Consejo Federal del Notariado Argentino

PONENCIAS de la DELEGACIÓN ARGENTINA

PONENCIAS DE LA DELEGACIÓN ARGENTINA

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Lima, Perú, 10 al 12 de octubre de 2013.

PONENCIA DE LA DELEGACIÓN ARGENTINA

TEMA I

"Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a la nuevas relaciones sociales".

Coordinador internacional: Not. Pascal Chassaing
Coordinadora nacional: Not. María Cristina Palacios

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Lima, Perú, 10 al 12 de octubre de 2013.

TEMA I: "Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a la nuevas relaciones sociales".

Coordinador internacional: Not. Pascal Chassaing
Coordinadora nacional: Not. María Cristina Palacios

El presente informe ha sido elaborado sobre la base de los aportes efectuados por los siguientes notarios de la República Argentina, en los temas que en cada caso se indican:

María Laura Morales (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Matrimonio.
Cecilia Inés Barás (Pcia. de Mendoza) - Derecho de Familia: Filiación.
Karina Martinez (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Filiación.
María Marta Herrera (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Adopción.
Graciela Curuchelar y Fátima Cosso (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Mediación Familiar.
Enrique H.J. Garbarino y María Alicia Craviotto - (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
Marta R. Piazza (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
María Cristina Palacios (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Uniones de hecho.

Ponencias de la República Argentina

En base a los trabajos presentados, al análisis realizado y a las ponencias propuestas por los notarios que han efectuado sus aportes a este Congreso, ponemos a consideración del XXVII Congreso Internacional del Notariado, en el Tema I: "Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a la nuevas relaciones sociales", las siguientes conclusiones y ponencias:

VISTO: La propuesta efectuada por la organización de este Congreso en el Tema I, desarrollada en las pautas que su Coordinador Internacional ha elaborado, la que nos invita a reflexionar, sobre la manera en

que los cambios en las conductas sociales, movilizan modificaciones en el ámbito normativo del derecho, específicamente dentro del derecho de familia y del derecho sucesorio;

Y considerando:

a) Que llevar a cabo esta reflexión, ha implicado una mirada retrospectiva, esto es: cómo a lo largo de los años, los cambios habidos en los comportamientos humanos dentro de estas particulares áreas, han sido captados, primero por el órgano judicial al dictar sus sentencias, y luego por el legislador, para ser regulados en normas positivas, las que en general, han receptado aquella jurisprudencia; a la vez que una mirada prospectiva del mismo, dirigida a los cambios en esas conductas, que hoy están demandando una nueva o diferente regulación;

b) Que en el ámbito del derecho privado, y particularmente del derecho de familia y sucesorio, la tensión entre la autonomía de la voluntad –expresión de las libertades individuales, y especialmente del derecho a la autodeterminación y a la privacidad-, por un lado, y el orden público, -reservorio de los valores que constituyen el sustrato existencial de cada sociedad en cada momento histórico, tales como, el respeto por la vida y la dignidad humanas, la protección integral de la familia y del desarrollo de la persona, la igualdad, la solidaridad, la moral y las buenas costumbres-, por el otro; ha sido y será permanente, y que la regulación, debe buscar siempre el justo equilibrio;

c) Que el proceso histórico y genético en el cambio de las normas comienza siempre en las conductas humanas en interacción y se traslada luego a la regla que debe buscar inordinarlas en función de la realización de determinados valores, especialmente en los temas del derecho de familia, y no a la inversa;

d) Que en la República Argentina se han producido recientemente cambios legislativos de suma trascendencia jurídica y social que han modificado el paradigma en el esquema tradicional del concepto de familia, como lo es la eliminación del requisito de diversidad de sexos para la celebración del matrimonio, repercutiendo directamente sobre distintas instituciones jurídicas no solo vinculadas con la organización familiar;

e) Que es también una circunstancia a ser tenida en cuenta el derecho proyectado en materia civil y comercial en la República Argentina, en el que se incorporan también trascendentes modificaciones en el ámbito del derecho de familia y sucesiones, las que han sido objeto de tratamiento en los trabajos presentados;

Proponemos como ponencias,

I) En GENERAL:

1) No cualquier cambio en las conductas implica un necesario cambio en las normas: siempre será necesario un proceso de permanencia en el tiempo del nuevo comportamiento, así como una entidad considerable de los individuos involucrados en el cambio, que amerite modificar la regla de conducta para toda una sociedad, pues de lo contrario se corre el riesgo de invertir el orden del proceso propio de transformación de una institución jurídica.

2) El poder legislador de la sociedad, como delegado y encargado de esta potestad por parte de la comunidad, es quien debe resolver si el cambio de la conducta justifica el cambio de la normativa, y en tal caso cómo y en función de qué valores y principios, la normativa debe regular la nueva conducta.

3) Esta delicada tarea, exige una fina sensibilidad y una consubstanciación con los sentimientos, convicciones y necesidades de la comunidad toda, a la vez que una mirada superadora de sectorismos, que pueda ver cuál es realmente el siempre buscado "bien comun", lo que constituye un verdadero desafío para el poder estatal y pone a prueba su capacidad de oportuna y apropiada reacción y por tanto de gobierno.

4) Un sistema de normas que permanece inalterado a pesar de los verdaderos cambios producidos en las conductas de toda una sociedad, o que se modifica a espaldas de lo que realmente ocurre en ella, se convierte en algo totalmente inútil, y probablemente caerá en desuso sin dar respuesta a aquellas necesidades.

5) Un sistema de normas, que se modifica siguiendo los cambios producidos en los comportamientos sociales, pero descuidando los valores a los que esa sociedad considera superiores, se transforma en algo no solamente inútil sino peligroso para la trama axiológica íntima sobre la que aquella apoya su subsistencia.

6) El notariado tiene una doble participación en este proceso, por un lado, como asesor respecto de los aspectos no previstos en la legislación o sobre los cuales la ley guarda silencio , a fin de encausar las voluntades de quienes requieren sus servicios de la manera mas eficaz posible a

pesar de dichos vacíos legales; y por el otro, como institución relevante dentro de la sociedad a la que pertenece, y con la que tiene un contacto cotidiano y directo, cuya postura u opinión debe manifestarse dada la gravitación que ella tiene en el ámbito jurídico y por la utilidad que puede representar para el legislador a la hora de "captar" aquellos cambios en los comportamientos y los valores involucrados.

II) En ESPECIAL, y con respecto a cada área temática según se indica en los subtítulos:

II.1.DERECHO DE FAMILIA:

II.1.1. Matrimonio

a) Ley 26.618:

Dado que la ley 26.618, al eliminar el requisito de la diversidad de sexo para la existencia del matrimonio, no solo alteró la esencia de esta institución, sino que además utilizando una defectuosa metodología, ha generado serias discordancias tanto dentro de la normativa propia del derecho de familia, como así también en el resto del ordenamiento jurídico, dando lugar en algunos casos a situaciones discriminatorias respecto de los matrimonios heterosexuales frente a los matrimonios homosexuales, e inclusive respecto de la mujer; y que el proceso antes enunciado de secuencia lógica y cronológica para la transformación de cualquier normativa y mas aún de una institución fundante como el matrimonio no ha sido respetado, consideramos:

1- Que resulta imperioso que el poder legislador revise, como mínimo desde un punto de vista estrictamente jurídico, el régimen instaurado por la ley 26.618, adecuando y armonizando correcta y sistemáticamente su inserción dentro del ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina, con absoluto respeto de los principios consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que integran el derecho supranacional, cuidando de no caer, en pos de una pretendida no discriminación, en situaciones de privilegios o excepciones arbitrarias;

2- Que dicha revisión ademas debiera ser en un sentido mas profundo, haciendo un análisis lo suficientemente reflexivo y serio, que teniendo en cuenta la importancia de la institución en juego y la gravedad de la reforma impuesta, incluya lo que debió haber sido el primer paso en la

consideración de esta ley, esto es: conocer realmente cuál es la valoración imperante en la sociedad argentina en este momento respecto a este tema, a cuyos efectos propiciamos que se recurra a la consulta popular de acuerdo a lo normado por el artículo 40 de la Constitución Nacional, a fin de decidir cual ha de ser la suerte de esta norma.

3- Que sin perjuicio de ello apoyamos la necesidad de que la normativa contemple un régimen jurídico específico para las parejas del mismo sexo, -que puede ser el de las mismas uniones de hecho u otro-, que responda a las necesidades y características propias de estas parejas, tanto en el plano de los efectos personales como patrimoniales.

b) Proyecto de Código Civil y Comercial (Decreto 191/2011)

En lo que respecta al régimen patrimonial del matrimonio, apoyamos que se otorgue a los contrayentes la posibilidad de optar por el régimen que consideren conveniente, estableciendo el de comunidad como supletorio, y fijando un mínimo de normas imperativas referido a la protección de la vivienda, el deber de contribución a las cargas del hogar y los hijos, y la responsabilidad por deudas frente a terceros, sobre las base de los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, con las siguientes salvedades:

1- La opción por el régimen patrimonial debiera efectuarse antes de la celebración del matrimonio con opción al cambio de régimen solo una vez durante la vigencia del vínculo conyugal, a fin de evitar que un permanente paso de un régimen a otro, pudiera ser utilizado para vulnerar los derechos de terceros, generando ademas incertidumbre en el tráfico, y afectando así la seguridad jurídica.

2- Para el supuesto de que se mantenga la opción ilimitada de cambios de régimen, y con el fin de evitar la mentada incertidumbre, proponemos: la posibilidad de que el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, expida un certificado a solicitud del notario, que informe acerca del régimen al cual se encuentran sometidos los esposos y la inmutabilidad del mismo por un plazo determinado (similar al cierre registral del Registro Inmobiliario), a los efectos del otorgamiento de escrituras que impliquen actos de disposición de los bienes de los cónyuges; que las convenciones matrimoniales se inscriban ademas en los registros de la propiedad que correspondan según la ubicación de los bienes para su

oponibilidad a terceros; que para pasar del régimen de comunidad al de separación de bienes deba cumplirse previamente con la partición y adjudicación de los bienes gananciales y su inscripción en los registros que correspondan según el caso.

3- En el régimen de comunidad de bienes debería establecerse la incapacidad de los cónyuges para celebrar entre sí contratos con efectos traslativos de la propiedad, para evitar fraudes a terceros.

c) Matrimonio en sede notarial

De lege ferenda propiciamos se incorpore la opción de la celebración del matrimonio en sede notarial, por las ventajas que ello importa al otorgar mayor flexibilidad y disponibilidad en cuanto al lugar y fecha para la celebración del matrimonio, ya sea dentro del Proyecto de Código Civil y Comercial en consideración, en cuyo caso ademas permitirá en el mismo instrumento formalizar las convenciones matrimoniales donde los contrayentes determinen el régimen patrimonial al que se someterán; o en su defecto mediante una ley especial que modifique el actual articulado del Código Civil en materia de régimen matrimonial.

II.1.2. Uniones de hecho

1) Las uniones de hecho, mas allá de cual sea su causa, son una realidad innegable inserta en la sociedad argentina desde hace mucho tiempo, que a pesar de haber sido objeto de una mirada disvaliosa por parte ,–entre otros-, del legislador que intentó desalentarla de distintas maneras, constituye en comportamiento social, una forma de ser familiar, que ha ido en aumento y es una conducta constante, instalada en nuestras costumbres, por lo que merece tanta atención por parte del Estado como aquella que se funda en un matrimonio.

2) No adherimos a la postura fundada en el respeto absoluto por la autonomía de la voluntad que considera que no debe dictarse ninguna normativa orgánica respecto de las uniones de hecho, dejando que sea la jurisprudencia la que resuelva las cuestiones que se presenten ante el conflicto, porque tal actitud descuida los valores de solidaridad y responsabilidad familiar que deben ser considerados, y de los que el Estado también es guardador por expreso mandato constitucional; y porque en un sistema de derecho escrito como el nuestro, ello comporta una desatención del valor "seguridad jurídica" que exige contar con reglas generales claras y estables, con la fuerza obligatoria y coercitiva que

importa la ley, y no quedar librados a los vaivenes de las interpretaciones jurisprudenciales.

3) La regulación que se dicte no puede equiparar las uniones de hecho con el matrimonio pues no son figuras idénticas. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación no se vulnera por darles un trato legal diferente,-siempre que éste se funde en criterios razonables y no arbitrarios-, aunque algunos aspectos tengan una regulación prácticamente idéntica, pues hay apariencia de matrimonio y por tanto habrá efectos similares.

4) Proponemos por lo tanto que se regulen estas conductas, mediante una normativa que por un lado, respete la autonomía de la libertad de los integrantes de esa unión que han elegido no ingresar al régimen matrimonial; y por el otro, resguarde la protección que el Estado debe al núcleo familiar así formado -aun cuando no haya descendencia común-, consagrando los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, mediante un mínimo de disposiciones imperativas, haya pactos de convivencia o no.

En relación al Proyecto de Código Civil y Comercial Decreto 191/2011

1) Dado el sistema complejo diseñado a partir de la posibilidad de registración de las uniones y de los pactos, así como de sus modificaciones y extinciones, con diferentes variantes de efectos, proponemos que esto sea revisado en el proyecto, y reemplazado por un sistema mas claro y sencillo, en el que, la inscripción de la unión sea optativa y solo con fines probatorios, y así se mantenga en el resto de la regulación, tanto en ese título como en las demas normas del proyecto, asignando los efectos previstos como piso mínimo de protección, estén o no inscriptas.

2)Debe preveerse la inscripción obligatoria solamente de aquellos efectos patrimoniales que necesitan oponerse a terceros, tales como las restricciones de disponibilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar.

3) Resultaría conveniente que los pactos deban ser hechos por escritura pública a fin de contar con matricidad y fecha cierta –ademas del asesoramiento que implica adoptar esta forma-, y solo tener vocación registral en los registros de los bienes que correspondan cuando ello fuere necesario.

4) Debe establecerse con claridad cuáles serán los Registros de Uniones Convivenciales, cómo y donde funcionaran, y fundamentalmente cuál será el sistema de publicidad de los mismos, que permita de forma ágil, sencilla y segura conocer de la existencia de estas uniones.

5) Dentro del plexo normativo de carácter imperativo, creemos que debe incluirse también el derecho a alimentos, que es el correlato del deber de asistencia y contribución a las cargas del hogar, tanto durante la convivencia, como al producirse el cese de la misma, en los mismos términos y condiciones en que se preveen para el matrimonio.

6) Consideramos que por un principio de equidad, debería reconocerse vocación hereditaria al conviviente supérstite, como heredero no legitimario, en orden preferente a los parientes colaterales.

De lege ferenda:

En caso de no sancionarse el proyecto de código civil y comercial actualmente en consideración, proponemos que se dicte una ley especial que contemple aquellos efectos considerados esenciales y de mínima, y que refieren a: el deber de asistencia recíproca, el derecho a alimentos durante la convivencia y a su cese en caso de necesidad, el deber de contribución al sostenimiento del hogar y manutención de los hijos, la solidaridad frente a terceros por las deudas contraídas por gastos del hogar, la protección de la vivienda familiar, la atribución preferencial del uso de la vivienda familiar al cese de la convivencia a favor de quien tenga a su cuidado los hijos menores o con discapacidad, y el derecho de habitación para el conviviente supérstite en caso de fallecimiento.

De lege lata:

1) Mientras ello ocurra, como notarios, debemos cumplir con nuestro deber de asesoramiento a quienes han optado por este modo de unión, respecto del estado actual de la legislación y jurisprudencia, tratando de aconsejar sobre las alternativas que mejor puedan proteger sus derechos y expectativas.

2) Entre esas alternativas creemos que es factible el otorgamiento en sede notarial de pactos que regulen aspectos patrimoniales varios, inclusive el derecho a alimentos, ya que si bien no están previstos hoy en nuestro ordenamiento, tampoco están prohibidos, y en tanto no transgredan el orden público, la moral y buenas costumbres, serán plenamente eficaces y ejecutables.

II.1.3.Filiación
En relación al Proyecto de Código Civil y Comercial Decreto 191/2011

1) En general, consideramos que las modificaciones que se observan en el Proyecto en materia de acciones de desplazamiento filial son auspiciosas, pues con ellas se subsanan las inequidades vigentes y se diseña un sistema asentado en el efectivo reconocimiento de las distintas formas de familia desde una perspectiva pluralista e igualitaria, conforme a los mandatos emergentes del plexo constitucional, al establecer la igualdad de todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales); una mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; el acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica.

2) La introducción de una nueva fuente de filiación, producto de las técnicas de reproducción humana asistida, consistente en la expresión de la voluntad procreacional, impone la necesidad de concretar en forma efectiva y segura el otorgamiento de tal consentimiento por quienes serán futuros progenitores, inclusive después de su muerte. Por tanto, recomendamos la intervención del notario en la instrumentación de la respectiva expresión de voluntad de reconocimiento de paternidad/maternidad en los casos de tratamientos médicos de fertilización, siendo este profesional idóneo en la técnica jurídica notarial y depositario de la fe pública, quien brindará certidumbre sobre la legalidad del acto y la exacta formulación jurídica, con el fin de eliminar en lo posible, controversias ulteriores.

3) Sin perjuicio de las normas proyectadas, habida cuenta del vacío legal existente en el tema en la República Argentina, entendemos que urge la sanción de una ley que regule todos los aspectos involucrados en las técnicas de reproducción humana asistida ya que el avance tecnológico como tal, debe ir acompañado de una estructura jurídica que lo soporte para poder encarrilar estas actividades y evitar que las mismas se desnaturalicen, máxime cuando en ello se encuentra involucrada nada menos que la integridad y dignidad de la persona humana.

II.1.4. Adopción

1) Dado el estado actual de la legislación y la situación social en la República Argentina, así como la sobrecarga de la actividad jurisdiccio-

nal, proponemos que se analice seriamente la conveniencia y utilidad de la intervención notarial en los procesos de adopción, en la realización concreta de actos jurídicos tendientes a perfeccionar la misma, al ser el notario un profesional idóneo del derecho que ejerce una función pública.

2) La regulación vigente, y más aún la proyectada, debería hacer del trámite de adopción un procedimiento lo más eficiente y rápido posible, en atención a los intereses en juego.

3) Coincidimos con respetable doctrina especializada que entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente su disfavor a la adopción internacional, sin procurar con urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de niños

II.1.5. La mediación en el ámbito del derecho de familia y la intervención del notario

Considerando:

- Que la mediación se ha revelado como una herramienta poderosa, capaz de fortalecer a quienes son los verdaderos protagonistas del conflicto, proporcionando soluciones inclusivas, eficientes, sostenibles y sustentables;
- Que las peculiares características de la actividad notarial colocan al Notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de conflictos;
- Que la mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, donde surge la necesidad de generar "acuerdos consensuados" entre los miembros de la familia;
- Que es responsabilidad propia de la función social del notariado, ofrecer los elementos y las condiciones para sostener una sociedad participativa, equitativa e inclusiva;

Proponemos:

La intervención del notario como mediador en los conflictos de familia atento a la comprobada experiencia positiva habida en nuestro país, y a las condiciones de imparcialidad y confidencialidad inherentes al notariado.

II.2. Derecho sucesorio: llamamiento por la ley. Clases de herederos. Protección de la legítima

En relación al Proyecto de Código Civil y Comercial Decreto 191/2011:

Apoyamos la modificación proyectada en materia de derecho sucesorio, en cuanto a que:

1) Reduce la porción legítima de los herederos forzosos, aumentando por consiguiente la porción disponible, abriendo así paso a una mayor ingerencia de la autonomía de la voluntad, tan constreñida en esta materia.

2) Incorpora el instituto de la mejora a favor de las personas vulnerables (descendientes o ascendientes con discapacidad) que además de la porción disponible del causante, también pueden ser beneficiadas con un tercio de las porciones legítimas de los coherederos, incluyendo la posibilidad de estipularla por actos entre vivos.

3) Consagra expresamente la posibilidad de renunciar a las acciones de protección de la legítima, en los supuestos de transmisión de bienes a alguno de los herederos legitimarios, cuando sea con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia, sin más que el consentimiento de los restantes futuros herederos.

4) Admite en forma excepcional la posibilidad de transmitir a los herederos la obligación alimentaria a favor del ex cónyuge, que no pueda autosustentarse y padezca de una enfermedad preexistente al matrimonio

5) Permite pactar sobre herencia futura con el fin de proteger la empresa familiar y las participaciones societarias, con fundamento en el resguardo del interés familiar y social

6) Amplía las causales de indignidad, dotándolas de actualidad, y por tanto de mayor operatividad.

Sin perjuicio de ello, formulamos las siguientes observaciones:

1) Con respecto al aumento de la porción disponible, consideramos que si bien se mejora la situación actual, este debiera ser el inicio de un camino hacia una mayor preponderancia en este tema de la autonomía de la voluntad, considerándose la posibilidad de reducir en todos los casos la porción legítima a la mitad del acervo sucesorio, a fin de permitir, con el juego de los demas institutos, una mas justa y equitativa planificación sucesoria, acorde con los cambios habidos en materia de familia y en las relaciones sociales en general.

2) El límite a dicha autonomía de la voluntad y que la normativa de proteger, debe ser el derecho alimentario y la protección de las personas en situación de vulnerabilidad.

3) Es necesario que se considere la ampliación de las excepciones a la prohibición de los pactos de herencia futura de carácter distributivo en general y en casos específicos de carácter renunciativo, y los alimentos post mortem.

4) Teniendo en cuenta que el incremento de la porción disponible, podría alentar la actividad testamentaria, consideramos negativa la supresión de las causales de desheredación, las que en lugar de haberse eliminado, deberían ampliarse, posibilitando de esa manera la exclusión de los legitimarios

5) Debe admitirse la eficacia post mortem de la representación voluntaria, para el cumplimiento de negocios contraídos en vida por el causante, lo que en el derecho vigente ha demostrado ser un instrumento sumamente eficiente en el tráfico jurídico brindando seguridad y alitigiosidad en las transacciones

6) Respecto al proceso sucesorio, entendemos que el proyecto avanza sobre las facultades no delegadas por las provincias, al regular el procedimiento, lo que tornaría inconstitucionales estas disposiciones.

7) El proyecto alejaría definitivamente toda posibilidad de la tramitación del proceso sucesorio en sede notarial, en contraposición con diversos proyectos anteriores que así lo establecían y de la tendencia en el derecho comparado.

XXVII CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT

Lima, Pérou, Du 10 au 12 octobre 2013.

Sujet I : "Réflexions du notariat sur le droit de famille et des successions face aux nouvelles relations sociales".

Coordonnateur international: Me. Pascal Chassaing
Coordinnatrice nationale: Me. Maria Cristina Palacios

Auteurs et collaborateurs:

Maria Laura Morales (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Matrimonio.
Cecilia Inés Barás (Pcia. de Mendoza) - Derecho de Familia: Filiación.
Karina Martinez (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Filiación.
María Marta Herrera (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Adopción.
Graciela Curuchelar et Fátima Cosso (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Mediación Familiar.
Enrique H.J. Garbarino et María Alicia Craviotto - (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
Marta R. Piazza (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
Maria Cristina Palacios (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Uniones de hecho.

Communications de la République Argentine

Compte tenu des travaux présentés, de l'analyse effectuée et des communications proposées par les notaires ayant fait des apports à ce Congrès, nous soumettons au XXVII CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT, pour le Sujet I : «RÉFLEXIONS DU NOTARIAT SUR LE DROIT DE FAMILLE ET DES SUCCESSIONS FACE AUX NOUVELLES RELATIONS SOCIALES» les conclusions et les communications suivantes:

VU la proposition de l'organisation de ce Congrès pour le Sujet I -développée dans les consignes que son Coordonnateur international a élaborées-, nous invitant à réfléchir sur la façon dont les changements dans les comportements sociaux mettent en jeu des modifications dans

le domaine normatif du droit, tout spécialement en ce qui concerne le droit de famille et le droit des successions;

Et attendu que:

a) Mener à bien cette réflexion a entraîné un regard rétrospectif, soit : comment au fil des années les changements intervenus dans les comportements humains dans ces domaines particuliers ont été saisis, tout d'abord par l'organe judiciaire au moment de rendre ses jugements, puis par l'organe législateur, afin de les réglementer sous la forme de normes positives qui, en général, ont tenu compte de la jurisprudence existante mais aussi d'un regard prospectif sur les changements dans ces comportements qui exigent de nos jours une nouvelle réglementation, ou tout au moins une réglementation différente;

b) Dans le domaine du droit privé, notamment du droit de famille et des successions, la tension entre l'autonomie de la volonté vue comme l'expression des libertés individuelles, et surtout du droit à l'autodétermination et à l'intimité, d'une part, et l'ordre public, en tant que réservoir des valeurs constituant le substrat existentiel de chaque société à chaque moment historique, soit le respect de la vie et de la dignité humaines, la protection intégrale de la famille et le développement de la personne, l'égalité, la solidarité, la morale et le mœurs-, de l'autre, a été et sera permanente, de sorte que la réglementation doit toujours chercher à y trouver le juste équilibre;

c) Le processus historique et génétique dans le changement des normes commence toujours par l'interaction des comportements humains et passe par la suite à la norme qui doit chercher à les ordonner en fonction de la réalisation de certaines valeurs, notamment dans les thèmes du droit de famille, et non inversement;

d) Dans la République Argentine il y a eu récemment des changements législatifs d'une grande importance juridique et sociale qui sont venus modifier le paradigme dans le schéma traditionnel du concept de famille, dont, l'élimination de l'exigence de la diversité de sexes pour la célébration du mariage qui a répercuté directement sur les différentes institutions juridiques non seulement liées à l'organisation de la famille;

e) Il faut également en tenir compte dans la République Argentine dans le domaine du droit civil et commercial où apparaissent des modifications importantes en matière de droit de famille et des successions qui ont été abordées dans les travaux présentés;

Nous proposons donc, comme communications:

I) En GÉNÉRAL:

1) Un changement dans les comportements n'implique pas nécessairement un changement dans les normes : il faudra toujours un processus de permanence dans le temps du nouveau comportement ainsi qu'une entité considérable des individus impliqués dans le changement qui justifie de modifier la norme de conduite pour toute une société car, autrement, on court le risque d'inverser l'ordre du processus de transformation d'une institution juridique.

2) C'est le pouvoir législateur de la société, en tant que délégué et chargé de ce pouvoir par le biais de la communauté qui doit résoudre si le changement de comportement justifie le changement de la réglementation, et en tout cas, comment et en fonction de quelles valeurs et de quels principes, les normes doivent réglementer le nouveau comportement.

3) Cette délicate tâche exige une fine sensibilité et une consubstantiation avec les sentiments, les convictions et les nécessités de la communauté toute entière, ainsi qu'un regard bien au-delà des sectarismes qui puisse déterminer quel est vraiment le « bien commun » toujours recherché, ce qui constitue un vrai défi pour le pouvoir de l'État et met à l'épreuve sa capacité opportune et appropriée de réaction et par conséquent, de gouvernement.

4) Un système de normes qui reste inchangé malgré les vrais changements intervenus dans les comportements de toute une société, ou qui se modifie par-derrière de ce qui s'y passe vraiment, qui devient quelque chose d'inutile et tombera peut-être en désuétude sans donner aucune réponse aux nécessités qui ont été à son origine.

5) Un système de normes qui se modifie en suivant les changements intervenus dans les comportements sociaux, mais en négligeant les valeurs que la société tient pour supérieures, c'est un système qui devient non seulement inutile mais dangereux pour la trame axiologique intime sur laquelle s'appuie sa subsistance.

6) Le notariat a une double participation dans ce processus. D'une part, en tant que conseil sur les aspects non prévus dans la législation ou sur ceux sur lesquels la loi garde le silence, afin de canaliser les vo-

lontés de ceux qui requièrent ses services de la manière la plus efficace possible malgré l'absence de législation là-dessus. D'autre part, en tant qu'institution de taille au sein de la société à laquelle elle appartient et avec laquelle elle maintient un contact quotidien et direct, dont la prise de position ou d'avis doit se révéler étant donné la gravitation qu'elle connaît dans le domaine juridique et l'utilité qu'elle peut représenter pour le législateur à l'heure de «saisir» les changements dont il est question dans les comportements et les valeurs.

II) SPÉCIALEMENT, et par rapport à chaque domaine thématique selon il est indiqué dans les sous-titres:

II.1. Droit de famille:

II.1.1. Mariage
a) Loi 26.618

La loi 26.618, en éliminant l'exigence de la diversité de sexe pour l'existence du mariage, n'a pas seulement altéré l'essence de cette institution, mais, en utilisant une méthodologie défectueuse, elle a en plus généré de sévères discordances aussi bien dans la réglementation propre au droit de famille que dans le reste de l'ordre juridique. Des fois, elle a donné lieu à des situations de discrimination des mariages hétérosexuels face aux mariages homosexuels, voire, face à la femme. Par conséquent, vu que le processus ci-dessus mentionné, ayant une séquence logique et chronologique pour la transformation de toute réglementation et notamment d'une institution fondatrice telle que le mariage, n'a pas été respecté, nous considérons:

1- Qu'il s'avère impératif que le pouvoir législateur révise, tout au moins à partir d'un point de vue strictement juridique, le régime instauré par la loi 26.618, en adaptant et en harmonisant de manière correcte et systématique son insertion dans l'ordre juridique en vigueur dans la République Argentine, et ce, dans le respect absolu des principes établis dans la Constitution nationale et dans les traités des droits humains qui intègrent le droit supranational, en essayant de ne pas tomber, au titre d'une prétendue non discrimination, dans des situations de privilège ou d'exception arbitraires;

2- Que cette révision devrait d'ailleurs être faite dans un sens plus profond, à partir d'une analyse profondément réflexive et stricte pour que, compte tenu de l'importance de l'institution en jeu et de la gravité de la réforme imposée, elle inclue ce qui aurait dû être le premier pas dans la considération de cette loi, soit: connaître vraiment quelle est l'évaluation que la société argentine en fait en ce moment. Aussi, d'après ce qui est établi dans l'article 40 de la Constitution nationale, encourageons-nous à mener une consultation populaire afin de décider quel devrait être le sort de cette règle.

3- Qu'en dépit de ce qui précède, nous appuyons la nécessité que la réglementation envisage un régime juridique spécifique pour les couples du même sexe -pouvant être celui des unions de fait ou autre-, qui réponde aux nécessités et aux caractéristiques de ces couples, aussi bien sur le plan des effets personnels que patrimoniaux.

b) Projet de Code Civil et Commercial (Décret 191/2011)

En ce qui a trait au régime patrimonial du mariage, nous appuyons le fait que les mariés aient la possibilité de choisir le régime qu'ils estimeront convenable, en établissant celui de communauté comme supplétif et en fixant un minimum de règles impératives par rapport à la protection du logement, le devoir de contribution aux frais du foyer et des enfants et la responsabilité face à des dettes envers des tiers, sur la base des principes de solidarité et de responsabilité familiaux, à l'exception de ce qui suit:

1- Le choix du régime patrimonial devrait avoir lieu avant la célébration du mariage avec une seule option au changement de régime tant que le lien conjugal sera en vigueur, et ce, afin d'éviter que le passage successif d'un régime à l'autre, puisse être utilisé pour violer les droits des tiers, générer de l'incertitude dans les allées et venues et affecter en conséquence la sécurité juridique.

2- Dans le cas où l'on maintiendrait l'option illimitée de changements de régime, et afin d'éviter ladite incertitude, nous proposons: la possibilité que l'État civil et capacité des personnes délivre, à la demande du notaire, un certificat informant sur le régime auquel sont soumis les époux ainsi que son immutabilité pour un délai déterminé, afin que des actes authentiques qui impliquent des actes de disposition des biens des conjoints puissent être passés, que les conventions matrimoniales

soient, en plus, inscrites aux registres de la propriété pertinents selon l'emplacement des biens, pour leur opposabilité aux tiers; que pour passer du régime de communauté à la séparation de biens il y ait lieu au préalable, à la partition et à l'adjudication des acquêts ainsi que leur inscription aux registres pertinents selon le cas.

3- Dans le cadre du régime de communauté de biens, il faudrait établir l'incapacité des conjoints pour célébrer entre eux des contrats qui auraient des effets translatifs de la propriété afin d'éviter des fraudes à des tiers.

c) Mariage à l'office notarial

De *lege ferenda* nous encourageons l'incorporation de l'option de la célébration du mariage à l'office notarial, de par les avantages que cela comporte: cela donne une plus grande flexibilité et disponibilité quant au lieu et date pour la célébration du mariage, soit qu'il soit dans le cadre du Projet de Code civil et commercial en étude, ce qui permettrait par ailleurs de formaliser dans le même acte, les conventions matrimoniales par lesquelles les époux peuvent déterminer le régime patrimonial auquel ils souhaitent se soumettre; soit au moyen d'une loi spéciale qui modifie l'ensemble des articles du Code civil en matière de régime matrimonial.

II.1.2. Unions de fait

1) Les unions de fait, au-delà de leur cause, sont une réalité indéniable insérée dans la société argentine depuis très longtemps. Même si l'union de fait n'a pas été l'objet d'un intérêt spécial de la part, entre autres, du législateur qui, au contraire, a essayé différentes manières de la décourager, elle constitue en termes de comportement social, une façon d'être familiale qui s'est accrue au fil des temps et qui devient un comportement permanent, installé dans nos mœurs. De ce fait, elle mérite autant d'attention de la part de l'État que celle fondée sur un mariage.

2) Nous n'adhérons pas à la position fondée sur le respect absolu de l'autonomie de la volonté qui considère qu'aucune réglementation organique ne doit être formulée en ce qui concerne les unions de fait, laissant à la jurisprudence d'apporter la solution aux questions qui se présenteraient lors d'un conflit. Une telle attitude néglige les valeurs de solidarité et de responsabilités dont il faut tenir compte et dont l'État est responsable par mandat explicite de la constitution. Dans un système de droit écrit comme le nôtre, cela comporte une inattention à la valeur «sécurité juridique» qui exige de compter sur des règles claires et sta-

bles, ayant la force obligatoire et coercitive qui leur donne la loi. Cette prise de position évite d'être laissés au va-et-vient des interprétations jurisprudentielles.

3) La réglementation à promulguer ne peut pas comparer les unions de fait avec le mariage car il ne s'agit pas de catégories juridiques identiques. Le principe d'égalité devant la loi et de non discrimination n'est pas violé du fait de leur donner un traitement légal différent, si celui-ci est fondé sur des critères non pas arbitraires mais raisonnables. Certains aspects peuvent avoir une réglementation pratiquement identique du fait qu'il y existe une apparence de mariage qui entraînera par conséquent des effets similaires.

4) Nous proposons donc de réglementer ces comportements, et ce, au moyen d'une réglementation qui, d'une part, respecte l'autonomie de la liberté des intégrants de cette union qui ont choisi de ne pas se soumettre au régime matrimonial, et d'autre part, qui préserve la protection que l'État doit au noyau familial ainsi constitué -même s'il n'y a pas de descendance en commun- en consacrant les principes de solidarité et de responsabilité familiaux avec un minimum de dispositions impératives qu'il existe des pactes de cohabitation ou pas.

Par rapport au Projet de Code Civil et Commercial Décret 191/2011

1) Vu la complexité du système dessiné à partir de la possibilité d'enregistrer les unions et les pactes, ainsi que leurs modifications et extinctions, ayant d'effets divers, nous proposons que cet aspect soit révisé dans le Projet, de le remplacer par un système plus clair et simple où, l'inscription de l'union soit optative et seulement à des fins probatoires ; et de le maintenir dans le reste de la réglementation, aussi bien dans ce Titre que dans les autres règles du Projet, en lui accordant les effets prévus comme une base minimale de protection, soit qu'elles soient inscrites ou pas.

2) Il faut prévoir l'inscription obligatoire des seuls effets patrimoniaux qui doivent être opposés à des tiers, tels que les restrictions de disponibilité et d'exécution de la demeure familiale.

3) Il conviendrait que les pactes soient faits par le biais d'un acte notarié afin qu'ils aient une matrice et une date certaine -en plus du conseil

qu'implique l'adoption de cette forme-, et qu'ils soient déposés auprès des registres des biens pertinents seulement lorsque cela s'avérerait nécessaire.

4) Il faut établir clairement quels seront les Registres où déposer les unions de fait, comment et où ils fonctionneront et, notamment, quel sera leur système de publicité, qui permette de connaître l'existence de ces unions de manière agile, simple et sûre.

5) Nous estimons qu'il faut également inclure dans le corpus réglementaire à caractère impératif, le droit à la nourriture, qui se correspond avec le devoir d'assistance et de contribution aux frais du foyer, dans les mêmes termes et conditions que prévus pour le mariage, et ce, aussi bien pendant la cohabitation, qu'au moment où celle si cesserait d'exister.

6) Nous estimons que par un principe d'équité, on devrait reconnaître la vocation héréditaire au conjoint survivant, comme héritier non légitimaire, et ce, par ordre de préférence par rapport aux parents collatéraux.

De *lege ferenda:*

Si le projet de code civil et commercial en étude actuellement n'était pas sanctionné, nous proposerions la sanction d'une loi spéciale qui tienne compte des effets tenus comme essentiels et minimaux concernant : le devoir d'assistance réciproque, le droit à la nourriture pendant la cohabitation et après en cas de besoin si celle-ci cessait d'exister, le devoir de contribuer aux frais du foyer et à la nourriture des enfants, la solidarité envers des tiers du fait des dettes contractées pour des frais du foyer, la protection de la demeure familiale, l'attribution préférentielle de l'utilisation de la demeure familiale si la cohabitation cessait d'exister, en faveur du conjoint qui prendrait à sa charge les enfants mineurs ou handicapés, et le droit du conjoint survivant sur le logement en cas de décès.

De *lege lata:*

1) En attendant que cela arrive, en tant que notaires, nous devons remplir notre devoir de conseiller ceux qui ont choisi ce mode d'union dans l'état actuel de la législation et la jurisprudence, en essayant de les orienter sur les alternatives qui pourraient mieux protéger leurs droits et leurs expectatives.

2) Parmi ces alternatives, nous croyons qu'il est possible d'octroyer, au siège de l'office notarial, des pactes réglant des aspects patrimoniaux divers, y compris le droit à la nourriture, car, bien qu'ils ne soient pas actuellement prévus dans notre ordre, ils ne sont pas non plus interdits, et tant qu'ils ne transgresseront pas l'ordre public, la morale et les mœurs, ils seront pleinement efficaces et exécutables.

II.1.3. Filiation
Par rapport au Projet de Code Civil et Commercial Décret 191/2011

1) En général, nous considérons que les modifications qui apparaissent dans le Projet en matière d'actions de déplacement filial sont favorables, car, en établissant l'égalité de tous les enfants (matrimoniaux et en dehors du mariage), une plus grande facilité et célérité dans la détermination légale de la filiation, l'accès à la preuve génétique et son importance comme moyen d'atteindre la vérité biologique, elles viennent réparer les iniquités en vigueur et dessiner un système basé sur la reconnaissance réelle des différentes formes de famille à partir d'une perspective pluraliste et égalitaire, conforme aux mandats qui découlent de la constitution.

2) L'introduction d'une nouvelle source de filiation comme résultat des techniques de reproduction humaine assistée et qui consiste dans l'expression de la volonté de procréer, impose la nécessité de rendre concret de manière effective et sûre, l'octroi du consentement des futurs géniteurs, même en cas de décès. Par conséquent, nous recommandons l'intervention du notaire pour la mise en exécution de l'expression de la volonté de reconnaître la paternité/maternité dans les cas de traitements médicaux de fertilisation. C'est ce professionnel dans la technique juridique notariale, et qui fait foi, celui qui offrira aussi bien la certitude de la légalité de l'acte que la formulation juridique exacte, et ce, afin d'exclure dans la mesure du possible, des controverses ultérieures.

3) Sans préjudice des règles du Projet et compte tenu du vide légal sur ce sujet dans la République Argentine, nous considérons qu'il s'avère urgent de sanctionner une loi qui réglemente tous les aspects concernant les techniques de reproduction humaine assistée. L'avance technologique en tant que telle doit être accompagnée d'une structure juridique qui la soutienne pour pouvoir mettre sur la bonne voie ces activités et éviter qu'elles se dénaturent, surtout lorsque cela concerne rien moins que l'intégrité et la dignité de la personne.

II.1.4. Adoption

1) Compte tenu de l'état actuel de la législation et de la situation sociale dans la République Argentine, ainsi que de la surcharge de l'activité juridictionnelle, nous proposons d'analyser sérieusement l'intérêt et l'utilité de l'intervention notariale dans les processus d'adoption, dans la réalisation concrète d'actes juridiques visant à la perfectionner, et ce, du fait que le notaire est un professionnel du droit exerçant une fonction publique.

2) La réglementation en vigueur, et mieux encore, celle objet du Projet, devrait faire de l'adoption, une procédure le plus efficace et rapide possible, compte tenu des intérêts qui entrent en jeu.

3) Nous coïncidons avec la respectable doctrine spécialisée qui entend que la République Argentine ne peut pas prolonger indéfiniment sa position d'opposition envers l'adoption internationale, sans procurer de manière urgente des mécanismes de protection légale permettant de prévenir et de combattre la vente et le trafic d'enfants.

II.1.5. La médiation dans le domaine du droit de famille et l'intervention du notaire

Vu:

- Que la médiation s'est révélée comme un outil puissant, capable de conforter ceux qui sont les vrais protagonistes du conflit en apportant des solutions inclusives, efficaces, soutenables et durables;
- Que les caractéristiques particulières de l'activité notariale placent le Notaire médiateur dans la situation exceptionnelle d'encourager la vocation de service en intensifiant sa compétence dans la gestion pacifique de la résolution de conflits;
- Que la médiation familiale comprend les controverses patrimoniales ou extrapatrimoniales suscitées dans les relations de famille, ou impliquant les intérêts de ses membres, voire, liées à la subsistance du lien matrimonial où apparaît la nécessité de générer des «accords par consentement mutuel» entre les membres de la famille;
- Que c'est une responsabilité propre à la fonction sociale du notariat d'offrir les éléments et les conditions pour soutenir une société participative, équitable et inclusive;

Nous proposons:

L'intervention du notaire comme médiateur dans les conflits de famille, compte tenu de l'expérience positive constatée là-dessus dans notre pays et des conditions d'impartialité et de confidentialité inhérentes au notariat.

II.2. Droits des successions: appel pour la loi. Types d'héritiers. Protection de la légitime

Par rapport au Projet de Code Civil et Commercial Décret 191/2011

Nous appuyons la modification prévue dans le Projet en matière de droit des successions, dans ce sens qu'elle:

1) Réduit la portion légitime des héritiers inévitables, en augmentant en conséquence la portion disponible et en ouvrant ainsi un chemin pour une plus grande ingérence de l'autonomie de la volonté, si limitée dans ce domaine.

2) Incorpore l'institution de l'amélioration en faveur des personnes vulnérables (descendants ou ascendants handicapés) qui, à part la portion disponible de celui qui en est la cause, elles peuvent bénéficier d'un tiers des portions légitimes des cohéritiers, y compris la possibilité de les stipuler par des actes entre des vivants.

3) Donne expressément la possibilité de renoncer aux actions de protection de la légitime, dans le cas où il y aurait transmission de biens à l'un des héritiers légitimes, lorsqu'il existe usufruit, utilisation ou habitation, ou avec la contre-prestation d'une rente viagère, sans rien d'autre que le consentement des futurs héritiers restants.

4) Admet de manière exceptionnelle la possibilité de transmettre aux héritiers l'obligation de la nourriture en faveur de l'ex-conjoint, qui ne pourrait pas subvenir à ses besoins et qui subirait une maladie préexistante au mariage.

5) Permet de négocier sur l'héritage futur dans le but de mettre à l'abri l'entreprise familiale et les participations sociétaires, sur la base de la protection de l'intérêt familial et social.

6) Élargit les causes d'indignité, en leur accordant actualité et en les rendant, par conséquent, beaucoup plus opérationnelles.

Sans préjudice de ce qui précède, nous formulons les observations suivantes:

1) En ce qui concerne l'augmentation de la portion disponible, bien que la situation actuelle soit meilleure, nous considérons que celui-ci devrait être le début d'un chemin vers une plus grande prépondérance sur ce thème de l'autonomie de la volonté, dans ce sens qu'il faudrait évaluer la possibilité de réduire dans tous les cas la portion légitime à la moitié du patrimoine héréditaire, afin de permettre, avec le concours des autres institutions, une planification successorale juste et équitable qui soit en accord avec les changements intervenus en matière de famille et dans les relations sociales, en général.

2) La limite à cette autonomie de la volonté que la réglementation doit protéger doit être le droit à la nourriture et la protection des personnes en situation de vulnérabilité.

3) Il est nécessaire d'évaluer d'élargir les exceptions à l'interdiction des pactes d'héritage futur à caractère distributif en général, et dans des cas spécifiques à caractère renonciataire, et à la nourriture post mortem.

4) Compte tenu que l'accroissement de la portion disponible pourrait encourager l'activité testamentaire, nous considérons négative la suppression des causes d'exhérédation, car au lieu de les avoir supprimées, elles devraient être élargies, permettant ainsi l'exclusion des légitimaires.

5) Il faut admettre l'efficacité post mortem de la représentation volontaire pour l'accomplissement des affaires qui auraient été entreprises par l'auteur de son vivant, ce qui, dans le droit en vigueur, s'est avéré comme un instrument très efficace dans le trafic juridique car il a offert sécurité et absence de litiges dans les transactions.

6) Quant au processus successoral, nous entendons que le Projet avance sur les facultés non déléguées par les provinces. Si la procédure était réglementée, ces dispositions deviendraient inconstitutionnelles.

7) Le Projet éloignerait définitivement toute possibilité que le processus successoral se passe au siège de l'office notarial, contrairement à divers projets précédents et à la tendance dans le domaine du droit comparé.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Lima, Perú, October 10 thru 12, 2013.

TOPIC I: "Some thoughts about family law and the law of succession in view of the new social relationships".

International coordinator: Not. Pascal Chassaing
National coordinator: Not. María Cristina Palacios

Authors and Contributors:

María Laura Morales (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Matrimonio.
Cecilia Inés Barás (Pcia. de Mendoza) - Derecho de Familia: Filiación.
Karina Martínez (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Filiación.
María Marta Herrera (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Adopción.
Graciela Curuchelar and Fátima Cosso (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Mediación Familiar.
Enrique H. J. Garbarino and María Alicia Craviotto - (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
Marta R. Piazza (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
María Cristina Palacios (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Uniones de hecho.

Presentations submitted by the Argentine Republic

Based on the presentations submitted, the analysis conducted and the talks proposed by the notaries that have contributed to this Conference, we submit to the consideration of the XXVII INTERNATIONAL CONFERENCE OF NOTARIES, under Topic I: "Some thoughts about family law and the law of succession in view of the new social relationships", the following conclusions and presentations:

UPON CONSIDERING: the proposal made by the organizers of this Conference, in connection with Topic I, and developed in accordance with the guidelines set by the International Coordinator, which leads us to reflect on how changes in social conduct boost changes in statutory law, specifically, regarding family law and the law of succession.

And whereas:

a) This reflection involves a retrospective view, that is: how changes in human behavior occurred over the years and within such specific fields have been taken into account, firstly by the courts when pronouncing judgment, and then by the lawmaker, in order to incorporate them into statutory rules which, generally, have received and incorporated the judicial decisions. At the same time, this reflection entails a prospective view of said changes in human conduct, which presently requires to be governed by new or different rules;

b) In the field of private law, and particularly as long as family law and the law of succession are concerned, the tension between free will –expression of individual liberties, and mainly, of the right to self-determination and to privacy- on the one hand, and public policy (*public ordre*), -repository of the values that are the essential basis of each society in each historical time, such as the respect for life and human dignity, the integral protection of the family and personal development, equality, solidarity, morals and good customs-, on the other hand, has been and shall be permanent; and regulations must always tend to achieve a fair balance;

c) The historical and genetic process of amendment of legal rules always originates in the interaction of human conducts, and is then transferred to the rule, which must seek to arrange and direct them to the attainment of certain values, mainly as regards family law. This is the way it occurs, and not the other way around;

d) In the Argentine Republic, changes in legislation have recently occurred, which are very important from both the legal and social standpoint, modifying the traditional concept of family by eliminating the requisite of diversity of sex for the prospective spouses; and such a change has directly affected different legal institutions, though not only those related to family organization;

e) Besides, it is worth bearing in mind the proposed legislation in civil and commercial matters in the Argentine Republic, where significant amendments are also proposed to be introduced in the field of family law and the law of succession; they have been the subject matter of the several papers submitted to the Conference;

We hereby proposed as conference presentations:

I) In GENERAL:

1) Not all changes in conducts necessarily involve an amendment to legal rules: it shall always be necessary the long-standing practice of such new conduct, as well as its acceptance and practice by a significant number of individuals involved in such change, otherwise, there exists the risk of reversing the order of the specific process of transformation of a legal institution.

2) The legislative power, as delegate and branch of government vested with such power by the community, must decide whether the change in conduct justifies changing the rules, and if such were the case, how should such new conduct be regulated and on the basis of which values and principles.

3) This delicate task requires a fine sensitivity and a thorough understanding of the feelings, convictions and needs of the whole community, as well as an approach that overcomes any sectorialism, targeting the permanently searched for "common good", which involves a real challenge for government power and tests its capacity to react timely and adequately, and therefore, tests its governance capacity.

4) A body of rules that goes unchanged despite the actual changes in the conduct of a whole society, or which is modified contrariwise to the changes actually occurring in the society, becomes completely useless, and it will probably fall into disuse without fulfilling the needs of the community.

5) A body of rules that is modified following the changes in social behavior, but disregarding the highest values of the society, not only becomes useless but also dangerous for the intimate axiological framework upon which said society is based.

6) In this process, the participation of the notary is two-fold: on the one hand, as counselor on aspects not foreseen by the law or not regulated, in order to channel the will of those who require their services as efficiently as possible, despite of any loopholes; and on the other hand, as a relevant institution acting in the community to which it belongs and

with which it has a daily and direct contact, in order to state and disclose its position and opinion as it plays an important role in the legal field and because it could be useful for the law-maker when trying to "understand" the changes in the conducts and values involved.

II) PARTICULARLY, and regarding each area of the law, as indicated in the headings:

II.1. Family Law:

II.1.1. Marriage
a) Law 26,618:

By eliminating the requisite of diversity of sex for the existence of a valid marriage, law 26,618 has not only altered the essence of such institution, but it has also generated, though through a faulty methodology, serious inconsistencies both in the family law rules and in the rest of the legal system, giving rise, in certain cases, to discriminatory situations regarding heterosexual marriages with respect to homosexual ones, and even regarding woman. Furthermore, the abovementioned process consisting of a logical and chronological sequence for the modification of any legal rules and, mainly, of a pivotal institution as marriage, has not been observed; consequently we consider that:

1) It is mandatory for the legislative power to review, at least from a strict legal point of view, the regime established by law 26,618, adapting and harmonizing properly and systematically its incorporation into the legal system currently in force in the Argentine Republic, absolutely abiding by principles enshrined in the Argentine Constitution and the human rights treaties that are part of the supra-national law, trying not to create privileges or arbitrary exceptions in pursuit of an alleged non-discrimination;

2) Such review should go deeper, with an analysis sufficiently thoughtful and prudent that, taking into account the significance of the institution involved and the seriousness of the amendment introduced, will include what should have been the first stage when discussing this law, that is: to really know what is the evaluation currently existing in the Argentine society regarding this matter, and to such end, we propose that a popular vote be called pursuant to section 40 of the Argentine Constitution, to decide what is going to come of said law.

3) Without prejudice of the foregoing, we back the need for a specific legal regime applicable to same-sex unions, -which could be either the same applicable to concubinage or a different one- that should meet the needs and typical characteristics of this kind of couples, both from the personal and property standpoint.

b) Bill of Civil and Commercial Code (Executive Order 191/2011)

As regards the marriage property system, we back the proposal consisting in giving the prospective spouses the possibility to choose the property system they deem convenient, establishing the community property system as the system applicable by default and including a minimum number of imperative rules dealing with the protection of the marital home, the duty to contribute to the maintenance and support of children and household expenses, and the liability for debts with third parties, based on the principles of family responsability and joint and several liability, with the following exceptions:

1) The option for a property system should be made before the marriage, with the right to opt for other property system only once during the existence of the marital bonds, so as to prevent that the ongoing change from one system to another, may be used to prejudice the rights of third parties, generating uncertainty and affecting legal certainty.

2) Should the unlimited option to change the property system be maintained, and with the purpose of avoiding the above-referred uncertainty, we propose: the possibility that the Registry of Vital Statistics may issue a certificate, upon notary´s request, stating the property system applicable to the spouses and their impossibility to change it during a specific period of time (similar to the closing of register sheet of the Real Estate Registry), for the purpose of executing deeds o conveyance regarding the spouses´s property. We also suggest that, in order to be valid as against third parties, marriage agreements be also registered with real estate registries with jurisdiction over the place where property is located; that in order to change from the community property system to the system of separate property spouses shall first carry out the division and adjudication of the marital property and register such changes with the pertinent registries, as applicable.

3) In order to avoid fraud against third parties, under the community property system spouses should be barred from entering into contracts between them involving conveyance of property.

c) Marriage before a Notary Public

De lege ferenda we propose to introduce the option of a marriage entered into before a Notary Public due to the advantages involved as it entails greater flexibility and availability regarding the place and date of marriage. Such incorporation could be made either in the Bill of Civil and Commercial Code we are discussing here, in which case it will also allow to include, in the same document, the marriage agreements whereby the prospective spouses shall choose the property system that will apply to them; or in a special law that will amend those sections of the Civil Code currently governing marriage.

II.1.2. Concubinage

1) Regardless of the reason that originates it, the existence of concubinage is an undeniable reality existing in the Argentine society since a long time ago. The law-maker, inter alia, has considered it a valueless fact and tried to discourage it in different ways; however, it is a social behavior, a type of family that has increased in number and represents an ongoing conduct, rooted in our customs, and therefore it deserves as much attention from the State as that given to marriage.

2) We do not adhere to the position based on the absolute observance of free will pursuant to which no set of rules should be passed to regulate concubinage, thus allowing the courts to settle the conflicts which may arise. Such a position disregards the values of family responsibility and solidarity that must be taken into account and which the State must also take care of under an express constitutional mandate and, because in a written system as our system, this implies disregarding the value of "legal certainty", which requires clear and consistent general rules, with binding and coercive force typical of the law, and cannot be subject to the ups and downs of court interpretation.

3) Rules to be enacted cannot put on an equal foot concubinage and marriage as they are not identical. The equality and non-discrimination principles are not violated by giving them different legal treatment, pro-

vided justified on reasonable grounds and not upon arbitrary reasons, although the regulation of some aspects is practically the same, since there exists an apparent marriage and consequently, similar effects arise.

4) Therefore, we propose that said conducts be regulated by rules that, on the one hand, shall respect the free will of the partners of the union that have decided not to marry; and, on the other hand, shall assure the protection that the State must grant to the nuclear family created under such form of union –even if there are no issues-, thus establishing the principles of family responsibility and joint and several liability by means of a minimum number of imperative rules, whether there exists a cohabitation agreement or not.

As regards the Bill of the Civil and Commercial Code, Executive Order 191/2011:

1) In view of the complex system designed on the basis of the possibility to register concubinage and cohabitation agreements, as well as their amendments and termination, with different effects, we suggest to review the Bill and replace it with a clearer and simpler system where recordation of the union or concubinage will be optional and only for evidentiary purposes. And the rest of the regulation, under such title and further rules established in other provisions of the Bill shall be maintained, assigning them the effects provided as minimum protection, whether the union had been recorded or not.

2) Mandatory registration shall only be established with respect to property interests and effects that need to become valid against third parties, such as restrictions to the right to dispose of property and to foreclose the family residence.

3) It would be convenient that marriage agreements be made through notarial deeds so that they would benefit with a date certain and with the notarial principle consisting in keeping notarial records with the original notarial deeds and further notarial instruments –in addition to the special advisory services received from notaries- and they shall only be recorded in the pertinent property registries whenever it is necessary.

4) The so-called *Registros de Uniones Convivenciales* (Registries of Cohabiting Partners) must be clearly established, specifying where and

how will they operate and, mainly which will be the reporting system they shall apply, allowing that the existence of such unions be disclosed through a flexible, simple and safe manner.

5) Among the mandatory rules, we deem it should be convenient to include the right to palimony, which is related to the obligation to give assistance and support for household expenses, both during the term of cohabitation and upon separation, and pursuant to the same terms and conditions provided for marriage.

6) We think that due to the equity principle, the surviving domestic partner should be recognized as prospective heir, though not as forced heir, but taking before collaterals.

De *lege ferenda:*

In case the bill of the Argentine Civil and Commercial Code that is presently under analysis by the Argentine Congress were not enacted, we propose that a special law be passed dealing with all those effects deemed essential, and which are as follows: the obligation of mutual assistance; right to palimony during cohabitation and upon termination of cohabitation in case of need, the obligation to contribute to the support and maintenance of children, joint and several liability for debts with third parties, undertaken for household expenses, the protection of the family home, the preferential adjudication of the right to use the family home to the partner in charge of the custody and care of minor or disabled children, and the right of habitation of the surviving domestic partner in case of death.

De *lege lata:*

1) In the meantime, as notaries public, we must comply with our duty to give advice to those who have chosen this type of union, about the current state of law and case-law, trying to suggest the best alternatives available to protect the rights and expectations of our clients.

2) Among said alternatives, we deem it is possible to execute, before a notary public, agreements to regulate several property issues, including the right to palimony, since although they have not been foreseen by the law-maker in our legislation, they are not prohibited provided they do not violate public policy, morals and good customs, and therefore they are absolutely effective and enforceable.

II.1.3.Filiation:
As regards the Bill of Civil and Commercial Code, Executive Decree 191/2011:

1) In general, we think that the changes introduced in the Bill regarding filiation actions are positive, since they are intended to cure current inequities and they create a system based on the actual acknowledgment of different types of family from a pluralist and equalitarian perspective, in accordance with the mandates established in our Constitution, as it establishes that all children (both legitimate and illegitimate) are on an equal footing, makes the legal determination of filiation easier and speedier; and highlights the access to and significance of genetic evidence as the means to attain biologic truth.

2) The incorporation of a new source of filiation, the result of assisted reproductive technologies, consisting of the express will to procreate, introduces the need to effectively and safely obtain the consent of the prospective parents, even after death. So, we recommend that the acknowledgment of paternity/motherhood, in those cases of assisted reproductive treatments, be made before a notary public, since the latter is the legal professional skilled in notarial techniques and the officer whose acts are given full faith and credit, and who will give certainty about the lawfulness of the act and provide such notarial act with the pertinent legal formalities necessary to avoid, to the extent possible, future disputes.

3) Without prejudice of the rules included in the Bill, and bearing in mind that there is a legal loophole in Argentina regarding this matter, we consider that the enactment of a law to regulate all aspects related to assisted reproductive technologies is really urgent, since the advances in the arena of technology must be backed by a legal structure so that such activities may be correctly channeled, avoiding their denaturalization, mainly when human integrity and dignity are involved.

II.1.4. Adoption:
1) Due to the actual state of legislation and social circumstances existing in Argentina, together with overloaded courts, we suggest that the convenience and usefulness of notarial intervention be seriously considered in connection with adoption proceedings, with the effective performance of legal acts intended to complete and perfect adoptions,

since the notary public is a skilled legal professional vested with a public task.

2) Current regulations, and those included in the Bill, should improve adoption proceedings, making them more efficient and as speedy as possible, taking into account the interests at stake.

3) We agree with the expert legal scholars that consider that the Argentine Republic cannot indefinitely reject international adoption, without urgently establishing legal protection mechanisms to prevent and fight against sale and trafficking of children.

II.1.5. Mediation in the field of family law and the participation of the notary public:
Considering:

- That mediation has become a powerful tool for those who are the real protagonists of the dispute, and provides them with inclusive, effective, sustainable and reasonable solutions;
- That the particular characteristics of notarial activity put the mediator/Notary Public in an unbeatable position that encourages his/her vocation of service, strengthening his/her skills for the pacific resolution of conflicts.
- That mediation in family matters encompasses both property and personal disputes arising from family relationships or involving interests of family members or conflicts related to the subsistence of the bonds of marriage, thus generating the need for "agreements" between family members.
- That a responsibility inherent in the social role of notaries consists in making available the elements and conditions necessary to sustain a participatory, equitative and inclusive society.

Our proposal is as follows:

The participation of the notary public as mediator in family disputes, due to notary´s proven positive experience in our country and to the impartial and confidential conditions inherent in the notarial profession.

II.2. The law of succession: intestate succession. Types of heirs. Protection of the legitimate share

As regards the Bill of Civil and Commercial Code, Executive Order 191/2011.

We back the change proposed regarding the law of succession, since:

1) It reduces the legitimate share of forced heirs, and improves the freely disposable share, thus reinforcing the principle of free will, which is significantly restricted in succession matters.

2) It introduces the institution of "share improvement" for the benefit of vulnerable persons (physically or mentally disabled descendants or ascendants) who, in addition to the decedent´s freely disposable share can also be benefitted with one-third of the legitimate shares of his/her co-heirs, which could even be agreed and established *inter vivos.*

3) It expressly contemplates the possibility of waiving actions for the protection of the legitimate share in those cases where property is transferred to any of the legitimate heirs, provided made with reservation of the right of usufruct, use or habitation or for a consideration consisting of a life annuity, without any other requirement than the consent of the remaining future heirs.

4) Under extraordinary circumstances, it admits the possibility to transfer to heirs the obligation to pay alimony to the former spouse who is not self-supporting and suffers from a pre-existing disease.

5) It allows contracts on future inheritance with the purpose of protecting family businesses and interests and holdings in companies, based on the protection of family and social interests.

6) It adds new grounds for disqualifying heirs, it updates the existing ones and makes them more operative.

Notwithstanding the foregoing, we wish to make the following remarks:

1) As regards the increase of the freely disposable share, we deem that although the current situation is improved, it should be the starting point towards a greater relevance of free will, considering the possibility to reduce, in all cases, the legitimate share to one half of the decedent´s estate so as to allow, in conjunction with the other succession-related institutions, a fairer and more equitable estate planning -effective upon decedent´s death-, in full accordance with the changes occurred in family and social relationships in general.

2) The limit of said free will, which the legislation must protect, shall be the right to alimony and support and the protection of vulnerable persons.

3) It is necessary to revise the broadening of the exceptions to the agreements on future inheritance, of distributive nature, in general, and in specific cases where the agreements involve a waiver. Moreover, post mortem alimony should also be considered.

4) Taking into account that the increase in the freely disposable share could foster the execution and use of wills, we deem that the elimination of the grounds for disinheritance is a negative change, as new grounds should have been added, thus making possible the disqualification of legitimate heirs.

5) Postmortem effectiveness of powers of attorney granted by the decedent must be recognized, regarding the fulfillment of business obligations assumed by decedent while alive, which, under the current law, has proved to be a very useful and efficient tool as it assures certainty and warrants minimum litigation.

6) With respect to succession proceedings, we consider that the Bill affects powers not delegated by the provinces, when it regulates such proceedings, and said provisions would be unconstitutional.

7) The Bill would definitely prevent any possibility that succession proceedings be conducted by a notary public, contradicting several prior bills and the trend existing in comparative law.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Lima, Perú, 10 al 12 de octubre de 2013.

TEMA I: "Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a la nuevas relaciones sociales".

Coordinador internacional: Not. Pascal Chassaing
Coordinadora nacional: Not. Maria Cristina Palacios

Aclaraciones previas. Consideraciones generales:

El presente informe ha sido elaborado sobre la base de los aportes efectuados por los siguientes notarios de la República Argentina, en los temas que en cada caso se indican:

María Laura Morales (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Matrimonio.
Cecilia Inés Barás (Pcia. de Mendoza) - Derecho de Familia: Filiación.
Karina Martínez (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Filiación.
María Marta Herrera (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Adopción.
Graciela Curuchelar y Fátima Cosso (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho de Familia: Mediación Familiar.
Enrique H.J. Garbarino y María Alicia Craviotto - (Ciudad Autónoma de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
Marta R. Piazza (Pcia. de Buenos Aires) - Derecho Sucesorio.
María Cristina Palacios (Pcia. de Jujuy) - Derecho de Familia: Uniones de hecho.

Siguiendo las pautas propuestas por esta Coordinación, que a su vez desarrollaron las establecidas por la Coordinación Internacional, los autores han efectuado una exposición del derecho vigente en cada subtema elegido, para luego analizar el derecho proyectado con las valoraciones y críticas correspondientes. En los casos procedentes se han incluido datos estadísticos de la realidad.

Esta secuencia del tratamiento es seguida en el presente informe, respecto de cada área temática propuesta: en primer lugar los cambios en el derecho de familia: MATRIMONIO, UNIONES DE HECHO, FILIACIÓN,

ADOPCIÓN Y MEDIACIÓN FAMILIAR, y en segundo lugar, los cambios en DERECHO SUCESORIO: LLAMAMIENTO LEGAL, LEGÍTIMA. Previo a ello formularemos una introducción con el enfoque general de todo el tema y la referencia particular a la inminente reforma del derecho privado en la Argentina, con importantes cambios especialmente en el derecho de familia, por lo que su incidencia en este aporte ha sido trascendental

I) Introducción:

I.1. Enfoque general del tema:

La propuesta efectuada por el Coordinador Internacional de este Congreso, nos invita a reflexionar sobre la manera en que los cambios en las conductas sociales, movilizan modificaciones en el ámbito normativo del derecho, específicamente dentro del derecho de familia y del derecho sucesorio.

Llevar a cabo esta reflexión, implica una mirada retrospectiva del asunto, esto es: cómo a lo largo de los años, los cambios habidos en los comportamientos humanos dentro de estas particulares áreas, han sido captados, primero por el órgano judicial al dictar sus sentencias, generando a traves de ellas una importante y a veces única fuente normativa reguladora de los nuevos comportamientos, y luego por el legislador, para ser regulados en normas positivas, las que generalmente receptan aquella jurisprudencia; a la vez que una mirada prospectiva del mismo, dirigida a los cambios que hoy advertimos en esas conductas, y que están demandando una nueva o diferente regulación.

La regulación por otra parte debe tener un sentido, una orientación: qué está permitido y qué está prohibido. En el ámbito del derecho privado, y particularmente del derecho de familia y sucesorio, la tensión entre la autonomía de la voluntad –expresión de las libertades individuales, y especialmente del derecho a la autodeterminación y a la privacidad-, por un lado, y el orden público, -reservorio de los valores que constituyen el sustrato existencial de cada sociedad en cada momento histórico, tales como, el respeto por la vida y la dignidad humanas, la protección integral de la familia y del desarrollo de la persona, la igualdad, la solidaridad, la moral y las buenas costumbres-, por el otro; ha sido y será permanente. En unos tiempos inclinada mas a un extremo, y en otros, hacia el opuesto.

La regulación pues, deberá buscar siempre el justo equilibrio, hasta que un nuevo cambio en las conductas inicie nuevamente el proceso.

Este juego pendular, casi dialéctico, es la esencia misma del derecho: las tres dimensiones en permanente interacción, conductas en interfe-

rencia, normas y valores. Pero la que siempre "empuja", la que siempre genera un nuevo movimiento, es la conducta humana.

¿Cómo o por qué nace una nueva institución jurídica o se transforma una existente?

La respuesta la brinda la ciencia jurídica. Para unos, el fenómeno se origina en la costumbre y su evolución espontánea sobre la base de la convicción jurídica de cada pueblo dentro de un proceso histórico, progresivo y pacífico[1]. Para otros en cambio, el proceso no será tan romántico ni pacífico, sino el producto de una permanente lucha en contra de la injusticia, un trabajo sin descanso no solamente de los poderes públicos sino también del todo el pueblo, un doloroso y difícil alumbramiento[2].

Sea cual sea la postura científica que se adopte -y sin pretender adentrarnos en las distintas doctrinas existentes al respecto, pues excedería el tema del presente trabajo-, puede extraerse de ellas las siguientes pautas en común:

La transformación del derecho se origina siempre en el actuar del hombre en comunidad, y no en la especulación racional de uno o unos cuantos.

Histórica y genéticamente el cambio comienza siempre en las conductas humanas en interacción y se traslada luego a la regla, que debe buscar inordinarlas en función de la realización de determinados valores.

No cualquier cambio en las conductas implica un necesario cambio en las normas: será necesario un proceso de permanencia en el tiempo del nuevo comportamiento, así como una entidad considerable de los individuos involucrados en el cambio que amerite modificar la regla de conducta para toda una sociedad, pues de lo contrario se corre el riesgo de invertir el orden del proceso según lo señalado precedentemente.

Si el cambio de la conducta amerita el cambio de la normativa o no, y en su caso cómo debe esta normativa regularla, es una cuestión que debe ser resuelta por quien detenta monopólicamente y por delegación, la potestad legisladora en cada sociedad, ya sea que su sistema de derecho sea continental y entonces esta tarea estará a cargo del poder legislativo a traves del dictado de leyes en sentido formal, o ya sea que

---

1 AFTALIÓN, Enrique y otros. "Introducción al derecho", Coop. De Derecho y Ciencias Sociales, 11ª Ed., pag. 387, donde cita a Savigny y Gustavo Hugo, fundadores de la Escuela Histórica del Derecho.

2 AFTALIÓN, Enrique y otros. Ob. citada en nota 1, pag. 389, donde cita a Rudolf Von Ihering, "La lucha por el derecho".

se trate de un sistema de "common law", pues el cambio estará a cargo del órgano judicial que deberá modificar el rumbo del precedente, sentando uno nuevo.

Esta delicada tarea, que exige una fina sensibilidad y una consustanciación con los sentimientos, convicciones y necesidades de la comunidad toda, a la vez que una mirada superadora de sectorismos, que pueda ver cuál es realmente el siempre buscado "bien comun", lo que constituye un verdadero desafío para el poder estatal y pone a prueba su capacidad de oportuna reacción y por tanto de gobierno.

Un sistema de normas que permanece inalterado a pesar de los verdaderos cambios en las conductas de toda una sociedad, o que se modifica a espaldas de lo que realmente ocurre en ella, se convierte en algo totalmente inútil, y probablemente caerá en desuso sin dar respuesta a aquellas necesidades.

Un sistema de normas, que se modifica, siguiendo los cambios producidos en los comportamientos sociales, pero descuidando los valores a los que esa sociedad considera superiores, se transforma en algo no solamente inútil sino peligroso para la trama axiológica íntima sobre la que aquella apoya su subsistencia.

El notariado tiene una doble participación en este proceso, por un lado, como asesor respecto de los aspectos no previstos en la legislación o sobre los cuales la ley guarda silencio, a fin de encausar las voluntades de quienes requieren sus servicios de la manera mas eficaz posible a pesar de dichos vacíos legales; y por el otro, como institución relevante dentro de la sociedad a la que pertenece, y con la que tiene un contacto cotidiano y directo, cuya postura u opinión debe manifestarse dada la gravitación que ella tiene en el ámbito jurídico y por la utilidad que puede representar para el legislador a la hora de "captar" aquellos cambios en los comportamientos y los valores involucrados.

I.2. El proyecto de código civil y comercial-Decreto 191/2011

El 23 de febrero de 2011, mediante Decreto Nº 191, el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, integrada por los Ministros de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, y Elena HIGHTON de NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, a la que se le encomendó el estudio de las reformas al CODIGO CIVIL y al CODIGO DE

COMERCIO DE LA NACION que considerara necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

Entre los fundamentos, el Ejecutivo Nacional señala que *"el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas...",* destacando en este sentido *"… la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos"* . Y luego de mencionar los fallidos intentos precedentes por alcanzar la ansiada unificación del derecho privado, concluye afirmando, "…*Que atento a lo expuesto, la unificación y actualización de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se inscribe dentro del compromiso político asumido por el Gobierno Nacional para consolidar la institucionalización y la seguridad jurídica para la presente y las futuras generaciones de argentinos…"*

En cumplimiento de ello, y dentro del plazo fijado por el Decreto (365 días), la mencionada Comisión, -con la colaboración de un listado de personalidades notables del ámbito académico jurídico de nuestro país, y de algunos profesores también del extranjero-, elaboró y finalmente elevó al Poder Ejecutivo Nacional, el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" para su consideración.

El Poder Ejecutivo, luego de efectuar algunas modificaciones a este Anteproyecto, lo remitió a su vez, y ya como proyecto, - conforme con el trámite preliminar lógico para el tratamiento de una ley de esta índole, previsto en el Anteproyecto-, a una Comisión Bicameral creada en el Honorable Congreso de la Nación, a los efectos de que luego del correspondiente análisis, emitiera un despacho, previo al tratamiento del proyecto en el recinto en plenario.

A la fecha en que estamos escribiendo este trabajo (marzo de 2013), la mencionada Comisión aun no se ha expedido, y habiendo transcurrido con creces los noventa días previstos para ello, el Proyecto se encuentra en condiciones de ser tratado en plenario, aunque por ahora no ha sido incluido en las sesiones, no conociéndose cual ha de ser el destino del mismo. Mas allá de esta circunstancia, el Proyecto aun mantiene estado parlamentario y ha sido mencionado como un tema pendiente por la Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner en el discurso inaugural de la sesiones del Congreso Nacional, con fecha 1º de marzo de 2013, habiendo sido un tema de su propia iniciativa.

Entre sus modificaciones más importantes figuran las vinculadas al derecho de familia, en donde se regulan temas tales como, la filiación

a partir del uso de las técnicas de **fertilización asistida, la uniones de hecho**, la implementación de los acuerdos prematrimoniales para elección del régimen patrimonial en el matrimonio, y el divorcio incausado, para el cual ya no habrá que justificar las razones de la finalización del vínculo matrimonial. De esta forma, se busca, no solo **unificar la legislación civil y comercia, sino** actualizar todo el derecho privado vigente en materia de personas, especialmente en sus relaciones familiares, desde la óptica de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

II) Derecho de familia: matrimonio

II.1. Introducción

II.1.a. Breve reseña histórica del tratamiento normativo de la institución del matrimonio en la República Argentina desde la sanción del Código Civil

En lo que respecta al matrimonio y las relaciones familiares el Código Civil de la República Argentina, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield, y que entró a regir en 1871 se limitó a convalidar jurídicamente lo preceptuado por el código canónico, ya que el matrimonio seguía siendo religioso y debía ser celebrado según los preceptos de la Iglesia Católica (articulo 167). Se excluía de esta manera el matrimonio meramente civil, incluso para contrayentes que no fueran de la fe católica, los que debían casarse según las leyes y los ritos de la iglesia a la que pertenecieran, o para aquellos que no pertenecieran a ningún culto religioso.

En 1880, en pleno modelo agroexportador y cuando gobernar era poblar, la Iglesia manejaba la educación y registraba nacimientos, casamientos y defunciones.

La "Generación del 80" fue una época de avance de la laicidad en Argentina, y fue en ese marco ideológico, que se dictó la primera ley de matrimonio civil, en septiembre de 1867 en la Provincia de Santa Fe. La oposición de la Iglesia pronto se hizo sentir , y fue tal su fuerza que la ley se derogó y el por entonces Gobernador de Santa Fe, renunció.

Finalmente el 12 de noviembre de 1888, fue sancionada la Ley 2393, que estableció el Matrimonio Civil. En consecuencia dicha ley impuso al matrimonio como un acto solemne, cuya existencia estaba condicionada al cumplimiento de una forma determinada que consistía en la declaración del consentimiento ante el oficial del Registro Civil, siendo inoperante para generar el vinculo que el mismo se expresara ante un ministro del culto o un funcionario distinto del expresado.

Frente a la sanción de esta norma, la Iglesia tuvo una fuerte oposición y la ley de matrimonio civil fue denunciada como un ataque a la familia, a la tradición y a las mismísimas bases de la cultura y la sociedad, hasta tal punto que quienes inicialmente se casaron por civil fueron señalados como parejas de hecho, sin reconocerlos como verdaderos esposos.

A pesar de esta reacción inicial, a lo largo de los años, la Ley 2393 rigió sin mayores inconvenientes, permitiendo una pacífica convivencia entre Estado e Iglesia, puesto que los contrayentes no dejaron de celebrar además su unión bajo el culto religioso. Esto se debió a que ambas instituciones coincidían en garantizar la estabilidad de la familia y el matrimonio, para lo cual se impusieron una serie de normas que protegían la indisolubilidad del casamiento, la jefatura del hogar en cabeza del marido (regente de la familia a la cual estaban sujetos la esposa y los hijos) y la discriminación de la filiación fuera del matrimonio.

