJN, 18/4/1989, “Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 Ley 17531” (*Fallos*, t. 312, pp. 496-526 [N. del E.: ver [aquí](#)]).

otro derecho, y, en lo posible, debe conciliar el respeto de los deberes legales con las convicciones del objetor. Sin embargo, en el plano de la prestación de servicios de salud sexual y reproductiva, rigen otros parámetros. La objeción de conciencia puede generar un obstáculo o complicar decisiones personales y resulta, a veces, indirectamente discriminatoria para grupos que padecen la llamada “infertilidad estructural”. Por ende, con respecto a esta franja social vulnerable, la negativa a brindarle atención resulta incompatible con los principios constitucionales que acogen el derecho a la salud, a la no discriminación por razones de sexo o clase social y atenta para que se les impongan a terceros creencias religiosas o éticas. Varias provincias reconocen estas situaciones conflictivas y eximen a los objetores con la condición de la obligación de derivarlos en forma urgente.³⁰

En suma, los límites para los objetores que intervienen en las GS pueden resumirse en: los riesgos que las asociaciones o profesionales pueden producir en los requirentes; el impacto discriminatorio en función de la erosión de la confianza (art. 1725 CCCN);³¹ la objeción no puede encubrir un intento de disimular una concepción ética o religiosa; la objeción debe ser genuina y sincera y no promovida por el interés en alivianar carga de trabajo o vulnerar derechos básicos de los actores de la GS. En pocas palabras, debe existir un equilibrio entre el derecho a la objeción de conciencia y la conciencia de los requirentes, que es también digna de protección.

30. La objeción de conciencia en el plano de la salud sexual y reproductiva afecta derechos personalísimos no solo de las mujeres sino de aquellos que acuden a las técnicas de fertilización y no son atendidos por discriminación. Las leyes 25673 y la 26130 reconocen y regulan el derecho a la objeción, obligando a disponer los reemplazos necesarios de manera inmediata. No obstante, la Ley 26150 de Educación Sexual Integral, que crea el Programa Nacional de Educación Sexual Integral en el Ministerio de Educación de la Nación, no prevé la objeción. Varias provincias han legislado sobre la regulación de la objeción en el marco de la salud sexual y la procreación responsable:

Provincia de Buenos Aires: por Ley 13066 prevé el respeto por los objetores, y el Ministerio de Salud prescribe la declaración del objetor con suficiente antelación para permitir el reemplazo y garantizar las prestaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva.

Mendoza: la Ley 7456 de Contracepción Quirúrgica prescribe en su art. 5 que “se respetará la objeción de conciencia de los profesionales y ante esta situación, los servicios de la red de asistencia estatal provincial proveerán los medios para la realización de todo el proceso de las prácticas médicas enunciadas en el artículo 1”.

Neuquén y Salta: reconocen en sus normativas la objeción de conciencia sin grandes detalles.

Santa Fe: Ley 11888.

San Luis: Decreto 129/2003.

Chaco: Ley 5409. [N. del E.: acceder desde [aquí](#)].

CABA: la Ley 1044 recepta la objeción de conciencia con distintos requisitos y modalidades.

Ver ALEGRE, Marcelo, “Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva” [online], en [despenalizacion.org.ar](#), Buenos Aires, CEDES-FEIM, hoja informativa N° 10, 2009.

31. Art. 1725 CCCN: “Valoración de la conducta. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias. Cuando existe una confianza especial, se debe tener en cuenta la naturaleza del acto y las condiciones particulares de las partes. Para valorar la conducta no se toma en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes. En estos casos, se estima el grado de responsabilidad, por la condición especial del agente”.

7. Políticas reproductivas

Markens,³² estudiosa de la materia en los Estados Unidos, compara la evolución de las respuestas legislativas sobre la GS en dos zonas de su país, California y Nueva York. Estos estados representan la riqueza y la diversidad cultural y social, aunque tienen frente a la misma problemática social distintos enfoques legales. La autora concluye que una posible explicación radica en la influencia de los respectivos contextos legislativos y las culturas políticas preexistentes. Por medio de la comparación, se pone de relieve que las tendencias institucionales se acomodan a factores internos y externos religiosos, migratorios y de políticas de tasas de natalidad y demográficas. La familia como valor tradicional, cuyo ideal es repetidamente el foco de ansiedad y conflicto social, es también puesta en jaque por tasas de infertilidad crecientes, leyes de aborto restrictivas según los estados y una constante difusión mediática fluctuante y ambigua respecto de la GS.

Apreciaciones similares pueden aplicarse fácilmente a nuestro país, al encontrarse en la actualidad distintos proyectos de ley, entre los que se destaca el de la senadora Montero. Sus brillantes fundamentos resumen la evolución de la GS desde el ángulo doctrinario y jurisprudencial a nivel internacional y nacional. En sus completos veintitrés artículos, divididos en títulos sobre disposiciones comunes, requisitos de las partes, autorización judicial, equipos multidisciplinarios, homologación del acuerdo, registro de gestantes, efectos de la resolución judicial, derecho a conocer, efectos de la falta de autorización judicial y las incorporaciones al Código Penal, se aprecia un detallado marco normativo que ubica a la GS en un nivel integral y cuidado respecto de todos los agentes intervinientes.³³

8. Proyectos legislativos 2016

El tema de la GS despierta una vez más un interés social y periodístico y se instala en la agenda parlamentaria como una necesidad de regular un proceso de cambio en las conformaciones familiares cada vez más aceptada, ya sea a nivel homoparental o de una persona sola o parejas infértiles. En este sentido, recientemente, el 30 de agosto del 2016, se presentaron dos propuestas legislativas sobre GS en la Cámara de Diputados de la Nación: a) 5700-D-2016³⁴ y b) 5759 D-2016³⁵, avalados por la Federación

32. MARKENS, Susan, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.

33. Expediente S-2574/15. [N. del E.: ver [datos del expediente](#) y [texto original](#)].

34. Proyecto de ley 5700-D-2016; firmantes: Araceli Ferreyra, Silvia Horne, Leonardo Grosso, Remo Carlotto, Lucila de Ponti. [N. del E.: ver [texto completo](#) y [datos del expediente](#)].

35. Proyecto de ley 5759-D-2016; firmantes: Analía Rach Quiroga, Juliana Di Tullio, Sandra Mendoza, Analuz Carol, Verónica Mercado, Luana Volnovich, Guillermo Carmona, Juan Pedrini, Luis Basterra, Inés Lotto, Gabriela Estevez. [N. del E.: ver [texto completo](#) y [datos del expediente](#)].

Argentina Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y por la Comisión Asesora en Técnicas de Reproducción Humana Asistida (organismo compuesto por la SA-MeR, Concebir ONG, Sumate a Dar Vida ONG, Abrazo por dar vida ONG, 100% Diversidad y Derechos ONG).

Los proyectos presentan algunas diferencias significativas:

- a) El proyecto 5700 centra su finalidad en una GS de carácter solidario (gestación solidaria), una TRHA que consiste en el compromiso que asume una gestante de llevar a cabo la gestación a favor de una persona o pareja (comitentes) sin que se produzca vínculo de filiación. Se formaliza mediante un instrumento, documento legal suscripto con el centro médico autorizado y posteriormente protocolizado ante escribano o autoridad sanitaria. Este acuerdo se asimila al consentimiento previo, informado y libre de las partes para someterse a las TRHA y es constitutivo e indispensable para reconocer la GS. La gestante, entre otros requisitos, debe tener como máximo treinta y cinco años de edad al momento de suscribir el instrumento, y el contacto con el o los nacidos debe concluir, salvo pacto en contrario, al momento del nacimiento. Se propone modificar el artículo 562 CCCN, que hemos mencionado y que presenta un escollo para la filiación en la GS. Contempla una cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, medicamentos y diagnóstico, ropa y transporte en el procedimiento de gestación solidaria, y propugna un trato igualitario sin distinción de orientación sexual, identidad de género o condición social de los actores gestantes y comitentes. Prevé que durante las primeras catorce semanas de gestación el/los comitentes podrán decidir la interrupción voluntaria del embarazo que cursa la gestante.
- b) El proyecto 5759 plantea un proceso judicial previo que condiciona el inicio de la GS. Está dividido en etapas y se realiza con la intervención de un equipo interdisciplinario que se expide a favor o no de la autorización solicitada. Se exige una relación afectiva previa entre los comitentes y la gestante. Se remarca el aspecto no lucrativo de la GS. No hay límite de edad de la gestante, pero sí un examen de aptitud psíquica y física; se le exige además haber concebido un hijo, no aportar sus propios gametos, tener una residencia ininterrumpida en el país de al menos cinco años y no haber participado en más de dos GS. Por el lado de los comitentes, se requiere que al menos uno aporte sus gametos, salvo razones médicas. El acceso a la GS es subsidiario; no se puede acceder sino por razones de infertilidad médica o estructural. Se obliga a contratar un seguro médico a favor de la gestante, la filiación se predetermina en la sentencia que autoriza la GS, se regula la compensación económica de la gestante, se incorpora como figura penal punible la intermediación que ignore la autorización judicial, y se incluye un registro de gestantes.

9. Epílogo. Rol del notario, nuevos paradigmas y desafíos

Las necesidades de adaptación y de desestigmatizar la GS –sin negar la divulgación de sus avatares– nos posicionan ante un horizonte más despejado. Si aceptamos que una cuestión socialmente conflictiva se va instalando progresivamente como una realidad ineludible, mejor que resistirla es darle cabida y encauzarla para evitar su clandestinidad.

Hemos expuesto los límites y las razones por las que pensamos que el notariado está a la altura para ofrecer su valor agregado y colaborar en la creación de familias, a la vez que en ser contralor en el proceso de la GS y la expresión de la VP.

Quien esté dispuesto a colaborar en la concreción de anhelos y deseos de personas que buscan ser padres y no pueden lograrlo sin recurrir a estas técnicas y acuerdos tiene argumentos jurídicos e ideas más que suficientes para cumplirlo. Cada cual tendrá sus principios y valores; solo nos preguntamos e invitamos a la reflexión de por qué se permite la donación de espermatozoides y de óvulos, la adopción de personas solas, el matrimonio igualitario, el reconocimiento de la identidad autopercibida de género, y se observa con desconfianza recurrir a la gestación por sustitución por infertilidad o la donación de la capacidad de gestar como respuesta a la cristalización de proyectos de familia en el sentido más amplio del término. Un niño deseado y amado tiene potencialmente mejores recursos emocionales para progresar en la vida y ser útil a la sociedad. La ilusión y los proyectos parentales para la constitución de una familia son parte de los derechos humanos.

En definitiva, nos preguntamos –citando a Calderón de la Barca en *La vida es sueño*–:

¿Qué es la vida? Un frenesí.
¿Qué es la vida? Una ilusión,
una sombra, una ficción,
y el mayor bien es pequeño;
que toda la vida es sueño,
y los sueños, sueños son.

10. Bibliografía

ALEGRE, Marcelo, “Objeción de conciencia y salud sexual y reproductiva” [online], en despenalizacion.org.ar, Buenos Aires, CEDES-FEIM, hoja informativa N° 10, 2009.

CURTI, Patricio y otros, (conferencias y exposiciones en las Jornadas “Desafíos contemporáneos de las técnicas de reproducción asistida”, organizadas por la Universidad de Palermo [Buenos Aires, 8 y 9 marzo 2016]).

- DAWKINS, Richard, *El gen egoísta. Las bases biológicas de nuestra conducta*, Barcelona, Salvat, 1993.
- HERRERA, Marisa, KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y LAMM, Eleonora, “Regulación de la gestación por sustitución”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/9/2012 (t. 2012-E, p. 960; AR/DOC/4747/2012).
- “La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 8/8/2011 (t. 2011-D, p. 1275; AR/DOC/2487/2011).
- “Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 20/9/2010 (t. 2010-E, p. 977; AR/DOC/6229/2010).
- HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, “¿Esconder o enfrentar? Otro argumento a favor de la regulación de la gestación por sustitución” [online], en *microjuris.com. Inteligencia jurídica*, 19/9/2012, MJ-DOC-5971-AR | MJD5971.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho” [online], en *In-Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, Universitat Pompeu Fabra, N° 3/2012.
- MARKENS, Susan, *Surrogate motherhood and the politics of reproduction*, Berkeley, University of California Press, 2007.
- RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, “La regulación de las técnicas de reproducción humana asistida en la actualidad” [online], en *Reproducción*, Buenos Aires, Sociedad Argentina de Medicina Reproductiva, vol. 30, N° 4, 2015.
- TEITELBAUM, Horacio, “Gestación por sustitución. Abstención legal y ambigüedades constructivas” (trabajo presentado en las XXXIX Jornadas Notariales Bonaerenses [Mar del Plata, 2016], reconocido con el Cuarto Premio), en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 978, 2014, pp. 849-862.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J., *La maternidad subrogada. Estudio ante un reto normativo*, Albolote, Comares, 2012.

Falta de firma. Propiedad horizontal. Teoría de la apariencia

Dictamen elaborado por el escribano **Ezequiel Cabuli**, aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 10/11/2016.
Expediente: 16-01806-16.*

Sumario: **1.** Doctrina. **2.** Hechos. **3.** Planteo de la cuestión. **3.1.** Derecho aplicable. **3.2.** La falta de firmas en las escrituras públicas. **3.3.** El valor social de la función notarial. **3.4.** Criterios preliminares. La evolución del derecho. **3.5.** Análisis del caso particular. **3.6.** La interpretación regular de los derechos. **3.7.** La teoría de la apariencia jurídica. **3.8.** Análisis de la teoría de la apariencia al caso particular. **3.9.** Jurisprudencia. La aceptación de la teoría de la apariencia para casos particulares. **4.** Conclusión. **5.** Bibliografía.

1. Doctrina

- *Es inobjetable entender que el estado de propiedad horizontal no nace ni puede nacer por el mero transcurso del tiempo sin cumplir con la forma requerida por la ley (escritura pública). La aplicación de la teoría de la apariencia no pretende inventar ni crear derechos donde no existen, ni por el transcurso del tiempo, ni por la falta deliberada de forma, pero, ante una situación particular, consideramos razonable, acorde una creencia de existencia consolidada y buena fe, la aplicación de tales principios, conforme a una interpretación regular que impone una situación jurídica especial.*
- *La teoría de la apariencia basada en el error común e invencible tiene acogida en nuestra legislación en casos de excepción y no fuera de tales supuestos. La regla consiste en amparar por equidad al aparente titular del derecho. El efecto jurídico que provoca esta interpretación entre las partes es que la invalidez del acto queda saneada por la apariencia, produciendo inoponibilidad a terceros mediante la pérdida o limitación de acciones tendientes a destruir el acto.*
- *El abuso del derecho del artículo 1071 del Código Civil implica que las personas no pueden hacer uso abusivo de una prerrogativa jurídica. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y considera tal al que contraríe los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos y al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Es importante destacar que el instituto*

* Se han agregado hipervínculos especialmente para su publicación en la *Revista del Notariado*, con el fin de ofrecer una lectura más completa del dictamen.

del abuso del derecho implica no solamente el ejercicio regular de un derecho, sino también, y como consecuencia ineludible, una interpretación regular del mismo y de acuerdo a la finalidad que la ley tuvo en mira al tutelarlo. La interpretación regular de una norma jurídica implica que esta sea conforme al caso concreto y la solución no puede ejercerse en forma abusiva.