Sin embargo los cambios sociales, culturales, políticos y económicos que se produjeron a lo largo de los tiempos, causaron la modificación del modelo de familia, generando movimientos dentro de esa estructura, tales como la desaparición de la primacía del marido en el seno de la familia, la ampliación y extensión los derechos de la mujer hasta establecerse el principio constitucional de la plena igualdad del hombre y la mujer y la aceptación y necesidad de instaurar la disolubilidad del vínculo matrimonial.

Como consecuencia de estos cambios, finalmente, y a pesar de fuertes actos de protesta de distintos sectores católicos, el 3 de junio de 1987 se sancionó la Ley 23.515 del Matrimonio Civil y Familia, la que se conoció históricamente como "Ley de Divorcio". Ademas de instituir el divorcio vincular, esta normativa modificó una serie de artículos, que que establecían discriminaciones respecto de las mujeres, al establecer la igualdad de condiciones entre ambos cónyuges para fijar el domicilio legal y permitirles optar entre usar o no el apellido del marido.

La Ley 23.515 mantuvo su vigencia sin mayores sobresaltos, hasta que un nuevo movimiento, impulsado por la Comunidad Homosexual Argentina-CHA (Personería Jurídica otorgada el 17 de mayo de 1992), comenzó a agitarse, primero, con el fin de su reconocimiento, y posteriormente buscando la ampliación de los derechos para las parejas del mismo sexo.

Finalmente, en el año 2010, la Diputada Victoria Vilma Ibarra del partido político Frente para la Victoria, presentó ante el Congreso de la

Nación un proyecto de ley, por el cual propugna un nuevo modelo matrimonial: casamiento entre homosexuales. Cabe destacar que el debate sobre la legislación autorizando el matrimonio entre personas del mismo sexo comenzó a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna "Los mismos derechos, con los mismos nombres". Esto generó un gran debate en la sociedad argentina, y las opiniones se dividieron entre las siguientes posiciones: a) a favor de la equiparación total de las parejas homosexuales y hetereosexuales en cuanto al acceso al matrimonio, con los mismos derechos y obligaciones; b) rechazo total a una legislación que habilite a la pareja homosexual a contraer matrimonio, si bien en general acepta que mediante un régimen de unión civil se concedan derechos tales como el beneficio de pensión, el de obra social, ciertos derechos de orden patrimonial, entre otros. La objeción fundamental de esta postura giraban alrededor de dos puntos centrales: la utilización del vocablo "matrimonio" para la unión homosexual y la posibilidad de adopción a parejas de este tipo; y c) una postura intermedia, la cual propone que se formule para las parejas homosexuales y heterosexuales legislaciones distintas acerca de sus derechos y obligaciones.

Al igual que en épocas anteriores, frente a la reformas legislativas acerca de la Institución del Matrimonio, la Iglesia hizo manifiesto su rechazo a esta nueva norma, a la que consideró una amenaza a la familia y una violación a "la ley de Dios". La Iglesia fundamentó su postura, en que el bien del matrimonio y la familia es "inalterable", advirtiendo que no hay una realidad análoga que se le pueda igualar, ya que no puede asimilarse a una unión cualquiera entre personas; por el contrario tiene características propias e irrenunciables, que hacen del matrimonio la base de la familia y de la sociedad, advirtiendo que al otorgar un reconocimiento legal a la unión entre personas del mismo sexo, equiparándola en un plano jurídico análogo al del matrimonio y la familia, el Estado actuaría erróneamente y entraría en contradicción con sus propios deberes al alterar los principios de la ley natural y del ordenamiento público de la sociedad argentina.

Luego de un arduo debate, el 15 de julio de 2010, y ya con media sanción de Diputados, la Cámara de Senadores aprobó la ley 26.618, por 33 votos a favor frente a 27 en contra y 3 abstenciones.

Esta ley introduce un cambio de paradigma en el derecho de familia, puesto que suprime la diversidad de sexo como requisito intrínseco esencial para la existencia del matrimonio.

II.1.b "Matrimonio Igualitario"- Ley 26.618

La ley 26.618 conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", produjo no sólo un profundo impacto en el seno de la sociedad argentina, sino que además generó serias repercusiones en el ordenamiento jurídico vigente en su totalidad, ya que resultaron alteradas otras disposiciones y no tan sólo del Derecho de Familia.

La Diputada Victoria Vilma Ibarra, autora del proyecto, justificó la necesidad de la reforma legislativa sosteniendo que mantener el impedimento de diversidad de sexo para la consagración del matrimonio implicaba una discriminación fundada en la orientación sexual, violatorias de los principios constitucionales de igualdad y respeto a la vida privada consagrados en el artículo 16 y 19 de la Constitución Nacional, respectivamente.

En contra de este argumento se ha sostenido que es doctrina unánimemente aceptada sobre el principio de igualdad que consagra la Constitución Nacional, según lo ha establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con adhesión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) que, "*el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que concede a otros en iguales condiciones*". De ello deriva que el principio de igualdad no es absoluto, puesto que nada impide que la ley ante situaciones y circunstancias desiguales, imponga un tratamiento jurídico diferente, siempre que ese tratamiento diferente no se funde en razones arbitrarias.

Analizando entonces si las parejas del mismo sexo se encuentran en idéntica situación que las parejas heterosexuales, la respuesta resulta a todas luces negativa, pues hay diferencias en aspectos biológicos, antropológicos y sociales. Basta mencionar la imposibilidad natural de las parejas del mismo sexo de procrear por sí solas sin recurrir al aporte de terceras personas, para advertir que se está ante realidades distintas.

El legislador, al imponer el requisito de la diversidad de sexo como requisito intrínseco para la celebración del matrimonio simplemente esta respetando una diferencia impuesta por la naturaleza, sin que ello pueda considerarse una discriminación arbitraria.

Por ello, lo coherente hubiera sido establecer una normativa que contemplara las características particulares de las parejas de idéntico sexo a través de la creación de un instituto civil especifico, respondiendo así a sus necesidades, y no mezclar situaciones dispares bajo una misma

regulación jurídica, legalizando sí entonces la desigualdad. Inclusive esto es sostenido por tribunales internacionales, tales como la Corte Europea de Derechos, quien recientemente resolvió que no existe discriminación si a las parejas de diverso sexo se les otorga protección a través de un instituto alternativo excluyéndoles el acceso al matrimonio, puesto que las normas que impiden el matrimonio homosexual no violan ningún derecho reconocido por los tratados de derechos humanos.

Cabe preguntarse si la reforma realmente obedeció a una necesidad social y cultural o simplemente se buscó complacer a ciertos sectores minoritarios de la sociedad, que de ninguna manera reflejaban el sentir de la totalidad de sus integrantes, respecto de una institución que es fundante en términos de la estructura social. En este sentido, era procedente, porque la trascendencia del tema lo ameritaba, llamar a consulta popular de acuerdo a lo normado por el artículo 40 de la Constitución Nacional. Por el contrario, la ley 26.618 fue sancionada sin la debida reflexión y evaluación del impacto que produciría la misma no tan solo en el ordenamiento jurídico, sino en la sociedad en sí, llamando la atención la premura de su aprobación, cuando existían otros temas del derecho de familia que necesitan una regulación legal desde hace mucho tiempo, como el concubinato.

También es criticable la metodología usada, que evidencia la ligereza con que se llevó a cabo la sanción de esta norma. La ley 26.618, se limitó a la modificación de los artículos 172 y 188 del Código Civil, y solo realizó adaptaciones terminológicas, (se buscaron los términos que indicaban diferencias de sexos como marido-mujer, esposo- esposa, padre- madre, viudo- viuda, entre otras y se las reemplazo por voces neutras como cónyuges, contrayentes y padres), y de algunos otros artículos, tales como en el caso del artículo 206 y la separación personal de los cónyuges, el artículo 326 referente al nombre del hijo adoptivo, el artículo 8 de la Ley 18.248 en relación al nombre de las personas casadas, quedando numerosos institutos sin ser adecuados a la nueva realidad legal, y sin sincronizar este "nuevo matrimonio" ya sin diferencias de sexos, con la totalidad del ordenamiento jurídico fundado en el matrimonio heterosexual, tales como las estructuras de parentesco, la organización del régimen filiatorio y las reglas sucesorias, además de otras ramas del derecho tales como las penales, comerciales, laborales, tributarias, administrativas y procesales, dando lugar en algunos casos a situaciones discriminatorias respecto de los matrimonios heterosexuales frente a los matrimonios homosexuales, e inclusive respecto de la mujer.

Es necesario que el poder legislador revise, como mínimo desde un punto de vista estrictamente jurídico, el régimen instaurado por la ley 26.618, adecuando y armonizando correcta y sistemáticamente su inserción dentro del ordenamiento jurídico vigente en la República Argentina, con absoluto respeto de los principios consagrados en la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que integran el derecho supranacional, cuidando de no caer, en pos de una pretendida no discriminación, en situaciones de privilegios o excepciones arbitrarias.

II.2. Descripción de la legislación vigente

II.2.a. Requisitos intrínsecos - Impedimentos

Para que el matrimonio pueda considerarse válido, debe cumplir ciertos requisitos, a los que se ha clasificado en intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma, cuya ausencia genera diferentes consecuencias que comprenden desde la inexistencia del matrimonio hasta la ilicitud que deriva en otras sanciones.

Hasta la sanción de la Ley 26.618 los requisitos intrínsecos consistían en la diversidad de sexos, el consentimiento válido, y la expresión del mismo ante autoridad competente para celebrar matrimonios.

DIVERSIDAD DE SEXOS: Respecto a la diversidad de sexos, el Código Civil, luego de la modificación de la Ley 23.515, establecía en el artículo 172 que "*es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer…".* Esta referencia que introdujo la Ley 23.515, puesto que la ley 2393 no la contenía, tuvo como misión dejar establecido y sin lugar a dudas, que solamente el matrimonio se consideraba válido ante la diversidad de sexos de los contrayentes, y en consecuencia la identidad de sexos en su celebración lo tornaba inexistente. Este recaudo también se encontraba plasmado en el artículo 188 de la citada norma legal.

La Ley 26.618 , como ya vimos, modificó el artículo 172 del Código Civil, el que actualmente dispone lo siguiente: "*Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo…*". Asimismo el artículo 188 también fue modificado, en forma concordante.

Además de lo expuesto, la Ley 26.618, para reforzar la eliminación del requisito de la diversidad de sexos entre los contrayentes, incluye

en su articulado una clausula complementaria, destinada a equiparar los derechos y obligaciones de los consortes, cualquiera fuera la modalidad del matrimonio e impone un método de interpretación para todo el ordenamiento jurídico: "Articulo 42. - Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo".

CONSENTIMIENTO: Tanto la Ley 23.515 como su modificatoria, Ley 26.618, establecen en la primera parte del articulo 172 del Código Civil como requisito indispensable para la existencia de un matrimonio válido, la expresión personal, plena y libre del consentimiento por parte de los contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo.

Para que el consentimiento resulte válido deben conjugarse los siguientes requisitos: a) La declaración de voluntad debe ser formal, por lo que se exige que la misma sea manifestada ante un oficial público, que garantice que se cumplan y respeten las solemnidades a los que está sometido el acto; b) Los contrayentes deben ser capaces según la legislación vigente para contraer matrimonio, c) Dicha expresión de voluntad debe otorgarse con discernimiento, intención y libertad, por lo que en consecuencia no debe estar afectada por alguno de los vicios obstativos de la voluntad (error, dolo o violencia) y d) No puede encontrarse sujeto a modalidad alguna (artículo 193) ni pactos que alteren alguno de los derechos y obligaciones que emergen del régimen legal matrimonial.

CELEBRACION ANTE AUTORIDAD COMPETENTE: La ley 23.515 utiliza los conceptos de oficial público y autoridad competente de manera indistinta. El interés público que rige a la materia llevo a la creación de los Registros del Estado Civil y Capacidad de las personas, donde la figura del oficial público garantiza que el Matrimonio se celebrará de acuerdo a la normativa vigente y en cumplimiento a los requisitos esenciales, impidiendo así la consagración de matrimonios inexistentes o nulos.

IMPEDIMENTOS La legislación prevé de manera taxativa las situaciones de excepción que obstaculizan a los futuros esposos a contraer un matrimonio válido, a los que denomina Impedimentos. La violación de los impedimentos mencionados son causa de oposición al matrimonio y de denuncia y de oposición del oficial público a la celebración del matrimonio, pero además acarrean sanciones de diversa naturaleza, a las cuales la doctrina ha clasificado en impedimentos dirimentes -cuya sanción consiste en la nulidad (absoluta y relativa)- e impedimentos impedientes, cuya violación da lugar a sanciones diferentes a la nulidad, o bien cumplen solo una función preventiva.

El artículo 166 del Código Civil establece lo siguiente: "*Son impedimentos para contraer matrimonio: 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación. 2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos. 3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. 4. La afinidad en línea recta en todos los grados. 5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años. 6. El matrimonio anterior, mientras subsista. 7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. 8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere. 9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.".* La enumeración efectuada en el artículo 166 es taxativa y agrupa a los impedimentos dirimentes pues su violación ocasiona la nulidad absoluta o relativa –según el caso-, del matrimonio celebrado.

En cuanto a los impedimentos impedientes podemos mencionar entre ellos la exigencia del Certificado Prenupcial, cuya omisión "impide" que el matrimonio se celebre, a fin de prevenir sobre la posible existencia de enfermedad venérea en período de contagio o el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), (según Leyes 12.331 y 16.668).

II.2.b. Forma y prueba de su celebración

El Matrimonio en la Argentina es por excelencia un acto solemne, es decir que su validez esta sometida a una forma legal impuesta, -instrumento público especie administrativo-, la cual a su vez está sujeta a determinadas solemnidades.

La ley sujeta la expresión del consentimiento a un requisito de forma: *debe ser expresado ante autoridad competente*, (art. 172), en presencia de dos testigos (que se elevan a cuatro cuando el matrimonio se celebra en el lugar de residencia alguno de los contrayentes por razones de imposibilidad de éste de trasladarse) y con las formalidades legales (lectura a los contrayentes sus derechos y obligaciones, recepción de sus respectivas declaraciones de voluntad, y pronunciamiento en nombre de la ley de que quedan unidos en matrimonio) (arts. 172, 188). La razón de ser de estas formalidades es la preservación de la expresión de un consentimiento reflexivo de las obligaciones y responsabilidades que van a asumir los futuros cónyuges, así como la seriedad del acto que se celebra y que contribuye a la estabilidad de la institución.

La ley impone ademas una serie de recaudos previos y contemporáneos a la celebración del Matrimonio, que si bien no condicionan la validez del acto, deben ser observados con carácter obligatorio.

De la celebración del Matrimonio debe labrarse en los Libros del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas un Acta, que deberá cumplir con los requerimientos impuestos por el artículo 191. El Acta mencionada deberá ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervinieren en el acto y por otras personas a ruego si éstos no pudieren o no supieren hacerlo, y autorizada por el oficial público.

Asimismo el Código Civil prevé una forma extraordinaria para la celebración del matrimonio en los supuestos en los que existe peligro de muerte por parte de uno de los contrayentes y que permite prescindir de las diligencias previas antes mencionadas. Esta forma matrimonial se ha denominado "matrimonio in articulo mortis" y esta previsto en el artículo 196.

El matrimonio se prueba con el acta labrada al momento de celebrarse el Matrimonio, y que configura el asiento registral (Partida de Matrimonio), el testimonio o copia de dicho asiento, el certificado o Libreta de Familia, expedidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

En los supuestos de imposibilidad de obtener estos medios de prueba, se puede recurrir a cualquier otro justificando dicha imposibilidad, no siendo suficiente la sola posesión del estado. (artículo 197) (por ej. la declaración de testigos que hubieran concurrido al acto, la propia celebración del matrimonio religioso, sobre todo si de las constancias obrantes en el libro de registro religioso surgiera que se tuvo a la vista la documentación civil, publicaciones periodísticas en las que se anunció la celebración, las participaciones del casamiento, entre otras).

Por último la norma citada establece que si los contrayentes gozaran de posesión del estado matrimonial, aun cuando el Acta adoleciera de ciertas deficiencias de tipo formal, el matrimonio es perfectamente válido.

II.2.c. Nulidad e Inexistencia

La nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos son dos categorías que carecen de parentesco entre sí. La nulidad es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos, en virtud de un vicio existente al momento de su nacimiento. En cambio, la inexistencia de los actos jurídicos corresponde a ciertos hechos materiales eN los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma.

Largamente se ha discutido por los autores nacionales la recepción de la teoría de la inexistencia del matrimonio, sin embargo hoy la mayoría de la doctrina argentina es consistente en que la misma está claramente acogida por la legislación, en el artículo 172 del Código Civil.

Tal como dijimos precedentemente, según la legislación vigente deben confluir dos requisitos esenciales para que pueda configurarse la existencia del Matrimonio: a) consentimiento de los contrayentes y b) su expresión ante el oficial público del Registro Civil. Correlativamente su ausencia conlleva a la inexistencia del vínculo conyugal.

El matrimonio inexistente es privado de todos sus efectos civiles aun cuando los contrayentes hubieran actuado de buena fe. Asimismo no resulta necesario que la inexistencia sea decretada por el juez, sólo debe ser comprobada por éste si se la plantea en sede jurisdiccional, quien se limitará a negar los efectos del mismo y a anular el Acta si se hubiera celebrado. La legitimación activa para ejercer la acción en el caso de inexistencia, no se encuentra limitada a determinadas personas, inclusive puede ser declarada de oficio por el juez, y la misma no esta sujeta a prescripción o caducidad alguna. Los matrimonios inexistentes no son objeto de confirmación y dicha inexistencia puede ser opuesta como excepción a toda acción que se funde en la existencia del vínculo matrimonial.

En cuanto a los supuestos de nulidad, son susceptibles de ser diferenciados según que se trate de nulidad absoluta o relativa. Son supuestos de nulidad absoluta –por lo tanto inconfirmable e imprescriptible en virtud de estar impuesta por razones de orden público-, la celebración del matrimonio en violación a los impedimentos de parentesco, y las causales de ligamen y crimen, (artículo 219); y de nulidad relativa,

-que por el contrario como está establecida en el interés particular de los contrayentes, puede confirmarse y la acción prescribe-, falta de edad legal, la privación de la razón de uno de los contrayentes por cualquier causa que fuere, o mediando impotencia de uno o de ambos que impida absolutamente las relaciones sexuales, sea por razones físicas o psíquicas, o cuando el consentimiento de uno de los esposos sea afectado por alguno de los vicios del consentimiento: error, dolo o violencia (art. 220).

En cuanto a las consecuencias de la nulidad del matrimonio, el acto deja de producir sus efectos normales retroactivamente al día de la celebración del matrimonio, puesto que la sentencia es declarativa, sin perjuicio de que mientras la sentencia no se dicte el matrimonio debe reputarse provisionalmente válido. Sin embargo esta regla no es absoluta y sufre algunas excepciones tales como los efectos producidos respecto a terceros de buena fe o la emancipación por causa del matrimonio, o el supuesto de matrimonio putativo, donde alguno o ambos contrayentes actuaron de buena fe, en el que el matrimonio se considerara válido con sus respectivos efectos civiles hasta la sentencia que lo prive de ellos.

II.2.d. Efectos personales y patrimoniales

II.2.d.1. Efectos personales: deberes y derechos de los cónyuges

El Código Civil regula, en los artículos 198 a 200, los efectos personales de la unión conyugal, los cuales tienen su fundamento en la comunidad de vida a la cual acceden luego del acto de celebración del Matrimonio.

La legislación ha impuesto a los cónyuges tres deberes fundamentales: Fidelidad, Asistencia y Cohabitación, a los que la doctrina agrega una cuarta obligación y que consiste en el Débito Conyugal. A continuación analizaremos brevemente en que consiste cada uno de ellos.-

Fidelidad: Este es un deber que obliga a ambos cónyuges, y deriva de la concepción del matrimonio monogámico El mismo persiste aun después de la separación personal, ya que el adulterio puede ser invocado como causal de separación personal o divorcio según lo previsto por los artículos 202 y 214 respectivamente. En estos últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en considerar que la circunstancia de separarse de hecho los cónyuges implica un relevamiento consensuado de dicho deber, así como lo hacen con el de cohabitación y el debito conyugal, por lo que podría considerarse extinguido el mismo después de un lapso prudencial o por el transcurso de tres años que habilita a solicitar el divorcio vincular. **Asistencia:** Abarca dos aspectos: a) Moral o espiritual: Implica respeto y el trato considerado y

decoroso entre los esposos, la solidaridad personal en los avatares de la vida cotidiana, el auxilio en caso de enfermedad, y la ayuda mutua que configuran el perfil sentimental de la pareja. La infracción al presente deber configura desde el punto civil la causal de injurias graves en la separación personal y el divorcio vincular y desde el punto de vista penal puede llegar a configurar el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar. b) Material: Se considera que este deber abarca la obligación de proveer a las necesidades mínimas propias de la convivencia, así como contribuir a los gastos de manutención del hogar conyugal y los hijos. Comprende los alimentos, cuya reglamentación está establecida en los casos de separación personal o divorcio vincular (artículos 207, 217 y 231 del Código Civil). **Cohabitación:** Se trata de un derecho y de un deber al mismo tiempo y que consiste en la vida en común bajo el mismo techo. El incumplimiento al presente deber no permite la utilización de medios compulsivos directos, pero su violación constituye causal de separación personal y divorcio. **Débito Conyugal:** Al igual que el deber anterior, el débito conyugal también constituye un derecho, el cual complementa los deberes de fidelidad y asistencia y consiste en la obligación de prestarse a mantener relaciones sexuales con el otro cónyuge. Este derecho- deber no fue previsto expresamente por la legislación, pero si ha sido incorporado por la doctrina, y su incumplimiento configura la causal de injurias graves que dan lugar a las acciones de separación personal y divorcio vincular.

II.2.d.2. Efectos patrimoniales

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un régimen patrimonial matrimonial de carácter forzoso, único e inmodificable por los cónyuges, que se encuentra previsto en el Libro Segundo, Sección Tercera del Código Civil: (De las obligaciones que nacen de los contratos), Título II: "De la Sociedad Conyugal". Es decir que por la sola celebración del matrimonio los cónyuges quedan sometidos al régimen patrimonial dispuesto en la ley. El régimen previsto esta basado en una comunidad relativa integrada por los bienes gananciales (Sociedad Conyugal), excluyendo de la misma a los bienes propios.

Como consecuencia del carácter imperativo del régimen vigente, las partes voluntariamente no pueden cambiarlo, por lo que se encuentran prohibidas las Convenciones Matrimoniales (arts. 1218,1219).

Sí admite en cambio, convenciones pre-matrimoniales, que tenga por objeto únicamente: la designación de los bienes que cada uno lleva al

matrimonio y las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro. (art. 1217) Todo otro acuerdo sobre cualquier objeto relativo al matrimonio, así como las renuncias de uno de los cónyuges a favor de otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal es de ningún valor. Estas convenciones son condicionales, ya que su existencia y validez depende de la celebración válida del matrimonio y son inmutables, es decir que no pueden modificarse posteriormente a la consagración civil del vínculo conyugal.

Con el nacimiento del vínculo conyugal comienza un "régimen patrimonial", que se caracteriza por la existencia de una dualidad de masas que se extingue con la disolución del vínculo. La primera masa de bienes está compuesta por los bienes propios y la segunda por los bienes gananciales, cada una de las cuales se encuentran bajo la administración y responsabilidad del cónyuge a quien corresponda según su título de adquisición. Esa masa de bienes gananciales –a la que impropiamente del Código denomina "sociedad conyugal"-, se convertirá en una comunidad de bienes al disolverse la sociedad conyugal, momento en el cual se deberá proceder a su liquidación, correspondiendo a ambos cónyuges por mitades, independientemente de que los bienes que la integran hubieran sido adquiridos por uno o ambos cónyuges. Es por eso, que también se denomina a este régimen de ganancialidad o comunidad diferida.

Generalizando lo dispuesto en los artículos 1243, 1263, 1264, 1266, y 1267 a 1270, podemos decir que son Bienes Propios los adquiridos por cada cónyuge antes de la celebración del matrimonio, los adquiridos después de la celebración del matrimonio a título gratuito, los adquiridos después del matrimonio pero por título o causa anterior a él y los que ingresaran en reemplazo de éstos por el principio de subrogación. A su vez, conforme lo previsto en los artículos 1272,1273, son bienes gananciales, los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, o después de su disolución por causa anterior a ella, los frutos naturales o civiles de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad, los frutos civiles de la profesión, trabajo, o industria de ambos cónyuges, o de cada uno de ellos.

En relación a la gestión de los bienes, si bien cada cónyuge administra y dispone de los bienes propios y gananciales de su titularidad, este principio posee una limitación establecida en el artículo 1277 del Código Civil, ya que se exige la conformidad (asentimiento) del cónyuge no ti-

tular para realizar actos de trascendental importancia patrimonial: actos de disposición o gravamen, los aportes de dominio o uso de sociedades de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria de origen ganancial, y la transformación y fusión de las sociedades de personas. En este sentido cabe aclarar que el cónyuge comparece a dar su conformidad, no su consentimiento, por lo que no integra el acto como "parte". Es decir, que no se trata de un acto de co-disposición, pues quien dispone es el titular del bien, limitándose el restante a prestar su asentimiento al acto[3].

La norma mencionada se implementó con la finalidad de proteger a los cónyuges, e impedir que uno de ellos ejecute maniobras de ocultamiento o vaciamiento del patrimonio familiar, estableciendo así una medida de vigilancia, que permite a cada cónyuge estar informado del manejo de los bienes gananciales, y tomar medidas de protección si fuere necesario.

La ultima parte del referido artículo 1277 impone también la obligación de requerir el asentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio solo en el supuesto de que en dicho bien estuviera radicado el hogar conyugal y hubiera hijos menores o incapaces. El fundamento de la restricción en este caso es distinto: la protección de la vivienda familiar en favor de los hijos menores o incapaces.

La sociedad conyugal se disuelve por separación judicial de bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de uno de los cónyuges (artículo 1291). La doctrina agrega a esta enumeración la presunción de fallecimiento, la separación personal y el divorcio vincular. La disolución produce la conclusión del régimen y se extingue la ganancialidad de los bienes que los cónyuges pudieran adquirir con posterioridad.

Como consecuencia de la disolución se produce la indivisión post-comunitaria durante el período que transcurre entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición de bienes. Al respecto la normativa vigente adolece de una insuficiencia legislativa en la regulación de esta situación de indivisión, por lo que la doctrina ha debatido largamente sobre el tema y las normas aplicables, siendo una de las posturas mayoritarias la que considera que deben aplicarse por analogía las previstas para la comunidad hereditaria, a las que de hecho el Código remite cuando la disolución se produce por fallecimiento (art. 1313).

---

[3] CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130

II.3. Derecho proyectado: Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11 - PEN)

En relación al Matrimonio, el Código Proyectado trata del Matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales, en los Titulos 1 y 2, del Libro Segundo: "De las relaciones de familia", donde incorpora como principios generales específicos para el tratamiento del matrimonio, y la intepretación y aplicación de las normas allí previstas, la igualdad y la libertad. Históricamente nuestra legislación impuso normas de carácter imperativo para regular las instituciones del derecho de familia. Esta filosofía se ha transformado en el Proyecto, siendo el principio rector la autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones personales y patrimoniales, lo que desde el inicio nos está marcando un cambio radical en la materia.

Con los principios de libertad e igualdad como rectores de la institución matrimonial, el legislador busco establecer un sistema lo suficientemente neutro como para acoger a los opuestos modelos familiares que conviven en la sociedad del siglo XXI, como lo son la familia nuclear, la familia monoparental, la familia ensamblada o recompuesta, la familia homosexual, la familia matrimonial y la extramatrimonial[4].

Nuevamente la Iglesia Católica expresó su opinión respecto a la reforma proyectada, y lo hizo a través de un importante documento emitido por la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina el 27 de abril de 2012, el cual se denominó "Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil". Dicho documento condensa un importante número de temas que aportan al fondo del debate sobre la reforma del Código Civil y efectúa las siguientes consideraciones: Señala la importancia del Código Civil en la vida y cultura de la Nación; expresa la necesidad de un amplio debate con participación federal, defiende el derecho y el deber de la Iglesia de dar a conocer a toda la sociedad su pensamiento en estas delicadas materias; expresa que la ley no se limita a tomar una fotografía de lo que ocurre sino que tiene que ordenar las conductas hacia el bien común con respeto a la ley natural y advierte sobre el carácter "modélico" del Código Civil; valora algunos puntos del anteproyecto vinculados con los derechos personalísimos, la

[4] MEDINA, Graciela. "Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012". Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Septiembre 2012, pag.281.

protección de la vivienda y las comunidades indígenas; y particularmente en relación al Matrimonio se reafirma el valor de la familia fundada en el matrimonio entre varón y mujer, que es anterior al Estado, y se denuncia el vaciamiento de la institución familiar, expresando con claridad que no cualquier forma de convivencia es conforme a la naturaleza humana y que el proyecto no reconoce el matrimonio indisoluble. Se afirma que la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho no contribuye a dignificar al matrimonio.

Señalaremos a continuación las modificaciones que merecen ser destacadas, haciendo las observaciones pertinentes en cada oportunidad:

Se mantiene la postura de la eliminación de la diversidad de sexos de los contrayentes como elemento esencial para la existencia del matrimonio.

Establece una norma de interpretación que consagra el principio de igualdad disponiendo que ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo. (art. 402). La doctrina entiende que este principio de igualdad adquiere ribetes absolutos que van mas allá de la igualdad entre matrimonios de igual o distinto sexo, pues se extiende a los roles y funciones que cumplirán cada uno de los cónyuges en la comunidad familiar, la igualdad de capacidad, a las condiciones de la responsabilidad parental (hoy denominada Patria Potestad) sin que pueda invocarse prioridad de ninguno en cuanto al otorgamiento de la custodia y/o cuidado del niño, en las situaciones de conflicto, en el otorgamiento del apellido a los hijos.

Suprime a la sordomudez como impedimento dirimente para la celebración del Matrimonio, en concordancia con lo previsto en el las normas relativas a la capacidad, y ello a su vez en orden a lo previsto por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada mediante Ley 26.378.

La supresión de los deberes de cohabitación y el de fijación de un domicilio conjunto, otorgándole el carácter de "moral" al deber de fidelidad. En consecuencia los derechos y deberes legales quedan determinados a los siguientes: a) Deber de establecer un proyecto de vida en común y su desarrollo; b) Deber de cooperación; c) Deber de prestarse asistencia recíproca; d) Deber moral de fidelidad, e) Deber de prestarse alimentos. Se deja a los cónyuges la determinación del resto de los deberes que quieran asumir, fundado ello en el principio de libertad que rige la institución.

El incumplimiento de alguno de estos deberes no producirá efectos en relación al divorcio, puesto que desaparece de la regulación del Proyecto el divorcio culpable, implementándose en consecuencia el denominado divorcio incausado. En consecuencia su incumplimiento podrá generar otras sanciones tales como la indignidad, la revocación de las donaciones por ingratitud, indemnización de daños y perjuicios con el objeto de reparar el daño (siempre que se cumplan los elementos constitutivos de la responsabilidad civil) pero no como sanción directa por el incumplimiento del deber, entre otras. Solamente en el supuesto de incumplimiento al deber de alimentos el Proyecto prevé una sanción derivada directamente del mismo, como es la condena en un juicio por alimentos.

Reemplaza el deber jurídico de fidelidad por un deber "moral" de fidelidad. El fundamento radica en considerar que el tema de la fidelidad o infidelidad en la pareja debía quedar limitado al ámbito privado, a la intimidad de cada matrimonio. Cabe aclarar que los deberes morales no son exigibles, puestos que carecen de sanción jurídica. Esto ha sido criticado por numerosos autores, y no hay unanimidad acerca de si el incumplimiento de este deber podría dar lugar a la reparación del daño moral por aquel de los miembros de la pareja que fuera víctima de la infidelidad, ya que tal acción carecería de causa. Se cuestiona también que la **supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño** y que la fidelidad no puede pactarse, generándose una desigualdad entre aquel de los contrayentes que elige ser infiel y el que no.

El régimen patrimonial deja de ser rígido e imperativo, para permitir a los futuros contrayentes optar por los regimenes proyectados, pues se permite pactar el régimen patrimonial ante el cual se someterán los esposos. Básicamente las modificaciones del Código Proyectado en este tema se resumen en:

a) Posibilidad de opción entre dos regímenes: comunidad de bienes y separación de bienes. La innovación consiste en que los cónyuges mediante convenciones pre-matrimoniales y matrimoniales opten por el régimen de separación de bienes, ya que el régimen de comunidad se aplica supletoriamente para el supuesto de que los esposos no expresen nada acerca del régimen al cual quieren someterse. Asimismo se permite a los cónyuges cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya transcurrido un año desde la última modificación. Las convenciones deben otorgarse bajo la forma de escritura pública y para su oponibilidad frente a terceros, deben ser registradas, lo cual se efectuará a través de una anotación marginal en el Acta de Matrimonio

b) Establecimiento de un régimen primario el que contiene obligaciones comunes a ambos sistemas patrimoniales, los que son inderogables e inmodificables por los contrayentes, referido a: la protección del hogar conyugal, el deber de contribución a las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para solventar los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos.

c) Ampliación de la enumeración de los bienes propios y gananciales, a efectos de responder a cuestiones dudosas que durante años debieron resolver la doctrina y jurisprudencia.

d) Aceptación de la teoría de las recompensas.

e) Expresa regulación de la etapa de indivisión post-comunitaria, distinguiendo segun las causales de la disolución: si la comunidad se extinguió por muerte de unos de los esposos, las normas a aplicar son las de la indivisión hereditaria. Si la misma se extingue en vida de los cónyuges se otorga a éstos la posibilidad de acordar la gestión de los bienes indivisos y a falta de acuerdo se aplicarán las normas de separación de gestión. El uso de los bienes indivisos se concede a ambos cónyuges, pudiendo acordarse el pago de un canon locativo.

Protección de la vivienda familiar: La vivienda sede del hogar conyugal ha merecido por parte el Código Proyectado una protección especial, requiriendo el asentimiento del cónyuge no titular para efectuar actos de disposición sobre el inmueble así como de traslado de los bienes muebles que resulten indispensables para la misma. Los actos que quedan comprendidos son los de enajenación tales como la venta del inmueble, la constitución de gravámenes que comprometan su destino (hipoteca), la constitución de otros derechos reales tales como el uso y la habitación o la celebración de contratos que comprometan el uso de la propiedad (comodato o locación). Respecto a los bienes muebles, se entiende que son indispensables aquellos que resultan imprescindibles para cubrir las necesidades básicas de los integrantes del grupo familiar. El asentimiento que debe prestar el cónyuge no titular debe versar tanto sobre el acto que se pretende realizar como sobre sus elementos constitutivos. La vivienda familiar además es protegida a traves de la inejecutabilidad de la misma por deudas contraídas después del matrimonio, estableciendo como excepción el hecho de que la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro.

Se establece la responsabilidad solidaria de los esposos por obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o del sostenimiento y la educación de los hijos

comunes. Se amplia pues el régimen la responsabilidad actual ya que ambos cónyuges responden con todos sus bienes gananciales, mientras que actualmente la obligación se extiende sólo a los frutos de los bienes propios o gananciales del que no contrajo la deuda.

Se elimina la prohibición de la contratación entre cónyuges

El principio general para la partición de la comunidad es el de la división en partes iguales, salvo que los esposos pacten una proporción diferente. Se establece una preferencia a favor de uno de los cónyuges respecto de la atribución de los bienes de uso vinculados con su actividad profesional o comercial, así como la propiedad intelectual o artística, el establecimiento que constituya una unidad económica que hubiere formado, y la vivienda ocupada por él, con la debida compensación al otro cónyuge.

II.4. Matrimonio en sede notarial

La celebración del matrimonio en nuestro país, por imperativo de la legislación vigente, está reservada a la esfera administrativa, es decir que solamente pueden celebrar casamientos que produzcan efectos civiles, el oficial público o autoridad competente que pertenezca al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de cada jurisdicción provincial. Sin embargo durante muchas décadas, el notariado argentino ha reclamado su competencia en este sentido, puesto que la jurisdicción voluntaria que ejerce se asimila de manera casi idéntica a la función desplegada por el oficial público del Registro Civil en la celebración del Matrimonio. En apoyo de ello se ha recurrido al derecho comparado, el cual ha demostrado que en otros países los escribanos públicos desempeñan funciones similares a las del oficial del Registro Civil, pudiendo celebrar matrimonios por escritura pública y hasta constatar nacimientos y defunciones por dicho instrumento.

En apoyo de este planteo podemos argumentar: 1) Que la normativa vigente utiliza indistintamente los vocablos “autoridad competente” y “oficial público” para referirse a la persona encargada de celebrar el matrimonio, a diferencia de la legislación anterior, la cual mencionaba únicamente al oficial público encargado del Registro Civil. Además permite, por razones de urgencia, que funcionarios judiciales sin distinción alguna de jerarquías, celebren matrimonios ante la ausencia o imposibilidad del oficial público del Registro Civil. 2) Que la naturaleza de la función notarial, tan largamente discutida, podemos afirmar que es un oficial

público por excelencia, puesto que el Estado delega en él una función inherente a su soberanía, la cual implica que determinados hechos que interesan al Derecho sean ciertos, revistan autenticidad y eficiencia por la intervención notarial. El notario entonces tiene la particularidad de representar al Estado en el ejercicio de su profesión, lo que le confiere el carácter de oficial público. La representación del Estado se traduce en dar fe de los actos en los que interviene y autoriza, garantizando con ello la seguridad jurídica en beneficio de los intereses personales y patrimoniales de los ciudadanos y de la comunidad en general. 3) Que la posibilidad de incluir la celebración del matrimonio dentro de las facultades del notario no implica imponerle una nueva misión, ya que en el ámbito de su competencia habitual realiza actos que involucran cuestiones de familia, por lo que solamente se estaría ampliando el campo de actuación del mismo. 4) Que el Estado en su faz administrativa se encuentra desbordado como consecuencia del crecimiento demográfico y la disímil distribución de la población, lo que provoca una burocratización excesiva, que torna lento cualquier trámite, con el consiguiente perjuicio que ocasiona la demora para los usuarios. La posibilidad de que el Escribano intervenga en la celebración del matrimonio, otorgaría fecundos beneficios que responden a las exigencias de celeridad de la comunidad toda.

En consecuencia pensamos que bastaría modificar la normativa vigente, para introducir en su articulado una norma que interprete que por autoridad competente o funcionario público, también debe entenderse incluido al notario, quien deberá respetar los requisitos establecidos por la ley para la celebración del matrimonio incluyendo diligencias previas y posteriores en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que garanticen la legalidad del acto y su posterior publicidad registral.

Cabe aclarar, que lo que se propone es la posibilidad de celebrar el casamiento ante el notario, conservando siempre los futuros esposos la posibilidad de hacerlo ante el encargado del Registro Civil y no la sustitución total y absoluta del Escribano por el oficial publico registrador.

II.5. Dimensión sociológica: los datos de la realidad

En relación a los datos recogidos de la realidad argentina respecto al Matrimonio podemos mencionar los siguientes indicadores estadísticos, los cuales hemos relacionado además con los que se refieren al divorcio, a efectos de reflejar con mayor precisión la situación del tema objeto del presente trabajo en la República Argentina:

1. En la Argentina hay 24.228 hogares con parejas del mismo sexo: el 58,3 por ciento son de mujeres y el 41,7 por ciento de varones. Esteban Paulón –titular de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans– señaló que en cambio, si se consideran los matrimonios –a partir de la ley de matrimonio igualitario, de 2010–, que son unos 5000, hay un 60 por ciento de varones y un 40 por ciento de mujeres Parecería que las parejas de varones son más propensas al matrimonio, mientras que las mujeres optan por la convivencia[5].

2. En todas las jurisdicciones del país existe mayor proporción de parejas de mujeres por sobre las de hombres. La única excepción es la Ciudad de Buenos Aires, donde el 52,3 por ciento son varones y el 47,7 por ciento son mujeres. El 21 por ciento de las parejas del mismo sexo tienen hijos a cargo y de éstas, el 97,5 por ciento son de mujeres[6].

3. La mayor proporción de parejas del mismo sexo se registra en la Ciudad Autónoma, donde llegan al 0,72 por ciento, con respecto al total de parejas heterosexuales y homosexuales. Sigue Tierra del Fuego, con el 0,38 por ciento. En el Gran Buenos Aires, la proporción es del 0,34 por ciento; en Santa Fe, Santa Cruz y Neuquén, del 0,33; en el resto de la provincia de Buenos Aires y en Córdoba, llega al 0,32. En Chaco, 0,31. En el interior de la provincia de Buenos Aires, las parejas del mismo sexo son el 0,29 por ciento del total; 0,28 en Chubut, Tucumán, Corrientes, Entre Ríos y Formosa; en Santiago del Estero, Río Negro y La Rioja llegan el 0,27 por ciento; en Catamarca, el 0,26; en Jujuy, el 0,25; en San Luis, el 0,24; y cierran Misiones, La Pampa y Mendoza con el 0,22 por ciento[7].

4. En la década del 80 se producían 114 divorcios diarios, a diferencia de la década que correspondió a los años 90, donde el número de los mismos se redujo a 87 divorcios por día. Por el contrario, entre 2001 y 2010, hubo a razón de 172 divorcios diarios[8].

5. La tasa de separación y divorcio creció 300% en sólo 30 años: en 1980 había 423.000 personas divorciadas en todo el país. Según el último censo (año 2010), hoy son 1.764.400. Aun así, los divorciados siguen siendo un porcentaje bajo de la población: menos del 5,8% de

---

5 Diario PAGINA 12. "Lo que el Censo ayuda a visibilizar." 30 de Junio de 2012.

6 Idem nota 5.

7 Idem nota 5.

8 Diario LA NACION. "Hubo más de medio millón de divorcios en la última década". 4 de marzo de 2012.

los argentinos (teniendo en cuenta tanto divorciados como separados), contra 33,5% de solteros, 18,2% de personas en pareja y 35,6% de casados, entre otros estados civiles. En 2001, los casados eran el 40,8%; los divorciados, el 4,8%; los solteros, 33,9%, y los unidos de hecho, el 13,9 por ciento. Estos números indican que los divorcios están en alza, a diferencia de los matrimonios que estén en baja[9].

6. Las estadísticas de la Justicia Civil porteña establecen un perfil bien definido: quienes se separaron durante la última década llevaban pocos años de convivencia y, en la mayoría de los casos, tenían hijos chicos a cargo. Hace una década, los divorcios involucraban en su mayoría a parejas que llevaban entre 10 y 20 años de convivencia. Hoy, sólo una de cada 30 audiencias de divorcio que se celebran en la Capital involucra a una pareja que ya cumplió las bodas de plata[10].

7. Más del 90% de los divorcios fueron de común acuerdo, aunque muchos se hayan comenzado como contradictorios. La infidelidad y el maltrato son las principales acusaciones. Por otra parte, el 60% de las demandas es iniciado por mujeres, sobre todo entre quienes tienen entre 25 y 35 años.

III) Derecho de familia: Uniones de hecho

Introducción

III.1. Terminología. Noción descriptiva

Quizás uno de las figuras que dentro del derecho de familia exhibe con mas evidencia lo que expuesto en la introducción general de este informe, es la de las denominadas "uniones de hecho".

Aclaramos que elegimos esta denominación de la amplia gama que ofrece la doctrina y legislación nacional y comparada (concubinato, matrimonio aparente, matrimonio de hecho, convivientes, uniones convivenciales, unión libre), -solo por citar algunas-.

En realidad, fuera del término "*concubinato*", las demas denominaciones, son equívocas, pues pecan por defecto –podrían dejar fuera algunas situaciones o caracteres-, o por exceso –podrían hacer pensar que se incluyen otras figuras que no son exactamente la que traemos a análisis-.

---

9 Idem nota 8.

10 Idem nota 8.

El término "*concubinato*", en cambio es el que ha sido usado desde siempre por nuestra doctrina y jurisprudencia, y es unívoco: legos y letrados sabemos a qué nos estamos refiriendo con él. No describe, es una denominación propia, y según algunos autores, es el término técnico jurídico en sentido estricto para designar a las uniones de hecho[11].

Lo que ocurre, es que en nuestro país, es una terminología otrora asociada al origen de un gran número de concubinatos en la Argentina (ver mas adelante punto "*1.c"*), cuando –al no estar contemplado el divorcio vincular-, se constituían existiendo un impedimento de ligamen, y el propio Código Civil, en su artículo 232 (antes de la reforma de la ley 23.515), utilizaba ese término para aludir concretamente a una situación técnicamente de adulterio, reprobada por la ley y consecuentemente, por la consideración social.

Vinculada a esta interpretación doctrinaria, estaba –y utilizamos el verbo en pasado pues entendemos hoy superado-, el empleo vulgar del término. En la sociedad argentina, por lo general se ha aludido despectivamente con el término "concubina" o "manceba", a la mujer que integraba esta unión cuando ella se mantenía paralelamente y en forma ilegal a la del matrimonio, connotando por lo tanto con esa expresión a una mujer "deshonesta" o "inmoral". No ha ocurrido así, en cambio, con el término "concubino". Ello pone en evidencia una vez mas, una trato discriminatorio –proveniente de la mirada social guiada por un sesgo machista desde luego-, entre "mujer concubina" y "hombre concubino", y es quizás la razón que nos decidió a desechar el término, a pesar de su univocidad.

En síntesis: nos guste o no, la palabra "concubinato" en la Argentina sigue siendo hoy por hoy la mas usada tanto en el lenguaje coloquial, como en la doctrina y jurisprudencia, sin que a nadie le queden dudas de qué se designa con ese término. Ninguna de las demas tienen la misma entidad, y solo el tiempo dirá si se "impondrá" por la fuerza de la ley, o de la costumbre y el acuerdo social que implica el lenguaje, alguna otra.

El fenómeno social que queremos aludir con la denominación elegida, es el de las *conductas humanas que se desarrollan en el ámbito de las relaciones de familia, consistentes en la unión estable y única de dos personas, con el propósito de convivir y desarrollar un proyecto de vida compartida, dando la apariencia de un matrimonio.*

---

[11] BASSET, Ursula C.-"Familia. Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos"-LL, 2009, p. 1244, quien señala que etimológicamente el término proviene del latín *"com cubare"* que significa "dormir juntamente".

III.2. Causas del fenómeno

Los autores refieren como una de las causas del concubinato en la Argentina, a la indisolubilidad del matrimonio hasta la sanción de la ley 23.515 en 1987, pues hasta antes de esa fecha, quien se divorciaba y volvía a formar una pareja, no podía legitimar esa unión con un nuevo matrimonio, por lo que constituía una unión que dio en llamarse "concubinato adulterino" o [12] "ilícito". Al sentido peyorativo del término que por esta razón se atribuye al mismo, nos hemos referido en el punto anterior.

La cuestión no es menor, pues el número de estas uniones llegó a ser importante, dado que nuestro país era uno de los pocos que no admitía el divorcio vincular, y su consideración por parte de la sociedad terminó por ser de equiparación con el matrimonio, porque, por lo general existía un acto formal que se celebraba en otro país (p.ej. Bolivia) donde sus leyes admitían el divorcio vincular (estos matrimonios obviamente eran nulos por haberse celebrado en fraude de la ley).

Si bien hoy, a 25 años de haberse admitido el divorcio vincular, la cuestión es un solo dato histórico, interesa resaltarla porque puede verse aquí claramente, aquel proceso dialéctico descripto al comienzo entre las tres dimensiones del fenómeno jurídico: la conducta humana, las normas y los valores.

En efecto, mientras por un lado, las normas vigentes impedían a las personas que se habían divorciado volver a formar una pareja, y por ende se las condenaba a vivir en soledad hasta su muerte en aras de proteger determinados valores estimados en ese momento como superiores a este deseo humano de unirse a otro; por el otro, las personas igualmente contradecían el precepto, uniéndose en matrimonios celebrados fuera de la ley, en otras jurisdicciones, con o sin un papel, pero conformando verdaderas nuevas familias, con toda la apariencia de la familia surgida del matrimonio. Y si bien la ley las trataba obviamente con disfavor, la sociedad les daba un trato de consideración y casi de equiparación con el matrimonio legítimo. Aunque para algunos esta actitud de la sociedad argentina frente a tales matrimonios solo en apariencia, era una prueba de la reprobación social, en realidad ello estaba marcando un verdadero cambio de actitud en esa sociedad, que terminó por aceptar aquellos concubinatos porque prevaleció el criterio de que era en beneficio de la sociedad misma que los individuos que la integraban no vivieran en

[12] MOLINARIO, Alberto-"Concubinato y adopción"-LL, 1978-A, p. 562/563.

soledad tras un fracaso matrimonial sino que, por el contrario, volvieran a conformar parejas estables.

Otra cuestión interesante para destacar en relación con las causas de la uniones de hecho, es la vinculada con la diversidad de modelos familiares que países como el nuestro y podríamos decir de toda América, presentan, en atención a que las características de nuestras estructuras sociales responden a una mezcla de culturas: por un lado la de los pueblos originarios[13], -que en el caso de la Argentina, aun hoy pervive y es contemporánea a la occidental en muchas regiones del país, comprobándose en algunos de sus pueblos, dentro de su organización familiar, instituciones similares a lo que acabamos de conceptuar como "uniones de hecho"[14]; y por el otro la llamada cultura "occidental", traída por los colonizadores, que a su vez, como señala Ciuro Caldani[15], también es profundamente compleja, nutriéndose con legados griegos, romanos, judeocristianos, germanos y en algunos casos, también árabes.

Se indican, entre otras las siguientes causas:

Culturales: en zonas rurales y sobre todo en el interior del país, muchas veces la falta de educación o el apego a tradiciones y pautas culturales ancestrales, o hasta la misma marginación social, hace que no se tenga un modelo de familia legal, sino que se ve como la forma mas natural de constituirla, el "juntarse". Muchas veces incluso influye la falta de presencia del Estado en lugares alejados, y la consiguiente lejanía del Registro Civil mas próximo para estas personas, cuestión no menor en un país tan extenso como el nuestro. En igual enfoque, existe una equivocada creencia en la población –por falta de una adecuada

[13] Estos pueblos han sido reconocidos a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al disponer, entre las atribuciones del Congreso el *"… Reconocer la preexistencia etnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos…."* (art. 75 inc. 16).

[14] Por ejemplo, en algunos pueblos andinos se practica el denominado "sirviñaco" que consiste en una suerte de matrimonio a prueba que por lo general dura un año, al cabo del cual cesará la convivencia o se celebrará el matrimonio. Estos pueblos –como antes dijimos- conviven con nuestra cultura, y la que acabamos de describir, particularmente, es propia de la región noroeste de la Argentina, donde tengo el privilegio de vivir, por lo que puedo dar razón de ello.

[15] CIURO CALDANI, Miguel A.-"Bases para la armonización del derecho e familia en el Mercosur", en "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados", Cecilia Grosman (Directora)-Marisa Herrera (Coordinadora)-LexisNexis, Bs.As., 2007-p.23.

difusión y formación-, en que la convivencia otorga similares derechos al matrimonio[16].

Económicas: la falta de dinero para poder acceder a una vivienda, o mantener la prole, el desempleo o la falta de inserción laboral, también influyen a la hora de tomar la decisión de celebrar el matrimonio. La falta de recursos es también un factor causal en el caso de parejas separadas que no pueden, por dicha razón tramitar el divorcio, y en consecuencia, forman una nueva pareja sin casarse porque técnicamente no pueden.

Escepticismo ante el fracaso matrimonial: El aumento de la tasa de divorcios es mencionado también como una causa, pues haber tenido una primera experiencia negativa, así como las complicaciones sufridas durante el juicio de divorcio, llevan a estas personas a no desear pasar por una nueva experiencia similar.

Mas allá de estas causas, se señala también que existe hoy, entre los mas jóvenes -especialmente de clase media-, una marcada indiferencia por formalizar la relación y el rechazo a toda intromisión estatal y a todo tipo de regulación, en la vida íntima. Se recurre a la convivencia de hecho, pero no porque las relaciones sean mas precarias, sino porque justamente se entiende que siendo desde el lugar de la libertad desde el cual se elige vivir juntos, ello hace su unión mas estable. En la mayoría de los casos, esta convivencia es una primera etapa, un primer paso en el camino hacia el matrimonio

III.3. La dimensión sociológica del tema, los datos de la realidad

Dijimos al comienzo, que los cambios legislativos deben responder, a verdaderos cambios en la realidad, que evidencien una permanencia en el tiempo y comprendan a un número importante de conductas en el mismo sentido, para merecer la atención del legislador.

Esta es, sin duda alguna, la situación en que se encuentran hoy en la Argentina las familias constituidas a partir de uniones de hecho, con o

[16] Así, Jorge O. Azpiri, en obra ya citada, p. 44, señala que según un trabajo de investigación realizado sobre 300 casos, hombres y mujeres mayores de 18 años, en Capital Federal y Gran Buenos Aires, el 60% de los encuestados cree que entre convivientes existe derecho hereditario, el 50% cree que tiene derecho a reclamar alimentos del conviviente y el 72% entiende que cuando hay hijos menores el abandonado tiene derecho a permanecer en la vivienda. Cita a su vez, como fuente de esta información a Guardado-Prevail-Vugman, "Uniones de hecho y uniones homosexuales: resultados de una encuesta", en "Derecho de Familia-Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", Nº 20, p. 197 y siguientes.

sin descendencia en común. Aun en las épocas en las que el concubinato era visto con disfavor y merecía la condena social, nadie negaba que era una realidad existente en número importante, y que ese número iba en aumento.

Esta predicción se ha confirmado, y ello puede ser contrastado con los datos objetivos que nos proporciona la realidad según las estadísticas de los últimos años:

La información mas reciente es la que proviene del Censo Nacional llevado a cabo en la Argentina en el año 2010, y cuyo procesamiento -aun no concluido-, está a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). No obstante no estar aun totalmente procesados estos datos, y por lo tanto con la advertencia de que se trata de cifras "en bruto", sin la consideración aun de un sinnúmero de variables, si hacemos una sencilla comparación entre análogos datos brindados por el Censo Nacional del año 2001[17], referida a la situación de pareja de la población mayor de 14 años, y teniendo en cuenta que esta población ha aumentado un 13, 23%, se puede mencionar, que hay un 79,82% mas de personas solteras con pareja, un 40,93% mas de divorciados con pareja y un 59,95% mas de viudos con pareja. El aumento de concubinatos entre las tres situaciones sería del 73,98%. Mientras tanto, la cantidad de matrimonios habría disminuido un 6%.

Por su parte, un informe de IDESA[18] en su Nº 346 del 18/07/2010, señala, en base a los datos de las EPH (Encuestas permanentes de hogares), referidos a la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, que:

En el año **1974**, el **65%** de las personas mayores de 20 años de edad estaban unidas habiendo celebrado un matrimonio legal, mientras que en el año **2009** sólo el **41%** estaba viviendo en pareja habiendo cumplido con las formalidades.

En el año **1974**, el **30%** de los mayores de 20 años declaraba estar sin pareja (soltero, separado o viudo), mientras que en el año **2009** el **40%** está sin conformar pareja.

---

[17] La comparación se hace entre los cuadros Nº 6 y 7 del Censo 2001 y el cuadro P25 del Censo 2010, referidos a la situación conyugal de personas de mas de 14 años, que al momento del censo vivian en uniones de hecho, de distinto o igual sexo.-www.indec.com.ar

[18] Centro de Estudios independiente y sin fines de lucro especializado en el mercado laboral.

En el año **1974**, sólo el **5%** de los mayores de 20 años estaba unido en concubinato, mientras que en el año **2009** en esta situación se encuentra el **19%** de las personas.

Según esta información, concluye el informe, en la actualidad, prácticamente 1 de cada 3 personas que vive en pareja, no formaliza su relación a traves del matrimonio.

Cecilia Grosman[19], haciendo referencia a los datos del INDEC, y a estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación, publicadas en un diario de circulación nacional[20], señala que que desde 1980 a 1991, en la franja de 20-29 años, la proporción de uniones de hecho aumentó del 15,1% al 26,6% en todo el país, y que si consideramos el total de las uniones de hecho, de acuerdo con los censos de población, observamos que en 1960 era del 7.3%, en 1980 ascendió al 11,5% y actualmente (el artículo es del año 1998), estamos en un 18%; proporción que acrece en algunas provincias como Jujuy y Chaco.

Expone ademas, otros datos demográficos que hacen presumir, igualmente, el crecimiento del número de convivencias. De un lado, ha aumentado la cantidad de hijos extramatrimoniales y, del otro, ha descendido la tasa de nupcialidad. En 1980 el índice de hijos nacidos fuera de matrimonio era del 29,5%, y en 1990 del 36%, cifra que trepó al 47% en 1996. En cuanto a la tasa de nupcialidad, es una de las más baja de los últimos cincuenta años. En 1950 era del 8,4 y en 1995 descendió al 4,3.

Otro dato interesante es que el incremento de las uniones de hecho no se ha producido de modo uniforme en todos los sectores sociales. En el período 1980 a 1989, el porcentaje de unidos en el estrato de más bajos ingresos creció en un 67%, pero lo hizo mucho más en los sectores de mayores recursos, o sea, en un 142% . Estos datos ponen en evidencia que ahora las convivencias de pareja constituyen una práctica social que se ha extendido de manera acentuada a los sectores medios.

No obstante, el mayor número de convivencias se registra en las provincias mas pobres.

---

[19] GROSMAN, Cecilia-ob. citada.

[20] Diario "Clarín" del 27/7/1998.

III.4. Dimensión normativa del problema

III.4.a. La necesidad de regulación de las uniones de hecho

Sea que usemos una terminología u otra, sea cual sea su causa, estas conductas humanas, son una realidad innegable inserta en la sociedad argentina, desde hace mucho tiempo, las que a pesar de haber sido objeto de una mirada disvaliosa por parte, -entre otros-, del legislador que intentó desalentarlas de distintas maneras, constituyen un comportamiento social, una forma de ser familiar, y se ha mantenido constante e instalada en nuestras costumbres, por lo que merece tanta atención por parte del Estado como aquella que se funda en un matrimonio.

Y aquí se adiciona una cuestión que tiene que ver con el aspecto axiológico del tema, pues el Estado tiene el deber de proteger la familia por mandato constitucional[21], pero ademas, a partir de la reforma de dicho cuerpo en el año 1994, todo el derecho interno debe subordinarse a los tratados de derechos humanos incorporados como parte del mismo, (art. 75 inc. 22 CN), y por ende esa protección no puede ir en contra de principios como la no discriminación, la solidaridad y la responsabilidad familiar, la protección de los menores y la intangibilidad de sus derechos, así como el derecho a la autodeterminación y el respeto por la persona y sus elecciones.

Las preguntas que surgen entonces son: ¿debe regularse esta conducta? ¿debe dejarse que la regule la costumbre y en todo caso la jurisprudencia en cada caso particular, o debe hacerlo la ley positiva? Si la regula la ley escrita, ¿cómo debe hacerlo?, ¿equiparándola al matrimonio y por tanto atribuyéndole los mismos efectos, o previendo un mínimo de efectos bajo ciertas condiciones, dejando el resto a lo que libremente acuerden los integrantes de la unión, y en tal caso cuáles son esos efectos que deben ser regulados? ¿cómo se resuelve aquella tensión que ya mencionamos al comienzo, entre el respeto por la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo el respeto por los principios de orden constitucional antes citados?

III.4.b. Regulación. Sistemas

Antes de intentar dar respuesta a estas preguntas, expondremos a continuación cuáles son las distintas alternativas a la hora de regular las uniones de hecho, en una sistematización que los distintos autores han formulado en base a lo que acontece en el derecho comparado:

---

[21] Art. 14 bis de la Constitución Nacional: *"El estado otorgará … la protección integral de la familia…".*

Sistema abstencionista: La ley guarda silencio sobre el tema. Fue la solución del Código Napoleón, y la de los códigos que fueron influenciados por él. Es el sistema adoptado por Vélez Sarsfield al redactar nuestro Código Civil. En algun punto, tiene la ingenua pretensión de desalentar este comportamiento, ignorándolo. Se compadece con una época en este comportamiento social era totalmente reprobado por la sociedad, y en la que el matrimonio, en cambio, era una institución suprema y fundante de la misma. Pero la realidad se impone, y mediante reformas parciales y leyes especiales que contemplan supuesto específicos, se termina por regular, aun inorgánicamente a las uniones de hecho. Es lo que ha ocurrido en nuestro país, como veremos seguidamente.

Sistema sancionador: La ley se ocupa del fenómeno pero para sancionarlo, tratando de desalentar su acaecimiento. Es una postura doctrinaria y propone que la ley solo lo contemple pero en los casos en que resulte mas perjudicial encontrarse en esa situación que en la de matrimonio.

Sistema de regulación: La ley regula sus efectos pues es mas conveniente que guardar silencio. Esta regulación a su vez, puede ser integral o solo de algunos aspectos, y en el primer caso de equiparación total con los efectos de las uniones matrimoniales o con efectos diferenciados. Dentro de estos sistemas, se encuentran los de "pactos", en los que la ley brinda protección y reconoce eficacia a la unión acordada en un pacto, el que, con la debida publicidad regula las relaciones de los concubinos y de estos frente a terceros, siempre que no se afecten principios fundamentales de orden público.

III.4.c. El régimen vigente en la Argentina. Derecho positivo

El reconocimiento de las uniones de hecho en el derecho positivo argentino, ha sido paulatino e inorgánico. Por ende incompleto, ya que se han ido contemplando distintos aspectos, sin que hoy se tenga una regulación sistematizada de las distintas situaciones que merecen ser atendidas.

El legislador, en la mayoría de los casos siguiendo las huellas de la jurisprudencia, que en su deber de fallar[22], ha debido hacer frente a la realidad creando una fuente normativa alternativa muy variada por cierto

[22] El art. 15 del Código Civil, en función de una norma que se complementa con los artículos 16 y 17 sobre la idea de completitividad del sistema, dispone: *"Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".*

y abarcativa de diferentes cuestiones que en su planteo mismo están demostrando la necesidad de regulación, ha dictado algunas normas positivas, a veces en función de dar una regulación, otras a propósito de la regulación de otra figura que indirectamente implicó reconocer su existencia, y otras, en fin con la finalidad de desalentar o hasta sancionar en alguna medida su consumación.

A modo de ejemplo, podemos citar entre las normas que les reconocen derechos en equiparación con el cónyuge:

La ley de locaciones urbanas 23091 que permite al concubino/a continuar en el uso del inmueble locado después del fallecimiento de su pareja, inclusive por encima de los derechos de los herederos del locatario; artículo 257 del C. Civil –texto según ley 23.264 que establece similar presunción de paternidad que la prevista para los hijos matrimoniales, respecto de los hijos habidos de una pareja unida en concubinato; la ley 24193 de transplantes que considera dentro de los legitimados a favor de quienes puede disponerse de órganos o material anatómico en vida, ("receptores") -entre otros-, al conviviente; la ley 24557 que reconoce el derecho a percibir la indemnización por accidente de trabajo en el supuesto de muerte del trabajador, al conviviente; o la ley 24241 sobre el "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", reconoce el derecho a pensión al concubino/a, bajo ciertos requisitos.

Cabe destacar que la equiparación no es total porque en todos los ejemplos citados, para poder acceder a esos derechos, se le exige al conviviente el cumplimiento de ciertos requisitos, -como la antigüedad en la convivencia-, los que a su vez varían según cada norma.

Obviamente, quedan muchas cuestiones sin protección legal, y a las que por tanto debe dar respuesta la jurisprudencia, fundándose en principios generales como el enriquecimiento sin causa, la teoría de la apariencia y otros.

Entre las cuestiones mas importantes que merecerían tutela legal y no cuentan con ella podemos mencionar:

Derecho a alimentos: No existe obligación de prestarse alimentos entre los concubinos, ni durante la vigencia de la unión, ni a su disolución, ni siquiera en caso de imposibilidad de uno de ellos de proveer a sus necesidades básicas. Tampoco pueden exigirlos fundado en parentesco pues la ley no los considera "parientes. La jurisprudencia no ha sido pacífica en el tema, y cuando se ha hecho eco de estas demandas, ha considerando a este deber como una obligación natural, un deber moral, fundado en principios de equidad.

Protección de la vivienda familiar y derecho del grupo familiar a permanecer en ella ante disolución de la unión: El régimen actual de protección de la vivienda familiar, regulado por la ley 14.394 en sus artículos 34 a 50, no incluye en el concepto de "familia" que ella prescribe, la formada a partir de una unión concubinaria. Los casos en que la justicia ha resuelto a favor de la afectación -generalmente por vía recursiva ante la denegación de la autoridad competente al requerimiento de que el bien sea inscripto en tal calidad-, lo ha hecho siempre que hubiera descendientes comunes. Y otro tanto con el derecho del grupo familiar mas débil (madre o padre con hijos menores o discapacitados a cargo), cuando la unión se disuelve, y el bien está a nombre del otro integrante de la unión, o en condominio, y el que no tiene a cargo los hijos decide venderlo, alquilarlo o pedir la partición.

Responsabilidad por deuda comunes frente a terceros: Hay otro interés en juego que también merece protección, y es el de los terceros que contratan con estas personas integrantes de la unión de hecho, confiadas en la apariencia de un matrimonio que en realidad no es tal, generalmente proveyendo suministros al hogar común, o servicios. Para que el proveedor pueda demandar no solo al conviviente que contrajo la deuda –que puede ser insolvente-, sino al otro integrante de la pareja, en análogos términos que se prevee para el matrimonio, deberá probar que hubo un mandato tácito o expreso, o apoyarse en el error excusable de estar frente a una unión matrimonial fundado en la apariencia y su buena fe, conforme a las soluciones dadas por algunos tribunales en estos supuestos.

División de los bienes a la extinción de la unión: Este es otro tema que no tiene una sola forma de resolución en la vía judicial, ya que por otra parte las variantes son muchas, en atención a las distintas formas en que puede presentarse la adquisición de los bienes.

Derecho sucesorio: No existe vocación hereditaria legal entre los concubinos. Solo puede existir por vía testamentaria, dentro de los límites de la porción disponible, cuando hubiera herederos forzosos.

III.4.d. Posibles soluciones

Contestando de alguna manera a las preguntas formuladas al comenzar este capítulo, podríamos decir que, en el estado actual del tema en nuestro país cabrían las siguientes alternativas:

Dejar las cosas como están, sin dictar ninguna regulación orgánica, y que siga siendo la jurisprudencia la que resuelva las cuestiones que se

presenten ante el conflicto y el vacío legal. Esta postura estaría fundada en el respeto absoluto por la autonomía de la voluntad, ya que considera que se encuentra reservado a este ámbito el derecho de las personas a no querer estar alcanzadas por la normativa del matrimonio (el derecho a no casarse), por lo que el Estado no debe entrometerse. Pero en el fondo, esta postura trasunta un crudo individualismo descuidado de los valores de solidaridad y responsabilidad familiar que deben ser considerados, y de los que el Estado también es guardador por expreso mandato constitucional.

Regular mediante una normativa que equipare las uniones de hecho con el matrimonio. Esta postura se funda en el principio de no discriminación e implica considerar que las uniones de hecho son iguales al matrimonio, cuando ello en realidad no es así. Son figuras jurídicas semejantes y en muchos aspectos se generan consecuencias iguales, pero no son idénticas. Por lo tanto, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación no se vulnera por darles un trato legal diferente, aunque es evidente que habrá algunos aspectos que tendrán una regulación prácticamente idéntica, pues como dijimos, hay apariencia de matrimonio

Regular mediante una normativa que respete por un lado la autonomía de la libertad de los integrantes de esa unión que han elegido no ingresar al régimen matrimonial, y resguarde por el otro, la protección que el Estado debe al núcleo familiar así formado –aun cuando no haya descendencia común-, consagrando los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, mediante un mínimo de disposiciones imperativas, haya pactos de convivencia o no. Creemos que esta es la opción acertada.

III.5. Perspectivas

III.5.a. Proyectos de ley

Debe reconocerse que en los ultimos años, nuestros legisladores han intentado dar una regulación normativa integral a las uniones de hecho, sin que hasta la fecha estos intentos hayan logrado pasar mas allá del estadío de proyectos.

De las opciones de regulación que antes mencionamos, puede observarse en estos proyectos –que metodológicamente se proponen como una ley especial complementaria del Código Civil-, la tendencia a regularlas equiparándolas con el matrimonio.

En todos los casos se fundamenta la norma proyectada en la necesidad de regular una situación fáctica de mucha data que merece la protección legal, en función de principios constitucionales de orden superior,

entendiendo que estas uniones, -con las características mencionadas-, integran también el concepto de familia.

III.5.b. Las uniones de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Decreto 191/2011

El proyecto, que según sus fundamentos se caracteriza por ser un código de igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio, para una sociedad multicultural, y que responde a la constitucionalización del derecho privado, incorpora la regulación de las uniones de hecho, a las que denomina "uniones convivenciales", en el Libro Segundo "Relaciones de Familia", Título 3, artículos 509 a 528, en donde en cuatro capítulos trata sobre su constitución y prueba, los pactos de convivencia, los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia y a su fin.

En los fundamentos del proyecto, se reconoce la necesidad de regular estas conductas por ser una realidad en progresivo y constante incremento en todos los sectores sociales y geográficos del país, así como por el manifiesto avance de la jurisprudencia en la materia.

Se busca conjugar y articular todos estos derechos de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial, sin llegar a equiparar ambas figuras, manteniendo diferencias entre ambas formas de organización familiar, con fundamento en que el respeto al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional permite brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

La regulación reconoce efectos jurídicos a las uniones convivenciales, buscando equilibrar la tensión entre la autonomía de la voluntad (admitiendo los pactos de convivencia) y el orden público (estableciendo un plexo normativo mínimo en resguardo del valor solidaridad en el contexto familiar, mas allá de dichos pactos).

III.5.b.1. Principales características

Define a las uniones convivenciales como las uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas -del mismo o diferente sexto- que comparten un proyecto de vida común (art. 509).

Para reconocerles los efectos jurídicos que se preveen en el Título, se les exige, mayoría de edad (no cabría aquí la dispensa judicial para menores de edad como en el matrimonio), ausencia de impedimentos de parentesco (similares a los del matrimonio) y ligamen, no tener registrada otro unión, y un mínimo de convivencia de dos años (art. 510).

Se establece la posibilidad de registración en el "Registro de uniones convivenciales" de la existencia y fin de la unión, en principio al único efecto probatorio sin aclarar bajo qué forma. Otras disposiciones asignan otros efectos a la registración A falta de registración se admite cualquier medio de prueba (arts. 511-512).

Se permite a los integrantes de la unión regular distintos aspectos de la convivencia mediante pactos, que deben ser hechos por escrito. Para su oponibilidad a terceros, estos pactos, así como sus modificaciones, rescisión y extinción, también deben inscribirse en el Registro de uniones convivenciales y ademas en el registro que corresponda a los bienes involucrados según el caso (arts. 513,516,517).

Hay libertad en cuanto al contenido de los pactos, inclusive para sustraerse a las normas supletorias previstas en el Título, teniendo como límite el orden público, el principio de igualdad entre los convivientes y sus derechos fundamentales, así como el plexo normativo imperativo previsto en los arts. 519 a 522 (ver punto siguiente) (arts. 513, 515).

Haya o no pacto, a las uniones convivenciales que reúnen los requisitos antes mencionados, se les aplican imperativamente las siguientes consecuencias jurídicas: a) los convivientes se deben asistencia durante la convivencia; b) los convivientes deben contribuir a los gastos domésticos de igual forma que los cónyuges; c) los convivientes son solidariamente responsables por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades del hogar y manutención de los hijos; d) si la unión ha sido inscripta, la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas por uno de los convivientes sin la conformidad del otro, después de la inscripción de la unión, y no puede disponerse de ella ni de los muebles indispensables sin la conformidad del no titular. Se advierte acá cómo la registración de la unión no es solo con fines probatorios (arts. 519 a 522 y 513).

No habiendo pacto, o existiendo éste, salvo disposición en contrario o en lo no previsto, rigen con carácter supletorio, las siguientes reglas: a) durante la convivencia cada conviviente tiene la libre administración y disposición de los bienes de su titularidad, salvo lo previsto respecto de la vivienda familiar; b) al cese de la convivencia los bienes permanecen en el patrimonio de su titular sin perjuicio de la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas u otros que puedan corresponder; con las limitaciones que seguidamente mencionamos (arts. 518, 528).

Ante el cese de la convivencia, -salvo por causa de muerte-: a) el conviviente que sufra un desequilibrio económico con causa en la ruptura

de la convivencia tiene derecho a una compensación económica que será fijada judicialmente según una serie de parámetros señalados de modo indicativo; b) el conviviente que tenga su cargo hijos menores de edad o con capacidad restringida o discapacidad, o, tuviera extrema necesidad y la imposibilidad de satisfacerla, tendrá preferencia en la atribución del uso de la vivienda familiar, por un plazo máximo de dos años, con posibilidad de compensación a favor del otro conviviente, o la limitación en cuanto a su enajenación o división, según el caso (arts. 524, 525, 526).

Ante el cese de la convivencia por causa de muerte, el supérstite que carezca de vivienda propia habitable o de la posibilidad de acceder a ella, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años, sobre el inmueble de titularidad exclusiva del causante que hubiera constituido el último hogar de la familia. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante y cesa ante la constitución de una nueva unión o matrimonio del beneficiario (art. 527).

Se establecen las causas del cese de la convivencia, similares a las de la extinción del matrimonio, con algunas particularidades como el cese de la convivencia por mas de un año, salvo que sea por razones laborales o similares (art. 523).

Ademas de estos efectos que hemos enunciado precedentemente, reservados solo para las uniones que reunen los requisitos del artículo 510; a lo largo del articulado, el proyecto incorpora la figura del conviviente en una equiparación prácticamente plena con el cónyuge, en diversos institutos. Por ejemplo: la posibilidad de adoptar en forma conjunta ambos convivientes (art. 602) o en forma unipersonal (art. 603); la posibilidad del conviviente de ser beneficiario en la afectación de la vivienda familiar al régimen de protección y de su consideración para autorizar la desafectación y disposición del inmueble así afectado (arts. 246, 250); la legitimación activa para reclamar daños no patrimoniales ante la muerte o grave discapacidad del conviviente (art. 1741); legitimación para expresar el consentimiento informado si el conviviente no está en condiciones de expresarlo (art. 59); la inclusión dentro de la enumeración de las personas respecto de las cuales el oficial público se encuentra impedido de actuar en el instrumento público bajo pena de nulidad (art. 291).

III.5.b.2. Apreciación valorativa

Aplaudimos la incorporación en el proyecto de la regulación normativa de las uniones convivenciales, tan largamente propiciada y que consideramos indispensable a estas alturas de los hechos y las circunstancias,

como así también el régimen de regulación adoptado, sin equiparación con el matrimonio.

Sin embargo, nos permitimos puntualizar algunas observaciones, en aras de mejorar la eficacia de las normas proyectadas.

De conformidad con las normas proyectadas, resulta que habría distintas clases de uniones convivenciales, con efectos diferenciados según las variantes (registradas con pacto de convivencia registrado, registradas con pacto de convivencia no registrado, registradas sin pacto de convivencia, no registradas con pacto de convivencia no registrado , no registradas sin pacto de convivencia. A esta variedad habría que sumar ademas, la alternativas de extinciones de la convivencia inscriptas y no inscriptas . Como se advierte, tal complejidad está muy lejos de lo que una regulación para situaciones fácticas, de personas que en principio han querido mantenerse fuera de ciertas formalidades, debería ser. Ademas, privar a estas uniones de efectos tan importantes como la protección de la vivienda familiar, solo por no estar inscriptas, nos parece sí violatorio de los principios de raigambre constitucional a los que el proyecto dice responder, como el de no discriminación. Por lo tanto, creemos que esto debe ser revisado en el proyecto, y reemplazado por un sistema mas claro y sencillo, en el que, la inscripción de la unión sea optativa y solo con fines probatorios –como parecería del enunciado inicial-, asignando los efectos previstos como piso mínimo de protección, estén o no inscriptas. Sí debiera preveerse la inscripción de aquellos efectos patrimoniales que necesitan oponerse a terceros, tales como las restricciones de disponibilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar. Los pactos debieran ser hechos por escritura pública a fin de contar con matricidad y fecha cierta -ademas del asesoramiento que implicará adoptar esta forma-, y solo tener vocación registral en los registros de los bienes que correspondan cuando ello fuere necesario.

La norma proyectada habla de inscripción en un Registro de Uniones Convivenciales, que al día de hoy obviamente no existe en el país. No está previsto en esta parte del articulado ni en ninguna otra, la creación de este registro, ni mucho menos en qué orbita del Estado funcionaría. Tampoco esta previsto, en consecuencia, cuál sería el sistema de publicidad de estas inscripciones. Todas estas cuestiones deberán estar resueltas si el proyecto se convierte en ley, pues de lo contrario las previsiones legales serán de muy difícil cumplimiento y terminarán por caer en desuetudo.

Dentro del plexo normativo de carácter imperativo, creemos que debe contemplarse también el derecho a alimentos, que es el correlato del deber de asistencia y contribución a las cargas del hogar, tanto durante la convivencia, como al producirse el cese de la misma, en los mismos términos en que se prevee para el matrimonio.

Debe reconocerse vocación hereditaria al conviviente supérstite, como heredero no legitimario, en orden preferente a los parientes colaterales.

III.5.c. Mientras tanto

No teniendo aun en claro a la fecha, cuál será la suerte de este proyecto, debemos insistir en que las uniones de hecho, constituyen una realidad, un comportamiento social que ha demostrado permanencia en el tiempo y entidad demográfica, cuya normativa actual es escasa e inorgánica, y por tanto incompleta, dejando fuera del amparo legal situaciones que merecen y exigen protección, so pena de incurrir en una manifiesta violación de los mandatos constitucionales y el derecho supranacional que integran los tratados de derechos humanos.

En consecuencia propiciamos que en caso de no sancionarse el proyecto de código civil y comercial actualmente en consideración, se dicte una ley especial que contemple aquellos efectos considerados esenciales y de mínima, y que refieren a: deber de asistencia recíproca, derecho a alimentos durante la convivencia y a su cese en caso de necesidad, deber de contribución al sostenimiento del hogar y manutención de los hijos, solidaridad frente a terceros por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar conyugal y los hijos, protección de la vivienda familiar, atribución preferencial del uso de la vivienda familiar al cese de la convivencia a favor de quien tenga a su cuidado los hijos menores o con discapacidad, derecho de habitación para el conviviente supérstite en caso de fallecimiento.

Mientras ello ocurra, nos queda como notarios, cumplir con nuestro deber de asesoramiento, respecto del estado actual de la legislación y jurisprudencia, a quienes han optado por este modo de unión, tratando de aconsejar sobre las alternativas que mejor puedan proteger sus derechos y expectativas, e incluso el otorgamiento de pactos que regulen aspectos patrimoniales varios, y hasta el derecho a alimentos, los cuales si bien no están previstos hoy en nuestro ordenamiento, tampoco están prohibidos, y en tanto no transgredan el orden público, la moral y buenas costumbres, serán plenamente eficaces y ejecutables.

IV) Derecho de familia: filiación

IV.1. Régimen vigente

IV.1.a. Noción

La filiación es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquel.

Es decir, la filiación es el vínculo jurídico, interdependiente y recíproco entre padres e hijos. Y es interdependiente y recíproco como consecuencia de la correlatividad del estado de familia, y que al definir la filiación como un vínculo jurídico no olvidan que ella deviene de un vínculo natural, aún cuando podamos hablar también de "filiación por adopción".

En realidad, la filiación es el vínculo familiar que une al hijo con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró, es el vínculo integrado por sus dos elementos: el biológico y el jurídico. El biológico –que solo será suplido por la voluntad en el caso de la adopción- es el elemento primario, básico, necesario e indispensable para la existencia del vínculo jurídico, éste es secundario, por cuanto su existencia depende de la del vínculo biológico, ya que jamás puede crearlo –excepto en la adopción- pero es decisivo para legalizarlo, y así el vínculo jurídico prevalece sobre el vínculo biológico, por más que se encuentre condicionado a él. Pero así como el vínculo biológico no es bastante por sí para ocasionar el vínculo jurídico, éste puede haber surgido sin reciprocidad con aquél, no concordado, y así ser susceptible de contestación, lo cual hace que por sí solos no son suficientes, necesitándose la confluencia de ellos en el vínculo familiar.

La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos jurídicos completan la juridicidad del hecho biológico que marca el comienzo de la existencia de la persona.

IV.1.b. La unidad de filiación. Fundamento

La unidad de la filiación es el derecho a tener un padre y una madre y expresa el respeto por la persona, hacia el cual se afina cada vez más la razón y la sensibilidad humanas. Es innecesario demostrar que todos los hombres comienzan su existencia en una sola y única forma, fruto de la

relación sexual. Toda la filiación auténticamente tal, o sea, biológica, es natural. Es también verdad la igualdad intrínseca de todos los hombres.

Teóricamente, los fundamentos enunciados exigen que la proyección legal de la unidad de filiación comporte un tratamiento idéntico para todo hijo, cualquiera haya sido la situación de sus progenitores al momento de la concepción. Esta igualdad total tropieza con obstáculos de hecho que pueden imponerse a la pretendida equiparación consagrada en los textos legales y con otros obstáculos de política legislativa que, conforme a las valoraciones del legislador, pueden conducir al establecimiento de diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y aún de categorías entre estos últimos, lo que no ha desaparecido sin excepciones.

El Código Civil Argentino la define en su artículo 240 (según Ley 23.264): *"La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".*

La ley 23.264 (B.O. 23/10/1985) marca un hito trascendente en la evolución de la legislación argentina en materia filial porque su normativa incorpora el principio de igualdad de las filiaciones y el respeto por la verdad biológica. Es decir, establece la igualdad legal para todos los hijos, sean éstos nacidos de padres unidos en matrimonio o no. Así nuestro Código Civil instaura el principio de unidad de filiación, acorde con las legislaciones de los principales países europeos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda, Gran Bretaña, Italia, España, etc.) y con diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y a la igualdad ante la ley de todos los hijos.

IV.1.c. Derecho a la identidad y su alcance. La ley vigente

Es necesario mencionar la inescindibilidad que existe entre filiación y derecho a la identidad, conceptos que se retroalimentan uno al otro. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expidió diciendo que el derecho a la identidad *"puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia". También se refiere allí la Corte a la existencia del "derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad".* Y continúa diciendo

que el derecho a la identidad, *"Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo".* Se desdobla en *"derecho a la propia herencia genética" y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano… ".*

Esto significa que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente. Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que *"preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados"*. Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

La Convención sobre los Derechos del Niño resalta enfáticamente el Interés superior del niño, respecto a cualquier circunstancia que pueda impedir su derecho personal e inalienable en la materia, lo que es ratificado por la Ley argentina 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

La mencionada ley expresamente indica que el principio del interés superior rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Es decir, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

La Convención sobre los Derechos del Niño y Artículo 11 de la Ley 26.061 tratan el Derecho a la Identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción, estableciendo expresamente que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de

origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil.

Asimismo, recalca que los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley.

Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

Cabe destacar que en las conclusiones Comisión Nº 6: "Familia" de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se estableció de *lege ferenda,* que los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica). La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional

IV.2. Derecho proyectado

IV.2.a. Proyecto de Código Civil y Comercial (Dec. 191/2011)

El Proyecto de Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustanciales en el campo del derecho filial, inspiradas por la necesidad de adecuar el régimen vigente a los principios constitucionales. A más de las evidentes reformas sugeridas en el terrero específico de la filiación por técnicas de reproducción asistida, el nuevo Código propugna transformaciones medulares en el área de las acciones de desplazamiento de la filiación por naturaleza que no han recibido la atención que merecen.

Las modificaciones que se observan en el Proyecto en materia de acciones de desplazamiento filial son auspiciosas, pues con ellas se subsanan las inequidades vigentes y se diseña un sistema asentado en el efectivo reconocimiento de las distintas formas de familia des-

*de una perspectiva pluralista e igualitaria, conforme a los mandatos emergentes del plexo constitucional. Pudiendo otorgar igualdad d*e todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales); mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; y derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

IV.2.b. Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) y el Proyecto

Desde 1978 se implementaron procedimientos de procreación humana, denominados de fecundación o procreación asistida como un mecanismo alternativo de la procreación humana natural. Estos procedimientos nacieron con la finalidad de superar situaciones de infertilidad que impedían concebir hijos por vía natural y que en la actualidad pasó a ser una forma alternativa de procreación.

En nuestro país no existe a nivel nacional una legislación específica sobre el tema, pero no obstante ello se pone énfasis en que el contenido de las normas que se dicten, tengan en cuenta el respeto a la vida y a la dignidad del hombre y hoy en día urge implementar soluciones legales frente al crecimiento de procedimientos en ésta materia ya que existen estás prácticas sin el marco legal que ameritan.

El Senado al tratar lo que luego fue sancionado como Ley 23.264 sobre filiación y patria potestad, manifestó que el proyecto de dicha ley no había tratado la problemática de la procreación asistida, ya que las técnicas de reproducción asistida, en aquel entonces implementadas eran de escasa práctica en el país (año 1985).

Pero la tecnología, y sobre todo la ciencia médica, avanza a pasos agigantados, y hoy, estas prácticas se han generalizado.

Se han presentado varios proyectos pero hasta el momento no fueron convertidos en ley. Sin perjuicio de las normas proyectadas del Código Civil debe ser inminente la sanción de una ley que regule todos los aspectos en ésta materia por lo antes expuesto, pues dichos procedimientos, deben ir acompañado de una estructura jurídica que los soporten para poder encarrilar éstas actividades y evitar que las mismas se desnaturalicen

El Proyecto de Código Civil trata el tema de la filiación, que nos compete, en el Título 5 del Libro Segundo, a través de ocho capítulos desde el artículo 558 al 593 planteando desde el inicio las fuentes de la filiación. El artículo 558 nos ilustra en el sentido que "*la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción*." Asimismo aclara que en cualquier caso surten los mismos efectos y que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales.

Si nos detenemos en la normativa vigente el artículo 240 del Código Civil dicta que la filiación sólo puede ser por naturaleza ó adopción. Hoy se entiende que la fuente de la procreación asistida es la naturaleza, vale decir sea por reproducción sexual espontánea o por técnicas de reproducción asistida, es la naturaleza, quien en ambos casos actúa para producir la concepción.

En cambio, en el proyecto no es así. El articulo 560 dentro del capítulo 2 del proyecto establece sobre el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida lo siguiente: "*El centro de salud debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de técnicas de reproducción humana asistida. Éste consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos ó embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella*".

En el precedente artículo se vislumbra la incumbencia del notario, ya que la norma prevee en forma expresa la protocolización y se complementa con la norma proyectada en el articulo 561 que prevee que "*los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre ó de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos*." No aclara la norma si es el mismo centro de salud, el que debe requerir al Escribano la protocolización del consentimiento, debiendo a nuestro juicio tener que tener un especial resguardo para evitar fraudes.

Vale decir, que en el caso de procreación asistida por técnicas de fertilización, la fuente atributiva de filiación es la prestación del consentimiento informado y libre.

Lo que cabe destacar de la norma proyectada es que en ningún caso se expide en el sentido de las consecuencias del consentimiento omitido (en cuyo caso el cónyuge de la gestante si no hubiera prestado el mismo no sería padre ó madre, en caso de matrimonio homosexual, de la persona por nacer, salvo que, con posterioridad lo adoptare ó que el nacido iniciare una acción de filiación. Más aún sin decir el momento en el cual debe ser prestado, no cabe duda alguna que el mismo debe ser realizado antes de la fecundación, ya que de ello depende nada mas y nada menos que la determinación de quien es padre de la persona por nacer ó quien es la otra madre, en su caso.

Con respecto a la voluntad procreacional el Proyecto de Código Civil trata en el capítulo 2 a través del artículo 561 el tema, dejando establecido: "los hijos nacidos de una mujer por técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre ó de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo antes citado (560) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

En el artículo proyectado no surge quien es el que debe proceder a la inscripción propiamente dicha del consentimiento en el Registro citado, ni tampoco el tiempo en que debería ocurrir la misma, pero es relevante como fuente de filiación desde el momento en que por ésta técnica de procreación asistida, la gestante será madre y el otro padre sea varón o mujer, y lo serán en la medida que hayan prestado el consentimiento informado y libre para la realización de la práctica y no, quien haya aportado el semen, como sucede en la actualidad.

Mazzinghi expresa por su parte en relación a éste tema que "considera excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la maternidad y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva". Dice dicho autor que "cuando se trata de filiación el objeto es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos.

Frente a lo expuesto podrían plantearse graves problemas de seguridad jurídica afectando el interés superior del niño por nacer.

Podríamos completar ésta reseña con lo previsto en el articulo 562 del proyecto que hace referencia a la maternidad subrogada llamada "Gestación por sustitución: el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a los previsto por el 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 solo 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 ó los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante

ha dado a luz, al menos, un hijo propio.- Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de dicha autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

De acuerdo a lo transcripto para la validez del acuerdo se requiere homologación judicial previa de lo contrario se aplicarían las reglas de la filiación por relación sexual natural entre el hombre y la mujer, según las cuales, al igual que en la normativa vigente madre es quien lo gesta y padre quien aporta el semen para fecundar.

V) Derecho de familia: adopción

V.1. La adopción en el derecho argentino

V.1.a. Breve reseña sobre su evolución

La doctrina, a lo largo del tiempo, ha advertido una doble finalidad en la adopción: por un lado, satisfacer la vocación paterno-materna y, por la otra, subsanar una orfandad de origen o abandono paterno. La primera genera el mal llamado "derecho de adoptar", y la segunda el derecho a ser adoptado, priorizando la necesidad del menor a tener una familia.

En relación con el primer derecho mencionado, no es correcto hablar de un derecho a adoptar, el derecho es, en todo caso a formular una solicitud de adopción y a que el procedimiento de adopción se desarrolle fuera de la arbitrariedad o cualquier discriminación injusta. A partir de ahí entran en juego, el interés superior del menor y la finalidad protectora de la adopción, que son los principios que determinarán si la adopción llega a buen puerto o no.

Respecto de este instituto y el Código Civil argentino, se deben señalar tres etapas:

PRIMERA ETAPA: Se extiende desde la sanción del Código Civil y hasta la sanción de la Ley 13.252, inclusive,

SEGUNDA ETAPA: se extiende desde la entrada en vigor del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 – ratificado por la República Argentina en 1956- pasando por la ley 19.134, y hasta la actual 24.479.

En la primera etapa, la institución no fue admitida por el codificador Dr Dalmasio Velez Sarsfield, quien expresaba en la nota de elevación del Primer Libro del Código – de fecha 21 de junio de 1865-, que "*… tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares".* Y en el artículo 4050 del Código Civil, hoy derogado, el Codificador expresaba: *"las adopciones y los*

derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopción por las nuevas leyes, son regidas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos", y añade en la nota *"la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes ni anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción alguna".* En efecto, al parecer, Velez Sarsfield rechazó la adopción mirando al derecho francés o al derecho prusiano, y no a los antecedentes del derecho español o al vigente antes de la sanción del Código Civil[23].

Sin embargo, podríamos encontrar antecedentes de este instituto en la Sociedad de Beneficencia iniciada en 1857, donde se encuentran registradas entregas de niños a diferentes familias, formalizadas en actas y posteriores escrituras públicas, con la exclusiva constancia del nombre del niño y domicilio en donde había sido destinado, sin considerarse ningún dato filiatorio de origen. En 1919 con la sanción de la Ley 1093, se organiza en cabeza del Patronato la tutela estatal y judicial de niños.

La segunda etapa se inicia con la sanción de la ley 13,252, que incorpora el instituto de la adopción en el derecho argentino, en septiembre de 1948[24], durante el gobierno de Juan D. Perón, a raíz del terremoto de San Juan.

[23] Ver: SEOANE, María Isabel, Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado (1810-1870, Análisis de la legislación y de la práxis bonaerense, Separata de la Revista de Historia del Derecho, nº18, Bs As, 1990, y Un capítulo de la historia de la adopción en el derecho argentino (1871-1947), Separata de la Revista de Historia del Derecho, nº 17, Bs. As, 1989, citado por Feldstein de Cárdenas, Sara, Derecho Internacional Privado, Parte Especial, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

[24] La regulación concebía al instituto solamente desde la perspectiva de derecho interno, excluyendo cualquier precepto de derecho internacional privado relativo a las adopciones internacionales. Luego de la entrada en vigencia de esta ley, la Corte Suprema de Justicia decidió el célebre caso GRIMALDI, en el cual una hija adoptada en Italia por el causante Sr Grimaldi, reclamó ante los tribunales argentinos, derechos hereditarios respecto de bienes inmuebles y dinero existentes en el país. El tribunal resolvió la cuestión previa a los efectos de determinar su vocación hereditaria, esto es, la eficacia extraterritorial en la República de una adopción decretada en el extranjero, aplicando la ley del foro (lex fori) que no contemplaba ese instituto al momento en que se difirió la herencia -fecha de fallecimiento del Sr Grimaldi- y, con ese argumento, le desconoció la vocación hereditaria a la reclamante respecto de los bienes inmuebles relictos en el país (ya que para llegar a esa conclusión aplicó el artículo 10 del Código Civil, y en consecuencia la declaró que a esa fecha era para la ley argentina incapaz de recibir la herencia del causante porque los hijos adoptivos carecían de vocación hereditaria). La solución hubiera sido distinta si, a los efectos de resolver esta cuestión el tribunal hubiera aplicado la ley que regia a la sucesión (lex causae), esto es, la ley italiana (tal como lo exige, para cierta parte de la doctrina, el artículo 3283 del Código Civil).

En efecto, a partir de 1956, luego de la ratificación del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, se reconoce el instituto de adopción en una norma que es ley para la República Argentina.

Dicho Tratado establece, en su artículo 23 que "*la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público*"[25]. La norma consagra la aplicación acumulativa de las leyes del domicilio del adoptante y del adoptado, a los fines de evitar las adopciones claudicantes.

En lo que a las adopciones internacionales respecta, este Tratado tuvo fundamental importancia porque sirvió para suplir la laguna legal existente hasta la sanción de la Ley 19.134.

Revisando la historia, podemos detectar que siempre existió intervención notarial en este instituto. Así, en el Proyecto de Código Civil de 1936 se preveía que la adopción se realizara con intervención judicial, con la sola manifestación de las partes expresadas ante un escribano o ante un encargado de registro civil.

Con la sanción de la primera ley de adopción, se pretendió llevar el tema al ámbito judicial, pero con los alcances limitados, ya que solo se legislaba la adopción simple. Luego, con la sanción de la ley 19.134/71, aún cuando estableció que la adopción era judicial, en el artículo 11 inc c) concibió una "guarda extrajudicial", al referir que los padres no serían citados "*Cuando hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o el instrumento público*".

En relación con el régimen de la adopción internacional, la regulación del instituto en nuestro ordenamiento es altamente insuficiente. Efectivamente, con la sanción de la ley antes mencionada en el año 1971, se introdujo una breve regulación del instituto, en dos cortos artículos, que hicieron al tratamiento legal insuficiente. El artículo 32 de la ley establecía que: "*La situación jurídica, los derechos y deberes de los adoptantes y del adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado, al tiempo de la adopción cuando esta hubiera sido conferida en el extranjero"*. El artículo 33, a su turno, permitía la conversión de la adopción conferida en el extranjero, de conformidad con la ley del domicilio del

[25] Parte de la doctrina autorizada argentina exige que la adopción no solo conste en instrumento público, sino que haya sido conferida por autorización judicial.

adoptado, en el régimen de la adopción plena establecida por la ley, bastando a esos fines la acreditación del vínculo y la presentación de los consentimientos del/los adoptante/s y del adoptado, quienes debían ser mayores de edad.

La doctrina calificada considera que una interpretación estricta del artículo 32 antes transcripto, permite inferir que las adopciones conferidas en nuestro país se rigen por el derecho argentino, y la utilidad del artículo 32 se revela en los casos de decisión del foro de la cuestión principal que involucre como cuestión previa, una adopción constituida en el extranjero. La ley, sin embargo, no preveía al juez competente para constituir una adopción internacional en Argentina, ni el derecho aplicable a dicha creación.

La vigente ley 24.479 repite literalmente, en lo relativo a la adopción internacional, lo establecido por la Ley 19.134, y mantiene la redacción de esas normas en los artículos 339 y 340 del Código Civil. Es evidente entonces, el disfavor con el que mira la nueva ley a la adopción internacional, si se conjugan esas normas, con la del artículo 315 del Código Civil, que impone como requisito para el adoptante que el mismo resida efectivamente en el país cinco años con anterioridad a la petición de guarda de un menor en Argentina.

Este requisito empeora definitivamente la adopción internacional, ya que, siendo la residencia efectiva de cinco años un requisito exigido tanto a nacionales como a extranjeros, estos últimos casi nunca o nunca podrán cumplirlo. Estas normas revelan entonces, una vez más, la desconfianza con que el país mira a la adopción internacional.

A nivel convencional la República Argentina es parte de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por la Ley 23.849 y forma parte del "bloque constitucional". La República Argentina formuló reserva respecto del artículo 21 incisos b, c, d y d de dicho instrumento, los cuales no regirán en su jurisdicción, por entender que, para implementarlos se necesita contar con un rigoroso sistema de protección del niño frente al tráfico internacional de menores, y su venta[26].

---

[26] En el mismo sentido se ha manifestado la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, que expresamente rechaza la Convención sobre conflicto de leyes, la Convención de La Haya de 1993, a la adopción internacional en la República Argentina, ni siquiera como último recurso por no resultar ni necesaria ni confiable en nuestro medio social, y el rechazo al reconocimiento de las agencias locales o extranjeras, intermediarias en la adopción internacional. Otro instrumento internacional a considerar.

Coincidimos con respetable doctrina especializada que entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente su disfavor a la adopción internacional, sin procurar con urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de niños[27].

V.1.b. La adopción en el Código Civil: clases, características

Conforme lo establece el Código Civil en su artículo 331, modificado por la Ley 24.479, una persona puede ser adoptada en cualquier edad de su vida, instando a esos fines procedimiento judicial exclusivamente.

En efecto, la adopción de menores se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante y exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges[28]. Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor.

Respecto del adoptante, la ley expresamente dispone que éste debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto.

No existe límite de hijos adoptivos: se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente. Sin embargo, si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo, y la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.

A su turno, la normativa determina que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser

---

[27] BIOCCA, Stella Maris, Adopción internacional, Re. "Derecho de Familia" nº 6, 1991, Ed.. Abeledo Perrot, pag. 11, citada por Feldstein de Cárdenas, Sara, op. cit. nota …,página 194.

[28] Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos: a) Cuando medie sentencia de separación personal; b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores: c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge. Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.

oídos por el juez o el Tribunal, con la asistencia del Asesor de Menores sí correspondiere.

Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

No podrán adoptar: a) Quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados, o por debajo de éste término, si que acrediten la imposibilidad de tener hijos. b) Los ascendientes a sus descendientes. c) Un hermano a sus hermanos o medio hermanos. Los tutores solo podrán iniciar juicio de guarda y adoptar a sus pupilos una vez que hayan extinguido las obligaciones emergentes de la tutela.

Salvo que se tratare de la adopción de los hijos del cónyuge, a los efectos de proceder el trámite de adopción, el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el Juez.

El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda[29]. La guarda deberá ser otorgada por el juez o

[29] En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas:

a) La acción debe Interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda;

b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores;

c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, otra personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor;

d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;

e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes;

f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes;

g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor;

h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica;

i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo.

Se prohíbe expresamente la entrega en guarda por acto notarial o administrativo[30].

La sentencia que acuerde la adopción tendrá efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda. Cuando se trate del hijo del cónyuge el efecto retroactivo será a partir de la fecha de promoción de la acción[31].

La sentencia de adopción, para ser oponible a terceros, debe inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

---

30 Son requisitos para otorgar la guarda, bajo pena de nulidad:

a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación.
Sin embargo, no será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

b) Tomar conocimiento personal del adoptando;

c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin;
Asimismo, iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

31 Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código:

1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a; a) La edad del adoptado: b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado. c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres. d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges; e) la adopción de descendientes;f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí.

2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a; a) La edad mínima del adoptante. b) Vicios del consentimiento.
La adopción. su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La ley prevé dos tipos de adopción, con consecuencias jurídicas distintas: la adopción plena y la adopción simple.

La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores: a)Huérfanos de padre y madre; b) Que no tengan fijación acreditada; c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial; d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad; e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto sí éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de estos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En uno y en otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho anos solicitar esta adición.

Si la adoptante fuese viuda cuyo marido no hubiese adoptado al menor, este llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el de casada.

Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial. El adoptado tendré derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

El régimen de la adopción simple es diferente: la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en el Código Civil, entre ellos, los impedimentos dirimentes para el matrimonio y/o las limitaciones a la vocación hereditaria.

Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.

La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho años.

La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto si existen causas justificadas.

El adoptante hereda abintestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni esta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos.

Es revocable la adopción simple: a) Por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en este Código para impedir la sucesión: b) Por haberse negado alimentos sin causa justificada; c) Por petición justificada del adoptado mayor de edad; d) Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad.

La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro todos los efectos de la adopción.

Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación. Ninguna de estas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el artículo 331.

V.2. La adopción en el proyecto del Código Civil y Comercial (Dec. 191/2011)

El Proyecto propone múltiples cambios en materia de adopción, a saber[32]:

[32] Medina, Graciela, Las diez grandes reformas al derecho de familia, DFyP 2012 (febrero), 01/07/2012, 11.

a. Se establecen cuatro procesos para llegar a la adopción. Uno administrativo y tres judiciales.

b. Se administrativiza el proceso, dándole intervención en calidad de parte al órgano administrativo.

c. Se regula la declaración de adoptabilidad.

d. El abandono deja de ser una causal de entrega en guardas con fines de adopción.

e. Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.

f. Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años.

g. Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio.

h. Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.

i. Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.

j. El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.

k. Se regula la adopción de integración.

l. Regulación de las relaciones con la familia biológica.

m. Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.

n. Falta de claridad en la determinación sobre la competencia en guarda con fines de adopción.

o. Aceptación relativa de las guarda de hecho.

p. Determinación de la competencia en juicio de adopción.

q. Intervención judicial de oficio en juicio de adopción.

r. La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.

s. En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.

Dada la extensión de este trabajo no analizaremos cada una de las modificaciones antes mencionadas, pero sí nos referiremos a aquellas que podrían llegar a tener trascendencia desde la perspectiva notarial. Así tenemos que:

a. Se establecen tres juicios para llegar a la adopción, con más una instancia administrativa previa. La ley vigente establece dos procesos para llegar a la adopción: la guarda de hecho, que dura de seis meses a un año y, el juicio de adopción, que otorga la adopción. El proyecto agrega dos nuevos procesos a estos dos, ya que en la legislación proyectada, previo a todo hay un procedimiento administrativo, luego un juicio de declaración de adaptabilidad; en tercer lugar, hay un

proceso de guarda judicial preadoptiva y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción.

En el caso de los niños huérfanos, sin filiación acreditada o que se hayan agotado las instancias de la Ley 26.061, se necesitará primero, un proceso administrativo, segundo un juicio de declaración de adoptabilidad, tercero un proceso de guarda con fines de adopción y cuarto, un juicio de adopción.

Por otra parte, en los casos de niños abandonados será necesario realizar primariamente un proceso de privación de responsabilidad parental, luego un proceso de guarda con fines de adopción y finalmente, el juicio de adopción propiamente dicho.

b. El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado: El niño, niña y adolescente es parte en todo el proceso de adopción y debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se sindica como progresiva. Pero a partir de los 10 años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto. Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si este no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto[33].

Es de destacar, por la problemática que involucra y los cuestionamientos desde los diversos sectores, que el proyecto omite sistematizar en su totalidad las diversas situaciones que plantea la presentación de la parejas homoparentales, y no aclara expresamente su posibilidad de

[33] La Ley 26.061 estableció la asistencia letrada del niño/a y adolescente en todo proceso administrativo o judicial que lo afecta, como una garantía mínima de procedimiento que el Estado debe asegurar. Dicha garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas previstas en el mismo texto legal que se refieren al derecho del niño/a y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas primordialmente en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, debiendo participar activamente en dicho proceso.
La efectivización de esa garantía es responsabilidad del Estado, el cual debe adoptar una serie de medidas a tal fin. La designación de un abogado que asista al niño/a o adolescente es una actividad que la puede realizar por sí mismo, en función de su discernimiento y madurez, o puede ser suplido por una persona adulta, función que debe serle vedada a los progenitores si se trata de conflictos intrafamiliares. El rol de abogado del niño debe recaer en profesionales especializados en la materia que integren los cuadros de organismos de control externo de la administración pública o que sean contratados por dichos organismos a tales fines, y que se desempeñen en organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados y/o universidades.

adoptar, salvo por la mención acotada a los matrimonios y/o convivencias en el orden de los solicitantes, y la cuestión no queda suficientemente explícita, lo cual es criticado por la doctrina[34].

V.3. El derecho del niño a que los padres biológicos elijan la familia adoptante

Dejando de lado el derecho vigente, y teniendo en cuenta las posibilidades que el proyecto de reforma al Código Civil conlleva, no debemos olvidar la propuesta efectuada por cierta doctrina que entiende que corresponde al niño un derecho en virtud del cual puede ser programada su inserción en la familia adoptante por la elección de los padres biológicos, a través de una etapa previa y autónoma de la adopción en sede jurisdiccional, que evita el tránsito institucional del menor.

Dicho acto se define como aquel acto jurídico por el cual los padres biológicos manifiestan su voluntad en sede jurisdiccional, generando un nuevo vínculo filiatorio a favor de su hijo y la familia escogida, conforme el mejor interés de ese niño, y consecuentemente haciendo cesar la responsabilidad parental[35].

[34] STARÓPOLI, María del Carmen, el interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene, DFYP. Diciembre 2012, Año IV, Nº11, pág 19.-En este artículo, la autora expresa: "… Muy a pesar del esfuerzo por la inclusión en el ámbito de las relaciones familiares, los nuevos discriminados de hoy resultan ser los niños adoptados por homosexuales. ¿Por qué convertir al niño en objeto del deseo de los adultos cuando la ley lo reconoce como sujeto de derecho= ¿O por qué exponer al niño a una condena moral convirtiéndolo en recipiendario del desprecio por las decisiones de sus padres?... Tratándose de niños criados por parejas homosexuales, la psicología y la pediatria descubren la frustración de la tendencia natural de todo infante en los primeros años de edad a buscar un referente paterno y otro materno. En las familias tradicionales estos referentes naturales, se encuentra en los mismos progenitores biológicos. En cambio en los hogares homosexuales esta búsqueda se distorsiona y al no encontrar esos referentes en el hogar se los busca fuera del mismo… En conclusión cabe afirmar que la adopción homosexual no contribuye al desarrollo armónico integral del infante adoptado. Por lo tanto, el requisito de reservar el derecho de adopción únicamente a las familias heterosexuales es correcto y no constituye una discriminación de las familias homosexuales, pues si los hechos indican que es posible discriminarlo en función de un esteriotipo familiar, se está forzando una interpretación que contraría el espíritu de la ley…". Compartimos la opinión de la autora, en el sentido de que debe darse primacía al derecho del niño a ser adoptado y escuchado, por sobre el derecho de los padres a formular la petición de adopción, y, en consecuencia, el límite de adopción a las parejas homosexuales con ese fundamento no debería ser considerado discriminatorio o abusivo.

[35] CEDOLA, Carolina y JORGE, Carina, El derecho del niño a que los padres de origen elijan la familia adoptante, DFyP, Años IV, Nº 11, Diciembre 2012, pag. 58.

Al no estar el niño en situación de vulnerabilidad de derechos, es innecesaria la intervención de los efectores del sistema de promoción y protección del Niño, del Poder Ejecutivo. En el mismo sentido, el temor al comercio de niños se ve desvanecida por la intervención judicial en el proceso de designación de familia adoptiva por los padres de origen.

Este derecho, entienden quienes lo sostienen, debería ser reconocido expresamente en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 2012, y dejar escapar esa oportunidad, sería disvalioso.

VI) Derecho de familia. La mediacion familiar: un proceso de comunicación pacifico y participativo

V.1. Introducción[36]

La mediación es un proceso pacífico e informal de resolución de conflictos a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

Se funda en la creencia de que los seres humanos somos capaces de resolver los asuntos por nosotros mismos cuando creamos espacios de buena fe (proceso de mediación) donde dos o más personas se puedan reunir a dialogar. Con independencia de que las consecuencias jurídicas de esta actuación puedan coadyuvar a solucionar problemas interpartes.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que "En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflictos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir, escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las que indagamos sanamente, con la inmediación de la audiencia notarial"[37].

---

[36] Curuchelar, Graciela "Mediación y Resiliencia", Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 2008

[37] Ormaechea, Carolina "La intervención del notario en los conflictos"; Revista Notarial N° 945, Buenos Aires, 2003, citada en LA LEY Buenos Aires,Numero 11, Diciembre 2012, Doctrina, Curuchelar, Graciela "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

Se trabaja para deconstruir el conflicto para reconstruir la relación. En definitiva, la mediación es un camino propicio a recorrer en paz y hacia la paz.

VI.2. Experiencia de la mediación en la Argentina

En la República Argentina, en el año 1991, el Decreto Nº 958 propició la creación de una comisión de juristas en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, cuya misión era la de elaborar y proponer al Poder Ejecutivo un Proyecto de Ley de Arbitraje y Conciliación. En sus Considerandos se aludía a la grave crisis que afectaba al sistema judicial. Mediante el decreto Nº 1480 de 1992 se declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación: creó en el ámbito del Ministerio de Justicia un cuerpo de mediadores y designó una comisión con el objeto de formular un proyecto de ley nacional sobre la materia.

El 11 de Febrero de 1994, La Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó el Plan Piloto de Mediación, que comenzó a funcionar con diez juzgados civiles de la Ciudad de Buenos Aires, tres de Familia y siete patrimoniales. Esta experiencia concluyo a fines de 1995 con el dictado de la ley de mediación 24.573. Hoy ley 26.589.

Es destacable que en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se creo en 1995 el Cuerpo de Mediación, Arbitraje y Conciliación y en el año 2000 se creo el Centro Institucional de Mediación, con Subcentros en diversas delegaciones.

Es intensa la labor que viene cumpliendo el centro de mediación desde su creación, efectuando convenios institucionales con distintas entidades (Municipalidades, Universidades Nacionales y de México, Obispados); como así también capacitando con cursos de actualización a notarios mediadores y formando nuevos mediadores, a través de su Entidad Formadora; y realizando Jornadas anuales de reflexión, aprendizaje y actualización con destacados conferencistas nacionales e internacionales

En nuestro país, tomando las estadísticas a nivel nacional provenientes de la mediación previa judicial obligatoria, se indica que desde Abril de 1996, año de implementación de la Ley 24573[38], de mediación pre judicial obligatoria a Octubre 2012: el 64,92% de los casos ingresados para mediación, no vuelven al sistema judicial; es decir que podemos inferir que la mayor parte de ellos se resuelven.

[38] Hoy, Ley 26589

En las estadísticas proporcionadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[39], se puede observar que desde abril de 1996 a octubre de 2012, alrededor de un 30% de las mediaciones ingresadas, vuelven al sistema judicial, lo que habla a las claras del éxito de este proceso participativo y pacífico de resolución de conflictos.

De los temas de familia ingresados se destacan los referidos a alimentos, que, de 12.301 casos ingresados, sólo han vuelto 4520 al sistema judicial; de 1693 casos liquidación de sociedad conyugal, volvieron 595; de 4912 casos de régimen de visitas, volvieron 1598; o de 2938 casos de tenencia, 1015 volvieron.

De un total de 28.740 casos referidos a temas familiares, 10084 volvieron al sistema judicial.

Actualmente, en nuestro país, veintidós de las veinticuatro provincias, sumadas a la Ciudad de Buenos Aires, tienen ley de mediación o proyectos pilotos de aplicación de mediación.

Muchos de los resultados positivos de mediaciones familiares han sido mediados por notarios.

Estadísticamente se ha comprobado que de acuerdo a la experiencia de los países en los que se ha implementado, el resultado es altamente satisfactorio. La mediación constituye un modo de fortalecimiento del sistema judicial, ofreciendo una opción para resolver pacíficamente los conflictos, más completo y adecuado a las circunstancias que se transitan en la actualidad. Se minimizan los costos emocionales y económicos y se reducen los tiempos que insume resolver una controversia en sede judicial. Baste con saber que las estadísticas indican que del 100% de los casos que se median en los diversos centros de mediación, se obtienen resultados satisfactorios (es decir, que se han logrado acuerdos y composición de intereses) en un 75% u 80%, para considerar la economía de dinero y tiempo que significa la mediación.

VI.3. Mediación familiar

La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre alimentos entre

[39] http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp

cónyuges o derivados del parentesco; tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; separación personal o separación de bienes sin divorcio; cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; cuestiones derivadas de la sucesión y daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

Actualmente se plantean nuevas situaciones como por ejemplo: equiparación de géneros en ámbitos laborales e intelectuales, rechazo a las antiguas pautas de autoridad y obediencia, entre padres e hijos, aumento de separaciones y divorcios, la formación de consensos que habilitan la formación de segundas y terceras parejas, la posibilidad tecnológica de separar el acto sexual de la fecundación, prolongación de la adolescencia, crisis religiosas y morales, entre otros temas. Todas estas nuevas situaciones hacen saltar las tradicionales formas de conducirse y de resolver conflictos y es aquí donde surge la necesidad de generar "acuerdos consensuados" entre los miembros de la familia que valen más que las pautas tradicionales que han perdido vigencia; todas estas situaciones tienen una constante: se trata de conflictos entre personas que van a seguir relacionadas en el futuro.

Se focaliza en la naturaleza jurídica de "el derecho de familia" como pilar de nuestra sociedad; en su protección, desde la norma fundamental "Constitución Nacional" y normas de orden público que contribuyen al logro del "bien social o común".

Si los acuerdos son co-construidos por las partes, y éstos responden a sus convicciones y necesidades, al patrón del paradigma familiar que sostienen es más probable que los cumplimenten.

De todas las cuestiones relativas al ámbito familiar que son motivo de consulta notarial, el Notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del Notario, que debe estar presente en toda su actuación, desde el asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar

o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas en los terceros.

Requiere de una sólida formación jurídica, con una mirada integradora con las otras disciplinas, ya que el Notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.

En otro lugar, y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por su lentitud, hecho que compromete los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos.

Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspirados en los valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

Los notarios mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Especialmente en Mediación Familiar, se trabaja para deconstruir el conflicto para reconstruir la relación. En definitiva, la mediación es un camino propicio a recorrer en paz y hacia la paz.

VI.4. Acta de cierre de acuerdo por escritura pública

Las particulares características del documento notarial, especie de instrumento público, revestido de autenticidad, veracidad y legalidad,

que lo convierten en un medio idóneo con fuerza ejecutiva propia, a lo que se suma la fecha cierta y matricidad, y la fundamental intervención del notario que lo redacta interpretando la voluntad de los requirentes y adecuándola a la ley, dando certeza y eficacia a ese conjunto de voluntades debidamente instrumentada, lo convierten en un medio mas que idóneo para plasmar estos acuerdos producto de la mediación.

El instrumento público notarial se desarrolla en la normalidad y no en el conflicto. Para sostener esa normalidad es necesaria la fuerza fedante que transmite el Estado a través del funcionario autorizado. "preconstituir la prueba y dar ejecutoriedad al instrumento, permite al Estado regular formas de procedimientos judiciales simplificados, que hacen al mejor funcionamiento de la justicia"[40].

Por todo ello se propone que el acta de cierre del acuerdo de mediación se instrumente mediante escritura pública, elevando dicho acuerdo a la categoría de instrumento público. Se propone también que se agregue en nuestra legislación esta posibilidad.

En base a todo esto, proponemos: la intervención del notario mediador en los conflictos de familia atento a la comprobada experiencia positiva habida en nuestro país, y a las condiciones de imparcialidad y confidencialidad inherentes al notariado.

VII) Derecho sucesorio: llamamiento por la ley. Clases de herederos. Protección de la legítima

VII.1. Introducción

El régimen legal del derecho sucesorio en la Argentina, ha sido regulado en forma codificada a partir de la sanción de su Código Civil vigente desde el 1º de enero de 1871.

Las fuentes legales en las que se inspiró su redactor, -el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield-, en esta materia, fueron diversas, predominando las del derecho fránces. En algunos casos directamente de su Código Civil, y en otros, en forma indirecta a traves de sus célebres comentaristas (Troplong, Aubry y Rau para citar a algunos). Y si bien puede decirse

[40] Lamber, Ruben A. La Escritura Publica, Tomo I, FEN, Buenos Aires, 2004

que siguió la tradición romana del sistema de la sucesión en la persona, existen algunos caracteres que han sido tomados del sistema de la sucesión en los bienes de raíz germana.

Siendo una materia tan íntimamente vinculada a la estructura familiar de una sociedad, así como a su economía, es llamativo que se haya mantenido prácticamente sin modificaciones desde esa fecha. Las modificaciones que se registran, no fueron concebidas como reformas del derecho sucesorio en sí, sino que obran como consecuencia directa o indirecta de reformas de otras materias.

Puede decirse entonces, que el régimen del derecho sucesorio diseñado por el codificador original ha recibido ha lo largo de estos años, el "impacto" de, entre otras, las siguiente leyes:

La ley 1196, ("Fe de erratas") del 29/08/1882, que no obstante tener dicho objetivo, -o so pretexto de él-, introdujo verdaderas reformas en algunas disposiciones, entre ellas el artículo 3576 referido a la vocación hereditaria del cónyuge, posteriormente modificado; la ley 11.723 (Régimen Legal de la Propiedad Intelectual), B.O.30/09/1933, que establece la sucesión en los derechos de autor durante 50 años después de su fallecimiento; la ey 13.252 (de Adopción) , de 1948, que incorpora el instituto de la adopción, y por tanto introduce una nueva categoría de herederos llamados por la ley; la ley 14024, (1951) que modificó el artículo 3582 referido a la vocación hereditaria de los nietos extramatrimoniales, norma posteriormente derogada por la ley 23.264; Ley 14.367, (1954), que modificó sustancialmente la filiación extramatrimonial eliminando distintos aspectos discriminatorios entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, y en materia sucesoria dispuso el derecho de estos últimos a la mitad de lo que les correspondía a los primeros; Ley 14.394 (B.O. 30/12/1954), que, -entre otros temas- regula la presunción de fallecimiento y su efectos incluida la apertura de la sucesión, y la posibilidad de establecer la indivisión forzosa en los bienes relictos; la ley 17.711, (B.O. 26/04/1968), que fue una de las reformas integrales mas importantes del Código Civil, no solo por la cantidad de artículos modificados (aproximadamente 200), sino por la variedad de temas abarcados y por la fundamentalidad de los cambios operados, entre los cuales se encuentran diversas disposiciones en materia de derechos sucesorio; la Ley 20798 (BO. 18/10/1974) que incorpora el derecho real de habitación a favor de la cónyuge supérstite, en el artículo 3573 bis; la ley 23264 (B.O. 23/10/1985), sobre filiación y patria potestad, terminó de eliminar cualquier tipo de discriminación entre familia matrimonial y extramatri-

monial y por lo tanto entre los vínculos de parentesco generados por una y otra, y la consecuente equiparación absoluta entre ambos, respecto de la vocación sucesoria; la Ley 23515 (B.O.12/06/1987) sobre Régimen Matrimonial, que introduce una modificación en el art. 3576 bis referido al derecho de la ¼ conferido a la nuera viuda sin hijos, en la sucesión de sus suegros, a su vez introducido por la ley 17.711.

Como queda expuesto, ninguna de estas leyes tuvo por fin inmediato la modificación del régimen sucesorio, pero por efecto de las mismas, puede observarse, cómo, el cambio en las relaciones sociales fue siendo receptado de alguna forma en su regulación, con mayor o menor acierto, y seguramente con la exigencia hoy de una revisión total y armonización del sistema, luego de tantos "retoques". Tales cambios podrían resumirse en términos generales en los siguientes:

La incorporación del cónyuge como heredero, excluyendo a los colaterales.

La eliminación de diferencias entre hombres y mujeres en la vocación hereditaria.

La eliminación de toda discriminación y trato desfavorable hacia los vínculos familiares generados fuera del matrimonio.

El reconocimiento de otros vínculos fuera de los naturales, como el generado a partir del instituto de la adopción.

La utilización de algunas herramientas legales tendientes a proteger al grupo familiar necesitado de asistencia a partir de la pérdida del integrante proveedor, mas allá del sistema de llamamiento legal y de la voluntad del causante.

VIII) DERECHO VIGENTE[41]

VIII.1. La protección de la legítima

VIII.1.a. Noción

La legítima entendida como una reserva de los bienes o de una porción

[41] El análisis de la legítima en el Código Civil actual, ha sido elaborado a partir de los trabajos de la autora, titulados "Partición de herencia por escritura pública" y "La legítima, su conservación", que obtuvo premio en el marco de la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, realizada del 31 de agosto al 2 de septiembre de 2011. Publicados en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, Nº 967, pág. 169 y Nº 969, pág. 911, que están basados en la presentación de la autora en los Seminarios de "Particiones", dictados en la Universidad Notarial Argentina.

de la herencia a favor de los herederos legitimarios, es una limitación legal que afecta a los actos a título gratuito realizados por el causante que transmitió bienes a título de donación o dispuso de ellos a través de un testamento válido.

Circunscribe y limita la facultad de disponer a título de donación o por testamento, a favor de los herederos legitimarios o forzosos. Es en nuestro ordenamiento, un derecho enérgicamente consagrado en la ley "atribuido a ciertas personas unidas estrechamente al causante por su parentesco consanguíneo en línea recta o por el vínculo conyugal"[42].

No podemos dejar de destacar elevado el porcentaje de las porciones legítimas establecidas en el derecho argentino, siendo una de las mas altas en el derecho comparado:

Así, respecto de los hijos, según lo dispuesto por el art. 3593 del Código Civil "*... es de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570".* Por otro lado la legítima de los ascendientes establecida por el art. 3594 del Código Civil, es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, y respecto del cónyuge, según dispone el art. 3571, "*Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante, y también la mitad de la parte de gananciales que correspondan al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes*".

VIII.1.b. La mejora

VIII.1.b.1. La mejora o cláusula de dispensa de colación

Cuando el causante otorga una mejora a favor del heredero legitimario y no una donación entendida como un anticipo de herencia, debe dispensar al heredero de colacionar a través de un testamento válido. Así resulta del art. 3484 del C. C. que expresa: *"La dispensa de colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible".*

El mismo ordenamiento establece que toda donación que efectuare el padre y/o la madre, cuando no se exprese a cuenta de que debe imputarse, se entiende que es hecha como un adelanto de la legítima sin necesidad de una manifestación expresa (art. 1805 del C. C.). A su vez,

[42] UGARTE Luis A. "Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario". En Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Bs. As. N° 889, pág. 80.

conforme el art. 3476, si existen varios herederos legitimarios y uno de ellos recibió una donación, el valor de lo donado se lo imputa en su porción hereditaria[43].

La colación es un derecho de carácter patrimonial, a determinado valor de los bienes, pero no un derecho a bienes determinados, tanto en las sucesiones "ab intestato" como en las testamentarias, en el supuesto que el testador confirme a sus herederos legitimarios; es un crédito del heredero contra la sucesión. Quien está obligado a colacionar es el heredero legitimario, porque así lo establece la 1° parte del art. 3477 del C.C.[44].

La colación "supone como punto de partida, que cuando una persona dona un bien a uno de sus herederos forzosos, tan sólo está llevando a cabo un adelanto, sin que ello implique favorecerlo especialmente"[45].

La colación es exigible entre coherederos, de acuerdo al art. 3.478 del C. C.: *"no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión".* Si existen varios herederos legitimarios que les correspondan porciones diferentes[46], la pauta rectora de la colación es asegurar la proporcionalidad establecida por la ley.

VIII.1.b.2. La mejora o cláusula de dispensa de colación

El ordenamiento actual dispone una dispensa tácita de colación: cuando la transmisión se realiza con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, de acuerdo al art. 3604 del C.C.[47].

---

43 El art. 3476 del C.C. dispone: *"Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, solo importa una anticipación de su porción hereditaria".*

44 El art. 3477 del c.c. establece: *"Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa los valores dados en vida por el difunto".*

45 LOPEZ MESA, Marcelo J. en Código Civil y Leyes complementarias. Anotado con jurisprudencia. LEXIS NEXIS Bs. As. 2008. Tomo IV. Pág. 694.

46 Respecto a la acción de colación entablada por un hijo extramatrimonial contra el resto de los herederos y proporcionalidad que le corresponde cada uno de ellos, ver: el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, de fecha 18 de febrero de 2005, partes B. C., F. M. c. B., F. E. A, J. y otros, publicado en LA LEY 19/05/ 2005, – LA LEY 2005-C, 391.

47 El art. 3604 del C. C. prescribe que: *"Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, alguno de sus bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea*

Por lo tanto es muy importante de acuerdo a la función asesora del Notario interpretar la real voluntad del transmitente y varias son las consideraciones debemos hacer:

1º) Si bien la norma se refiere al testador, la disposición comprende a las sucesiones testamentarias y "ab intestato"[48].

2º) Se requiere que sea la transmisión con el cargo de una renta vitalicia, o con reserva de usufructo.

3º) Uno de los temas más controvertidos de dilucidar es si la dispensa tácita del referido art. 3604 del C. C. se refiere a la venta de bienes que haya efectuado el causante a sus herederos forzosos, con las modalidades establecidas[49] o solamente a las donaciones, con reserva de usufructo o con el cargo de renta vitalicia.

Una posición sostiene que el art. 3604 del C. C. solamente incluye a las donaciones ostensibles, siempre sean con renta vitalicia o reserva de usufructo[50].

Otra postura por el contrario establece que la norma se refiere a los contratos onerosos (con reserva de usufructo o con renta vitalicia); porque las donaciones a los herederos legitimarios se rigen por el derecho común de las donaciones.

La disposición del art. 3604 del C.C. "no prohíbe las trasmisiones a título oneroso entre el causante y sus herederos forzosos, por el cual el acto no resulta afectado por vicio alguno, pero debe reputárselo como una donación sujeta a colación, aunque con dispensa de ésta en cuanto no exceda la porción disponible del causante"[51].

Esta posición doctrinaria entiende que el valor de la venta se lo impute a la porción disponible del causante[52] y que el excedente integre la masa

con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

48 Conforme: LOPEZ DEL CARRIL, Julio J, obra citada pág.143.

49 Conforme: FERRER Francisco. "Sobre aspectos de la colación, el artículo 3604 y la partición hereditaria". La Ley. D. J. 2008-II, 1672.

50 Conforme: ZANONI Eduardo .A. Derecho de sucesiones, 4ta. Edición, Editorial Astrea. 1997, citado por FERRER nota anterior.

51 LOPEZ DEL CARRIL Julio J. Obra citada, pág. 143.

52 En igual sentido de la nota del artículo 3604 surge que muchos padres "… con el

hereditaria, cuando la transmisión es con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo.

También una cuestión muy importante de analizar, se da cuando existe una donación disimulada bajo la apariencia de una venta. En este caso nos preguntamos si se requiere previamente ejercer la acción de simulación, para atacar el acto.

Una parte de la doctrina interpreta que la acción de simulación debe incoarse previamente en los supuestos que la transmisión sea a título oneroso.

Otra entiende que previamente debe interponerse la acción de simulación de una donación disimulada bajo la apariencia de un contrato oneroso, salvo que la donación sea con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo "pues la presunción legal establecida por el art. 3604 del Código Civil, respecto de la gratuidad de las entregas de bienes realizadas por el causante, se restringe a los supuestos taxativamente contemplados en la norma"[53].

4º) Por otro lado la acción de colación no podrá ser entablada por los herederos legitimarios que consintieron la enajenación.

Así el art. 3604 in fine del C.C., dispone que *"Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción disponible".*

Por lo tanto el heredero que reconoció la onerosidad del acto, o que exprese que recibió valores equivalentes o en compensación a lo donado, carece de la acción para demandar la acción de colación.

VIII.1.c. La desheredación e indignidad

La desheredación es un instituto destinado a privar al heredero legitimario de su porción legítima a través de un testamento válido, que debe designar específicamente al desheredado y expresar concretamente la causa legal en que se basa.

El art. 3747 del C.C. establece las causas por las cuales pueden los ascendientes desheredar a sus descendientes[54], el art. 3748 del C.C.

---

fin de eludir las leyes fijen para preferir a un hijo, contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas" y continua más adelante la nota: "Esta presunción es jure et de jure contra la cual no se admite prueba".

53 LOPEZ MESA Marcelo J. Obra citada, pág. 695.

54 "*1. Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La*

dispone que también puede el descendiente desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.

Las casuales de desheredación son taxativas, no se pueden por analogía incluir otras causales que las establecidas en el referido art. 3747 del C.C., "con una parquedad que raya en deficiencia"[55].

El artículo 3291 del C.C. dispone quienes son incapaces de suceder por indignos *"los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por la gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena"*.

VIII.1.d. La protección de la legítima

La protección de la legítima está consagrada por el ordenamiento jurídico en primer lugar a través de distintas prohibiciones: a) de todo pacto de herencia futura (art. 1175 del C. C.), b) de aceptar o repudiar una herencia futura (art. 3311 del C. C.), c) de transar sobre derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva (art. 848 del C. C.), d) prohibición del testador de imponer algún gravamen o condición a las porciones legítimas, las que se consideraran no escritas; y a traves de distintas acciones.

Cuando la legítima de los herederos legitimarios ha sido afectada por legados y donaciones a terceros el Código Civil, establece la acción de reducción[56], que provoca que se deje sin efecto el legado o se resuelva la donación, lo que posibilita traer en especie a la sucesión el bien donado para cubrir la legítima del heredero forzoso.

Si la donación excede los límites de la porción disponible es inoficiosa, podrá el donatario ser demandado por reducción de la donación en la medida del exceso de la parte que puede disponer. La reducción de

simple amenaza no es bastante. 2. Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente. 3. Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca la pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados".

[55] PEREZ LASALA José Luis - MEDINA Graciela. Acciones judiciales en el derecho sucesorio. Obra citada, pág. 109.

[56] Existe en nuestro derecho vigente otras acciones para la protección de la legítima también, consagradas en el Código Civil: a) de complemento de la legítima. b) de preterición, c) de desheredación injusta y d) de rescisión y de reducción en la partición hecha por ascendientes.

la donación no significa anularla, en especial porque la anulación tiene en principio efectos retroactivos, de volver "*las cosas al mismo o igual estado que se hallaban antes del acto anulado"* de acuerdo al art. 1050 del C. C. y la reducción sólo obra para el futuro[57].

El objeto de la acción "consiste en hacer reducir las donaciones realizadas por el causante, en aquella medida necesaria para que puedan quedar cubiertas las legítimas de los herederos legitimarios, ya sea que éstos tomen un papel activo, demandando o interponiendo la respectiva acción judicial contra los donatarios de las cosas donadas, o bien que adopten un papel pasivo, en el caso de exigírseles por éstos últimos la entrega de ellas"[58].

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción corresponde a todos los herederos legitimarios, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1832 del C.C.[59] no puede ser ejercida por los acreedores del causante, que pueden demandar sobre todos los bienes que integra la masa hereditaria.

Si existen descendientes nacidos antes de la donación, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación, si existen descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción. Si todos nacieron después ninguno de ellos tendrá derecho de pedir la reducción[60].

Para los ascendientes se toman en cuenta todas las donaciones; cuando concurren cónyuge y descendientes, para el cónyuge se consideran las donaciones realizadas después del matrimonio.

---

57 BELLUSCIO Augusto C, con la colaboración de LAGOMARSINO Carlos A. R. en Código civil y leyes complementarias. Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo 9. Editorial Astrea. Bs. As. 2004. Pág.100.

58 ZAGO Jorge A. Contratos en LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa. Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Tomo 4D, pág. 122.

59 El art. 1.832 establece: *"La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada. 1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación. 2. Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas".* (Texto según ley 17711).

60 BELLUSCIO Augusto C, con la colaboración de LAGOMARSINO Carlos A. R. Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo 9. Editorial Astrea. Bs. As. 2.004, pág.114.

Por otro lado si existen actos del causante que afectaron la legítima de los herederos en razón de negocios simulados que encubren verdaderas donaciones, resultará necesario que los herederos inicien las acciones de simulación o nulidad en forma conjunta con la de reducción[61].

VIII.3. Proyecto de Código Civil y Comercial (Dec. 191/2011)

El Proyecto, se ajusta al actual modelo de familia y sigue los lineamientos del código civil en el tema que nos convoca. Las reformas propuestas en materia de sucesiones, "no significan una total ruptura con lo anterior sino el propósito de su perfeccionamiento y de la adecuación de las instituciones del derecho sucesorio a la realidad del mundo jurídico actual"[62].

VIII.3.a. Clase de herederos

El artículo 2278 designa heredero a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia, y legatario a quien recibe un bien particular o un conjunto de ellos. Desaparece pues la figura del legatario de cuota, tan controvertida en el sistema actual.

El artículo 2279, en sus cuatro incisos establece quienes pueden suceder al causante, innovando respecto de las personas:

a) las personas humanas existentes al tiempo de la muerte.

b) Las concebidas en su momento que nazcan con vida

c) Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563.

d) Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

La novedad es la establecida en el inciso c), respecto de que pueden suceder al causante las personas nacidas después de su muerte por medio de técnicas de reproducción humana asistida.

El principio general es que la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella, se hayan producido antes del fallecimiento del cau-

---

[61] Conforme autos "S. V., A. M. y otros c. Sucesión de H. Z. de S. V. y otros. CNC", sala M. 12 de marzo de 2008. Publicado en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As. N° 959, pág. 619.

[62] BELLUSCIO, Augusto C. "Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones" Publicado en SJA 2012/08/15-3, JA 2012-III-1292.

sante. La excepción a este principio lo regula el artículo 563 "in fine", que establece que la persona haya consentido en el momento de someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, que sus embriones se transfieran después de su muerte, y que la concepción ó implantación del embrión en la mujer, se produzca dentro del año siguiente al deceso.- En este supuesto el nacimiento con vida modifica la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo a la muerte del causante.- Esta situación originaría incertidumbre sobre los otros herederos, y sobre los terceros a los cuales se hayan transmitido bienes.

VIII.3.b. Llamamiento legal

El Proyecto no modifica los órdenes hereditarios. Se convoca primero a los descendientes; no existiendo descendientes concurren los ascendientes. El cónyuge sobreviviente siempre concurre con los descendientes y los ascendientes. A falta de ascendientes y descendientes, el cónyuge es el único heredero, excluyendo a los colaterales, quienes son llamados a suceder únicamente en ausencia de descendientes, ascendientes y cónyuge.

Se suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos establecido por la ley 17.711. Los textos expresos que establecen la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y la aprobación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no justifican una distinción entre nuera y yerno.

VIII.3.c. Proceso sucesorio

El Proyecto además, regula el proceso sucesorio especialmente la sucesión "ab-intestato", ordenando la publicación de edictos.- De esta manera se avanza sobre las facultades de la Provincias en materia no delegada, tornándolo a nuestro criterio en inconstitucional.

También legisla respecto de la investidura de la calidad de heredero distinguiendo entre los ascendientes, descendientes y cónyuges, quienes quedan investidos de su calidad de herederos de pleno derecho desde el día de la muerte del causante sin ninguna formalidad o intervención judicial (Art. 2337). En cambio, respecto de los colaterales, establece que el juez del sucesorio, deberá investirlos en su calidad de tales (Art. 2338). En las sucesiones testamentarias la investidura resultará de la declaración de validez formal del testamento, a excepción de que los herederos instituidos por el testamento fueren los que conforme al Art. 2337, quedan investidos de pleno derecho.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2337, en la parte final de dicho artículo establece que a los efectos de la transmisión de bienes registrables, la investidura de heredero debe ser reconocida mediante la declaración judicial de herederos.

Lamentablemente de ser aprobado el Proyecto, se alejaría definitivamente, toda posibilidad de que el proceso sucesorio, se realice en sede notarial, por el cual el notariado viene bregando desde hace muchísimos años.

VIII.3.d. Desheredación

El Proyecto suprime el instituto de la desheredación. Si bien, de acuerdo al Código Civil vigente, las causales eran muy restrictivas, nos parece injusto que el causante no pueda excluir a los legitimarios cuando exista una causa justificada. Consideramos además que la institución de la indignidad, no remedia tal situación, pues ella dependerá del accionar de los que pretendan ocupar el lugar del supuesto indigno, y no de la voluntad del causante.

Por ello consideramos que al contrario debería haberse mantenido la desheredación y además haber ampliado la causales, sobre todo teniendo en cuenta que el aumento de las porciones disponibles, lógicamente, alentará la actividad testamentaria.

VIII.3.e. Indignidad

El art. 2281 establece las causas de indignidad, incluyendo supuestos que hoy son causales de desheredación, lo que provoca la unificación de las causales de extinción de la vocación sucesoria.

Se ha seguido en esto la "minoritaria tendencia legislativa" que considera que "La desheredación es innecesaria, pues basta con legislar la indignidad sin que exista motivo alguno para prever causas de aquella que no lo sean de ésta"[63].

Según el citado artículo 2281: "… *Los indignos de suceder son los siguientes:*

[63] BELLUSCIO, Augusto C. Obra citada. Quién advierte que: "En efecto, si el testador conoce que uno de sus eventuales legitimarios ha incurrido en indignidad, le basta con disponer de la totalidad de sus bienes a favor de otras personas, quedando al excluido la posibilidad de ejercer las acciones necesarias para el reconocimiento de su legítima, las cuales pueden ser rechazadas si se les opone la prueba de los hechos que motivan su exclusión de la herencia".

a. Los autores, cómplices o participes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena;

b. Los que hayan maltratado[64] *gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria;*

c. Los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal;

d. Los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de UN (1) mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice;

e. Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo;

f. El padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su minoría de edad;

g. El padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

h. Los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento;

i. Los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones".

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

---

[64] DI LELLA Pedro, en la obra citada, acertadamente sostiene que el mal trato al causante aparece "sin especificarse en qué consiste. En consecuencia, habrá tribunales que considerarán esto de manera restrictiva, como que mal trato implica sólo y exclusivamente maltrato físico, y otros que consideraran que una falta grave o reiterada, o aun el destrato, o sea, no visitar el hijo al padre durante años, no llamarlo, no mantener contacto con él, podrá ser destrato, y la infinita gama de alternativas con que la realidad nos puede llegar a enfrentar".

La normativa del proyecto es análoga a la actual del Código Civil aunque se advierte una ampliación y reformulación de las causales. "La gran diferencia está dada por la mayor discrecionalidad que se deja en manos del juez"[65].

VIII.3.f. Protección de la legítima

El proyecto recepta y regula, la tensión entre los dos principios extremos, como son la autonomía de la voluntad y los principios superiores de orden público que justifican su restricción en materia sucesoria[66].

Define a los legitimarios en el artículo 2444 que dice: *"Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge"* ratificando así su valía como protección familiar. Si bien estamos de acuerdo con su vigencia, pensamos que la disminución de la misma que regula el artículo 2445 no es lo suficiente. El mismo reduce la legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a la mitad, manteniendo la del cónyuge en un medio. La misma se calcula sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados computables a cada legitimario, a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

De lo dicho consideramos que si bien se mejora la situación actual, habría que darle más preponderancia a la autonomía de la voluntad, reduciendo en todos los casos la porción legítima, a la mitad del acervo sucesorio.

Para el cómputo de la porción de cada descendiente, sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, o en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa y para el cónyuge las hechas después del matrimonio (art. 2445), quedando así una porción disponible para los descendientes de un tercio y para los restantes de un medio. En caso de concurrencia sólo de descendientes o sólo de ascendientes, la porción disponible se calcula según sus respectivas legítimas, pero si concurre el cónyuge con descendientes, se calcula sobre la legítima mayor, es decir dos tercios de los descendientes (art. 2446).

---

65 DI LELLA, Pedro. Obra citada.

66 Conforme LAMBER Néstor, obrada citada en la nota 5, pág. 595.

Por lo expuesto surge que las disposiciones testamentarias y los actos a título gratuito son los que pueden disminuir la legítima, refiriéndose el proyecto solo a las donaciones como acto gratuito, ignorando al fideicomiso testamentario, que también puede vulnerarla, según parte de la doctrina y jurisprudencia.

Por otro lado el artículo 2459 nos dice que la acción de reducción de las donaciones no procede contra el donatario ni contra el subadquirente, que ha poseído la cosa donada durante diez años a partir de la posesión, ya que en ese caso se puede oponer la prescripción adquisitiva.

Con esta disposición se ha querido darle perfección a los títulos de dominio, aunque muchas veces se puede debilitar con ello el derecho de los legitimarios.

En cuanto a la protección de la legítima se regula que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna, si lo hace se tiene por no escrita (art. 2447), aunque esta disposición está limitada por el derecho del causante, de imponer la indivisión de la herencia por diez años, la designación de un administrador de bienes incluidos en la legítima y fijar la retribución del mismo.

Contempla también el Proyecto otras acciones protectoras, como la entrega de la legítima (art. 2450), donde el legitimario preterido tiene derecho a tomar sólo la legítima a título de heredero de cuota, al igual que aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes, debido a que el causante los ha donado.

Regula asimismo también la acción de complemento (art. 2451) cuando se le ha dejado al legitimario por cualquier título, menos de su porción legítima, éste sólo puede pedir su complemento. Vemos que el art. 2452 establece que a fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. También se contempla la reducción de las donaciones, cuando en las disposiciones testamentarias se vulnera la legítima, reduciéndose en ese caso las mismas en el orden inverso a la fecha en que fueron efectuadas, comenzando por la última donación.

En cuanto a los efectos de la reducción de las donaciones, vemos que si ésta es total la reducción queda resuelta, en cambio si es parcial por afectar sólo una parte de la legítima y lo donado es divisible, se lo divide entre legitimario y donatario. Si no lo fuese debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

El donatario podría impedir la resolución entregándole al donatario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima.

Sería igual en caso de resolución total, ya que el interés del legitimario, no es obstáculo a la facultad del donatario y del subadquirente demandado, de desinteresar al legitimario entregando en dinero el perjuicio sufrido a su legítima (art. 2458). El art. 2449 establece la irrenunciabilidad de la legítima de una sucesión aún no abierta, ya que se estaría realizando un acto jurídico sobre una herencia futura, lo cual está también legislado en nuestro Código Civil.

VIII.3.g. La mejora

El Código Civil vigente faculta al testador a mejorar a cualquiera de los herederos, debiéndose detraerse dicha mejora, de la porción disponible del causante que actualmente es de un quinto. Sobre el tema el proyecto introduce las siguientes modificaciones:

Para otorgar una mejora no exige la necesidad de establecerla o sea de dispensar al heredero de colacionar, a través exclusivamente de un testamento válido. Se prevé en el 2385 que la dispensa de colación o cláusula de mejora expresa puede ser por testamento y además en el acto de la donación, así resuelve "la cuestión actual en que la mayoría entendía que por el art. 3484 C.C. la dispensa o mejora se debe acordar solo en testamento, en cambio para la minoritaria, aplicando el art. 1805 C.C. sería admisible en la donación"[67].

Lo más novedoso sin duda, es la incorporación de una mejora estricta a favor de las personas vulnerables. En la redacción propuesta en el art. 2448 además de la porción disponible, el causante puede disponer de UN TERCIO de las porciones legítimas, para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.

La norma prevé que la mejora a favor de los descendientes con discapacidad, es de un tercio (1/3) de los dos tercios (2/3) del total. Y de los ascendientes con discapacidad, es de un tercero (1/3) de un medio (1/2) del total.

Los beneficiarios son los ascendientes o descendientes, no siendo extensivo al cónyuge, aunque también reviste la condición de heredero legitimario.

Creemos positiva la incorporación de ésta mejora, por cuanto posibilita la protección de las personas vulnerables, aunque entendemos que

[67] LAMBER Néstor, en la ponencia presentada conjuntamente con la autora del presente: "La Legítima y el proyecto de unificación del código civil y comercial. Año 2012" en la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Agosto de 2.012. Libro de Ponencias, pág. 603.

también debería incluirse en ella al cónyuge con discapacidad, ya que también reviste la condición de legitimario.

Resulta necesario precisar que ésta mejora puede disponerla por el medio que considere más conveniente, además del testamento o la donación a favor del heredero discapacitado, puede ser incluso por un fideicomiso[68].

El fideicomiso puede tener de acuerdo al art. 1668 del Proyecto una duración *"de no más de TREINTA (30) años desde la celebración del contrato"* excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida. Para ésta última el plazo de duración, es hasta que cese la incapacidad o hasta su muerte.

La norma proyectada establece las causales subjetivas que se requieren para ésta mejora estricta de carácter excepcional, a favor de las personas con discapacidad que:

Padezcan de una alteración funcional permanente o prolongada.

Puede ser física o mental.

Para su apreciación se tomará en cuenta la edad y su medio social.

Debe implicar una desventaja considerable, con su integración familiar, social, educacional o laboral.

Creemos pertinente señalar que la norma proyectada, no exige que el heredero con discapacidad carezca medios económicos o formas de mantenerse. Se propone resarcir las consecuencias de su alteración física o mental y favorecer su reintegración social, familiar, educacional o laboral.

Consideramos conveniente establecer el destino de los bienes cuando el heredero con discapacidad supere la alteración física o mental[69], en especial teniendo en cuenta que el artículo proyectado incluye al heredero que padezca una desventaja considerable prolongada, que con el transcurso del tiempo puede ser superada y lograr su integración familiar, social, educacional o laboral.

VIII.3.h. La dispensa tácita de colación

También el Proyecto sigue los lineamientos del código civil actual, con relación a los caracteres de la dispensa tácita de colación, que son enunciados en el artículo 2461, cuando por un acto entre vivos, a título oneroso el causante transmite a cualquier heredero legitimario la propie-

[68] Conforme AZPIRI Jorge C. Obra citada.

[69] Conforme AZPIRI, Jorge C. Obra citada.

dad de los bienes, cuando la transmisión se realiza con la contraprestación de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, además el Proyecto agrega o con la reserva de uso y habitación.

Se presume "*sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario*".

Por lo tanto a pesar de establecer en su principio el art. en análisis que: "*Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes…*", existe una presunción legal de gratuidad de tales actos.

Adecuadamente la norma se refiere al causante, establece la presunción de que beneficia al legitimario adquirente de los bienes con la reserva de usufructo, con renta vitalicia o con la reserva de usufructo, imputando automáticamente su valor a la porción disponible, sin necesidad de una cláusula de mejora expresa en el acto de donación o del testamento.

Tal carácter de acto a título gratuito se plasma seguidamente en la citada norma, al disponer que: "*Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado*".

Se considera que hay una contradicción porque si bien no admite prueba en contrario, la presunción gratuidad del acto celebrado entre el causante y el legitimario, con las referidas modalidades, seguidamente se faculta al adquirente a deducir las sumas efectivamente pagadas "En consecuencia, para ser coherente, se debe suprimir el párrafo que no admite prueba en contrario[70].

En cuanto a que el "*valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación*" este párrafo del art. 2461 del Proyecto reproduce la dispuesto en el actual art. 3604 del C. C.

En el Proyecto admite en el último párrafo del art. 2461que: "*Esta imputación y ésta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con alguna de las modalidades indicadas".*

Por lo tanto los herederos legitimarios que prestaron su conformidad con la enajenación con las referidas modalidades, carecen de la acción para demandar la imputación del valor de los bienes a la porción dispo-

[70] FERRER FRANCISCO, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto M. "Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria". Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Octubre 2012. Año IV, Nº 9. Pág. 139.

nible del causante o la colación por el excedente de la porción disponible del mismo.

Con esta conformidad los herederos renuncian a reclamar si el acto afecta su legítima; es en síntesis para el heredero una renuncia no a la herencia sino a la acción de complemento de su porción disponible.

Resulta de interés señalar que el Proyecto con ésta disposición expresa, que consagra que la transmisión puede ser onerosa o gratuita, concluye con los desencuentros de la doctrina con relación a la aplicación de la norma, entre los que consideran que la dispensa tácita de colación incluye las donaciones ostensibles, siempre que sean con esas modalidades y los que por otro lado quienes sostienen que se circunscribe a los actos a título oneroso, también con la reserva de usufructo, uso o habitación o la contraprestación de una renta vitalicia.

Debemos advertir que la norma proyectada mereció reiteradas objeciones:

Al establecer presunciones cuando la transmisión es con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia.

Que no se exija la mejora expresa, "cuando que el art. 2385 requiere "la cláusula expresa en el acto de la donación o en el testamento". Es estrictamente necesario que el transmitente formule su concreta intención de mejorar"[71].

Que el Proyecto limite las posibilidades de resguardar a los legitimarios a través de las acciones legales y "pretende mantener la legítima pero, al mismo tiempo, se le otorgan facultades para que el propietario de los bienes pueda disponer de ellos"[72].

La prohibición del legitimario que consintió la transmisión gratuita del bien con alguna de las modalidades dispuestas en la norma, para requerir la imputación de los valores y a demandar la colación, que tal "impedimento entra en franca colisión con el carácter de orden público de la legítima y sobre el que se asienta la directriz de irrenunciabilidad de la legítima futura (2449)"[73].

---

[71] AMARANTE, Antonio Armando. Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Publicado en DF y P 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

[72] AZPIRI, Jorge C. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil". Obra citada.

[73] AMARANTE, Antonio Armando. Obra citada.

El Proyecto como se indicó, permite que todos los legitimarios consientan la enajenación del bien, sea a título oneroso o gratuito. "No hay dificultades en que los otros legitimarios consientan que se trato de un acto oneroso, pero al admitir que puede también reconocerse que se trató de un acto realmente gratuito, ese consentimiento provocará que se encuentren impedidos de demandar"[74].

El consentimiento de los demás herederos en las transmisiones a título oneroso o en las donaciones ostensibles con las referidas modalidades, establecido en el último párrafo de la norma analizada produce que el donatario (heredero legitimario) "se quede con todo el bien, aunque vaya más allá de su porción disponible afectando la legítima. Es más, ni se computa en la masa para determinar la legítima porque es como si jamás hubiese pertenecido al difunto"[75].

Sin embargo, consideramos que los ascendientes acuden a la donación a favor de los descendientes con las modalidades citadas, fundados en razones de requerimientos económicos en la mayoría de los casos, pero que no excluyen otras necesidades por el estado de su salud, por las demandas de compañía y atención, por la edad avanzada, en especial por la prolongación de las expectativas de vida. Que en muchos casos imposibilita a los titulares de los bienes bastarse por propios medios y solamente pueden hacerse cargo de sus necesidades alguno o algunos de los herederos.

La realidad nos demuestra que fuera del ámbito del conflicto que debe dirimirse en los estrados judiciales, se presenta la posibilidad ancestral de llegar a solucionar las dificultades familiares a través de la transmisión de un bien con la contraprestación de una renta vitalicia, o de una venta o donación con reserva de usufructo, agregando el Proyecto la reserva del uso y habitación.

Otorgada por sujetos de derecho, personas físicas, que cuentan con capacidad de hecho y de derecho y la legitimación para poder mutar sus derechos.

No obstante, como cualquier negocio jurídico y en este caso como negocio jurídico familiar, está sujeto a los alcances de los vicios del consentimiento: error, dolo, violencia, simulación o fraude. Sin embargo, consideramos que es improbable que puedan existir al tiempo de la

---

[74] AZPIRI, Jorge C. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil". Obra citada.

[75] FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos A y NATALE Roberto M. Obra citada. Pág. 140.

celebración de la escritura de transmisión del dominio a título de venta o donación con las referidas modalidades.

Ello porque la intervención del escribano público o notario y el cumplimiento de los recaudos legales, hacen improbable la existencia de daños, vicios de la voluntad y detrimentos o menoscabos.

TRABAJOS TEMA I

"Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a la nuevas relaciones sociales".

Coordinador internacional: Not. Pascal Chassaing
Coordinadora nacional: Not. María Cristina Palacios

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema I: "Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales".

TEMA: SOBRE LA FILIACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO
Notaria Cecilia Inés Barás
Mendoza - Argentina

Concepto. Nexo biológico y nexo jurídico

La filiación es una de las notas del estado de familia, la de mayor jerarquía dentro del parentesco portadora de las más importantes consecuencias jurídicas. Los derechos y deberes que de ella resultan conforman el vínculo jurídico que liga al hijo con sus progenitores y, lógicamente, a éstos con aquel.

Para Puig Peña, la filiación es "aquel estado jurídico que la ley asigna a determinada persona, deducido de la relación natural de procreación que la liga a un tercero".