- *La seguridad jurídica radica en dar validez a aquello supuesto como cierto, en lugar de aferrarse a rigorismos hermenéuticos que se agotan en meras actuaciones formales sin más relevancia y que no tienen por finalidad garantizar un derecho sustantivo.*
- *Las nulidades, al no estar tasadas literalmente por la norma, se interpretan como absolutas o relativas conforme si afectan o no al orden público; en este caso, claramente no lo afectan y deben relativizarse. En casos de títulos antiguos, ha transcurrido suficiente plazo para merituar que las acciones de posibles perjudicados por dichos antecedentes se encuentran prescriptas. Hacerlas valer mucho tiempo después, como en el presente caso, no tiene ninguna utilidad para la comunidad, y razonablemente puede interpretarse que no se afecta el orden público, por ser circunstancias totalmente extemporáneas.*

2. Hechos

El escribano V., titular del registro [...] de CABA, matrícula [...], solicita dictamen de esta asesoría respecto del tema que se plantea a continuación (se copian hechos aportados por el escribano consultante):

Se me ha encomendado la escritura de transferencia de dominio de la unidad F. 13 de la finca [...] de CABA, con posterior hipoteca a favor del Banco de la Ciudad de Buenos Aires. Con motivo del estudio del título correspondiente se observa lo siguiente:

1. El inmueble corresponde a los actuales vendedores por donación que les hicieron sus padres con fecha 15 de diciembre del año 2003. Este no es el punto en consulta ya que (no obstante ser donación a herederos forzosos) pasaron más de 10 años de la muerte de los donantes.
2. Correspondía a los donantes por compra que hicieron a [...] SCA el 13 de julio de 1973. En dicha escritura, comparecieron el socio solidario y dos comanditarios, y vista la matriz, dicho poder también carece de la firma de un otorgante, encontrándose la escritura también sin firma y sello del escribano autorizante. Tampoco es el punto en consulta dada la fecha del mismo: año 1973.
3. El reglamento de copropiedad lo otorga el representante de la empresa constructora del edificio, pero la escritura CARECE de la firma del titular de dominio. Al término de la misma, se encuentra el salvado y luego de 5 líneas en blanco la firma y sello del escribano, no estando la firma del representante de la titular de dominio quien comparece como tal en el comparendo.

4. Posteriormente, la empresa constructora del edificio otorga 21 ventas, opino que la mayoría en el año 1973/74, obviamente de unidades funcionales, de acuerdo a los porcentuales, superficies, etc. previstos en el Reg. De Cop.
5. Dado que han pasado más de cuarenta años, lógico es pensar que los compradores originales hayan vendido a su vez a segundos adquirentes y estos quizás a otros. Sin perjuicio de los dominios transmitidos por herencia.

3. Planteo de la cuestión

3.1. Derecho aplicable

El presente caso traído a consulta se trata de una nulidad formal de escritura pública que, como lo indica el Código Civil y Comercial de la Nación, debe regirse por el derecho vigente a la época de celebración. Al tratarse de una escritura celebrada antes de la sanción del código civil y comercial, debe estudiarse el caso desde la óptica del código Civil Velezano.

3.2. La falta de firmas en las escrituras públicas

El artículo 1004 del [Código Civil](#) (CCIV) establece que son nulas las escrituras que no tuvieren la firma de las partes. Asimismo, la nulidad del instrumento público provoca la nulidad del acto jurídico que lo contiene, por tratarse de un supuesto de “nulidad refleja”. Sin embargo, persiste su valor probatorio respecto de los hechos cumplidos.

Cuando el negocio requiere una forma solemne y el instrumento que lo contiene no reúne los requisitos que la ley exige, ese será nulo de nulidad absoluta.¹ El juez lo dictamina solo comprobando la existencia del vicio, aun recurriendo a la prueba extrínseca, sin tener la necesidad de analizar hechos. Estamos ante una nulidad manifiesta, aunque no resulte ostensible del título mismo. En ese supuesto, se debe declarar la nulidad del acto y del negocio en él contenido, aun si no fuera invocada por alguna de las partes.²

Ante esta situación jurídica, la excesiva rigurosidad del artículo 1001 CCIV priva de efectos jurídicos a un acto particular, lesionando derechos y consecuencias jurídicas derivadas de un prolongado lapso de tiempo. Los efectos de dicha nulidad son terminantes conforme al texto literal y exegético del CCIV. En ese mismo sentido, la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, en dictámenes emitidos en los años 1993 y 1994, entendió que:

1. LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 1044], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarios. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 332-334.

2. Sala “I” Juzgado Civil N° 39 Dra. María Oderay Longhi.

- a) Las escrituras en las que falte la firma de alguno de los comparecientes carecen de toda validez, en virtud de los artículos 986 y 988 CCIV. Su nulidad es de carácter absoluto y manifiesto, no siendo necesaria sentencia judicial que así lo declare (art. 1038 CCIV).
- b) Dichas escrituras, además, no son susceptibles de confirmación (art. 1047 CCIV).
- c) De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1051 y siguientes del CCIV, son nulas las posteriores ventas efectuadas en base a aquella escritura, en virtud de lo establecido por el artículo 3270 CCIV.
- d) La única solución posible del caso —dentro del ámbito de la actuación notarial— es que se efectúe nuevamente la venta (no que se diga que la ratifican o que la confirman), debiendo concurrir al acto todas las partes, los que fueron vendedores y compradores en cada una de las transmisiones, hasta llegar al que actualmente figura como titular del dominio.
- e) En defecto de las vías sugeridas precedentemente o en el supuesto de así considerarse por los interesados, y con la advertencia de tener que soportar un proceso más largo y mucho más oneroso, queda el recurso de adquirir el dominio por usurpación, probando en el respectivo juicio la posesión continua de veinte años, con ánimo de tener la cosa para sí, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4015 CCIV. El artículo 4016, concordante con el que le antecede, preceptúa que “al que ha poseído durante veinte años sin interrupción alguna, no puede oponérsele ni la falta del título ni su nulidad, ni la mala fe de la posesión”.
- f) Son nulas las escrituras públicas a las que le falten la firma de un compareciente, cualquiera sea el carácter en que interviene el mismo, aun cuando lo haga a efectos de prestar asentimiento conyugal.

3.3. El valor social de la función notarial

El escribano es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. Como consecuencia de ello, la actividad más importante que practica es la de suministrar lo que denominamos “fe pública”, es decir, dar autenticidad de lo que ante él ocurre. Asimismo, es asimismo el encargado de que las relaciones entre los particulares se realicen en un marco de legalidad (referido a la validez jurídica del contrato) y de legitimación (referido a la legitimidad de las partes para otorgar determinado acto jurídico), tomando los recaudos que considere necesarios. El papel de la función notarial es pilar esencial para la seguridad del tráfico jurídico en las sociedades, y su colaboración garantiza una trascendental dimensión económica y social.

La seguridad jurídica está relacionada con la certidumbre del derecho y el amparo que esta proporciona a los ciudadanos, no solo como un mero valor objetivo y formal del ordenamiento jurídico, sino también como un principio impregnado de idealismo ético, orientado a la realización de la justicia y reconocido esencialmente por la Constitución Nacional. En sentido subjetivo, la seguridad jurídica consiste

en la posibilidad de todo ciudadano de conocer la ley, su significado y su alcance y, principalmente, en la libertad de actuar con arreglo a aquella confiando en la eficacia de lo actuado. En ese sentido, dicha seguridad jurídica implica saber a qué atenerse y ello implica contar con un asesoramiento previo del escribano y con un adecuado ajuste de la voluntad, del contrato a las leyes, todo lo cual genera la confianza en que lo actuado producirá los efectos previstos, es decir, que su validez y eficacia no serán contradichas.

El juicio de valor que realiza el escribano sobre la legalidad de los actos y las legitimaciones dispositivas otorga seguridad jurídica al tráfico mercantil y está relacionado íntimamente con la inescindible responsabilidad profesional que trae aparejada su inobservancia. Los valores antedichos deben estar siempre presentes en cada uno de los actos en donde interviene el escribano en ejercicio de su función. Recordar dichas premisas es el punto de partida para resolver las cuestiones que se plantean en nuestro quehacer cotidiano.

Debemos aclarar que no es nuestra intención avalar la falta deliberada de forma en detrimento de los efectos que impone la nulidad instrumental. No pretendemos emplazar con nuestras conclusiones una doctrina que en forma intempestiva perjudique los pilares esenciales de la función notarial. Sin embargo, en virtud de la importancia de nuestra intervención en la sociedad, debemos instalar el debate sobre estos temas conflictivos, que no son abordados en profundidad por la doctrina y que necesariamente merecen una revisión. Las nuevas realidades hacen que la sociedad en constante desarrollo le demande al derecho soluciones más justas. El problema debe ser abordado jurídicamente, para que, mediante argumentos legales, puedan interpretarse en forma regular determinadas nulidades instrumentales.

A pesar de las previsiones que habitualmente los escribanos públicos disponen al ejercer su ministerio, existen innumerables casos en los que accidentalmente se omite la firma de algún compareciente que está presente y que le ha manifestado verbalmente al escribano la intención de ejecutar el acto que no firmó. En algunas ocasiones, esta circunstancia es desapercibida u olvidada y el vicio perdura durante años. Este descuido recién toma relevancia a la hora de disponer o gravar posteriormente el inmueble. Las circunstancias que rodearon el acto viciado no van a importar, las personas que pretenden ahora disponer de su propiedad se ven limitadas por el hallazgo del referencista. A pesar de las aseveraciones posteriores de las partes, incluso la del escribano que lo vio asentir, la operación no va a ser suficiente para validar el título. Los compradores que han pagado un inmueble que probablemente han declarado en sus cuentas impositivas, que firmaron la escritura, que se inscribió, y que están en posesión creyendo que son los dueños se topan con una inesperada consecuencia jurídica: su escritura es nula de nulidad absoluta y, por ende, inconfirmable.

Estas circunstancias sobre los antecedentes hacen que personas se ven perjudicadas empíricamente por una interpretación del derecho que admite que la casa en que ellos o incluso sus padres han vivido durante muchísimos años, creyéndose dueños, puede quedar fuera del mercado “hasta tanto inicie y prosiga” –le dice el es-

pecialista– “el correspondiente juicio por usucapión para regularizar su derecho de propiedad”.

3.4. Criterios preliminares. La evolución del derecho

La jurisprudencia, como fuente legal, es una herramienta indispensable para la interpretación evolutiva del derecho. Es el nexo que relaciona la dinámica de la sociedad con la estática de la ley. A través de los fallos se manifiesta el derecho, pero, por sobre todo, se manifiesta su interpretación actual, donde un injusto podrá dejar de serlo y, en contraposición, una sanción legal podrá quedar superflua por el transcurso natural del tiempo y la incontenible evolución del derecho.

Al respecto, Alterini³ expresó:

La experiencia indica que la jurisprudencia no es estática. En la década de los 50, el juicio de amparo no estaba previsto por la ley, pero la Corte Suprema lo aceptó en autos “Siri”⁴ y “Kot”⁵. En materia de adopción, los jueces resolvieron lo contrario de lo que disponía literalmente la ley.⁶ En los años 70, no se admitía la actualización de las deudas de dinero a causa de la inflación, pero la Corte Suprema la aceptó en autos “Valdez”⁷ y lo hicieron luego todos los tribunales inferiores.⁸ La teoría del *disregard*, en la perspectiva de la extensión de quiebra, penduló desde el extremo de la sentencia de la Corte Suprema en autos “Swift Deltec”⁹ al extremo de la sentencia en autos “Compañía Swift de La Plata s/ Quiebra s/ Inc. art. 250, Cód. Procesal p/ Ingenio La Esperanza SA”¹⁰. La sentencia de la Corte Suprema en autos “Automóviles Saavedra”¹¹ resolvió todo lo contrario que la por entonces pacífica jurisprudencia sobre responsabilidad del concedente por la ruptura unila-

3. ALTERINI, Atilio A., “La inhibición general de bienes no interrumpe el curso de la prescripción de la sentencia”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, t. 2012-V (cita online AR/DOC/1618/2012).

4. CSJN, 27/12/1957, “Siri, Ángel S.” (*La Ley*, t. 89, p. 532; *Fallos*, t. 239, p. 459. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]).

5. CSJN, 5/9/1958, “Samuel Kot SRL” (*La Ley*, t. 92, p. 626; *Fallos*, t. 241, p. 291. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]).

6. CNCiv., en pleno, 16/12/1959, “R., R.” (*La Ley*, t. 97, p. 72).

7. CSJN, 23/9/1976, “Valdez, J. R. c/ Gobierno Nacional” (*La Ley*, t. 1976-D, p. 248. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]).

8. CNCom., en pleno, 13/4/1977, “s /Desvalorización monetaria en caso de mora” (*La Ley*, t. 1977-B, pp. 186-202); CNEspecial. Civ. y Com., Sala V, 25/3/1980, “Vázquez, Alfredo c/ Villalba, María H.” (*La Ley*, t. 1980-C, p. 71).

9. CSJN, 4/9/1973, “Compañía Swift de La Plata SA s/ Quiebra” (*El Derecho*, t. 51, 1974, pp. 223-242; *Fallos*, t. 256, p. 257. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]).

10. CSJN, 21/9/1976, “Compañía Swift de La Plata s/ Quiebra s/ Inc. art. 250, Cód. Procesal p/ Ingenio La Esperanza SA” (*El Derecho*, t. 69, 1977, pp. 426-429; *Fallos*, t. 295, p. 906. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]).

11. CSJN, 4/8/1988, “Automóviles Saavedra SACIF c/ Fiat Argentina SACIF” (*La Ley*, t. 1989-B, pp. 4-17; *Fallos*, t. 311, p. 1337. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]).

teral del contrato de concesión [...] No obstante que el art. 1102 del Código Civil requería que en las escrituras públicas el escribano diera fe de conocimiento de las partes, antes que fuera reformado por la Ley 26140, consideraron suficiente la fe de identificación.¹²

3.5. Análisis del caso particular

Existen casos que se presentan con mucha frecuencia en la realidad inmobiliaria que consisten en antiguas escrituras con falta de firma. En este caso, se trata de la afectación del inmueble al régimen de propiedad horizontal, cuya escritura, otorgada hace más de treinta años, carece de la firma del único propietario. Esta escritura reviste una nulidad absoluta, a tenor de lo dispuesto por el artículo 1004 CCIV; como así también las posteriores transmisiones que se basan en dicho reglamento otorgadas en virtud de un acto jurídico viciado de nulidad inconfirmable. Conforme a la normativa vigente a la época de celebración del reglamento de copropiedad en cuestión, los efectos de considerar el acto nulo de nulidad absoluta implican la inexistencia del estado de propiedad horizontal.

Con una interpretación tradicional del derecho que hemos mencionado anteriormente, los sujetos que viven en el edificio serían en realidad titulares de una parte indivisa como condóminos, no siendo titulares de unidades funcionales tal cual las describe el reglamento que “no existe”. Considerando esta afirmación, vamos a analizar a continuación las consecuencias negativas para la comunidad que vive en ese edificio, ante la falta del estado de propiedad horizontal.

3.5.1. Efectos negativos de la inexistencia del estado de propiedad horizontal

La existencia de un condominio, sin el consecuente estado de propiedad horizontal, trae consigo, a nuestro entender, los siguientes efectos no deseados en esta situación particular:

- 1) *Bien de familia*: Por Disposición técnico-registral 25/1976, artículo 7, inciso d): “la afectación o desafectación al régimen de bien de familia debe serlo por la totalidad del inmueble, no pudiendo, en consecuencia, efectuarse sobre partes indivisas”; por ende, no puede afectarse a bien de familia una parte indivisa de un condominio. Nos preguntamos por las consecuencias jurídicas de las afectaciones realizadas sobre las inexistentes unidades funcionales y la imposibilidad de realizar afectaciones posteriores.
- 2) *Hipoteca*: El artículo 3123 CCIV establece que “cada uno de los condóminos de un inmueble puede hipotecar su parte indivisa en el inmueble común o una parte materialmente determinada del inmueble; pero los efectos de tal constitu-

12. CSJN, 19/6/2003, “Chorbajian de Kasabian, Lucía c/ Enríquez, Susana T.” (Fallos, t. 326, p. 1969; La Ley, t. 2003-E, p. 413; Responsabilidad Civil y Seguros, La Ley, t. 2005-II, p. 37. [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

ción quedan subordinados a los resultados de la partición...” y no tendrá efecto alguno si no le tocara la cosa en el lote de ese condominio.¹³ Recordemos que la partición en nuestro derecho tiene resultados declarativos,¹⁴ por lo que se considera a cada condómino como si hubiera sido, desde el origen de la comunidad, propietario exclusivo de la parte que le ha correspondido y como que nunca hubiera tenido ningún derecho sobre lo que le tocó a los otros. ¿Qué significa que queda subordinado a los resultados de la partición? Como la existencia de esa hipoteca está relacionada con el resultado de la partición, si el inmueble es adjudicado a dicho condómino, la hipoteca subsiste aunque limitada a la parte indivisa que tenía sobre ese inmueble, pero si la cosa se adjudica a otro condómino, el derecho de garantía se extingue.¹⁵ Si la hipoteca carece de eficacia por no corresponderle al condómino del inmueble hipotecado, subsiste el crédito, la hipoteca desaparece y, en cuanto al privilegio para la mayoría de la doctrina, también desaparece. (Para Spota, en cambio, hay subrogación real; para Fornieles, el privilegio no se trasladaría a otros inmuebles, pero si hubiera dinero, iría sobre él). Algunos autores se contentan con señalar que es una hipoteca de muy relativa eficacia, lo que la presentaría como inestable (Lafaille) o expuesta a desaparecer (Salvat).