Es decir, la filiación es el vínculo jurídico, interdependiente y recíproco entre padres e hijos. Y es interdependiente y recíproco como consecuencia de la correlatividad del estado de familia, y que al definir la filiación como un vínculo jurídico no olvidan que ella deviene de un vínculo natural, aún cuando podamos hablar también de "filiación por adopción".

López del Carril nos dice que el hecho biológico de la procreación es presupuesto del vínculo jurídico, y, por lo tanto, al aludir a éste no se lo ignora u olvida, sino que se lo presupone.

En realidad, la filiación es el vínculo familiar que une al hijo con el padre que lo engendró y con la madre que lo alumbró, es el vínculo integrado por sus dos elementos: el biológico y el jurídico. El biológico -que sólo será suplido por la voluntad en el caso de la adopción- es el elemento primario, básico, necesario e indispensable para la existencia del vínculo jurídico, éste es secundario, por cuanto su existencia depende de la del vínculo biológico, ya que jamás puede crearlo -excepto en la adopción- pero es decisivo para legalizarlo, y así el vínculo jurídico

prevalece sobre el vínculo biológico, por más que se encuentre condicionado a él. Pero así como el vínculo biológico no es bastante por sí para ocasionar el vínculo jurídico, éste puede haber surgido sin reciprocidad con aquél, no concordado, y así ser susceptible de contestación, lo cual hace que por sí solos no son suficientes, necesitándose la confluencia de ellos en el vínculo familiar.

La ley organiza los derechos y deberes paterno-filiales sobre el fundamento del hecho biológico de la generación: entre padre que engendró e hijo engendrado, entre madre que concibió e hijo concebido. Estos efectos jurídicos completan la juridicidad del hecho biológico que marca el comienzo de la existencia de la persona.

La determinación legal de los mentados efectos jurídicos obedece a inexcusables exigencias de orden social que reclaman la regulación por el derecho positivo de consecuencias que le son anteriores y definitorias, pues nacen y reposan en el Derecho Natural.

Breve referencia histórica

No vamos a ahondar en este trabajo en extensos antecedentes históricos, que nos demorarían en el abordaje del tema medular que se desea tratar y que en la actualidad tiene cada vez más aristas por la complejidad e interrelación que se genera entre adopción, procreación asistida y filiación.

La filiación se presenta históricamente unida al matrimonio y a la consideración social y jurídica que lo rodea a partir de la consolidación de la unión sexual monogámica. Sus antecedentes se confunden e integran con los del connubio y cubren casi íntegramente la evolución del Derecho de Familia.

Los antecedentes de la filiación extramatrimonial revisten caracteres propios. La literatura y algunos antecedentes jurídicos griegos ponen en evidencia la privación de derechos que afectaba a los hijos no matrimoniales. En los primeros tiempos de Roma no puede distinguirse entre los hijos por causa del matrimonio o no matrimonio de sus padres. En el derecho de Justiniano se distinguen categorías de hijos fuera del matrimonio con sólo ciertos derechos para los liberi naturali (hijos de

concubina) y una evolución favorable inspirada en el derecho natural e, incluso, en su momento, la ética cristiana, sin llegarse a equipararlos a los legítimos. En el derecho germánico primitivo el hijo natural recibió un tratamiento severo atenuado por la penetración del derecho Romano que se impuso finalmente y en el siglo XVI todos los hijos fuera del matrimonio quedaron asimilados a los naturales con derecho a alimentos.

El cristianismo influyó enormemente para mejorar la situación de los hijos extramatrimoniales al subrayar la filiación divina de todos los hijos de Dios sin perjuicio de destacar el valor temporal y sobrenatural del matrimonio, entendiéndose que si por Derecho Natural, todos los hombres nacen iguales, la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos está preestablecida por normas morales que regulan la conducta humana y no se rige exclusivamente por aquél, sino que caben aspectos que el derecho positivo debe prever con miras al bien común.

La unidad de filiación. Fundamento

La unidad de la filiación es el derecho a tener un padre y una madre y expresa el respeto por la persona, hacia el cual se afina cada vez más la razón y la sensibilidad humanas. Es innecesario demostrar que todos los hombres comienzan su existencia en una sola y única forma, fruto de la relación sexual. Toda la filiación auténticamente tal, o sea, biológica, es natural. Es también verdad la igualdad intrínseca de todos los hombres.

Teóricamente, los fundamentos enunciados exigen que la proyección legal de la unidad de filiación comporte un tratamiento idéntico para todo hijo, cualquiera haya sido la situación de sus progenitores al momento de la concepción. Esta igualdad total tropieza con obstáculos de hecho que pueden imponerse a la pretendida equiparación consagrada en los textos legales y con otros obstáculos de política legislativa que, conforme a las valoraciones del legislador, pueden conducir al establecimiento de diferencias entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y aún de categorías entre estos últimos, lo que no ha desaparecido sin excepciones.

Nuestro Código Civil Argentino la define en su artículo 240: "La filiación puede tener lugar por naturaleza o por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial o extramatrimonial. La filiación matrimonial

y la extramatrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código".

Dicho Código (modificado por la ley 23.264 - 25/19/1985) establece la igualdad legal para todos los hijos, sean éstos nacidos de padres unidos en matrimonio o no. Así nuestro Código Civil instaura el principio de unidad de filiación, acorde con las legislaciones de los principales países europeos (Dinamarca, Suecia, Noruega, Holanda, Gran Bretaña, Italia, España, etc.) y con diversos instrumentos internacionales relativos a la protección y a la igualdad ante la ley de todos los hijos.

La ley 23.264 (Adla, XLV-D, 3581) marca un hito trascendente en la evolución de la legislación en materia filial porque su normativa incorpora el principio de igualdad de las filiaciones y el respeto por la verdad biológica.

El artículo 240 del Código Civil Argentino no establece una presunción de paternidad, ni tampoco de legitimidad: sólo presume cuándo ocurrió la concepción; está claramente inspirado en el favor legitimitatis, el cual procura que no quede excluido de la legitimidad quien con alguna probabilidad pueda ser verdaderamente hijo legítimo, aunque falte la completa seguridad de que ha sido concebido después del matrimonio de los padres.

Derecho a la Identidad y su alcance. La ley vigente

Antes de abordar filiación de lege data, y sin interés de desviarnos del tema central, considero esencial más que necesario, mencionar la inescindibilidad que existe entre filiación y derecho a la identidad, conceptos que se retroalimentan uno al otro. Al respecto voy a destacar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se expidió diciendo que el derecho a la identidad "puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. Respecto de los niños y niñas, el derecho a la identidad comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia". También se refiere allí la Corte a la existencia del "derecho a conocer la verdad sobre su propia identidad". Y continúa

diciendo que el derecho a la identidad: "Es un derecho humano que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, razón por la cual le pertenece a todas las personas sin discriminación, estando obligado el Estado a garantizarlo, mediante la ejecución de todos los medios de los que disponga para hacerlo efectivo". "Se desdobla en derecho a la propia herencia genética y derecho al habitat natural que como ser humano le es propio. Todo individuo tiene derecho a su identidad personal, que es el núcleo o esencia específica de lo humano. La identidad de un individuo la constituye el genoma en diálogo con el ambiente, porque son los estímulos y respuestas del habitat quienes descifran el mensaje genético. La biología, proporciona las estructuras que interactúan recíprocamente con el mundo cultural. Éste transmite por instrucciones y aprendizaje, no sólo formas de vida, sino también los elementos que descodifican el mensaje genético".

Asimismo, es menester destacar el alcance del derecho a la identidad. El Comité Jurídico Interamericano expuso que "el derecho a la identidad es consustancial a los atributos y a la dignidad humana. Es en consecuencia un derecho humano fundamental oponible erga omnes como expresión de un interés colectivo de la Comunidad Internacional en su Conjunto que no admite derogación ni suspensión en los casos previstos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Esto significa que se trata de un derecho que no puede nunca ser conculcado ni reglamentado o reconocido parcial o discriminatoriamente. Asimismo, este derecho no surge del nombre, ni de la nacionalidad, ni de los vínculos familiares, sino que "preexiste como parte indisoluble de la dignidad originaria de las personas, sujetos y titulares plenos de derechos y libertades fundamentales, cuyo ejercicio están obligados a garantizar los Estados". Es decir, siempre y en cualquier circunstancia tiene la persona derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea ésta cual fuera.

El mismo Comité reconoce que "la privación del derecho a la identidad o las carencias legales en la legislación interna para el ejercicio efectivo del mismo, colocan a las personas en situaciones que le dificultan o impiden el goce o el acceso a derechos fundamentales, creándose así diferencias de tratamiento y oportunidades que afectan los intereses psicológicos, morales y hasta patrimoniales de los perjudicados.

Recuérdese en tal sentido lo expresado por el escritor José Saramago: "La ley está para servir y no para ser servida. Si alguien pide que su identidad sea reconocida documentalmente, la ley no puede hacer otra cosa que no sea registrar ese hecho y ratificarlo. La ley abusará de su poder siempre que se comporte como si la persona que tiene adelante no existe. Negar un documento es, de alguna forma, negar el derecho a la vida".

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece claramente que ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La Convención sobre los Derechos del Niño resalta enfáticamente el Interés superior del niño, respecto a cualquier circunstancia que pueda impedir su derecho personal e inalienable en la materia, lo que es ratificado por la Ley argentina 26.061 de Protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte. Los derechos allí reconocidos están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño. La mencionada ley expresamente indica que el principio del interés superior rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Es decir, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

El Consejo Económico y Social de Naciones Unidas determinó que una vez establecida la filiación, toda persona nacida fuera de matrimonio tendrá igual condición jurídica que la nacida de matrimonio.

La Convención sobre los Derechos del Niño y Artículo 11 de la Ley 26.061 tratan el Derecho a la Identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción, estableciendo expresamente que las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a un nombre, a una nacionalidad, a su lengua de origen, al conocimiento de quiénes son sus padres, a la preservación de sus relaciones familiares de conformidad con la ley, a la cultura de

su lugar de origen y a preservar su identidad e idiosincrasia, salvo la excepción prevista en los artículos 327 y 328 del Código Civil. Asimismo, recalca que los Organismos del Estado deben facilitar y colaborar en la búsqueda, localización u obtención de información, de los padres u otros familiares de las niñas, niños y adolescentes facilitándoles el encuentro o reencuentro familiar. Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley. En toda situación de institucionalización de los padres, los Organismos del Estado deben garantizar a las niñas, niños y adolescentes el vínculo y el contacto directo y permanente con aquéllos, siempre que no contraríe el interés superior del niño. Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley.

La Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional en 1994 establece que los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad…". Esta identidad personal es la que le corresponde de acuerdo con su origen biológico y responde a un interés familiar prevaleciente.

Cabe destacar las conclusiones de Lege Ferenda en Comisión Nº 6: "Familia" en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 29 y 30 de setiembre, y 01 de octubre de 2.011, en las cuales se estableció que los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica). La regulación diferenciada de los derechos de los hijos según el estado civil u orientación sexual de los padres vulnera el derecho a la igualdad. Es inconstitucional.

Proyecto de Reforma

El Proyecto de Código Civil y Comercial introduce modificaciones sustanciales en el campo del derecho filial, inspiradas por la necesi-

dad de adecuar el régimen vigente a los principios constitucionales. A más de las evidentes reformas sugeridas en el terrero específico de la filiación por técnicas de reproducción asistida, el nuevo Código propugna transformaciones medulares en el área de las acciones de desplazamiento de la filiación por naturaleza que no han recibido la atención que merecen.

El proyectado artículo 558 enumera, en su primer párrafo, que la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida y por adopción. Es decir, reconocimiento de la filiación por fertilización asistida junto con la natural y adoptiva, y su regulación. Establece la importancia de la voluntad procreacional como uno de sus elementos para su determinación, la gestación por sustitución y la filiación post mortem en la fertilización asistida.

A modo de pre-conclusión

Casi sin dudarlo, digo que hay que adecuar las normas jurídicas a la realidad, y de este modo superar las leyes que no responden a esa realidad, con especial consideración de la evolución científica que permite arribar a esa meta. Hay además aspectos que tienen que ver con la seguridad jurídica, por lo cual más allá de algunas reformas que se practiquen al régimen de la filiación, corresponde obrar con la debida cautela. Pero, hasta que ello no ocurra, no se debe forzar la interpretación de las normas legales llegando a resultados no queridos ni deseados por la ley.

Las modificaciones que se observan en el Proyecto en materia de acciones de desplazamiento filial son auspiciosas, pues con ellas se subsanan las inequidades vigentes y se diseña un sistema asentado en el efectivo reconocimiento de las distintas formas de familia desde una perspectiva pluralista e igualitaria, conforme a los mandatos emergentes del plexo constitucional. Pudiendo otorgar igualdad de todos los hijos (matrimoniales o extramatrimoniales); mayor facilidad y celeridad en la determinación legal de la filiación; acceso e importancia de la prueba genética como modo de alcanzar la verdad biológica; y derecho a fundar una familia y a no ser discriminado en el acceso a ella.

Citas bibliográficas

- Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 3 de la Ley 26.061.
"Principios generales sobre la igualdad y la no discriminación respecto de las personas nacidas fuera del matrimonio", elaborados por el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas, 1978.
- Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución (1994).
- Artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica- 1969).
- AZPIRI, Jorge Osvaldo, "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2012-2, Proyecto de Código Civil y Comercial–I, Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Comentario de los artículos 240 a 263 del Código Civil. Doctrina y jurisprudencia", en Revista La Ley 1984-B-1043.
- Conclusiones de Lege Lata en Comisión Nº 6: "Familia" en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional de Tucumán, 29 y 30 de septiembre; y 1 de octubre de 2011.
- FAMA, María Victoria, "Desplazamiento filial en el Proyecto de Código", en Revista La Ley, 26/02/2013, pág. 1.
- MÉNDEZ COSTA, María Josefa – D'ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, Tomo III, Rubinzal Culzoni, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico, Tratado de Derecho Civil español, p. 6, cit. Por LOPEZ DEL CARRIL, Julio J., La Filiación y la Ley 23.264, Capítulo II, Buenos Aires, 1987.
- SARAMAGO, José, "Sin papeles", El Mundo, 4/12/1998, citado en "Derecho a la identidad de niños, niñas y adolescentes", Unicef, CIPPEC y Propuestas, Buenos Aires, 2003, p. 9.
- SJA (Suplemento de Jurisprudencia Argentina) del 4/2/2009 (AbeledoPerrot) con nota de María Victoria Famá - Citar Lexis Nº 35030012.
- VIDAL TAQUINI, Carlos H. – BOSSERT, Gustavo A. – ZANNONI, Eduardo, "Hijos legítimos".

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO LIMA (PERU) 10-12 DE OCTUBRE DE 2013

Tema I: Algunas reformas de derecho sucesorio en el anteproyecto de Código Civil y Comercial.

Esc. María Alicia Craviotto
Enrique H.J. Garbarino

En materia de derecho sucesorio se conserva la estructura del Código Civil, con algunas modificaciones e innovaciones; se legislan detalladamente algunas instituciones, y se resuelven algunos temas controvertidos por la doctrina, receptando la jurisprudencia.

En el Anteproyecto, el artículo 2335 define el proceso sucesorio estableciendo que tiene por objeto identificar los sucesores, determinar el contenido de la herencia, cobrar los créditos, pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes.

A continuación establece la competencia para entender en el juicio sucesorio, asignándola al último domicilio del causante.

Clase de herederos

El artículo 2278 designa heredero a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia, y legatario a quien recibe un bien particular o un conjunto de ellos.

El Anteproyecto establece en el artículo 2279 en sus cuatro incisos quienes pueden suceder al causante, innovando respecto de las personas:
a) las personas humanas existentes al tiempo de la muerte.
b) Las concebidas en su momento que nazcan con vida
c) Las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el artículo 563.
d) Las personas jurídicas existentes al tiempo de su muerte y las fundaciones creadas por su testamento.

La novedad es la establecida en el inciso c) del artículo 2279, respecto de que pueden suceder al causante las personas nacidas después de su muerte, por medio de técnicas de reproducción humana asistida.

El principio general es que la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella, se hayan producido antes del fallecimiento del cau-

sante. La excepción a este principio lo regula el artículo 563 "in fine", que establece que la persona haya consentido en el momento de someterse a las técnicas de reproducción humana asistida, que sus embriones se transfieran después de su muerte, y que la concepción o implantación del embrión en la mujer, se produzca dentro del año siguiente al deceso. En este supuesto el nacimiento con vida modifica la transmisión de la herencia, con efecto retroactivo a la muerte del causante. Esta situación originaría incertidumbre sobre los otros herederos, y sobre los terceros a los cuales se hayan transmitido bienes.

Llamamiento legal

El Anteproyecto no modifica los órdenes hereditarios. Se convoca primero a los descendientes; no existiendo descendientes concurren los ascendientes. El cónyuge sobreviviente siempre concurre con los descendientes y los ascendientes. A falta de ascendientes y descendientes, el cónyuge es el único heredero, excluyendo a los colaterales, quienes son llamados a suceder únicamente en ausencia de descendientes, ascendientes y cónyuge.

El Anteproyecto suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos establecido por la ley 17.711, modificatoria del Código Civil, y vigente desde el 1º de julio de 1968. Los textos expresos que establecen la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer, y la aprobación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, no justifican una distinción entre nuera y yerno.

Proceso sucesorio

El Anteproyecto además regula el proceso sucesorio especialmente la sucesión "ab-intestato", ordenando la publicación de edictos. De esta manera se avanza sobre las facultades de la Provincias en materia no delegada, tornándolo a nuestro criterio en inconstitucional.

También legisla respecto de la investidura de la calidad de heredero distinguiendo entre los ascendientes, descendientes y cónyuges, quienes quedan investidos de su calidad de herederos de pleno derecho desde el día de la muerte del causante sin ninguna formalidad o intervención judicial (Art. 2337). En cambio, respecto de los colaterales, establece

que el juez del sucesorio, deberá investirlos en su calidad de tales (Art. 2338). En las sucesiones testamentarias la investidura resultará de la declaración de validez formal del testamento, a excepción de que los herederos instituidos por el testamento fueren los que conforme al Art. 2337, quedan investidos de pleno derecho.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 2337, en la parte final dicho artículo establece que a los efectos de la transmisión de bienes registrables, la investidura de heredero debe ser reconocida mediante la declaración judicial de herederos. Lamentablemente de ser aprobado el Anteproyecto, se alejaría definitivamente, toda posibilidad de que el proceso sucesorio, se realice en sede notarial, por el cual el notariado viene bregando desde hace muchísimos años.

Desheredación

El Anteproyecto suprime la desheredación. Si bien, de acuerdo al Código Civil vigente, las causales eran muy restrictivas, nos parece injusto que el causante no pueda excluir a los legitimarios cuando exista una causa justificada. Consideramos además que la institución de la indignidad, no remedia tal situación, pues ella dependerá del accionar de los que pretendan ocupar el lugar del supuesto indigno, y no de la voluntad del causante.

Por ello consideramos que al contrario debería haberse mantenido la desheredación y además haber ampliado las causales, sobre todo teniendo en cuenta que el aumento de las porciones disponibles, lógicamente, alentará la actividad testamentaria.

Legítima- protección

La legítima nace en el derecho romano, como consecuencia de un largo proceso de evolución en materia sucesoria, donde en un principio el testador tenía ilimitados poderes sobre sus bienes, pudiendo disponer libremente de ellos instituyendo herederos o desheredando a los descendientes, aunque perjudicara seriamente a su cónyuge e hijos. Es decir, había una total libertad testamentaria. Según Alfredo Di Pietri, dicha libertad era un modo de organizar para el mañana la administración de los bienes familiares.

No pensamos que la idea era la exclusión de los "sui heredes" por extraños, en realidad el propósito era individualizar alguno o algunos de los hijos, para que continuara la explotación de bienes familiares.

Esta situación propia del carácter individualista del derecho romano, se mantuvo hasta fines de la República, donde comienza a evolucionar hacia una disminución de la libertad absoluta, mediante otros medios jurídicos encauzados a finalizar con esta situación. Tales como la sucesión "iure civile" en caso de preterición de los "sui heredes", la "bonorum possessio contra tabulas testamenti" y la querella "inofficiosi testamenti". Esta última era una reacción contra la conducta del testador, que de manera injustificada procedía a desheredar o preterir a sus parientes más cercanos, pudiendo éstos según los casos, obtener que se anulara el testamento o que se le otorgara una determinada parte de la herencia.

Esta apretada síntesis de la evolución que se fue operando en Roma en materia sucesoria, dio origen a la legítima, pasando a otras legislaciones modernas y fue incluida por Vélez Sarsfield en los artículos 3591 y siguientes de nuestro Código Civil, con las reformas introducidas por la Ley 17.711, donde con respecto a la legítima vemos un marcado rasgo romanista.

En la época de Juristas Clásicos y en el Derecho Imperial se reglamenta esta institución, resultando que los descendientes, ascendientes, los hermanos de doble vínculo y los paternos, a quienes el testador no deja la cuarta parte de lo que les hubiera correspondido, pueden por ley impugnar el testamento mediante la relacionada querella "inofficiosi testamenti". Justiniano más tarde la eleva a un tercio de la herencia si los herederos son menos de cuatro y a la mitad si son más, de esta manera ordena el tema de la legítima.

Hoy se requiere la modificación de alguna de las pautas dadas por Vélez Sarsfield, a fin de compatibilizarlas con las cambiantes necesidades sociales y con los reclamos doctrinarios y jurisprudenciales sobre el tema.

El Código Civil Argentino enrolado en el Derecho Romano, sólo admite la sucesión mortis causa, definiéndola como la "Transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama a recibirla". Es decir, distingue dos clases de sucesiones: 1) La sucesión legítima o ab-intestato y 2) la sucesión testamentaria.

Podemos definir la legítima como la parte del patrimonio del causante, de la cual no pueden ser privados sin justa causa, ciertos parientes próximos por actos gratuitos entre vivos. Vemos que es un concepto amplio

ya que aparte de los bienes dejados por el de cujus, deben incluirse los bienes donados por el causante en vida, de modo tal que los herederos pueden atacar no solo el testamento que ha afectado la legítima, sino también las donaciones que la disminuyen. Es un instituto de orden público, cuyo fin es tutelar al interés familiar.

A continuación nos referiremos a algunas de las principales modificaciones establecidas en esa materia en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de 2012.

En la sucesión legítima o intestada se difiere a los descendientes del causante, a sus ascendientes, al cónyuge supérstite y a los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, en el orden y según las reglas establecidas en el Código.

El proyecto de Reforma de Código Civil no varía en general los principios que rigen esta clase de sucesión. Tal es así que en el artículo 2277 del AP, respecto a la transmisión de derechos por causa de muerte, ya sea esta real o presunta, se regulan dos formas de transmitir: 1) Por voluntad del causante y 2) Por imperio de la Ley. La primera está limitada por la legítima, que a pesar de la polémica entre dos principios extremos, como son la autonomía de la voluntad y las restricciones que de ella surgen, el anteproyecto la recepta y regula. El mismo define a los legitimarios en el artículo 2444 que dice: "Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge" ratificando así su valía como protección familiar. Si bien estamos de acuerdo con su vigencia, pensamos que la disminución de la misma que regula el artículo 2445 no es lo suficiente. El mismo reduce la legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a la mitad, manteniendo la del cónyuge a un medio. La misma se calcula sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados computables a cada legitimario, a la época de la partición, según el estado del bien a la época de la donación.

De lo dicho consideramos que si bien se mejora la situación actual, habría que darle más preponderancia a la autonomía de la voluntad, reduciendo en todos los casos la porción legítima, a la mitad del acervo sucesorio.

Para el cómputo de la porción de cada descendiente, sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, o en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa y para el cónyuge las hechas después

del matrimonio (art. 2445), quedando así una porción disponible para los descendientes de un tercio y para los restantes de un medio. En caso de concurrencia sólo de descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según sus respectivas legítimas, pero si concurre el cónyuge con descendientes, se calcula sobre la legítima mayor, es decir dos tercios de los descendientes (art. 2446).

Por lo expuesto surge que las disposiciones testamentarias y los actos a título gratuito son los que pueden disminuir la legítima, refiriéndose el AP sólo a las donaciones como acto gratuito, ignorando al fideicomiso testamentario, que también puede vulnerarla, según parte de la doctrina y jurisprudencia.

Por otro lado el artículo 2459 nos dice que la acción de reducción de las donaciones no procede contra el donatario ni contra el subadquirente, que ha poseído la cosa donada durante diez años a partir de la posesión, ya que en ese caso se puede oponer la prescripción adquisitiva.

Con esta disposición se ha querido darle perfección a los títulos de dominio, aunque muchas veces se puede debilitar con ello el derecho de los legitimarios.

Nuestro Código Civil faculta al testador a mejorar a cualquiera de los herederos, debiéndose detraerse dicha mejora, de la porción disponible del causante que actualmente es de un quinto. En cambio y como innovación, en el AP, el testador puede favorecer en un tercio (sin perjuicio de la porción disponible) a los ascendientes y descendientes con discapacidad (art. 2448). Esta mejora es por testamento, pudiendo hacerse también mediante un fideicomiso. Creemos que debería incluirse en ella al cónyuge con discapacidad, ya que también reviste la condición de legitimario.

En cuanto a la protección de la legítima se regula que el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna, si lo hace se tiene por no escrita (art. 2447), aunque esta disposición está limitada por el derecho del causante, de imponer la indivisión de la herencia por diez años, la designación de un administrador de bienes incluidos en la legítima y fijar la retribución del mismo.

Contempla también el AP otras acciones protectoras, como la entrega de la legítima (art. 2450), donde el legitimario preterido tiene derecho a tomar sólo la legítima, a título de heredero de cuota, al igual que aquel que se halla frente a la inexistencia de bienes, debido a que el causante los ha donado.

Regula asimismo también la acción de complemento (art. 2451) cuando se le ha dejado al legitimario por cualquier título, menos de su porción legítima, éste sólo puede pedir su complemento. Vemos que el art. 2452

establece que a fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. También se contempla la reducción de las donaciones, cuando en las disposiciones testamentarias se vulnera la legítima, reduciéndose en ese caso las mismas en el orden inverso a la fecha en que fueron efectuadas, comenzando por la última donación, todo esto con la salvedad que hicimos respecto a las donaciones que no son susceptibles de ser reducidas, por haber entrado el donatario en posesión de ellas por diez años. En cuanto a los efectos de la reducción de las donaciones, vemos que si ésta es total la reducción queda resuelta, en cambio si es parcial por afectar sólo una parte de la legítima y lo donado es divisible, se lo divide entre legitimario y donatario. Si no lo fuese debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho.

El donatario podría impedir la resolución entregándole al donatario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. Sería igual en caso de resolución total, ya que el interés del legitimario, no es obstáculo a la facultad del donatario y del subadquirente demandado, de desinteresar al legitimario entregando en dinero el perjuicio sufrido a su legítima (art. 2458). El art. 2449 establece la irrenunciabilidad de la legítima de una sucesión aún no abierta, ya que se estaría realizando un acto jurídico sobre una herencia futura, lo cual está también legislado en nuestro Código Civil.

Conclusiones

1) Respecto al juicio sucesorio, el AP avanza sobre las facultades no delegadas por las provincias, regulando el procedimiento, tornándolo inconstitucional.

2) El AP alejaría definitivamente toda posibilidad de realizarse el proceso sucesorio en sede notarial, en contraposición de diversos proyectos anteriores que así lo establecían y al derecho comparado.

3) Con respecto al aumento de la porción disponible, consideramos que si bien se mejora la situación actual, habría que darle más preponderancia a la autonomía de la voluntad, reduciendo en todos los casos la porción legítima a la mitad del acervo sucesorio.

4) Respecto a la mejora testamentaria por incapacidad, el AP debería incluir en ella al cónyuge, ya que también reviste la condición de legitimario.

5) Teniendo en cuenta que el incremento de la porción disponible, podría alentar la actividad testamentaria, consideramos negativa la supresión en el AP de las causales de desheredación, las cuales en lugar de haberse eliminado, deberían ampliarse, posibilitando de esa manera la exclusión de los legitimarios

Bibliografía

Di PRIETO Alfredo. La legítima en el Derecho Romano.
Lo PRETE Octavio. La legítima hereditaria.
FARAONI Fabián. Proceso sucesorio: objeto y competencia en el Proyecto de Código Civil.
Di LELLA Pedro. Modificaciones relevantes en el proceso sucesorio en el Anteproyecto de Código Civil.
MEDINA Graciela. Proceso sucesorio.
LOUZAN de SOLIMANO Nelly Dora. Sucesión intestada y la legítima en Roma.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema I : "Reflexiones del Notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales".

I. Descripción del sistema de derecho positivo relativo al asunto tratando los siguientes temas:
1) El matrimonio.
2) La filiación, la adopción.
3) El divorcio.
4) La vocación hereditaria (los derechos de los herederos, del cónyuge supérstite, de los hijos menores).

Dimensión sociológica del análisis

Ponencia: "La mediacion familiar: un proceso de comunicación pacífico y participativo".

Not. Fátima Cosso
Not. Graciela Curuchelar

Es responsabilidad, propia de la función social del notariado, ofrecer los elementos y las condiciones para sostener una sociedad participativa, equitativa e inclusiva. Se propone la intervención del notario mediador en los conflictos de familia atento a la comprobada experiencia positiva habida en nuestro país, y a las condiciones de imparcialidad y confidencialidad inherentes al notariado

Introducción[i]

La mediación es un proceso pacífico e informal de resolución de conflictos a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

La mediación alienta la comunicación directa de los involucrados y desarrolla las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas y promueve la autonomía de la voluntad y la autogestión.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que "En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflictos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir, escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las que indagamos sanamente, con la inmediación de la audiencia notarial"[1].

"... la mentalidad notarial adecua más fácilmente que la del abogado a la mediación, porque salvo en sus estudios universitarios en que también le enseñaron que el único proscenio es el litigio, eligió un oficio que solo opera en el acuerdo y busca integrar los intereses..."[2].

Mediación. Concepto[3]

La mediación es un proceso pacífico e informal de resolución de conflictos a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con la intención de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus necesidades.

El procedimiento de mediación se ha diseñado a partir del desarrollo de la teoría de la comunicación y aceptando la complejidad del fenómeno de ésta, para que las personas puedan ejercer su poder de decisión y de resolución voluntaria del conflicto, y además internalizar aprendizajes para resolver problemas.

---

1 Ormaechea, Carolina. "La intervención del notario en los conflictos"; Revista Notarial 945, Buenos Aires, 2003, citada en La Ley Buenos Aires, número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela. "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

2 Gattari, Carlos N. Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998, citado en La Ley Buenos Aires, Número 11, Diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela. "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

3 Curuchelar, Graciela. "Mediación y Resiliencia. Formación Básica", Segunda Edición, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, 2009.

La Mediación se funda en la creencia de que los seres humanos somos capaces de resolver los asuntos por nosotros mismos cuando creamos espacios de buena fe (proceso de mediación) donde dos o más personas se puedan reunir a dialogar. Con independencia de que las consecuencias jurídicas de esta actuación puedan coadyuvar a solucionar problemas interpartes.

Se trabaja para deconstruir el conflicto para reconstruir la relación. En definitiva, la mediación es un camino propicio a recorrer en paz y hacia la paz.

Breve historia de la mediación.[4]

Ya en la antigua China la mediación era el principal recurso para resolver conflictos. Confucio afirmaba que las desavenencias se resolvían mejor con la persuasión que con la coacción.

Durante siglos, Iglesias y templos de diversos credos desempeñaron roles destacados resolviendo conflictos entre sus miembros.

En el mundo hispano, el tribunal de Aguas de Valencia desde 1239 mediaba para regular el tipo de conflicto más importante y constante de esa región: el uso del agua.

En los Estados Unidos de Norteamérica Abraham Lincoln decía a sus colegas abogados que el ganador formal era muchas veces el perdedor en gastos, honorarios, tiempo.

Actualmente en ese país el Movimiento de Resolución de Disputas se remonta a los años 60, comenzando en 1970 a implementarse centros de mediación a través de una ley federal.

En la ley y costumbres japonesas encontramos que a partir de 1940 se introducen técnicas de mediación en los tribunales judiciales.

Experiencia de la mediación en la Argentina

En la República Argentina, en el año 1991, el Decreto Nº 958 propició la creación de una comisión de juristas en el ámbito del Ministerio de Justicia de la Nación, cuya misión era la de elaborar y proponer

[4] Curuchelar, Graciela. "Mediación y Resiliencia. Formación Básica", Segunda Edición, Fundación Editora Notarial,Buenos Aires, 2009.

al Poder Ejecutivo un Proyecto de Ley de Arbitraje y Conciliación. En sus Considerandos se aludía a la grave crisis que afectaba al sistema judicial. Mediante el decreto Nº 1480 de 1992 se declaró de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación: creó en el ámbito del Ministerio de Justicia un cuerpo de mediadores y designó una comisión con el objeto de formular un proyecto de ley nacional sobre la materia.

El 11 de Febrero de 1994, La Corte Suprema de Justicia de la Nación aprobó el Plan Piloto de Mediación, que comenzó a funcionar con diez juzgados civiles de la Ciudad de Buenos Aires, tres de Familia y siete patrimoniales. Esta experiencia concluyo a fines de 1995 con el dictado de la ley de mediación 24573. Hoy ley 26.589.

Es destacable que en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, se creo en 1995 el Cuerpo de Mediación, Arbitraje y Conciliación y en el año 2000 se creo el Centro Institucional de Mediación, con Subcentros en diversas delegaciones.

Es intensa la labor que viene cumpliendo el centro de mediación desde su creación, efectuando convenios institucionales con distintas entidades (Municipalidades, Universidades Nacionales y de México, Obispados); como así también capacitando con cursos de actualización a notarios mediadores y formando nuevos mediadores, a través de su Entidad Formadora; y realizando Jornadas anuales de reflexión, aprendizaje y actualización con destacados conferencistas nacionales e internacionales

En nuestro país, tomando las estadísticas a nivel nacional provenientes de la mediación previa judicial obligatoria, se indica que desde abril de 1996, año de implementación de la Ley 24573[ii], de mediación pre judicial obligatoria a octubre 2012: el 64,92% de los casos ingresados para mediación, no vuelven al sistema judicial; es decir que podemos inferir que la mayor parte de ellos se resuelven[iii].

En las estadísticas proporcionadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[iV] se puede observar que desde abril de 1996 a octubre de 2012, alrededor de un 30% de las mediaciones ingresadas, vuelven al sistema judicial, lo que habla a las claras del éxito de este proceso participativo y pacífico de resolución de conflictos.

De los temas de familia ingresados se destacan los referidos a alimentos, que, de 12301 casos ingresados, sólo han vuelto 4520 al sistema judicial; de 1693 casos liquidación de sociedad conyugal, volvieron 595; de 4912 casos de régimen de visitas, volvieron 1598; o de 2938 casos de tenencia, 1015 volvieron.

De un total de 28.740 casos referidos a temas familiares, 10.084 volvieron al sistema judicial.

Actualmente, en nuestro país, veintidós de las veinticuatro provincias, sumadas a la Ciudad de Buenos Aires, tienen ley de mediación o proyectos pilotos de aplicación de mediación.

Muchos de los resultados positivos de mediaciones familiares han sido mediados por notarios

Estadísticamente se ha comprobado que de acuerdo a la experiencia de los países en los que se ha implementado, el resultado es altamente satisfactorio. La mediación constituye un modo de fortalecimiento del sistema judicial, ofreciendo una opción para resolver pacíficamente los conflictos, más completo y adecuado a las circunstancias que se transitan en la actualidad. Se minimizan los costos emocionales y económicos y se reducen los tiempos que insume resolver una controversia en sede judicial. Baste con saber que las estadísticas indican que del 100% de los casos que se median en los diversos centros de mediación, se obtienen resultados satisfactorios (es decir, que se han logrado acuerdos y composición de intereses) en un 75% u 80%, para considerar la economía de dinero y tiempo que significa la mediación.

Objetivos[5]

La gestión y resolución pacífica de conflictos tiene como objetivo fundamental promover la paz, y prevenir hostilidades.

Enseñar habilidades sociales de resolución de conflictos hará que se valorice el respeto, y el valor de la palabra empeñada.

Entre otros, los objetivos de la mediación son:

- Afianzar el respeto de los derechos.
- Tolerar las diferencias.
- Conocer las propias fortalezas al servicio de mejorar las relaciones interpersonales.
- Valorar la autoestima, la diversidad y la dignidad.
- Utilizar el pensamiento crítico de manera constructiva.
- Manejar constructivamente el conflicto.
- Resolver conflictos de forma colaborativa.

---

5 Curuchelar, Graciela. "Mediación y Resiliencia. Formación Básica", Segunda Edición, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, 2009.

- Facilitar la comunicación.
- Adquirir habilidades que tiendan a la solución de problemas.
- Llegar a acuerdos eficaces de posible cumplimiento.

En definitiva podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad.

Características de la mediación[6]

Autodeterminación:

Es el principio que reconoce que son las partes quienes tienen la facultad y el derecho de definir sus cuestiones, necesidades y soluciones y de determinar el resultado del proceso de la mediación. Son quienes tienen el conflicto, los legítimos participantes de una mediación. El mediador es sólo un facilitador de la comunicación. Es responsabilidad de las partes decidir mutuamente los términos de cualquier acuerdo alcanzado en una mediación.

Voluntariedad:

La mediación es esencialmente voluntaria entendiendo la misma como la facultad de las partes de aceptar la posibilidad de resolver por sí mismas los conflictos y de ser, entonces, los verdaderos protagonistas.

Cooperación:

La mediación es un proceso que por su estructura invita a las partes a trabajar codo a codo, a co-operar sobre el problema como socios, buscando la solución del mismo. Tiende a crear comunidad. La cooperación debe ser pacífica y colaborativa.

Acento en el futuro:

La solución a la controversia tiene una mira puesta en el futuro, sin dejar de comprender lo que los llevó hasta esa situación, pero mirando hacia adelante y tratando de aprender de los errores cometidos para prevenir los futuros.

---

6 Curuchelar, Graciela. "Mediación y Resiliencia. Formación Básica", Segunda Edición, Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, 2009.

Informal, con estructura:

Si bien la mediación es un proceso y por lo tanto tiene una estructura que le es propia, debe insistirse en el escaso formalismo que la rige. Como todo proceso tiene un principio, un desarrollo y un fin, que se sostiene de manera informal. Se deben explicitar las reglas de juego, el procedimiento, las técnicas a utilizarse y la función de control que ejerce el mediador.

Economía:

Cuando nos referimos a esta característica, la podemos pensar en tres sentidos: economía de tiempo, de esfuerzos y de dinero.

Tiempo: En vez de tardar años, puede terminarse con el problema en pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia o en pocas horas.

Esfuerzos: Creemos que es el ítem más importante, ya que en la mediación no se produce el desgaste emocional que suele producirse en los Tribunales a través de juicios largos y tediosos.

Dinero: Los servicios se ofrecen con costos diversos, según el caso pero siempre son baratos en relación al costo de litigar dentro del sistema de los tribunales formales.

Podemos concluir que toda economía es una ganancia; en la mediación se busca que todos ganen.

Imparcialidad:

La imparcialidad es libertad de prejuicio, de favoritismo ya sea en palabra o en acción. El mediador no ostenta el poder ni puede asesorar a las partes ni decidir por ellas. Si bien todos tenemos preferencias por alguien, nos llevamos mejor o nos gusta más, en la mediación esa identificación con alguna de las partes no tiene lugar. Debemos actuar con imparcialidad, dar igualdad de oportunidades a ambas partes, no favorecer a ninguna, no decidir por ellas, no juzgar. Las partes tienen derecho a un proceso de mediación que les sirva de modo justo y equitativo y a mediadores que se abstengan de prejuicio o favoritismo percibido o real, ya sea de palabra o acción.

Confidencialidad:

Los dichos y documentación presentada en una mediación son de carácter confidencial. Es decir la mediación debe garantizar que lo vertido en ella es al sólo efecto de acordar, con lo cual lo que ocurre en ella es a puertas cerradas no se transcribe en un expediente ni el mediador puede

ser citado como testigo. De ningún modo el mediador comentará fuera del ámbito de la misma lo que allí se ha dicho o mostrado.

Debe asegurarse la absoluta reserva de todo lo tratado en cada uno de los encuentros, tanto en sesiones conjuntas como en sesiones privadas o caucus. La información recibida en sesión privada con cada parte no es para ser revelada en sesiones conjuntas sin haber obtenido el permiso anterior de la parte que dio la información.

El mediador puede tomar notas, pero estas se destruirán una vez finalizada la mediación.

Excepciones al principio de confidencialidad:

Los mediadores están exentos de guardar confidencialidad cuando toman conocimiento de la comisión de un delito grave o en el caso de abuso de niñas, niños y adolescentes, debiendo hacer la denuncia correspondiente ante las autoridades competentes, previa información a las partes.

Es importante destacar que en conflictos multipartes, previamente se acordara qué se dará a conocer y cómo. "En los conflictos que involucran a múltiples actores, y más aún, en los conflictos públicos, la obligatoriedad de esta condición deviene insostenible o simplemente irrelevante… Así, en estos y otros casos, se debe trabajar con los participantes sobre los aspectos que serán divulgados o preservados fuera del ámbito de Mediación, ya que es el mejor modo de establecer condiciones que ellos mismos juzguen favorables… el compromiso de confidencialidad no parece ser un prerrequisito, sino más bien una condición a configurar según las particularidades de cada caso y la necesidad de los involucrados…"[7].

La Mediación como método preventivo de violencia

Si valoramos positivamente el conflicto como una oportunidad para revitalizar principios esenciales para la vida de una comunidad, como la responsabilidad social e individual, la participación democrática y la búsqueda cooperativa de soluciones, la mediación es un método adecuado en el que los participantes promueven procesos más dialógicos, constructivos y pacíficos en las relaciones humanas.

---

[7] Nató, A.M.; Rodríguez Querejazu, M.G.; Carvajal, L.M. Mediación Comunitaria, Conflictos en el escenario social urbano. Editorial Universidad, Buenos Aires, 2006.

Dado el carácter colaborativo, la mediación es un medio para transformar las relaciones interpersonales.

La mediación, como una negociación asistida por un tercero imparcial, actúa preventivamente porque es un proceso colaborativo a través del cual las partes pueden explorar constructivamente sus diferencias y buscar soluciones superadoras a lo que su propia visión las limita. Es un medio para transformar las relaciones interpersonales.

Mediación familiar

La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco; tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; separación personal o separación de bienes sin divorcio; cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; cuestiones derivadas de la sucesión y daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

Actualmente se plantean nuevas situaciones como por ejemplo: equiparación de géneros en ámbitos laborales e intelectuales, rechazo a las antiguas pautas de autoridad y obediencia, entre padres e hijos, aumento de separaciones y divorcios, la formación de consensos que habilitan la formación de segundas y terceras parejas, la posibilidad tecnológica de separar el acto sexual de la fecundación, prolongación de la adolescencia, crisis religiosas y morales, entre otros temas. Todas estas nuevas situaciones hacen saltar las tradicionales formas de conducirse y de resolver conflictos .y es aquí donde surge la necesidad de generar "acuerdos consensuados" entre los miembros de la familia que valen más que las pautas tradicionales que han perdido vigencia; todas estas situaciones tienen una constante: se trata de conflictos entre personas que van a seguir relacionadas en el futuro.

Se focaliza en la naturaleza jurídica de "el derecho de familia" como pilar de nuestra sociedad; en su protección, desde la norma fundamental "Constitución Nacional" y normas de orden público que contribuyen al logro del "bien social o común".

Si los acuerdos son co-construidos por las partes, y éstos responden a sus convicciones y necesidades, al patrón del paradigma familiar que sostienen es más probable que los cumplimenten.

De todas las cuestiones relativas al ámbito familiar que son motivo de consulta notarial, el Notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del Notario, que debe estar presente en toda su actuación, desde el asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas en los terceros.

Requiere de una sólida formación jurídica, con una mirada integradora con las otras disciplinas, ya que el Notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.

En otro lugar, y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al Notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por su lentitud, hecho que compromete los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos.

Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspirados en los

valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

Los notarios mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos.

Aún cuando entendamos que el conflicto sea una oportunidad, cuando nos atraviesa, nos desestabiliza.

Los notarios mediadores generamos el compromiso de entender que la mediación es un espacio de respeto y escucha.

En definitiva somos artífices de ofrecer las herramientas para que quienes transiten por este proceso puedan mejorar su calidad de vida.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Tanto la gestión pacifica de conflictos como las técnicas de comunicación potencian el protagonismo en la búsqueda de consensos, aliviando la tensión propia que trae aparejado el conflicto.

Tomado el conflicto como una oportunidad de cambio, la posibilidad de mediar se convierte en un camino pacífico y vital.

Especialmente en Mediación Familiar, se trabaja para deconstruir el conflicto para reconstruir la relación. En definitiva, la mediación es un camino propicio a recorrer en paz y hacia la paz.

Función mediadora notarial

Hasta aquí se ha descripto que es la mediación. Y aunque muchas veces se confunde con la función mediadora del notario, entiendo que son funciones que tienen similitudes y diferencias.

En la mediación se busca que sean los protagonistas del conflicto (partes) quienes busquen por si mismos la solución a su conflicto y el mediador es un facilitador de la comunicación y no asesora ni decide por las mismas

Distinta es la función mediadora notarial en la que el notario ejerce la escucha activa para reflejar en el documento notarial que corresponda la voluntad soberana de los requirentes y para ello asesora y aconseja, a diferencia de la mediación propiamente dicha.

Teniendo en cuenta que los notarios son depositarios de la fe pública, garantizan la seguridad jurídica, escuchan, interpretan voluntades, y las encuadran legalmente y redactan documentos acordes a dicha interpretación, se puede decir que, de este modo, son quienes previenen conflictos interpersonales y con efectos jurídicos, actuando en el marco de jurisdicción voluntaria, con funciones propias de la competencia material, sosteniendo así la misión de ser pilares de la paz social.

Estos atributos del notario, son asimilables al del mediador, dado que actúa como morigerador de las pretensiones o exigencias de los mismos. Al prevenir conflictos, facilita la comunicación entre los requirentes con miras a un futuro acuerdo pacífico y voluntario.

Es decir cuando los requirentes se reúnen con el notario, este detecta los posibles puntos de conflicto o dificultad para encuadrarlas en una de las figuras jurídicas, con el fin de diluirlos y lograr un acuerdo que acerque a las partes por medio de la comunicación directa. El escribano conduce subjetivamente las voluntades para componer el acto en acuerdo, teniendo en común con el mediador la vista hacia el futuro, ya que el escribano contribuye a que se realice el documento notarial correspondiente, columbrando seguridades futuras.[8]

La función del mediador, también, es ser pilar de la paz social.

Analizando las máximas del DECÁLOGO DEL NOTARIO, encontramos que en el punto 7 se proclama "Inspírate en la equidad", sosteniendo el valor de la imparcialidad, requisito indispensable del notario y mediador.

El notario y el mediador no ostentan el poder ni pueden decidir por las partes.

Los requirentes tienen derecho a ser asesorados por el notario de modo justo y equitativo y a recurrir a notarios y mediadores que se abstengan de prejuicio o favoritismo percibido o real, ya sea de palabra o acción.

La imparcialidad obliga incluso al notario a informar y a prestar una asistencia especial a una de las partes cuando esta se encuentra en situación de inferioridad respecto de la otra, para así obtener el equilibrio necesario y que el documento notarial refleje este pie de igualdad.

Si el notario ya es mediador nato y si se quiere alentar la vocación de servicio y ratificar los principios de solidaridad y aporte al bien común, que constituyen la esencia de nuestra profesión, bien podemos trascender la función notarial, favoreciendo la función social, potenciando

---

[8] Gattari, Carlos N. Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998.

las competencias en la gestión pacífica de conflictos y mejorando la comunicación interpersonal por medio de técnicas específicas para que los requirentes puedan, gracias a la intervención, abordar y modificar armoniosamente sus diferencias.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Vivir en paz es un trabajo diario. Construir la paz lleva su tiempo, su esfuerzo y su proyección al futuro. Para ello "estudia con pasión", La capacitación es clave para construir conocimientos y comportamientos.

Podemos mejorar nuestras aptitudes y actitudes, participando activa y positivamente en la construcción de la paz, fortaleciendo nuestras capacidades por medio de saberes específicos para ello.

Ya lo expreso en su discurso el presidente Fessier al inaugurar el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino en Atenas en el año 2001 "Allí donde impera la justicia y la libertad existe la paz, la paz social. Aquí esta la verdadera Misión del Notario de tipo latino: siendo profundo conocedor del proceso del documento que forma está al servicio de la paz social con justicia y libertad. La función notarial creadora de derecho destaca las raíces profundas de nuestra profesión...Por otra parte, este tema encara el porvenir resaltando el efecto pacificador de nuestra profesión en un mundo cada vez más complejo". "Honra tu ministerio", es el primer principio del Decálogo del Notario. Así, nuestro compromiso indeclinable y permanente, por sobre cualquier diferencia o interés, es para con la Paz.

"La sociedad tiene reservado al notariado la misión de satisfacer necesidades de elevada trascendencia social. El notariado, función social por excelencia, mas que ninguna otra profesión cuya suerte esta íntimamente ligada a la paz entre los hombres"[9].

Honremos la PAZ, seamos protagonistas y trascendamos, "ejerciendo con dignidad" nuestra función mediadora notarial.

Relación, conflicto y comunicación en la función mediadora notarial

En la función mediadora notarial se tienen en cuenta dos aspectos del conflicto: el tema, objeto del conflicto y la relación entre las partes.

---

[9] Deimundo, Santiago Raúl "Pensamiento y Sentimiento sobre el notariado"; Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

El hecho de tomar en cuenta el aspecto relacional del conflicto y que la manera de solucionar los conflictos tendrá una decisiva incidencia en el mantenimiento de la relación, conforman una estrategia eficaz para preservar las relaciones y así reflejar la voluntad de los requirentes en el documento notarial.

Esto permite que los requirentes puedan continuar teniendo interacciones pacíficas entre ellas, tanto dentro del proceso como una vez terminado.

Tanto la gestión pacífica de conflictos como las técnicas de comunicación potencian el protagonismo en la búsqueda de consensos, aliviando la tensión propia que trae aparejado el conflicto.

Tomado el conflicto como una oportunidad de cambio, la posibilidad de mediar se convierte en un camino pacífico y vital.

Como proceso comunicacional, la mediación proporciona a la función notarial técnicas especificas como el parafraseo, el lenguaje centrado en el emisor del mensaje, cierto tipo de preguntas, esbozadas con genuina curiosidad y con el fin de reflexionar sobre el conflicto, la comunicación verbal y no verbal, el conocimiento de las barreras que existen en la comunicación y los instrumentos específicos para mejorarla, y la escucha activa.

"... el entendimiento que caracteriza a la actividad, las cualidades éticas y morales y su contribución a la prevención de litigios, lo transforman en un mediador calificado. Así el ejercicio de la mediación se vuelve una extensión de la función notarial... El compromiso solidario y ético que el notariado ha mostrado y demostrado a través del tiempo nos obliga a asumir la responsabilidad de ejercer la función de mediador."[10]

La función del notario es preventiva porque facilita, abrevia o reduce el riesgo de litigios: proporciona seguridad jurídica a los ciudadanos y, por tanto, protege a los usuarios del derecho.

Los notarios son mediadores natos, han aprendido a mediar, mediando en su trabajo diario. Buscan la armonía entre los requirentes. Como cuando se aprende a tocar un instrumento: al mismo tiempo se esta tocando. De este modo son dos procesos en uno: tocar y aprender a tocar. De la misma manera los notarios pueden seguir en el rol de mediadores natos y seguir aprendiendo a mediar. Seguir siendo quienes son, y mejorar las propias capacidades comunicacionales, convirtiéndolas en habilidades,

[10] Voiscovich, Marcela. "El compromiso social del notario en ejercicio", Boletín Nº 6 del Centro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Argentina.

hará la diferencia. Esto es lo que ofrece las técnicas de comunicación que se pueden aprender y aprehender.

Este es el desafío. Y la oportunidad de dignificar aun más nuestra vida y profesión.

Herramientas de la Mediación aplicadas a la labor cotidiana del notario[11]

La mediación como proceso de comunicación ofrece herramientas para optimizar el trabajo diario. La escribanía suele ser una caja de resonancia del acontecer social. Tanto para quienes trabajan en la misma como en el trato con los requirentes, las relaciones interpersonales son el motor que pone en funcionamiento la labor diaria. Se negocia permanentemente, entendiendo la negociación como un proceso comunicacional en el que se trata un asunto procurando su mejor resultado. Aprehender las técnicas de comunicación, hará que mejoren las relaciones interpersonales, tanto dentro como fuera del ámbito laboral. Fomentar la escucha activa, el parafraseo y la empatía, aliviará las tensiones propias de cada día.

La negociación y la mediación son una tarea de todos y para todos, que permiten conocer nuevas posibilidades de intercambio y enriquecen como personas, con la convicción de saber que todos somos responsables de nuestro propio bienestar y que podemos hacer un aporte efectivo a la paz social, la paz cotidiana, la pequeña gran paz necesaria para vivir mejor.

Es así como de ambos procesos se extraen pautas y aprendizajes comunes para el mejor desenvolvimiento de nuestro trabajo y por ende, de nuestra calidad de vida.

Seguir siendo quienes somos, y mejorar nuestras capacidades comunicacionales, convirtiéndolas en habilidades, hará la diferencia.

Semejanzas y diferencias entre Mediación y Función Mediadora

Semejanzas:

VOLUNTARIEDAD: en la mediación son quienes ostentan el conflicto quienes eligen el acceso a justicia; en la función mediadora, es el escri-

[11] Boletín Informativo Nº 6 del Centro Institucional de Mediación del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Nota de la Not. Graciela Curuchelar.

bano quien recepta la voluntad de los requirentes de converger en algún documento notarial.
ACENTO EN EL FUTURO: en la mediación, el acuerdo es el broche de oro, aunque la mira esta puesta en mejorar las relaciones futuras; en la función mediadora, el escribano ofrece seguridades jurídicas futuras.
CELERIDAD: en ambas hay economía de tiempos y de procedimientos.
CONFIDENCIALIDAD: en la mediación rige el principio de confidencialidad; en la función mediadora el secreto profesional.
INMEDIACIÓN: en ambas el contacto es directo con los participantes y requirentes.
EMPATIA: tanto el mediador como el escribano practican la empatía con sus requirentes y promueven que cada uno de ello pueda ponerse en el lugar del otro.
CONFIABILIDAD: tanto el mediador como el escribano son depositarios de la confianza de los requirentes.
CONTENCIÓN: ambos brindad contención para que los requirentes sientan que se recobran valores como honestidad, autenticidad, revalorización de la palabra empeñada, estabilidad y seguridad jurídica. Ambos son puentes: en el caso del mediador, entre quienes tienen el conflicto y en el caso del notario, entre la sociedad civil y su orden jurídico.
PAZ SOCIAL: ambos son activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacifica de conflictos.

Diferencias:
AUTODETERMINACION: en ambas se contribuye a que sean los requirentes quienes negocien y tomen sus propias decisiones; la diferencia es que en la función mediadora, es el escribano quien orienta y en la mediación se promueve netamente el protagonismo de los participantes.
TIPO DE PROCESO: la mediación es un proceso con cierta informalidad, aunque tiene una estructura que le es propia; el proceso para llegar al documento notarial es netamente formal.
IMPARCIALIDAD: en ambas no se juzga; la diferencia es que el mediador no asesora ni decide; en cambio es función del escribano asesorar y decidir cual es el instrumento más adecuado a cada situación planteada por los requirentes, pero no por ello pierde la imparcialidad; por el contrario es también función notarial, en especial porque el notario es un redactor imparcial de las voluntades de las partes.

EQUIDAD: en la mediación, a veces lo equitativo en el sentido de dar a cada uno lo suyo, no es lo estrictamente justo ateniéndonos a las normas de la ley; en la función mediadora, el notario aplica estrictamente los preceptos de la ley.
GESTION DE CONFLICTOS: el mediador promueve la gestión y resolución pacífica de conflictos, es decir, actúa una vez producido el conflicto; en la función mediadora, el escribano intenta "evitar la contienda entre los hombres".
RESULTADOS: en la mediación el acuerdo puede o no ser escrito; en la función mediadora, el escribano es autor del instrumento escrito.
ACUERDO: en la mediación, el acuerdo puede requerir o no la homologación del juez; en cambio el documento notarial no requiere homologación alguna.

Acta de cierre de acuerdo por escritura pública

Instrumento público y documento notarial.

Reproduciendo el concepto de Henoch Aguiar, el Notario Carlos Pelosi nos enseña que Instrumento publico es el documento que hace fe por si mismo respecto de un acto jurídico emanado, autorizado o pasado ante un funcionario público o una persona particular, que, por imperio de la ley, en casos especialmente previstos, desempeña una función publica, dentro del territorio que la misma le ha fijado para el ejercicio de sus funciones y con relación a las personas cuyos asuntos no le hubieren prohibido intervenir.

Define asimismo el autor al documento en general: el documento consiste en un papel (o varios papeles concatenadas) escrito (corporalidad: materia escriptoria y grafía), que expresa (o representa) el pensamiento del autor, perceptible por la lectura, sobre hechos naturales o hechos o actos humanos materiales o externos o con efecto psíquico o interno (declaraciones y aprehensiones del conocimiento) destinados a producir efectos jurídicos ex lege o ex voluntate[12].

Los documentos públicos son aquellos que reúnen los requisitos legales y en los que interviene tanto en la formación, redacción y autorización un oficial o funcionario público y/o quien este expresamente autorizado a actuar como tal, dentro de los límites de su competencia. Dentro de los

[12] Pelosi, Carlos A. El Documento Notarial, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987.

documentos públicos encontramos los notariales que son las escrituras públicas hechas por los escribanos o notarios u otros funcionarios autorizados a actuar como tales; en sus protocolos y otos instrumentos que los mismos otorguen... Dicho documento contara con todas las características y efectos propios del documento público, ya que el documento público es el género y el documento notarial es una de las especies. Cuando nos referimos al documento público notarial, estamos hablando de aquel instrumento público redactado y autorizado por un notario. En consecuencia, todas las cualidades y efectos propios de los documentos públicos estarán en el documento publico notarial".[13]

Por lo tanto todo instrumento público notarial para ser tal requiere de la fe pública característica de la función notarial y tiene un medio principal de actuación que le permite encauzar los actos en forma protocolar.

Es competencia del notario, interpretar la voluntad de los requirentes permitiendo así la configuración del documento notarial, dando certeza y eficacia a ese conjunto de voluntades debidamente instrumentada. Con su asesoramiento y el instrumento fedante, el escribano, constituye un derecho, siendo el único autor del instrumento.

El documento notarial "es todo escrito, original o reproducido, que como uno de los objetos de la función notarial, es autenticado o autorizado por notario y resguardado por el, conforme a la ley de su organización, procurando los fines de seguridad, valor y permanencia de la función notarial"[14].

El documento notarial tiene fecha cierta y es reproducible porque hay una matriz. Es redactado por el notario cuando la voluntad de los requirentes ha quedado conformada o adecuada a la ley, gracias al asesoramiento del notario y al control de legalidad que el Estado le confiere El notario es el autor del documento y en consecuencia responde de su adecuación a la ley. Así el documento está revestido de autenticidad, veracidad y legalidad por lo que es un medio idóneo con fuerza ejecutiva propia. "Esta fuerza ejecutiva propia da nacimiento al "título ejecutivo notarial" el cual se formaliza en escritura pública ante notario y que tendrá igual fuerza legal que una sentencia judicial"[15].

---

[13] Posteraro Sánchez, Leandro N. Fuerza ejecutiva del documento público notarial, Revista Notarial 955, año 2007.

[14] Martínez Segovia, Francisco. Función Notarial, Editorial Delta, 1997.

[15] Posteraro Sánchez, Leandro N. Fuerza ejecutiva del documento público notarial, Revista Notarial 955, año 2007.

Condice este postulado con el ítem cuarto del XX Congreso, Cartagena de Indias de 1992 en el que se propugna que se establezca la independencia y autonomía de la actuación del acto notarial, suprimiendo cualquier tipo de control posterior, como la homologación o calificación.

El instrumento público notarial se desarrolla en la normalidad y no en el conflicto. Para sostener esa normalidad es necesaria la fuerza fedante que transmite el Estado a través del funcionario autorizado. "preconstituir la prueba y dar ejecutoriedad al instrumento, permite al Estado regular formas de procedimientos judiciales simplificados, que hacen al mejor funcionamiento de la justicia"[16].

Por todo ello se propone que el acta de cierre del acuerdo de mediación se instrumente mediante escritura pública, elevando dicho acuerdo a la categoría de instrumento público. Se propone también que se agregue en nuestra legislación esta posibilidad.

Carlos Nicolás Gattari, se pregunta: un escribano mediador ¿podría labrar acta en su doble carácter, con lo cual también hay fe notarial? Y sí.[17]

Conclusiones

- La mediación tiene características que le son propias.
- Es una solución concreta, ágil y de bajo costo.
- Enaltecer la mediación como proceso de cambio: construcción de consensos focalizado en las personas que tienen conflictos y NO en los conflictos mismos.
- La construcción de una sociedad más equitativa nos atañe a todos y cada uno de quienes formamos parte del tejido social.
- Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos.
- La mediación y la función mediadora notarial son actividades que tienen sus similitudes y diferencias. Para ser mediador es necesario capacitarse con las técnicas específicas de comunicación para la gestión y resolución pacífica de conflictos.
- A través de la función social del escribano, se media entre los requirentes.

---

16 Lamber, Rubén A. La Escritura Pública, Tomo I, FEN, Buenos Aires, 2004.

17 Gattari, Carlos N. Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998.

- La mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad.

- PAZ SOCIAL: los notarios y los mediadores son activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos.

La visión compartida del notario y mediador nace del profundo respeto por los valores que implican el compromiso con la justicia, la equidad y el mantenimiento de la paz.

Por ello, consideramos que a los notarios mediadores se les presenta una gran oportunidad para incidir sobre la paz social , dado que la mediación se ha revelado como una herramienta poderosa, capaz de fortalecer a quienes son los verdaderos protagonistas del conflicto, proporcionando soluciones inclusivas, eficientes, sostenibles y sustentables.

i Curuchelar, graciela "Mediación y Resiliencia", Fundación Editora Notarial, Buenos Aires, Argentina, 2008.

ii Hoy, Ley 26.589.

iii http://www.csjn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema I: "Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales".

LA ADOPCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO.
Esc. María Marta Herrera

La adopción es una institución en virtud de la cual, se crea entre dos personas un vínculo similar al que deriva de la filiación.[1]

Conceptualmente, la adopción supone la acción de prohijar, como hijo propio a quien no lo es. Etimológicamente, "adoptare" expresa la idea de elegir o desear a alguien o algo para asociarlo o vincularlo a uno mismo.

La adopción se vincula con el derecho privado, específicamente con el Derecho de Familia, que es parte del derecho civil, si bien tradicionalmente se la vinculó con el derecho público.[2]

Asimismo, la adopción convoca al derecho constitucional, al derecho procesal y al derecho de la niñez. El objetivo valorado que persigue la adopción es el interés superior del niño, que ilumina todas las ramas del sistema, y que logra conformar una zona combinada de derecho público y privado[3].

La doctrina, a lo largo del tiempo ha advertido una doble finalidad en la adopción: por un lado, satisfacer la vocación paterno-materna y, por la otra, subsanar una orfandad de origen o abandono paterno. La primera genera el mal llamado "derecho de adoptar", y la segunda el derecho a ser adoptado, priorizando la necesidad del menor a tener una familia.

En relación con el primer derecho mencionado, no es correcto hablar de un derecho a adoptar, el derecho es, en todo caso a formular una solicitud de adopción y a que el procedimiento de adopción se desarrolle fuera de la arbitrariedad o cualquier discriminación injusta. A partir de ahí entran en juego, el interés superior del menor y la finalidad protectora de la adopción, que son los principios que determinarán si la adopción llega a buen puerto o no.

---

1 BELLUSCIO, Augusto César, Manual de Derecho de Familia, Tomo II, Astrea, pág. 309, Buenos Aires, 2002.

2 CEDOLA, Carolina y JORGE, Carina, El derecho del niño a que los padres de origen elijan la familia adoptante, DFyP, Años IV, Nº 11, Diciembre 2012.

3 Convención sobre los Derechos del Niño, http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm

Respecto de este instituto y el Código Civil argentino, se deben señalar tres etapas:
A) PRIMERA ETAPA: se extiende desde la sanción del Código Civil y hasta la sanción de la Ley 13,252, inclusive,
B) SEGUNDA ETAPA: se extiende desde la entrada en vigor del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 -ratificado por la República Argentina en 1956- pasando por la ley 19.134, y hasta la actual 24.479.

En la primera etapa, la institución no fue admitida por el Codificador Dr. Dalmasio Vélez Sarsfield, quien expresaba en la nota de elevación del Primer Libro del Código -de fecha 21 de junio de 1865-, que "… tampoco está en nuestras costumbres, ni lo exige ningún bien social, ni los particulares se han servido de ella sino en casos muy singulares". Y en el artículo 4050 del Código Civil, hoy derogado, el Codificador expresaba: "las adopciones y los derechos de los hijos adoptados, aunque no hay adopción por las nuevas leyes, son regidas por las leyes del tiempo en que pasaron los actos jurídicos", y añade en la nota "la ley nueva no podría regir las adopciones preexistentes ni anularlas retroactivamente, desde que el Código no reconoce adopción alguna". En efecto, al parecer, Vélez Sarsfield rechazó la adopción mirando al derecho francés o al derecho prusiano, y no a los antecedentes del derecho español o al vigente antes de la sanción del Código Civil.[4]

Sin embargo, podríamos encontrar antecedentes de este instituto en la Sociedad de Beneficencia iniciada en 1857, donde se encuentran registras entregas de niños a diferentes familias, formalizadas en actas y posteriores escrituras públicas, con la exclusiva constancia del nombre del niño y domicilio en donde había sido destinado, sin considerarse ningún dato filiatorio de origen. En 1919 con la sanción de la Ley 1093, se organiza en cabeza del Patronato la tutela estatal y judicial de niños.

La segunda etapa se inicia con la sanción de la ley 13,252, que incorpora el instituto de la adopción en el derecho argentino, en septiembre

[4] Ver: SEOANE, María Isabel, Crianza y adopción en el derecho argentino precodificado (1810-1870, Análisis de la legislación y de la praxis bonaerense, Separata de la Revista de Historia del Derecho, Nº 18, Bs As, 1990, y Un capítulo de la historia de la adopción en el derecho argentino (1871-1947), Separata de la Revista de Historia del Derecho, Nº 17, Bs. As, 1989, citado por Feldstein de Cárdenas, Sara, Derecho Internacional Privado, Parte Especial, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2000.

de 1948[5], durante el gobierno de Juan D. Perón, a raíz del terremoto de San Juan.

En efecto, a partir de 1956, luego de la ratificación del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1940, se reconoce el instituto de adopción en una norma que es ley para la República Argentina.

Dicho Tratado establece, en su artículo 23 que "la adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal que el acto conste en instrumento público"[6]. La norma consagra la aplicación acumulativa de las leyes del domicilio del adoptante y del adoptado, a los fines de evitar las adopciones claudicantes.

En lo que a las adopciones internacionales respecta, este Tratado tuvo fundamental importancia porque sirvió para suplir la laguna legal existente hasta la sanción de la Ley 19.134.

Revisando la historia, podemos detectar que siempre existió intervención notarial en este instituto. Así, en el Proyecto de Código Civil de 1936 se preveía que la adopción se realizara con intervención judicial, con la sola manifestación de las partes expresadas ante un escribano o ante un encargado de registro civil.

Con la sanción de la primera ley de adopción, se pretendió llevar el tema al ámbito judicial, pero con los alcances limitados, ya que solo se

---

[5] La regulación concebía al instituto solamente desde la perspectiva de derecho interno, excluyendo cualquier precepto de derecho internacional privado relativo a las adopciones internacionales. Luego de la entrada en vigencia de esta ley, la Corte Suprema de Justicia decidió el célebre caso GRIMALDI, en el cual una hija adoptada en Italia por el causante Sr Grimaldi, reclamó ante los tribunales argentinos, derechos hereditarios respecto de bienes inmuebles y dinero existentes en el país. El tribunal resolvió la cuestión previa a los efectos de determinar su vocación hereditaria, esto es, la eficacia extraterritorial en la República de una adopción decretada en el extranjero, aplicando la ley del foro (lex fori) que no contemplaba ese instituto al momento en que se difirió la herencia - fecha de fallecimiento del Sr Grimaldi- y, con ese argumento, le desconoció la vocación hereditaria a la reclamante respecto de los bienes inmuebles relictos en el país (ya que para llegar a esa conclusión aplicó el artículo 10 del Código Civil, y en consecuencia la declaró que a esa fecha era para la ley argentina incapaz de recibir la herencia del causante porque los hijos adoptivos carecían de vocación hereditaria). La solución hubiera sido distinta si, a los efectos de resolver esta cuestión el tribunal hubiera aplicado la ley que regia a la sucesión (lex causae), esto es, la ley italiana (tal como lo exige, para cierta parte de la doctrina, el artículo 3283 del Código Civil).

[6] Parte de la doctrina autorizada argentina exige que la adopción no solo conste en instrumento público, sino que haya sido conferida por autorización judicial.

legislaba la adopción simple. Luego, con la sanción de la ley 19.134/71, aún cuando estableció que la adopción era judicial, en el artículo 11 inc. c) concibió una "guarda extrajudicial", al referir que los padres no serían citados "Cuando hubiesen manifestado expresamente su voluntad de que el menor sea adoptado ante el órgano estatal competente, la autoridad judicial o el instrumento público".

En relación con el régimen de la adopción internacional, la regulación del instituto en nuestro ordenamiento es altamente insuficiente. Efectivamente, con la sanción de la ley antes mencionada en el año 1971, se introdujo una breve regulación del instituto, en dos cortos artículos, que hicieron al tratamiento legal insuficiente. El artículo 32 de la ley establecía que: "La situación jurídica, los derechos y deberes de los adoptantes y del adoptado entre sí, se regirán por la ley del domicilio del adoptado, al tiempo de la adopción cuando esta hubiera sido conferida en el extranjero". El artículo 33, a su turno, permitía la conversión de la adopción conferida en el extranjero, de conformidad con la ley del domicilio del adoptado, en el régimen de la adopción plena establecida por la ley, bastando a esos fines la acreditación del vínculo y la presentación de los consentimientos del/los adoptante/s y del adoptado, quienes debían ser mayores de edad.

La doctrina calificada interpreta que una interpretación estricta del artículo 32 antes transcripto, permite inferir que las adopciones conferidas en nuestro país se rigen por el derecho argentino, y la utilidad del artículo 32 se revela en los casos de decisión del foro de la cuestión principal que involucre como cuestión previa, una adopción constituida en el extranjero. La ley, sin embargo, no preveía al juez competente para constituir una adopción internacional en Argentina, ni el derecho aplicable a dicha creación.

La vigente ley 24,479 repite literalmente, en lo relativo a la adopción internacional, lo establecido por la Ley 19,134, y mantiene la redacción de esas normas en los artículos 339 y 340 del Código Civil. Es evidente entonces, el disfavor con el que mira la nueva ley a la adopción internacional, si se conjugan esas normas, con la del artículo 315 del Código Civil, que impone como requisito para el adoptante que el mismo resida efectivamente en el país cinco años con anterioridad a la petición de guarda de un menor en Argentina.

Este requisito empeora definitivamente la adopción internacional, ya que, siendo la residencia efectiva de cinco años un requisito exigido tanto a nacionales como a extranjeros, estos últimos casi nunca o nunca podrán

cumplirlo. Estas normas revelan entonces, una vez más, la desconfianza con que el país mira a la adopción internacional.

A nivel convencional la República Argentina es parte de la Convención de los Derechos del Niño, la cual fue aprobada por la Ley 23,849 y forma parte del "bloque constitucional". La República Argentina formuló reserva respecto del artículo 21 incisos b, c, d y d de dicho instrumento, los cuales no regirán en su jurisdicción, por entender que, para implementarlos se necesita contar con un riguroso sistema de protección del niño frente al tráfico internacional de menores, y su venta.[7]

Coincidimos con respetable doctrina especializada que entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente su disfavor a la adopción internacional, sin procurar con urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de niños.[8]

A título informativo, y dejando expresamente aclarado que la República Argentina no es parte de ellas, en relación con este instituto puede consultarse a nivel de obras codificadoras del continente americano, la regulación propuesta para este instituto en la CIDIP III (1984): Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores; y a nivel universal, puede verse la Convención de La Haya sobre protección de niños y la cooperación en materia de adopción internacional, de 1993, instrumentos éstos que han recibido duras críticas de la doctrina especializada, en virtud de la perspectiva que, sobre este instituto, tiene la doctrina iusprivatista nacional.

Adopción en el código civil. Tipos, características.

Conforme lo establece el Código Civil en su artículo 331, modificado por la Ley 24.479, una persona puede ser adoptada en cualquier edad de su vida, instando a esos fines procedimiento judicial exclusivamente.

---

[7] En el mismo sentido se ha manifestado la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia de Menores, que expresamente rechaza la Convención sobre conflicto de leyes, la Convención de La Haya de 1993, a la adopción internacional en la República Argentina, ni siquiera como último recurso por no resultar ni necesaria ni confiable en nuestro medio social, y el rechazo al reconocimiento de las agencias locales o extranjeras, intermediarias en la adopción internacional. Otro instrumento internacional a considerar.

[8] Biocca, Stella Maris, Adopción internacional, Re. "Derecho de Familia" Nº 6, 1991, Ed. Abeledo Perrot, pág. 11, citada por Feldstein de Cárdenas, Sara, op. cit. nota…, página 194.

En efecto, la adopción de menores se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante. La adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado puede otorgarse, previo consentimiento de éstos cuando se trate del hijo del cónyuge del adoptante y exista estado de hijo del adoptado, debidamente comprobado por la autoridad judicial.

Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges.[9] Sin embargo, en caso de muerte del adoptante o de ambos cónyuges adoptantes, se podrá otorgar una nueva adopción sobre el mismo menor.

Respecto del adoptante, la ley expresamente dispone que este debe ser por lo menos dieciocho años mayor que el adoptado salvo cuando el cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto.

No existe límite de hijos adoptivos: se podrá adoptar a varios menores de uno y otro sexo simultánea o sucesivamente. Sin embargo, si se adoptase a varios menores todas las adopciones serán del mismo tipo, y la adopción del hijo del cónyuge siempre será de carácter simple.

A su turno, la normativa determina que la existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción, pero en tal caso aquellos podrán ser oídos por el juez o el Tribunal, con la asistencia del Asesor de Menores sí correspondiere.

Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda.

No podrán adoptar: a) quienes no hayan cumplido treinta años de edad, salvo los cónyuges que tengan más de tres años de casados, o por debajo de éste término, si que acrediten la imposibilidad de tener hijos. b) Los ascendientes a sus descendientes. c) Un hermano a sus hermanos o medio hermanos. Los tutores solo podrán iniciar juicio de guarda y adoptar a sus pupilos una vez que hayan extinguido las obligaciones emergentes de la tutela.

---

[9] Las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto en los siguientes casos: a) Cuando medie sentencia de separación personal; b) Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores: c) Cuando se declare judicialmente la ausencia simple, la ausencia con presunción de fallecimiento o la desaparición forzada del otro cónyuge. Cuando la guarda del menor se hubiese otorgado durante el matrimonio y el período legal se completara después de la muerte de uno de los cónyuges podrá otorgarse la adopción al viudo o viuda y el hijo adoptivo lo será del matrimonio.

Salvo que se tratare de la adopción de los hijos del cónyuge, a los efectos de proceder el trámite de adopción, el adoptante deberá tener al menor bajo su guarda durante un lapso no menor de seis meses ni mayor de un año el que será fijado por el Juez.

El juicio de adopción solo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda[10]. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del mismo. Se prohíbe expresamente la entrega en guarda por acto notarial o administrativo[11].