- 3) *Usufructo*: La constitución de usufructo está autorizada por el CCIV. El usufructo puede establecerse por el condómino de un fondo poseído en común con otros, de su parte indivisa, y, en tal caso, el usufructo se ejercerá no sobre la cuota sino sobre toda la extensión de la cosa, lo que le garantizará al usufructuario una coparticipación en el derecho al uso y goce de la cosa que tienen los distintos condóminos.
- 4) *Servidumbres activas*: En general, la doctrina es contraria. No se concibe sobre cuotas abstractas o porque las servidumbres son indivisibles; así, el artículo 3007 CCIV establece que “las servidumbres reales son indivisibles como cargas y como derechos, y no pueden adquirirse o perderse por partes alícuotas ideales...”.
- 5) Otras consecuencias negativas que se deberían analizar serían: la responsabilidad de los condóminos, la actuación del administrador, la petición forzosa de división de condominio, los contratos celebrados por el consorcio con terceros,

13. Así, el art. 2678 CCIV establece: “Cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en un inmueble común, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la partición, y no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote a otro copropietario, o le sea adjudicado en licitación”.

14. Art. 2695 CCIV: “La división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiese sido, desde el origen de la división, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningún derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos”.

15. Art. 3124 CCIV: “Cuando el copropietario que no ha hipotecado sino su parte indivisa, viene a ser por la división o licitación, propietario de la totalidad del inmueble común, la hipoteca queda limitada a la parte indivisa que el constituyente tenía en el inmueble”.

la acreditación de personería y la posibilidad de estar en juicio. Se perdería, además, la legitimación en cualquier juicio.

3.6. La interpretación regular de los derechos

Como señalan De Hoz y Smayevsky,¹⁶

La Ley 17711 [...] introduce algunas instituciones de carácter general que pueden tener incidencia en el derecho de propiedad. Tales son el abuso del derecho, la lesión, la teoría de la imprevisión, la nueva redacción de los arts. 2513, 2514 y 2618 del Código Civil, que con la elaboración jurisprudencial han logrado morigerar la estrictez de los caracteres del dominio...

Asimismo, el abuso del derecho del artículo 1071 implica que las personas no pueden hacer uso abusivo de una prerrogativa jurídica; la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos y considera tal al que contraría los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos y al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Es importante destacar que el instituto del abuso del derecho implica no solamente el ejercicio regular de un derecho, sino también, y como consecuencia ineludible, una interpretación regular del mismo y de acuerdo a la finalidad que la ley tuvo en mira al tutelarlos.

La interpretación regular de una norma jurídica implica que esta sea conforme al caso concreto y la solución no puede ejercerse en forma abusiva. El derecho, como herramienta de la sociedad, necesita brindar soluciones que de ninguna manera pueden dejar de lado valores que él mismo defiende. La aplicación lineal del derecho, en oposición a fundamentos y principios esenciales, no puede implicar en ningún caso seguridad jurídica sino una irrazonable desprotección jurídica.

El estado de propiedad horizontal no puede ser creado sin cumplir con los requisitos de forma que impone la ley. No obstante, podemos apreciar en determinados casos cómo los jueces interpretan figuras jurídicas conforme a la finalidad que buscaron las partes al momento de contratar. A modo de ejemplo, citamos algunos de ellos:

1. En muchos fallos en temas de tiempo compartido, barrios cerrados y clubes de campo, el molde de los derechos reales exigido por el ordenamiento jurídico no alcanza para contener las relaciones propias de emprendimientos específicos, y los jueces, no obstante el orden público que impera sobre esta categoría de derechos, han interpretado la legislación vigente para entender la situación jurídica real, en protección de todos los agentes involucrados.¹⁷

16. DE HOZ, Marcelo A. y SMAYEVSKY, Miriam, "Régimen dominal de los countries, barrios cerrados y emprendimientos afines", en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, suplemento especial "Emprendimientos inmobiliarios", julio 2006, p. 38.

17. CSJN, 21/9/1976, "Compañía Swift de La Plata s/ Quiebra s/ Inc. art. 250, Cód. Procesal p/ Ingenio La Esperanza SA" (*El Derecho*, t. 69, 1977, pp. 426-429; *Fallos*, t. 295, p. 906. [N. del E.: ver el texto completo [aquí](#)]). Cfr. nota 10.

2. Otro ejemplo de lo nocivo que es llevar el derecho hasta los extremos es el caso del artículo 1005 CCIV, que es terminante en declarar nula la escritura pública que no se halle en la página del protocolo donde, según el orden cronológico, debía ser hecha, y, sin embargo, tal nulidad no tiene entidad suficiente para privar de eficacia al acto. Sus fundamentos se basan en que tal severa sanción solo debe aplicarse para evitar fraudes, pero no en los casos de mero y evidente error, en otra interpretación regular del derecho.¹⁸

3. Otro caso muy conocido en el ámbito notarial es el de la interpretación del artículo 3270 CCIV antes de la reforma del artículo 1051 del mismo ordenamiento. Como sabemos, resultaba imposible imaginar que existiera otra interpretación contraria posible a la máxima establecida por dicho artículo, en cuanto a que “nadie puede transmitir un derecho mejor o más extenso al que gozaba, y recíprocamente nadie puede adquirir un derecho mejor o más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”. Este principio general se complementaba con la contundencia del artículo 1051 (antigua redacción) y los artículos 2777 y 2778; de tal juego armónico de normas, se desprendía la total desprotección respecto del tercer adquirente de buena fe a título oneroso.

El tiempo, la razonable interpretación de las normas y la seguridad jurídica hicieron que las aguas modificaran su curso y es por eso que antes de la reforma del año 1968, emergieron dos posturas. La primera, clásica, consideraba que, para poder transmitir un dominio, hacía falta primero tenerlo y que la enajenación por quien no es propietario no hace propietario al que enajena. En cuanto a los terceros de buena fe y a título oneroso, esta postura clásica sostenía que no hay tal desprotección, ya que estos terceros gozan de la protección legal otorgada por la garantía de evicción. Sin embargo, y de la mano de Spota, emergió la teoría innovadora, en base a una elaboración jurídica alrededor de las normas que amparan la buena fe y las adquisiciones a título oneroso. En esta posición doctrinaria, se sostuvo, antes de la reforma del artículo 1051, que la anulación de los actos por una causal no manifiesta no puede afectar a los terceros que contrataron de buena fe, por cuanto así lo exigen la justicia, el orden público y la necesidad de inspirar confianza en las convenciones y darles seguridad. Este argumento fue receptado por la jurisprudencia en importantes fallos; por ejemplo: “Bidart Malbrán, Héctor c/ Martín Tulio” (provincia de Buenos Aires, 1961).

Este desarrollo doctrinario y jurisprudencial se apoyó en los principios de la teoría de la apariencia jurídica y en contraposición al artículo 3720 CCIV, implicando de esta forma una clara interpretación regular de un principio consagrado por el derecho vigente antes del año 1968.

18. Ver PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1997, p. 196, §54; ORELLE, José M. R., [comentario al art. 1005], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 630, §13; CNCiv., Sala F, 19/7/1962, “Dodero, Alberto, suc. c/ Duarte de Perón, María E. y otro” (*La Ley*, t. 108, 1962, pp. 552-576).

4. El CCIV, bajo el título “De las escrituras públicas”, en su artículo 1003 (conforme la redacción anterior a la Ley 15875), exigía transcribir al protocolo, en su parte pertinente, los documentos habilitantes de una representación. Así, en los casos, por ejemplo, en que comparecía un representante de una sociedad anónima, se tenían que copiar los estatutos y las actas que acreditaban la legitimidad de dicho representante. En consecuencia de ello, y conforme al artículo 1004, se declaraban nulas las escrituras a las que les faltare la transcripción de los documentos habilitantes. Dicha omisión, entonces, implicaba la nulidad absoluta de la escritura en su totalidad.

¿Qué sucede si nos encontramos hoy con una escritura anterior a la Ley 15875? Para algunos autores, las escrituras con ese defecto son nulas, pero existe otra postura que considera que parecería inconducente anular una escritura por una causa que hoy no genera nulidad y que justamente se eliminó por que se consideraba que era excesivamente rigurosa. Esta última interpretación contradice abiertamente el artículo 973 CCIV, que establece que la forma de un acto jurídico es gobernada por la ley en vigor al día de su realización, y, sin embargo, tal interpretación sobre estos casos específicos es de aplicación cotidiana.

5. Otro ejemplo de una interpretación regular de normas normalmente consideradas como rígidas –y que no puede pasar inadvertido en el presente– es el señalado por nuestro máximo tribunal federal en la conocida causa “Saguir y Dib, Claudia Graciela” (*Fallos*, 302:1284), en donde se concluyó que

... no debe prescindirse de las consecuencias que naturalmente derivan de un fallo, toda vez que constituye uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la interpretación y su congruencia en el sistema en que está engarzada la norma [...] La misión judicial [...] no se agota con la remisión a la letra de la ley, toda vez que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la “ratio legis” y del espíritu de la norma.

Además, se señala que las leyes deben ser interpretadas

... considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional, para obtener un resultado adecuado [...] pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como de la judicial...

Las manifestaciones fueron vertidas, justamente, en un caso en que estaba en juego salvar una vida humana mediante el trasplante de órganos de un hermano menor al enfermo y no el cercenarla (se requieren 21 años para donar órganos y a este hermano le faltaban 3 meses para cumplir la mayoría de edad).

Ante estas situaciones expuestas, la excesiva rigurosidad de los citados artículos del CCIV priva de efectos jurídicos a un acto particular, lesionando derechos y consecuencias jurídicas derivadas de un prolongado lapso de tiempo. De acuerdo con estos preceptos, y con el propósito de aportar soluciones, analizaremos cómo, en su-

puestos especiales, debe interpretarse regularmente el derecho objetivo, teniendo en cuenta el componente social y la seguridad jurídica.

3.7. La teoría de la apariencia jurídica

La teoría de la apariencia reconoce su origen en Roma, donde se habría hecho frecuente su aplicación –por razones de equidad–, basada en el adagio “*error communis facit ius*”, que significa que el error común e invencible puede constituir fuente creadora de derecho.¹⁹

La doctrina francesa se ha dedicado muy especialmente al estudio de esta teoría, precisamente en el campo del derecho de propiedad, donde, si bien se propicia el otorgamiento de validez a los actos celebrados por terceros con el propietario aparente, a quien se lo consideraba como titular del derecho, con el fin de otorgar seguridad a las transacciones, correlativamente se exigen condiciones estrictas por tratarse de una excepción.²⁰ La apariencia jurídica conocida como apariencia de derecho o apariencia de situaciones jurídicas se da en el caso en que una determinada situación jurídica se presenta como existente cuando en realidad no lo es o no existe. Ese “aparecer” de una situación fáctica debe interpretarse con alcance objetivo (el aparecer de lo irreal como real) y existirá solo cuando resulte de hechos y datos socialmente reconocibles, como de un significado determinado en un ámbito de pública experiencia.²¹

3.7.1. Interpretación de la teoría de la apariencia en Argentina

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985) se analizaron los efectos jurídicos de la apariencia y se consagró a la teoría de la apariencia como un principio de derecho que se extrae de una interpretación integradora del ordenamiento jurídico, derivada de la finalidad de cubrir las necesidades del tráfico, la seguridad jurídica y la buena fe.²² Como principio de derecho, se estimó aplicable siempre que se dieran los siguientes supuestos:

19. ANDORNO, Luis O., “La propiedad aparente en la doctrina y jurisprudencia francesas y el artículo 1051 del Código Civil argentino”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 37, 1971, pp. 931-940.

20. Ver PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, París, Les Biens, 1926, p. 241.

21. TOBIAS, José W., “Apariencia jurídica”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1994-D, p. 323 (comentario a CNCiv., Sala H, 22/11/1993, “Eisner, Isidoro y otro c/ La Panamericana Coop. de Seguros Ltda.” [*La Ley*, t. 1994-D, pp. 320-335]).

22. HIGHTON, Elena I. y NABAR, María Josefina, “La teoría de la apariencia, el artículo 1051 del Código Civil y el justo título para la usucapión breve (Comentario a algunas conclusiones de las X Jornadas de Derecho Civil)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1986- C, p. 768. [N. del E.: se pueden ver las conclusiones de las Jornadas completas [aquí](#)].

- a) Una situación de hecho que, por su objetividad, fuera absolutamente idónea para llevar a engaño a los terceros acerca del estado real de aquella.
- b) La buena fe del tercero, consistente en no haber conocido o podido conocer la verdadera situación, obrando con la debida diligencia (sobre el particular nos remitiremos más adelante).²³

Es importante destacar de aquel congreso la ponencia presentada por el doctor François Chabas, quien describe –acabadamente, aunque refiriéndose al derecho francés– cuándo debe apreciarse la teoría de la apariencia (basada en el error común) que produce la adquisición instantánea de los derechos y “cuándo cobra relevancia la buena fe del particular que amerita la consolidación de su derecho por el transcurso del tiempo”.²⁴

La protección de la apariencia está ligada a terceros causahabientes del propietario aparente y se traduce en una inoponibilidad de la verdad jurídica y la oponibilidad al verdadero propietario de las consecuencias nacidas de la apariencia: la imposibilidad de adquirir un derecho constituido sobre el viento y la máxima *nemo plus iuris* son olvidadas y el derecho falsamente conferido al tercero es validado, convirtiendo la adquisición en instantánea, cuando debe consolidarse por el tiempo.²⁵

La jurisprudencia también interpretó estos principios, consagrando que la teoría de la apariencia otorga preeminencia a la existencia y alcances del acto con relación a terceros de buena fe, que juzgan sobre la base de su manifestación o forma con la cual son exteriorizados por sus autores; de modo tal que esta configuración produzca convicción respecto de su regularidad y realidad.²⁶ La apariencia es un elemento flexible y su procedencia depende de un proceso interpretativo de reconstrucción que debe cumplir el juez tomando como elementos básicos los datos fácticos que suministra el grupo social.²⁷

Citamos, asimismo, lo que correctamente señaló un agudo fallo en cuanto a que

... la seguridad constituye uno de los fines del derecho. Este no puede desconocer la vigencia de ciertas situaciones de hecho revestidas de una apariencia tal de soli-

23. [N. del E.: se pueden ver las conclusiones completas [aquí](#)].

24. CHABAS, François, “La propiedad aparente en el derecho francés” [trabajo presentado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Corrientes, 1985}].

25. CSJN, 19/6/2003, “Chorbajian de Kasabian, Lucía c/ Enríquez, Susana T.” (*Fallos*, t. 326, p. 1969; *La Ley*, t. 2003-E, p. 413; *Responsabilidad Civil y Seguros*, *La Ley*, t. 2005-II, p. 37. [N. del E.: ver fallo [aquí](#)]. Cfr. nota 12.

26. CNCom., Sala B, 17/12/1999, “Gismondi, Adrián Alejandro y otro c/ Ascot Viajes SA” (*Doctrina Societaria y Concursal*, t. XI, 2000, pp. 1091-1094; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2001-I, pp. 620-622).

27. REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, p. 408. Empero, el entrecruzamiento de los principios de buena fe y confianza, que da origen a la apariencia jurídica, no excluye los deberes de diligencia del tercero, ya que no se protege su comportamiento culpable (cfr. STIGLITZ, Rubén S. [dir.], *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 445, § 403; y ANDORNO, Luis O., “La teoría de la apariencia”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 116, 1986, pp. 930-938).

dez y rectitud que su destrucción u olvido sólo pueden acarrear efectos nocivos en el desarrollo de las relaciones económicas y sociales...²⁸

La apariencia tiene múltiples facetas operativas, muchas de ellas dentro del marco de los derechos reales. De los Mozos, el prestigioso jusprivatista español, alude a que una de las facetas más feraces de la buena fe subjetiva se funda en la apariencia jurídica, la que se configura en aquellos casos en los cuales la creencia o el error de la víctima no se refieren a la situación propia, sino a la de aquella persona con la que el sujeto que se beneficia de la buena fe se relaciona.²⁹ Esta buena fe subjetiva, este razonable creer en una situación material y jurídica que es presentada por otro como regular, implica que el derecho deba dar protección a la creencia, confianza (*trust*, como reza el *seal* [escudo] que preside todos los tribunales federales estadounidenses en relación con aquel apotegma “*In God we trust*”), convalidando esa razonable seguridad que el actuar del predisponente, no mediando negligencia imputable a la víctima, le llega a generar.³⁰ Esa apariencia, como manifestación de lo que Betti describiera como

... actitud de conducta que es objeto de una interpretación psicológica, actitud consistente en la ignorancia de perjudicar un interés ajeno tutelado por el derecho...³¹

3.8. Análisis de la teoría de la apariencia al caso particular

La apariencia jurídica no significa únicamente la existencia o no de publicidad registral, sino que implica la circunstancia comprobable de relaciones jurídicas entre un grupo de individuos que conviven en un mismo edificio, sometidos voluntariamente y durante un prolongado período de tiempo a un régimen jurídico particular, mediante la creencia de estar bajo al régimen de propiedad horizontal, con el agregado de un componente esencial, que es la buena fe. La omisión de la firma del reglamento tiene las características jurídicas, conforme la doctrina tradicional, para ser considerada nula de nulidad absoluta; esto es porque no se analiza si perjudica o no al orden público, sino que automáticamente se las considera absolutas. Sin embargo,

28. CNCiv., Sala H, 22/11/1993, “Eisner, Isidoro y otro c/ La Panamericana Coop. de Seguros Ltda.” (*La Ley*, t. 1994-D, p. 333). Cfr. nota 21.

29. DE LOS MOZOS, José L., “Buena fe”, en Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. (dirs.), *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 789-806.

30. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977, pp. 152-154.

31. BETTI, Emilio, *Teoría general de las obligaciones*, t. 1, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1969, p. 74; citado por TRIGO REPRESAS, Félix A., “La buena fe y su relación con la responsabilidad civil”, en Córdoba, Marcos M. (dir.) y Garrido Cordobera, L. M. y Kluger, V. (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 204.

existen elementos probatorios que podemos observar que pueden repeler cualquier acción injustificada tendiente a destruir el acto.

El otorgamiento de las escrituras posteriores por parte del propietario del lote, relacionando el reglamento (no firmado), hacen que exista una prueba irrefutable de que su voluntad fue la de otorgarlo. Mal podría vender unidades inexistentes, siendo su voluntad enajenar unidades que surgen de un reglamento que relaciona. En ese sentido, el artículo 918 CCIV expresa que

La expresión tácita de la voluntad resulta de aquellos actos, por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, en los casos en que no se exija una expresión positiva, o cuando no haya una protesta o declaración expresa contraria.³²

El escribano ante quien se otorgó la viciada escritura de reglamento la autorizó, estuvo presente en el acto; él manifestó que el compareciente expresó su voluntad de otorgar el acto. Existe un componente probatorio idóneo para presumir que su voluntad fue la de otorgar el reglamento, a pesar de omitirse su firma. Esta misma voluntad fue ratificada en las siguientes escrituras de venta, donde el vendedor vende unidades funcionales que surgen del reglamento y el comprador lo acepta y adhiere a dicho reglamento. Todos estos componentes, junto con la inscripción registral y la falta de oposición de cualquier persona con medias cautelares. La buena fe de los habitantes de ese edificio, durante un lapso de tiempo, la existencia de una comunidad basada en normas que surgen del reglamento referidas en el libro de asambleas hacen presumir una existencia consolidada.

En virtud de lo expuesto, debemos considerar a quién perjudica esta situación, de hecho, en el caso particular de análisis, cientos de actos jurídicos ejecutados en virtud de “la creencia de estar ante una situación jurídica” (estado de propiedad horizontal) realizados entre copropietarios, situación excepcional principalmente por la repetición de actos otorgados y por el tiempo transcurrido desde la celebración del acto que dio origen al “estado” de propiedad horizontal. Encontramos sustento a lo mencionado en los siguientes fallos, que establecen los requisitos que deben darse a efectos de aplicar esa doctrina: “Banco Velox c/ Banco Sudecor Litoral”³³ y “Bsereni, César J. c/ Nuevo Banco de Santa Fe SA”³⁴, en los que se entendió que³⁵

... “la apariencia es la confianza que suscita dicha apariencia en los terceros de buena fe que confían en esa realidad aparente”, y [...] dicha conformación de la si-

32. Ver SOLARI, Néstor E., “Consecuencias por la falta de asentimiento conyugal (artículo 1277 del Código Civil)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/5/2005, t. 2005-C, p. 1075, AR/DOC/1009/2005.

33. CS Tucumán, Sala Civil y Penal, 1/3/2005, “Banco Velox c/ Banco Sudecor Litoral”. [N. del E.: ver fallo [aquí](#)].

34. Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, Sala I, 15/3/2006, “Bsereni, César J. c/ Nuevo Banco de Santa Fe SA” (*La Ley Online* AR/JUR/522/2006). [N. del E.: ver también [aquí](#)].

35. El texto citado corresponde a “Bsereni”. Los comentarios entre paréntesis y destacados nos pertenecen.

tuación de apariencia debe reunir varios recaudos tipificantes: a) que la apariencia resulte de un hecho exterior visible [...] (*El hecho comprobable de los copropietarios actuando como integrantes de un edificio sometido a propiedad horizontal*); b) que la apariencia material cree una apariencia jurídica [...] (*En apariencia existía el reglamento, base para las relaciones de los copropietarios y terceros durante muchos años*); c) que los terceros actúen en razón de la apariencia [...] (*En el caso en particular, un reglamento que probablemente circuló entre aseguradoras, adquirentes de buena fe a título oneroso, juicios a favor y en contra, contrato de trabajo del encargado, etc.*); d) que su “error” se justifique en razón de la apariencia [...] (*¿Debemos buscar entre los antecedentes tantos años para acreditar nuestra buena fe?, ¿cuál es el límite?*); y e) que no haya prueba del conocimiento del error... (*¿Cuál es el límite exigido para confirmar esta hipótesis?*)

Sabemos que el vicio de forma hace presumir la mala fe (art. 4012 CCIV), pero ¿podemos interpretar restrictivamente esa presunción?, ¿tenemos obligación de conocer la forma de los instrumentos públicos de larga data?, ¿se puede alegar mala fe por desconocer algo extremadamente difícil de conocer?

3.9. Jurisprudencia reciente.

La aceptación de la teoría de la apariencia para casos particulares

El fallo “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón”³⁶ nos trae una novedosa interpretación que brinda alivio a los titulares de dominio cuyo título o algún antecedente ha sido objetado por haberse omitido accidentalmente la firma del comprador en la escritura traslativa de dominio. El fallo representa una de las novedades más importantes en relación con la valoración de títulos notariales con falta de firma y produce un cambio significativo en la interpretación clásica de las nulidades instrumentales. El argumento que utiliza el tribunal de alzada es totalmente razonable y contemplativo de una realidad que era necesario modificar:

... la incertidumbre que debe ser despejada es la observabilidad del título de propiedad por la omisión detectada en su precedente. A la luz de lo explicitado, si bien es cierto que la adquisición efectuada por Laurito podría ser considerada nula por la ausencia de su firma, no lo es menos que el paso del tiempo, los sucesivos actos jurídicos que fueron efectuados sobre el bien de marras -hipoteca y transmisión por herencia-, autorizan a que se convalide el error y se lo tenga por subsanado en virtud de la apariencia jurídica que ha rodeado al título mentado. Máxime si con ello no se vislumbra que se afecte a terceras personas.

Este argumento resulta interesante, puesto que expone la inutilidad de postergar la validez de un título en virtud de una función social. No afecta a nadie esa nulidad

36. CNCiv., Sala B, 19/11/2014, “Maristany Dedesma, Paula Nancy c/ Torres, Ramón s/ sucesión ab-intestato s/ acción declarativa (art. 322 Código Procesal)” (*Revista del Notariado*, N° 918, 2015, con comentario de nuestra autoría: “Una esperada solución a los títulos observables”).

instrumental, ni siquiera a la sociedad vendedora, que no contesta la demanda, y, por norma procesal, esto implica que se dan por reconocidos los hechos invocados por la parte actora. Es decir, la sociedad no fue afectada; entonces, quedan los argumentos del interés público. En ese sentido y por más que nos esforcemos, no detectamos en qué puede perjudicar a la sociedad esta nulidad y sus consecuencias destructivas del acto.

El juez además sostuvo que

... el error comprobado quedó oculto por más de tres décadas en el protocolo notarial y, como dije, ninguna utilidad o relevancia generaría la promoción de un litigio por usucapión. Es que, en definitiva, dicha solución trasuntaría un nivel de ficción muy superior a la solución que propongo al acuerdo, además del dispendio jurisdiccional que los jueces estamos obligados a erradicar. Seguir esta tesitura tiene como base sincerar lo sucedido y brindar estabilidad a una situación, hoy calificada como aparente, de la que nadie ha dudado y cuya realidad jurídica –y sus efectos– sólo aporta un manto de dudas donde no debe haberlas.

Y culmina con una frase que celebramos:

Entiendo que la seguridad jurídica del presente caso radica en dar validez a aquello supuesto como cierto, en lugar de aferrarse a rigorismos hermenéuticos que se agotan en meras actuaciones formales sin más relevancia y que no tienen por finalidad garantizar un derecho sustantivo.

4. Conclusión

Como expresamos al comienzo del presente dictamen, ha existido una doctrina tradicional de esta comisión que consideró que en los casos donde falta una firma en una escritura pública, el acto es nulo de nulidad absoluta y, por ende, inconfirmable e imprescriptible. Si bien por esa doctrina no puede afirmarse que el título es inobjetable, consideramos que, en este supuesto particular, se ha argumentado en forma suficiente que la excesiva rigurosidad técnica a la hora de calificar el título no puede afectar los derechos adquiridos por los particulares. Las nulidades, al no estar tasadas literalmente por la norma, se interpretan como absolutas o relativas conforme si afectan o no el orden público; en este caso, claramente no lo afectan y deben relativizarse. En casos de títulos antiguos, ha transcurrido suficiente plazo para meritar que las acciones de posibles perjudicados por dichos antecedentes se encuentran prescriptas. Hacerlas valer mucho tiempo después no tiene ninguna utilidad para la comunidad, y razonablemente debe interpretarse que no se afecta el orden público, por ser circunstancias totalmente extemporáneas.

Resulta perjudicial atacar de nulidad el acto celebrado en la escritura objetada. Como se analizó en el presente, existen fallos que brindan solución a la problemática de la inmovilización jurídica de inmuebles por defectos por falta de firma en sus an-

tiguos títulos antecedentes. Consideramos que continuar la cadena dominial tal cual está en el antecedente inmediato no altera ni perjudica el sistema de derechos reales de transmisión de inmuebles, ya que es una solución que opera en forma excepcional, para casos concretos. En sintonía con la jurisprudencia reciente, consideramos que, en este caso, la determinación de nulidad absoluta imposible de confirmar es un perfecto ejemplo de cómo no debe aplicarse el derecho positivo, desprovisto de realidad y bajo el inminente riesgo de lograr un efecto inverso al querido por la norma. Dicha aplicación lineal tiene como consecuencia la inmediata reflexión que podemos hacer sobre los posibles defectos de forma que pueda tener cualquier título de propiedad de la República Argentina. Retrocediendo en el tiempo y buscando, se encontrarán innumerables errores de fondo y forma y podríamos encontrar innumerables nulidades absolutas e inconfirmables.

La teoría de la apariencia otorga preeminencia a la existencia y los alcances del acto en relación con terceros de buena fe, que juzgan sobre la base de su manifestación o forma con la cual son exteriorizados por sus autores, de modo tal que esta configuración produzca convicción respecto de su regularidad y realidad, y es esta orientación, en el ejemplo particular, donde encontramos los límites de la buena fe. El límite de la buena fe debe ser interpretado en forma regular. Cuanto mayor es el deber de obrar con diligencia, más es la responsabilidad; entonces, ¿qué buena fe debemos exigirle a un subadquirente? El análisis, inexorablemente, debe detenerse en casos como el presente, donde el tiempo y la lógica han dejado atrás el negligente desconocimiento.

Debemos reflexionar acerca de a quiénes se pensó tutelar con la categoría de nulo de nulidad absoluta y por ende inconfirmable: ¿al “interés público”? Como consecuencia de esta interpretación, en el caso particular, ¿qué derecho puede afectar un antiguo reglamento nulo por la falta de firma? El derecho debe ser aplicado en forma integral, armónica y justa como condición misma de su existencia. Es inobjetable entender que el estado de propiedad horizontal no nace ni puede nacer por el mero transcurso del tiempo sin cumplir con la forma requerida por la ley (escritura pública). La aplicación de la teoría de la apariencia no pretende inventar ni crear derechos donde no existen, ni por el transcurso del tiempo, ni por la falta deliberada de forma. Pero, ante una situación particular, consideramos razonable, acorde una creencia de existencia consolidada y buena fe, la aplicación de tales principios, conforme a una interpretación regular que impone una situación jurídica especial.

La teoría de la apariencia basada en el error común e invencible tiene acogida en nuestra legislación en casos de excepción y no fuera de tales supuestos. La regla consiste en amparar por equidad al aparente titular del derecho. El efecto jurídico que provoca esta interpretación entre las partes es que la invalidez del acto queda saneada por la apariencia, produciendo inoponibilidad a terceros mediante la pérdida o limitación de acciones tendientes a destruir el acto. Lo curioso es que esta interpretación es aplicada de hecho, siendo que existen muchísimos títulos de propiedad circulando que en sus antecedentes remotos presentan nulidades instrumentales y

a nadie se le ocurre observarlas ni hacerlas valer ante un juez. Sin embargo, existe una desprotección legal para estas situaciones, y nunca falta quien pretende abusar de esta falta u omisión instrumental para obtener una ventaja ilegítima, evitando o postergando obligaciones asumidas.

5. Bibliografía

- ALTERINI, Atilio A., “La inhibición general de bienes no interrumpe el curso de la prescripción de la sentencia”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Buenos Aires, La Ley, t. 2012-V (cita online AR/DOC/1618/2012).
- ANDORNO, Luis O., “La propiedad aparente en la doctrina y jurisprudencia francesas y el artículo 1051 del Código Civil argentino”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 37, 1971, pp. 931-940.
- “La teoría de la apariencia”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 116, 1986, pp. 930-938.
- CABULI, Ezequiel, “Una esperada solución a los títulos observables”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Nº 918, 2015.
- CHABAS, François, “La propiedad aparente en el derecho francés” [trabajo presentado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil {Corrientes, 1985}].
- DE HOZ, Marcelo A. y SMAYEVSKY, Miriam, “Régimen dominal de los countries, barrios cerrados y emprendimientos afines”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, suplemento especial “Emprendimientos inmobiliarios”, julio 2006, p. 38.
- DE LOS MOZOS, José L., “Buena fe”, en Alterini, A. A. y López Cabana, R. M. (dirs.), *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 789-806.
- LLOVERAS DE RESK, María E., [comentario al art. 1044], en Bueres, Alberto J. (dir.) y Highton, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarios. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, t. 2C, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 332-334.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Justicia contractual*, Buenos Aires, Ediar, 1977.
- PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, París, Les Biens, 1926.
- PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, Buenos Aires, Astrea, 1997.
- ORELLE, José M. R., [comentario al art. 1005], en Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, t. 4, Buenos Aires, Astrea, 1982, p. 630.
- SOLARI, Néstor E., “Consecuencias por la falta de asentimiento conyugal (artículo 1277 del Código Civil)”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, 10/5/2005, t. 2005-C, p. 1075, AR/DOC/1009/2005.
- STIGLITZ, Rubén S. [dir.], *Contratos civiles y comerciales. Parte general*, t. 1, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

REZZÓNICO, Juan C., *Principios fundamentales de los contratos*, Buenos Aires, Astrea, 1999.