La sentencia que acuerde la adopción tendrá efecto retroactivo a la

[10] En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe Interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda; b) Son partes el adoptante y el Ministerio Público de Menores; c) El juez o tribunal de acuerdo a la edad del menor y a su situación personal, otra personalmente, si lo juzga conveniente, al adoptado, conforme al derecho que lo asiste y a cualquier otra persona que estime conveniente en beneficio del menor; d) El juez o tribunal valorará si la adopción es conveniente para el menor teniendo en cuenta los medios de vida y cualidades morales y personales del o de los adoptantes; así como la diferencia de edad entre adoptante y adoptado; e) El juez o tribunal podrá ordenar, y el Ministerio Público de Menores requerir las medidas de prueba o informaciones que estimen convenientes; f) Las audiencias serán privadas y el expediente será reservado y secreto. Solamente podrá ser examinado por las partes, sus letrados sus apoderados y los peritos intervinientes; g) El juez o tribunal no podrá entregar o remitir los autos, debiendo solamente expedir testimonios de sus constancias ante requerimiento fundado de otro magistrado, quien estará obligado a respetar el principio de reserva en protección del interés del menor; h) Deberá constar en la sentencia que el adoptante se ha comprometido a hacer conocer al adoptado su realidad biológica; i) El juez o tribunal en todos los casos deberá valorar el interés superior del menor.

[11] Son requisitos para otorgar la guarda, bajo pena de nulidad: a) Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. Sin embargo, no será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad Judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado Judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción. b) Tomar conocimiento personal del adoptando; c) Tomar conocimiento de las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los adoptantes teniendo en consideración las necesidades y los intereses del menor con la efectiva participación del Ministerio Público, y la opinión de los equipos técnicos consultados a tal fin. Asimismo, iguales condiciones a las dispuestas en el inciso anterior se podrán observar respecto de la familia biológica.

fecha del otorgamiento de la guarda. Cuando se trate del hijo del cónyuge el efecto retroactivo será a partir de la fecha de promoción de la acción.[12]

La sentencia de adopción, para ser oponible a terceros, debe inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

La ley prevé dos tipos de adopción, con consecuencias jurídicas distintas: la adopción plena y la adopción simple.

La adopción plena, es irrevocable. Confiere al adoptado una filiación que sustituye a la de origen. El adoptado deja de pertenecer a su familia biológica y se extingue el parentesco con los integrantes de ésta así como todos sus efectos jurídicos, con la sola excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia del adoptante los mismos derechos y obligaciones del hijo biológico.

Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores; a)Huérfanos de padre y madre; b) Que no tengan fijación acreditada; c) Cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial; d) Cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad; e) Cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción.

El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto sí éste solicita su agregación. En caso que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de estos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva. En uno y en otro caso podrá el adoptado después de los dieciocho anos solicitar esta adición.

---

[12] Sin perjuicio de las nulidades que resulten de las disposiciones de este Código: 1. Adolecerá de nulidad absoluta la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a; a) La edad del adoptado: b) La diferencia de edad entre adoptante y adoptado. c) La adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el mismo y/o sus padres. d) La adopción simultánea por más de una persona salvo que los adoptantes sean cónyuges; e) la adopción de descendientes;f) La adopción de hermanos y de medio hermanos entre sí. 2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenido en violación de los preceptos referentes a; a) La edad mínima del adoptante. b) Vicios del consentimiento. La adopción. su revocación o nulidad deberán inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Si la adoptante fuese viuda cuyo marido no hubiese adoptado al menor, este llevará el apellido de aquélla, salvo que existieran causas justificadas para imponerle el de casada.

Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial. El adoptado tendré derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad.

El régimen de la adopción simple es diferente: la adopción simple confiere al adoptado la posición del hijo biológico; pero no crea vínculo de parentesco entre aquél y la familia biológica del adoptante, sino a los efectos expresamente determinados en el Código Civil, entre ellos, los impedimentos dirimentes para el matrimonio y/o las limitaciones a la vocación hereditaria.

Los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor que se transfieren al adoptante, salvo cuando se adopta al hijo del cónyuge.

La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho años.

La viuda adoptante podrá solicitar que se imponga al adoptado el apellido de su esposo premuerto si existen causas justificadas.

El adoptante hereda abintestato al adoptado y es heredero forzoso en las mismas condiciones que los padres biológicos; pero ni el adoptante hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia biológica ni esta hereda los bienes que el adoptado hubiera recibido a título gratuito de su familia de adopción. En los demás bienes los adoptantes excluyen a los padres biológicos.

El adoptado y sus descendientes heredan por representación a los ascendientes de los adoptantes; pero no son herederos forzosos. Los descendientes del adoptado heredan por representación al adoptante y son herederos forzosos.

Es revocable la adopción simple: a) Por haber incurrido el adoptado o el adoptante en indignidad de los supuestos previstos en este Código para impedir la sucesión: b) Por haberse negado alimentos sin causa justificada; c) Por petición justificada del adoptado mayor de edad; d)

Por acuerdo de partes manifestado judicialmente, cuando el adoptado fuera mayor de edad.

La revocación extingue desde su declaración judicial y para lo futuro todos los efectos de la adopción.

Después de la adopción simple es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de filiación. Ninguna de estas situaciones alterará los efectos de la adopción establecidos en el artículo 331.

La regulación legal de los efectos de la adopción conferida en el extranjero fueron explicados precedentemente, y a dichas consideraciones nos remitimos.

La adopción en el proyecto de unificación del código civil y comercial de 2012

El Proyecto presentado por la Comisión Redactora de la Unificación del Código Civil y Comercial de la Nación, en 2012, propone múltiples cambios en materia de adopción, a saber[13]:

a. Se establecen cuatro procesos para llegar a la adopción. Uno administrativo y tres judiciales.
b. Se administrativa el proceso, dándole intervención en calidad de parte al órgano administrativo.
c. Se regula la declaración de adoptabilidad.
d. El abandono deja de ser una causal de entrega en guardas con fines de adopción.
e. Los convivientes pueden adoptar conjuntamente.
f. Se disminuye la edad para adoptar de treinta, a veinticinco años.
g. Se suprime la condición de duración de tres años en el matrimonio.
h. Se suprime la esterilidad matrimonial para legitimar la adopción, sin la edad legal.
i. Se disminuye la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 18 a 16 años.
j. El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado.
k. Se regula la adopción de integración.
l. Regulación de las relaciones con la familia biológica.

---

[13] Medina, Graciela, Las diez grandes reformas al derecho de familia, DFyP 2012 (febrero), 01/07/2012, 11.

m. Disminución del plazo de guarda con fines de adopción de un año a seis meses.
n. Falta de claridad en la determinación sobre la competencia en guarda con fines de adopción.
o. Aceptación relativa de las guarda de hecho.
p. Determinación de la competencia en juicio de adopción.
q. Intervención judicial de oficio en juicio de adopción.
r. La adopción plena se relativiza y se mantienen los lazos con la familia de origen.
s. En la adopción plena se permite la investigación de la filiación biológica a los fines de los impedimentos matrimoniales y de los derechos sucesorios.

Dada la extensión de este trabajo, no analizaremos cada una de las modificaciones antes mencionadas, pero sí nos referiremos a aquellas que podrían llegar a tener trascendencia desde la perspectiva notarial. Así tenemos que:

a. Se establecen tres juicios para llegar a la adopción, con más una instancia administrativa previa Así, tenemos que la Ley 24.779 del año 1997 sobre adopción, establece dos procesos para llegar a la adopción: la guarda de hecho, que dura de seis meses a un año y, el juicio de adopción, que otorga la adopción. El proyecto agrega dos nuevos procesos a estos dos, ya que en la legislación proyectada, previo a todo hay un procedimiento administrativo, luego un juicio de declaración de adaptabilidad; en tercer lugar, hay un proceso de guarda judicial preadoptiva y en cuarto lugar se lleva a cabo el juicio de adopción.

En el caso de los niños huérfanos, sin filiación acreditada o que se hayan agotado las instancias de la Ley 26.061, se necesitará primero, un proceso administrativo, segundo un juicio de declaración de adoptabilidad, tercero un proceso de guarda con fines de adopción y cuarto, un juicio de adopción.

Por otra parte, en los casos de niños abandonados será necesario realizar primariamente un proceso de privación de responsabilidad parental, luego un proceso de guarda con fines de adopción y finalmente, el juicio de adopción propiamente dicho.

j. El mayor de 10 años debe dar su consentimiento para ser adoptado: el niño, niña y adolescente es parte en todo el proceso de adopción y debe ser oído de acuerdo a su capacidad, que se sindica como progresiva. Pero a partir de los 10 años, no solo debe ser oído y su opinión tenida en cuenta sino que debe prestar su consentimiento para que se perfeccione

el acto. Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si este no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto[14].

Es de destacar, por la problemática que involucra y los cuestionamientos desde los diversos sectores, que el proyecto omite sistematizar en su totalidad las diversas situaciones que plantea la presentación de la parejas homoparentales, y no aclara expresamente su posibilidad de adoptar, salvo por la mención acotada a los matrimonios y/o convivencias en el orden de los solicitantes, y la cuestión no queda suficientemente explícita, lo cual es criticado por la doctrina.[15]

---

[14] La Ley 26.061 estableció la asistencia letrada del niño/a y adolescente en todo proceso administrativo o judicial que lo afecta, como una garantía mínima de procedimiento que el Estado debe asegurar. Dicha garantía a su vez posibilita el cumplimiento de otras garantías mínimas previstas en el mismo texto legal que se refieren al derecho del niño/a y adolescente a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas primordialmente en cuenta conforme a su madurez y desarrollo, debiendo participar activamente en dicho proceso.
La efectivización de esa garantía es responsabilidad del Estado, el cual debe adoptar una serie de medidas a tal fin. La designación de un abogado que asista al niño/a o adolescente es una actividad que la puede realizar por sí mismo, en función de su discernimiento y madurez, o puede ser suplido por una persona adulta, función que debe serle vedada a los progenitores si se trata de conflictos intrafamiliares. El rol de abogado del niño debe recaer en profesionales especializados en la materia que integren los cuadros de organismos de control externo de la administración pública o que sean contratados por dichos organismos a tales fines, y que se desempeñen en organizaciones no gubernamentales, colegios de abogados y/o universidades.

[15] STARÓPOLI, María del Carmen, el interés superior en la adopción homoparental. Entre lo que se quiere y lo que conviene, DFYP. Diciembre 2012, Año IV, Nº 11, pág 19. En este artículo, la autora expresa: "… Muy a pesar del esfuerzo por la inclusión en el ámbito de las relaciones familiares, los nuevos discriminados de hoy resultan ser los niños adoptados por homosexuales. ¿Por qué convertir al niño en objeto del deseo de los adultos cuando la ley lo reconoce como sujeto de derecho? ¿O por qué exponer al niño a una condena moral convirtiéndolo en recipiendario del desprecio por las decisiones de sus padres?... Tratándose de niños criados por parejas homosexuales, la psicología y la pediatría descubren la frustración de la tendencia natural de todo infante en los primeros años de edad a buscar un referente paterno y otro materno. En las familias tradicionales estos referentes naturales, se encuentra en los mismos progenitores biológicos. En cambio en los hogares homosexuales esta búsqueda se distorsiona y al no encontrar esos referentes en el hogar se los busca fuera del mismo… En conclusión cabe afirmar que la adopción homosexual no contribuye al desarrollo armónico integral del infante adoptado. Por lo tanto, el requisito de reservar el derecho de adopción únicamente a las familias heterosexuales es correcto y no constituye una discriminación de las familias homosexuales, pues si los hechos indican que es posible discriminarlo en

El derecho del niño a que los padres biológicos elijan la familia adoptante

Dejando de lado el derecho vigente, y teniendo en cuenta las posibilidades que el proyecto de reforma al Código Civil conlleva, no debemos olvidar la propuesta efectuada por cierta doctrina que entiende que corresponde al niño un derecho en virtud del cual puede ser programada su inserción en la familia adoptante por la elección de los padres biológicos, a través de una etapa previa y autónoma de la adopción en sede jurisdiccional, que evita el tránsito institucional del menor.

Dicho acto se define como aquel acto jurídico por el cual los padres biológicos manifiestan su voluntad en sede jurisdiccional, generando un nuevo vínculo filiatorio a favor de su hijo y la familia escogida, conforme el mejor interés de ese niño, y consecuentemente haciendo cesar la responsabilidad parental.[16]

Al no estar el niño en situación de vulnerabilidad de derechos, es innecesaria la intervención de los efectores del sistema de promoción y protección del Niño, del Poder Ejecutivo. En el mismo sentido, el temor al comercio de niños se ve desvanecida por la intervención judicial en el proceso de designación de familia adoptiva por los padres de origen.

Este derecho, entienden quienes lo sostienen, debería ser reconocido expresamente en el Proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial de 2012, y dejar escapar esa oportunidad, sería disvalioso.

La maternidad anónima y la adopción

No podemos dejar de mencionar en este trabajo, un caso que se verifica en el derecho comparado, especialmente en el derecho francés, y que ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Europea de Derechos Humanos.

---

función de un esteriotipo familiar, se está forzando una interpretación que contraría el espíritu de la ley…". Compartimos la opinión de la autora, en el sentido de que debe darse primacía al derecho del niño a ser adoptado y escuchado, por sobre el derecho de los padres a formular la petición de adopción, y, en consecuencia, el límite de adopción a las parejas homosexuales con ese fundamento no debería ser considerado discriminatorio o abusivo.

16 CEDOLA, Carolina y JORGE, Carina, El derecho del niño a que los padres de origen elijan la familia adoptante, DFyP, Años IV, Nº 11, Diciembre 2012, pág. 58.

Nos referimos a la maternidad anónima y la adopción, que fue evaluado por el máximo Tribunal europeo, en el célebre caso "Odièvre" en 2003.

La maternidad anónima es, en esencia, la facultad que en el derecho francés tiene la madre, que da su hijo en adopción, de no identificarse o de mantener la reserva de su identidad al momento de alumbrar[17]. A pedido de la madre, el hospital al registrar el nacimiento del menor, omite consignar el nombre de la madre y el hijo es entregado a un organismo estadual para luego de una espera, en general breve, comenzar el proceso de adopción.

Al tratar la legalidad de esta situación, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso "Odièvre" en 2003[18], entendió que la adopción con reserva de identidad, no vulnera el derecho que consagra el artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos. Este pronunciamiento, sin embargo, generó fuertes disensos entre quienes dieron supremacía al derecho de la madre de mantener su intimidad, y aquellos que entendieron que esa situación afectaba el derecho del hijo de conocer su origen biológico. En efecto, en la adopción con maternidad anónima se enfrenta el derecho de la madre a la libertad de poder renunciar a la maternidad y el derecho del hijo a conocer su origen biológico (materinidad sous X).

No está demás recordar que las adopciones realizadas en Francia con este sistema representan el 70% de las adopciones.[19] Y para enfrentar el abandono infantil, en Alemania, Austria, Bélgica, Italia, Suiza y varios países más, se ha creado una alternativa menos valiosa que consiste en una maternidad anónima "de facto", mediante el establecimiento de la "cuna anónima".

La cuna anónima consiste en una incubadora o receptáculo protegido, generalmente ubicado en lugares menos visibles, donde la madre abdicante deposita al bebé y cierra la puerta que automáticamente y luego de un breve tiempo, hace sonar un timbre que avisa del depósito anónimo de un bebé.

A diferencia de la cuna anónima, la materinidad sous X tiene amplio apoyo de la academia de medicina francesa y del comité nacional de ética de Francia, además del aval de la Corte Europea de derechos humanos.

---

[17] SOJO, Lorenzo, Maternidad anónima y adopción, DFYP, Familia, Diciembre 2012, Año IV, Nº 11, página 10.

[18] Luego ratificado por el mismo tribunal en el caso Kearns (2008) y Godelli (2012).

[19] Francia tiene alrededor de 600 casos anuales de maternidad sous X, pero no tiene cuna anónima y supuestos de abandono infantil.

Los autores especialistas sostienen que la salud de la madre y el hijo es la justificación principal y más legítima de la misma.

A diferencia de la situación europea, en nuestro país se valora mucho el conocimiento del origen biológico, sin perjuicio de que existan autores y pronunciamientos judiciales que descreen de que la verdad biológica sea un derecho ilimitado.

De hecho el reconocimiento de hijos puede efectuarse según el artículo 248 del Código Civil: por medio de una declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido (inciso 2) o por medio de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectuara en forma incidental (inciso 3).

Conclusión

De lo expuesto en este trabajo surge a todas luces evidentes que la intervención notarial en cuestiones que hacen a la adopción, son inexistentes a la fecha de lege data, y tampoco se han previsto inclusión de las mismas en el texto proyectado, sin perjuicio de que, en la historia del derecho argentino, esas incumbencias existieron y luego fueron retiradas.

No efectuaremos aquí un juicio de valor acerca de las razones que llevaron al legislador a separar la intervención notarial de los procesos de adopción. Simplemente diremos que entendemos que esta circunstancia resulta, al menos, un desaprovechamiento de los recursos legales vigentes en pos de una mayor celeridad en los procesos de adopción, en beneficio de los derechos del niño y los adoptantes, a que el proceso de adopción se concrete con la mayor celeridad pero también con la mayor seguridad jurídica posible.

En efecto, si se tienen en cuenta los supuestos tratados por la doctrina y comentados ut supra, en cuento, por ejemplo, al derecho del niño de que sus padres biológicos designen a la familia adoptante, entendemos que dicha designación bien podría hacerse por vía de declaración notarial (tal como hoy en día los padres pueden designar por testamento al curador de los mismos, sin perjuicio de la ulterior intervención judicial para dar forma y fin al proceso de adopción.

Lo mismo cabría decir respecto de la entrega de los menores en guarda o la eventual renuncia a la patria potestad por parte de los padres, para entregar al niño en adopción, que bien podría efectuarse, como antaño, con la intervención notarial.

En relación con el régimen de la adopción internacional, coincidimos con respetable doctrina especializada que entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente su disfavor a la adopción internacional, sin procurar con urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de niños.

Por lo expuesto proponemos:

- Que en el estado actual de la legislación y la situación social, así como la sobrecarga de la actividad jurisdiccional, proponemos se analice seriamente la conveniencia y utilidad de la intervención notarial en los procesos de adopción, en la realización concreta de actos jurídicos tendientes a perfeccionar la misma, al ser el notario un profesional idóneo del derecho que ejerce una función pública.
- No existen razones expuestas que justifiquen el retiro de ciertas incumbencias notariales en el proceso de adopción, que han correspondido a los notarios a lo largo de la historia del derecho, como atestiguan los textos de las leyes que fueron regulando el instituto a los largo del tiempo. La regulación vigente, y más aún la proyectada, debería hacer del trámite de adopción un procedimiento lo más eficiente y rápido posible, en atención a los intereses en juego.
- Coincidimos con respetable doctrina especializada que entiende que la República Argentina no puede prolongar indefinidamente su disfavor a la adopción internacional, sin procurar con urgencia mecanismos de protección legal que permitan prevenir y combatir la venta y tráfico de niños.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema I: "Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales".

FILIACIÓN
Esc. Karina a. Martínez

Desde 1978 se implementaron procedimientos de procreación humana, denominados de fecundación o procreación asistida como un mecanismo alternativo de la procreación humana natural. Estos procedimientos nacieron con la finalidad de superar situaciones de infertilidad que impedían concebir hijos por vía natural y que en la actualidad pasó a ser una forma alternativa de procreación.

En nuestro país no existe a nivel nacional una legislación específica sobre el tema, pero no obstante ello se pone énfasis en que el contenido de las normas que se dicten, tengan en cuenta el respeto a la vida y a la dignidad del hombre y hoy en día urge implementar soluciones legales frente al crecimiento de procedimientos en ésta materia ya que existen estás prácticas sin el marco legal que ameritan.

El Senado al tratar lo que luego fue sancionado como Ley 23.264 sobre filiación y patria potestad, manifestó que el proyecto de dicha ley no había tratado la problemática de la procreación asistida, ya que las técnicas de reproducción asistida, en aquel entonces implementadas eran de escasa práctica en el país. Luego en las Jornadas de Derecho Civil celebradas en Bariloche en 1989 se declaró la conveniencia de establecer una regulación jurídica adecuada y en las IV Jornadas de Derecho Civil Sanjuaninas de ese mismo año, se entendió necesario que se regulara el uso de técnicas biogenéticas.

Se han presentado varios proyectos pero hasta el momento no fueron convertidos en ley. Sin perjuicio de las normas proyectadas del Código Civil entiendo que debe ser inminente la sanción de una ley que regule todos los aspectos en ésta materia debido al avance tecnológico como tal, debe ir acompañado de una estructura jurídica que lo soporte para poder encarrilar éstas actividades y evitar que la misma se desnaturalice.

El Proyecto de Código Civil trata el tema de la filiación, que nos compete en el Título V, a través de ocho capítulos desde el artículo 558 al 593 planteando desde el inicio las fuentes de la filiación y el artículo 558 nos ilustra en el sentido que "la filiación puede tener lugar por na-

turaleza, mediante técnicas de reproducción asistida, o por adopción". Asimismo aclara que en cualquier caso surten los mismos efectos y que una persona no puede tener más de dos vínculos filiales".

Si nos detenemos en la normativa vigente el artículo 240 del Código Civil dicta que la filiación sólo puede ser por naturaleza ó adopción.

Se entendió que la fuente de la Procreación asistida es la naturaleza, vale decir sea por reproducción sexual o por técnicas de reproducción asistida, es la naturaleza, quien en ambos casos actúa para producir la concepción.

El articulo 560 dentro del capítulo 2 del proyecto reza sobre el consentimiento en las técnicas de reproducción humana asistida y así expresa: "El centro de salud debe recabar el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten al uso de técnicas de reproducción humana asistida. Este consentimiento debe renovarse cada vez que se procede a la utilización de gametos o embriones. La instrumentación de dicho consentimiento debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la mujer, o la implantación del embrión en ella".

En el precedente artículo se vislumbra la incumbencia del notario, ya que la norma prevé en forma expresa la protocolización y se complementa con la norma proyectada en el articulo 561 que prevé que "los hijos nacidos de una mujer por las técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre o de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo anterior, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos". No aclara la norma si es el mismo centro de salud, el que debe requerir al Escribano la protocolización del consentimiento, debiendo a nuestro juicio tener que tener un especial resguardo para evitar fraudes. Vale decir para reafirmar la importancia de esta incumbencia que la prestación del consentimiento informado y libre en materia de procreación asistida es, según las normas proyectadas, atributo de filiación.

Lo que cabe destacar de la norma proyectada es que en ningún caso se expide en el sentido de las consecuencias del consentimiento omitido (en cuyo caso el cónyuge de la gestante si no hubiera prestado el mismo no sería padre ó madre, en caso de matrimonio homosexual, de la persona por nacer, salvo que, con posterioridad lo adoptare o que el nacido iniciare una acción de filiación. Más aún sin decir el momento en

el cual debe ser prestado, no cabe duda alguna que el mismo debe ser realizado antes de la fecundación, ya que de ello depende nada mas y nada menos que la determinación de quien es padre de la persona por nacer o quien es la otra madre, en su caso.

Con respecto a la voluntad procreacional el Proyecto de Código Civil trata en el capítulo 2 a través del artículo 561 el tema dejando redactado al efecto: "los hijos nacidos de una mujer por técnicas de reproducción humana asistida son también hijos del hombre ó de la mujer que ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos del artículo antes citado (560) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos.

En el artículo proyectado no surge quién es el que debe proceder a la inscripción propiamente dicha del consentimiento en el Registro citado, ni tampoco el tiempo en que debería ocurrir la misma, pero es relevante como fuente de filiación desde el momento en que por ésta técnica de procreación asistida, la gestante será madre y el otro padre sea varón o mujer, y lo serán en la medida que hayan prestado el consentimiento informado y libre para la realización de la práctica y no, quien haya aportado el semen, como sucede en la actualidad.

Mazzinghi expresa por su parte en relación a este tema que "considera excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la maternidad y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva". Dice dicho autor que "cuando se trata de filiación el objeto es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos.

Por su parte Zannoni expresa por su parte "que aunque en general la existencia de la voluntad procreacional orienta respecto del reconocimiento del hijo, su ausencia no impide, en su caso, que se constituya la relación materno-filial".

Coincidiendo con el Doctor Zambrizzi que para la determinación de la filiación en el supuesto de aplicación de técnicas de procreación asistida, se deje de lado tanto la gestación, como la aportación genética, que según la actual normativa constituye uno de los pilares en que se fundamenta la paternidad y que en la redacción del Proyecto de Código Civil se ve reemplazada por la voluntad procreacional, materializada mediante una manifestación de voluntad de querer ser padre o madre de la persona por nacer mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida.

Frente a lo expuesto podrían plantearse graves problemas de seguridad jurídica afectando el interés superior del niño por nacer.

Podríamos completar ésta reseña con lo previsto en el articulo 562 del proyecto que hace referencia a la maternidad subrogada llamada "Gestación por sustitución: el consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a los previsto por el 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; f) la gestante no ha recibido retribución; g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de dicha autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

De acuerdo a lo transcripto para la validez del acuerdo se requiere homologación judicial previa de lo contrario se aplicarían las reglas de la filiación por relación sexual natural entre el hombre y la mujer, según las cuales, al igual que en la normativa vigente madre es quien lo gesta y padre quien aporta el semen para fecundar.

Ponencia

Y VISTO: Que en el caso de Argentina, existe un proyecto de reforma del Código Civil que se encuentra en estudio en el Congreso de la Nación, cuya sanción implicaría la introducción de la figura trascendente en materia de procreación asistida que pasaría a introducir al ordenar jurídico una nueva forma de filiación.

Apuntando a la meta de concretar en forma efectiva y jurídica el otorgamiento del consentimiento de quienes serán futuros padres, para dar virtualidad al necesario soporte jurídico que la institución requiere, y

dado que la labor del notario debe prevenir litigios y asegurar la certeza de la voluntad de los requirentes, juntamente con elementales razones de legitimidad, seguridad y prudencia como necesidad fundamental del orden jurídico se recomienda:

"Afirmar que la intervención del notario en la instrumentación de la respectiva expresión de voluntad de reconocimiento de paternidad en los casos de tratamientos médicos de fertilización, siendo éste profesional idóneo en la técnica jurídica notarial y depositario de la fe pública, brindará certidumbre sobre la legalidad del acto y la exacta formulación jurídica, con el fin de eliminar en lo posible, controversias ulteriores".

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema I: "Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales".

I. DERECHO DE FAMILIA: MATRIMONIO

Escribana María Laura Morales
Jujuy - República Argentina

1. Introducción

1.a. Breve reseña histórica del tratamiento normativo de la institución del Matrimonio en la República Argentina desde la sanción del Código Civil hasta la Ley 23.515. Influencia de la Iglesia Católica

El Régimen del Matrimonio ha sido desde sus orígenes influido por la Iglesia Católica, quien pretendió regularlo, dada la particular naturaleza de esta institución, la cual no es solamente civil, sino que además esta gobernada por principios morales y religiosos. Además de ello, tradicionalmente en las diversas culturas, se acompañó al Matrimonio con celebraciones religiosas, solemnizándolo de esta manera.

En sus orígenes el catolicismo tuvo el monopolio de la celebración del Matrimonio, y reaccionó enérgicamente ante la laicización del mismo.

El Código Civil fue redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield e instituido en 1869. En lo que respecta al matrimonio y las relaciones familiares, ese texto sólo se limitaba a convalidar jurídicamente el código canónico, por lo que el régimen católico mantuvo todo su imperio, ya que el matrimonio seguía, por este código, siendo religioso, debía ser celebrado según los preceptos de la Iglesia Católica (articulo 167), y se excluía el matrimonio meramente civil, incluso para contrayentes que no fueran de la fe católica, los que debían casarse según las leyes y los ritos de la iglesia a la que pertenecieran. A pesar de ello se reconocía validez civil a los matrimonios entre disidentes o no cristianos que fueran celebrados de conformidad a las leyes del Código y ritos de la Iglesia a los que los contrayentes pertenecieran (articulo 183). Dicho Código contenía trece Capítulos denominados Régimen del matrimonio, De los esponsales, De la celebración del matrimonio, Del Matrimonio celebrado con autorización de la Iglesia Católica, Del Matrimonio celebrado sin autorización

de la Iglesia Católica, Derechos y obligaciones de los cónyuges, Del Divorcio, Del Divorcio de los casados ante la Iglesia Católica o con la autorización de ella, Del divorcio entre los casados sin autorización de la Iglesia Católica, Efectos del divorcio n toda clase de divorcios, De la Disolución del Matrimonio, De la nulidad del Matrimonio y por último De las segundas o ulteriores nupcias, la mayoría de los cuales evidencian el fuerte acogimiento a las normas canónigas. Como puede observarse el Codificador no consagró en su articulado al Matrimonio civil, ni siquiera para resolver los casos de las personas que desearan contraerlo pero que no pertenecieran a ningún culto religioso.

En 1880, en pleno modelo agroexportador y cuando gobernar era poblar, la Iglesia manejaba la educación y registraba nacimientos, casamientos y defunciones. Sin embargo la generación liberal que gobernó el país luego de Caseros comenzó a propugnar el casamiento civil. Claro que, como se puede leer en el diario de sesiones, el matrimonio civil no era sólo un reclamo de los inmigrantes (aunque resultaba conveniente a muchos criollos que así se creyera). El tema de fondo era, la ampliación de derechos. Cuando el presidente Juárez Celman ingresó el proyecto en el recinto, mandó la siguiente nota: "Las leyes que reglamenten el matrimonio deben inspirarse en el mismo espíritu liberal de la Constitución, para que sea una verdad la promesa de 'asegurar los beneficios de la libertad para nosotros, para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino'". Incluso insistió en que un contrato "de tanta trascendencia" no debía entregarse "a los ritos de las diversas religiones que existan en la República; tanto más, cuanto que muchos de sus habitantes no profesan culto externo alguno".

La "Generación del 80" fue una época de avance de la laicidad en Argentina, y fue en ese marco ideológico, que se dictó la primera ley de matrimonio civil, en septiembre de 1867 en la Provincia de Santa Fe, durante el gobierno de Nicasio Oroño. Pero fue tal la oposición del catolicismo que a comienzos de 1868, la Iglesia originó una gran revuelta, la cual terminó con la renuncia del Gobernador Oroño. Un año después, bajo el gobierno de Mariano Cabal, la nueva legislatura derogó la ley.

Casi veinte años después de la sanción del Código Civil, el 12 de noviembre de 1888, fue instituida por el Congreso la Ley número 2393, la cual en ocho artículos que modificaban el Código de Vélez Sarsfield, implantó el Matrimonio Civil. Dicha Ley establecía el régimen legal aplicable al Matrimonio, normando que: "Los derechos y las obligaciones personales de los cónyuges son regidos por las leyes de la República, mientras permanezcan en ella, cualquiera que sea el país en que hubie-

ran contraído matrimonio", establecía los impedimentos para contraer el mismo en siete incisos y por último establecía que "La mujer mayor de doce años y el hombre mayor de catorce, pero menores de edad, y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, no pueden casarse entre si, ni con otra persona, sin el consentimiento de su padre legítimo o natural que lo hubiese reconocido, o sin el de la madre a falta de padre, o sin el de tutor o curador a falta de ambos, o en defectos de estos, ni el del Juez". En consecuencia dicha ley impuso al matrimonio como un acto solemne, cuya existencia estaba condicionada al cumplimiento de una forma determinada y que consistía en la declaración del consentimiento ante el oficial del Registro Civil, siendo inoperante para generar el vínculo que él mismo se expresara ante un ministro del culto o un funcionario distinto del expresado.

Frente a la sanción de esta norma, la Iglesia tuvo una fuerte oposición y la ley de matrimonio civil fue denunciada como un ataque a la familia, a la tradición y a las mismísimas bases de la cultura y la sociedad, hasta tal punto que quienes inicialmente se casaron por civil fueron señalados por sus vecinos católicos como parejas de hecho, sin reconocerlos como verdaderos esposos.

Posteriormente, el 14 de diciembre del año 1954, el gobierno peronista sanciona la Ley 14.394, la cual en su articulo 14 modifica a la Ley 2393 en cuanto a la edad mínima para contraer matrimonio, y la cual reza lo siguiente: "Para contraer matrimonio se requiere que la mujer tenga 14 años cumplidos y el hombre 16. Podrá contraerse válidamente con edad menor cuando hubiera concebido la mujer, de aquel con quien pretenda casarse. Podrá también obtenerse dispensa de la edad en los supuestos contemplados en el artículo 132 del Código Penal la que será acordada a pedido de los interesados por el juez de la causa en las condiciones establecidas por dicho artículo. El matrimonio celebrado en infracción a la edad mínima no podrá anularse si los cónyuges hubiesen cohabitado después de llegar a la edad legal, ni cualquiera fuese la edad, si la esposa hubiese concebido". Asimismo esta Ley por primera vez en la historia de la República Argentina autorizaba el divorcio, pero dicha institución tuvo poca vigencia, ya que la misma fue derogada tras el golpe militar de 1955, donde la Iglesia Católica (quien se sintió sumamente atacada frente a un divorcio que extinguía el vínculo matrimonial), contribuyó decisivamente en la campaña para derrocar a Juan Domingo Perón.

A pesar del fuerte rechazo de la Iglesia Católica a la regulación del matrimonio civil, a lo largo de los años, la Ley 2393 rigió sin mayores inconvenientes, permitiendo una pacífica convivencia entre Estado e

Iglesia, puesto que los contrayentes no dejaron además de celebrar su unión bajo el culto religioso. Esto se debió a que ambas instituciones coincidían en garantizar la estabilidad de la familia y el matrimonio, para lo cual se impusieron una serie de normas que protegían la indisolubilidad del casamiento, la jefatura del hogar en cabeza del marido (regente de la familia a la cual estaban sujetos la esposa y los hijos) y la discriminación de la filiación fuera del matrimonio, entre otras.

Sin embargo los cambios sociales, culturales, políticos y económicos que se produjeron a lo largo de los tiempos, causaron la modificación del modelo de familia, produciendo cambios estructurales tales como la desaparición de la primacía del marido en el seno de la familia, la ampliación y extensión de los derechos de la mujer hasta establecerse el principio constitucional de la plena igualdad del hombre y la mujer y la aceptación y necesidad de instaurar la disolubilidad del vínculo matrimonial.

Como consecuencia de estos cambios sociales, finalmente, y a pesar de fuertes actos de protesta de poderosos sectores católicos, el 3 de junio de 1987 el Congreso de la Nación, bajo el gobierno de Raúl Alfonsín, sancionó la Ley número 23.515 del Matrimonio Civil y Familia, la que se conoció históricamente como "Ley de Divorcio". Pero a pesar de instituir el divorcio vincular, esta normativa modificó una serie de artículos, que arremeten también contra aquellas que establecían discriminaciones que limitaban a las mujeres, quienes ganan, entre otros derechos, la igualdad de condiciones para fijar el domicilio legal y el de optar si desean o no usar el apellido de su marido. Esta norma produce profundas modificaciones en el Título 1: Del Matrimonio, de la Sección Segunda del Libro Primero del Código Civil y que en su mayoría se encuentran actualmente vigentes.

Nuevamente la aprobación de la nueva norma desató una fuerte oposición de la Iglesia Católica, situación que ya se atisbaba desde la sanción de la ley 23.264 de Filiación y Patria Potestad, la cual extendía a las madres las atribuciones sobre sus hijos. Fue tal la oposición del catolicismo, que el propio Papa Juan Pablo II, a través de la Nunciatura y de feligreses y activistas, se encargó de manifestar su disenso con la sanción de la ley del divorcio.

Sin embargo, la Ley 23.515 mantuvo su vigencia en la República Argentina sin mayores sobresaltos, hasta que un nuevo movimiento minoritario, comenzó a agitarse en el seno de la sociedad argentina, con el fin de su reconocimiento, buscando una vez más la ampliación de los derechos. Es así que la Comunidad Homosexual Argentina-CHA (Personería Jurídica otorgada el 17 de mayo de 1992) intentó, a lo largo

de más de una década, impulsar una ley que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo. Cabe aclarar que ésta Organización se conforma por personas homosexuales, travestis, transexuales y bisexuales que trabajan ad-honorem por la no discriminación en razón de su orientación sexual e identidad de género.

Como hechos históricos previos a la sanción de la ley del Matrimonio Igualitario, cabe destacar, la aprobación del proyecto de Ley número 1004 de Unión Civil en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, presentado por la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), ocurrido el 12 de diciembre de 2002. Si bien se refiere a una institución distinta y con alcances limitados (por ser una ley tratada por legislatura local), abarca tanto a parejas del mismo como de distinto sexo, y sirvió como apoyo a las distintas organizaciones locales que reclaman el reconocimiento a nivel nacional de los derechos para las parejas homosexuales (Unión Civil Nacional y Matrimonio). Luego de que se aprobara en la Ciudad de Buenos Aires, otras provincias se plegaron y sancionaron leyes similares tales como la provincia de Río Negro y las ciudades de Carlos Paz y Río IV, de la Provincia de Córdoba.

A partir de ello, numerosos proyectos de ley fueron ingresados al Congreso de la Nación con el objeto de obtener la modificación de la legislación vigente y permitir a las personas de idéntico sexo contraer matrimonio en igualdad de condiciones que los heterosexuales, los cuales en su mayoría no tuvieron consenso parlamentario.

Luego de 23 años de vigencia de la Ley 23.515, se plantea en el recinto del Honorable Congreso de la Nación un proyecto de ley, presentado por la Diputada Victoria Vilma Ibarra del partido político Frente para la Victoria, el cual propugna un nuevo modelo matrimonial: casamiento entre homosexuales. Cabe destacar que el debate sobre la legislación autorizando el matrimonio entre personas del mismo sexo comenzó a partir de la campaña nacional por la igualdad jurídica lanzada por la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans, bajo la consigna "Los mismos derechos, con los mismos nombres".

Luego de un arduo debate, el 15 de julio de 2010, la Cámara de Senadores sancionó una ley modificatoria del Código Civil, bajo el número 26.618, que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo, por 33 votos a favor frente a 27 en contra y 3 abstenciones.

La Ley 26.618 introduce un nuevo paradigma, puesto que suprime la diversidad de sexo como requisito intrínseco esencial para la existencia del matrimonio. Esto generó un gran debate en la sociedad argentina, y las opiniones se dividieron entre las siguientes posiciones: a) a favor de

la equiparación total de las parejas homosexuales y heterosexuales en cuanto al acceso al matrimonio, con los mismos derechos y obligaciones, b) rechazo total a una legislación que habilite a la pareja homosexual a contraer matrimonio, si bien en general acepta que mediante un régimen de unión civil se concedan derechos tales como el beneficio de pensión, el de obra social, ciertos derechos de orden patrimonial, entre otros. La objeción fundamental de esta postura giraban alrededor de dos puntos centrales: 1. La utilización del vocablo "matrimonio" para la unión homosexual y 2. La posibilidad de adopción a parejas de este tipo, y c) postura intermedia entre las dos anteriores, la cual propone que se formule para las parejas homosexuales y heterosexuales legislaciones distintas acerca de sus derechos y obligaciones.

Al igual que en épocas anteriores, frente a la reformas legislativas acerca de la Institución del Matrimonio, la discusión en el Senado pasaba por igualar los derechos de una minoría y la Iglesia veía la reforma como una amenaza a la familia y una violación a "la ley de Dios". La Iglesia reiteró su postura, fundamentándola en que el bien del matrimonio y la familia es "inalterable", advirtiendo que no hay una realidad análoga que se le pueda igualar, ya que no puede asimilarse a una unión cualquiera entre personas; por el contrario tiene características propias e irrenunciables, que hacen del matrimonio la base de la familia y de la sociedad, advirtiendo que otorgar un reconocimiento legal a la unión entre personas del mismo sexo, equiparándola en un plano jurídico análogo al del matrimonio y la familia, el Estado actuaría erróneamente y entraría en contradicción con sus propios deberes al alterar los principios de la ley natural y del ordenamiento público de la sociedad argentina.

1.b "Matrimonio Igualitario"- Ley 26.618

La ley 26.618 sancionada en el año 2010, conocida como "Ley de Matrimonio Igualitario", produjo no sólo un profundo impacto en el seno de la sociedad argentina, sino que además generó serias repercusiones en el ordenamiento jurídico vigente en su totalidad, ya que resultaron alteradas varias ramas del Derecho argentino y no tan sólo el Derecho de Familia, como podría llegar a pensarse.

La disposición legislativa mencionada produjo un cambio en el paradigma vigente, generando un nuevo pensamiento acerca de una institución básica del derecho de familia, al desaparecer la concepción tradicional del matrimonio como unión intersexual del hombre y la mujer. Como consecuencia de ello se instauró un nuevo marco axiológico diferente del

tradicional, que trajo aparejado un cambio en las concepciones de orden público, moral y buenas costumbres y que implicó el establecimiento de la institución matrimonial con una estructura sustancialmente diferente.

Ello se realizó en aras de la absolutez de los principios de libertad e intimidad, así como el principio de igualdad ante la ley, consagrados por la Constitución Nacional. La igualdad y el interés individual adquieren entonces una jerarquía superior frente al bien común y al interés familiar.

La Diputada Victoria Vilma Ibarra, autora del proyecto, justificó la necesidad de la reforma legislativa sosteniendo que mantener el impedimento de diversidad de sexo para la consagración del matrimonio implicaba una discriminación fundada en la orientación sexual, violatorias de los principios constitucionales de respeto a la vida privada e igualdad, consagrados en el artículo 16 y 19 de la Constitución Nacional[1].

Siguiendo al Doctor Belluscio[2] diremos que en relación a este tema, precisamente la igualdad no es la que está en juego, ya que dicho principio debe interpretarse según lo ha establecido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (con adhesión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos): "el principio de igualdad de todas las personas ante la ley no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que concede a otros en iguales condiciones"[3]. De ello deriva que el principio de igualdad no es absoluto, puesto que nada impide que la ley ante situaciones y circunstancias desiguales, imponga un tratamiento jurídico diferente.

Analicemos entonces si las parejas del mismo sexo se encuentran en un pie de igualdad con las parejas heterosexuales. La respuesta resulta a todas luces negativa, la situación de una pareja homosexual en comparación con la heterosexual no es la misma en aspectos tales como biológicos, naturales, antropológicos y sociales. A título de ejemplo podemos citar la imposibilidad biológica de procreación de las parejas

---

1 "Artículo 16 CN: La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. *Todos sus habitantes son iguales ante la ley*, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas".
"Artículo.19 CN: Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

2 Belluscio, Augusto C. "La Ley de Matrimonio 26.618", 6 de enero de 2011.

3 González, Joaquín V. "Manual de la Constitución Argentina". Ed. Estrada, 1898, Nº 107, p. 126.

del mismo sexo, la que jamás podrá lograr la reproducción de la especie humana por si sola sin recurrir al aporte de terceras personas del sexo opuesto (en el supuesto de la unión de dos hombres será necesario el aporte de un óvulo de la mujer, con el consecuente embarazo y parto, mientras que en el supuesto del matrimonio de dos mujeres será necesario que un hombre sea dador de semen). Bidart Campos[4] sostiene que esta diferencia se extiende a los roles personales, al modo de ser y de vivir e incluso a la identidad que les da sustento y que tiene la impronta personal del sexo de cada uno. La misma sexualidad del género humano impone una desigualdad de hecho que justifica la desigualdad jurídica porque expresa una proporcionada relación entre las diferencias objetivas y los fines de las normas[5].

En consecuencia, al existir diferencia de circunstancias entre dichas parejas, no podría configurarse nunca la discriminación, el legislador al imponer el requisito de la diversidad de sexo como requisito intrínseco para la celebración del matrimonio simplemente estaba respetando una diferencia impuesta por la naturaleza, sin que ello pueda considerarse una discriminación arbitraria de su parte. "Omitir mencionar la existencia de diversidades básicas y fundantes en parejas hetero y homosexuales, y pretender encontrar en la diferencia de tratos o regímenes una discriminación constituye una verdadera arbitrariedad porque se oculta el fundamento de circunstancias y condiciones que habilitan un trato diferente a lo que esencialmente es distinto"[6]. Incluso los términos "Matrimonio Igualitario" se encuentran mal empleados, puesto que no condice con la realidad de los hechos como quedo demostrado.

En conclusión, comprobado de que no existe una situación de igualdad entre las parejas heterosexuales y homosexuales, hubiera sido coherente que el Congreso de la Nación elaborara una legislación que contemplara las características particulares de las parejas de idéntico sexo a través de la creación de un Instituto Civil específico, respondiendo así a sus necesidades, y no mezclar situaciones dispares en una misma regulación jurídica, legalizando la desigualdad. Inclusive esto es sostenido por tribunales internacionales, tales como la Corte Europea de Derechos, quien recientemente resolvió que no existe discriminación si a las parejas de

---

4 Bidart Campos, Germán. "Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo".

5 Belluscio, Augusto C. "La Ley de Matrimonio 26.618", 6 de enero de 2011.

6 Avellaneda, M. Mitre, A. "Hacia nuevos horizontes de la ley 26.618. Necesidad de una reforma en materia de adopción y filiación", XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

diverso sexo se les otorga protección a través de un instituto alternativo (parteneriado registrado), excluyéndoles el acceso al matrimonio, puesto que las normas que impiden el matrimonio homosexual no violan ningún derecho reconocido por los tratados de derechos humanos.

No podemos dejar de destacar que la sanción de la Ley respondió a los intereses de un grupo minoritario de la sociedad, quienes argumentaban que era imperiosa la modificación legislativa para responder a las necesidades de los cambios sociales y culturales. Sin embargo considero que la sociedad argentina no estaba preparada para un cambio tan radical de las instituciones de familia y su consecuente cambio de valores y costumbres sociales tan arraigadas en la idiosincrasia argentina. Cabe preguntarse entonces, si realmente la reforma obedeció a una necesidad social y cultural o simplemente se buscó complacer a ciertos sectores sociales minoritarios, que de ninguna manera reflejaban el sentir de la mayoría de los argentinos. En este sentido hubiera sido aconsejable llamar a consulta popular de acuerdo a lo normado por el artículo 40 de la Constitución Nacional a efectos de que el legislador se convenciera de que la misma gozaba de consenso social. Por el contrario, la ley 26.618 fue sancionada sin la reflexión profunda y la evaluación acorde del impacto que produciría la misma no tan solo en el ordenamiento jurídico, sino en la sociedad en sí, llamando la atención la premura de su aprobación, cuando existían otros temas de derecho de familia que necesitan una regulación legal y que tienen demanda social de antaño, como por ejemplo las uniones de hecho.

En razón de lo arriba expuesto, muchos doctrinarios argentinos han sostenido la inconstitucionalidad de la ley 26.618, sin embargo hasta la fecha de la realización del presente trabajo, ningún órgano jurisdiccional de la República Argentina se expidió sobre el tema, por lo que hasta el momento no se conoce la opinión de la justicia en relación a la constitucionalidad o no de la norma en cuestión.

En cuanto al contenido de la mencionada norma, la misión fundamental del legislador consistía en suprimir el requisito de la diversidad de sexo como elemento constitutivo para la existencia del matrimonio, por lo que se reformaron los artículos 172 y 188 del Código Civil, estableciendo que con prescindencia de la sexualidad de los contrayentes, el matrimonio podría celebrarse validamente con idénticos efectos. Una vez obtenido el resultado normativo buscado, los congresistas se limitaron a modificar numerosos artículos del Código Civil y de algunas leyes complementarias, con el fin de realizar simples adaptaciones terminológicas. Coincido con

Graciela Medina[7] en que esta metodología es de criticable técnica jurídica, ya que solamente se buscaron los términos que indicaban diferencias de sexos como marido-mujer, esposo-esposa, padre-madre, viudo-viuda, entre otras y se las reemplazo por voces neutras como cónyuges, contrayentes y padres, lo cual según la autora resulto ingenuo, insuficiente, inexacto y de una superficialidad jurídica insólita.

Sin embargo la Ley 26.618, no sólo estableció la modificación de los artículos 172 y 188 del Código Civil, y realizó adaptaciones terminológicas, sino que además en algunos de sus artículos estableció la diferencia de régimen entre matrimonios de igual o diferente sexo frente a algunos institutos, tales como en el caso del artículo 206 y la separación personal de los cónyuges, el artículo 326 referente al nombre del hijo adoptivo, el artículo 8 de la Ley 18.248 en relación al nombre de las personas casadas, entre otras.

Lamentablemente el legislador no tuvo en cuenta el impacto que produjo la modificación de una institución tan básica y esencial para el derecho de familia, como lo es el Matrimonio, generando gran confusión en el seno del ordenamiento jurídico, quedando numerosos institutos sin ser adecuados a la nueva realidad legal, tales como las estructuras de parentesco, la organización del régimen filiatorio y las reglas sucesorias, además de numerosas normas de diferentes ramas del derecho tales como las penales, comerciales, laborales, tributarias, administrativas y procesales. Asimismo dicha ley significó un retroceso en los derechos tan largamente conquistados por la mujer y colocó en situación privilegiada a los matrimonio de homosexuales frente a los heterosexuales.

Siguiendo a Graciela Medina, podemos afirmar que la ley al suprimir las voces que aluden al sexo femenino tales como mujer, madre, abuela, tía, esposa y viuda, produjo un serio perjuicio al sexo femenino vulnerando los derechos de la mujer y de su igualdad jurídica. En este sentido debemos mencionar: a) El establecimiento del parentesco colateral solo por línea paterna a partir de los abuelos y bisabuelos, produce un efecto discriminatorio para la mujer, al suprimir las relaciones derivadas de las abuelas y bisabuelas. b) En relación al apellido de la mujer luego del matrimonio, también se genera una discriminación arbitraria para las mujeres en matrimonios heterosexuales, ya que aquellas que se unan a

[7] Medina, Graciela. “Ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso legislativo de los derechos de la mujer”, Revista de Derecho de Familia y persona, La Ley, año II, Nº 5, junio 2010.

otra mujer podrán optar por el apellido de familia, mientras que las que se unen a un hombre se encuentran impedidas de poder hacerlo. c) En relación al apellido de los hijos, la ley introduce nuevamente un régimen dispar y desventajoso para la mujer de un matrimonio heterosexual, ya que ésta se encuentra impedida de otorgar su apellido en primer término a sus hijos, mientras que, en una unión homosexual de mujeres, los hijos de las mismas llevaran como primer apellido el de cualquiera de ellas.

En cuanto a la guarda de los hijos en la separación personal y el divorcio, se establece que para los matrimonios heterosexuales, la tenencia de los hijos menores de 5 años estará a cargo de la mujer, mientras que en los casos de matrimonios constituidos por cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. En consecuencia esta norma establece un régimen más beneficioso para los hombres de matrimonio homosexuales, puesto que en los matrimonios heterosexuales, la guarda corresponderá siempre a la mujer, sin tener en cuenta el interés del menor.

Asimismo en cuanto a la filiación, su reconocimiento y las presunciones de paternidad y maternidad, la ley de referencia confiere la posibilidad de que dos hombres o dos mujeres tengan uno o más hijos cada uno de ellos, que adopte uno de los cónyuges al hijo del otro o bien que recurran a técnicas de procreación, donde los matrimonios homosexuales de hombres deberán acudir a una mujer que aporte el ovulo y geste al niño; y los de mujeres a un hombre dador de semen. Sin embargo, el ordenamiento jurídico argentino no contiene normas que regulen los efectos de la procreación médicamente asistida a lo que debe sumarse que la Ley 26.618 no excluye la aplicación de las presunciones de paternidad matrimonial a las parejas homosexuales, lo que genera gran desconcierto en el régimen filiatorio a aplicarse en los supuestos arriba indicados. En este sentido, los hijos de matrimonios de idéntico sexo podrán tener dos madres y un padre o viceversa, sin que exista norma alguna que establezca como será el ejercicio de la patria potestad ni las relaciones de parentesco entre ellos, por lo que se plantean las siguientes cuestiones: la Patria Potestad será ejercida por tres personas, en un régimen concebido y reglado para dos personas, lo que generará además derechos sucesorios para los tres progenitores, sin que la normativa sucesoria vigente lo permita, el niño será hijo matrimonial y extramatrimonial al mismo tiempo y tendrá deberes alimentarios en relación a tres padres; entre otras. En relación a la presunción de paternidad que impone la ley para los hijos nacidos durante el matrimonio no puede aplicarse en los matrimonios de personas de idéntico sexo, ya que biológicamente es ne-

cesario la unión de elementos masculinos y femeninos para la gestación del embrión, en las parejas del mismo sexo no existe un vínculo filiatorio natural que involucre conjuntamente a ambos cónyuges. Las normas contenidas en el Código Civil acerca de la determinación de la filiación se aplican a aquella que tiene lugar por naturaleza, sin que puedan ser aplicadas de manera analógica a la filiación proveniente de otras fuentes.

Si centramos la mirada en los derechos sucesorios, a raíz de la vigencia de la Ley 26.618, las parejas del mismo sexo se encuentran en una situación de privilegio en comparación a las heterosexuales, en relación a los derechos de la nuera viuda, ya que en los primeros cualquiera de sus integrantes tendrá derecho a los mismos, mientras que en los segundos estos están vedados al hombre viudo.

En conclusión, dado el desfasaje que existe actualmente entre la nueva regulación del Matrimonio y otras Instituciones y leyes del Derecho argentino, propugno una nueva reforma legislativa, que sea reflexiva y profunda y que genere una revisión integral del ordenamiento jurídico argentino, sistematizando el Derecho de Familia con todas las normas del ordenamiento jurídico que tengan incidencia o vinculación con el Matrimonio.

Respecto a la incidencia que tuvo la modificación legislativa y la sanción de la Ley de referencia en la actividad notarial, estamos en condiciones de afirmar que no ha resultado tener un gran impacto para el quehacer diario en las notarias por cuanto, en primer lugar los matrimonios de idéntico sexo que se presentan ante el escribano, por lo menos en la Provincia de Jujuy, son casos excepcionales, dado el porcentaje bajo de casamientos homosexuales que se han dado en nuestra jurisdicción. Sin embargo como consecuencia de la equiparación de matrimonios homosexuales y heterosexuales, el notariado se ha visto obligado a modificar la redacción de sus escrituras e instrumentos privados, donde se ha debido reemplazar los términos marido y mujer, esposo y esposa, padre y madre, entre otros, por vocablos neutros como cónyuges, esposos o contrayentes. Por otra parte, en el caso de la comparecencia de la escritura pública, resulta de buena técnica notarial, presentar a los comparecientes (cónyuges homosexuales) respetando el orden alfabético de sus apellidos. En cuanto al asentimiento conyugal o la representación de menores en ejercicio de la Patria Potestad se da la particularidad de tener a esposos de idéntico sexo ante el notario prestando la conformidad debida o ejerciendo la representación legal correspondiente.

1.c. Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11-PEN)

A comienzos del año 2011, por iniciativa del Poder Ejecutivo Nacional de la República Argentina, se creó mediante Decreto del Poder Ejecutivo Nacional número 191/11, la "Comisión para la elaboración del Proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación", la cual estuvo integrada por los Doctores Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci; los dos primeros nombrados miembros actuales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta Comisión tuvo la misión de elaborar un Anteproyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la República Argentina, aclarando que no se trataba de la reforma de las normas vigentes, sino de la producción de un nuevo Código que contemplara las actuales demandas sociales. Para efectuar semejante tarea, la mencionada Comisión buscó dar una amplia participación a los profesores especializados en la materia durante el proceso de elaboración del proyecto, con la finalidad de reflejar el más elevado grado de consenso positivo.

La Comisión redactora, casi un año después de su creación, elevó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación al Poder Ejecutivo en fecha 24 de febrero de 2012, en cumplimiento al procedimiento que corresponde seguir en un proceso codificatorio, el cual consiste en que la comisión redactora elabora un anteproyecto, lo eleva al Poder Ejecutivo Nacional y éste, luego de hacer las modificaciones que crea conveniente en virtud de ser quien tiene la iniciativa legislativa, lo eleva al Congreso de la Nación. El Poder Ejecutivo Nacional recibió el anteproyecto, realizó una serie de modificaciones, y lo remitió al Congreso de la Nación para su aprobación.

El anteproyecto a analizar por el Congreso está compuesto por 2.671 artículos. Entre sus modificaciones más importantes figuran las vinculadas con fertilización asistida, la posibilidad de agilizar el trámite de adopción, la regulación de las uniones de hecho y de las sociedades unipersonales, la implementación de los acuerdos prematrimoniales y el divorcio "express", para el cual ya no habrá que justificar las razones de la finalización del vínculo matrimonial. De esta forma, se busca unificar la legislación civil y comercial y actualizar la vigente "en materia de personas, especialmente en sus relaciones familiares, desde la óptica de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos.

El método del presente proyecto consiste en regular una parte general común a todo el ordenamiento civil y comercial, partes generales de cada una de las ramas del Derecho y en algunos casos incluye partes generales para cada Institución. En relación al Matrimonio, el Código Proyectado incluye el título "De las relaciones de familia" donde incorpora principios generales, pero adiciona además en el Capítulo 1 principios generales específicos para la Institución referenciada, los cuales consisten en los principios de igualdad y libertad. Históricamente nuestra legislación impuso normas de carácter imperativo para regular las instituciones del derecho de familia, esta filosofía se ha transformado en el Proyecto, siendo el principio rector la autonomía de la voluntad en la determinación de las relaciones personales y patrimoniales.

Con los principios de libertad e igualdad como rectores de la institución matrimonial, el legislador busco establecer un sistema lo suficientemente neutro como para acoger a los opuestos modelos familiares que conviven en la sociedad del siglo XXI, como lo son la familia nuclear, la familia monoparental, la familia ensamblada o recompuesta, la familia homosexual, la familia matrimonial y la extramatrimonial.[8]

Dichos principios serán desarrollados con mayor amplitud en la parte pertinente del presente trabajo.

Nuevamente la Iglesia Católica expresó su opinión respecto a la reforma proyectada, y lo hizo a través de un importante documento emitido por la Asamblea Plenaria de la Conferencia Episcopal Argentina el 27 de abril de 2012, el cual se denominó "Reflexiones y aportes sobre algunos temas vinculados a la reforma del Código Civil". Dicho documento se estructura en una presentación, 10 capítulos y 38 apartados y, en su sintético texto, condensa un importante número de temas que aportan al fondo del debate sobre la reforma del Código Civil y efectúa las siguientes consideraciones: Señala la importancia del Código Civil en la vida y cultura de la Nación; expresa la necesidad de un amplio debate con participación federal, defiende el derecho y el deber de la Iglesia de dar a conocer a toda la sociedad su pensamiento en estas delicadas materias; expresa que la ley no se limita a tomar una fotografía de lo que ocurre sino que tiene que ordenar las conductas hacia el bien común con respeto a la ley natural y advierte sobre el carácter "modélico" del

---

8 Medina, Graciela. "Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Septiembre 2012, pág. 281.

Código Civil; valora algunos puntos del anteproyecto vinculados con los derechos personalísimos, la protección de la vivienda y las comunidades indígenas; y en relación al Matrimonio se reafirma el valor de la familia fundada en el matrimonio entre varón y mujer, que es anterior al Estado, y se denuncia el vaciamiento de la institución familiar, expresando con claridad que no cualquier forma de convivencia es conforme a la naturaleza humana y que el proyecto no reconoce el matrimonio indisoluble. Se afirma que la equiparación entre matrimonio y uniones de hecho no contribuye a dignificar al matrimonio.

Actualmente dicho Proyecto se encuentra a consideración de "La Comisión Bicameral del Congreso", la cual está integrada por 15 legisladores de cada Cámara: a) Por el Senado fueron designados como miembros titulares de la bicameral los kirchneristas Fuentes, Pichetto, Walter Barrionuevo, Aníbal Fernández, Pedro Guastavino, Daniel Filmus, Marcelo Guinle y Nanci Parrilli. También conforman el cuerpo los senadores radicales Sanz, Morales y Luis Naidenoff; el representante de Proyecto Buenos Aires Federal, Samuel Cabanchik; los peronistas disidentes Adolfo Rodríguez Saá y Juan Carlos Romero; y la representante de FAP, Norma Morandini. b) Por la Cámara de Diputados se designó a los oficialistas al propio titular del cuerpo, Julián Domínguez, Luis Cigogna, Diana Conti, Eduardo De Pedro, Graciela Giannettassio, Agustín Rossi, Alfredo Dato y Juan Pais. En tanto, por la oposición conforman la Bicameral los radicales Ricardo Gil Lavedra, Mario Negri y María Luisa Storani; los legisladores del Frente Peronista,Graciela Camaño y Liliana Parada; la representante del MPN Alicia Comelli y el diputado de Pro, Pablo Tonelli. Trámite parlamentario ante el Honorable Congreso de la Nación.

2. Descripción de la legislación vigente y derecho proyectado

2.a. Requisitos intrínsecos - Impedimentos

Requisitos intrínsecos:

En la República Argentina para que un Matrimonio pueda considerarse válido, debe cumplir ciertos requisitos, a los que se ha clasificado en intrínsecos o de fondo y extrínsecos o de forma, cuya ausencia genera diferentes consecuencias que comprenden desde la inexistencia del Matrimonio hasta la ilicitud que deriva en otras sanciones.

Comenzaremos con el análisis de cada uno de ellos comparando las prescripciones de las Leyes 23.515 y 26.618 y el Proyecto de Código

Civil y Comercial (Decreto 191/11 PEN), método que utilizaremos para el análisis de toda la temática del presente trabajo.

Hasta la sanción de la Ley 26.618 los requisitos intrínsecos consistían en la diversidad de sexos, el consentimiento válido, y la expresión del mismo ante autoridad competente para celebrar matrimonios.

A. Diversidad de sexos.

Legislación vigente:

Respecto a la diversidad de sexos, el Código Civil, luego de la modificación de la Ley 23.515, establecía en el artículo 172 que "es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por el hombre y la mujer…". Esta referencia que introdujo la Ley 23.515, puesto que la ley 2393 no la contenía, tuvo como misión dejar establecido y sin lugar a dudas, que solamente el matrimonio se consideraba válido ante la diversidad de sexos de los contrayentes, y en consecuencia la identidad de sexos en su celebración lo tornaba inexistente.

Este recaudo también se encontraba plasmado en el artículo 188 de la citada norma legal, el cual en su parte pertinente rezaba de la siguiente manera: "… En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente tomarse por marido y mujer, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio".

Este requisito, así establecido, respondía a una condición natural ineludible, que hasta hace no mucho tiempo, se consideró un recaudo tan esencial para la existencia del casamiento, que algunas legislaciones ni siquiera lo enunciaban de manera expresa, dándolo por supuesto.

Sin embargo, con los cambios socio-culturales y la modificación de los paradigmas del mundo globalizado de hoy -ya analizados-, se produjo la sanción de la Ley 26.618 que modificó de manera sustancial el artículo 172 del Código Civil, el que actualmente dispone lo siguiente: "Es indispensable para la existencia del matrimonio el pleno y libre consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos, con independencia de que los contrayentes sean del mismo o de diferente sexo. El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe, salvo lo dispuesto en el artículo siguiente". Asimismo el

artículo 188 también fue modificado por la citada norma, el cual en su parte pertinente quedó redactado de la siguiente manera: "En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio".

De lo expuesto, queda establecido que de acuerdo a la ley vigente en la República Argentina, la diversidad de sexos ha desaparecido como elemento constitutivo esencial para la existencia del Matrimonio, quedando reducida a una simple modalidad de dicha Institución.

Además de lo expuesto, la Ley 26.618, para reforzar la eliminación del requisito de la diversidad de sexos entre los contrayentes, incluye en su articulado una cláusula complementaria, destinada a equiparar los derechos y obligaciones de los consortes, cualquiera fuera la modalidad del Matrimonio e impone un método de interpretación para todo el ordenamiento jurídico[9].

Mucho se ha discutido y criticado doctrinariamente acerca de la eliminación de la diversidad de sexos establecida por la Ley 26.618, las cuales respondían a diversas posturas que se plantearon antes, durante y después de su sanción, que fueron precedentemente desarrolladas.

Derecho Proyectado:

En el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11- PEN) podemos destacar dos normas que se refieren a este tema. La primera de ellas es el artículo 406[10], en el cual el Código proyectado sólo establece como requisito para la existencia del Matri-

---

9 "Artículo 42.- Aplicación. Todas las referencias a la institución del matrimonio que contiene nuestro ordenamiento jurídico se entenderán aplicables tanto al matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo como al constituido por DOS (2) personas de distinto sexo. Los integrantes de las familias cuyo origen sea un matrimonio constituido por DOS (2) personas del mismo sexo, así como un matrimonio constituido por personas de distinto sexo, tendrán los mismos derechos y obligaciones. Ninguna norma del ordenamiento jurídico argentino podrá ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir el ejercicio o goce de los mismos derechos y obligaciones, tanto al matrimonio constituido por personas del mismo sexo como al formado por DOS (2) personas de distinto sexo".

10 "Artículo 406: Requisitos de existencia del matrimonio. Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo, excepto lo previsto en este Código para el matrimonio a distancia. El acto que carece de este requisito no produce efectos civiles".

monio el consentimiento expresado válidamente, sin efectuar aclaración alguna respecto a las modalidades de igualdad o diversidad de sexos, como lo hace la Ley 26.618, manteniendo la postura de la eliminación de la diversidad de sexos de los contrayentes como elemento esencial del Matrimonio.

Asimismo incluye una norma similar a la cláusula complementaria (artículo 42) de la ley vigente, que introduce el principio de igualdad de los cónyuges; esta norma esta prevista en el artículo 402[11].

Comparto lo expresado por Graciela Medina[12] quien expresa que el principio de igualdad entre los cónyuges propugnado por el Proyecto de Reforma es mucho más amplio que el de igualdad entre matrimonios de igual y diferente sexo establecido por la Ley 26.618, ya que la ley vigente mantiene en algunos de sus artículos un régimen diferente según las parejas sean de igual o diferente sexo en algunos institutos tales como el nombre de los cónyuges o el nombre del hijo adoptivo o la tenencia de los menores de 5 años en el supuesto de separación personal. Situación distinta es la del Proyecto de Unificación el cual deja de lado las diferencias mencionadas y considera a los cónyuges en un pie de igualdad absoluta, salvo una excepción: la derivada de la filiación. La inclusión de este principio en el Código proyectado obedece a la concepción democrática de la familia consolidada en nuestro país con la Reforma Constitucional del año 1994 y la consecuente constitucionalización de las Convenciones de Derechos Humanos, los cuales reafirman la igualdad entre los cónyuges tanto en relación al sexo como al género de los mismos.

Siguiendo a la autora arriba mencionada, diremos que el principio de igualdad se traduce en las siguientes implicancias: a) Igualdad de roles: se relaciona con los roles y funciones que cumplirán cada uno de los cónyuges en la comunidad familiar, impidiendo un trato discriminatorio por razón del genero o la subordinación de uno hacia el otro, como ocurrió históricamente en nuestro país con la mujer respecto del marido. Aquí la Ley no predispone roles a cada uno de los contrayentes, lo que queda librado a la autonomía de la voluntad de cada pareja, partiendo de la

---

11 "Articulo 402: Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo".

12 Medina, Graciela. "Matrimonio y disolución", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Septiembre 2012, pag. 315/318.

igualdad de cada uno para la determinación de las funciones a cumplir dentro del seno familiar. Como correlación de lo establecido, se impone el respeto a la esfera personal de cada esposo. b) Igualdad de capacidad jurídica: la legislación argentina impuso en cierto momento de la historia de nuestro país, cierta incapacidad a la mujer, quien dependía de su marido para la celebración de determinados actos jurídicos. El principio de igualdad pretende preservar la capacidad de ejercicio de los contrayentes quienes la mantienen intacta luego de la celebración del matrimonio. c) Igualdad frente a los hijos: ambos padres/cónyuges son titulares en igualdad de condiciones de la responsabilidad parental (hoy denominada Patria Potestad) y ningún género tiene primacía en cuanto al otorgamiento de la custodia y/o cuidado del niño. Cabe recordar que de acuerdo a nuestra legislación vigente, según el artículo 206 del Código Civil, los hijos menores de 5 años quedaran a cargo de la madre en el caso de separación personal, situación que es superada por el Proyecto de reforma, donde ambos padres, sin discriminación de género, podrán recibir la custodia del menor. d) Igualdad en caso de conflicto: frente a divergencias entre los esposos no se preferirá la decisión de uno sobre otro para poner fin al desacuerdo, por el contrario deberá recurrirse ante los órganos jurisdiccionales para que resuelvan el conflicto sucintado. e) Igualdad en materia de nombre: el artículo 64 del Código proyectado establece que respecto a los hijos matrimoniales cualquiera de los cónyuges podrá otorgar el primer apellido al niño, y el artículo del mismo cuerpo normativo establece que cualquiera de los cónyuges podrá usar el apellido del otro, con la preposición "de" o sin ella. f) Igualdad patrimonial en el régimen de comunidad, el cual se desarrollará ampliamente más adelante. g) Igualdad entre el Matrimonio de personas de igual o diferente sexo: como ya lo expresamos anteriormente la igualdad entre ambas modalidades del matrimonio es mucha más amplia que la contemplada por la ley 26.618, estableciéndose como excepciones a la mismas las derivadas de la filiación, como consecuencia de la imposibilidad que surge de los matrimonios homosexuales para procrear por su simple unión sin necesidad del aporte de terceras personas de diferente sexo.

B. Consentimiento.

Legislación Vigente:

Tanto la Ley 23.515 como su modificatoria, Ley 26.618, establecen en la primera parte del articulo 172 del Código Civil como requisito

indispensable para la existencia de un matrimonio válido, la expresión personal, plena y libre del consentimiento por parte de los contrayentes ante la autoridad competente para celebrarlo. Esto no es más que la expresión libre y voluntaria de cada uno de los consortes de iniciar la vida en común con sujeción a las normas jurídicas vigentes a que esta sometida la Institución del Matrimonio.

Asimismo el artículo 188 del Código Civil establece que el oficial público luego de leer en voz alta los artículos 198, 199 y 200 (derechos-deberes) del mencionado cuerpo legal, recibirá de cada uno de los contrayentes, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges.

No encontramos entonces en condiciones de afirmar, que para que el consentimiento resulte valido deben conjugarse los siguientes requisitos: a) La declaración de voluntad debe ser formal, por lo que se exige que la misma sea manifestada ante un oficial público, que garantice que se cumplan y respeten las solemnidades a los que está sometido el acto; b) Los contrayentes deben ser capaces según la legislación vigente para contraer matrimonio, c) Dicha expresión de voluntad debe otorgarse con discernimiento, intención y libertad, por lo que en consecuencia no debe estar afectada por alguno de los vicios obstativos de la voluntad (error, dolo o violencia) y d) No puede encontrarse sujeto a modalidad alguna (artículo 193) ni pactos que alteren alguno de los derechos y obligaciones que emergen del régimen legal matrimonial.

Derecho Proyectado:

El Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11- PEN) también establece el consentimiento como elemento constitutivo esencial del vínculo conyugal. En la redacción del artículo 406, se advierte que se suprime los términos "pleno y libre", reemplazándolos por "personal y conjuntamente"[13].

Asimismo del análisis de los artículos 408 y 409 puede observarse que el Código proyectado no introduce modificaciones en este requisito, en relación a la legislación vigente.[14]

---

[13] "Artículo 406: Para la existencia del matrimonio es indispensable el consentimiento de ambos contrayentes expresado personal y conjuntamente ante la autoridad competente para celebrarlo…".

[14] "Artículo 408: Consentimiento puro y simple. El consentimiento matrimonial no puede someterse a modalidad alguna. Cualquier plazo, condición o cargo se tiene por no expresado, sin que

C. Celebracion ante autoridad competente.

En este sentido es necesario aclarar que la Ley 23.515 utiliza los conceptos de oficial público y autoridad competente de manera indistinta. El interés público que rige a la materia llevo a la creación de los Registros del Estado Civil y Capacidad de las personas, donde la figura del oficial público garantiza que el Matrimonio se celebrará de acuerdo a la normativa vigente y en cumplimiento a los requisitos esenciales, impidiendo así la consagración de Matrimonios inexistentes o nulos. En este acto el oficial interviene activamente, integrando el acto con su actuación, pues es él quien pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en Matrimonio, su actuación por lo tanto constituye un elemento constitutivo esencial, sin el cual el casamiento no existiría[15].

Se ha discutido en doctrina, e incluso se han presentado diversos proyectos legislativos acerca de la posibilidad de la celebración de los matrimonios en sede notarial, sin que a la fecha se haya logrado una reforma legislativa que lo permita. Sobre este tema ahondaremos en un capítulo aparte del presente trabajo.

Impedimentos

Legislación Vigente:

La legislación argentina parte del principio de que toda persona tiene el derecho a casarse, por lo que en vez de establecer de manera específica los requisitos positivos para contraerlo, presume que los contrayentes están facultados para hacerlo. Por el contrario prevé de manera taxativa las situaciones de excepción que obstaculizan a los futuros esposos a contraer un matrimonio válido, a los que denomina Impedimentos. La Doctora María Josefa Méndez Costa[16] entiende que los impedimentos

ello afecte la validez del matrimonio". "Artículo 409: Vicios del consentimiento. Son vicios del consentimiento: a) la violencia, el dolo y el error acerca de la persona del otro contrayente; b) el error acerca de las cualidades personales del otro contrayente, si se prueba que quien lo sufrió no habría consentido el matrimonio si hubiese conocido ese estado de cosas y apreciado razonablemente la unión que contraía".

15 Borda, Guillermo A. "Manuel de Derecho de familia". Décimosegunda Edición, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 86.

16 Ferrer, F. Medina, G. Mendez Costa, M.F y otros. "Nuevo Régimen legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618", Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Noviembre 2010.

matrimoniales son restricciones legales al derecho de contraer matrimonio, obstáculos para su celebración que son intrínsecos a la persona de los contrayentes.

La violación de los impedimentos mencionados son causa de oposición al Matrimonio y de denuncia y de oposición del oficial público a la celebración del matrimonio, pero además acarrean sanciones de diversas naturalezas, ante las cuales la doctrina los ha clasificado en Impedimentos dirimentes e Impedimentos impedientes. Son dirimentes aquellos cuya sanción consiste en la nulidad (absoluta y relativa) del Matrimonio en oposición a los impedientes, cuya violación da lugar a sanciones diferentes a la nulidad, o bien cumplen solo una función preventiva.

La enumeración efectuada en el artículo 166 del Código Civil agrupa a los Impedimentos Dirimentes pues su violación ocasiona la nulidad absoluta o relativa del Matrimonio celebrado. Esta enunciación es de carácter taxativa y no ofrece mayores aclaraciones, salvo aquellas que efectuaremos por considerarlas pertinentes.[17]

Respecto a la edad nupcial, la Ley 23.515 establecía como impedimento tener la mujer menos de dieciséis años y el hombre menos de dieciocho, pero la Ley 26.759 modificatoria de la mayoría de edad, equiparó tanto para el hombre como para la mujer la edad nupcial a los dieciocho años. La ley 26.618 no modifica esta situación y mantiene la edad mínima para contraer Matrimonio a los dieciocho años.

En cuanto a los Impedimentos Impedientes podemos mencionar a los eugenésicos, es decir aquellos derivados del padecimiento de determinadas enfermedades por parte de los futuros cónyuges, entre ellos podemos mencionar a los impuestos por las Leyes 12.331 y 16.668:

[17] "Artículo 166: Son impedimentos para contraer matrimonio: 1. La consanguinidad entre ascendientes y descendientes sin limitación. 2. La consanguinidad entre hermanos o medio hermanos. 3. El vínculo derivado de la adopción plena, en los mismos casos de los incisos 1, 2 y 4. El derivado de la adopción simple, entre adoptante y adoptado, adoptante y descendiente o cónyuge del adoptado, adoptado y cónyuge del adoptante, hijos adoptivos de una misma persona, entre sí, y adoptado e hijo de adoptante. Los impedimentos derivados de la adopción simple subsistirán mientras ésta no sea anulada o revocada. 4. La afinidad en línea recta en todos los grados. 5. Tener menos de DIECIOCHO (18) años. 6. El matrimonio anterior, mientras subsista. 7. Haber sido autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges. 8. La privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere. 9. La sordomudez cuando el contrayente no sabe manifestar su voluntad en forma inequívoca por escrito o de otra manera.". Cabe aclarar que el presente artículo fue modificado en el año 2009 mediante la sanción de la Ley 26.579, la cual reformó la edad legal para contraer matrimonio.

enfermedad venérea en período de contagio y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), para lo cual se ha exigido como diligencia previa el Certificado prenupcial. Además están comprendidos dentro de estos impedimentos, la falta de autorización por parte de los representantes legales (articulo 168), la falta de aprobación de las cuentas de la tutela (artículo 171) y las prohibiciones administrativas: diplomáticos y militares.

A titulo de ser reiterativa, recuerdo que todos los impedimentos arriba relacionados son aplicables a ambas modalidades de Matrimonio hoy vigentes en la Argentina (heterosexual y homosexual), ya que los mismos no han sufrido modificación alguna luego de la sanción de la Ley 26.618.