TOBIÁS, José W., “Apariencia jurídica”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1994-D, p. 323.

TRIGO REPRESAS, Félix A., “La buena fe y su relación con la responsabilidad civil”, en Córdoba, Marcos M. (dir.) y Garrido Cordobera, L. M. y Kluger, V. (coords.), *Tratado de la buena fe en el derecho*, t. 1, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 204.

Ora pro nobis notarii

En torno a san Ginés y a la Cofradía Porteña*

Jorge A. Latino



RESUMEN

En primer lugar, se expone una investigación histórico-jurídica de la figura de san Ginés de Arlés, santo patrono de los escribanos, poniendo la lupa en su vida, profesión, martirio y culto. En segundo lugar, se estudia la llamada Hermandad de san Ginés desde una perspectiva crítica novedosa, analizándose el documento por el cual se conviene crear un "Arca Grande" y concluyendo que no hay argumentos para sostener que por este instrumento se haya constituido una hermandad. Se investiga si la misma fue finalmente constituida y se exponen estudios críticos realizados sobre cofradías y hermandades y datos aportados por el Archivo General de la Nación y por la Catedral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Al Rey la hacienda y la vida se ha de dar; pero el honor es patrimonio del alma, y el alma sólo es de Dios.

Pedro CALDERÓN DE LA BARCA,
El alcalde de Zalamea

Sumario: **1.** Introducción. **1.2.** *¿Puede considerarse al escriba como un antecedente del notario?* **2.** San Ginés de Arlés. **2.1.** Contexto social y persecuciones a los cristianos. **2.2.** La "gran persecución" de Diocleciano. **2.3.** Vida, obra y sacrificio de san Ginés. **3.** El legado de san Ginés en el Río de la Plata. **3.1.** 19 de agosto de 1788. **3.2.** La realidad de los notarios a fines del siglo XVIII. **3.3.** El convenio celebrado y la creación del Arca Grande. **3.4.** Cofradías y hermandades. Su constitución. **3.5.** *¿Fue constituida posteriormente la Hermandad de san Ginés o todo terminó en una simple expresión de deseos? Información del Archivo General de la Nación y de la Catedral de la Ciudad de Buenos Aires.* **4.** Conclusiones. **5.** Bibliografía.

* El presente trabajo de investigación fue expuesto por su autor el 28 de mayo de 2015 en sesión pública del Instituto de Historia y Organización del Notariado de la Universidad Notarial Argentina.

1. Introducción

El espíritu –un tanto ambicioso– de este trabajo es lograr, en primer lugar, que el lector se represente y sitúe en el tiempo y contexto histórico en el que nació, se formó y murió un hombre que pasó por este mundo hace mil setecientos años, amando lo que hoy llamamos “profesión notarial”. Un hombre que, siendo escriba y catecúmeno, tuvo un ideal de justicia, principios y valores morales tan elevados que lo llevaron en el siglo IV d.C. a tener la osadía de negarse a cumplir una orden impartida por el pretor de Arlés instruyéndole transcribir un edicto de persecución de todos aquellos que profesaren la fe cristiana, atrevimiento imperdonable que le valiera la muerte y posterior santificación de la Iglesia Católica. El fin último de este trabajo no es otro, entonces, que rendir homenaje a aquel escriba que nos precedió y que hoy es nuestro santo patrono: san Ginés de Arlés.

En segundo lugar, el lector encontrará un estudio crítico de la llamada Hermandad de san Ginés, convenio mediante el cual un grupo de escribanos del Virreinato del Río de la Plata deciden, en 1788, organizarse para defender su honra, profesión y calidad de vida. No se comulga con las posturas que los estudiosos han vertido respecto de la “Hermandad” y se brinda una nueva visión histórico-crítica.

1.2. ¿Puede considerarse al escriba como un antecedente del notario?

Antes de adentrarnos en el desarrollo histórico de la vida de nuestro escriba, cabe preguntarse si es san Ginés un antecesor del notario actual. Si bien no es el motivo del presente trabajo analizar las distintas teorías acerca de cuáles son los antecedentes del notario de tipo latino, se esbozarán las cuatro principales corrientes de pensamiento en relación al tema, para luego pronunciarnos al respecto.

Es así que están quienes sostienen que el primer antecedente del escribano se encuentra dos mil quinientos años antes de Cristo, en Egipto, con la aparición de la escritura y del primer escriba. Otros se trasladan al Imperio Romano en los siglos III y IV d.C. y diferencian entre el *notarii*, un funcionario que, salvando las distancias, cumplía las tareas de nuestro actual taquígrafo, tomando notas en un proceso judicial, el escriba o *scriba*, funcionario encargado de levantar actas, hacer notificaciones y colaborar con los pretores, el *tabularii*, funcionario encargado de realizar censos y llevar constancia de las personas que residían en los distintos territorios, y el *tabelión*, encargado de asesorar a aquellas personas que los requerían y de redactar documentos. Sostiene esta segunda corriente que es el tabelión el primer antecedente del notario al estar separado de la función estatal en comparación con los demás. Una tercera postura considera que la génesis se encuentra en el siglo XII, en la Italia meridional, con la aparición de la fe pública notarial, la que se fue perfeccionando luego en las universidades por los maestros de Bolonia. Por último, hay quien considera que el notariado latino nace con el notario propio de la Revolución Francesa y con la Ley del 25 de Ventoso del año XI de la República, es decir, del 16 de marzo de 1803.

Estudiemos más detenidamente cuál era la función del escriba o *scriba* romano, donde encontramos el más remoto antecedente del notario. Pondé sostiene que el escriba “era custodio de documentos y el pretor utilizaba sus servicios para la redacción de decretos y de las resoluciones que tomaba en el desempeño de su mandato”¹. Vemos que se aleja bastante del notario moderno, y podríamos decir que la “fe pública” de la que gozaban los documentos del escriba era una fe pública judicial, mas no notarial, lo que lo alejaría de la figura del escribano.

Si bien esto es atendible, propongo correr el eje de la función fedataria y atender otra característica o principio que considero aún más importante: la función que realiza día a día el notario al ser un profesional del derecho capacitado para evitar conflictos entre las partes, atendiendo su voluntad y deseo, y encontrando la figura jurídica adecuada y más conveniente según las particularidades de cada caso. Podemos resumir esto con la frase del célebre notario español don Joaquín Costa, a más de un centenario de su muerte: “A notaría abierta, juzgado cerrado”. Esto se logra escuchando al requirente, informándolo sobre las distintas posibilidades que tiene, encuadrando su voluntad en un marco de legalidad, y volcándola en un documento. El escribano tiene una función social que debe responder a un contenido ético, tal como lo impone el decálogo del notariado: “Recuerda que tu misión es evitar contiendas entre los hombres”. Esto es lo esencial.

En esta línea, no está de más mencionar la exposición de motivos de la Ley del XXV de Ventoso:

Al lado de los funcionarios que concilian y que juzgan los diferendos, la tranquilidad pública llama a otros funcionarios, quienes, consejeros desinteresados de las partes, así como redactores imparciales de sus voluntades, les hacen conocer todas las obligaciones que contraen, redactando sus compromisos con claridad, dándoles el carácter de acto auténtico y la fuerza de una sentencia dictada en última instancia, perpetuando su recuerdo y conservando su depósito con fidelidad, impidiendo que nazcan diferencias entre los hombres de buena fe, y quitando a los hombres, con la esperanza del éxito, el deseo de llevar a cabo un acto contestario injusto. Estos consejeros desinteresados, estos redactores imparciales, esa especie de jueces voluntarios que obligan irrevocablemente a las partes contratantes son los Notarios: Esta Institución es el Notariado.²

Asimismo, en las conclusiones del I Congreso Internacional del Notariado Latino (Buenos Aires, octubre de 1948; conclusión a), apartado b)) se expresó que

El notario latino es el profesional del derecho, encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, re-

1. PONDÉ, Juan B., *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Depalma, 1967, p. 32.

2. MURRIETA, Katia, “Aspectos generales sobre el sistema notarial francés y breve comparación de la intervención notarial en el derecho de familia en Francia con el derecho notarial ecuatoriano”, en *Revista Jurídica*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, N° 8, 1993, p. 210 [última fecha de consulta: 20/7/2016].

dactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función está comprendida la autenticación de hechos.³

En las civilizaciones romanas de la antigüedad, son pocos los que tienen acceso a la lectura y a la escritura, y no en todas las regiones encontramos *tabeliones*. Es por esto que los *notarii* y los *scribas*, que trabajan esencialmente como funcionarios, **también van a redactar documentos a pedido de quienes los piden**. Es así como las partes, junto con los testigos necesarios, recurrían a los escribas para que receptaran su voluntad y las plasmaran por escrito. Comparto con el escribano Cosola que

... aun cuando no fuera el escriba el notario de hoy, con todas sus incumbencias, demuestra el comienzo de una labor, que luego va a pasar a traducirse en profesión, y que resulta ser nuestro más antiguo antecedente...⁴

Habiendo resuelto esto, trasladémonos a la época en que vivió nuestro patrono, de quien se reproducen en la actualidad muchos datos que o bien están errados o bien son contradictorios. Para lograr ubicarnos en tiempo y espacio analizaremos primero las persecuciones a los cristianos y luego la vida, obra y sacrificio de san Ginés. Los autores que el lector encontrará aquí citados son, en su amplia mayoría, contemporáneos a Ginés, lo cual nos permite llegar a un conocimiento muy preciso de su contexto histórico y social. Tal el caso de Eusebio de Cesarea (263-339 d.C.), de Lactancio (240-320 d.C.) y de nuestra fuente más importante, san Paulino de Nola (354-431 d.C.).

2. San Ginés de Arlés

2.1. Contexto social y persecuciones a los cristianos

Reyes Vizcaíno sostiene que

Desde la segunda mitad del siglo I hasta el año 313 –y después en ciertas provincias–, los cristianos en el Imperio Romano fueron perseguidos [...] Se suele afirmar que hubo diez persecuciones romanas contra el cristianismo decretadas por diez emperadores: Nerón, Domiciano, Trajano, Marco Aurelio, Septimio Severo, Maximiano, Decio, Valeriano, Aureliano y Diocleciano. En realidad, durante todo este período el cristianismo fue religión prohibida (*religio illicita*) y estuvo

3. CURSACK, Eduardo V., "Instrumentos públicos. Actas notariales", en AA. VV., *Edición Homenaje Dr. Benjamín Pablo Piñón*, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 2004, p. 84.

4. COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008, p. 55.

permanentemente bajo riesgo de persecución dependiendo de la sensibilidad de los gobernantes provinciales del momento. Durante largas épocas había bastante tolerancia y la Iglesia tenía libertad de actuación, que era interrumpida por algunas detenciones y algunos martirios, lo que obligaba a los cristianos a pasar a la clandestinidad.⁵

El denominador común a remarcar en los diez momentos señalados es que las autoridades centrales iniciaron persecuciones generalizadas, más allá de que la intensidad de las mismas fue variando entre una y otra, y el grado de cumplimiento de los decretos persecutorios del emperador dependió, a su vez, de la anuencia de cada gobernador. Este aporte se centrará en las características de la “gran persecución” de Diocleciano, emperador que buscó exterminar al cristianismo y llegó a acuñar una moneda con la inscripción “Diocleciano, emperador que destruyó el nombre cristiano”.⁶ Veremos cuál era su mentalidad por haber dictado cuatro edictos de persecución, siendo justamente uno de ellos el que se ordenó a nuestro santo patrono transcribir y, como dijimos, al negarse fue martirizado.

2.2. La “gran persecución” de Diocleciano

El emperador Cayo Aurelio Valerio Diocleciano (244-311 d.C.) llega al poder apoyado por sus legiones en el año 284 d.C. Era un hombre muy devoto de los dioses romanos y del poder, a punto tal que entendía que era el dueño y dios de todo poder soberano, por lo cual los súbditos “al acercarse a la presencia del emperador, tenía[n] que postrarse y, al hablar, dirigirse a él como *dominus et magister*: amo y señor”⁷. No obstante, como bien nos ilustra el historiador Hughes,

... fue lo bastante terrenal como para admitir que el enorme tamaño y la complejidad del Imperio romano, y la lenta comunicación que este tamaño implicaba, exigía cambios en la administración de su gobierno...⁸

Y fue así como introdujo la tetrarquía, o gobierno de los cuatro: en este sistema de gobierno, el imperio quedaba bajo el mando de dos augustos, Diocleciano en Oriente y Maximiano en Occidente, y ambos contaban con dos jefes militares, césares, que los apoyaban controlando territorios, siendo estos Galerio y Constancio Cloro, respectivamente. Cada augusto debía renunciar al poder transcurridos veinte años para

5. REYES VIZCAÍNO, Pedro M., “Las persecuciones romanas a los cristianos”, en *La Razón Histórica. Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas*, Murcia, Instituto de Política Social, N° 16, 2011. [Última fecha de consulta: 20/7/2016].

6. *Ibidem*.

7. HUGHES, Robert, *Roma. Una historia cultural*, Barcelona, Crítica, 2013, p. 152.

8. *Ídem*, p. 153.

cederlo al César, quien pasaría a ocupar el cargo de Augusto y nombraría a un nuevo César. Vemos así cómo se garantizaba el orden de sucesión en el poder, lo cual no debe engañarnos, ya que la forma de gobierno encubierta siguió siendo la monarquía, dado que un solo emperador, Diocleciano, era el origen del poder y debían asentirse todos sus actos y disposiciones.

Durante casi dos décadas, Diocleciano no prestó atención a los cristianos, pero hacia el año 303 empezó a preocuparse por esta religión, siendo varios los factores que lo llevaron a cambiar de parecer. En primer lugar, el cristianismo comenzó a propagarse en las más altas esferas de poder, sobre todo a través de la conversión de las esposas e hijas de los gobernadores, manteniéndose aún en nuestros días la duda respecto de si tanto la propia esposa de Diocleciano, Prisca, como su hija, Valeria, se convirtieron al cristianismo. Por otra parte, eran muchas las acusaciones sobre los cristianos, y destacó nuevamente las palabras de Hughes:

Se acusaba a los cristianos de todo tipo de perversiones e indecencias, entre ellas el asesinato ritual de niños y la ingesta de su carne, una fantasía que debió de surgir a raíz de las instrucciones eucarísticas que Cristo había dado a sus discípulos, en el sentido de comer su cuerpo (el pan) y beber su sangre (el vino) y “hacer esto en mi memoria”.⁹

Debe sumarse a esto que los cristianos se negaban a rendir honores divinos al emperador y rehusaban participar de rituales, rezar u ofrecerle sacrificios como si fuera un dios, lo cual era entendido como una ofensa. Por último, no debe perderse de vista la creciente popularidad que el cristianismo comenzaba a tener en el pueblo romano, las intervenciones del oráculo instando a Diocleciano a atacar a la Iglesia, y la influencia que tenían sobre el emperador sus consejeros, principalmente el César Galerio, enemigo del cristianismo.

Esto derivó en lo que históricamente se denomina la “gran persecución”, que se desarrollaría entre los años 303 y 313, buscando obligar a los cristianos a aceptar el culto imperial y adorar a Diocleciano como un dios. Esta persecución comenzó el 23 de febrero del año 303, cuando un escuadrón arrasó con la iglesia de Nicomedia. Me remito aquí a la riqueza del testimonio de Lactancio, escritor que vivió entre los años 240 y 320 y que relata estos hechos de la siguiente manera:

Arrancan las puertas y buscan la imagen de Dios; descubren y queman las Escrituras; se les permite a todos hacer botín; hay pillajes, agitación, carreras.¹⁰

Al día siguiente se publicó un primer edicto que estableció que las personas que profesasen la religión cristiana

9. Ídem, p. 163.

10. LACTANCIO, Lucio C. F., *Sobre la muerte de los perseguidores*, Madrid, Gredos, 1982, [introducción, traducción y notas de Ramón Teja], pp. 100.

... fueran privadas de todo honor y de toda dignidad y que fuesen sometidas a tormento, cualquiera que fuese su condición y categoría; que fuese lícita cualquier acción judicial contra ellos, al tiempo que ellos no podrían querellarse por injurias, adulterio o robo; en una palabra, se les privaba de la libertad y de la palabra.¹¹

Sumo aquí el testimonio Eusebio de Cesarea (263-339 d.C.), obispo, quien también vivió esta persecución y manifiesta que

... fueron expuestos en todas partes los edictos imperiales, por los cuales se ordenaba derribar las iglesias hasta el suelo, consumir en las llamas los códices sagrados, notar con la nota de infamia a las personas ilustres y despojar de libertad a los plebeyos, si permaneciesen en el propósito de la fe cristiana. Este edicto fué el primero dirigido contra nosotros.¹²

Es de destacar que la pena clásica de la infamia consistía en la “privación de todos los honores”, que implicaba la pérdida de todos los derechos y privilegios, con las consecuencias de poder ser sometido a tormento sin posibilidad de comparecer en juicio y defenderse.

Al poco tiempo, tuvo lugar un incendio en el palacio imperial, del cual fueron acusados los cristianos tal como había ocurrido siglos antes con Nerón. A causa de ello se dictó un segundo y luego un tercer edicto, buscando que se detuvieran a presbíteros y ministros del culto. Eusebio cuenta a este respecto que

Poco después [...] fué promulgado un edicto del emperador para que todos los obispos de las iglesias de todas partes fuesen encadenados y arrojados en la cárcel. El espectáculo de los hechos, que luego tuvieron lugar, superaba a cuanto pudiera decirse. Pues, como innumerable multitud de hombres fuese detenida y se llenasen las cárceles (destinadas en otro tiempo a los homicidas y ladrones de sepulcros) de obispos, presbíteros, diáconos, lectores y exorcistas, no quedaba ya ningún lugar para los que habían sido condenados por sus crímenes. Pero, como un nuevo edicto hubiese seguido a los anteriores, en el cual se ordenaba que fuesen dejados en libertad los que encerrados en las cárceles ofreciesen sacrificio; pero, si se negaban a ello, fuesen atormentados con gravísimos suplicios...¹³

Un cuarto edicto se dicta en el año 304. Comprendía a todos los cristianos de cualquier clase, tanto clérigos como laicos, y ordenaba que se reunieran en lugares públicos y realizaran sacrificios colectivos, siendo el castigo la muerte en caso de negarse. Asimismo, los cristianos que entregaban libros o escritos sagrados quedaban exentos de la pena, como si hubieran ofrecido un sacrificio.

11. Ídem, p. 102.

12. EUSEBIO DE CESAREA, *Historia eclesiástica*, libro VIII, Buenos Aires, Nova, 1950, p. 415.

13. Ídem, p. 420.

Diocleciano ordenó al augusto Maximiano y al César Constancio que actuasen del mismo modo. El rigor con que fueron aplicadas estas medidas varió de una a otra región según la política de cada tetrarca. Numerosos mártires se han registrado en las provincias en que Maximiano ejercía su administración, principalmente los actuales territorios de Italia, África y España; no siendo así en la zona controlada por Constancio, donde si bien la persecución parece no haber cobrado una fuerza considerable, es justamente la que más nos interesa, dado que allí estaba situada Arlés y allí fue martirizado san Ginés.

2.3. Vida, obra y sacrificio de san Ginés

Son tres las fuentes documentales gracias a las cuales podemos reconstruir la vida de Ginés: el acta de los mártires del obispo san Paulino de Nola (355-431 d.C.) relativa al martirio de san Ginés, un milagro presenciado y relatado por el arzobispo san Hilario (401-449 d.C.), y la *Guía del peregrino medieval* o *Codex calixtinus*, una compilación del siglo XII.

Remarco la importancia de poder contar con la primera fuente mencionada, que permite conocer la historia y personalidad de nuestro ilustre escriba, con la enorme implicancia que tiene el haberse redactado a poco más de un siglo de su muerte. San Paulino cuenta que Ginés fue primeramente soldado:

San Ginés, a quien la ciudad de Arlés reconoce por su hijo y le venera como a su padre, siguió las armas en su juventud...¹⁴

Ginés nace en la segunda mitad del siglo III. No sabemos con exactitud el año pero sí que hace carrera militar y, tiempo después, se dedica con mucho afán a los estudios, ejerciendo con gran crédito el arte de la escritura desde muy joven:

... después estudió con mucha aplicación, y ejerció con gran crédito aquel arte tan útil, que sabe pintar con un solo rasgo la voz sobre el papel: que por la prontitud de la mano, iguala a la rapidez del discurso de un Orador; y que da palabra por palabra con sus cifras las arengas de los abogados, las deposiciones de los testigos, y las respuestas de los acusados. Pero se puede decir que este arte fue en él como una figura; o por mejor decir, como un presagio de la eterna gloria que posee hoy día, y que mereció oyendo con atención los preceptos del Señor, escribiéndolos al punto con una exactitud extrema sobre las tablas de su corazón.¹⁵

Llegó así a ser secretario del pretor de Arlés, lo cual era considerado en ese entonces un cargo de gran distinción. Sabemos también que si bien no fue bautizado, tomó

14. PAULINO DE NOLA, "Martirio de san Ginés, escribano en Arles. San Paulino de Nola", en Ruinart, Thierry (recopilador y traductor al francés), *Las verdaderas actas de los mártires. Acta primorum martyrum*, t. 3, Madrid, 1776, [traducción al español de Joaquín Ibarra], p. 195. [N. del E.: ver [aquí](#)].

15. *Ibidem*.

conocimiento de las costumbres y creencias cristianas, las cuales hilaron hondo en su personalidad. El presbítero Garrido de la Villa de Torroella de Montgrí, que tiene por patrono a san Ginés de Arlés, sostiene que nuestro escriba

Aun era catecúmeno cuando el emperador de los romanos decretó una nueva persecución contra los cristianos, encargando a los Prefectos o Jueces la publicación del edicto de persecución, cada cual dentro de los límites de su prefectura.¹⁶

San Paulino describe este momento de la siguiente forma:

Llegó un día en que ejerciendo a presencia del Juez de Arlés su oficio, se llegó a leer un impío, y sacrílego edicto, que los Emperadores hacían publicar por todas las provincias. Quedaron ofendidos los oídos del piadoso Escribano, y su mano rehusó a escribirlo.¹⁷

Los emperadores a los que hace referencia san Paulino son aquellos que mencionamos: Diocleciano y Maximiano, siendo sus césares Galerio y Constancio. Vemos como, siendo consciente de las consecuencias de su accionar, Ginés se niega a cumplir la orden impartida.

Por eso Ginés, a sabiendas de lo que le esperaba, negose rotundamente a cumplir lo que el Prefecto le exigía y manifestó su rotunda negativa, y el profundo desprecio que el decreto del emperador había encendido en su noble corazón, arrojando a los pies del tirano juez el punzón de marfil y las tablillas, instrumentos todos de su profesión.¹⁸

La furia del juez no se hizo esperar, y ordenó buscarle y condenarlo a muerte. No sabemos con exactitud la fecha de estos acontecimientos, pero podemos afirmar sin temor a equivocarnos que fue uno de los cuatro edictos estudiados aquel cuya transcripción se le ordenó. Los edictos fueron dictados entre los años 303 y 304, y la persecución se extendió hasta el año 311.

Ginés, sabiendo que el pretor decretaba su sentencia de muerte y mandaba a sus verdugos a apresarlos,

... como le pareciese necesario ser fortificado en la fe del bautismo, porque no había sido aún reengendrado en el agua por el Espíritu Santo, lo hizo pedir al Obispo por algunas personas de confianza.¹⁹

16. GARRIDO, José, "San Ginés. Notario y mártir", en *Llibre de la Festa Major de Torroella de Montgrí*, Torroella de Montgrí, 1960, p. 2, [obtenido del repositorio disponible en el portal *Revistes Catalanes amb Accés Obert*, Consorci de Serveis Universitaris de Catalunya; última fecha de consulta: 20/7/2016].

17. PAULINO DE NOLA, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 196.

18. GARRIDO, José, ob. cit. (cfr. nota 16).

19. PAULINO DE NOLA, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 196.

El obispo no quiso exponer el sacramento. Desconocemos si adoptó esta actitud por estar encarcelado, por miedo o por desconfianza a la juventud de Ginés, pero sabemos que le comunicó que su sangre derramada por Jesucristo le serviría en lugar del bautismo que tan ardientemente deseaba recibir. Entonces Ginés huyó de la ciudad, creyendo que cruzando el Ródano se hallaría seguro, pero viéndose descubierto por sus verdugos, se arrojó

... temiendo mucho menos la violencia de este rápido río que la de los hombres [...] El mismo amor con que caminó san Pedro sobre un lago, movió a Ginés de una orilla del Ródano a la otra: ambos dos iban a Jesucristo. Pero los verdugos, que le iban cerca, pasaron con él; y habiéndole alcanzado a la orilla, en donde acababa de tomar tierra, le quitaron la vida, degollándole con su espada, en el mismo lugar que Dios había señalado para recibir la sangre de su Mártir. Erigióse allí después un Oratorio, adonde los Fieles van en tropas a ofrecer sus votos, seguros de alcanzar el cumplimiento. En tanto, separada de su cuerpo el alma de Ginés, vuelve a subir al lugar de su origen, que es el cielo; y el cuerpo, formado de la tierra, se quedó en ella. Los Christianos de aquel tiempo hicieron de manera que las dos Ciudades fundadas sobre las dos orillas del Ródano, gozasen de este precioso tesoro sin dividirlo. Porque la tierra del lugar en que el Mártir había derramado su sangre, conserva encarecidamente los vestigios; y el cuerpo transportado a la otra orilla del río, le sirve de adorno, y de defensa. Y así, presente el Santo en algún modo en estos dos lugares, honra a la una de las dos Ciudades con su Sangre, y a la otra con su cuerpo.²⁰

Aquí termina el invaluable aporte de san Paulino.

Como se dijo, esta no es la única fuente documental que encontramos en relación con Ginés, sino que san Hilario nos cuenta una vivencia que él mismo presenció en Arlés, al celebrarse la fiesta de san Ginés, y que se comparte a continuación:

... celebrándose (en Arlés) la fiesta de este glorioso santo, iba mucha gente a su Iglesia y que habiendo de pasar una puente del río Rhódano, fue tanta la gente que cargó sobre ella que se hundió, y cayó en el río una multitud de hombres, mujeres, viejos, y mozos, niños y niñas con gran peligro de ahogarse los que cayeron, y gran lástima de los que lo estaban mirando y no los podían socorrer. Estaba allí el obispo que a la sazón era de Arlés, llamado Honorato, gran siervo de Dios: y viendo aquel destrozo se puso de rodillas, pidiendo a san Ginés que pues toda aquella gente que padecía tan gran desgracia, por venirle a honrar, la librase con sus oraciones de aquel tan evidente peligro. Apenas había acabado el santo Obispo su oración, quando comenzaron a salir del río, sanos y sin lesión alguna, todos los que en él habían caído, ninguno quedó ahogado, ninguno tullido, ni manco, ni descalabrado: todos salieron mojados; y todos muy alegres, viéndose libres de tan gran desastre, se abrazaban unos a otros. No faltó a hombre capa ni espada, ni a mujer manto o rosario. Todos se vieron en peligro de muerte, y ninguno murió

20. Ídem, p.197.

ni padeció otro mal que mojarse. Passaron en barcas el rio y fueron a la Iglesia de San Ginés a dar gracias a Dios por la merced que les había hecho, y celebraron con mayor regocijo que otros años la fiesta del Santo, por cuyos merecimientos habían salido de aquel peligro.²¹

Es de destacar que Honorato (350-429 d.C.) es hoy también santo de la Iglesia Católica y que, dada la fecha de su fallecimiento, este hecho tuvo lugar como máximo 120 años después del martirio de Ginés.

Una última mención de importancia la encontramos en la *Guía del peregrino medieval* o *Codex calixtinus*, en su Capítulo VIII “De las visitas de los cuerpos de los Santos...”, que, al hablar de Arlés, menciona que

... se han de implorar en el cementerio de esta ciudad la protección de san Honorato, obispo, cuya solemnidad se celebra el 16 de enero. En su venerable y magnífica iglesia descansa el cuerpo de san Ginés, mártir muy preclaro. En las afueras de Arlés hay un arrabal, entre los dos brazos del Ródano, que se llama Trinquetaille, en donde existe detrás de la iglesia una columna de magnífico mármol, muy alta y elevada sobre la tierra a la que, según cuentan, ataron a san Ginés y lo degolló la plebe infiel; y aún hoy aparece enrojecida por su rosada sangre. El mismo santo apenas hubo sido degollado cogió su cabeza con sus propias manos y la arrojó al Ródano, y llevó su cuerpo por medio del río hasta la iglesia de San Honorato, en donde honrosamente yace. Su cabeza, en cambio, corriendo por el Ródano y por el mar llegó, guiada por los ángeles, hasta la ciudad española de Cartagena, en donde ahora descansa espléndidamente y obra muchos milagros. Su festividad se celebra el 25 de Agosto.²²

Más allá de esta última mención, sabemos por los escritos de san Paulino que, una vez retirados los asesinos de Ginés, se acercaron algunos cristianos, quienes alzaron sus despojos y le dieron sepultura en el cementerio de Alyscamps. Hoy en día los Alyscamps son considerados patrimonio de la humanidad por la UNESCO y no son otra cosa que una gran necrópolis romana que se encuentra en la ciudad de Arlés. El nombre es una corrupción de la expresión latina *Elisii Campi*, es decir *Campos Elíseos*. San Ginés fue enterrado aquí y rápidamente se convirtió en un centro de culto, pudiendo todavía observarse en su lápida: “Ginés de Arlés, Notario cristiano, MURIÓ DANDO FE DE SU FE, el 25 de agosto de 430”.

El error en la fecha que figura en su lápida puede deberse a varias posibilidades, que van desde una confusión con otro santo de nombre Ginés, quien es patrono de los artistas, hasta la posibilidad de que la lápida haya sido colocada con posterioridad por quienes no tenían en claro la fecha de su muerte. Remarco que no me cabe duda

21. DE RIBADENEYRA, Pedro, *Flos sanctorum* [Libro de la vida de los santos], v. 2, Barcelona, Sierra, Oliver, y Marti Associés, 1790, [obra ampliada por la Compañía de Jesús], pp. 546. [Última fecha de consulta: 20/7/2016].

22. *Codex Calixtinus*, Libro V, Capítulo VIII. [Última fecha de consulta: 20/7/2016].

de que San Ginés fue martirizado entre el 303 y el 311. Esto se confirma plenamente con las fechas de los edictos de Diocleciano, con el momento en que nació y murió san Paulino de Nola y con el milagro que relata san Hilario y que no solo involucra a san Honorato, fallecido en el año 429, sino que además habla de un lugar erigido en nombre de san Ginés y al cual los fieles peregrinaban, lo cual a todas luces nos muestra que ya se había generado a esa fecha una devoción por el santo. Tampoco podemos perder de vista otro factor histórico: en el año 380, el cristianismo fue decretado religión oficial del Imperio Romano por el Edicto de Tesalónica.

Se sostiene también que parte de los restos de san Ginés descansan en otras dos iglesias, una que se levantó en su honor en Madrid y otra en Cartagena. Lo cierto es que el patrono de Cartagena no es otro que san Ginés de la Jara, santo de origen francés que fuera canonizado en 1541 por el papa Pablo III y cuya festividad se celebra el 25 de agosto. Historiadores y estudiosos sostienen que san Ginés de la Jara es en efecto el nombre que se le dio a san Ginés de Arles cuando el culto llegó a esas tierras.

En cuanto al proseguir de la historia, al poco tiempo del martirio de nuestro santo patrono, Galerio obliga a Diocleciano a abdicar, y este muere finalmente en el año 311. Ese mismo año tuvo lugar el Edicto de Tolerancia por parte de Galerio, quien gravemente enfermo “se vio forzado a hacer una confesión de Dios [...] y declara su intención de restituir el templo de Dios y reparar convenientemente su crimen”²³. Puede que esta causal haya influido en su decisión, pero también es cierto que la persecución no había tenido éxito, lo cual el mismo Edicto concede. El accionar de Diocleciano no cumplió los propósitos del emperador y el número de cristianos aumentaba imparablemente gracias a sus enseñanzas, valores, mártires y doctrina. La historia luego abrirá el telón para dar paso a la figura de Constantino I “el Grande”, hijo de santa Helena, y a la decisiva batalla del puente Milvio, que sentará las bases del Edicto de Milán del año 313, cerrándose finalmente esta etapa en el año 380 con el Edicto de Tesalónica del emperador Teodosio, mediante el cual, como hiciéramos mención, el cristianismo pasa a convertirse en la religión oficial del Imperio Romano.