Derecho Proyectado:

En relación al Código Proyectado, existe en su articulado una norma similar al artículo 166 del Código Civil, con algunas diferencias[18]. De la lectura de dicho artículo surge que el Proyecto de Código Civil y Comercial suprime a la sordomudez como impedimento dirimente para la celebración del Matrimonio. Dicha supresión se efectuó para no contradecir lo previsto en la actual Ley de Salud Mental y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad aprobada mediante Ley 26.378.

2.b. Forma y prueba de su celebración

El Matrimonio en la Argentina es por excelencia un acto solemne, es decir que su validez esta sometida a formalidades determinadas. La razón de ser de estas formalidades tiene su fundamento en la preservación de la expresión de un consentimiento reflexivo de las obligaciones y responsabilidades que van a asumir los futuros cónyuges, así como la seriedad del acto que se celebra y que contribuye a la estabilidad de la Institución. Es por ello que la normativa vigente ha rodeado a la celebración del Matrimonio de ciertas solemnidades que son imprescindibles cumplir para que el mismo produzca efectos legales.

---

[18] "Artículo 403: Impedimentos matrimoniales. Son impedimentos dirimentes para contraer matrimonio: a) el parentesco en línea recta en todos los grados, cualquiera que sea el origen del vínculo; b) el parentesco entre hermanos bilaterales y unilaterales, cualquiera que sea el origen del vínculo; c) la afinidad en línea recta en todos los grados; d) el matrimonio anterior, mientras subsista; e) haber sido condenado como autor, cómplice o instigador del homicidio doloso de uno de los cónyuges; f) tener menos de DIECIOCHO (18) años; g) la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial".

El requisito por excelencia para la formación del vínculo conyugal, como ya lo adelantamos en páginas anteriores, es la expresión libre y personal del consentimiento de los contrayentes en el acto de la celebración del Matrimonio. Este es un recaudo de fondo previsto en la primera parte del artículo 172 del Código Civil y que analizamos en el punto anterior. Sin embargo la ley sujeta la expresión de ese consentimiento a un requisito de forma: debe ser expresado ante autoridad competente, convirtiéndose en la única solemnidad que la ley exige para la celebración del matrimonio y a la cual condiciona su validez.

La última parte del artículo 172 del Código Civil expresa: "El acto que careciere de alguno de estos requisitos no producirá efectos civiles aunque las partes hubieran obrado de buena fe…". En conclusión la redacción del articulo mencionado permite determinar que la ley argentina impone dos tipos de recaudos para la celebración de un Matrimonio legalmente válido: a) un requisito de fondo: consentimiento expresado por los contrayentes, y b) un requisito de forma: expresión del mismo ante autoridad competente.

Estos requisitos han sido mantenidos sin alteración alguna tanto por la Ley 26.618 como por el Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina (articulo 406).

Sin embargo, la ley ha impuesto una serie de recaudos previos y contemporáneos a la celebración del Matrimonio, que si bien no condicionan la validez del acto, deben ser observados con carácter obligatorio.

Diligencias previas.

Legislación vigente:

Estas exigencias fueron implementadas por la Ley 2393 con una finalidad publicitaria a efectos de facilitar el ejercicio del derecho de oposición. Sin embargo posteriormente este recaudo fue derogado, quedando reducidas las diligencias previas a meros actos preparatorios que deben cumplirse antes de la celebración del casamiento y que consisten esencialmente en la manifestación de la intención de contraer matrimonio y el cumplimiento de determinados requisitos.

La legislación vigente contempla las mismas en los artículos 186 y 187 del Código Civil[19]. Ambos artículos establecen que los contrayentes

[19] "Artículo 186: Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el domicilio de cual-

que pretenden unirse en Matrimonio deberán presentarse ante el oficial público del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, del domicilio de cualquiera de ellos, y llenarán una solicitud que contenga los datos establecidos en el artículo 186. En el mismo acto, deberán presentar la documentación que exige el artículo 187, la cual varia según los supuestos en los que se encontraren los futuros esposos: a) El inciso 1 se refiere al supuesto de que alguno o ambos de los contrayentes tuvieren un matrimonio anterior el cual hubiera sido anulado, disuelto o extinguido, en cuyo caso deberán presentar la copia legalizada de la sentencia que lo establezca o certificado de defunción para el supuesto de viudez.; b) El inciso 2 exige la documentación autentica que contenga el asentimiento exigido para los casos especiales previstos por la ley, tales como la de los padres o tutor para contrayentes que no tengan la edad mínima legal para contraer matrimonio, o la presencia de los mismos en el acto de la solicitud, así como el testimonio de la resolución judicial que contenga la venia supletoria del juez. Por último exige para todos los casos de celebración de matrimonio la presencia de dos testigos de conocimiento que respondan respecto de la habilidad de los futuros esposos par la celebración del acto y los certificados prenupciales.

Derecho Proyectado

El Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11- PEN), mantiene la necesidad de presentación de la

quiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener: 1° Sus nombres y apellidos y los números de sus documentos de identidad si los tuvieren; 2° Su edad; 3° Su nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento; 4° Su profesión; 5° Los nombres y apellidos de sus padres, su nacionalidad, los números de sus documentos de identidad si los conocieren, su profesión y su domicilio; 6° Si antes han sido casados o no, y en caso afirmativo, el nombre y apellido de su anterior cónyuge, el lugar del casamiento y la causa de su disolución. Si los contrayentes o alguno de ellos no supieren escribir, el oficial público levantará acta que contenga las mismas enunciaciones".

"Artículo 187. En el mismo acto, los futuros esposos deberán presentar: 1° Copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiere anulado o disuelto el matrimonio anterior de uno o ambos futuros esposos, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, en su caso. Si alguno de los contrayentes fuere viudo deberá acompañar certificado de defunción, de su anterior cónyuge; 2° La declaración auténtica de las personas cuyo asentimiento es exigido por este Código, si no la prestaran en ese acto, o la venia supletoria del juez cuando proceda. Los padres o tutores que presten su asentimiento ante el oficial público suscribirán la solicitud o el acta a que se refiere el artículo anterior; si no supieren o pudieren firmar, lo hará alguno de los testigos a su ruego; 3° Dos testigos que por el conocimiento que tengan de las partes declaren sobre su identidad y que los crean hábiles para contraer matrimonio; 4° Los certificados médicos prenupciales".

solicitud inicial, pero introduce algunas modificaciones en relación a este tema, suprimiendo los requisitos de la declaración de dos testigos de conocimiento que respondan respecto de la habilidad de los futuros esposos para la celebración del acto y los certificados prenupciales, tal como surge del artículo 416.[20]

Oposición.

Legislación vigente:

Esta consiste en el derecho que la ley reconoce a los terceros para invocar previamente a la celebración de un matrimonio, los impedimentos legales que obstan a la validez del vinculo conyugal. A este respecto el artículo 176 del Código Civil establece: "Sólo pueden alegarse como motivos de oposición los impedimentos establecidos por ley. La oposición que no se fundare en la existencia de alguno de esos impedimentos será rechazada sin más trámite", y el artículo 177 añade lo siguiente: "El derecho a deducir oposición a la celebración del matrimonio por razón de impedimentos compete: 1° Al cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; 2° A los ascendientes, descendientes y hermanos de cualquiera de los futuros esposos; 3° Al adoptante y al adoptado en la adopción simple; 4° A los tutores o curadores; 5° Al ministerio público, que deberá deducir oposición cuando tenga conocimiento de esos impedimentos".

Sólo pueden alegarse como motivo de oposición los impedimentos legales y por las personas enumeradas en el artículo 177 del Código Civil. La oposición debe hacerse ante el oficial público desde que se hayan iniciado las diligencias previas hasta el momento en que el Matrimonio se celebre, y podrá efectuarse verbalmente o por escrito, expresando:

[20] "Articulo 416: Solicitud inicial. Quienes pretenden contraer matrimonio deben presentar ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente al domicilio de cualquiera de ellos, una solicitud que debe contener: a) nombres y apellidos y número de documento de identidad, si lo tienen; b) edad; c) nacionalidad, su domicilio y el lugar de su nacimiento; d) profesión; e) nombres y apellidos de los padres, nacionalidad, números de sus documentos de identidad si los conocen, profesión y domicilio; f) la declaración sobre si han contraído matrimonio con anterioridad. En caso afirmativo, el nombre y apellido del anterior cónyuge, lugar de celebración del matrimonio y causa de su disolución, acompañando certificado de defunción o copia debidamente legalizada de la sentencia ejecutoriada que hubiera anulado o disuelto el matrimonio anterior, o declarado la muerte presunta del cónyuge anterior, según el caso. Si los contrayentes o alguno de ellos no sabe escribir, el oficial público debe levantar acta que contenga las mismas enunciaciones".

"1° El nombre y apellido, edad, estado de familia, profesión y domicilio del oponente; 2° El vínculo que lo liga con alguno de los futuros esposos; 3° El impedimento en que funda su oposición; 4° Los motivos que tenga para creer que existe el impedimento; 5° Si tiene o no documentos que prueben la existencia del impedimento y sus referencias. Si el oponente tuviere documentos, deberá presentarlos en el mismo acto. Si no los tuviere, expresará en lugar donde están, y los detallará, si tuviere noticia de ellos." (Artículo 181).

Deducida en forma la oposición, se dará conocimiento de ella a los futuros contrayentes, y si alguno o ambos estuviesen conformes con la misma, no se celebrará el Matrimonio, pero si por el contrario negaran la existencia de los impedimentos alegados, el oficial publico suspenderá la celebración del matrimonio y elevará copia de lo actuado al juez competente, quien deberá expedirse sobre la cuestión, en caso de que la rechace podrá celebrarse validamente el Matrimonio.

Fuera de la oposición, cualquier persona podrá denunciar la existencia de impedimentos, ante la cual el oficial público deberá remitir la misma al juez civil, quien deberá dar vista al Ministerio Público, a efectos de que éste en un plazo que no supere los tres días, deduzca oposición o manifieste que la denuncia es infundada (artículo 185).

Derecho Proyectado:

El Código Proyectado no introduce mayores modificaciones en este tema, por el contrario mantiene prácticamente de manera idéntica la redacción de los artículos correspondientes. Sin embargo respecto a la denuncia, el Proyecto establece lo siguiente: "Artículo 412. Denuncia de impedimentos. Cualquier persona puede denunciar la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 403 desde el inicio de las diligencias previas y hasta la celebración del matrimonio por ante el Ministerio Público, para que deduzca la correspondiente oposición, si lo considera procedente, con las formalidades y el procedimiento previstos en los artículos 413 y 414".

Celebración.

Legislación vigente:

No ha sido establecido por la legislación vigente un plazo para la celebración del Matrimonio desde el cumplimiento de las diligencias previas, por lo que se entiende que podrán realizarse de manera previa e inmediata a la realización de la ceremonia. El Matrimonio debe celebrarse

en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas del domicilio de cualquiera de los contrayentes, debiendo comparecer los mismos ante el oficial público en presencia de dos testigos. Pero si alguno de los contrayentes estuviera imposibilitado de concurrir, el matrimonio deberá celebrarse en el domicilio o residencia del impedido ante cuatro testigos. En relación a los testigos estos revisten el carácter de instrumentales que pueden coincidir o no con los requeridos en las diligencias previas.

Respecto a las formalidades que debe revestir la celebración del casamiento, así como las diligencias que deberá efectuar el oficial público, las mismas se encuentran contenidas en el artículo 188 del Código Civil[21].

El Doctor Belluscio[22] expresa que el acto puede dividirse en tres etapas: a) La lectura de las disposiciones del Código referentes a los derechos y deberes de los esposos; b) La expresión verbal del consentimiento, sucesivamente por uno y otro contrayente ante el oficial público y en idioma nacional y c) El pronunciamiento de la unión por parte de éste, en nombre de la ley. Asimismo el autor aclara que sólo el cumplimiento de la segunda etapa reviste el carácter de esencial, pues la omisión de la primera o de la tercera no están previstas en el Código Civil como causales de inexistencia o nulidad del Matrimonio.

De la celebración del Matrimonio debe levantarse en los Libros del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas un Acta, que deberá cumplir con los requerimientos impuestos por el artículo 191 del Código Civil.[23]

---

21 "Artículo 188: "El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales. Si alguno de los contrayentes estuviere imposibilitado de concurrir, el matrimonio podrá celebrarse en el domicilio del impedido o en su residencia actual, ante cuatro testigos. En el acto de la celebración del matrimonio, el oficial público leerá a los futuros esposos los artículos 198, 199 y 200 de este Código, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio. El oficial público no podrá oponerse a que los esposos, después de prestar su consentimiento, hagan bendecir su unión en el mismo acto por un ministro de su culto". Cabe aclarar que el presente artículo responde a la redacción establecida por la Ley 26.618.

22 Belluscio, Augusto C. "Manual de Derecho de Familia", Tomo I, Sexta Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 244.

23 "Artículo 191: La celebración del matrimonio se consignará en un acta que deberá contener: 1° La fecha en que el acto tiene lugar; 2° El nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieren, nacionalidad, profesión, domicilio, lugar de nacimiento de los comparecientes. 3° El nombre y apellido, número de documento de identidad, nacionalidad,

El Acta mencionada deberá ser redactada y firmada inmediatamente por todos los que intervinieren en el acto y por otras personas a ruego si éstos no pudieren o no supieren hacerlo. Luego de ello el oficial entregará a los cónyuges copia del Acta de Matrimonio, la cual deberá expedirse en papel común y no generarán pago de tributo alguno.

Asimismo el Código Civil prevé una forma extraordinaria para la celebración del matrimonio para los supuestos en los que existe peligro de muerte por parte de uno de los contrayentes y que permite prescindir de las diligencias previas arriba mencionadas. Esta forma matrimonial se ha denominado "matrimonio in articulo mortis" y esta previsto en el artículo 196 del Código Civil[24].

Por último, nuestra legislación permite la celebración del Matrimonio a distancia o entre ausentes, considerando como tal a aquel en el cual uno de los contrayentes expresa personalmente su consentimiento ante la autoridad competente para celebrar matrimonios en el lugar en que se encuentre, autorización que sólo tendrá validez por un periodo de noventa días contados a partir de la fecha de su otorgamiento (artículo 173). Este Matrimonio se considerará celebrado en el lugar donde se otorga el consentimiento que perfecciona el acto y el oficial público deberá verificar que se encuentren justificadas las causas de la ausencia de uno de los contrayentes, ya que el principio en la materia es que ambos contrayentes deben estar presentes en el mismo acto para emitir su consentimiento.

profesión y domicilio de sus respectivos padres si fueren conocidos. 4° El nombre y apellido del cónyuge anterior, cuando alguno de los cónyuges haya estado ya casado. 5° El asentimiento de los padres o tutores o el supletorio del juez en los casos en que es requerido. 6° La mención de si hubo oposición y de su rechazo. 7° La declaración de los contrayentes de que se toman por esposos, y la hecha por el oficial público de que quedan unidos en nombre de la ley; 8° El nombre y apellido, edad, número de documento de identidad si lo tuvieren, estado de familia, profesión y domicilio de los testigos del acto".

24 "Artículo 196: El oficial público procederá a la celebración del matrimonio con prescindencia de todas o de alguna de las formalidades que deban precederle, cuando se justificase con el certificado de un médico, y, donde no lo hubiere, con la declaración de dos vecinos, que alguno de los futuros esposos se halla en peligro de muerte. En caso de no poder hallarse al oficial público encargado del registro del Estado Civil y Capacidad de Personas, el matrimonio en artículo de muerte podrá celebrarse ante cualquier magistrado o funcionario judicial, el cual deberá levantar acta de la celebración haciéndose constar las circunstancias mencionadas en los incisos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 7° y 8° del artículo 191 y la remitirá al oficial público para que la protocolice".

Derecho Proyectado:

En relación a este tema, el Código Proyectado no ha introducido reformas significativas en relación a la celebración del Matrimonio, simplificando la redacción de la mayoría de los artículos. Sin embargo en relación al contenido del Acta introduce dos nuevos requisitos que se refieren a las innovaciones que respecto al régimen patrimonial introduce el Proyecto, las cuales consisten en: Artículo 420 "… i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes". Sobre este tema ahondaremos más adelante, en el presente trabajo.

Prueba.

Legislación Vigente:

Del artículo 197 del Código Civil[25] surge que la prueba ordinaria y por excelencia del Matrimonio lo constituye la Partida de Matrimonio labrada por el oficial público encargado del Registro Civil o su testimonio expedido por funcionario especialmente habilitado para ello. Se considerarán documentos probatorios del mismo el Acta labrada al momento de celebrarse el Matrimonio, cuyo contenido fuera descripto precedentemente, y que configura el asiento registral (Partida de Matrimonio), el testimonio o copia de dicho asiento o bien certificado confeccionado por el oficial público del cual surgen los datos en los cuales se halla registrado el Matrimonio y la fecha de su celebración. El artículo 197 incluye por último como prueba ordinaria de la conformación del vínculo conyugal a la Libreta de Familia, la cual es entregada a los contrayentes en el momento de la celebración del Matrimonio suscripta por el funcionario público interviniente.

Para el supuesto de que no pudiera probarse el matrimonio por los medios ordinarios, el legislador ha previsto una prueba supletoria para los supuestos de imposibilidad de efectuarla por los medios arriba rela-

[25] "Artículo 197: El matrimonio se prueba con el acta de su celebración, su testimonio, copia o certificado o con la libreta de familia expendidos por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Cuando existiese imposibilidad de presentarlos, podrá probarse la celebración del matrimonio por otros medios, justificando a la vez esa imposibilidad. La posesión de estado no puede ser invocada por los esposos ni por terceros como prueba suficiente cuando se tratare de establecer el estado de casados o de reclamarlos efectos civiles del matrimonio. Cuando hay posesión de estado y existe el acta de celebración del matrimonio, la inobservancia de las formalidades prescriptas no podrá ser alegada contra su existencia".

cionados, aclarando que la sola posesión del estado no constituye prueba de su existencia. Para que la prueba supletoria compruebe la existencia del vínculo conyugal, en primer lugar deberá comprobarse que existe una verdadera imposibilidad de recurrir a los medios ordinarios previstos por el artículo 197 del Código Civil, situación que según la opinión de Belluscio[26] debe ser determinada en sede judicial. Una vez comprobada la verdadera imposibilidad de recurrir a la Partida de Matrimonio, los interesados podrán recurrir a cualquier medio probatorio siempre y cuando de los mismos resulte que efectivamente el acto fue otorgado tales como la declaración de testigos que hubieran concurrido al acto, la propia celebración del matrimonio religioso, sobre todo si de las constancias obrantes en el libro de registro religioso surgiera que se tuvo a la vista la documentación civil, publicaciones periodísticas en las que se anunció la celebración, las participaciones del casamiento, entre otras.

Por último la norma citada establece que si los contrayentes gozaran de posesión del estado matrimonial, aun cuando el Acta adoleciera de ciertas deficiencias de tipo formal, el matrimonio es perfectamente válido. Es decir que la falta de firma de alguno de los contrayentes, la falta de la expresión literal de consentimiento, defectos en los nombres de los contrayentes o incluso la falta de firma del oficial público, entre otras deficiencias de carácter formal, no podrán ser alegadas contra la existencia del matrimonio siempre y cuando exista posesión de estado.

Derecho Proyectado:

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina, no ha introducido modificaciones en el tema, conteniendo el artículo 423 idéntica redacción que la legislación vigente.

2.c. Nulidad e Inexistencia

Legislación vigente:

Para desarrollar el presente tema, debo recordar los conceptos de nulidad e inexistencia dados por la teoría general de los actos jurídicos. Siguiendo al Doctor Llambias[27] diremos que la Nulidad es una sanción legal que priva de sus efectos a un acto jurídico, en virtud de una causa

---

[26] Belluscio, Augusto C. “Manual de Derecho de Familia”, Tomo I, 6 Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 250/251.

[27] Llambías, Jorge Joaquín. “Tratado de Derecho Civil- Parte General”, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 444/446.

existente al momento de la celebración, es decir que el acto jurídico reúne los elementos esenciales para su existencia pero se encuentran afectados de un vicio que les impide ser válidos. En consecuencia podemos afirmar que la nulidad se caracteriza por: 1) La obligación de estar expresamente establecida en la ley; 2) Importa privar de sus efectos normales al acto; 3) La causa de la sanción es contemporánea con la celebración del mismo. La Inexistencia por el contrario, siguiendo a la teoría francesa, implica que el acto no ha podido llegar a existir por carecer de alguno de sus elementos esenciales para su existencia. El autor referenciado, citando a Planiol, sostiene que la nulidad y la inexistencia de los actos jurídicos son dos categorías que carecen de parentesco entre sí. La nulidad es una sanción de la ley que recae sobre un acto jurídico efectivo para privarlo de sus efectos propios, o para significar la carencia de esos efectos. En cambio, la inexistencia de los actos jurídicos corresponde a ciertos hechos materiales de los cuales falta algún elemento esencial para ser un acto jurídico, sea el sujeto, el objeto o la forma.

Largamente se ha discutido por los autores nacionales la recepción de la teoría de la inexistencia del matrimonio, sin embargo hoy la mayoría de la doctrina argentina es consistente en que la misma está claramente acogida por la legislación, en el artículo 172 del Código Civil.

Tal como dijimos precedentemente, según la legislación vigente deben confluir dos requisitos esenciales para que pueda configurarse la existencia del Matrimonio: a) Consentimiento de los contrayentes y b) Su expresión ante el oficial público del Registro Civil. Recuerdo también, que el tercer requisito que exigía la Ley 23.515 fue dejado sin efecto por su modificatoria Ley 26.618, respecto a la diversidad de sexos de los contrayentes, por lo que a la fecha estos recaudos han sido reducidos a solo dos de ellos. Si los mismos constituyen requisitos esenciales para que el Matrimonio pueda considerase existente, correlativamente su ausencia conlleva a la inexistencia del vínculo conyugal, siendo estos dos supuestos los únicos casos de la ausencia de Matrimonio, los cuales analizaremos brevemente a continuación: a) Ausencia de Consentimiento: el consentimiento es un requisito de fondo no sólo de forma, por lo que no estaremos frente a la ausencia del mismo, si éste fue válidamente expresado y en el Acta se omitió consignar el mismo. A título de ejemplo podemos mencionar como causal de inexistencia de matrimonio por ausencia de consentimiento los siguientes: cuando hay sustitución de la persona de alguno o ambos contrayentes; cuando por complicidad del oficial público se haya labrado un documento totalmente falso que no

refleje la verdad de lo ocurrido, entre otros. b) Ausencia de expresión de consentimiento ante el oficial público: este es el supuesto en que el matrimonio se hubiera celebrado ante autoridad religiosa o ante varios testigos sin la presencia del funcionario público del Registro Civil o ante autoridad diferente y que no pertenezca al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

Las consecuencias que acarrea la inexistencia del vínculo conyugal son diferentes a las establecidas por la nulidad del mismo. El artículo 172 del Código Civil dispone que el Matrimonio inexistente es privado de todos sus efectos civiles aun cuando los contrayentes hubieran actuado de buena fe. Asimismo no resulta necesario que la inexistencia sea decretada por el juez, sólo debe ser comprobada por éste si se la plantea en sede jurisdiccional, quien se limitará a negar los efectos del mismo y a anular el Acta si se hubiera celebrado. Por otra parte la legitimación activa para ejercer la acción en el caso de inexistencia, no se encuentra limitada a determinadas personas, inclusive puede ser declarada de oficio por el juez, y la misma no esta sujeta a prescripción o caducidad alguna. Asimismo los matrimonios inexistentes no son objeto de confirmación y dicha inexistencia puede ser opuesta como excepción a toda acción que se funde en la existencia del vínculo matrimonial.

Analizada la inexistencia del Matrimonio, nos centraremos en la nulidad del mismo, el cual implica que vicios graves se hacen presentes al momento de la celebración del mismo y consecuentemente el matrimonio queda privado de sus efectos normales. La nulidad a su vez puede clasificarse en absoluta y relativa. A) Nulidad absoluta: son aquellas que han sido impuestas por razones de orden público, pueden alegarla no sólo los interesados sino también el Ministerio Público e incluso el juez puede declararla de oficio si la misma fuera manifiesta. El acto es inconfirmable y la acción imprescriptible. En relación al Matrimonio la misma se configura si ha sido celebrado en violación a los impedimentos de parentesco: consaguinidad, afinidad y adopción, y las causales de ligamen y crimen, tal como lo prescribe el artículo 219 del Código Civil: "Es de nulidad absoluta el matrimonio celebrado con alguno de los impedimentos establecidos en los incisos 1°, 2°, 3°, 4°, 6° y 7° del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieren podido oponerse a la celebración del matrimonio". Este tipo de nulidad sólo puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges y por los que hubieran podido oponerse a la celebración del matrimonio. B) Nulidad relativa: a diferencia de la nulidad absoluta, ésta tiende a proteger el

interés de las partes intervinientes, por lo que el Ministerio Público no puede pedirla sino en su carácter de representante legal de los incapaces, no corresponde su declaración de oficio por el juez y el acto es pasible de confirmación y la acción prescriptible. Este tipo de nulidad se refiere a aquellas circunstancias en las que la celebración del matrimonio se ha llevado a cabo con los impedimentos de falta de edad legal, de privación de la razón de uno de los contrayentes por cualquier causa que fuere, o mediando impotencia de uno o de ambos que impida absolutamente las relaciones sexuales, sea por razones físicas o psíquicas, o cuando el consentimiento de uno de los esposos sea afectado por alguno de los vicios del consentimiento: error, dolo o violencia[28].

María Jesús Vigarra[29] sostiene que todas las causales de nulidad se aplican a amabas modalidades del matrimonio, tanto al homosexual como al heterosexual, incluso respecto a la causal de impotencia de uno o ambos de los cónyuges, debiendo interpretarse en el supuesto de matrimonio de personas del mismo sexo que la expresión "relaciones sexuales" en sentido amplio, no solamente como cópula de un hombre y una mujer.

En este tema la ley 26.618 introduce una modificación en el inciso 1º del artículo 220, reemplazando la redacción de la Ley 23.515, la cual establecía: "… No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si la esposa hubieren concebido". Por el contrario la reforma suprime el término "esposa", lo que

[28] En este sentido el artículo 220 del Código Civil establece: "Es de nulidad relativa: 1º. Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 5 del artículo 166. La nulidad puede ser demandada por el cónyuge incapaz y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. No podrá demandarse la nulidad después de que el cónyuge o los cónyuges hubieren llegado a la edad legal si hubiesen continuado la cohabitación, o, cualquiera fuese la edad, si hubieren concebido. 2° Cuando fuere celebrado con el impedimento establecido en el inciso 8° del artículo 166. La nulidad podrá ser demandada por los que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El mismo incapaz podrá demandar la nulidad cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación, y el otro cónyuge si hubiere ignorado la carencia de razón al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital después de conocida la incapacidad; 3° En caso de impotencia de uno de los cónyuges, o de ambos, que impida absolutamente las relaciones sexuales entre ellos. La acción corresponde al cónyuge que alega la impotencia del otro, o la común de ambos; 4° Cuando el matrimonio fuere celebrado adoleciendo el consentimiento de alguno de los vicios a que se refiere el artículo 175. La nulidad sólo podrá ser demandada por el cónyuge que haya sufrido el vicio de error, dolo o violencia, si hubiese cesado la cohabitación dentro de los treinta días de haber conocido el error o de haber sido suprimida la violencia".

[29] Vigarra, María Jesús. "Matrimonio igualitario", Revista Digital Difusiones UCSE, 2011.

ha resultado criticado por la doctrina ya que en un matrimonio de dos hombres, biológicamente resulta imposible que alguno hubiera concebido, salvo que pudiera interpretarse como concebir, a la circunstancia de que ambos cónyuges hubieran recurrido a técnicas de fertilización asistida, fecundando a una tercera persona de distinto sexo (mujer).

En cuanto a las consecuencias de la nulidad del matrimonio, el acto deja de producir sus efectos normales retroactivamente al día de la celebración del matrimonio, puesto que la sentencia es declarativa, sin perjuicio de que mientras la sentencia no se dicte el matrimonio debe reputarse provisionalmente válido. Sin embargo esta regla no es absoluta y sufre algunas excepciones tales como los efectos producidos respecto a terceros de buena fe o la emancipación por causa del matrimonio, la cual dejara de producir efectos desde el día de la sentencia que declare la nulidad del vínculo; o el supuesto de matrimonio putativo, donde alguno o ambos contrayentes actuaron de buena fe, en cuyo supuesto el matrimonio se considerara válido con sus respectivos efectos civiles hasta la sentencia que lo prive de ellos.

Derecho Proyectado:

El Código Proyectado no introduce mayores modificaciones en cuanto a la Nulidad Absoluta, no así respecto a la Relativa, donde el artículo 425 realiza algunas reformas respecto al régimen[30].

[30] "Nulidad relativa. Legitimados. Es de nulidad relativa: a) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso f) del artículo 403 (tener menos de 18 años); la nulidad puede ser demandada por el cónyuge que padece el impedimento y por los que en su representación podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. En este último caso, el juez debe oír al adolescente, y teniendo en cuenta su edad y grado de madurez hace lugar o no al pedido de nulidad. Si se rechaza, el matrimonio tiene los mismos efectos que si se hubiera celebrado con la correspondiente dispensa. La petición de nulidad es inadmisible después de que el cónyuge o los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal. b) el matrimonio celebrado con el impedimento establecido en el inciso g) del artículo 403 (la falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento para el acto matrimonial). La nulidad puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento; La nulidad no puede ser solicitada si el cónyuge que padece el impedimento ha continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud; y en el caso del cónyuge sano, luego de haber conocido el impedimento. El plazo para interponer la demanda es de UN (1) año, que se computa, para el que sufre el impedimento, desde que recuperó la salud mental, y para el cónyuge sano desde que conoció el impedimento. La nulidad también puede ser demandada por los parientes de la persona que padece el impedimento y que podrían haberse opuesto a la celebración del matrimonio. El plazo para interponer la demanda es de TRES (3) MESES desde la celebración del matrimonio. En este caso, el juez debe oír a los cónyuges, y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál

A tales efectos debo hacer las siguientes aclaraciones: 1.- Respecto a la nulidad del matrimonio por falta de edad legal para contraerlo, el Proyecto de Código Civil y Comercial introduce la posibilidad de que el juez escuche al contrayente menor de edad y en razón de su grado de madurez y la edad del mismo, decidir acerca de si corresponde decretar la nulidad o no del matrimonio, concediéndole los mismos efectos del matrimonio celebrado con dispensa para el supuesto de que el juez decidiera rechazar la nulidad y declararlo valido. Por otra parte este artículo suprime a la concepción dentro del Matrimonio como impedimento para demandar la nulidad relativa del mismo, el cual ha sido muy discutido luego de la reforma de la Ley 26.618 y solo declara inadmisible la acción luego de que el cónyuge o ambos hubieran alcanzado la edad legal, excluyendo asimismo la necesidad de que hubiera continuado la cohabitación, como lo exige la legislación vigente. 2.- Respecto al matrimonio celebrado bajo el impedimento de la falta permanente o transitoria de salud mental que impide tener discernimiento en el acto matrimonial, la nulidad solo puede ser demandada por cualquiera de los cónyuges si desconocían el impedimento en un plazo de un año el cual se computa para el cónyuge incapaz desde que ceso dicha incapacidad y para el cónyuge sano desde que conoció el impedimento; asimismo la acción puede ser demandada por los que podrían haberse opuesto al matrimonio imponiéndose un plazo de tres meses para demandar la nulidad, contados desde la celebración del Matrimonio. En este supuesto el Código proyectado introduce una modificación, pues faculta al juez a oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado, a fin de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cual es su deseo al respecto, situación que no esta prevista en la legislación vigente. 3.- Se suprime a la impotencia para realizar el acto sexual como causa de nulidad del vinculo conyugal, pues según lo explica Graciela Medina[31] esto atenta contra la dignidad de las personas y ventila la intimidades de la pareja en un proceso judicial, además de resultar dificultosa la prueba por existir diversas causas de impotencia,

es su deseo al respecto. c) el matrimonio celebrado con alguno de los vicios de la voluntad a que se refiere el artículo 409. La nulidad sólo puede ser demandada por el cónyuge que ha sufrido el vicio de error, dolo o violencia. La nulidad no puede ser solicitada si se ha continuado la cohabitación por más de TREINTA (30) días de haber conocido el error o de haber cesado la violencia. El plazo para interponer la demanda es de UN (1) año desde que cesa la cohabitación.”.

31 Medina, Graciela. “Matrimonio y disolución”, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2012, pág. 320.

de carácter objetivo y subjetivo. 4.- Respecto a la celebración del matrimonio adoleciendo el consentimiento por alguno de los vicios de error, dolo o violencia, el Proyecto establece que la nulidad no podrá deducirse si luego de conocido el error o haber cesado la violencia, hubiera continuado la cohabitación por mas de treinta días. El plazo para interponer la demanda es de un año desde que cesa la cohabitación.

En este sentido puede observarse, que en este tema el Código Proyectado mantiene la misma línea de pensamiento respecto a los menores e incapaces, puesto que según los nuevos paradigmas, ante un acto que pretenda celebrar un menor o incapaz, siempre el juez deberá escucharlo y realizar una merituación de su capacidad.

2.d. Efectos personales y patrimoniales

2.d.1 Efectos personales: Deberes y derechos de los cónyuges

Legislación vigente:

El Código Civil vigente en el Título I: Del Matrimonio, Capítulo VIII: Derechos y Deberes de los cónyuges, regula los efectos personales de la unión conyugal, los cuales tienen su fundamento en la comunidad de vida a la cual acceden luego del acto de celebración del Matrimonio. Esta regulación esta prevista en tres artículos de la mencionada normativa, los cuales, para mayor claridad se transcriben a continuación: "Artículo 198. Los esposos se deben mutuamente fidelidad, asistencia y alimentos".

"Artículo 199. Los esposos deben convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas. Podrán ser relevados judicialmente del deber de convivencia cuando ésta ponga en peligro cierto la vida o la integridad física, psíquica o espiritual de uno de ellos, de ambos o de los hijos. Cualquiera de los cónyuges podrá requerir judicialmente se intime al otro a reanudar la convivencia interrumpida sin causa justificada bajo apercibimiento de negarle alimentos".

"Artículo 200. Los esposos fijarán de común acuerdo el lugar de residencia de la familia".

De ello deriva, que la legislación ha impuesto a los cónyuges tres deberes fundamentales: Fidelidad, Asistencia y Cohabitación, a los que la doctrina agrega una cuarta obligación y que consiste en el Débito Conyugal. A continuación analizaremos brevemente en que consiste cada uno de ellos.

Fidelidad: este es un deber que obliga a ambos cónyuges, que deriva de la concepción del matrimonio monogámico y abarca el deber de no

mantener relaciones sexuales con un tercero o tener cualquier relación que resulte sospechosa o pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge. Siguiendo al Doctor Belluscio[32] diremos que este deber presenta los siguientes caracteres: a) Es recíproco; b) Es absoluto e incompensable, es decir que el cónyuge que lo incumpla no podrá excusarse alegando el incumplimiento de la otra parte; c) Es permanente: El mismo persiste aun después de la separación personal, ya que el adulterio puede ser invocado como causal de divorcio según lo previsto por el artículo 214 inciso 1 del Código Civil. La doctrina mayoritaria entiende que este deber subsiste aun cuando los esposos se hubieran separado de hecho, aunque en estos casos el mismo pueda ser apreciado de manera menos estricta. Sin embargo, en estos últimos tiempos la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en considerar que la circunstancia de separarse de hecho los cónyuges implica un relevamiento consensuado de dicho deber, así como lo hacen con el de cohabitación y el debito conyugal, por lo que podría considerarse extinguido el mismo después de un lapso prudencial o por el transcurso de tres años que habilita a solicitar el divorcio vincular. La sanción impuesta por violación a este deber configura el delito civil de adulterio, causal de la separación personal o el divorcio vincular (artículos 202 y 214 del Código Civil) que puede comprender además un resarcimiento de daños y perjuicios. Asimismo debe recalcarse que se entiende por Adulterio tanto a la infidelidad física (haber mantenido relaciones sexuales con un tercero) como a la infidelidad moral (injurias graves: afectividad o intimidad que sin llegar a la unión carnal pueda lesionar los sentimientos o el honor del otro esposo).

Asistencia: La presente obligación impuesta por la legislación abarca dos aspectos: a) Moral o espiritual: Implica respeto y el trato considerado y decoroso entre los esposos, la solidaridad personal en los avatares de la vida cotidiana, el auxilio en caso de enfermedad, y la ayuda mutua que configuran el perfil sentimental de la pareja. La infracción al presente deber configura desde el punto civil la causal de injurias graves en la separación personal y el divorcio vincular y desde el punto de vista penal puede llegar a configurar el delito de incumplimiento a los deberes de asistencia familiar. b) Material: Comprende los alimentos, cuya reglamentación está establecida en los casos de separación personal o divorcio vincular (artículos 207, 217 y 231 del Código Civil). Se consi-

[32] Belluscio, Augusto C. “Manual de Derecho de Familia”, Tomo I, Sexta Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pág. 329/330.

dera que este deber abarca la obligación de proveer a las necesidades mínimas propias de la convivencia, así como contribuir a los gastos de manutención del hogar conyugal y los hijos. Por último, al igual que el deber de fidelidad reúne los caracteres de reciprocidad y permanencia.

Cohabitación: se trata de un derecho y de un deber al mismo tiempo y que consiste en la vida en común bajo el mismo techo. Este derecho-deber tiene algunas excepciones, entre las cuales podemos mencionar la separación personal o aquellos casos donde el juez decide que uno de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal en casos de emergencia. El incumplimiento al presente deber no permite la utilización de medios compulsivos directos, pero su violación constituye causal de separación personal y divorcio. Esta causal puede ser subjetiva cuando uno de los esposos en forma voluntaria y maliciosa abandona el hogar en común, poniendo así fin de manera unilateral a la vida conyugal, tal como lo prescribe el inciso 5 del artículo 202 y el inciso 1 del artículo 214 del Código Civil; u objetiva, cuando ambos cónyuges deciden cesar en la convivencia sin voluntad de unirse en un plazo de dos o tres años, según la legislación vigente, lo cual los habilita para iniciar la separación personal o el divorcio vincular (artículo 204 e inciso 2 del artículo 214 del Código Civil).

Débito conyugal: al igual que el deber anterior, el débito conyugal también constituye un derecho, el cual complementa los deberes de fidelidad y asistencia y consiste en la obligación de prestarse a mantener relaciones sexuales con el otro cónyuge. Este derecho-deber no fue previsto expresamente por la legislación, pero si ha sido incorporado por la doctrina, y su incumplimiento configura la causal de injurias graves que dan lugar a las acciones de separación personal y divorcio vincular. La doctrina entiende que este deber comprende la obligación a mantener relaciones sexuales con el otro cónyuge, excluyendo de éstas las prácticas antinaturales o los excesos de desenfrenada lascivia o la imposición de métodos de fecundación asistida, pues esta modalidad no obliga a aceptar métodos no naturales de procreación.

Con la sanción de la Ley 26.618 estos deberes y derechos conyugales no sufrieron alteración alguna, por lo que los Matrimonios del mismo sexo se deben mutuamente los deberes de fidelidad, asistencia, cohabitación y débito conyugal. Sin embargo como consecuencia de las diferencias que describimos anteriormente, y que desigualan a los matrimonios heterosexuales de los homosexuales, impone las siguientes consideraciones: a) Cuando describimos el deber de débito conyugal, dijimos que el mismo

no incluía prácticas antinaturales, puesto que constituyen injurias graves, pero en el supuesto del Matrimonio entre dos hombres las practicas antinaturales constituyen el medio de cumplir ese débito conyugal, por lo que en este caso las misma no solo no configuran el incumplimiento del deber, sino que por el contrario es el medio para el cumplimiento del mismo. En el mismo sentido la imposición de métodos de fecundación asistida para la procreación era causal de incumplimiento al deber del debito conyugal, situación que no puede darse en el supuesto de matrimonios del mismo sexo, los cuales por si solos no pueden concebir, por lo que irremediablemente deberán recurrir a dichos métodos para poseer descendencia. b) La homosexualidad de cualquiera de los esposos, hasta la sanción de la Ley del "Matrimonio Igualitario" fue considerada causal de injurias graves, puesto que afectaba la dignidad del otro cónyuge, en este sentido el Doctor Belluscio[33] se pregunta si la heterosexualidad de los esposos en un vínculo conyugal entre personas del mismo sexo, también debe ser considerada como injuria grave.

Derecho proyectado:

El Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11- PEN introduce modificaciones considerables en este tema, ya que su regulación implica una disminución explícita de los deberes conyugales. En este aspecto, tomaremos la opinión de Graciela Medina[34] quien sostiene que los derechos y deberes establecidos por el Código Proyectado son los mínimos o básicos necesarios para la comunidad de vida y que hacen a la esencia de la Institución, puesto que resultan imprescindibles para que el mismo exista. En aras del principio de libertad e igualdad que rige a esta Institución se deja librado a cada uno de los esposos en cada matrimonio la determinación de los compromisos a los que quieren sujetar su vida en común, por lo que este Proyecto no impone un modelo único de conducta conyugal, dando lugar a tantas formas de comportamiento matrimonial como vínculos conyugales existan.

De la lectura de su articulado se observa la supresión de los deberes de cohabitación y el de fijación de un domicilio conjunto, otorgándole el

---

33 Belluscio, Augusto C. "La Ley de Matrimonio 26.618", 6 de enero de 2011.

34 Medina, Graciela. "Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2012, pág. 288.

carácter de "moral" al deber de fidelidad. En consecuencia los derechos y deberes legales quedan determinados a los siguientes: a) Deber de establecer un proyecto de vida en común y su desarrollo; b) Deber de cooperación; c) Deber de prestarse asistencia recíproca; y por último d) Deber moral de fidelidad[35].

Los deberes anteriormente enunciados revisten el carácter de imperativos, es decir que a pesar de la promulgación del principio de autonomía de la voluntad, este no puede ser modificado por pacto en contrario, recíprocos, ambos cónyuges están obligados a su cumplimiento, e incoercibles, ya que no pueden obligarse a su cumplimiento a través de la fuerza por la naturaleza personalísima de los mismos, a excepción del deber de alimentos. Cabe aclarar que en el régimen vigente el incumplimiento a los deberes matrimoniales configuran diferentes causales que permiten al cónyuge no culpable solicitar la separación personal o el divorcio vincular, en el Código proyectado la invocación del incumplimiento de alguno de los deberes no producirán efectos en relación al divorcio, puesto que desaparece de la regulación del Proyecto el divorcio culpable, implementándose en consecuencia el denominado divorcio incausado. Me pregunto entonces que papel juegan estos deberes y derechos en el Código proyectado ya que su función ha quedado sumamente reducida en relación a la actual legislación, por lo que entendemos que el cumplimiento de los mismos permiten visualizar la voluntad de los esposos de continuar con el vínculo conyugal pero de ninguna manera podrán ser alegados como causal para la disolución voluntaria del vínculo. En consecuencia su incumplimiento genera sanciones mínimas o indirectas tales como la indignidad, la revocación de las donaciones por ingratitud, algunas sanciones de carácter penal, indemnización de daños y perjuicios con el objeto de reparar el daño (siempre que se cumplan los elementos constitutivos de la responsabilidad civil) pero no como sanción directa por el incumplimiento del deber, entre otras. Solamente en el supuesto de incumplimiento al deber de alimentos el Proyecto prevé una sanción derivada directamente del mismo, como es la condena en un juicio por alimentos.

[35] "Artículo 431: Asistencia. Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca" y "**Artículo 432:** Alimentos. Los cónyuges se deben alimentos entre sí durante la convivencia y la separación de hecho. Con posterioridad al divorcio, la prestación alimentaria sólo se debe en los supuestos previstos en este Código, o por convención de las partes. Esta obligación se rige por las reglas relativas a los alimentos entre parientes en cuanto sean compatibles".

Por último no podemos dejar de analizar el "deber moral de fidelidad" que legisla el proyectado artículo 431, el cual ha sido largamente criticado por la doctrina nacional. El carácter de moral de dicho deber tuvo su fundamento en el hecho de considerar que el mismo debía quedar limitado al ámbito privado, careciendo totalmente de carácter jurídico. Cabe aclarar que los deberes morales no son exigibles, puestos que revisten la naturaleza de éticos, a diferencia de los jurídicos, que generan una sanción. Una de las autoras del Proyecto, la Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, en relación a este tema dijo que "nadie está obligado a desnudar la intimidad de la vida familiar; la fidelidad es un deber moral, no jurídico, por lo que el Proyecto de Código Civil intenta modificar esta situación, que a nadie beneficia y que tantos perjuicios causa".

En este sentido la Doctora Ursula Basset[36] afirma que el problema se plantea cuando uno de los cónyuges quiere ser infiel y el otro no. En ese caso, el proyecto de Código Civil no aporta ninguna solución para el cónyuge víctima, al que deja en absoluta inferioridad frente al otro; sino que sólo legitima y facilita el terreno al infiel. Al mismo tiempo, tampoco será tan clara la admisibilidad de acciones por daño moral provocado por el infiel ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no ameritaría una reparación. Hay que ser concientes también que la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad del niño. Podemos decir, entonces, que el proyecto de Código consagra así del derecho a la infidelidad. Es decir que "el que quiere ser fiel, no tiene los mismos derechos que el que tiene como proyecto de vida un matrimonio abierto, toda vez que la fidelidad no puede pactarse. Vale la infidelidad, pero las parejas no podrían pactar la fidelidad y protegerse por la infracción y el agravio subsecuente. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer que elige ser infiel (o el hombre que elige) tiene sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción por el daño que tiene adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad

[36] Basset, Úrsula; "Matrimonio"; en AA.VV., "Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina", El Derecho, Buenos Aires, 2012.

2.d.2 Efectos patrimoniales.

Legislación vigente:

La celebración del matrimonio en sede civil genera una serie de efectos no solo en el orden personal sino que incluso abarca el orden patrimonial, que plantea situaciones particulares en las relaciones entre los cónyuges como la de los esposos con terceros. Estas situaciones han sido tomadas por la ley y sometidas a una regulación especial, la cual difiere en los diferentes países, a través de la adopción de distintos sistemas legislativos.

Nuestro ordenamiento jurídico ha previsto un régimen de carácter forzoso, único e inmodificable por los cónyuges, que se encuentra previsto en el Código Civil, Libro Segundo, Sección Tercera: De las obligaciones que nacen de los contratos, Título II: De la Sociedad Conyugal, es decir que por la sola celebración del matrimonio los cónyuges quedan sometidos al régimen legal vigente. El régimen previsto esta basado en una comunidad relativa integrada por los bienes gananciales (Sociedad Conyugal), excluyendo así de la misma a los bienes propios.

Como consecuencia de las características del régimen vigente, las partes voluntariamente no pueden cambiarlo, por lo que se han proscripto las Convenciones Matrimoniales tendientes a modificarlo. Se entiende por convención matrimonial (contrato de matrimonio o convención prenupcial) al acuerdo celebrado entre los futuros contrayentes con el fin de establecer el régimen patrimonial al cual quedarán sometidos luego de la celebración del matrimonio o bien reglamentar algún aspecto especial de sus relaciones patrimoniales. El artículo 1217 del Código Civil prescribe en este tema lo siguiente: "Antes de la celebración del matrimonio los esposos pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: 1° La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio. 2° (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968). 3° Las donaciones que un futuro cónyuge hiciere al otro; 4° (Inciso derogado por art. 1° de la Ley N° 17.711 B.O. 26/4/1968. Vigencia: a partir del 1° de julio de 1968)". De la lectura de dicho artículo surge que el objeto de las mencionadas convenciones han quedado reducidas solo a dos: 1.- La designación de los bienes que cada uno lleva al matrimonio, lo que constituye una prueba preconstituida del carácter propio de los bienes, a efectos de que el mismo no pueda ser discutido con posterioridad ni por el otro futuro cónyuge, ni sus sucesores o terceros. El artículo no prevé la enunciación de las deudas, la cual puede resultar beneficioso como

reflejo de la verdadera situación patrimonial de la que goza cada cónyuge antes de unirse en matrimonio. 2.- Las donaciones efectuadas entre los cónyuges previas al nacimiento del vínculo conyugal. Las posibilidades enunciadas son las únicas ya que el artículo 1218 establece que todo otro acuerdo sobre cualquier objeto relativo al matrimonio, así como las renuncias de uno de los cónyuges a favor de otro, o del derecho a los gananciales de la sociedad conyugal es de ningún valor. Cabe aclarar que solamente están permitidas las Convenciones que se celebren con anterioridad a la celebración del matrimonio, pues si se otorgaran con posterioridad, las mismas carecerán de valor alguno.

La forma impuesta por el Código Civil para estas convenciones es la escritura pública bajo pena de nulidad, y dicha escritura deberá contener los nombres de las partes, los de los padres y madres de los contrayentes, la nacionalidad de los esposos, su religión, su edad, su domicilio y su actual residencia, el grado de parentesco si lo hubiere, la firma de los padres o tutores de cada uno de los contrayentes, si fuesen menores, o la de un curador especial cuando los padres hubieren rehusado su consentimiento al matrimonio, y fuere suplido por el juez (artículo 1225).

Para finalizar debo mencionar que estas convenciones matrimoniales se caracterizan por ser solemnes, condicionales, ya que su existencia y validez depende de la celebración válida del matrimonio y por último son inmutables, es decir que no pueden modificarse posteriormente a la consagración civil del vínculo conyugal.

El artículo 1261 del Código Civil prescribe que la "La sociedad principia desde la celebración del matrimonio, y no puede estipularse que principie antes o después". Asimismo, un artículo posterior regula que la Sociedad conyugal se regirá por las reglas del Contrato de Sociedad, en cuanto no resulten incompatibles con las normas del título de referencia. Como consecuencia de la presente regulación, la doctrina, en su evolución histórica busco explicar la naturaleza jurídica de esta Sociedad Conyugal asimilándola al del Contrato Societario, encontrando elementos comunes tales como el affectio societatis, el cual en el supuesto del matrimonio sería affectio maritales, sin embargo, esta doctrina se encontró con bastantes obstáculos: la Sociedad Conyugal carece de personería jurídica que la diferencie de sus integrantes, no pudiendo en consecuencia ser titular de derechos y obligaciones; no posee responsabilidad social por las obligaciones contraídas por los esposos o cualquiera de ellos y además carece de patrimonio separado, ya que los bienes pertenecen a los cónyuges.

Sin embargo la reforma de la Ley 17.711 al Código Civil, puso fin a

las discusiones acerca de la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal y al modificar los artículos 1276 y 1277, estableció indudablemente una dualidad de masas que se origina con la celebración del matrimonio y se extingue con la disolución del vínculo. La primera masa de bienes está compuesta por los bienes propios y la segunda por los bienes gananciales, cada una de las cuales se encuentran bajo la titularidad, administración y responsabilidad de cada uno de los cónyuges.

En consecuencia con el nacimiento del vínculo conyugal comienza un "régimen patrimonial", mediante el cual, los bienes adquiridos a titulo oneroso por cualquiera de los esposos son calificables como "gananciales", los cuales al disolverse el vínculo integrarán una masa partible. Mientras el matrimonio subsista hay bienes y deudas de titularidad de cada cónyuge y bienes y deudas comunes a ambos.

Pues bien, debo entonces analizar los bienes propios y los bienes gananciales para dilucidar cuales son los que integran cada una de estas masas que componen la dualidad arriba mencionada. De la conjunción de los artículos 1243, 1263, 1266, 1267 a 1270, podemos mencionar como Bienes Propios a los siguientes: 1. Los bienes adquiridos por cada cónyuge antes de la celebración del matrimonio. 2. Los adquiridos después de la celebración del matrimonio a título gratuito. 3. Los adquiridos por permuta con otro bien propio, por la inversión de dinero propio, por la reinversión del dinero obtenido de la enajenación de un bien propio. 4. Los aumentos materiales de los bienes propios. 5. Los adquiridos después del matrimonio pero por título o causa anterior a él. A esta enumeración la doctrina, jurisprudencia y leyes especiales han agregado otros tales como indemnizaciones por daños personales, seguros (de vida), el derecho a la jubilación o pensión, rentas vitalicias, muebles de carácter personal, entre otros. En cuanto a los Bienes Gananciales los mismos se encuentran regulados en el artículo 1272 del Código Civil[37].

[37] "Artículo 1272: Pertenecen a la sociedad como gananciales, los bienes existentes a la disolución de ella, si no se prueba que pertenecían a alguno de los cónyuges cuando se celebró el matrimonio, o que los adquirió después por herencia, legado o donación. "Son también gananciales los bienes que cada uno de los cónyuges, o ambos adquiriesen durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, donación o legado como también los siguientes: Los bienes adquiridos durante el matrimonio por compra u otro título oneroso, aunque sea en nombre de uno solo de los cónyuges. Los adquiridos por hechos fortuitos, como lotería, juego, apuestas, etcétera. Los frutos naturales o civiles de los bienes comunes, o de los propios de cada uno de los cónyuges, percibidos durante el matrimonio, o pendientes al tiempo de concluirse la sociedad. Los frutos civiles de la profesión, trabajo, o industria de ambos cónyuges, o de cada uno de ellos. Lo que recibiese alguno de los cónyuges, por el usufructo de los bienes de los hijos de otro matrimonio. Las mejoras que durante el matrimonio, hayan dado más valor a los bienes propios de cada uno

La razón de ser de dividir los bienes en propios y gananciales tiene su fundamento en que los primeros nombrados no integran la sociedad conyugal, por lo que el cónyuge no titular no podrá reclamar derecho alguno sobre el mismo al momento de la liquidación de dicha sociedad y en relación a los gananciales, durante la vigencia del matrimonio el cónyuge no titular del bien tendrá un derecho en expectativa, pero a su culminación deberá ser compartidos ya que se entiende que ambos han contribuido a su obtención.

En relación a la gestión de los bienes, la ley 17.711 ha previsto un régimen de gestión separada de los bienes de los esposos: cada uno de ellos administra y dispone de los bienes propios y gananciales de su titularidad. Traemos a colación el artículo 1276 del Código Civil, el cual norma lo siguiente: "Cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y de los gananciales adquiridos con su trabajo personal o por cualquier otro título legítimo, con la salvedad prevista en el artículo 1277. Si no se puede determinar el origen de los bienes o la prueba fuere dudosa, la administración y disposición es conjunta del marido y la mujer. El juez podrá dirimir los casos de conflicto".

Como lo menciona el artículo 1276 el principio de gestión separada posee una limitación establecida en el artículo 1277 del Código Civil, ya que se exige la conformidad (asentimiento conyugal) del cónyuge no titular para realizar actos de trascendental importancia patrimonial. En este sentido cabe aclarar que el cónyuge comparece a dar su conformidad, no su consentimiento, por lo que no integra el acto de disposición, siendo un tercero que simplemente asiente la disposición que efectúa su esposo. El asentimiento exigido por el artículo 1277 del Código Civil para los actos de disposición sobre los bienes gananciales, no importa la intromisión del cónyuge no administrador en el contrato, desde que tal acto constituye simplemente una condición jurídica de la validez del negocio. Es decir, que no se trata de un acto de codisposición, pues quien dispone es el titular del bien, limitándose el restante a prestar su asentimiento al acto[38].

Considero necesario transcribir el contenido del artículo 1277, dada la trascendencia del mismo: "Es necesario el consentimiento de ambos

de los cónyuges. Lo que se hubiese gastado en la redención de servidumbres, o en cualquier otro objeto de que sólo uno de los cónyuges obtenga ventajas. Los derechos intelectuales, patentes de invención o diseños industriales son bienes propios del autor o inventor, pero el producido de ellos durante la vigencia de la sociedad conyugal es ganancial".

[38] CNCiv., Sala A, 30/7/85, LL 1985-D-130.

cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes. También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial. El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido".

La norma mencionada se implementó con la finalidad de proteger a los cónyuges, e impedir que uno de ellos ejecute maniobras de ocultamiento o vaciamiento del patrimonio familiar, por lo que el legislador ha incluido este requisito, para que puedan tener validez los actos de disposición o gravamen de los bienes gananciales, estableciendo así una medida de vigilancia, que permite a cada cónyuge estar informado del manejo de los bienes gananciales, y tomar medidas de protección si fuere necesario.

De la lectura del artículo surge que los actos de disposición o gravamen, los aportes de dominio o uso de sociedades y la transformación y fusión de las sociedades de personas, todos de origen ganancial, ocasionan la necesidad de requerir el asentimiento del otro cónyuge. Cabe aclarar que debe partirse del principio de interpretación restrictiva, por cuanto se requerirá el asentimiento, en aquellos actos que produzcan un desplazamiento patrimonial, esto es, actos de enajenación, propiamente dicho y gravamen.

Por otra parte el artículo 1.277 del Código Civil sólo establece el Asentimiento para los inmuebles, derechos o muebles, cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria; casos de estos serían: inmuebles, automotores, créditos hipotecarios, cuotas, entre otros, enumeración que puede ampliarse con la incorporación de todo bien o derecho cuyo registro las leyes vayan imponiendo, en forma obligatoria.

Respecto a los bienes propios, la ultima parte del artículo 1277 del Código Civil impone también la obligación de requerir el asentimiento del otro cónyuge solo en el supuesto en que dicho bien estuviera radicado el hogar conyugal y hubiera hijos menores o incapaces. Cabe aclarar que deben confluir ambos requisitos para que el asentimiento conyugal sea obligatorio: el inmueble debe ser sede del hogar conyugal y existir hijos menores o incapaces.

En cuanto al momento en que debe otorgarse dicho asentimiento, no se requiere necesariamente que sea simultaneo con el acto de disposición que otorga el otro cónyuge, de manera que puede darse anticipadamente, siempre y cuando este especificado el bien y el tipo de acto para el cual se otorga. Este asentimiento otorgado de manera anticipada puede revocarse mientras no se haya realizado el acto para el cual fue otorgado. Respecto a si puede ser otorgado con posterioridad, la doctrina entiende que lo que estaría haciendo el cónyuge no titular en ese caso es conferir confirmación al acto ya celebrado y no asentimiento, puesto que el acto celebrado sin el mismo se encuentra viciado de nulidad relativa.

La Sociedad Conyugal se disuelve por separación judicial de bienes, por declararse nulo el matrimonio y por la muerte de uno de los cónyuges (artículo 1291). Carlos María Corbo[39] sostiene que pueden agregarse a la enumeración del Código otras causales de extinción del Código Civil tales como la interdicción de alguno de los esposos, declaración de presunción de fallecimiento, separación personal o divorcio vincular. La disolución produce la conclusión del régimen y se extingue la ganancialidad de los bienes que los cónyuges pudieran adquirir con posterioridad. En este sentido no debe confundirse las causales de disolución del régimen de bienes con las que provocan la disolución del matrimonio, aunque pueden coincidir algunas de ellas.

Como consecuencia de la disolución se produce la indivisión poscomunitaria durante el período que transcurre entre la disolución de la sociedad conyugal y la partición de bienes. Al respecto la normativa vigente adolece de una insuficiencia legislativa en la regulación de los supuestos que se producen en este caso, a excepción de lo dispuesto en el artículo 1313 del Código Civil, por lo que la doctrina ha debatido largamente sobre el tema. El artículo 1313 mencionado establece Respecto a la naturaleza jurídica considero que se trata de una universalidad jurídica similar a la que se produce como consecuencia del fallecimiento de las personas (comunidad hereditaria).

Derecho Proyectado:

Una de las innovaciones del Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11- PEN) es el cambio del ca-

[39] Corbo, Carlos María. “Régimen Patrimonial del Matrimonio”, Editorial Nova Tesis, Rosario, 2010.

rácter del régimen patrimonial como consecuencia de la celebración del matrimonio, puesto que el mismo deja de ser rígido e imperativo, para permitir a los futuros contrayentes optar por los regimenes proyectados, en aras del principio de libertad y autonomía de la voluntad que rige a la Institución del Matrimonio. En este sentido una de las verdaderas innovaciones es la modificación de las Convenciones Matrimoniales legisladas por Vélez Sarsfield, para permitir pactar el régimen patrimonial ante el cual se someterán los esposos. Básicamente las modificaciones del Código Proyectado en este tema se resumen en: a) Posibilidad de opción entre dos regimenes: comunidad de bienes y separación de bienes. b) Establecimiento de un régimen primario el que contiene obligaciones comunes a ambos sistemas patrimoniales, los que son inderogables e inmodificables por los contrayentes. c) Inoponibilidad del acto fraudulento de los cónyuges durante la vigencia de la Sociedad Conyugal. d) Expresa regulación de la etapa de indivisión poscomunitaria. e) Ampliación de la enumeración de los bienes propios y gananciales a efectos de responder a cuestiones dudosas que durante años debieron resolver la doctrina y jurisprudencia. f) Aceptación de la teoría de las recompensas. Estas reformas responden a una tendencia mundial que la doctrina argentina viene discutiendo durante décadas.

Básicamente la innovación consiste en que los cónyuges mediante convenciones matrimoniales opten por el régimen de separación de bienes, ya que el régimen de comunidad se aplica supletoriamente para el supuesto de que los esposos no expresen nada acerca del régimen al cual quieren someterse. Asimismo se plantea que los cónyuges podrán cambiar de régimen cuantas veces quieran, siempre y cuando haya transcurrido un año desde la última modificación. Por último se regula una serie de artículos que serán aplicables a ambos regimenes patrimoniales, tales como la protección del hogar conyugal, el deber de contribución a las cargas del matrimonio y la responsabilidad solidaria frente a los acreedores de cualquiera de los cónyuges por deudas contraídas para amparar los gastos ordinarios del hogar, el sostenimiento y educación de los hijos.

Comenzaremos analizando las Convenciones Matrimoniales, para luego analizar el Régimen de separación de bienes y las disposiciones comunes a ambos regimenes.

Convenciones Matrimoniales: Las Convenciones matrimoniales están reguladas en el Código Proyectado en el artículo 446, el cual mantiene la redacción del vigente artículo 1217 del Código Civil agregándole dos

nuevas disposiciones[40]. Analizando dicha normativa podemos observar: a) Que admite la denominada convención de inventario y agrega en este sentido la posibilidad de inventariar las deudas que cada uno de los contrayentes tenga en su haber con anterioridad a la celebración del matrimonio, para lo cual incorpora el inciso b), b) El último inciso (d) establece que antes de la celebración del Matrimonio los futuros esposos pueden optar expresamente por alguno de los dos regímenes patrimoniales que regula el Proyecto. Como ya lo adelantáramos, si los contrayentes no hicieran uso de la facultad de opción concedida, el régimen patrimonial que se aplicara como consecuencia de la celebración del matrimonio será el de comunidad de bienes en virtud de lo dispuesto por el artículo 463 de la citada norma proyectada y c) Toda convención entre los futuros cónyuges sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio es de ningún valor (artículo 447).

El artículo 448 del Proyecto objeto de estudio, impone la forma de Escritura Pública bajo pena de nulidad, tanto para la Convención matrimonial previa a la celebración del casamiento como a las que se otorguen con posterioridad para modificar el régimen. No se permite como en proyectos anteriores (1993 y 1998) la posibilidad de otorgarla por instrumentos privados con la posterior homologación judicial. Si la convención se otorgó antes de la celebración del matrimonio, ésta no producirá efectos hasta la efectiva consagración civil del vínculo conyugal. Respecto a la oponibilidad de dichas convenciones frente a terceros, el mismo artículo 448 impone la obligación de registrarlas, lo cual se efectuará a través de una anotación marginal en el Acta de Matrimonio.

Las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inciso d) según lo prescribe el artículo 450.

Tal como se adelantó el Código Proyectado permite a los cónyuges modificar el régimen patrimonial al que se encuentran sometidos a través del otorgamiento de una nueva Convención matrimonial, la forma legal de la misma es la escritura pública y también deberá remitirse su testimonio al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para

[40] "Artículo 446: Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código".

su toma de razón en la marginal de la Partida de Matrimonio a efectos de que resulte oponible frente a terceros. La normativa no limita el número de veces en que los cónyuges podrán modificar el régimen, por lo que se deduce que lo podrán hacer ilimitadamente, siempre y cuando hubiera transcurrido un año desde la celebración de la última convención matrimonial.

El mencionado proyecto prevé una norma en protección de los derechos de los acreedores, otorgándoles la posibilidad de solicitar la inoponibilidad de las modificaciones si ello les acarrea perjuicios, contendiéndoles una acción que prescribe al año de haber conocido el cambio de régimen.

En relación a este tema la XXX Jornada Notarial Argentina celebradas en el mes de agosto del año 2012 en la Provincia de Mendoza, resolvió considerar auspicioso la consagración del principio de autonomía de voluntad en el régimen patrimonial matrimonial; el reconocimiento de la coexistencia de pluralidad de formas familiares que hacen necesario admitir la opción entre diversos regímenes patrimoniales; la previsión de un régimen primario o fijo inderogable que asegura la solidaridad y asistencia familiar, mediante la protección de la vivienda familiar, el deber de contribución y la responsabilidad de los cónyuges; la incorporación de la posibilidad de libre eleccion de un régimen de separación de bienes en convenciones prematrimoniales o matrimoniales, manteniéndose el régimen de comunidad de gananciales como supletorio; y la posibilidad de mutar entre ambos regímenes durante el matrimonio, sin más requisito que el que haya transcurrido un plazo mínimo de un año de vigencia y sea otorgado por escritura pública. En virtud de lo manifestado precedentemente, en dichas Jornadas se propugnó: "1. Siendo que la opción por el régimen de separación de bienes durante la vigencia del matrimonio provoca el cese de la comunidad de gananciales, es aconsejable cumplir los actos partitivos con su correspondiente inscripción en los registros, según la naturaleza de los bienes. 2. Dado que las convenciones matrimoniales tienen plena validez inter partes desde su celebración, y son oponibles frente a terceros por su registración, se considera conveniente que la misma se lleve a cabo en los registros de la propiedad respectivos, por la seguridad que brinda y su efectiva oponibilidad. 3. Con respecto a los bienes registrables, la inscripción en el Registro Civil, debería completarse con la prioritaria de la registración específica.".

Régimen de separación de bienes: Este consiste en el sistema mediante el cual cada esposo conserva la propiedad de los bienes adquiridos durante la vigencia del vínculo conyugal sin posibilidad de compartir dichos

bienes con el cónyuge no titular. La principal consecuencia que genera el mismo es la independencia absoluta del esposo titular de gozar de las facultades de administración y disposición, además de la separación de responsabilidad frente a los acreedores, a excepción de lo establecido para protección de la vivienda familiar y el régimen de solidaridad previsto en el artículo 461. Respecto a las adquisiciones conjuntas de los esposos durante la vigencia de éste régimen, el artículo 506 otorga la posibilidad de probar la compra exclusiva de bien por cualquiera de ellos, si no existiera prueba alguna, la norma proyectada presume que la adquisición se efectúo en partes iguales. En este sentido el mismo artículo faculta a los jueces a oponerse a la división de condominio solicitada por los cónyuges condóminos si con ello el interés familiar resulta comprometido. Eduardo G. Roveda[41] sostiene que el Código Proyectado omitió incorporar una norma similar al artículo 1438 del Código Civil español, el cual otorga una compensación de carácter económico al esposo que desarrolló durante la convivencia trabajos en el hogar conyugal, aunque entiende que la misma podría encontrarse comprendida en el artículo 441.

Régimen de comunidad de bienes: Este régimen adquiere el carácter de supletorio, puesto que a falta de opción hecha en la convención matrimonial, los cónyuges quedan sometidos desde la celebración del matrimonio al régimen de comunidad de ganancias reglamentado en el Capítulo 2 del Código Proyectado. Aclara el artículo 463 que los esposos no podrán pactar que este régimen comience antes o después, a excepción del cambio de régimen reglamentado en el artículo 449. Respecto al carácter de bienes propios o gananciales, ha sufrido algunas modificaciones, poniendo fin a discusiones doctrinales y jurisprudenciales respecto al carácter de determinados bienes que no estaban expresamente previstos en la legislación vigente. Sin embargo, la redacción de los artículos 464 y 465 del mencionado cuerpo legislativo posee una técnica criticable, puesto que dichos artículos consisten en una enumeración casuística que recoge la opinión de la jurisprudencia, la cual ha interpretado las normas del Código Civil vigente para determinar el carácter de ganancial o propio de los bienes, sin introducir mayores innovaciones.

En cuanto a la gestión de dichas masas, los artículos 469 a 470 establecen que cada uno de los esposos tiene la libre administración y

[41] Roveda, Eduardo G. “El Régimen Patrimonial del Matrimonio”, en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2012, pág. 368.

disposición de los bienes propios y los gananciales adquiridos por el, con la restricción del asentimiento conyugal.

El artículo 466 trae una regulación interesante respecto a la prueba del carácter del bien, estableciendo que se presume, salvo prueba en contrario, que todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad revisten el carácter de ganancial. Respecto a los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, el cónyuge que pretenda probar dicho carácter frente a terceros, deberá hacer constar en el acto de adquisición dicha circunstancia, con determinación expresa del origen y la expresión de conformidad del otro esposo. Para el supuesto de que no pudiera obtenerla o bien el esposo no titular se negara a prestar su conformidad, el adquirente podrá requerir una declaración judicial de carácter propio del bien, de la que deberá tomarse nota marginal en el instrumento del cual resulta el titulo de adquisición, este procedimiento también puede efectuarse para el supuesto en que se hubiera omitido dejar dicha constancia en el acto de adquisición. Asimismo se establece que la sola manifestación por parte de los cónyuges del carácter de propio del bien nos es suficiente frente a terceros.

Disposiciones comunes: el Proyecto de Código Civil y Comercial, a través de sus normas que comienzan a partir del artículo 454 y siguientes, instituye una serie de reglas que serán aplicables imperativamente a ambos regimenes, y cuyo fundamento es la de evitar situaciones disvaliosas que pueden producirse sobre todo en el régimen de separación de bienes. A este conjunto de normas comunes se ha denominado Régimen primario y consiste en el Deber de contribución, protección de la vivienda familiar y responsabilidad solidaria, los cuales desarrollaremos brevemente a continuación:

a) Deber de Contribución: los esposos deberán contribuir, conjuntamente y en proporción a sus recursos, al sostenimiento del hogar y de los hijos comunes, así como también los hijos menores de edad, o con capacidad restringida o discapacidad de uno de los cónyuges y que conviven con ambos. Eduardo Rovera[42] sostiene que se trata de la faz económica del deber de asistencia recíproco que se haya regulado en los artículos 431 y 432 del norma proyectada y que analizamos en al

[42] Roveda, Eduardo G. "El Régimen Patrimonial del Matrimonio", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2012, pág. 357/358.

momento de desarrollar los deberes y derechos de los contrayentes. Esta norma resulta innecesaria por cuanto el sostenimiento del hogar y los hijos se encuentra contenida en la responsabilidad por alimentos que surge de la celebración del matrimonio y los que emergen de la responsabilidad parental.

b) Protección de la vivienda familiar: la vivienda sede del hogar conyugal ha merecido por parte el Código Proyectado una protección especial, requiriendo el asentimiento del cónyuge no titular para efectuar actos que impliquen disponer de los derechos de la misma, incluyendo en ésta protección a los bienes muebles que resulten indispensables para la misma, lo que no podrán siquiera ser trasladados sin la conformidad expresa del otro esposo. Los actos que quedan comprendidos son los de enajenación tales como la venta del inmueble, la constitución de gravámenes que comprometan su destino (hipoteca), la constitución de otros derechos reales tales como el uso y la habitación o la celebración de contratos que comprometan el uso de la propiedad (comodato o locación). Respecto a los bienes muebles, se entiende que son indispensables aquellos que resultan imprescindibles para cubrir las necesidades básicas de los integrantes del grupo familiar. El asentimiento que debe prestar el cónyuge no titular debe versar tanto sobre el acto que se pretende realizar como sus elementos constitutivos.

Asimismo el artículo 458 prevé el otorgamiento de autorización judicial para suplir la voluntad del esposo no titular que se encontrare ausente, fuera incapaz o gozare de una capacidad restringida, se encontrare transitoriamente impedido de manifestar su voluntad o su negativa no se justifica en aras del interés familiar. El acto celebrado con la autorización judicial mencionada es oponible al otro cónyuge sin que ello implique que deriva de la misma una obligación personal a su cargo (artículo 458).

La vivienda familiar además es protegida por el instituto de la inejecutabilidad de la misma por deudas contraídas después del matrimonio, estableciendo como excepción el hecho de que la deuda haya sido contraída por ambos cónyuges o por uno de ellos con el asentimiento del otro. Por otra parte el artículo 461 establece la responsabilidad solidaria de los esposos por obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o del sostenimiento y la educación de los hijos comunes. En este supuesto se amplia la responsabilidad impuesta por el artículo 6 de la Ley 11.357, y que implica que cualquiera sea el régimen patrimonial elegido, ambos cónyuges responderán con

todos sus bienes frente a los acreedores de obligaciones contraídas con motivo de responder a las necesidades básicas del hogar y los hijos.

Entre otras modificaciones que proyecta el Código de referencia podemos encontrar:

a) Inexistencia de normas que prohíban la contratación entre cónyuges dentro del régimen de comunidad: En la legislación vigente, por la imperatividad del régimen esta prohibido entre los esposos celebrar actos que impliquen la transferencia del derecho de propiedad.

b) En cuanto al régimen del asentimiento conyugal, previsto en la legislación vigente en el artículo 1277 del Código Civil, la normativa reemplaza el término "disponer" por enajenar y gravar. El asentimiento se requiere para los bienes registrables en idéntica forma que la legislación vigente, agregándose los siguientes: Acciones nominativas no endosables y las cartulares, con excepción de las autorizadas para oferta pública; la participación en sociedades no exceptuadas en el artículo anterior, los establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios; las promesas de venta. Asimismo se establece que el cónyuge cuyo asentimiento se hubiera omitido podrá demandar la nulidad del acto dentro de los seis meses de haberlo conocido y no más allá de los seis meses de la finalización del régimen.

c) En el supuesto de deudas contraídas para la reparación y conservación de los bienes comunes, se modifica el régimen del artículo 6 de la Ley 11.367 (establece que la obligación se extiende sólo a los frutos de los bienes propios o gananciales) la responsabilidad para el cónyuge que no las contrajo abarca todos sus bienes gananciales.

d) En cuanto a la extinción de la comunidad, la sentencia de divorcio o anulación del matrimonio en los supuestos en que ha sido precedida por separación de hecho, tiene efectos retroactivos al día de la separación.

e) En cuanto a la indivisión poscomunitaria, el Proyecto recepta la teoría del Doctor Zannoni, la cual distingue las causales de la disolución a los efectos de la regulación, por ejemplo si la comunidad se extinguió por muerte de unos de los esposos, las normas a aplicar son las de la indivisión hereditaria. Si la misma se extingue en vida de los cónyuges se otorga a los mismos la posibilidad de acordar la gestión de los bienes indivisos y a falta de acuerdo se aplicarán las normas de separación de gestión; asimismo se establece la obligación de informar al otro esposo con una antelación considerable, la intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria, permitiendo ejercer al otro cónyuge el derecho de oposición. El uso de los bienes indivisos se concede a ambos cónyuges, pudiendo acordarse el pago de un canon locativo.

f) Se regula de manera expresa las recompensas.

g) El principio general para la partición de la comunidad es el de la división en partes iguales, salvo que los esposos pacten una proporción diferente. Se establece una preferencia a favor de uno de los cónyuges respecto de los bienes de uso vinculados con su actividad profesional o comercial, así como la propiedad intelectual o artística. Además de ello se establece un derecho sobre la vivienda y un eventual canon locativo para ese uso exclusivo.

3. Matrimonio en sede notarial

Tal como lo adelante en puntos anteriores, la celebración del matrimonio en nuestro país, y por imperativo de la legislación vigente, está reservada a la esfera administrativa, es decir que solamente pueden celebrar casamientos que produzcan efectos civiles, el oficial público o autoridad competente que pertenezca al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de cada jurisdicción provincial. Sin embargo durante muchas décadas, el notariado argentino ha reclamado su competencia en este sentido, puesto que la jurisdicción voluntaria que ejerce se asimila de manera casi idéntica a la función desplegada por el oficial público del Registro Civil en la celebración del Matrimonio. En apoyo de ello se ha recurrido al derecho comparado, el cual ha demostrado que en otros países los escribanos públicos desempeñan funciones similares al del Registro Civil, pudiendo celebrar matrimonios por escritura pública y hasta constatar nacimientos y defunciones por dicho instrumento.

Si buscamos antecedentes históricos podemos citar al Decreto de Viamonte del 20 de diciembre del año 1833, el cual autorizaba a los disidentes a celebrar el Matrimonio ante la autoridad eclesiástica de su confesión y un escribano designado por el gobierno[43].