3. El legado de san Ginés en el Río de la Plata

3.1. 19 de agosto de 1788

Pasemos entonces a analizar la influencia que tuvo san Ginés en nuestras tierras. Lo más destacado se encuentra en un convenio celebrado por un grupo de escribanos que, entre un conjunto de disposiciones, proyecta la constitución de una hermandad bajo su protección. Me refiero aquí a un documento que tuvo lugar el 19 de agosto de

23. LACTANCIO, Lucio C. F., ob. cit. (cfr. nota 10), p. 164.

1788 como consecuencia del menosprecio que sufrían los notarios de aquel entonces y de la falta de protección y defensa de la profesión, que los llevó a copiar el ejemplo de colegas de Cádiz que decidieron constituir un Arca Grande para hacer frente a una realidad similar.

Le propongo entonces, lector, viajar en el tiempo: del Imperio Romano en la Antigüedad nos trasladamos a España y a América en la Modernidad. La fecha que nos ocupa ahora es, como se dijo, el 19 de agosto de 1788. Hace apenas doce años se constituyó el Virreinato del Río de la Plata y en menos de un año tendrá lugar un hecho que sacudirá la historia, precisamente en la región que fue cuna de nuestro santo patrono: Francia. Estamos a meses de la Revolución Francesa, que traerá cambios radicales y, en lo que respecta al notariado, dará lugar a la Ley del XXV de Ventoso del Año XI de la República. Pondé sostiene que la Modernidad trae consigo una “declinación” del notariado, que curiosamente no se produce por razones intrínsecas a la función ni a sus miembros, sino por cuestiones extrínsecas a ellos, que se relacionan con lo que hoy llamamos acceso al cargo y que motivan al referido grupo de escribanos a imitar el ejemplo de los pares gaditanos.

3.2. La realidad de los notarios a fines del siglo XVIII

Entre las características salientes de la modernidad europea, se destacan las guerras que se libraron y que generaron en la realeza la necesidad de buscar recursos para ampliar sus arcas. Una de las vías para lograrlo fue la venta de oficios en pública subasta y al mejor postor. En términos generales se van a vender todos los oficios en España y en gran parte de Europa, incluyendo los “de pluma”, dentro de los cuales encontramos el oficio notarial. Resalto el interés en España ya que, a grandes rasgos, lo que ocurría allí tenía su reflejo en el Virreinato.

El primer gran problema que esto generó fue que el acceso a la función dejó de reposar en el propio mérito y pasó a hacerlo en la compra del oficio, lo cual inevitablemente acarreó especulaciones financieras al tratar de obtenerse ganancias por la inversión realizada. Cuán lejos está la función notarial de esos fines: no miramos el lucro sino el servicio que se está brindando, ya que si antes que al requirente se coloca el lucro, no se da un buen servicio sino un servicio rentable.

El segundo problema fue el surgimiento de dispensas: se permitió que aquel que no reunía todos los requisitos que se exigían para ser escribano pudiese de todos modos comprar el oficio. Así, por ejemplo, la edad mínima para ejercer la función, que era de veinticinco años, podía ser reducida por un módico pago adicional, con las consecuencias de tener “profesionales” con menor experiencia. Más aún, en un principio la venta de oficios se realizaba por la vida del adquirente, pero para obtener una mayor recaudación comenzó a venderse por más de una vida, hasta llegar a transmitirse a perpetuidad. En consecuencia, el oficio pasó a ser parte del patrimonio, y no está de más preguntarse qué ocurría cuando era heredado por una mujer o por un

menor, quienes no podían ejercer el cargo. Aparecieron aquí dos caminos posibles: por un lado recurrir a la figura de los “tenientes”, que eran escribanos que no tenían un oficio y que entonces lo arrendaban; y por otro lado, optar por la renuncia al oficio, lo que implicaba que este se volvía a vender en pública subasta, distribuyéndose lo recaudado entre los herederos y el rey. Por último, hay que tener en cuenta que también se multiplicaron funciones, ya que cuando un monarca sucedía a otro y el oficio se encontraba vendido, había que crear uno nuevo para obtener recursos, lo que se lograba quitándole competencias a un oficio existente.

Podemos imaginarnos las consecuencias nefastas que estos hechos generaron en la función notarial, a punto tal de provocar el menosprecio de la actividad. Fue tal la decadencia producida que aun hoy subsiste en el creer popular la idea de que la función notarial “se hereda”. No debe sorprendernos, entonces, que los escribanos del siglo XVIII sufrieran agravios como consecuencia del descrédito generado por esta situación.

3.3. El convenio celebrado y la creación del Arca Grande

La realidad descrita llevó, como dijimos, a un grupo de escribanos a celebrar un convenio²⁴ y constituir un sistema a imagen y semejanza del que tuvo lugar en la ciudad de Cádiz, con un arca común que les permitiría a los notarios recaudar fondos para proteger sus fueros y prerrogativas, asegurar la subsistencia de viudas y descendientes y, en sus propias palabras, “haser brillar los reales de tan lustrosos como distinguidos y caracterizados empleos”.

El convenio pasó en el registro que estaba a cargo de don Juan José Romualdo de Rocha (registro II, año 1788, folio 263 vuelta) y fue suscripto por don Tomás José Boyso, don Pedro Núñez, don José Luis Cabral, don Martín de Rocha, y el propio Juan José Romualdo de Rocha. Se destaca la presencia y firma del alcalde ordinario de primer voto, respecto de quien Pondé destaca que

... se hace comparecer en la parte final del documento a un personaje que, en rigor, nada tiene que hacer con la convención programada, porque se trata de Manuel Antonio Warnes, que es en ese momento el Alcalde de Primer Voto y a quien los notarios recurrieron sencillamente para “la mejor autorización” del acto, requiriendo al propio tiempo la aprobación. Indudablemente no habrá sido ello más que una actitud deferente y política al mismo tiempo para garantizar el respeto y el apoyo de los poderes públicos ante la creación de un organismo de esta naturaleza.²⁵

24. Todas las citas que se transcriben del convenio están tomadas de su versión paleográfica del mismo, aportada por el escribano Escalada Yriondo. Ver en este sentido ESCALADA YRIONDO, Jorge, “Una agremiación de escribanos porteños en el siglo XVIII”, en *Revista del Notariado*, N° 516, julio 1944, pp. 829-848 (reproducida por PONDÉ, Juan B., en ob. cit. [cfr. nota 1], p. 627).

25. PONDÉ, Juan B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 372.

El convenio goza de 39 “capítulos” o cláusulas y una introducción, en la cual los escribanos expresan la realidad que comentamos:

Tenemos echos positivos y constantes del abandono con que oy se miran nuestros empleos por falta de defensa en sus reglas y esenciones de que gosamos siguiendo-se de aquí el tenerse en poco y menores con orror y menosprecio inflamandolo y ultrtrajandolo frecuentemente [...] lo que no susede en la Ciudad de Cadiz donde se ha echo tan respetable despues de serlo de suio solo con el influjo y fomento de la Arca Depositaria que establecieron aquellos escribanos con la justa idea de ocurrir como lo hasen a la defensa de sus prerrogativas esenciones y demas particulares intereses...²⁶

Como bien destaca Escalada Yriondo,²⁷ “el objeto principal del convenio era velar por los fueros y privilegios del gremio, como también atender la secuela y la defensa de los litigios que se suscitaran con tal motivo”. Pondé sostiene que no se buscó crear un paliativo para el escribano sancionado o destituido con justa causa, sino lo opuesto, poniendo al escribano “al margen de contingencias por medidas arbitrarias de la autoridad que pudieran alejarlo del cargo sin justificativo suficiente”.²⁸

El convenio también tuvo fines secundarios, entre los que se destacan préstamos dinerarios a los miembros, bajo interés y fianza; atender los gastos de enfermedad y entierro en caso de fallecimiento de un integrante del arca; otorgar sumas de hasta tres mil pesos a hijas de escribanos que estuvieren por casarse con “oficial u otra persona de distinción” y necesitasen dote, suma que eventualmente sería devuelta por sus maridos en el caso de que ellas muriesen sin dejar descendencia; otorgar pensiones a los hijos de los escribanos en caso de que sus madres hubieran fallecido y que ellos procediesen de legítimo matrimonio; dar subsidios a las viudas de los escribanos a fin de evitar que “estrechadas de la necesidad no se malogren antes bien puedan mantenerse con una regular desencia”, perdiendo tal subsidio si contrajeran segundas nupcias, al entender que sus necesidades ya quedarían remediadas. Asimismo, cuando los fondos del arca sumaren 1000 pesos, se establece que “se ha de dar limosna todos los días viernes del año a medio real en plata a cada uno de quantos pobres mendigos ocurran a casa del que este echo cargo de la arca”.

Los fondos se obtendrían de los derechos que fijaba el arancel para las “comprobaciones” y para las legalizaciones de las firmas de otros escribanos, no pudiendo ninguno de los escribanos otorgantes realizar este trabajo gratuitamente, debiendo en tal caso suplir el importe de su propio peculio. Las sumas recolectadas serían depositadas en “un Arca Grande con suficiente buque y seguridad de tres llaves”. El arca

26. ESCALADA YRIONDO, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 24), p. 832.

27. Ídem, p. 830.

28. PONDÉ, Juan B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 369.

... estaría a cargo de don Juan José de Rocha y cuyas tres llaves se entregarían a éste, y [a los escribanos] Núñez y Boyzo, respectivamente. Los depósitos de dinero serían hechos en presencia del que efectuaba la entrega y del encargado de la caja. Todas estas sumas no responderían jamás, ni por causa alguna, por las deudas particulares que hubieran contraído o contrayesen los asociados. Anualmente se practicaría un balance del capital existente, a cuyo acto serían citados y podrían asistir todos los miembros.²⁹

Tampoco podían los escribanos firmantes desconocer ni contradecir el convenio celebrado.

3.3.1. La hermandad proyectada

A continuación, se transcriben las cláusulas más importantes que tratan la eventual constitución de una hermandad.³⁰

8) Que luego de pasados cinco años de la fecha, tiempo en que ya se concidera el depocito con fondos vastantes y capases de soportar algunos gastos extraordinarios se ha de celebrar la fiesta de San Xines, por haver sido escribano, costeandose esta en la Santa Yglecia Catedral con la maior suntuosidad que se pueda en reverencia del culto divino elijiendose entre todos o por la maior pluralidad de votos los sujetos que se han de destinar para la predica y selebracion de la misa cantada.

9) Que a los cinco años susequentes se ha de entablar una hermandad de los mismos Escribanos tomando por Patron de ella la ante dicha adbocasion de San Xines para que con los mismos fondos se costee la funcion anual y sinquenta misas que deveran celebrarse en el mismo dia aplicandose todas ellas en primer lugar por el alma de los fundadores y estableedores de esta obra pia, mugeres e hijos y demas desendientes y almas del purgatorio y especialmente aquellas de nuestros compañeros preteritos o por quien su divina Magestad fuere servido.

[...]

22) Que luego que los fondos destinados para estas ocurrencias llegaren a quatro mill pesos se ha de entablar y celebrar todos los dias del año una misa resada que devera decirse a la hora de dose en el altar donde estubiese colocada la efigie de San Xines, aplicandose todas ellas por los preteritos y futuras almas de los Escribanos, mugeres y demas desendientes de estos o por aquellas que sean del agrado del Altisimo para que por estos sufragios se digne su Divina Omnipotencia dispensarnos de las penas eternas.

[...]

26) Que se ha de conprar una capilla en la Santa Yglesia Cathedral y en ella se colocara un altar o retablo con la efigie de San Xines, dorandolo y adornandolo de todo lo presisio, que devera estar al cuidado de las mugeres de los Escribanos por

29. ESCALADA YRIONDO, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 24), p. 830.

30. Ídem, p. 836-845.

la antigüedad de estos en primer lugar, en segundo de sus hijas, en tersero de sus nietas y por este orden en las del sexso mugeril, que deveran turnar todos los años y cuidar de su mejor desendencia y aseo bien que todo el costo habrá de deducirse del mismo fondo sin que se grave nadie en cosa alguna mas que en la asistencia personal.

27) Que los saserdotes hijos de los Escribanos por el echo de disfrutar de la congrua que han de reportar por las misas que selebrasen y con respecto a la asignacion mensual de sinquenta pesos han de ser obligados a resar el Santisimo Rosario con letanias cantadas todas las noches en el altar supra dicho para exitar a las jentes a tan santa debosion.

28) Que luego de conprada la citada capilla tendran en ella todos los Escribanos publicos, mugeres de estos, hijos, nietos y demas de la desendencia de cada uno, entierro o sepultura que ha de ser junto a la tarima a los que deveran asistir precisamente todos quantos haia en estado saserdotal con capas de coro sin que en esto se guarde el orden antes prevenido, esto es que por muerte de los unos recaiga la acción en los otros pues este derecho ha de ser genérico y sin aguardarse unos a otros, bien que sobre todo se tendrá presente lo dispuesto en el capítulo dies y ocho cuia gracia ha de comprehender a la viuda aunque esta fallesca casada con otro que no sea Escribano.

[...]

35) Que luego de verificada la compra de capilla y establecimiento de altar tratando de llevar adelante el culto divino, queda de nuestra cuenta y por haora lo reservamos para entonses en tratar y acordar con mejor conocimiento de los fondos que existan, en orden a las gracias que se deveran solicitar a efecto de establecer los dias de quarenta horas dedicadas en celebridad de tan glorioso Santo y mejor reberencias devida al todo Poderoso con las demas consesiones de yndulgencias y gracias que se deveran inpetrar no solo a veneficio de los fundadores y demas llamados al gose de los sufragios prevenidos en este ynstrumento sino tambien trasendental a todo el genero humano y quantos quisieran asentarse en clase de hermanos en la que devera lebantarse en onrra y gloria de Dios con la adbocacion del predicho Santo.

Podrían ingresar a la hermandad todas las personas de ambos sexos que quisieran hacerlo, pero no serían admitidas “las que no sean de conocida prosapia”.

3.3.2. ¿Constituye este convenio el nacimiento de una hermandad?

Conforme al derecho canónico,³¹ la cofradía es

La congregación ó hermandad que forman algunas personas con autoridad competente para ejercitarse en obras de piedad. También se llama *asociacion, congregacion, hermandad...*

31. *Diccionario de derecho canónico. Arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna*, París, Rosa y Bouret, 1854, p. 264. [N. del E.: ver [aquí](#)].

Hay quienes sostienen que deberíamos diferenciar la hermandad de la cofradía conforme a sus integrantes: mientras que las cofradías se forman por personas de la misma profesión o grupo social, las hermandades integran a miembros de distintas profesiones, situaciones sociales y razas, sin perjuicio de que, con el tiempo, la cofradía pudiera convertirse en hermandad. Etimológicamente no encontramos diferencias: hermandad viene de *germanus* (hermano carnal) y cofradía viene de *cum fratre* (con el hermano). Se utilizarán aquí indistintamente los términos “hermandad” y “cofradía”.

Disiento con los notarios e historiadores que consideran que el documento que se está tratando es “la escritura fundacional de la Hermandad de san Ginés de Arlés”³². En mi humilde opinión, estamos aquí en presencia de un acto jurídico que tiene por finalidad la creación de un Arca Depositaria, a imagen del antecedente que tuvo lugar en Cádiz, con un fin provisional y asistencialista.

Separamos así en este estudio las cláusulas del convenio que tienen un fin inmediato vinculado a la constitución del arca depositaria y a sus lineamientos esenciales, de aquellas que tienen un fin mediato. A mi entender, en este documento hallamos lo que podríamos llamar una “hermandad proyectada”, mas no la fundación de una hermandad.

Se desprende justamente que uno de los objetivos a mediano plazo de los escribanos suscriptores es entablar una hermandad tomando por santo patrón a san Ginés. Se habla, entonces, de plazos futuros: “8) Que luego de pasados cinco años de la fecha...” y “9) Que a los cinco años sucesivos se ha de entablar una hermandad de los mismos Escribanos tomando por Patron...”, y de gastos extraordinarios: “... tiempo en que ya se concidera el depocito con fondos vastantes y capases de soportar algunos gastos extraordinarios...”.