Al sancionarse la Ley 23.515 se introdujo una modificación en relación a la Ley 2393, utilizando indistintamente los vocablos "autoridad competente" y "oficial público" para referirse a la persona encargada de celebrar el Matrimonio, a diferencia de la legislación anterior, la cual mencionaba únicamente al oficial público encargado del Registro Civil. Además la

[43] Marino, Rut Etel. "El Proyecto sobre casamiento por escritura pública", Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de Capital Federal, 1990.

misma normativa permite, por razones de urgencia, que funcionarios judiciales sin distinción alguna de jerarquías, celebren Matrimonios ante la ausencia o imposibilidad del oficial público del Registro Civil.

De la naturaleza de la función notarial, tan largamente discutida, podemos afirmar que surge que el Escribano es el funcionario público por excelencia, puesto que el Estado delega en él una función inherente a su soberanía, la cual implica que determinados hechos que interesan al Derecho sean ciertos, revistan autenticidad y eficiencia por la intervención notarial. El Notario entonces tiene la particularidad de representar al Estado en el ejercicio de su profesión, lo que le confiere el carácter de funcionario u oficial público. La representación del Estado se traduce en dar fe de los actos en los que interviene y autoriza, garantizando con ello la seguridad jurídica en beneficio de los intereses personales y patrimoniales de los ciudadanos y de la comunidad en general.

Por lo arriba expuesto, estamos en condiciones de concluir que el Notario, por la función que desempeña, se encuentra plenamente facultado para celebrar casamientos por escritura pública. En este sentido el escribano celebra ciertos actos que se encuentran relacionados con el derecho de familia tales como la emancipación de los menores de 18 años (actualmente derogada por la ley 26.579), realiza partición extrajudicial para poner fin a la indivisión post comunitaria en caso de sucesión y/o divorcio; celebra convenciones matrimoniales, y realiza Actas de reconocimientos de hijos, entre otras. La posibilidad de incluir la celebración del Matrimonio dentro de las facultades notariales no implica imponerle una nueva misión, ya que como expresamos precedentemente, éste es un funcionario que en el ámbito de su competencia realiza actos que involucran cuestiones de familia, por lo que solamente se estaría ampliando el campo de actuación del mismo.

En consecuencia bastaría modificar la normativa vigente, para introducir en su articulado una norma que establezca que por autoridad competente o funcionario público, también debe entenderse incluido al notario, quien deberá respetar los requisitos establecidos por la ley para la celebración del matrimonio incluyendo diligencias previas y posteriores en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que garanticen la legalidad del acto y su posterior publicidad registral.

El Matrimonio por escritura pública, consistiría entonces, en la posibilidad de reemplazar la figura del oficial público del Registro Civil por el Escribano Público, a opción de los contrayentes. Cabe aclarar, que lo que se propone es la posibilidad de celebrar el casamiento ante el Notario, conservando siempre los futuros esposos la posibilidad de hacerlo ante

el encargado del Registro Civil y no la sustitución total y absoluta del Escribano por el oficial publico registrador.

En la Argentina, desde hace varias décadas, el notariado ha luchado por incorporar a sus facultades cuestiones de jurisdicción voluntaria, reservada a actividades judiciales, puesto que esto no sólo imprimiría celeridad a la tarea de la justicia, que se encuentra excedida en capacidad, sino que además proveería a los particulares un servicio ágil, práctico, adecuado a sus necesidades y que produciría los mismos efectos que si fuera planteado en sede judicial. Cabe destacar que esta lucha del notariado ha encontrado una fuerte resistencia por parte de los jueces y abogados, que no ha permitido hasta el momento obtener logros sustanciales.

En idéntico sentido a lo arriba expresado, el Estado en su faz administrativa se encuentra igualmente abarrotada, como consecuencia del crecimiento demográfico y la disímil distribución de la población, lo que provoca una burocratización excesiva, que torna lento cualquier trámite administrativo, con el consiguiente perjuicio que ocasiona la demora. La posibilidad de que el Escribano intervenga en algunos actos de sede administrativa, como lo es la celebración del matrimonio, otorga fecundos beneficios que responden a las exigencias de celeridad de la comunidad toda.

Incluso se proyectó en algún momento, ampliar aún más las atribuciones del notariado en este sentido, permitiendo que los nacimientos y las defunciones se constaten por escritura pública. En este sentido la propuesta implicaba otorgar escrituras de nacimiento y defunción, comprobando tales hechos mediante certificado médico debidamente legalizado por el Colegio respectivo, el cual se anexaba a la escritura correspondiente y luego se rogaba la inscripción de la misma ante el Registro Civil.

En conclusión el notariado argentino propone la posibilidad de que los casamientos se celebren en sede notarial, como lo es en otros países latinoamericanos, tales como Colombia, Cuba y Guatemala, como función antiburocratizante y de manera alternativa a la función administrativa registral, en beneficio de la comunidad toda.

Es así que en la XVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de Capital Federal, celebrada en agosto de 1989, Rodolfo E. Olive y Raúl R. García Coni, presentaron un ensayo denominado "Estipulación prenupcial, conyugal y posmatrimonial", el cual propuso de lege ferenda que la "celebración del matrimonio podrá realizarse por escritura pública, junta o separadamente con las convenciones prematrimoniales.". Asimismo

sugirieron que se agregue al artículo 9º de la Ley 23.515 el siguiente párrafo: "A los efectos de esta ley se considera "autoridad competente" y oficial público" el escribano que autorice una escritura de casamiento, la que podrá realizarse cumpliendo con todos los requisitos establecidos en la ley y deberá inscribirse dentro de los treinta días de otorgada, en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda a cada demarcación. Los estipendios del escribano, no podrán exceder el fijado en sus aranceles para la realización de actas protocolares".

El 8 de agosto de 1990, la Diputada Adelina I. Dalesio de Viola, presentó en el Congreso de la Nación un proyecto de ley, el cual consistía en introducir el artículo 8 bis a la Ley 23.515, para permitir de esa manera la celebración del Matrimonio en sede notarial. El texto de la norma que la legisladora pretendía incorporar poseía la siguiente redacción: "Artículo 8º bis: Podrá efectuarse el casamiento civil por acto otorgado por los contrayentes en escritura pública autorizada por el Escribano del lugar, quien seguirá la preceptiva de la presente ley. Podrá ser una misma la escritura de esponsales y la de matrimonio, siempre que estos actos guarden la debida cronología. El escribano deberá tener a la vista un certificado, con no más de quince (15) días de vigencia, expedido por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, donde conste que no se han formulado oposiciones a la celebración del matrimonio. Dentro de los treinta (30) días siguientes al acto de celebración, el escribano interviniente o en su defecto el reemplazante legal, deberá presentar testimonio del acto al Registro correspondiente, el que lo devolverá con nota de su inscripción".

El mencionado proyecto tenía su fundamento legislativo en la Ley 23.515, la cual utiliza los vocablos "autoridad competente" y "oficial público" de manera indistinta. Inclusive la misma ley al reformar el artículo 196 del Código Civil permitió la celebración del matrimonio en casos de urgencia y de ausencia del oficial público, a magistrados o funcionarios sin distinción de jerarquía, los que debían labrar un Acta, la que con posterioridad seria protocolizada por el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Frente a lo manifestado precedentemente porque entonces no permitir a los escribanos públicos que revisten el carácter de funcionarios públicos, hacerlo también mediante escritura pública.

En consecuencia lo que propone el proyecto es que la denominación de autoridad competente y oficial público incluya al notario para la celebración del Matrimonio, por lo que las partes podrían optar por la consagración del vínculo conyugal en sede administrativa ante el

encargado del Registro Civil como en sede notarial ante el Escribano Público.

Del análisis del artículo 8 bis del Proyecto referenciado surge que el procedimiento previsto para el otorgamiento de escritura de casamiento sería el siguiente:

Los contrayentes deberán concurrir al escribano del domicilio de cualquiera de ellas y requerir su actuación para la celebración del matrimonio.

Aceptado el requerimiento por el notario, éste deberá solicitar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas un certificado que acredite la habilidad nupcial de los futuros esposos y consignar si se han realizado oposiciones al mismo. Este Certificado tendrá un plazo de vigencia de quince (15) días dentro de los cuales el Escribano deberá otorgar la escritura de celebración de matrimonio.

Para el supuesto de que se hubieran expresado oposiciones, las mismas deberán sustanciarse ante el Registro Civil, sin perjuicio de las que el propio escribano denuncie ante el Registro correspondiente, remitiendo los antecedentes a la sede administrativa.

Una vez resueltas las oposiciones o no existiendo ninguna, el escribano celebrará el acto matrimonial, debiendo cumplir con las prescripciones del artículo 188 del Código Civil.

La escritura pública que contenga la celebración matrimonial deberá cumplir con los requisitos establecidos por la normativa nacional y provincial para las escrituras en general y en cuanto a su contenido deberá dar cumplimiento a los artículos del Código Civil que se refieran a la celebración del Matrimonio, en especial los datos que contemplan los artículos 186 y 191 del Código Civil.

Una vez otorgada la escritura pública de celebración del Matrimonio deberá expedir Primer Testimonio de la misma y remitirlo al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas para su toma de razón, en un plazo que no supere los treinta (30) días desde la celebración del acto.

El Registro Civil devolverá el testimonio diligenciado para su entrega a los cónyuges.

Cabe efectuar las siguientes consideraciones en relación al procedimiento impuesto por el artículo proyectado ya relacionado:

1.- Los futuros esposos al momento de requerir la intervención notarial para la celebración del Matrimonio deberán dar cumplimiento a las diligencias previas impuestas por el artículo 187 del Código Civil, adjuntando la documentación que exige dicha normativa. En cuanto a la solicitud a la que se refiere el artículo 186, dicha voluntad puede plasmarse en el

requerimiento de la misma Escritura, debiendo el notario consignar en ella los datos exigidos por dicho artículo.

2.- El Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas ejercita un control de legalidad al expedir el certificado de habilidad nupcial correspondiente, previa verificación de la aptitud de los mismos.

3.- En la solicitud del Certificado arriba relacionado, el escribano deberá consignar los datos solicitados por el artículo 186 del Código Civil, a fin de que el Registro pueda realizar el control de legalidad correspondiente.

4.- El nuevo estado de familia (vinculo conyugal) se adquiere en el momento de la celebración del Matrimonio, es decir, en el otorgamiento de la escritura pública correspondiente, por lo que la inscripción registral posterior, solo tendrá efectos publicitarios. Es decir que al igual que el sistema del Registro Inmobiliario, la inscripción adquiere el carácter de declarativa y no constitutiva, ya que el matrimonio existe desde el momento de su celebración en escritura pública.

5.- Podrá, de ser necesario o considerarse conveniente, el Registro Civil instrumentar una minuta rogatoria para la toma de razón de la escritura que contenga la celebración del matrimonio.

6.- Me pregunto cuál es la consecuencia de la presentación de la escritura de matrimonio para su registración vencido el plazo establecido por el artículo 8 bis, o bien la de su no presentación en absoluto, ya que la norma no lo prevé expresamente. En el mismos sentido ¿Qué ocurriría si el escribano otorga la escritura de casamiento sin la solicitud del certificado previo respectivo?. Frente a estos interrogantes considero que la misma norma debería establecer expresamente las consecuencias para el incumplimiento de la ausencia de certificado, de la inscripción tardía o falta de la misma, para evitar futuros conflictos.

Con posterioridad, en el año 1995, se presentó en el Congreso de la Nación un proyecto de similares características al mencionado precedentemente, por Antonio E. González, Jorge Arguello, Miguel A. García Moreno y Ana S. de Kessler. El proyecto mencionado propugnaba la modificación de los artículos 186, 188 y 194 del Código Civil y a diferencia del anterior establecía expresamente la presentación de la solicitud ante el Escribano como diligencia previa a la celebración del Matrimonio (artículo 186), sin prever el requerimiento de ningún certificado previo al otorgamiento de la escritura al Registro Civil, conservando tanto el plazo como el trámite de inscripción posterior en idénticos términos al Proyecto de la Diputada Dalessio de Viola.

Frente a la presentación de los proyectos mencionados, se erigieron diversas críticas en su contra, lo cual culminó con el fracaso de dichas iniciativas, ya que los proyectos mencionados solo alcanzaron trámite parlamentario pero nunca obtuvieron la sanción de ley por el Congreso de la Nación.

Entre los fundamentos más destacables de su oposición podemos mencionar los siguientes: a) No puede asimilarse la figura de oficial público del Registro Civil con la del escribano público: En este sentido entendieron que el Escribano no es un funcionario público sino que ejerce una función pública, por lo que dista mucho de asemejarse al encargado del Registro Civil. Asimismo Borda[44] en este aspecto sostiene que la función del oficial del Registro Civil asume un carácter peculiar que lo diferencia del escribano público, ya que éstos se limitan a dar fe del acto ocurrido en su presencia y su intervención es pasiva, reduciéndose a dejar sentada la declaración de partes. Por el contrario, en el matrimonio el oficial público interviene activamente integrando el acto con su actuación, pues es él quien pronuncia en nombre de la ley que los contrayentes quedan unidos en matrimonio y b) El matrimonio en sede notarial resultaría sumamente oneroso para los contrayentes, resultando un obstáculo económico para los futuros esposos. Esta última critico llevo a la sociedad a hablar de Matrimonio de "ricos y pobres", creando así en el imaginario de las personas una concepción errónea que produjo un rechazo del Matrimonio en sede notarial.

En respuesta a estos argumentos y con el fin de abogar por los beneficios del casamiento en sede notarial diremos que: a) La función notarial es una función pública que se ejerce por delegación estatal, siendo imprescindible un acto de "investidura estatal". La calidad de funcionario público resulta aún del propio Código Civil, al referirse éste indistintamente en mas de una ocasión a escribanos o funcionarios públicos como términos equivalentes (artículos 973, 979 inc. 2, 997, 1004, inclusive en la nota del artículo 1112).

El Estado como titular del orden en que la vida social de un pueblo se desenvuelve, ha debido reglar especialmente, como consecuencia los derechos de familia y ha creado al efecto Registros del Estado Civil de las Personas, de las transferencias y operaciones sobre inmuebles y también un sistema formal capaz de garantizar la real expresión de las

---

[44] BORDA, Guillermo A. "Manual de Derecho de familia", décimosegunda Edición, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002, pág. 86.

partes, cumpliendo su misión de ordenación y seguridad jurídica. Esta intervención del Estado, no podría ejecutarse ni ser posible el propósito perseguido, si el propio Estado invistiendo o delegando su soberanía en determinados funcionarios, no diera a esas inscripciones y esos actos el carácter de autenticidad, probanza y ejecutividad, que son propios del Poder Estatal. Así el escribano recibe del Estado la potestad de dar fe, haciendo públicos los actos en que interviene, de la misma manera que el jefe del Registro Civil expide un testimonio de inscripción de estado civil, y tan evidente y común es la fuente de que ambos proceden que el legislador no ha reparado en compartir entre ambos funcionarios las mas importantes relaciones de familia. La intervención del escribano y el cumplimiento de los requisitos legales prescriptos, dará autenticidad a actos jurídicos de gran trascendencia en el derecho de familia, como lo es la celebración del matrimonio. b) Permite descomprimir la burocracia propia de la Administración Publica, agilizando los tiempos y contribuyendo a la prestación de un buen servicio comunitario. c) Constituye una interesante alternativa a la que pueden acceder voluntariamente los contrayentes. d) En cuanto a la crítica más fuerte que se le efectúo al casamiento en sede notarial, fue la de mayor onerosidad del mismo para los futuros esposos, en este sentido recordemos que en estos días se ha vuelto una práctica habitual que la celebración del matrimonio civil se efectúe en la misma fiesta donde se festeja dicho evento, lo que implica abonar una tasa diferente y mucho mas costosa que la establecida para la celebración del matrimonio en las oficinas del Registro Civil, por lo que pareciera que los mayores costos no constituye un problema para los futuros contrayentes, y de ser así, recordemos que el matrimonio por escritura pública es opcional, por lo que siempre los futuros contrayentes podrán elegir concurrir al Registro Civil para consagrar su unión civil.

En la Provincia de Jujuy, en el año 2004, se redactó un Anteproyecto de modificación de la Ley Notarial de la Provincia de Jujuy número 4884/96, el cual proponía la reforma del artículo 2 de la mencionada norma, la cual contiene una enumeración bastante amplia de las incumbencias del notario. En este sentido, con el Anteproyecto se pretendía incorporar un inciso mas a la enumeración mencionada con la siguiente redacción: "Integra, además la actividad notarial… 16.- Autorizar escrituras- actas de matrimonio civil". Dicho Anteproyecto no tuvo mayores éxitos en la Legislatura de la Provincia de Jujuy, por lo que no se logro la modificación pretendida. Más allá de la loable intención de ampliar las incumbencias del notariado jujeño, considero que sin una modificación de la norma

de fondo, es decir del Código Civil, la ley provincial no podría otorgar la facultad al escribano de celebrar el matrimonio en sede notarial, ya que la misma no puede ir más allá de lo establecido por la ley nacional.

En la XXX Jornada Notarial Argentina ya referenciadas, en relación al Matrimonio en sede notarial emitió las siguientes conclusiones: "1.- El matrimonio celebrado por instrumento notarial brindaría flexibilidad y disponibilidad para la elección del lugar, y la posibilidad de formalizarlo en días y horarios inhábiles, con mayor celeridad e inmediación con los contrayentes. 2.- En el mismo acto de celebración del matrimonio, podrían formalizarse convenciones matrimoniales, con la previa elección del régimen de bienes. 3.- La instrumentación en sede notarial permitiría la registración del acto con efectos retroactivos para su oponibilidad a terceros. 4.- Se recomienda la creación de un centro nacional en el que converjan las registraciones de las respectivas Provincias vinculadas con los matrimonios y las convenciones nupciales. 5.- Alguna ponencia ha considerado que las Provincias, en virtud de las facultades no delegadas al gobierno nacional (artículos 7, 121, 122 de la Constitución Nacional), estarían facultadas para delegar a los notarios de sus respectivas demarcaciones como autoridad competente para la celebración del matrimonio".

4. Dimensión sociológica del matrimonio en la actualidad

En relación a los datos recogidos de la realidad argentina respecto al Matrimonio podemos mencionar los siguientes indicadores estadísticos, los cuales relacioné además con los que se refieren a la Institución del Divorcio, a efectos de reflejar con mayor precisión la situación del tema objeto del presente trabajo en la República Argentina:

1.- Según Esteban Paulón -titular de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans- en Argentina hay 24.228 hogares con parejas del mismo sexo: el 58,3 por ciento son de mujeres y el 41,7 por ciento de varones. Asimismo señaló que si se consideran los matrimonios -a partir de la ley de matrimonio igualitario, de 2010-, los mismos ascienden aproximadamente a 5000, de los cuales un 60 por ciento está conformado por varones y un 40 por ciento de mujeres; de lo cual se deduce que las parejas de varones son más propensas al matrimonio, mientras que las mujeres optan por la convivencia[45].

[45] Diario Página 12. "Lo que el Censo ayuda a visibilizar", 30 de Junio de 2012

2.- En todas las jurisdicciones del país existe mayor proporción de parejas de mujeres por sobre las de hombres. La única excepción es la Ciudad de Buenos Aires, donde el 52,3 por ciento son varones y el 47,7 por ciento son mujeres. El 21 por ciento de las parejas del mismo sexo tienen hijos a cargo y de éstas, el 97,5 por ciento son de mujeres[46].

3.- La mayor proporción de parejas del mismo sexo se registra en la Ciudad Autónoma, donde llegan al 0,72 por ciento, con respecto al total de parejas heterosexuales y homosexuales. Sigue Tierra del Fuego, con el 0,38 por ciento. En el Gran Buenos Aires, la proporción es del 0,34 por ciento; en Santa Fe, Santa Cruz y Neuquén, del 0,33; en el resto de la provincia de Buenos Aires y en Córdoba, llega al 0,32. En Chaco, 0,31. En el interior de la provincia de Buenos Aires, las parejas del mismo sexo son el 0,29 por ciento del total; 0,28 en Chubut, Tucumán, Corrientes, Entre Ríos y Formosa; en Santiago del Estero, Río Negro y La Rioja llegan el 0,27 por ciento; en Catamarca, el 0,26; en Jujuy, el 0,25; en San Luis, el 0,24; y cierran Misiones, La Pampa y Mendoza con el 0,22 por ciento[47].

4.- En la década del 80 se producían 114 divorcios diarios, a diferencia de la década que correspondió a los años 90, donde el número de los mismos se redujo a 87 divorcios por día. Por el contrario, entre 2001 y 2010, hubo a razón de 172 divorcios diarios[48].

5.- La tasa de separación y divorcio creció 300% en sólo 30 años: en 1980 había 423.000 personas divorciadas en todo el país. Según el último censo (año 2010), hoy son 1.764.400. Aun así, los divorciados siguen siendo un porcentaje bajo de la población: menos del 5,8% de los argentinos (teniendo en cuenta tanto divorciados como separados), contra 33,5% de solteros, 18,2% de personas en pareja y 35,6% de casados, entre otros estados civiles. En 2001, los casados eran el 40,8%; los divorciados, el 4,8%; los solteros, 33,9%, y los unidos, 13,9 por ciento. Estos números indican que los divorcios están en alza, a diferencia de los matrimonios que estén en baja[49].

6.- Las estadísticas de Justicia Civil porteña establecen un perfil bien definido: quienes se separaron durante la última década llevaban pocos

---

46 Diario Página 12. “Lo que el Censo ayuda a visibilizar”, 30 de Junio de 2012.

47 Diario Página 12. “Lo que el Censo ayuda a visibilizar”, 30 de Junio de 2012.

48 Diario La Nación. “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década”, 4 de marzo de 2012.

49 Diario La Nación. “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década”, 4 de marzo de 2012. Censo 2010- INDEC.

años de convivencia y, en la mayoría de los casos, tenían hijos chicos a cargo. Hace una década, los divorcios involucraban en su mayoría a parejas que llevaban entre 10 y 20 años de convivencia. Hoy, sólo una de cada 30 audiencias de divorcio que se celebran en la Capital involucra a una pareja que ya cumplió las bodas de plata[50].

7.- Más del 90% de los divorcios fueron de común acuerdo, aunque muchos se hayan comenzado como contradictorios. La infidelidad y el maltrato son las principales acusaciones. Por otra parte, el 60% de las demandas es iniciado por mujeres, sobre todo entre quienes tienen entre 25 y 35 años[51].

5. Conclusión

1. Las uniones de personas del mismo sexo no pueden ser ignoradas por el ordenamiento jurídico argentino, debiendo contar con una regulación jurídica que determine los efectos personales y patrimoniales que surgen del mismo.

2. Habiendo comprobado a lo largo del presente trabajo, que la Ley 26.618 ha generado un desfasaje con otras Instituciones y leyes del Derecho argentino, puesto que dicha ley pretende regular nuevas realidades sociales sin modificar de manera profunda y armónica las estructuras de concepción añeja de las instituciones familiares, propongo que el legislador efectué una revisión completa del ordenamiento jurídico a efectos de elaborar un régimen que responda a las necesidades sociales actuales en materia de uniones de personas del mismo sexo, incorporando normas relativas a las técnicas de fertilización, autonomía de la voluntad en la regulación de los efectos del matrimonio, regulación civil de las uniones de hecho y presunción de paternidad, entre otras, sistematizando las mismas con el Derecho de Familia en particular y con todas las normas del ordenamiento jurídico que tengan incidencia o vinculación con las uniones de personas de idéntico sexo.

3. En relación tanto a las normas de la legislación vigente como a la proyectada, considero necesario incluir un artículo en el ordenamiento

---

50 Diario La Nación. “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década”, 4 de marzo de 2012.

51 Diario La Nación. “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década”, 4 de marzo de 2012.

civil, a fin de incorporar la opción de la celebración del Matrimonio en sede notarial, instituyendo así al notario como funcionario público competente a tal fin. Dicha incorporación otorgará a los contrayentes mayor flexibilidad y disponibilidad en cuanto a la elección del lugar y del día para la celebración del matrimonio, así como permitirá en el mismo instrumento formalizar las convenciones matrimoniales donde los contrayentes determinen el régimen patrimonial al que se someterán luego de su celebración.

4. Respecto al principio de libertad basado en la autonomía de la voluntad que rige al Matrimonio en el Proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/11 PEN), considero que una institución tan esencial para la existencia de la familia, basamento indiscutible de la sociedad, no puede quedar su régimen librado absolutamente a la voluntad de los contrayentes, puesto que el orden público puede resultar vulnerado, por lo que propongo que se mantenga el régimen imperativo de normas de la legislación vigente, pero con algunas atenuaciones que se adapten a la realidad social actual y que permitan en ciertos aspectos, donde el orden público no se encuentre comprometido, determinar a los propios cónyuges, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las reglas bajo las cuales someterán dichos aspectos.

5. En cuanto a los efectos personales derivados de la celebración del Matrimonio, los derechos y deberes establecidos por la legislación vigente son los fundamentales para la comunidad de vida y que hacen a la esencia de la Institución, puesto que resultan imprescindibles para que el mismo exista. Considero entonces que una reducción extrema de los mismos puede vulnerar los cimientos en los que se apoya la institución matrimonial, por lo que si bien coincido en que en aras del principio de libertad e igualdad que rige a esta Institución se podría dejar librado a cada uno de los esposos en cada matrimonio la determinación de los compromisos a los que quieren sujetar su vida en común, deberán establecerse de manera imperativa aquellos que vulneren el orden público y la moral. En este sentido propugno que el deber de fidelidad sea mantenido en el sentido y con los alcances establecidos por la legislación vigente y no otorgarle el carácter de moral como se propone en el Código Proyectado, si bien las consecuencias que deriven de su incumplimiento no podrán ser ya las de causal de separación personal o divorcio, (debido al régimen de divorcio incausado previsto por el proyecto) pero a cambio podrán establecerse otras sanciones como las de tipo resarcitorio por ejemplo.

6. Considero adecuado, en lo que respecta al régimen patrimonial del Matrimonio, permitir a los contrayentes optar por el régimen que

consideren conveniente, ya que si bien el sistema imperativo que actualmente nos rige ha evitado conflictos antes y después de la consagración del vínculo conyugal y durante décadas ha funcionado correctamente, tanto la doctrina como la tendencia mundial actual es la autonomía de voluntad en la elección del régimen. Sin embargo, propongo que la opción se efectué por única vez antes de la celebración del Matrimonio con opción a cambiarlo una vez mas durante la vigencia del vínculo conyugal, con la debida publicidad registral. En este sentido, debería modificarse la posibilidad otorgada a los cónyuges de cambiar el régimen al cual se encuentran sometidos en reiteradas oportunidades y sin límite alguno en la cantidad de las mismas, puesto que esto permite vulnerar los derechos de los terceros y de los acreedores, generando gran incertidumbre, sobre todo para el notariado en la realización de las escrituras públicas que contengan actos de disposición de bienes, vulnerando así la seguridad jurídica.

7. Además propongo para el supuesto de que se mantenga la opción ilimitada de cambios de régimen patrimonial durante la vigencia del vinculo conyugal, con la sola condición de que haya transcurrido un año desde el último cambio, se prevea la solicitud obligatoria por parte del notario de un certificado ante el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que informe acerca del régimen al cual se encuentran sometidos los esposos y la inmutabilidad del mismo por un plazo determinado (similar al bloqueo registral del Registro Inmobiliario), a los efectos del otorgamiento de escrituras que impliquen actos de disposición de los bienes. Asimismo resultaría conveniente la inscripción de dichas convenciones en los registros de la propiedad correspondientes a los fines de resguardar la seguridad jurídica.

8. Respecto a las Convenciones Matrimoniales, en cuanto a su forma y objeto coincido absolutamente con lo normado por el Código Proyectado.

9. En relación a la posibilidad de contratación entre los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial al que se encuentren sometidos, establecido por el Proyecto de Código Civil y Comercial, se propone mantener dicha opción sólo para el régimen de separación de bienes, impidiendo hacerlo para el de comunidad de bienes, ya que considero resulta incompatible con el mismo además de vulnerar los derechos de terceros afectando la seguridad del tráfico jurídico.

10. Por último, me parece adecuado la protección acordada a la vivienda familiar así como también la reglamentación del deber de contribución, sobre todo para el régimen patrimonial de separación de bienes.

Bibliografía

AVELLANEDA, M. y MITRE, A. "Hacia nuevos horizontes de la ley 26.618. Necesidad de una reforma en materia de adopción y filiación", XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011.

BASSET, Úrsula; "Matrimonio"; en AA.VV., "Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina", El Derecho, Buenos Aires, 2012.

BELLUSCIO, Augusto C. "Manual de Derecho de Familia", Tomos I y II, Sexta Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998.

BELLUSCIO, Augusto C. "La Ley de Matrimonio 26.618", 6 de enero de 2011.

BIDART CAMPOS, Germán. "Matrimonio y unión entre personas del mismo sexo".

BORDA, Guillermo A. "Manual de Derecho de familia", Décimosegunda Edición, LexisNexis, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2002.

CORBO, Carlos María. "Régimen Patrimonial del Matrimonio", Editorial Nova Tesis, Rosario, 2010.

DIARIO LA NACION. "Hubo más de medio millón de divorcios en la última década", 4 de marzo de 2012.

DIARIO PAGINA 12. "Lo que el Censo ayuda a visibilizar", 30 de junio de 2012.

FERRER, F. Medina, G. MENDEZ COSTA, M.F y otros. "Nuevo Régimen legal del Matrimonio Civil. Ley 26.618", Edit. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, noviembre 2010.

GARCIA CONI, Raúl R. "Desestatización de los Registros inscriptores", Revista del Notariado número 819, Colegio de Escribanos de Capital Federal.

GONZALEZ, Joaquín V. "Manual de la Constitución Argentina", Ed. Estrada, 1898, 107.

INDEC. Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2010.

LLAMBIAS, Jorge Joaquín. "Tratado de Derecho Civil- Parte General", Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.

MARINO, Rut Etel. "El Proyecto sobre casamiento por escritura pública", Revista del Notariado número 822, Colegio de Escribanos de Capital Federal, 1990.

MAZZINGHI, Jorge A. "Ley de matrimonio entre personas del mismo sexo", Editorial La Ley, agosto 2010.

MEDINA, Graciela. "Ley de matrimonio homosexual proyectada. Evidente retroceso legislativo de los derechos de la mujer", Revista de

Derecho de Familia y persona, La Ley, Año II, Nº 5, junio 2010.

MEDINA, Graciela. "Las grandes reformas al derecho de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2012.

MEDINA, Graciela. "Matrimonio y disolución", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot, Buenos Aires, septiembre 2012.

OLIVE, R.E. y GARCIA CONI, R.R. "Casamientos por escritura pública", Especial para la Revista del Notariado, 1988.

ORELLE, José María. "Contratación entre cónyuges en el Anteproyecto 2012", LXIV Seminario Laureano Moreira, Buenos Aires, noviembre 2012.

ROVEDA, Eduardo G. "El Régimen Patrimonial del Matrimonio", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Abeledo Perrot. Buenos Aires, septiembre 2012.

VIGARRA, María Jesús. "Matrimonio igualitario". Revista Digital Difusiones UCSE, 2011.

ZANNONI, Eduardo A. "Derecho de Familia", Tomos I y II, Editorial Astrea, Tercera Edición, año 1998.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema 1: "Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a la nuevas relaciones sociales"
Ponencia de la república argentina

DERECHO DE FAMILIA: UNIONES DE HECHO
Not. MARÍA CRISTINA PALACIOS

1. Introducción

1.a. Enfoque general del tema

La propuesta efectuada por el Coordinador Internacional de este Congreso, nos invita a reflexionar sobre la manera en que los cambios en las conductas sociales, movilizan modificaciones en el ámbito normativo del derecho, específicamente dentro del derecho de familia y del derecho sucesorio.

Llevar a cabo esta reflexión, implica una mirada retrospectiva del asunto, esto es: cómo a lo largo de los años, los cambios habidos en los comportamientos humanos dentro de estas particulares áreas, han sido captados, primero por el órgano judicial al dictar sus sentencias, generando a través de ellas una importante y a veces única fuente normativa reguladora de los nuevos comportamientos, y luego por el legislador, para ser regulados en normas positivas, las que generalmente receptan aquella jurisprudencia; a la vez que una mirada prospectiva del mismo, dirigida a los cambios que hoy advertimos en esas conductas, y que están demandando una nueva o diferente regulación.

La regulación por otra parte debe tener un sentido, una orientación: qué está permitido y qué está prohibido. En el ámbito del derecho privado, y particularmente del derecho de familia y sucesorio, la tensión entre la autonomía de la voluntad -expresión de las libertades individuales, y especialmente del derecho a la autodeterminación y a la privacidad-, por un lado, y el orden público, -reservorio de los valores que constituyen el sustrato existencial de cada sociedad en cada momento histórico, tales como, el respeto por la vida y la dignidad humanas, la protección integral de la familia y del desarrollo de la persona, la igualdad, la solidaridad, la moral y las buenas costumbres-, por el otro; ha sido y será permanente. En unos tiempos inclinada mas a un extremo, y en otros, hacia el opuesto.

La regulación pues, deberá buscar siempre el justo equilibrio, hasta que un nuevo cambio en las conductas inicie nuevamente el proceso.

Este juego pendular, casi dialéctico, es la esencia misma del derecho: las tres dimensiones en permanente interacción, conductas en interferencia, normas y valores. Pero la que siempre "empuja", la que siempre genera un nuevo movimiento, es la conducta humana. No se puede olvidar que el derecho es un producto cultural del hombre interactuando, un invento humano. Pensar a la inversa ha llevado a resultados peligrosos, aunque el mismo hombre se sienta tentado a ello.

¿Cómo o por qué nace una nueva institución jurídica o se transforma una existente?

La respuesta la brinda la ciencia jurídica. Para unos, el fenómeno se origina en la costumbre y su evolución espontánea sobre la base de la convicción jurídica de cada pueblo dentro de un proceso histórico, progresivo y pacífico.[1] Para otros en cambio, el proceso no será tan romántico ni pacífico, sino el producto de una permanente lucha en contra de la injusticia, un trabajo sin descanso no solamente de los poderes públicos sino también del todo el pueblo, un doloroso y difícil alumbramiento.[2]

Sea cual sea la postura científica que se adopte -y sin pretender adentrarnos en las distintas doctrinas existentes al respecto, pues excedería el tema del presente trabajo-, puede extraerse de ellas las siguientes pautas en común (con las disculpas del caso por la grosera generalización):

La transformación del derecho se origina siempre en el actuar del hombre en comunidad, y no en la especulación racional de uno o unos cuantos.

Histórica y genéticamente el cambio comienza siempre en las conductas humanas en interacción y se traslada luego a la regla, que debe buscar inordinarlas en función de la realización de determinados valores.

No cualquier cambio en las conductas implica un necesario cambio en las normas: será necesario un proceso de permanencia en el tiempo del nuevo comportamiento, así como una entidad considerable de los individuos involucrados en el cambio que amerite modificar la regla de conducta para toda una sociedad, pues de lo contrario se corre el riesgo de invertir el orden del proceso según lo señalado precedentemente.

---

1 AFTALIÓN, Enrique y otros. "Introducción al derecho", Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 11ª Ed., pág. 387, donde cita a Savigny y Gustavo Hugo, fundadores de la Escuela Histórica del Derecho.

2 AFTALIÓN, Enrique y otros. Ob. citada en nota 1, pág. 389, donde cita a Rudolf Von Ihering, "La lucha por el derecho".

Si el cambio de la conducta amerita el cambio de la normativa o no, y en su caso cómo debe esta normativa regularla, es una cuestión que debe ser resuelta por quien detenta monopólicamente y por delegación, la potestad legisladora en cada sociedad, ya sea que su sistema de derecho sea continental y entonces esta tarea estará a cargo del poder legislativo a traves del dictado de leyes en sentido formal, o ya sea que se trate de un sistema de "common law", pues el cambio estará a cargo del órgano judicial que deberá modificar el rumbo del precedente, sentando uno nuevo.

Esta delicada tarea, que exige una fina sensibilidad y una consubstanciación con los sentimientos, convicciones y necesidades de la comunidad toda, a la vez que una mirada superadora de sectorismos, que pueda ver cuál es realmente el siempre buscado "bien común", lo que constituye un verdadero desafío para el poder estatal y pone a prueba su capacidad de oportuna reacción y por tanto de gobierno.

Un sistema de normas que permanece inalterado a pesar de los verdaderos cambios en las conductas de toda una sociedad, o que se modifica a espaldas de lo que realmente ocurre en ella, se convierte en algo totalmente inútil, y probablemente caerá en desuso sin dar respuesta a aquellas necesidades.

Un sistema de normas, que se modifica, siguiendo los cambios producidos en los comportamientos sociales, pero descuidando los valores a los que esa sociedad considera superiores, se transforma en algo no solamente inútil sino peligroso para la trama axiológica íntima sobre la que aquella apoya su subsistencia.

El notariado tiene una doble participación en este proceso, por un lado, como asesor respecto de los aspectos no previstos en la legislación o sobre los cuales la ley guarda silencio, a fin de encausar las voluntades de quienes requieren sus servicios de la manera mas eficaz posible a pesar de dichos vacíos legales; y por el otro, como institución relevante dentro de la sociedad a la que pertenece, y con la que tiene un contacto cotidiano y directo, cuya postura u opinión debe manifestarse dada la gravitación que ella tiene en el ámbito jurídico y por la utilidad que puede representar para el legislador a la hora de "captar" aquellos cambios en los comportamientos y los valores involucrados

Dicho esto, que consideramos válido y aplicable a todas las áreas temáticas que comprende el tema I de este Congreso, nos abocaremos específicamente al punto que enuncia este trabajo, y que pretendemos abordar.

1.b. Terminología. Noción descriptiva. Caracteres

Quizás uno de las figuras que dentro del derecho de familia exhibe con mas evidencia lo que acabamos de exponer en el punto "1.a.", es la de las denominadas "uniones de hecho".

Aclaramos que elegimos esta denominación de entre varias otras (concubinato, matrimonio aparente, matrimonio de hecho, convivientes, uniones convivenciales, unión libre, -solo por citar algunas de la amplia gama que ofrece la doctrina y legislación nacional y comparada), por las razones que apuntaremos seguidamente.

Elegir la denominación no es una cuestión menor pues antes de proseguir con el tratamiento del tema es necesario acordar cómo llamamos al comportamiento y qué clase de comportamiento es el que está denominando ese término, pues en derecho, el lenguaje constituye un elemento básico en el proceso de interpretación. En todo caso, primero debemos conceptuar la figura, y luego encontrar cuál es la denominación que mejor la defina.

Dar un concepto o una definición, resulta complejo y quizás ilusorio, ya que tratándose de un fenómeno referido a comportamientos humanos, sus límites son difusos, y siempre habremos de encontrar matices diferenciales entre una situación y otra. Preferimos por lo tanto dar una noción descriptiva del mismo, sin ninguna pretensión de unicidad o superación de otras conceptualizaciones formuladas desde la doctrina y la jurisprudencia.

Entonces, el fenómeno social que queremos aludir con la denominación elegida, es el de las conductas humanas que se desarrollan en el ámbito de las relaciones de familia, consistentes en la unión estable y única de dos personas, con el propósito de convivir y desarrollar un proyecto de vida compartida, dando la apariencia de un matrimonio.

Explicamos la noción y así marcamos sus principales caracteres y diferencias específicas respecto de otros comportamientos sociales:

Conductas humanas que se desarrollan en el ámbito familiar: con ello estamos precisando, en primer lugar, que nos movemos en el ámbito de lo exclusivamente fáctico, donde la manifestación de la voluntad susceptible de producir efectos jurídicos, surge tácitamente de la forma de comportarse esas personas y no de la expresión verbal o escrita, con lo que quedan fuera del concepto los llamados matrimonios consensuales, y obviamente el matrimonio formal. Y en segundo lugar, que dichas manifestaciones de voluntad están referidas a las relaciones de familia, con lo cual no incluimos en nuestra noción, a otro tipo de uniones que pueden darse en el ámbito civil (por ej. una simple asociación, o una co-locación), o comercial (por ej. una sociedad de hecho).

Unión estable: el carácter "estable" de la unión permite diferenciar este comportamiento de las relaciones pasajeras o accidentales, aun cuando ellas puedan ser reiteradas. Lo estable alude algo que es constante, firme, durable. seguro, persistente. Preferimos este término al de "permanente", por cuanto éste refiere mas bien a algo que es inmutable, que no cambia, indestructible, indisoluble, y éstos no son caracteres que deban exigirse a esta unión para considerarla tal, de igual forma que tampoco hoy se lo exige para que el matrimonio. La posible separación por un tiempo de una unión de hecho (por desavenencias propias de toda pareja, por razones laborales de alguno de ellos, etc.), no le quitaría su carácter de tal, tanto si luego de un tiempo, la convivencia se restableciera, como si no se restableciera nunca mas, pues durante el tiempo que hubiera durado, si fue estable, entraría dentro del concepto. Esto es importante precisarlo tratándose de una relación que, como antes dijimos, depende su existencia del puro comportamiento. La cuestión mas difícil de dilucidar es cuánto tiempo debe durar esta conducta para que pueda considerarse "estable". Bossert[3], formula una interesante distinción, que compartimos: a) de lege lata, no existe un término único. Si la situación está contemplada por alguna norma positiva y ella menciona el plazo exigido, desde luego habrá que estar a él (por ej. el art. 53 de la ley 24.241 que exige cinco años -que se reducen a dos si hay hijos reconocidos-, inmediatamente anteriores al fallecimiento, para habilitar al concubino/a a solicitar el beneficio de la pensión); pero no encontrándose previsto el tema o el plazo por la norma de derecho positivo, a la hora de resolver, los jueces deberán tener en cuenta dos cuestiones: una, la naturaleza del problema concreto a resolver (no será lo mismo para excepcionar la exclusión de la vocación hereditaria en el supuesto del 3573 del C.Civil que exige una relación suficientemente prolongada en el tiempo que justifique tal excepción y excluya la posibilidad de un matrimonio para "captar una herencia", que si se trata por ejemplo, de la presunción de paternidad, en donde bastará que la unión haya durado por lo menos los primeros ciento veinte días de los trescientos que precedieron al nacimiento del hijo); y la otra, la edad de los sujetos, pues no será lo mismo una unión que durara cuatro años si sus integrantes tienen 21 años y uno de ellos fallece a los 25 -que sería poco en principio, pero no si se tiene en cuenta que es todo lo que pudo durar-, que si en esa misma unión, uno de ellos

[3] BOSSERT, Gustavo A. "Régimen jurídico del concubinato", Ed. Astrea, Bs.As., 2006, pág. 39/41.

falleciera a los 60 años. Los cuatro años en este caso, serían muy pocos para caracterizar a esa unión como "estable". Es decir, será una cuestión de hecho que dependerá de cada caso concreto y de las circunstancias que lo rodeen. b) De lege ferenda: Entiende que si se legislara regulando orgánicamente respecto del concubinato, debiera fijarse un plazo mínimo como pauta objetiva, aunque -aclara- adaptado a los diversos conflictos que al concubinato se puedan vincular.

Única: lógico es pretender que si la conducta que estamos describiendo se asimila a un matrimonio, y puede ser fundante de un proyecto familiar, ella sea única en términos de contemporaneidad. Otros autores[4] prefieren el término "singular", que puede ser también aceptado siempre que ello no implique necesariamente fidelidad. Coincidimos en que la existencia de infidelidades de uno o de ambos miembros de la unión -mientras sean relaciones pasajeras que no reúnan los demás requisitos para configurar al mismo tiempo otras uniones de hecho-, no quitan a la unión su carácter de tal, de la misma forma que no se lo quitan al matrimonio, mas allá de las consecuencia que esa infidelidad pudieran acarrear. Por eso Jorge Azpiri, habla de "apariencia moral de fidelidad"[5].

De dos personas: no agregamos que sean "de uno y otro sexo" -como muchas de las definiciones lo hacen o al menos lo hacían hasta ahora-, porque hoy, en nuestro país, bajo la actual legislación sobre matrimonio recientemente modificada por la ley 26.618 de matrimonio igualitario, la coherencia impone no incluir el carácter de heterosexualidad para una unión de hecho, cuando la ley no se lo exige para el matrimonio. Consideramos que igualmente, si esto no fuera así, el régimen jurídico orgánico que pretendemos sea sancionado para amparar esta realidad que constituyen las uniones de hecho en nuestro país, debiera incluir a aquellas integradas por personas del mismo sexo, con las adaptaciones del caso.

Con el propósito de convivir y desarrollar un proyecto de vida compartida: la mayoría de los autores que se refieren al tema, sino todos, indican que la convivencia constituye el carácter esencial y definitorio de esta figura. Claro que no es cualquier cohabitación, sino la que implica un lecho compartido, asumiendo que eso implica por tanto, la existencia de relaciones sexuales entre los miembros de la pareja[6], o al menos su

---

4 BOSSERT, Gustavo A. Ob. citada, pág. 38. AZPIRI, Jorge O, "Uniones de hecho", Ed. Hammurabi, 2ª edición, pág. 64.

5 AZPIRI, Jorge O, ob. citada, pág. 64.

6 BOSSERT, Gustavo A. Ob. citada, pág. 36, AMEGLIO ARZENO, "El régimen jurídico del concubinato", pág. 74.

apariencia. Nos permitimos disentir con esta caracterización del requisito de la convivencia. En primer lugar, la existencia de relaciones sexuales o no, no puede definir que se está o no en presencia de una unión de hecho, por cuanto se trata de aspectos reservados a la esfera de mayor intimidad de las personas por lo que jamás aparecería como una conducta visible y no siéndolo no podría probarse sin menoscabo de dicha privacidad. Menos entonces la "apariencia" de esa vida sexual. Por otra parte, podría haber parejas que, por convicción, creencias, razones de salud, etcétera, hubieran tomado la decisión de no mantener relaciones sexuales y no podemos decir que ello les quitaría su caracterización como unión de hecho, si todos los demás caracteres se dan. Creemos que lo que sí es esencial es que exista un proyecto de vida compartido, al cual está destinado esa convivencia. Se convive para desarrollar ése proyecto de vida común que además debe ser compartido por ambos. Si el proyecto incluye tener o no hijos, tener o no relaciones sexuales, compartir o no compartir los gastos, dormir en una misma cama o en camas separadas, está reservado a la esfera de la intimidad y por tanto fuera del alcance de la autoridad de los magistrados (art. 19 CN[7]), ya que no debe ser exteriorizado necesariamente. Lo que sí importa es que exista ese proyecto, que el mismo sea común a ambos miembros de la unión -independientemente de los proyectos individuales que cada uno tenga-, que sea un proyecto de vida (ya dijimos referido a relaciones familiares), y que la convivencia esté destinada a desarrollarlo. Finalmente decimos "con el propósito", ya que la frustración temporal de esa convivencia por causas ajenas a la voluntad de los integrantes de la unión (por ej. un tema laboral o de estudio, o circunstancias económicas), no impediría que ella se configurara toda vez, que el proyecto común existiera y de alguna otra forma se lograra. Es mas, hoy se admite que la misma noción de unión de hecho, se ha ido modificando con el tiempo, porque los modos de vivir en pareja también lo han sido. Así Méndez Costa, señala que en la actualidad se presenta con relativa frecuencia la vida de pareja con el alcance de concubinato, incluso con hijos en común, que continúan cada uno viviendo por su parte, muchas veces en las respectivas casas paternas, fijando la residencia donde vive la madre con los hijos[8].

---

7 "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados…".

8 MENDEZ COSTA, Mª Josefa. "La exclusión hereditaria conyugal", Rubinzal Culzoni, 2ª edición, pág. 73.

Dando la apariencia de un matrimonio: este requisito se vincula especialmente con los terceros que entran en contacto con la unión, y la cuestión de la buena fe de esos terceros. Cuando en el apartado anterior caracterizábamos la convivencia exigida, descartamos que ésta tuviera necesariamente la apariencia de que entre los miembros de la pareja hubiera relaciones sexuales, porque difícilmente ello pueda exteriorizarse, toda vez que aun cuando ellas existan, realmente se trata de conductas que permanecen en la esfera reservada de la intimidad de cada pareja. Pero lo que sí debe trasuntarse al exterior, es decir "aparecer" exteriormente, notarse, es el comportamiento, el trato que socialmente y frente a los demás estas personas se brinden mutuamente, tal como si fueran un matrimonio, al punto que cualquier persona con una inteligencia y conocimientos medios, pueda creer que está ante uno (p. ej. es frecuente que los miembros de la unión se refieran al otro ante terceras personas como "mi esposo", "mi esposa" o "mi mujer", "mi marido"…). En este sentido, es oportuno mencionar aquí lo que nos ocurre a los notarios respecto a esta circunstancia, pues mas de una vez se presentan en la notaría parejas a la que, al recabarles la información sobre los datos personales, manifiestan ser "casados", (aclaro que en principio y salvo cuando ello es exigido por la ley o debe ser acreditado por los efectos que en el ámbito patrimonial ello pueda acarrear, en el derecho argentino el estado civil de los comparecientes en el acto escriturario, es una declaración de las partes y no una atestación del notario), y ello, sumado a que además suelen concurrir con los hijos, y durante la audiencia se brindan un trato afectuoso muto, -por mencionar sólo algunos detalles-, pueden hacer caer al notario en la convicción de que se está ante un verdadero matrimonio. Solamente por la indagación más profunda -que una buena técnica notarial aconseja-, llevaría a comprobar que se trata de un matrimonio aparente y no real. Así, nos hemos encontrado en más de una ocasión con títulos antecedentes en los que el comprador figura como casado con cierta persona, y al concurrir en el presente a disponer de ese bien, aclara que en realidad si bien en ese momento "dijo" que estaba casado, solo estaba unido de hecho a esa persona. En nuestra noción descriptiva dejamos para el final este requisito de la apariencia, pues reviste fundamental importancia a la hora de reconocer eficacia jurídica a la unión, especialmente -como dijimos-, frente a los terceros que se vinculan con ella, pues da fundamento a un argumento jurídico de peso. Se trata de la aplicación de la llamada "teoría del apariencia", de larga data y evolución, que reconoce eficacia jurídica a situaciones que si bien no son reales, presentan todas las características de ser

tales, en un grado tal que cualquier persona caería en el error (que por lo tanto es excusable), y que rinde tributo a la seguridad en el tráfico jurídico. Nuestro derecho positivo está nutrido de ejemplos de ello: el acto celebrado por el oficial público fuera de su competencia territorial pero en un lugar que "aparentemente" estaba dentro de ella, es válido a pesar acarrear un vicio de nulidad -art. 981 CC-, el error común sobre la capacidad de testigos incapaces pero generalmente tenidos como capaces, en instrumentos públicos, salva la nulidad del acto -art. 991 CC-, la validez de los actos celebrados por el heredero aparente respecto de los terceros de buena fe -art. 3430 CC-, etcétera.

Volviendo ahora a la cuestión de la terminología elegida, debemos decir -nobleza obliga- que en realidad, fuera del término "concubinato", las demás denominaciones, son equívocas, pues pecan por defecto -podrían dejar fuera algunas situaciones o caracteres-, o por exceso -podrían hacer pensar que se incluyen otras figuras que no son exactamente la que traemos a análisis-.

El término "concubinato", en cambio es el que ha sido usado desde siempre por nuestra doctrina y jurisprudencia, y es unívoco: legos y letrados sabemos a qué nos estamos refiriendo con él. No describe, es una denominación propia, y según algunos autores, es el término técnico jurídico en sentido estricto para designar a las uniones de hecho[9].

Lo que ocurre, es que en nuestro país, es una terminología otrora asociada al origen de un gran número de concubinatos en la Argentina (ver mas adelante punto "1.c"), cuando -al no estar contemplado el divorcio vincular-, se constituían existiendo un impedimento de ligamen, y el propio Código Civil, en su artículo 232 (antes de la reforma de la ley 23.515), utilizaba ese término para aludir concretamente a una situación técnicamente de adulterio, reprobada por la ley y consecuentemente, por la consideración social.

Es mas, para algunos autores[10] la palabra "concubinato" estaba reservada a esa situación exclusivamente, debiendo utilizarse el término "unión de personas libres" para aquellas en las que, justamente no existía tal impedimento, en consonancia con la expresión utilizada por Vélez Sarsfield en la nota al art. 325, luego derogado por la ley 23.264.

---

9 BASSET, Ursula C. "Familia. Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos", LL. 2009, pág. 1244, quien señala que etimológicamente el término proviene del latín *"com cubare"* que significa "dormir juntamente".

10 LOPEZ DEL CARRIL, Julio. "Estudios de derecho de familia", Bs. As., Abeledo Perrot, 1963, pág. 18, citado por Bossert, Gustavo A., ob. cit., pág. 30.

Vinculada a esta interpretación doctrinaria, estaba -y utilizamos el verbo en pasado pues entendemos hoy superado-, el empleo vulgar del término. En la sociedad argentina, por lo general se ha aludido despectivamente con el término "concubina" o "manceba", a la mujer que integraba esta unión cuando ella se mantenía paralelamente y en forma ilegal a la del matrimonio, connotando por lo tanto con esa expresión a una mujer "deshonesta" o "inmoral". No ha ocurrido así, en cambio, con el término "concubino". Ello pone en evidencia una vez mas, una trato discriminatorio -proveniente de la mirada social guiada por un sesgo machista desde luego-, entre "mujer concubina" y "hombre concubino", y es quizás la razón que nos decidió a desechar el término, a pesar de su univocidad.

La variedad de terminología también se ve en las normas de derecho positivo que regulan algunos aspectos vinculados al tema y que enunciamos en el punto "3.c", así como en recientes proyectos de ley (ver punto "4" de este trabajo)

Por su parte, el proyecto de Código Civil y Comercial sobre el que trataremos mas adelante emplea el término "unión convivencial", explicando en sus fundamentos específicamente referidos a este tema, que "… En la Argentina, la palabra 'concubinato' receptada en el código civil vigente, tiene sentido peyorativo. El anteproyecto pretende no sólo nombrar las instituciones con precisión técnica sino que las palabras utilizadas reflejen el real significado que la sociedad le asigna…". Por otro lado, en los mismos fundamentos, al referirse al método y demás aspectos generales del proyecto, sus redactores nos dicen que, "… La comisión ha puesto una especial dedicación para que la redacción de las normas sea lo mas clara posible, a fin de facilitar su entendimiento por parte de los profesionales y de las personas que no lo son. Por esta razón, se han evitado las remisiones, el uso de vocablos alejados del uso ordinario… Hemos tratados de conservar, en lo posible, las palabras ya conocidas y utilizadas por doctrina y jurisprudencia. Sin embargo hay numerosos cambios sociales, científicos, culturales, económicos, que demandan el uso de palabras ajenas al lenguaje jurídico. Por estas razones es que ha sido inevitable recurrir a nuevas expresiones para reflejar nuevos fenómenos…".

A juzgar por lo dicho en estos párrafos, pareciera que la denominación que debiera haberse utilizado es "concubinato", por ser la del uso ordinario, la conocida por todos y usada por la doctrina y la jurisprudencia. Sin embargo la calificación de "peyorativo" que la comisión le adjudica al término, y la necesidad de recurrir a expresiones nuevas para reflejar

nuevos fenómenos, sería la que inclinó a sus redactores a elegir otro. Según estos mismos fundamentos, con la expresión "unión convivencial", se alude a la convivencia, "… es decir, compartir la vida en pareja, con otra persona, fundada en el afecto y con independencia de la orientación sexual de sus integrantes, en aparente matrimonio, es uno de los elementos estructurales de esta forma familiar"… y… "El término 'unión' tiene la ventaja de su consolidación social y jurídica". Además, siguen diciendo los redactores del proyecto marcando las ventajas de haber elegido esta denominación, "… Esta terminología no abarca una única modalidad, sino una pluralidad de manifestaciones con características similares, pero no idénticas. Jóvenes que cohabitan antes de casarse (a modo de 'prueba'); parejas que han decidido mantenerse al margen del matrimonio en forma conciente y voluntaria; uniones de sectores sociales excluidos o vulnerables en los que se trata de una práctica generalizada, etc.".

Veremos más adelante que en realidad, la "unión convivencial" que regula el proyecto no comprende cualquier unión de hecho. Es por esta razón que no la adoptamos en el presente trabajo.

De las restantes, hemos descartado también la de "unión libre" para que no se confundiera con la necesidad de inexistencia de impedimentos o no, pues entendemos comprendidas a todas en la figura. Tampoco seguimos las que utilizan el término "matrimonio" ("de hecho", "aparente"), porque podría parecer que se trata de una figura sucedánea o inclusive de inferior jerarquía que aquella, cuando en realidad son figuras distintas aunque con semejanzas. Como señala Grosman, "… quita a estas convivencias su propia identidad y las presenta como una especie de matrimonio imperfecto que carece de los elementos necesarios para tener total legitimidad…"[11].

En síntesis: nos guste o no, la palabra "concubinato" en la Argentina sigue siendo hoy por hoy la mas usada tanto en el lenguaje coloquial, como en la doctrina y jurisprudencia, sin que a nadie le queden dudas de qué se designa con ese término. Ninguna de las demás tienen la misma entidad, y solo el tiempo dirá si se "impondrá" por la fuerza de la ley, o de la costumbre y el acuerdo social que implica el lenguaje, alguna otra.[12]

---

[11] GROSMAN, Cecilia. "¿Debe regularse a la convivencias de pareja?". JA 80° Aniversario 1998-240.

[12] En contra de esta opinión se manifiesta Azpiri. AZPIRI, Jorge O. Ob. citada, pág. 26.

1.c. Causas del fenómeno.

Establecer la razón por la que se genera el fenómeno de la uniones de hecho en la Argentina, no es algo que nos competa ya que ello debe ser objeto de estudios sociológicos e históricos. No obstante no parece haberse encarado ninguna investigación profunda respecto a ello en nuestro país, o por lo menos si existe, no ha sido difundida.

Tal vez alguien pueda decir que no interesa saber por qué se produce este fenómeno social, pues dado que existe, de todas maneras hay que resolver sus implicancias jurídicas. Pero sin duda, el conocimiento por parte del legislador de las causas que pueden llevar a este comportamiento social, deben ser tenidas en cuenta al momento de considerar el aspecto valorativo de la norma que se proyecte, sobre todo porque no se trata de una sola causa.

Antes de hacer una breve referencia a ellas, creemos puede resultar útil poner de manifiesto dos cuestiones que tienen que ver con el tema y que sirven como argumento a la posición que adoptaremos en las conclusiones.

a) Los autores refieren como una de las causas del concubinato en la Argentina, a la indisolubilidad del matrimonio hasta la sanción de la ley 23.515 en 1987, pues hasta antes de esa fecha, quien se divorciaba y volvía a formar una pareja, no podía legitimar esa unión con un nuevo matrimonio, por lo que constituía una unión que dio en llamarse "concubinato adulterino" o[13] "ilícito". Al sentido peyorativo del término que por esta razón se atribuye al mismo nos hemos referido en el punto "1.b" anterior.

La cuestión no es menor, pues el número de estas uniones llegó a ser importante, dado que nuestro país era uno de los pocos que no admitía el divorcio vincular, y su consideración por parte de la sociedad terminó por ser de equiparación con el matrimonio, porque, por lo general existía un acto formal que se celebraba en otro país (p. ej. Bolivia) donde sus leyes admitían el divorcio vincular (estos matrimonios obviamente eran nulos por haberse celebrado "in fraudem legis").

Si bien hoy, a 25 años de haberse admitido el divorcio vincular, la cuestión es un solo dato histórico, interesa resaltarla porque puede verse aquí claramente, aquel proceso dialéctico que describiéramos al comienzo entre las tres dimensiones del fenómeno jurídico: la conducta humana, las normas y los valores.

---

[13] MOLINARIO, Alberto. "Concubinato y adopción", LL, 1978-A, pág. 562/563.

En efecto, mientras por un lado, las normas vigentes impedían a las personas que se habían divorciado volver a formar una pareja, y por ende se las condenaba a vivir en soledad hasta su muerte en aras de proteger determinados valores estimados en ese momento como superiores a este deseo humano de unirse a otro; por el otro, las personas igualmente contradecían el precepto, uniéndose en matrimonios celebrados fuera de la ley, en otras jurisdicciones, con o sin un papel, pero conformando verdaderas nuevas familias, con toda la apariencia de la familia surgida del matrimonio. Y si bien la ley las trataba obviamente con disfavor, la sociedad les daba un trato de consideración y casi de equiparación con el matrimonio legítimo. Así lo relata Molinario[14], quien luego de enunciar con carácter de axioma, (adviértase que el artículo es escrito en 1978), que la "… moral social reprueba a todo ciudadano que tenga relaciones maritales en forma permanente y no haya contraído matrimonio legítimo de acuerdo con la ley argentina…", dice que prueba de ello es que "… los habitantes del país que no pueden contraer matrimonio válido en su territorio van a buscar en los múltiples Estados lo que aquí se les niega… pues saben esas personas que diciéndose 'casadas' en algunos de los Estados Mexicanos, en Bolivia, en Paraguay, etc., algunas personas… les abrirán las puertas de sus casas, cosa que no harían si no estuviesen en condiciones de presentar ese 'papel pintado'" … "… y con ello habrán conseguido una cierta cobertura que los protege 'prima facie', frente a la sociedad de la que forman parte".

Aunque para Molinario esta actitud de la sociedad argentina frente a tales matrimonios solo en apariencia, era una prueba de la reprobación social, en realidad ello estaba marcando un verdadero cambio de actitud en esa sociedad, que terminó por aceptar aquellos concubinatos. Al preguntarse Bossert[15], el porqué de esa transformación en la conciencia social argentina, responde que estas modificaciones provienen de hechos reales, que se observan objetivamente, y se valoran teniendo en cuenta lo que resulta más conveniente para el contexto social. Por lo que, es posible concluir -sigue diciendo-, que prevaleció el criterio de que era en beneficio de la sociedad misma que los individuos que la integraban no vivieran en soledad tras un fracaso matrimonial sino que, por el contrario, compusieran parejas estables.

---

[14] MOLINARIO, Alberto. Ob. cit. LL. 1978, pág. 566.

[15] BOSSERT, Gustavo A. Ob. cit., pág. 6.

b) La otra cuestión interesante para destacar en relación con las causas de la uniones de hecho, es la vinculada con la diversidad de modelos familiares que países como el nuestro y podríamos decir de toda América, presentan, en atención a que las características de nuestras estructuras sociales responden a una mezcla de culturas: por un lado la de los pueblos originarios[16] -que en el caso de la Argentina, aún hoy pervive y es contemporánea a la occidental en muchas regiones del país, con el aditamento que a su vez, como no son todos pueblos de las mismas etnias, revisten diferencias en sus cosmovisiones y concepciones de la estructura familiar según las regiones-, comprobándose en algunos de sus pueblos, dentro de su organización familiar, instituciones similares a lo que acabamos de conceptuar como "uniones de hecho"[17]; y por el otro la llamada cultura "occidental", traída por los colonizadores, que a su vez, como señala Ciuro Caldani[18], también es profundamente compleja, nutriéndose con legados griegos, romanos, judeocristianos, germanos y en algunos casos, también árabes. A ello añade la diversificación cultural traspolada desde la península ibérica a las colonias americanas, originada en la superposición de dos Españas: la de los Habsburgos, mas tradicional católica, paternalista e intervencionista, y la de los Borbones, "angloafrancesada", mas cercana a la Reforma, individualista y abstencionista, lo que se ha proyectado a lo largo de la historia de nuestro país y hasta nuestros días en el ámbito de la política y de la cultura jurídica. Señala la peligrosidad del conflicto actual entre ambos sectores especialmente en punto al tema de la organización familiar, en donde parecen enfrentarse el sentido religioso familiar del ámbito hispánico tradicional y las más "actuales" concepciones familiares, llevando inclusive a una crisis

[16] Estos pueblos han sido reconocidos a partir de la reforma de la Constitución Nacional de 1994, al disponer, entre las atribuciones del Congreso el "… Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblo indígenas argentinos…" (art. 75 inc. 16).

[17] Por ejemplo, en algunos pueblos andinos se practica el denominado "sirviñaco" que consiste en una suerte de matrimonio a prueba que por lo general dura un año, al cabo del cual cesará la convivencia o se celebrará el matrimonio. Estos pueblos -como antes dijimos- conviven con nuestra cultura, y la que acabamos de describir, particularmente, es propia de la región noroeste de la Argentina, donde tengo el privilegio de vivir, por lo que puedo dar razón de ello

[18] CIURO CALDANI, Miguel A. "Bases para la armonización del derecho e familia en el Mercosur", en "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados", Cecilia Grosman (Directora)-Marisa Herrera (Coordinadora), LexisNexis, Bs.As., 2007, pág. 23.

en la división de poderes, especialmente el legislativo y el judicial, que para ser mas exactos reproducimos en su textuales palabras: "La "civilización" relativamente angloafrancesada dominante en la globalización/marginación tiende a debilitar a la "cultura" hispánica tradicional, pero uno de los grandes problemas en dicho proceso es si en tal caso este sector no quedará sumido en la anomia y la decadencia. Si la estructura familiar de un grupo cultural se debilita, éste tiende a desintegrarse"[19].

Los autores[20] mencionan entre las causas a las siguientes:

Culturales: en zonas rurales y sobre todo en el interior del país, muchas veces la falta de educación o el apego a tradiciones y pautas culturales ancestrales, o hasta la misma marginación social, hace que no se tenga un modelo de familia legal, sino que se ve como la forma mas natural de constituirla, el "juntarse". Muchas veces incluso influye la falta de presencia del Estado en lugares alejados, y la consiguiente lejanía del Registro Civil más próximo para estas personas, cuestión no menor en un país tan extenso como el nuestro. En igual enfoque, existe una equivocada creencia en la población -por falta de una adecuada difusión y formación-, en que la convivencia otorga similares derechos al matrimonio.[21]

Económicas: la falta de dinero para poder acceder a una vivienda, o mantener la prole, el desempleo o la falta de inserción laboral, también influyen a la hora de tomar la decisión de celebrar el matrimonio. La falta de recursos es también un factor causal en el caso de parejas separadas que no pueden, por dicha razón tramitar el divorcio, y en consecuencia, forman una nueva pareja sin casarse porque técnicamente no pueden.

Escepticismo ante el fracaso matrimonial: El aumento de la tasa de

---

19 CIURO CALDANI, Miguel A. Ob. cit., pág. 29/30.

20 BOSSERT, Gustavo A. Ob. cit., pág. 3. GROSMAN, Cecilia, ob. citada.

21 Así, Jorge O. Azpiri, en obra ya citada, pág. 44, señala que según un trabajo de investigación realizado sobre trescientos casos, hombres y mujeres mayores de 18 años, en Capital Federal y Gran Buenos Aires, el 60% de los encuestados cree que entre convivientes existe derecho hereditario, el 50% cree que tiene derecho a reclamar alimentos del conviviente y el 72% entiende que cuando hay hijos menores el abandonado tiene derecho a permanecer en la vivienda. Cita a su vez, como fuente de esta información a Guardado-Prevail-Vugman, "Uniones de hecho y uniones homosexuales: resultados de una encuesta", en "Derecho de Familia-Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia", Nº 20, pág. 197 y siguientes.

divorcios es mencionado también como una causa, pues haber tenido una primera experiencia negativa, así como las complicaciones sufridas durante el juicio de divorcio, llevan a estas personas a no desear pasar por una nueva experiencia similar.

Mas allá de estas causas, se señala también que existe hoy, entre los mas jóvenes -especialmente de clase media-, una marcada indiferencia por formalizar la relación y el rechazo a toda intromisión estatal y a todo tipo de regulación, en la vida íntima. Se recurre a la convivencia de hecho, pero no porque las relaciones sean más precarias, sino porque justamente se entiende que siendo desde el lugar de la libertad desde el cual se elige vivir juntos, ello hace su unión mas estable. En la mayoría de los casos, esta convivencia es una primera etapa, un primer paso en el camino hacia el matrimonio.

2. La dimensión sociológica del tema. Los datos de la realidad.

Dijimos al comienzo, que los cambios legislativos deben responder, a verdaderos cambios en la realidad, que evidencien una permanencia en el tiempo y comprendan a un número importante de conductas en el mismo sentido, para merecer la atención del legislador. En este sentido, señala Grosman: "… La primera pregunta que nos tenemos que formular es si la formación de parejas no formalizadas constituye una práctica social relevante, pues de ser así, la ausencia de una regulación adecuada puede representar la desprotección de numerosas familias que se crean a partir de estas uniones…"[22].

Esta es, sin duda alguna, la situación en que se encuentran hoy en la Argentina las familias constituidas a partir de uniones de hecho, con o sin descendencia en común. Cuando revisamos la bibliografía sobre el tema, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se observa que aun en la que pertenece a épocas en las que el concubinato era visto con disfavor y merecía la condena social, nadie negaba que era una situación existente en número importante, y que ese número iba en aumento.

Esta predicción se ha confirmado, y ello puede ser contrastado con los datos objetivos que nos proporciona la realidad según las estadísticas de los últimos años:

---

[22] GROSMAN, Cecilia. Ob. citada.

La información mas reciente es la que proviene del Censo Nacional llevado a cabo en la Argentina en el año 2010, y cuyo procesamiento -aun no concluido-, está a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). No obstante no estar aun totalmente procesados estos datos, y por lo tanto con la advertencia de que se trata de cifras "en bruto", sin la consideración aun de un sinnúmero de variables, si hacemos una sencilla comparación entre análogos datos brindados por el Censo Nacional del año 2001[23], referida a la situación de pareja de la población mayor de 14 años, y teniendo en cuenta que esta población ha aumentado un 13,23%, se puede mencionar, que hay un 79,82% más de personas solteras con pareja, un 40,93% más de divorciados con pareja y un 59,95% más de viudos con pareja. El aumento de concubinatos entre las tres situaciones sería del 73,98%. Mientras tanto, la cantidad de matrimonios habría disminuido un 6%.

Reiteramos que estos datos son provisorios y surgen por simple comparación, por lo que no pueden tomarse como definitivos. Sí sirven para confirmar la tendencia que viene desde los censos anteriores -y que a continuación referiremos-, que marca un pronunciado aumento de las uniones de hecho.

Por su parte, un informe de IDESA[24] en su Nº 346 del 18/07/2010, señala, en base a los datos de las EPH (Encuestas permanentes de hogares), referidos a la Ciudad de Buenos Aires y el conurbano bonaerense, que:

En el año 1974, el 65% de las personas mayores de 20 años de edad estaban unidas habiendo celebrado un matrimonio legal, mientras que en el año 2009 sólo el 41% estaba viviendo en pareja habiendo cumplido con las formalidades.

En el año 1974, el 30% de los mayores de 20 años declaraba estar sin pareja (soltero, separado o viudo), mientras que en el año 2009 el 40% está sin conformar pareja.

En el año 1974, sólo el 5% de los mayores de 20 años estaba unido en concubinato, mientras que en el año 2009 en esta situación se encuentra el 19% de las personas.

---

[23] La comparación se hace entre los cuadros Nº 6 y 7 del Censo 2001 y el cuadro P25 del Censo 2010, referidos a la situación conyugal de personas de más de 14 años, que al momento del censo vivían en uniones de hecho, de distinto o igual sexo (www.indec.com.ar).

[24] Centro de Estudios independiente y sin fines de lucro especializado en el mercado laboral.

Según esta información, concluye el informe, en la actualidad, prácticamente 1 de cada 3 personas que vive en pareja, no formaliza su relación a través del matrimonio.

Cecilia Grosman[25], haciendo referencia a los datos del INDEC, y a estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación, publicadas en un diario de circulación nacional[26], señala que desde 1980 a 1991, en la franja de 20-29 años, la proporción de uniones de hecho aumentó del 15,1% al 26,6% en todo el país, y que si consideramos el total de las uniones de hecho, de acuerdo con los censos de población, observamos que en 1960 era del 7,3%, en 1980 ascendió al 11,5% y actualmente (el artículo es del año 1998), estamos en un 18%; proporción que acrece en algunas provincias como Jujuy y Chaco. Agrega que es presumible que esta proporción se encuentre muy por debajo de la real, por cuanto los censos sólo identifican un núcleo familiar primario en cada hogar censal, no quedando registrados los núcleos secundarios de una misma familia como por ejemplo, el constituido por el hijo unido de hecho que convive con sus padres. Por otra parte, es bien sabido que muchos de los convivientes censados se declaran casados, porque viven su relación como si fuese matrimonial.

Expone además, otros datos demográficos que hacen presumir, igualmente, el crecimiento del número de convivencias. De un lado, ha aumentado la cantidad de hijos extramatrimoniales y, del otro, ha descendido la tasa de nupcialidad. En 1980 el índice de hijos nacidos fuera de matrimonio era del 29,5%, y en 1990 del 36%, cifra que trepó al 47% en 1996. En cuanto a la tasa de nupcialidad, es una de las más bajas de los últimos cincuenta años. En 1950 era del 8,4 y en 1995 descendió al 4,3.

Otro dato interesante es que el incremento de las uniones de hecho no se ha producido de modo uniforme en todos los sectores sociales. En el período 1980 a 1989, el porcentaje de unidos en el estrato de más bajos ingresos creció en un 67%, pero lo hizo mucho más en los sectores de mayores recursos, o sea, en un 142%. Estos datos ponen en evidencia que ahora las convivencias de pareja constituyen una práctica social que se ha extendido de manera acentuada a los sectores medios.

No obstante, el mayor número de convivencias se registra en las provincias más pobres.

---

[25] GROSMAN, Cecilia. Ob. citada.

[26] Diario "Clarín" del 27/7/1998.

Así también lo reconocen los legisladores al referirse en los fundamentos de sus proyectos a esta realidad que demanda una respuesta legislativa: "… El constante crecimiento de este tipo de uniones se ve reflejada en la información censal, de donde resulta que se dieron importantes transformaciones de la constitución familiar dando como resultado una crecimiento en las relaciones concubinarias en nuestro país…"[27].

Independientemente de las encuestas, también es posible sostener esta aseveración desde la propia percepción que podemos tener en nuestras notarías en el quehacer diario, -lo que nosotros nos permitimos llamar el "pulso notarial"-, en donde nos encontramos con frecuencia, con requirentes que han formado sus parejas y familias de esta forma, y concurren a la consulta, generalmente ante la posibilidad de la disolución de la convivencia o ya acaecida ésta, con la angustia y preocupación de cuál será la suerte de los bienes habidos durante su duración, especialmente el inmueble destinado a la vivienda familiar, -los que suelen estar solo a nombre de uno de los integrantes-, o durante la vigencia de la unión, cuando ambos integrantes titulares en condominio de esa misma vivienda familiar, intenta ampararse en el régimen legal previsto para la protección de este bien y no pueden. Situaciones éstas en las que, como notarios, nos enfrentamos concretamente con el vacío legal, y una gran frustración al no poder ofrecer una salida jurídica a tan justos intereses.

También hemos podido constatar en esta "tomada de pulso" a la situación de las parejas unidas de hecho, el desconocimiento o conocimiento equivocado que tienen sobre los derechos que eventualmente les corresponden como consecuencia de estos vínculos, tal como lo señalan las estadísticas antes referenciadas.

Si tuviéramos que decir en qué proporción se da en la notaría, ésta presencia de parejas unidas de hecho con relación a aquellas unidas en matrimonio, nos atreveríamos a decir que en los últimos diez años, la relación ha sido de uno a tres.

3. Dimensión normativa del problema

3.a. La necesidad de regulación de las uniones de hecho

Si estas conductas se presentan así en la realidad, se plantea aquél desafío a los poderes del Estado, del que hablábamos al comienzo: estas

[27] Proyecto de ley de la Senadora Liliana Fellner-Expediente Nº S-2228/11.

uniones no solo llevan adelante una convivencia y desarrollan un proyecto de vida en común, sino que además, se convierten en un fenómeno social de donde emanan un sinnúmero de hechos o situaciones jurídicos, causas a su vez de otras tantas consecuencias jurídicas: tienen hijos en común que deben alimentar y educar, si no pueden procrear deciden adoptar, adquieren bienes, -juntos o individualmente-, entre esos el inmueble que será la vivienda familiar, contraen deudas entre sí y frente a terceros por razón de sus necesidades personales y por razón de las necesidades del hogar y de los hijos, y tal vez, luego de algunos años, deciden separarse y entonces se generan los conflictos por la tenencia y alimento de los hijos menores y la división de los bienes adquiridos mientras estuvieron unidos, y sino, en algún momento, uno de ellos fallece y deja al otro sin sustento o sin un techo donde vivir; entre otras tantas.