Escalada Yriondo habla de una “agremiación de escribanos porteños” y sostiene en relación al convenio que

El culto de San Ginés, que por haber sido Escribano era el patrono del gremio, fué motivo de particulares consideraciones. Como primera medida, resolvióse que al cabo de cinco años, esto es en 1793, se celebraría su festividad en la Catedral, con la mayor pompa posible, diciéndose una misa cantada y el correspondiente sermón. Luego, al cabo de otro período igual, es decir en 1798, se crearía una hermandad bajo esa advocación, y se compraría una capilla en dicho templo, instalándose allí un altar con su efigie.³³

32. RAMÍREZ ARANDIGOYEN, Álvaro D., [presentación al artículo de LUCERO, Juan A., “Hermandad de san Ginés en Buenos Aires”], en *Revista del Notariado*, N° 912, 2013, p. 283. En igual sentido, ver en el mismo trabajo, p. 285: “En el año 1788, a instancias del escribano Juan José Romualdo de Rocha, los escribanos de la Ciudad de la Santísima Trinidad y Puerto Santa María de los Buenos Aires, por escritura pública, celebran un pacto, creando, bajo la protección del santo, la Hermandad de San Ginés de Arlés”.

33. ESCALADA YRIONDO, Jorge, ob. cit. (cfr. nota 24), p. 831.

Por último, refuerzo esta postura con otro argumento de peso: el modo en que se constituían las hermandades en aquel entonces.

3.4. Cofradías y hermandades. Su constitución

Explica Martínez de Sánchez que

La cofradía fue una forma de asociación piadosa muy difundida, tanto en Europa como en América, especialmente en los siglos XVII y XVIII. En su origen, medieval, estuvo identificada con los gremios que tenían un santo patrón a quien le rendían culto [...] El santo protector elegido había ejercido el mismo oficio o su vida o martirio tenía alguna característica que lo relacionaba con el trabajo que protegía.³⁴

El marco jurídico para el funcionamiento de las cofradías se originó en los dos fueros –eclesiástico y civil– y en sus diferentes niveles, pero la Iglesia se reservó el derecho jurisdiccional de sancionar los estatutos y constituciones de las mismas³⁵ [...]

Las cofradías religiosas coloniales fueron reguladas desde el ámbito civil y el canónico. A la legislación real española se le unió la indiana y en el fuero eclesiástico se aplicó la legislación universal (Trento) y los Sínodos y Concilios americanos.³⁶

La manera de fundar las cofradías y el cumplimiento de los requisitos establecidos por las autoridades reales y canónicas fue una de las preocupaciones recurrentes en la legislación.

El establecimiento de las cofradías es un acto de jurisdicción episcopal, enteramente reservado al obispo, como el encargado principal del cuidado de las almas. Las cofradías, dice el Canon 7 del Concilio de Arlés, deben prohibirse, si no están establecidas por la autoridad del obispo. Para que el establecimiento de la cofradía sea legítimo [...] ha de hacerse con licencia del rey y del obispo diocesano; sin cuyos requisitos deben impedirlo bajo su responsabilidad las justicias de los pueblos.³⁷

El Concilio de Arlés que se cita es el que se celebró en 1234, y en el mismo sentido se pronunció el papa Clemente VIII con una bula el 3 de diciembre de 1604, que prohi-

34. MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, Ana M., “Hermandades y cofradías. Su regulación jurídica en la sociedad india-na”, en *Derecho y administración pública de las indias hispánicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, t. II, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002, p. 1035. [N. del E.: ver [aquí](#)].

35. MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, Ana M., *Cofradías y obras pías en Córdoba del Tucumán*, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 2006, p. 88.

36. Ídem, p. 93.

37. *Diccionario...*, ob. cit. (cfr. nota 31), p. 264. [N. del E.: ver [aquí](#)].

bió la constitución de nuevas cofradías sin el permiso y autoridad del obispo, luego de un examen de los estatutos de la hermandad. También adopta lo impuesto por el concilio referido³⁸ la Ley XXV del Título IV (“De los Hospitales, y Cofradías”) del Libro Primero de la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias de 1680:

Ley XXV. Que no se funden cofradías sin licencia del rey, ni se junten sin asistencia del Prelado de la Casa y Ministros Reales.

Ordenamos y mandamos, que en todas nuestras Indias [...] para fundar Cofradías, Iuntas, Colegios ó Cabildos [...] aunque sea para cosas y fines pios y espirituales, preceda licencia nuestra y autoridad del Prelado Eclesiástico, y habiendo hecho sus Ordenanzas y Estatutos, las presenten en nuestro Real Consejo de las Indias, para que en él se vean y provea lo que convenga, y entre tanto no puedan usar ni usen de ellas; y si se confirmaren ó aprobaren, no se puedan juntar ni hazer Cabildo ni Ayuntamiento, si no es estando presente alguno de nuestros Ministros Reales...

Al referirse a esta recopilación, Martínez de Sánchez sostiene que

... ordenó que no se fundaran cofradías, ni se formaran juntas, colegios, cabildos de españoles, indios, negros y mulatos u otras personas de cualquier estado y calidad sin cumplir los mismos requisitos indicados en la recopilación castellana, aunque fuera para fines píos y espirituales.

Cuando las cofradías redactaban sus ordenanzas debían ser presentadas al Real Consejo de Indias para que en él se analizaran y proveyera lo conveniente, sin ponerse en práctica entretanto. Una vez aprobadas, no podían hacer cabildo ni ayuntamiento sin la presencia de alguno de los ministros reales nombrado por el virrey, presidente o gobernador y el prelado de la casa donde se juntaran.

Otras cédulas posteriores confirmaron lo ordenado, tanto sobre la intervención del rey como del obispo. Entre ellas la del 8 de febrero de 1758, que mandó observar la ley indicada e insistió en que no continuasen funcionando las cofradías que se hubiesen fundado sin real licencia. Al año siguiente –8 de febrero de 1759– se reiteró que no debían considerarse las que, aunque erigidas con autoridad eclesiástica, no presentaran la aprobación real.³⁹

Esta política se aplicó tanto con los Habsburgos como con los Borbones, aunque se acentuó el control con estos últimos, quienes promovieron una política de extinción de las mismas, tratando así de reivindicar el poder de la monarquía sobre la Iglesia.

El fundamento estaba en que demasiadas cofradías no permitían que todas se atendieran debidamente y ocasionaban demasiados gastos a los fieles. En este sentido, el sínodo de la Plata de 1773 recalcó lo que había establecido la legislación

38. Ana M. MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ (en ob. cit. [cfr. nota 34], p. 1041) expresa que el concilio ya había sido adoptado por la Recopilación de Leyes de Castilla de 1567 en la Ley 3, Título 14, Libro 8. [N. del E.: ver [aquí](#)].

39. MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, Ana M., ob. cit. (cfr. nota 35), pp. 97-98.

real: “Que las cofradías tuvieran aprobación del Rey o de la persona que en su nombre ejerciera el real Patronato y, conforme a la Recopilación de Indias, el pase del Consejo”.⁴⁰ Sumamos por último que “por resolución de Carlos III, a consulta del Consejo, el 9 de julio de 1783 se exigió la ‘extinción, reforma y arreglo de las cofradías’ erigidas sin autoridad real ni eclesiástica”.⁴¹

Teniendo presentes estos conceptos, estamos lejos del documento suscripto por nuestros antecesores: **allí no se hace referencia alguna a una previa autorización por parte del obispo o vicario, ni se habla de la posibilidad de presentar el documento en el Consejo de Indias.** Sostuvimos también nuestra posición en relación a la presencia “meramente política” del alcalde Warnez.

Reafirmo y concluyo así que, a mi parecer, el documento en estudio no es el instrumento constitutivo de la Hermandad de san Ginés de Arles.

3.5. ¿Fue constituida posteriormente la Hermandad de san Ginés o todo terminó en una simple expresión de deseos? Información del Archivo General de la Nación y de la Catedral de la Ciudad de Buenos Aires

Lamentablemente, no podré responder a esta inquietud. El protocolo que más luz podría traer a la cuestión es el correspondiente al año 1798, a cargo del escribano Juan José de Rocha, en virtud de la citada cláusula novena: “9) Que a los cinco años susequentes se ha de entablar una hermandad de los mismos escribanos tomando por Patron de ella la ante dicha adboacion de San Xines...”. El mismo se encuentra actualmente en reconstrucción en el Archivo General de la Nación, y su acceso está restringido.

Sin poder contar con esta pieza fundamental, centré el análisis en los protocolos correspondientes al año 1793, en virtud de la citada cláusula octava del convenio:

8) Que luego de pasados cinco años de la fecha, tiempo en que ya se concidera el deposito con fondos vastantes y capases de soportar algunos gastos extraordinarios se ha de celebrar la fista de San Xines, por haver sido escribano, costeandose esta en la Santa Yglecia Catedral

No se encuentra referencia ni mención alguna relativa a san Ginés ni a entradas destinadas a celebraciones en la Iglesia Catedral en los cuadernos de protocolo de ese año de los escribanos Juan José de Rocha y Tomás José Boyzo.

Me dirigí entonces a la Catedral de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la esperanza de encontrar algún registro o documento que diera indicios de una eventual constitución y funcionamiento de la hermandad y de la adquisición del altar, co-

40. Ídem, p. 103.

41. Ídem, p. 99.

locación de la imagen de san Ginés, celebración de misas y rezo de rosarios, y entierro de difuntos. Pero, a pesar de la invaluable colaboración del sector del Museo de la Catedral que ha hecho todo lo posible por ayudarme, debo decir con mucho dolor que no hay registros ni fuentes documentales a las que podamos acceder. Es incalculable el cúmulo de información que se ha perdido a causa de la quema de los registros de la Catedral provocada el 16 de Junio de 1955 y aventuro que cualquier referencia que pudo haber existido para servirnos de guía se ha consumido con el fuego. La Hermandad de san Ginés nunca había sido oída por las encargadas del museo, así como tampoco podían afirmar que los cofrades hubieran adquirido un altar. Asimismo, he podido acceder a la cripta ubicada dentro del recinto, buscando con ello comparar los nombres que figuran en las placas de los difuntos que se encuentran allí enterrados con los escribanos que han suscripto el convenio. No hay coincidencia alguna.

De todos modos, lo dicho no implica que finalmente la hermandad no se haya constituido. Debe tenerse en cuenta que muchas veces las medidas tomadas desde la esfera real y eclesiástica “fueron acatadas sin demasiado rigor”⁴², y tenemos conocimiento de hermandades que han funcionado en la Catedral aunque no quede registro de ellas. Citamos, por ejemplo, la Hermandad de san Pedro, de existencia indubitada pero sin respaldo documental. También cabe la posibilidad de que la Hermandad de san Ginés se haya puesto en funcionamiento y que se hayan efectuado entierros en la parcela colindante con la Catedral, donde existía originariamente un jardín de paz, cuyos registros se han destruido. Durante la presidencia de Rivadavia, el jardín de paz fue cerrado y hoy día opera allí el arzobispado.

Más allá que la Hermandad se haya efectivamente constituido o que haya quedado reflejada en una humilde y honrosa declaración de voluntades, en un “proyecto de hermandad”, **no cabe duda de que aquel documento constituye nuestro primer antecedente de colegiación notarial y, más específicamente, la semilla de nuestro actual sistema de previsión notarial que hoy tiene su fruto en nuestra Caja Notarial.**

4. Conclusiones

Hace poco más de mil setecientos años un hombre moría por una causa justa. Casi quince siglos después, un grupo de escribanos quiso honrarlo con las más puras y loables intenciones. Dios quiera que nuestros antepasados notariales, aquellos que dejaron su huella en el cuerpo notarial, como tantos otros que podríamos mencionar, sigan influyendo en las generaciones presentes y futuras, uniendo fraternalmente al notariado de toda la República.

42. Ídem, p.103.

Concluyo este humilde y bienintencionado aporte agradeciéndole, lector, por su interés, y cierro reproduciendo las maravillosas palabras que el presbítero español José Garrido dirige a san Ginés, aplaudiendo

... la firmeza que demostró nuestro Santo manteniendo sus convicciones y arrojando el martirio y la muerte antes que hacer traición a su conciencia que le impedía colaborar a un acto a todas luces injusto y cruel. “Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios”, había dicho Jesucristo, y S. Ginés cumplió esta consigna con la mayor perfección. Fue fiel a su emperador mientras no se le exigieron actos que implicaran traición a Dios; pero cuando quisieron exigirle lo que repugnaba a su conciencia de hombre honrado y de cristiano convencido, fue fiel a su Dios y prefirió el martirio y la muerte antes que cometer lo que él consideraba, y era, un abuso criminal de autoridad. Hermoso ejemplo que debería incitarnos a permanecer siempre fieles a nuestra Fe. **Valiente actitud que es una constante acusación contra aquellos que ante un cargo, un placer o un puñado de dinero se prestan a cometer las más vergonzosas acciones.**⁴³

5. Bibliografía

Codex Calixtinus, Libro V, Capítulo VIII.

COSOLA, Sebastián J., *Los deberes éticos notariales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2008.

CURSACK, Eduardo V., “Instrumentos públicos. Actas notariales”, en AA. VV., *Edición Homenaje Dr. Benjamín Pablo Piñón*, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral, 2004.

DE RIBADENEYRA, Pedro, *Flos sanctorum [Libro de la vida de los santos]*, v. 2, Barcelona, Sierra, Oliver, y Marti Associés, 1790.

Diccionario de derecho canónico. Arreglado a la jurisprudencia eclesiástica española antigua y moderna, París, Rosa y Bouret, 1854.

ESCALADA YRIONDO, Jorge, “Una agremiación de escribanos porteños en el siglo XVIII”, en *Revista del Notariado*, N° 516, julio 1944, pp. 829-848.

EUSEBIO DE CESAREA, *Historia eclesiástica*, libro VIII, Buenos Aires, Nova, 1950.

GARRIDO, José, “San Ginés. Notario y mártir”, en *Llibre de la Festa Major de Torroella de Montgrí*, Torroella de Montgrí, 1960.

HUGHES, Robert, *Roma. Una historia cultural*, Barcelona, Crítica, 2013.

LACTANCIO, Lucio C. F., *Sobre la muerte de los perseguidores*, Madrid, Gredos, 1982, [introducción, traducción y notas de Ramón Teja].

LUCERO, Juan A., “Hermandad de san Ginés en Buenos Aires”, en *Revista del Notariado*, N° 912, 2013, p. 283-299.

MARTÍNEZ DE SÁNCHEZ, Ana M., “Hermandades y cofradías. Su regulación jurídica en la sociedad indiana”, en *Derecho y administración pública de las indias hispá-*

43. GARRIDO, José, ob. cit. (cfr. nota 16), p. 4. [El destacado nos pertenece].

- nicas. Actas del XII Congreso Internacional de Historia del Derecho Indiano (Toledo, 19 a 21 de octubre de 1998)*, t. II, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 2002.
- *Cofradías y obras pías en Córdoba del Tucumán*, Córdoba, Universidad Católica de Córdoba, 2006.
- MURRIETA, Katia, “Aspectos generales sobre el sistema notarial francés y breve comparación de la intervención notarial en el derecho de familia en Francia con el derecho notarial ecuatoriano”, en *Revista Jurídica*, Guayaquil, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, N° 8, 1993.
- PAULINO DE NOLA, “Martirio de san Ginés, escribano en Arles. San Paulino de Nola”, en Ruinart, Thierry (recopilador y traductor al francés), *Las verdaderas actas de los mártires. Acta primorum martyrum*, t. 3, Madrid, 1776, [traducción al español de Joaquín Ibarra].
- PONDÉ, Juan B., *Origen e historia del notariado*, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- RAMÍREZ ARANDIGOYEN, Álvaro D., [presentación al artículo de Lucero, Juan A., “[Hermandad de san Ginés en Buenos Aires](#)”], en *Revista del Notariado*, N° 912, 2013, p. 283.
- REYES VIZCAÍNO, Pedro M., “Las persecuciones romanas a los cristianos”, en *La Razón Histórica. Revista Hispanoamericana de Historia de las Ideas*, Murcia, Instituto de Política Social, N° 16, 2011.