En conclusión, sea que usemos una terminología u otra, sea cual sea su causa, estas conductas humanas, son una realidad innegable inserta en la sociedad argentina, desde hace mucho tiempo, las que a pesar de haber sido objeto de una mirada disvaliosa por parte -entre otros-, del legislador que intentó desalentarlas de distintas maneras, constituyen un comportamiento social, una forma de ser familiar, y se ha mantenido constante e instalada en nuestras costumbres, por lo que merece tanta atención por parte del Estado como aquella que se funda en un matrimonio.

Lo dicho se inserta a su vez, en otra realidad incontrastable en nuestra sociedad: ya no existe una sola forma de organización familiar. Frente a la familia tradicional, debemos admitir que también hay familias originadas a partir de un solo individuo –denominadas "monoparentales"-, o a partir de las ulteriores elecciones que efectúan personas que ya formaron anteriormente otra unión ya sea matrimonial o de hecho, luego disuelta, a la que llevan toda o parte de su prole originaria, -fenómeno conocido como "familias ensambladas"-, y por supuesto, las familias que se originan a partir de uniones de hecho. Ciuro Caldani[28], señala que la multiculturalidad de nuestro tiempo, incrementa las uniones entre personas que por diversidad de religión, cosmovisiones o concepciones de vida, generan manifestaciones familiares en un sentido diverso al tradicional, por lo que resulta difícil imaginar un único paradigma familiar.

Y aquí se adiciona una cuestión que tiene que ver con el aspecto axiológico del tema, pues el Estado tiene el deber de proteger la familia

[28] CIURO CALDANI, Miguel A. Ob. citada, pág. 18.

por mandato constitucional[29], pero además, a partir de la reforma de dicho cuerpo en el año 1994, todo el derecho interno debe subordinarse a los tratados de derechos humanos incorporados como parte del mismo, (art. 75 inc. 22 CN), y por ende esa protección no puede ir en contra de principios como la no discriminación, la solidaridad y la responsabilidad familiar, la protección de los menores y la intangibilidad de sus derechos, así como el derecho a la autodeterminación y el respeto por la persona y sus elecciones.

Las preguntas que surgen entonces son: ¿debe regularse esta conducta?, ¿debe dejarse que la regule la costumbre y en todo caso la jurisprudencia en cada caso particular, o debe hacerlo la ley positiva? Si la regula la ley escrita, ¿cómo debe hacerlo?, ¿equiparándola al matrimonio y por tanto atribuyéndole los mismos efectos, o previendo un mínimo de efectos bajo ciertas condiciones, dejando el resto a lo que libremente acuerden los integrantes de la unión, y en tal caso cuáles son esos efectos que deben ser regulados? ¿Cómo se resuelve aquella tensión que ya mencionamos al comienzo, entre el respeto por la autonomía de la voluntad y al mismo tiempo el respeto por los principios de orden constitucional antes citados?

3.b. Regulación-Sistemas

Antes de intentar dar respuesta a estas preguntas, expondremos a continuación cuáles son las distintas alternativas a la hora de regular las uniones de hecho, en una sistematización que los distintos autores han formulado en base a lo que acontece en el derecho comparado:

Sistema abstencionista: la ley guarda silencio sobre el tema. Fue la solución del Código Napoleón, y la de los códigos que fueron influenciados por él. Es el sistema adoptado por Vélez Sarsfield al redactar nuestro Código Civil. En algún punto, tiene la ingenua pretensión de desalentar este comportamiento, ignorándolo. Se compadece con una época en este comportamiento social era totalmente reprobado por la sociedad, y en la que el matrimonio, en cambio, era una institución suprema y fundante de la misma ("… El matrimonio es la más importante de las transacciones humanas. Es la base de toda la constitución de la sociedad civilizada…")[30]. Esta postura resulta sumamente graficada en la siguiente

[29] Art. 14 bis de la Constitución Nacional: "El estado otorgará… la protección integral de la familia".

[30] Ver nota de Vélez Sarsfield al título 1º de la Sección 2º del Libro I del Código Civil.

expresión que pertenece a Molinario: "… Los que viven en concubinato dan espaldas a la ley, y la ley devuelve el gesto, dándole espaldas a los que eligen esta forma de convivencia…"[31]. Sin embargo, este sistema no se ha sostenido en el tiempo en los distintos regímenes que lo siguen, y por ende el de Argentina. Veremos cómo, la realidad se impone, y mediante reformas parciales y leyes especiales que contemplan supuesto específicos, se termina por regular, aun inorgánicamente a las uniones de hecho. A esto suele denominárselo "sistema proteccionista" porque establece un sistema de protección de mínimos presupuestos, sin llegar a una regulación integral y orgánica[32].

Sistema sancionador: la ley se ocupa del fenómeno pero para sancionarlo, tratando de desalentar su acaecimiento. Es una postura doctrinaria y propone que la ley solo lo contemple pero en los casos en que resulte mas perjudicial encontrarse en esa situación que en la de matrimonio. Otros, como Borda sugiere un trato gravoso en materia impositiva[33]. Salvo el derecho canónico, no se tiene noticia de otras legislaciones que así lo prevean.

Sistema de regulación: la ley regula sus efectos pues es más conveniente que guardar silencio. Esta regulación a su vez, puede ser integral o solo de algunos aspectos, y en el primer caso de equiparación total con los efectos de las uniones matrimoniales o con efectos diferenciados. Dentro de estos sistemas, se encuentran los de "pactos", en los que la ley brinda protección y reconoce eficacia a la unión acordada en un pacto, el que, con la debida publicidad regula las relaciones de los concubinos y de estos frente a terceros, siempre que no se afecten principios fundamentales de orden público.

3.c. El régimen vigente en la Argentina-Derecho positivo

Como antes dejamos expuesto, nuestro Código Civil adoptó inicialmente una posición abstencionista, pero con el correr del tiempo, y por distintas causas -algunas de las cuales hemos mencionado en el punto "2" de este trabajo-, la realidad comenzó a "golpear" a las puertas, en primer lugar de la justicia, y muy tímidamente en segundo lugar ante el poder legislador.

---

31 MOLINARIO, Alberto. Ob.cit. LL, 1978, pág. 569.

32 AZPIRI, Jorge O. "Uniones de hecho", pág. 53, Ed. Hammurabi, 2ª edición.

33 BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil-Familia", Abeledo Perrot, Bs.As., 1973, Tomo I, Nº 61.

El reconocimiento de las uniones de hecho en el derecho positivo argentino, ha sido paulatino e inorgánico. Por ende incompleto, ya que se han ido contemplando distintos aspectos, sin que hoy se tenga una regulación sistematizada de las distintas situaciones que merecen ser atendidas.

El legislador, en la mayoría de los casos siguiendo las huellas de la jurisprudencia, que en su deber de fallar[34], ha debido hacer frente a la realidad creando una fuente normativa alternativa muy variada por cierto y abarcativa de diferentes cuestiones que en su planteo mismo están demostrando la necesidad de regulación, ha dictado algunas normas positivas, a veces en función de dar una regulación, otras a propósito de la regulación de otra figura que indirectamente implicó reconocer su existencia, y otras, en fin con la finalidad de desalentar o hasta sancionar en alguna medida su consumación.

Tales normas son:

En el ámbito del derecho civil:

El artículo 232 del C.Civil -en su redacción originaria- reputaba "mero concubinato" a la unión entre dos personas producto de un matrimonio anulado (por existencia de impedimento), cuando ambas lo hubieran contraído de mala fe, es decir, conociendo o debiendo conocer la existencia del impedimento, y establecía que con relación a los bienes debía procederse como en el caso de una sociedad de hecho. Igual solución contempló el artículo 89 de la ley 2393 de Matrimonio Civil que sustituyó el 232, y el actual artículo 223 -según ley 23.515[35], que a su vez reemplazó la ley 2393-, con la diferencia del agregado respecto a que la normativa de la disolución de la sociedad de hecho se aplica no por analogía (asimilando el concubinato a una sociedad de hecho, pues no son la misma cosa según veremos), sino cuando los presuntos cónyuges prueben haber hecho aportes a esta sociedad.

En materia de contrato de locación, la ley 23091 de "Locaciones Urbanas"[36], vigente, permite al concubino/a continuar en el uso del inmueble locado después del fallecimiento de su pareja, inclusive por encima

[34] El art. 15 del Código Civil, en función de una norma que se complementa con los artículos 16 y 17 sobre la idea de completitividad del sistema, dispone: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

[35] B.O. 12/06/1987.

[36] B.O. 16/10/1984.

de los derechos de los herederos del locatario, al disponer en su artículo 9º : "En caso de abandono de la locación o fallecimiento del locatario, el arrendamiento podrá ser continuado en las condiciones pactadas, y hasta el vencimiento del plazo contractual, por quienes acrediten haber convivido y recibido ostensible trato familiar" (el destacado es nuestro).

El artículo 210 del C. Civil, sanciona con la pérdida del derecho alimentario que reconocen los artículos 207 y 209 del mismo Código en caso de separación personal, al cónyuge beneficiario que viviera en concubinato.

En igual sentido el artículo 211 del C. Civil, sanciona con la pérdida del derecho a mantener indiviso el inmueble asiento del hogar conyugal atribuido al cónyuge no culpable de la separación personal (o en los supuestos de enfermedad mental o adicciones previstos en el art. 203 CC), si éste viviera en concubinato.

El artículo 257 del C. Civil -texto según ley 23.264[37]-, establece similar presunción de paternidad que la prevista para los hijos matrimoniales, respecto de los hijos habidos de una pareja unida en concubinato: "El concubinato de la madre con el presunto padre durante la época de la concepción hará presumir la paternidad, salvo prueba en contrario".

El artículo 3573 del C. Civil, modificado por la ley 17.711[38], contempla un supuesto de exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge: se trata del matrimonio celebrado ante la muerte inminente de uno de los contrayentes, y que se conoce usualmente como "matrimonio in extremis". La ley 17.711, agregó un último párrafo a este artículo, que recepta al concubinato en este caso, como el precedente válido que legitima ese matrimonio y por tanto excepciona la exclusión de la vocación. ("… salvo que el matrimonio se hubiere celebrado para regularizar una situación de hecho").

La ley 24193[39] de transplantes, considera dentro de los legitimados a favor de quienes puede disponerse de órganos o material anatómico en vida, ("receptores") -entre otros parientes dentro de los cuales obviamente está también el cónyuge-, a… la persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida… reducida a dos años si de dicha relación hubieren nacido hijos" (art.

[37] B.O. 23/10/1985.

[38] B.O. 26/04/1968.

[39] B.O. 26/04/1993.

15); y también tiene en cuenta al conviviente al determinar quienes son las personas a las que en caso de muerte natural y no existiendo manifestación expresa del dador, deberá requerirse testimonio sobre la ultima voluntad del causante, respecto de la ablación de órganos y/o a la finalidad de la misma, al enunciar en el inciso a), -junto con el cónyuge no divorciado-, a "… la persona que sin ser su cónyuge convivía con el fallecido en relación de tipo conyugal no menos antigua de TRES (3) años, en forma continuada e ininterrumpida…" (art. 21, texto s/Ley 26.066[40] modificatoria de la 24.193).

La ley 24.374[41], sobre el "Régimen de regularización dominial", enumera, entre los beneficiaros de dicho régimen, a "… las personas, que sin ser sucesores, hubiesen convivido con el ocupante originario, recibiendo trato familiar, por un lapso no menor a dos años anteriores a la fecha establecida en el art. 1, y que hayan continuado en la ocupación del inmueble". (art. 2, inc. c) dando lugar así a la posibilidad de que el conviviente supérstite obtenga el título a que da lugar esta ley, ya sea que haya ocupado originariamente el inmueble junto con el causante, o que solo lo haya hecho éste último, reconociéndole por lo tanto una jerarquía igual a la del cónyuge supérstite a tales efectos.

En el ámbito del derecho laboral y de la seguridad social:

La actual ley de riesgos de trabajo, 24.557[42], reconoce el derecho a percibir la indemnización por accidente de trabajo en el supuesto de muerte del trabajador, luego de la viuda o el viudo, a "… c) la conviviente; d) el conviviente…", siempre que "… el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento… (o) … dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes . El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la

[40] B.O. 22/12/2005.

[41] B.O. 27/09/1994.

[42] B.O. 04/10/1995.

prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales" (art. 18 que remite al art. 53 de la ley 24.241)

El art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo, 20.744[43], ante la extinción de relación laboral por muerte del trabajador, establece una indemnización equivalente a la mitad de la prevista para el despido injustificado, que tiene derecho a percibir, "… para cuando el trabajador fallecido fuere soltero o viudo, la mujer que hubiese vivido públicamente con el mismo, en aparente matrimonio, durante un mínimo de dos años anteriores al fallecimiento…"; y si fuese casado, "… cuando la esposa por su culpa o culpa de ambos estuviere divorciada o separada de hecho al momento de la muerte del causante, siempre que esta situación se hubiere mantenido durante los cinco años anteriores al fallecimiento".

También la ley 20.7[44] otorga al trabajador licencia por fallecimiento tanto del cónyuge como de "… la persona con la cual estuviese unido en aparente matrimonio", bajo los mismos términos y condiciones previstos en el art. 248 (art. 158).

La ley 24.24144, sobre el "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", reiterando la solución de normas anteriores, reconoce el derecho a pensión al concubino/a, en los siguientes términos: "En caso de muerte del jubilado, del beneficiario de retiro por invalidez o del afiliado en actividad, gozarán de pensión los siguientes parientes del causante: a) La viuda. b) El viudo. c) La conviviente. e) El conviviente. f) Los hijos solteros, las hijas solteras y las hijas viudas. En los supuestos de los incisos c y d, se requerirá que el o la causante se hallase separado de hecho o legalmente, o haya sido soltero, viudo o divorciado y hubiera convivido públicamente en aparente matrimonio durante por lo menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento…(o) … dos años cuando exista descendencia reconocida por ambos convivientes. El o la conviviente excluirá al cónyuge supérstite cuando éste hubiere sido declarado culpable de la separación personal o del divorcio. En caso contrario, y cuando el o la causante hubiere estado contribuyendo al pago de alimentos o éstos hubieran sido demandados judicialmente, o el o la causante hubiera dado causa a la separación personal o al divorcio, la prestación se otorgará al cónyuge y al conviviente por partes iguales" (art. 53). En la reglamentación se prevé que la convivencia pública en

[43] B.O. 27/09/1974.

[44] B.O. 18/10/1993.

aparente matrimonio podrá probarse por cualquier medio dentro de los previstos en la legislación vigente, pero queda presumida, salvo prueba en contrario, "… si existe reconocimiento expreso de ese hecho, formulado por el causante en instrumento público…". (art. 1º, inc.2-Decreto 1290/94).

La ley 23.660[45] que reglamenta la cobertura de obras sociales, establece que su alcance no solo cubre al grupo familiar primario, sino también a "… las personas que convivan con el afiliado titular y reciban del mismo ostensible trato familiar, según la acreditación que determine la reglamentación…" (art. 9 inc. b).

Queda así expuesta la dispersidad y falta de organicidad del sistema regulatorio argentino en materia de uniones de hecho. Obviamente, quedan muchas cuestiones sin protección legal, y a las que por tanto debe dar respuesta la jurisprudencia, fundándose en principios generales como el enriquecimiento sin causa, la teoría de la apariencia y otros.

Entre las cuestiones más importantes que merecerían tutela legal y no cuentan con ella podemos mencionar:

Derecho a alimentos: no existe obligación de prestarse alimentos entre los concubinos, ni durante la vigencia de la unión, ni a su disolución, ni siquiera en caso de imposibilidad de uno de ellos de proveer a sus necesidades básicas. Tampoco pueden exigirlos fundado en parentesco pues la ley no los considera "parientes". La jurisprudencia no ha sido pacífica en el tema, y cuando se ha hecho eco de estas demandas, ha considerando a este deber como una obligación natural, un deber moral, fundado en principios de equidad, sobre la base de lo preceptuado en el artículo 515, 1º párrafo del Código Civil, con las consecuencias que se siguen de tal calificación, fundamentalmente la limitación de la repetición de lo pagado por dicho concepto.

Protección de la vivienda familiar y derecho del grupo familiar a permanecer en ella ante disolución de la unión: el régimen actual de protección de la vivienda familiar, regulado por la ley 14.394 en sus artículos 34 a 50, no incluye en el concepto de "familia" que ella prescribe, la formada a partir de una unión concubinaria[46]. Cuando el inmueble

---

45 B.O. 20/01/1989.

46 El art. 36 de la ley 14.394 (B.O. 30/12/1954) dice: "A los fines de esta ley, se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos, o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente".

ha sido adquirido en condominio por ambos integrantes de la unión, la afectación del inmueble como bien de familia se torna imposible pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 43 in fine, entre ambos condóminos debe existir el parentesco previsto en la ley. Los casos en que la justicia ha resuelto a favor de la afectación -generalmente por vía recursiva ante la denegación de la autoridad competente al requerimiento de que el bien sea inscripto en tal calidad-, lo ha hecho siempre que hubiera descendientes comunes, y ello a su vez ha llevado a que algunos Registros de la Propiedad, instrumenten resoluciones internas o "memorandums" que soslayadamente para no poner en evidencia que contravienen lo dispuesto en la ley, aceptan la constitución siempre que haya hijos en común. Tal lo que ocurre, por ejemplo, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Jujuy, o de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, no sólo porque ello no da ninguna seguridad toda vez que depende de la interpretación que haga la autoridad de turno, sino porque deja fuera de la protección los casos en que no haya hijos en común, ello no resuelve el problema. Seguirán los miembros de la unión de hecho dependiendo de la mirada favorable del tribunal de justicia que les toque en turno. Y otro tanto con el derecho del grupo familiar mas débil (madre o padre con hijos menores o discapacitados a cargo), cuando la unión se disuelve, y el bien está a nombre del otro integrante de la unión, o en condominio, y el que no tiene a cargo los hijos decide venderlo, alquilarlo o pedir la partición. Alguna jurisprudencia ha resuelto, en tales casos, la aplicación analógica, de lo dispuesto por el artículo 1277 del C. Civil in fine para ordenar la indivisión forzosa del inmueble tenido en condominio por ambos integrantes de la unión, luego de su disolución, por vivir en él la hija menor de ambos, y por tanto resultar comprometido el "interés familiar" al que alude la mencionada norma, hasta tanto la menor alcance la mayoría de edad[47], pero esto no es tampoco unánime.

Responsabilidad por deuda comunes frente a terceros: hay otro interés en juego que también merece protección, y es el de los terceros que contratan con estas personas integrantes de la unión de hecho, confiadas en la apariencia de un matrimonio que en realidad no es tal, generalmente proveyendo suministros al hogar común, o servicios (por ejemplo de educación de los hijos o de servicios médicos, o reparaciones en el inmueble que constituye la vivienda familiar, servicio doméstico,

[47] Sala K, C.Nac. en lo Civil, LL, 2006-D, pág. 604.

etc.). En el matrimonio, por estos gastos responde aquel de los cónyuges que contrajo la deuda y el otro también, con el fruto de sus bienes propios y gananciales[48]. Para que el proveedor pueda demandar no solo al conviviente que contrajo la deuda -que puede ser insolvente-, sino al otro integrante de la pareja, en análogos términos que se prevé para el matrimonio, deberá probar que hubo un mandato tácito o expreso, o apoyarse en el error excusable de estar frente a una unión matrimonial fundado en la apariencia y su buena fe, conforme a las soluciones dadas por algunos tribunales en estos supuestos.

División de los bienes a la extinción de la unión: este es otro tema que no tiene una sola forma de resolución en la vía judicial, ya que por otra parte las variantes son muchas, en atención a las distintas formas en que puede presentarse la adquisición de los bienes: adquiridos por uno de ellos, con dinero del otro o con dinero de ambos, en iguales o distintas proporciones, adquiridos por ambos con dinero de ambos o con dinero de uno solo, y a su vez, cualquiera de las variantes anteriores, y mejoras hechas con dinero de uno o de ambos en bienes del otro, etcétera. Obviamente que la existencia de un verdadero condominio (bien adquirido a nombre de los dos con dinero de los dos), no presentará ningún problema pues se regirá por las reglas de la división del condominio, pero en los demás supuestos, la solución pasará por una cuestión de prueba -muchas veces muy difícil, sobre todo tratándose de cosas muebles no registrables que en algunos casos pueden ser de un valor importante-, a fin de poder invocar simulación, o enriquecimiento sin causa.

Derecho sucesorio: no existe vocación hereditaria legal entre los concubinos. Solo puede existir por vía testamentaria, dentro de los límites de la porción disponible, cuando hubiera herederos forzosos.

Esto para mencionar solo alguna de las cuestiones más importantes, que deben resolverse vía jurisprudencial por falta de norma expresa, aunque no son las únicas.

Pretender que porque la jurisprudencia ha resuelto el tema de una determinada manera por cierto tiempo, la institución ya está regulada y no necesita del dictado de nuevas normas o la modificación de las actuales, en un sistema de derecho escrito como el nuestro, comporta una desatención del valor "seguridad jurídica" que exige contar con reglas generales claras y estables, con la fuerza obligatoria y coercitiva que

[48] Art. 6, ley 11.357 (B.O. 23/09/1926).

importa la ley, y no quedar librada a los vaivenes de las interpretaciones jurisprudenciales.

Esta situación de inseguridad y de necesidad de una normativa es claramente expuesta por Kemelmajer de Carlucci, cuando luego de revisar la jurisprudencia de los últimos diez años sobre el tema, concluye diciendo: "El muestreo de la jurisprudencia argentina muestra una judicatura abierta a reconocer las consecuencias patrimoniales derivadas de la convivencia heterosexual fáctica en presencia de prueba clara, concluyente. En cambio, cuando la prueba no presenta estos caracteres, si se trata de relaciones horizontales, es decir, si están en juego intereses entre particulares, en general se advierte en el tribunal una suerte de temor a la apertura de puertas que no han sido previamente abiertas por el legislador. Es como si el juez argentino, tan activista en otras materias, estuviese esperando que el legislador hable".[49]

Para reafirmar esta conclusión, referenciamos seguidamente el resultado de una encuesta realizada entre personas de ambos sexos de la Capital Federal y Gran Buenos Aires[50], al ser interrogados sobre los derechos que se les deberían reconocer a los integrantes de unión de hecho: el 89% estaba a favor de que se le reconociera vocación hereditaria, el 92% el derecho a reclamar la mitad de los bienes adquiridos durante la convivencia con esfuerzo comun, el 95% el derecho a permanecer en la vivienda a favor de quien quede a cargo de los hijos, el 88% el derecho a mantener contacto con los hijos del otro después de la ruptura, y el 82% el derecho a adoptar un niño por parte de ambos integrantes de la pareja.

3.d. Posibles soluciones

Contestando de alguna manera a las preguntas formuladas al comenzar este capítulo, podríamos decir que, en el estado actual del tema en nuestro país cabrían las siguientes alternativas:

Dejar las cosas como están, sin dictar ninguna regulación orgánica, y que siga siendo la jurisprudencia la que resuelva las cuestiones que se presenten ante el conflicto y el vacío legal. Esta postura estaría fundada en el respeto absoluto por la autonomía de la voluntad, ya que considera

---

49 Kemelmajer de Carlucci, Aída. "Decisiones judiciales de la última década concernientes a algunos efectos patrimoniales entre convivientes de hecho heterosexuales", en "Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja". Krsanow, Adriana-Directora, Ed. "Nuevo Enfoque Jurídico", pág. 96.

50 Ver nota 21.

que se encuentra reservado a este ámbito el derecho de las personas a no querer estar alcanzadas por la normativa del matrimonio (el derecho a no casarse), por lo que el Estado no debe entrometerse. Pero en el fondo, esta postura trasunta un crudo individualismo descuidado de los valores de solidaridad y responsabilidad familiar que deben ser considerados, y de los que el Estado también es guardador por expreso mandato constitucional.

Regular mediante una normativa que equipare las uniones de hecho con el matrimonio. Esta postura se funda en el principio de no discriminación e implica considerar que las uniones de hecho son iguales al matrimonio, cuando ello en realidad no es así. Son figuras jurídicas semejantes y en muchos aspectos se generan consecuencias iguales, pero no son idénticas. Por lo tanto, el principio de igualdad ante la ley y no discriminación no se vulnera por darles un trato legal diferente, aunque es evidente que habrá algunos aspectos que tendrán una regulación prácticamente idéntica, pues como dijimos, hay apariencia de matrimonio y por tanto habrá efectos similares. Como señala María Victoria Famá, "… El punto neurálgico de esta discusión debe centrarse en la determinación de cuándo la menor protección que se otorga a las familias que no responden al modelo de familia conyugal configura un trato discriminatorio… y cuándo no lo es, en tanto constituye una diferenciación razonable y justificada…"[51]. También en nuestra opinión queda descartada esta alternativa de equiparación total.

Regular mediante una normativa que respete por un lado la autonomía de la libertad de los integrantes de esa unión que han elegido no ingresar al régimen matrimonial, y resguarde por el otro, la protección que el Estado debe al núcleo familiar así formado -aun cuando no haya descendencia común-, consagrando los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, mediante un mínimo de disposiciones imperativas, haya pactos de convivencia o no. Creemos que esta es la opción acertada.

4. Perspectivas: proyectos de ley

Debe reconocerse que en los últimos años, nuestros legisladores han intentado dar una regulación normativa integral a las uniones de hecho,

[51] Famá, María Victoria. "Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil", LL, t. 2006-I, pág. 612.

sin que hasta la fecha estos intentos hayan logrado pasar más allá del estadio de proyectos.

De las opciones de regulación que antes mencionamos, puede observarse en estos proyectos -que metodológicamente se proponen como una ley especial complementaria del Código Civil-, la tendencia a regularlas equiparándolas con el matrimonio, asignándoles efectos personales y patrimoniales similares, incluso hasta vocación hereditaria, exigiendo para ello los requisitos de permanencia, notoriedad, singularidad, y publicidad, además de la inexistencia de los mismos impedimentos que para el régimen matrimonial. Comprenden uniones de personas del mismo o distinto sexo. En algunos casos se exige convivencia por un determinado plazo[52], y en otros no, pero se impone el cumplimiento de una formalidad similar a la de la celebración del matrimonio[53].

En todos los casos se fundamenta la norma proyectada en la necesidad de regular una situación fáctica de mucha data que merece la protección legal, en función de principios constitucionales de orden superior, entendiendo que estas uniones -con las características mencionadas-, integran también el concepto de familia.

Así, según la Senadora Liliana Fellner, "La aprobación de este instituto no significa alentar a la sociedad al olvido del instituto matrimonio, sino que pretende solucionar conflictos generados en la realidad social debido a las transformaciones sociales, dándole un justo tratamiento, tanto en defensa de las partes como de terceros que contraten con la misma…", y más adelante , "… estoy convencida de la necesidad de que nuestro país cuente con una norma que contemple y regule la relación concubinaria, atento a que es una realidad que viene desarrollándose desde hace muchos años".

4.a. El proyecto de código civil y comercial Decreto 191/2011.

El 23 de febrero de 2011, mediante Decreto Nº 191, el Poder Ejecutivo Nacional designó una Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, integrada por Ministros de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, doctores Ricardo Luis LORENZETTI, y Elena HIGHTON de NOLASCO y la Profesora Aída KEMELMAJER de CARLUCCI, a la que se le encomendó el estudio de las reformas al CÓDIGO CIVIL y al CODIGO DE

[52] El proyecto de la senadora Liliana Fellner exige 3 años de convivencia. (Ver nota 27).

[53] Proyecto del diputado Jorge Alberto Landau-Expte. 2077-D-2010.

COMERCIO DE LA NACIÓN que considerara necesarias, a fin de producir un texto homogéneo de todo el referido cuerpo normativo.

Entre los fundamentos, el Ejecutivo Nacional señala que "el sistema de derecho privado, en su totalidad, fue afectado en las últimas décadas por relevantes transformaciones culturales y modificaciones legislativas...", destacando en este sentido "… la reforma Constitucional del año 1994, con la consecuente incorporación a nuestra legislación de diversos Tratados de Derechos Humanos, así como la interpretación que la Jurisprudencia ha efectuado con relación a tan significativos cambios normativos". Y luego de mencionar los fallidos intentos precedentes por alcanzar la ansiada unificación del derecho privado, concluye afirmando, "… Que atento a lo expuesto, la unificación y actualización de los Códigos Civil y Comercial de la Nación se inscribe dentro del compromiso político asumido por el Gobierno Nacional para consolidar la institucionalización y la seguridad jurídica para la presente y las futuras generaciones de argentinos…".

En cumplimiento de ello, y dentro del plazo fijado por el Decreto (365 días), la mencionada Comisión -con la colaboración de un listado de personalidades notables del ámbito académico jurídico de nuestro país, y de algunos profesores también del extranjero-, elaboró y finalmente elevó al Poder Ejecutivo Nacional, el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" para su consideración.

El Poder Ejecutivo, luego de efectuar algunas modificaciones a este Anteproyecto, lo remitió a su vez, y ya como proyecto -conforme con el trámite preliminar lógico para el tratamiento de una ley de esta índole, previsto en el Anteproyecto-, a una Comisión Bicameral creada en el Honorable Congreso de la Nación, a los efectos de que luego del correspondiente análisis, emitiera un despacho, previo al tratamiento del proyecto en el recinto en plenario.

A la fecha en que estamos escribiendo este trabajo (marzo de 2013), la mencionada Comisión aun no se ha expedido, y habiendo transcurrido con creces los noventa días previstos para ello, el Proyecto se encuentra en condiciones de ser tratado en plenario, aunque por ahora no ha sido incluido en las sesiones, no conociéndose cual ha de ser el destino del mismo.

Mas allá de esta circunstancia, y dado que el Proyecto aun mantiene estado parlamentario y ha sido mencionado como un tema pendiente por la Presidente de la Nación, Cristina Fernández de Kirchner en el discurso inaugural de la sesiones del Congreso Nacional, con fecha 1º de marzo de 2013, habiendo sido un tema de su propia iniciativa, y teniendo en cuenta la envergadura del mismo ya que no es solo la unificación de la

materia civil y comercial y su actualización, sino, una verdadera reforma del derecho privado, con cambios de paradigmas especialmente en la materia del derecho de familia, siendo ello directamente atinente al tema I de este Congreso y, particularmente al tema puntual de este trabajo, no podíamos menos que dedicarle un capítulo especial en él.

4.b. Las uniones de hecho en el Proyecto

El proyecto, que según sus fundamentos se caracteriza por ser un código de igualdad, basado en un paradigma no discriminatorio, para una sociedad multicultural, y que responde a la constitucionalización del derecho privado, incorpora la regulación de las uniones de hecho, a las que denomina "uniones convivenciales", (ver punto "1.b." de este trabajo), en el Libro Segundo "Relaciones de Familia", Título 3, artículos 509 a 528, en donde en cuatro capítulos trata sobre su constitución y prueba, los pactos de convivencia, los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia y a su fin.

En los fundamentos del proyecto, se reconoce la necesidad de regular estas conductas por ser una realidad en progresivo y constante incremento en todos los sectores sociales y geográficos del país, así como por el manifiesto avance de la jurisprudencia en la materia.

Sus redactores dicen hacerlo "Desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar…".

Se busca conjugar y articular todos estos derechos de manera armonizada y coherente con el régimen matrimonial, sin llegar a equiparar ambas figuras, manteniendo diferencias entre ambas formas de organización familiar, con fundamento en que el respeto al principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional permite brindar un tratamiento diferenciado a modelos distintos de familia.

La regulación reconoce efectos jurídicos a las uniones convivenciales, buscando equilibrar la tensión entre la autonomía de la voluntad (admitiendo los pactos de convivencia) y el orden público (estableciendo un plexo normativo mínimo en resguardo del valor solidaridad en el contexto familiar, mas allá de dichos pactos).

4.b.1.Principales características

Define a las uniones convivenciales como las uniones basadas en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y perma-

nente entre dos personas -del mismo o diferente sexto- que comparten un proyecto de vida común (art. 509).

Para reconocerles los efectos jurídicos que se prevén en el Título, se les exige, mayoría de edad (no cabría aquí la dispensa judicial para menores de edad como en el matrimonio), ausencia de impedimentos de parentesco (similares a los del matrimonio) y ligamen, no tener registrada otro unión, y un mínimo de convivencia de dos años (art. 510).

Se establece la posibilidad de registración en el "Registro de uniones convivenciales" de la existencia y fin de la unión, en principio al único efecto probatorio sin aclarar bajo qué forma. Otras disposiciones asignan otros efectos a la registración. A falta de registración se admite cualquier medio de prueba (arts. 511-512).

Se permite a los integrantes de la unión regular distintos aspectos de la convivencia mediante pactos, que deben ser hechos por escrito. Para su oponibilidad a terceros, estos pactos, así como sus modificaciones, rescisión y extinción, también deben inscribirse en el Registro de uniones convivenciales y además en el registro que corresponda a los bienes involucrados según el caso (arts. 513, 516, 517).

Hay libertad en cuanto al contenido de los pactos, inclusive para sustraerse a las normas supletorias previstas en el Título, teniendo como límite el orden público, el principio de igualdad entre los convivientes y sus derechos fundamentales, así como el plexo normativo imperativo previsto en los arts. 519 a 522 (ver punto siguiente) (arts. 513, 515).

Haya o no pacto, a las uniones convivenciales que reúnen los requisitos antes mencionados, se les aplican imperativamente las siguientes consecuencias jurídicas: a) los convivientes se deben asistencia durante la convivencia; b) los convivientes deben contribuir a los gastos domésticos de igual forma que los cónyuges; c) los convivientes son solidariamente responsables por las deudas contraídas por uno de ellos para las necesidades del hogar y manutención de los hijos; d) si la unión ha sido inscripta, la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas por uno de los convivientes sin la conformidad del otro, después de la inscripción de la unión, y no puede disponerse de ella ni de los muebles indispensables sin la conformidad del no titular. Se advierte acá cómo la registración de la unión no es solo con fines probatorios (arts. 519 a 522 y 513).

No habiendo pacto, o existiendo éste, salvo disposición en contrario o en lo no previsto, rigen con carácter supletorio, las siguientes reglas: a) durante la convivencia cada conviviente tiene la libre administración y

disposición de los bienes de su titularidad, salvo lo previsto respecto de la vivienda familiar; b) al cese de la convivencia los bienes permanecen en el patrimonio de su titular sin perjuicio de la aplicación de los principios relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas u otros que puedan corresponder; con las limitaciones que seguidamente mencionamos (arts. 518, 528).

Ante el cese de la convivencia, -salvo por causa de muerte-: a) el conviviente que sufra un desequilibrio económico con causa en la ruptura de la convivencia tiene derecho a una compensación económica que será fijada judicialmente según una serie de parámetros señalados de modo indicativo; b) el conviviente que tenga su cargo hijos menores de edad o con capacidad restringida o discapacidad, o, tuviera extrema necesidad y la imposibilidad de satisfacerla, tendrá preferencia en la atribución del uso de la vivienda familiar, por un plazo máximo de dos años, con posibilidad de compensación a favor del otro conviviente, o la limitación en cuanto a su enajenación o división, según el caso (arts. 524, 525, 526).

Ante el cese de la convivencia por causa de muerte, el supérstite que carezca de vivienda propia habitable o de la posibilidad de acceder a ella, puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años, sobre el inmueble de titularidad exclusiva del causante que hubiera constituido el último hogar de la familia. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante y cesa ante la constitución de una nueva unión o matrimonio del beneficiario (art. 527).

Se establecen las causas del cese de la convivencia, similares a las de la extinción del matrimonio, con algunas particularidades como el cese de la convivencia por más de un año, salvo que sea por razones laborales o similares (art. 523).

Además de estos efectos que hemos enunciado precedentemente, reservados sólo para las uniones que reúnen los requisitos del artículo 510; a lo largo del articulado, el proyecto incorpora la figura del conviviente en una equiparación prácticamente plena con el cónyuge, en diversos institutos. Por ejemplo: la posibilidad de adoptar en forma conjunta ambos convivientes (art. 602) o en forma unipersonal (art. 603); la posibilidad del conviviente de ser beneficiario en la afectación de la vivienda familiar al régimen de protección y de su consideración para autorizar la desafectación y disposición del inmueble así afectado (arts. 246, 250); la legitimación activa para reclamar daños no patrimoniales ante la muerte o grave discapacidad del conviviente (art. 1741); legitimación para expresar el consentimiento informado si el conviviente no

está en condiciones de expresarlo (art. 59); la inclusión dentro de la enumeración de las personas respecto de las cuales el oficial público se encuentra impedido de actuar en el instrumento público bajo pena de nulidad (art. 291). En todos estos supuestos, coincidimos con la opinión de María V. Pellegrini[54] de que no es necesario que se trate de una unión convivencial de dos años pues cuando el proyecto se refiere a los otros efectos propios de las uniones, aclara todo el tiempo que se refiere a las uniones de "este Título", en alusión al Título 3 antes referenciado.

4.b.2. Apreciación valorativa

Aplaudimos la incorporación en el proyecto de la regulación normativa de las uniones convivenciales, tan largamente propiciada y que consideramos indispensable a estas alturas de los hechos y las circunstancias, como así también el régimen de regulación adoptado, sin equiparación con el matrimonio.

Sin embargo, y sin pretender con esto hacer una exhaustivo análisis crítico del proyecto en este tema, nos permitimos puntualizar algunas observaciones que entendemos deben surgir como propuesta en este trabajo y tener así la posibilidad de ser enunciadas como conclusiones en el evento que nos convoca, en aras de mejorar la eficacia de las normas proyectadas.

De conformidad con las normas proyectadas, resulta que habría distintas clases de uniones convivenciales: a) registradas con pacto de convivencia registrado (a las que se les aplicarían todos los efectos previstos en el título, salvo lo previsto en forma distinta en el pacto); b) registradas con pacto de convivencia no registrado (que tendrían todos los efectos salvo lo previsto en forma distinta en el pacto, pero el pacto sería inoponible a terceros aunque oponible entre los convivientes); c) registradas sin pacto de convivencia (tendrían todos los efectos previstos en el título); d) no registradas con pacto de convivencia no registrado (tendrían los efectos previstos en el título no modificados por el pacto salvo la protección de la vivienda familiar, y aquellos efectos que en el resto del articulado exigen que la unión este inscripta, y el pacto solo sería oponible entre los convivientes); e) no registradas sin pacto de convivencia (ídem situación anterior, y se aplicarían las normas supletorias

[54] PELLEGRINI, María V. "Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil", JA número especial, "El derecho de familia en el Anteproyecto de Codigo Civil", año 2012, pág. 7.

del título). A esta variedad habría que sumar además, la alternativas de extinciones de la convivencia inscriptas y no inscriptas (a las que la norma proyectada asigna efectos de oponibilidad o no frente a terceros), y las modificaciones y rescisiones de los pactos inscriptas y no inscriptas. Como se advierte, tal complejidad está muy lejos de lo que una regulación para situaciones fácticas, de personas que en principio han querido mantenerse fuera de ciertas formalidades, debería ser. Además, privar a estas uniones de efectos tan importantes como la protección de la vivienda familiar, solo por no estar inscriptas, nos parece sí violatorio de los principios de raigambre constitucional a los que el proyecto dice responder, como el de no discriminación. Por lo tanto, creemos que esto debe ser revisado en el proyecto, y reemplazado por un sistema mas claro y sencillo, en el que, si la inscripción de la unión es optativa y solo con fines probatorios -como parecería del enunciado inicial-, así se mantenga en el resto de la regulación, tanto en ese título como en todo el proyecto cada vez que se trate de ellas, asignando los efectos previstos como piso mínimo de protección, estén o no inscriptas. Sí debiera preverse la inscripción de aquellos efectos patrimoniales que necesitan oponerse a terceros, tales como las restricciones de disponibilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar. Los pactos debieran ser hechos por escritura pública a fin de contar con matricidad y fecha cierta -además del asesoramiento que implicará adoptar esta forma-, y sólo tener vocación registral en los registros de los bienes que correspondan cuando ello fuere necesario.

La norma proyectada habla de inscripción en un Registro de Uniones Convivenciales, que al día de hoy obviamente no existe en el país. No está previsto en esta parte del articulado ni en ninguna otra, la creación de este registro, ni mucho menos en qué orbita del Estado funcionaría (dentro del poder ejecutivo y en forma independiente, o dentro del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas con multiplicidad de seccionales en todo el país, o dentro del Registro de la Propiedad Inmueble, también organizado en forma dividida en cada jurisdicción provincial de la República). Tampoco esta previsto, en consecuencia, cuál sería el sistema de publicidad de estas inscripciones (por ejemplo, certificado similar al que se emplea en el Registro Inmobiliario). Todas estas cuestiones deberán estar resueltas si el proyecto se convierte en ley, pues de lo contrario las previsiones legales serán de muy difícil cumplimiento y terminarán por caer en desuetudo.

Dentro del plexo normativo de carácter imperativo, creemos que debe contemplarse también el derecho a alimentos, que es el correlato del

deber de asistencia y contribución a las cargas del hogar, tanto durante la convivencia, como al producirse el cese de la misma, en los mismos términos en que se prevé para el matrimonio.

Debe reconocerse vocación hereditaria al conviviente supérstite, como heredero no legitimario, en orden preferente a los parientes colaterales. Ello en virtud de que resulta sumamente inequitativo en situaciones que indudablemente no son excepcionales sino frecuentes, cuando a la muerte de uno de los integrantes de la unión, el sobreviviente –que integró esta unión durante toda una vida, dando asistencia y aportando al sostenimiento del hogar y de los integrantes de esa familia, y que como ocurre en la mayoría de los casos, seguramente asistió al fallecido en los momentos de enfermedad y lo acompañó en su muerte-, no tenga derecho alguno y sea desplazado, en el caso de no haber herederos forzosos, por parientes colaterales que tal vez nunca tuvieron contacto con el fallecido o peor aun, por el Fisco.

4.c. Mientras tanto

No teniendo aún en claro a la fecha, cuál será la suerte de este proyecto, debemos insistir en que las uniones de hecho, constituyen una realidad, un comportamiento social que ha demostrado permanencia en el tiempo y entidad demográfica, cuya normativa actual es escasa e inorgánica, y por tanto incompleta, dejando fuera del amparo legal situaciones que merecen y exigen protección, so pena de incurrir en una manifiesta violación de los mandatos constitucionales y el derecho supranacional que integran los tratados de derechos humanos.

En consecuencia propiciamos que en caso de no sancionarse el proyecto de código civil y comercial actualmente en consideración, se dicte una ley especial que contemple aquellos efectos considerados esenciales y de mínima, y que refieren a: deber de asistencia recíproca, derecho a alimentos durante la convivencia y a su cese en caso de necesidad, deber de contribución al sostenimiento del hogar y manutención de los hijos, solidaridad frente a terceros por las deudas contraídas para el sostenimiento del hogar conyugal y los hijos, protección de la vivienda familiar, atribución preferencial del uso de la vivienda familiar al cese de la convivencia a favor de quien tenga a su cuidado los hijos menores o con discapacidad, derecho de habitación para el conviviente supérstite en caso de fallecimiento.

Mientras ello ocurra, nos queda como notarios, cumplir con nuestro deber de asesoramiento, respecto del estado actual de la legislación y

jurisprudencia, a quienes han optado por este modo de unión, tratando de aconsejar sobre las alternativas que mejor puedan proteger sus derechos y expectativas, tales como: adquisición de bienes en condominio o constancia expresa de aportes de dinero o bienes en la adquisición o mejora de bienes a nombre de uno solo de los convivientes, otorgamiento de testamento en la porción disponible, e incluso el otorgamiento de pactos que regulen aspectos patrimoniales varios, y hasta el derecho a alimentos, los cuales si bien no están previstos hoy en nuestro ordenamiento, tampoco están prohibidos, y en tanto no transgredan el orden público, la moral y buenas costumbres, serán plenamente eficaces y ejecutables.

Conclusiones. Ponencia

Las uniones de hecho, mas allá de cual sea su causa, son una realidad innegable inserta en la sociedad argentina desde hace mucho tiempo, que a pesar de haber sido objeto de una mirada disvaliosa por parte -entre otros-, del legislador que intentó desalentarla de distintas maneras, constituye en comportamiento social, una forma de ser familiar, que ha ido en aumento y es una conducta constante, instalada en nuestras costumbres, por lo que merece tanta atención por parte del Estado como aquella que se funda en un matrimonio.

No adherimos a la postura fundada en el respeto absoluto por la autonomía de la voluntad que considera que no debe dictarse ninguna normativa orgánica respecto de las uniones de hecho, dejando que sea la jurisprudencia la que resuelva las cuestiones que se presenten ante el conflicto, porque tal actitud descuida los valores de solidaridad y responsabilidad familiar que deben ser considerados, y de los que el Estado también es guardador por expreso mandato constitucional; y porque en un sistema de derecho escrito como el nuestro, ello comporta una desatención del valor "seguridad jurídica" que exige contar con reglas generales claras y estables, con la fuerza obligatoria y coercitiva que importa la ley, y no quedar librados a los vaivenes de las interpretaciones jurisprudenciales.

La regulación que se dicte no puede equiparar las uniones de hecho con el matrimonio pues no son figuras idénticas. El principio de igualdad ante la ley y no discriminación no se vulnera por darles un trato legal diferente -siempre que éste se funde en criterios razonables y no arbitrarios-, aunque algunos aspectos tengan una regulación prácticamente idéntica, pues hay apariencia de matrimonio y por tanto habrá efectos similares.

Proponemos por lo tanto que se regulen estas conductas, mediante una normativa que por un lado, respete la autonomía de la libertad de los integrantes de esa unión que han elegido no ingresar al régimen matrimonial; y por el otro, resguarde la protección que el Estado debe al núcleo familiar así formado -aun cuando no haya descendencia común-, consagrando los principios de solidaridad y responsabilidad familiar, mediante un mínimo de disposiciones imperativas, haya pactos de convivencia o no.

En relación al Proyecto de Código Civil y Comercial Decreto 191/2011.

Dado el sistema complejo diseñado a partir de la posibilidad de registración de las uniones y de los pactos, así como de sus modificaciones y extinciones, con diferentes variantes de efectos, proponemos que esto sea revisado en el proyecto, y reemplazado por un sistema mas claro y sencillo, en el que, la inscripción de la unión sea optativa y solo con fines probatorios, y así se mantenga en el resto de la regulación, tanto en ese título como en las demás normas del proyecto, asignando los efectos previstos como piso mínimo de protección, estén o no inscriptas.

Debe preverse la inscripción obligatoria solamente de aquellos efectos patrimoniales que necesitan oponerse a terceros, tales como las restricciones de disponibilidad y ejecutabilidad de la vivienda familiar.

Resultaría conveniente que los pactos deban ser hechos por escritura pública a fin de contar con matricidad y fecha cierta -además del asesoramiento que implica adoptar esta forma-, y solo tener vocación registral en los registros de los bienes que correspondan cuando ello fuere necesario.

Debe establecerse con claridad cuáles serán los Registros de Uniones Convivenciales, cómo y donde funcionaran, y fundamentalmente cuál será el sistema de publicidad de los mismos, que permita de forma ágil, sencilla y segura conocer de la existencia de estas uniones.

Dentro del plexo normativo de carácter imperativo, creemos que debe incluirse también el derecho a alimentos, que es el correlato del deber de asistencia y contribución a las cargas del hogar, tanto durante la convivencia, como al producirse el cese de la misma, en los mismos términos y condiciones en que se prevén para el matrimonio.

Consideramos que por un principio de equidad, debería reconocerse vocación hereditaria al conviviente supérstite, como heredero no legitimario, en orden preferente a los parientes colaterales.

De lege ferenda:

En caso de no sancionarse el proyecto de código civil y comercial actualmente en consideración, proponemos que se dicte una ley especial que contemple aquellos efectos considerados esenciales y de mínima, y que refieren a: el deber de asistencia recíproca, el derecho a alimentos durante la convivencia y a su cese en caso de necesidad, el deber de contribución al sostenimiento del hogar y manutención de los hijos, la solidaridad frente a terceros por las deudas contraídas por gastos del hogar, la protección de la vivienda familiar, la atribución preferencial del uso de la vivienda familiar al cese de la convivencia a favor de quien tenga a su cuidado los hijos menores o con discapacidad, y el derecho de habitación para el conviviente supérstite en caso de fallecimiento.

De lege lata:

Mientras ello ocurra, como notarios, debemos cumplir con nuestro deber de asesoramiento a quienes han optado por este modo de unión, respecto del estado actual de la legislación y jurisprudencia, tratando de aconsejar sobre las alternativas que mejor puedan proteger sus derechos y expectativas.

Entre esas alternativas creemos que es factible el otorgamiento en sede notarial de pactos que regulen aspectos patrimoniales varios, inclusive el derecho a alimentos, ya que si bien no están previstos hoy en nuestro ordenamiento, tampoco están prohibidos, y en tanto no transgredan el orden público, la moral y buenas costumbres, serán plenamente eficaces y ejecutables.

Bibliografía

AFTALIÓN, Enrique y otros. "Introducción al derecho", Coop. de Derecho y Ciencias Sociales, 11ª Ed.

AZPIRI, Jorge O, "Uniones de hecho", Ed. Hammurabi, 2ª edición.

BASSET, Ursula C. "Familia. Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos", LL, 2009.

BELLUSCIO, Augusto César. "Manual de Derecho de Familia", Ed. Depalma, Bs.As., 1983.

BORDA, Guillermo. "Tratado de Derecho Civil-Familia", Abeledo Perrot, Bs.As., 1973.

BOSSERT, Gustavo A. "Régimen jurídico del concubinato", Ed. Astrea, Bs.As., 2006.

CIURO CALDANI, Miguel A. "Bases para la armonización del derecho de familia en el Mercosur", en "Hacia una armonización del derecho de familia en el Mercosur y Países Asociados", Cecilia Grosman (Directora)-Marisa Herrera (Coordinadora), LexisNexis, Bs.As., 2007.

DÍAZ DE GUIJARRO, Enrique. "La convivencia como nueva expresión jurídica del concubinato, frente al concepto de matrimonio aparente", JA-1991-III, pág. 723.

FAMÁ, María Victoria. "Convivencias de pareja y protección de la vivienda familiar: la aplicación analógica del artículo 1277 del Código Civil", LL, t. 2006-I.

GROSMAN, Cecilia. "¿Debe regularse a la convivencias de pareja?", JA 80° Aniversario 1998-240.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. "Decisiones judiciales de la última década concernientes a algunos efectos patrimoniales entre convivientes de hecho heterosexuales", en "Relaciones patrimoniales en el matrimonio y en la convivencia de pareja", Krsanow, Adriana-Directora, Ed. "Nuevo Enfoque Jurídico".

MÉNDEZ COSTA, Mª Josefa. "La exclusión hereditaria conyugal", Rubinzal Culzoni, 2ª edición.

MOLINARIO, Alberto. "Concubinato y adopción", LL, 1978-A.

PELLEGRINI, María V. "Las uniones convivenciales en el Anteproyecto de Código Civil", JA número especial, "El derecho de familia en el Anteproyecto de Código Civil", año 2012.

RIVERA, Julio César (Director)-MEDINA,Graciela (Coordinadora), "Comentarios al Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012", Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., septiembre de 2012.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Tema I: "Reflexiones del Notariado sobre el Derecho de Familia y Sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales".

TEMA: PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA
Escribana Marta R. Piazza

I. Introducción

Dentro de los temas propuestos para su estudio en ocasión del **XXVII Congreso Internacional del Notariado**, a celebrarse en Lima, Perú del 10 al 12 de octubre de 2013 se encuentra las reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales, que nos obliga a su estudio, no sólo desde la óptica del Derecho notarial y sucesorio en sí mismo, sino del derecho privado todo. Con un criterio permeable a las ideas y a los problemas actuales, que merecen un minucioso análisis, enriquecido además con el que corresponde al ámbito jurisdiccional y legislativo.

Abordaremos su análisis a la luz de la doctrina autoral y judicial desde una óptica notarial, tomando en cuenta su dimensión científica y su gravitación práctica.

Que en esa línea del pensamiento, esta convocatoria constituye una oportunidad para indagar algunas de las cuestiones vinculadas con el carácter irrenunciable e inviolable de la legítima, la protección de la misma y las acciones correspondientes. Como se apunta en las pautas de trabajo de la Coordinadora Nacional Notaria María Cristina Palacios, se tiene en consideración la "probable inminencia de la reforma del derecho privado en la Argentina, con verdaderos cambios de paradigmas particularmente en las materias que abarca este Tema I del Congreso".

Debemos advertir que el Proyecto de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código Comercial de la República Argentina, de la Comisión de Reforma designada por decreto del Poder Ejecutivo de la Nación 191/2001 -integrado por los Dres. Aída Kemelmajer de Carlucci, Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti- se ajusta al actual modelo de familia y sigue los lineamientos del código civil en el tema que nos convoca. La reformas propuestas en materia de sucesiones, "no significa una total ruptura con lo anterior sino el propósito de

su perfeccionamiento y de la adecuación de las instituciones del derecho sucesorio a la realidad del mundo jurídico actual."[1]

El tratamiento de la legítima en el Proyecto de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código Comercial, dentro del marco referido será exhaustivo, sin detenernos en la comparación con anteriores proyectos.

Dentro del espectro de los operadores del Derecho, el Notario a consecuencia de su ejercicio funcional alitigioso y preventivo, es quién queda vinculado con la aplicación inmediata de la ley nueva, desde el mismo día que entra en vigencia. "Este entrenamiento en las aplicaciones inmediatas, ha permitido que el cuerpo notarial pueda advertir, preventivamente, si existen inconvenientes en la concreción técnica"[2]. Sin hesitación podemos afirmar que además de ser un intérprete a priori de la ley, incluso llega a tener una función creadora del Derecho.

Previo al análisis de los distintos núcleos temáticos, es conveniente apuntar que el derecho proyectado facilita la autonomía de la voluntad, la libertad del testador y la facultad de disponer por actos entre vivos de una mayor porción de bienes, a favor de cualquier persona heredero o no. Además importantes reformas se plantean en materia de la legítima, en cuanto la porción legítima de los herederos legitimarios y las reglas para el cálculo de la masa partible.

Sin embargo, debemos señalar que en comparación con el derecho de familia, en el Proyecto el derecho sucesorio ha recibido muy pocas reformas: "que exige una modificación profunda e integral que permita adecuar sus instituciones a los nuevos paradigmas familiares".[3]

Consecuentemente, parece conveniente en esta introducción algunas consideraciones previas sobre la sistemática a seguir en el desarrollo de éste aporte. Se divide en dos partes: en la primera el abordaje de las modificaciones que propone el Proyecto de reforma, actualización y unificación del Código Civil y del Código Comercial. En la segunda parte la protección de la legítima en el derecho vigente. Se intentará establecer

---

1 BELLUSCIO, Augusto C. "Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones" Publicado en SJA 2012/08/15-3, JA 2012-III-1292.

2 Ponencia de la Academia Nacional del Notariado, a los Sres. Miembros de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación

3 HERNANDEZ Lidia B. y UGARTE Luis A. "Algunas propuestas para la reforma del derecho sucesorio", Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 52, pág. 268, noviembre 2011.

algunas pautas críticas y brindar una configuración esquemática, concisa, con el fin de que sirva de aporte para estudios posteriores, sin dejar de lado la profundidad de las reflexiones conjuntas que las dote de utilidad, donde cada cuestión es relevante y tiene gran riqueza de contenidos.

II. La protección de la legítima el proyecto de reforma, actualización y unificación del código civil y comercial de la nación.

II.1. El carácter de la legítima en el proyecto de código civil y comercial.

II.1.1. La inviolabilidad de la legítima en el proyecto.

El Proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial, mantiene el sistema de legítima rígida, fundado objetivamente en el vínculo de parentesco y conyugalidad, y el carácter de inviolabilidad de la protección de la porción legítima, tanto desde la faceta del accionar del causante, cuanto al aspecto de quién habrá de ser el legitimario en una sucesión aún no diferida.

Prevé el art. 2447 del proyecto que "Protección: El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas".

La prohibición del causante de no poder someter la legítima a condición alguna, es igual al sistema vigente del Código Civil, además esta norma también está limitada por el derecho del causante de imponer la indivisión de la herencia a sus herederos legitimarios o legítimos por un plazo no mayor de diez años. En el supuesto de haber herederos menores de edad, hasta que ellos alcancen la mayoría de edad.[4] Ahora bien, si el testador quiebra esa prohibición, las condiciones se tienen por no escritas.

II.1.2. LA IRRENUNCIABLIDAD DE LA LEGÍTIMA EN EL PROYECTO

También mantiene el carácter de irrenunciable de la legítima, así el art 2449 del proyecto establece que "Irrenunciabilidad. Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión, aún no abierta".

[4] La reforma proyectada establece que el causante puede disponer la indivisión total o parcial de los bienes, sustrayéndolos de la partición. Puede recaer sobre un bien determinado o sobre un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituya una unidad económica. Además introduce expresamente la posibilidad que se imponga la indivisión sobre partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad con la condición que sea el socio principal o accionista.

El proyecto mantiene la regulación de la legítima rígida y también el carácter de irrenunciabilidad, por tal motivo "resulta imprescindible brindar a los legitimarios una protección legal adecuada para asegurarles, por una parte, que su contenido responda a una especial significación respecto de los bienes del causante y, por otro lado, se regulen los medios legales idóneos para protegerlo ante su posible violación"[5].

Si bien suprime en éste título la referencia a los pactos sobre herencias futuras previstas en el actual art. 3599 del C.C., el Proyecto establece una norma específica en la parte relacionada con los contratos.

Tal como resulta de la primera parte del art. 1010 del Proyecto que dispone: "Herencia Futura. La herencia futura no puede ser objeto de contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa".[6]

II.2. La porción disponible en el proyecto de unificación del código civil y comercial.

II.2.1. Las cuotas de la legítima en el proyecto.

Con este parámetro y para responder a la necesidad de una modernización legislativa[7] consideramos acertada la reducción de las alícuotas de los herederos legitimarios, dispuesta por el Proyecto de unificación mencionado[8], que establece en el art. 2445 primera parte, que la *por-*

---

5 AZPIRI, Jorge. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil" Publicado en SJA 2012/08-77; JA 2012-III-1393.

6 En la presentación de índole académica del Proyecto que hiciera el Presidente de la Comisión de Reforma Dr. Ricardo R. Lorenzetti, precisa: "Se mantiene la regla que veda los contratos sobre herencia futura aunque se contempla, conforme a la dinámica actual, la posibilidad de pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresaria o a la prevención o solución de conflictos, siempre y cuando, obviamente, no afecten la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros (art. 1010)".

7 Además en la presentación del Dr. Ricardo R. Lorenzetti referida en el punto anterior, informa que: "El Proyecto clarifica y mejora aspectos que habían suscitado dudas y controversias. Además, introduce cambios significativos como la modificación de las porciones legítimas (art. 2445)".

8 En discrepancia con las consideraciones a favor acerca de la reducción de la legítima, sostiene BELLUSCIO, Augusto C. Obra citada: "Con el discutible criterio de

ción legítima de los descendientes es de DOS TERCIOS (2/3), la de los ascendientes de UN MEDIO (1/2) y la del cónyuge de UN MEDIO (1/2).

Coincidimos con la posición doctrinaria que propone, que el caudal hereditario de los ascendientes, cuando la sucesión tiene lugar a favor de los descendientes, se divida en tres partes: una que corresponde a la porción disponible, una parte a la legítima propiamente dicha a favor de sus descendientes y la otra tercer parte para mejorar a los descendientes.[9]

La disminución de las cuotas de la legítima establecidas en el código civil, ello no obsta de postular: "la incorporación de la mejora del derecho español, ordenamiento en el que básicamente se asigna un tercio para la libre disposición, otro de mejora en beneficio de los sucesores legitimarios y el tercio restante corresponderá a la porción intangible.[10]

II.2.2. El cálculo de la legítima en el proyecto.

Una cuestión importante es determinar cómo se debe fijar el valor de los bienes, o sea la forma de valuar los bienes para el cálculo de la legítima.

Seguidamente en el párrafo segundo del referido art. 2445, del proyecto se dispone: "Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados computables para cada legitimario…".

Existe un valor al tiempo que el donante otorga la escritura de donación a favor de un heredero legitimario, y un estado del bien sea material o jurídico. Los bienes donados pueden sufrir cambios posteriormente, además pueden modificar su valor por la situación económica nacional e internacional, por su ubicación, etc., al tiempo de la apertura de la sucesión, aunque el heredero hubiera transmitido el dominio a título oneroso o gratuito. Y podemos tener además otro valor al tiempo de la apertura de la sucesión y otro al tiempo de la partición.

---

que las porciones legítimas del Código de Vélez son excesivas, pero en sintonía otras legislaciones, la de los descendientes se reducen de cuatro quintos a dos tercios y la de los ascendientes, de dos tercios a un medio (art. 2445)".

9 Conforme las Jornadas de derecho civil – Familia y sucesiones en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa. Publicado en: Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y Jornadas de los últimos treinta años. Universidad Notarial Argentina, Bs. As.1991, pág. 303.

10 HERNANDEZ Lidia B. y UGARTE Luis A. "Algunas propuestas para la reforma del derecho sucesorio". Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 52, noviembre 2011, pág. 244.

El segundo párrafo in fine, del art. 2445 nos brinda la respuesta que el valor líquido de la herencia, más el de los bienes donados es *"a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación".* Consideramos que la norma brinda en este artículo dos pautas claras, que el valor de los bienes donados es de acuerdo al valor del bien en época de la partición, según el estado físico y jurídico del bien al momento de la donación, "siendo indiferente los cambios en él acaecidos ulteriormente.[11]

La fecha de la donación puede ser próxima o lejana a la fecha de la partición, pero independientemente del tiempo transcurrido los frutos y productos de los bienes no deben colacionarse, ni los donatarios, ni los herederos deben a sus coherederos interés alguno. La doctrina y la jurisprudencia de nuestro país, de acuerdo a las normas actuales del código civil, así lo ha decidido: "que lo herederos no deben intereses y los frutos de las cosas sujetas a colación, porque lo que esta institución se propone es mantener la igualdad de los herederos, pero no recaer sobre las rentas".[12] Consideramos conveniente su inclusión en el proyecto.

II.2.3. El cómputo de la porción legítima en el proyecto.

Para calcular el neto de la legítima se suman al haber líquido, las donaciones que hubiera efectuado el causante. La cuestión es resolver que donaciones se tienen en cuenta, de acuerdo a la fecha de la donación, con relación al nacimiento del herederos o del ascendiente a quién representa o a la celebración del matrimonio.

La última parte del art. 2445 del proyecto[13], establece expresamente, para el cómputo de la porción de cada descendiente, son donaciones colacionables o reducibles las siguientes:

- Las efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento, o
- Anteriores al nacimiento del ascendiente a quién representa, o
- Las hechas después del matrimonio.

---

[11] AMARANTE Antonio Armando. "Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial". Publicado en DF y P 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

[12] LÓPEZ DEL CARRIL Julio J. Derecho de las sucesiones. DEPALMA. Bs. As. 1991, pág. 143.

[13] Art. 2445, párrafo tercero: "Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los TRESCIENTOS (300) días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quién representa y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio".

Consideramos conveniente el plazo fijado para el nacimiento del descendiente, porque no puede considerarse las donaciones efectuadas antes de que fuera concebido el heredero[14] y también el plazo respecto del ascendiente a quién representa.

Con relación a las donaciones al cónyuge debemos tener en cuenta que se encuentran permitidas en los regímenes patrimoniales del matrimonio, propuestos en el Proyecto.

II.3. La mejora en el proyecto de unificación del código civil y comercial.

Para otorgar una mejora no exige la necesidad de establecerla o sea de dispensar al heredero de colacionar, a través exclusivamente de un testamento válido. Se prevé en el 2385 del proyecto que la dispensa de colación o cláusula de mejora expresa puede ser por testamento y además en el acto de la donación, así resuelve "la cuestión actual en que la mayoría entendía que por el art. 3484 C.C. la dispensa o mejora se debe acordar solo en testamento, en cambio para la minoritaria, aplicando el art. 1805 C.C. sería admisible en la donación".[15]

II.3.1. La mejora a favor del heredero con discapacidad en el proyecto

En materia de la mejora hereditaria lo más novedoso del Proyecto, sin duda es la incorporación de una mejora estricta a favor de las personas vulnerables. En la redacción propuesta en el art. 2448 además de la porción disponible, el causante puede disponer de UN TERCIO de las porciones legítimas, para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad.

La norma prevé que la mejora a favor de los descendientes con discapacidad, es de un tercio (1/3) de los dos tercios (2/3) del total. Y de los ascendientes con discapacidad, es de un tercero (1/3) de un medio (1/2) del total.

Los beneficiarios son los ascendientes o descendientes, no siendo extensivo al cónyuge, aunque también reviste la condición de heredero legitimario.

---

[14] Conforme AZPIRI, Jorge. Quién considera que la donación efectuada con anterioridad a la concepción del heredero "no podría perjudicarlo" Obra citada.

[15] LAMBER Néstor, en la ponencia presentada conjuntamente con la autora del presente: "La legítima y el proyecto de unificación del Código civil y comercial. Año 2012" en la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Agosto de 2012, Libro de Ponencias, pág. 603.

Creemos positiva la incorporación de ésta mejora, por cuanto posibilita la protección de las personas vulnerables, que además de la porción disponible del causante, también pueden ser beneficiadas con un tercio de las porciones legítimas de los coherederos.

Resulta necesario precisar que ésta mejora puede disponerla por el medio que considere más conveniente, además del testamento o la donación a favor del heredero discapacitado, puede ser incluso por un fideicomiso.[16]

El fideicomiso puede tener de acuerdo al art. 1668 del Proyecto una duración *"de no más de TREINTA (30) años desde la celebración del contrato"* excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida. Para ésta última el plazo de duración, es hasta que cese la incapacidad o hasta su muerte.

La presente norma guarda similitud con el art. 4 de la actual Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, que establece idéntico plazo para las personas incapaces, pero no incluye las personas con capacidad restringida, como en el art. 1668. Todo de acuerdo al principio de protección de las personas vulnerables, que se incorpora a través de todo el Proyecto.

El fideicomiso que "en principio será testamentario, pero no surge prohibición para un fideicomiso asistencial por acto entre vivos, en que el heredero discapacitado sea beneficiario de su administración y fideicomisario de los bienes a su conclusión. 1805 C.C. sería admisible en la donación".[17]

La norma proyectada establece las causales subjetivas que se requieren para ésta mejora estricta de carácter excepcional, a favor de las personas con discapacidad que:

- Padezcan de una alteración funcional permanente o prolongada.
- Puede ser física o mental.
- Para su apreciación se tomará en cuenta la edad y su medio social.
- Debe implicar una desventaja considerable, con su integración familiar, social, educacional o laboral.

Creemos pertinente señalar que la norma proyectada, no exige que el heredero con capacidad restringida carezca medios económicos o formas de mantenerse. Se propone resarcir las consecuencias de su alteración física o mental y favorecer su reintegración social, familiar, educacional o laboral.

---

16 Conforme AZPIRI Jorge C. Obra citada.

17 LAMBER Néstor, obra citada, pág. 603.

Consideramos conveniente establecer el destino de los bienes cuando el heredero con discapacidad supere la alteración física o mental[18], en especial teniendo en cuenta que el artículo proyectado incluye al heredero que padezca una desventaja considerable prolongada, que con el transcurso del tiempo puede ser superada y lograr su integración familiar, social, educacional o laboral.

Con el sentido de solidaridad y asistencia familiar, la protección que merecen las personas vulnerables, los principios humanitarios, la Convención Americana de los Derechos Humanos y todos los tratados que han resultado jerarquizados como ley suprema de la Nación, nos lleva a concluir que nos resulta adecuada la incorporación de ésta mejora a favor del heredero con discapacidad.

Su incorporación es ponderable y "lo más importante de esta reforma, amén de la porción, es la MEJORA prevista a modo de una legítima corta del Derecho español, pero limitada al heredero con discapacidad"[19].

II.3.2. La dispensa tácita de colación en el proyecto.

También el Proyecto sigue los lineamientos del código civil actual, con relación a los caracteres de la dispensa tácita de colación, que son enunciados en el artículo 2461, cuando por un acto entre vivos, a título oneroso el causante transmite a cualquier heredero legitimario la propiedad de los bienes, cuando la transmisión se realiza con la contraprestación de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, además el Proyecto agrega o con la reserva de uso y habitación.

Se presume "sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario".

Por lo tanto a pesar de establecer en su principio el art. en análisis que: "Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes…", existe una presunción legal de gratuidad de tales actos.

Adecuadamente la norma se refiere al causante, establece la presunción de que beneficia al legitimario que adquiere los bienes con reserva de usufructo, con renta vitalicia o con la reserva del uso y habitación, imputando automáticamente su valor a la porción disponible, sin nece-

---

[18] Conforme AZPIRI, Jorge C. Obra citada.

[19] LAMBER Rubén A. "La legítima y su protección en la reforma proyectada". LXII Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira" 28 y 29 de junio de 2012, pág. 18.

sidad de una cláusula de mejora expresa en el acto de donación o del testamento.

Tal carácter de acto a título gratuito se plasma seguidamente en la citada norma, al disponer que: "Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado".

Se considera que hay una contradicción porque si bien no admite prueba en contrario, la presunción gratuidad del acto celebrado entre el causante y el legitimario, con las referidas modalidades, seguidamente se faculta al adquirente a deducir las sumas efectivamente pagadas "En consecuencia, para ser coherente, se debe suprimir el párrafo que no admite prueba en contrario.[20]

En cuanto a que el "valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación" este párrafo del art. 2461 del Proyecto reproduce la dispuesto en el actual art. 3604 del C.C.

En el Proyecto admite en el último párrafo del art. 2461que: "Esta imputación y ésta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con alguna de las modalidades indicadas".

Por lo tanto los herederos legitimarios que prestaron su conformidad con la enajenación con las referidas modalidades, carecen de la acción para demandar la imputación del valor de los bienes a la porción disponible del causante o la colación por el excedente de la porción disponible del mismo.

Con esta conformidad los herederos renuncian a reclamar si el acto afecta su legítima; es en síntesis para el heredero una renuncia no a la herencia sino a la acción de complemento de su porción disponible.

Resulta de interés señalar que el Proyecto con ésta disposición expresa, que consagra que la transmisión puede ser onerosa o gratuita, concluye con los desencuentros de la doctrina con relación a la aplicación de la norma, entre los que consideran que la dispensa tácita de colación incluye las donaciones ostensibles, siempre que sean con esas modalidades y los que por otro lado quienes sostienen que se circunscribe a los actos a título oneroso, también con la reserva de usufructo, uso o habitación o la contraprestación de una renta vitalicia.

---

[20] FERRER FRANCISCO, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto M. "Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria". Revista de Derecho de Familia y de las Personas, octubre 2012, año IV, Nº 9, pág. 139.

Debemos destacar la conveniencia de la "consagración expresa de la posibilidad de renunciar a las acciones de protección de la legítima, en los supuestos de transmisión de bienes a alguno de los herederos legitimarios, cuando sea con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia, sin más que el consentimiento de los restantes futuros herederos".[21]

Debemos advertir que la norma proyectada mereció reiteradas objeciones:

- Al establecer presunciones cuando la transmisión es con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia.

- Que no se exija la mejora expresa, "cuando que el art. 2385 requiere "la clausula expresa en el acto de la donación o en el testamento". Es estrictamente necesario que el transmitente formule su concreta intención de mejorar".[22]

- Que el Proyecto limite las posibilidades de resguardar a los legitimarios a través de las acciones legales y "pretende mantener la legítima pero, al mismo tiempo, se le otorgan facultades para que el propietario de los bienes pueda disponer de ellos".[23]

- La prohibición del legitimario que consintió la transmisión gratuita del bien con alguna de las modalidades dispuestas en la norma, para requerir la imputación de los valores y a demandar la colación, que tal "impedimento entra en franca colisión con el carácter de orden público de la legítima y sobre el que se asienta la directriz de irrenunciabilidad de la legítima futura (2449)".[24]

- El Proyecto como se indicó, permite que todos los legitimarios consientan la enajenación del bien, sea a título oneroso o gratuito. "No hay dificultades en que los otros legitimarios consientan que se trato de un acto oneroso, pero al admitir que puede también reconocerse que se

[21] Conclusiones del Tema III: "La legítima, convenciones matrimoniales y matrimonio celebrado por instrumento notarial" Coordinador: Julio César Capparelli (Ciudad de Buenos Aires). de la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Argentina, agosto de 2012.

[22] AMARANTE, Antonio Armando. Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Publicado en DF y P 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

[23] AZPIRI, Jorge C. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil". Obra citada.

[24] AMARANTE, Antonio Armando. Obra citada.

trató de un acto realmente gratuito, ese consentimiento provocará que se encuentren impedidos de demandar".[25]

- El consentimiento de los demás herederos en las transmisiones a título oneroso o en las donaciones ostensibles con las referidas modalidades, establecido en el último párrafo de la norma analizada produce que el donatario (heredero legitimario) "se quede con todo el bien, aunque vaya más allá de su porción disponible afectando la legítima. Es más, ni se computa en la masa para determinar la legítima porque es como si jamás hubiese pertenecido al difunto".[26]

Sin embargo, consideramos que los ascendientes acuden a la donación a favor de los descendientes con las modalidades citadas, fundados en razones de requerimientos económicos en la mayoría de los casos, pero que no excluyen otras necesidades por el estado de su salud, por las demandas de compañía y atención, por la edad avanzada, en especial por la prolongación de las expectativas de vida. Que en muchos casos imposibilita a los titulares de los bienes bastarse por propios medios y solamente pueden hacerse cargo de sus necesidades alguno o algunos de los herederos.

La realidad nos demuestra que fuera del ámbito del conflicto que debe dirimirse en los estrados judiciales, se presenta la posibilidad ancestral de llegar a solucionar las dificultades familiares a través de la transmisión de un bien con la contraprestación de una renta vitalicia, o de una venta o donación con reserva de usufructo, agregando el Proyecto la reserva del uso y habitación.

Otorgada por sujetos de derecho, personas físicas, que cuentan con capacidad de hecho y de derecho y la legitimación para poder mutar sus derechos.

No obstante, como cualquier negocio jurídico y en este caso como negocio jurídico familiar, está sujeto a los alcances de los vicios del consentimiento: error, dolo, violencia, simulación o fraude. Sin embargo, consideramos que es improbable que puedan existir al tiempo de la celebración de la escritura de transmisión del dominio a título de venta o donación con las referidas modalidades.

Ello porqué la intervención del escribano público o notario y el cumplimiento de los recaudos legales, hacen improbable la existencia de

---

[25] AZPIRI, Jorge C. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil". Obra citada.

[26] FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos A y NATALE Roberto M. Obra citada, pág. 140.

daños, vicios de la voluntad y detrimentos o menoscabos. "La configuración del documento notarial o instrumento público notarial es producto de un proceso que reúne diversas reglas de forma ensambladas con las de derecho de fondo, para cristalizar en un resultado, producto de la actividad fedante del funcionario interviniente, que tiene el carácter de auténtico"[27].

II.4. Los herederos legitimarios en el proyecto de unificación del código civil y comercial

El Proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial sigue los lineamientos del Código Civil con relación a los caracteres de los herederos legitimarios, lo enuncia en el art. 2444 que afirma que los: "Legitimarios: Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge".

Si bien, son las disposiciones testamentarias y los actos a título gratuito los que pueden violar la legítima, solamente se refiere a las donaciones[28] como los únicos actos que pueden violarla, el resto del articulado del título:

El art. 2445, sobre las porciones legítimas.
El art. 2450, de la acción de entrega de la legítima.
El art. 2453, de la reducción de las donaciones.
El art. 2454, sobre los efectos de la reducción de las donaciones.
El art. 2455, sobre el perecimiento de lo donado.
El art. 2456, sobre insolvencia del donatario.
El art. 2457, de los derechos reales constituidos por el donatario.
El art. 2458, de la acción reipersecutoria y
El art. 2459 de la prescripción adquisitiva.

En lo que respecta a la concurrencia de legitimarios el Proyecto, prevé en el art. 2446 una disposición expresa en el que se establecen cuales son las bases aplicables. En el supuesto que concurran sólo descendientes o sólo ascendientes: "la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas".

[27] LAMBER Rubén Augusto. "La escritura pública", La Plata, Fundación Editora Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, 2003, Tomo II, pág. 5.

[28] Conforme AZPIRI, Jorge C. Obra citada.

Si concurre el cónyuge con descendientes, "la porción disponible se calcula según la legítima mayor", en este caso sobre DOS TERCIOS (2/3). Es decir que la legítima mayor absorbe a la menor. "Resulta adecuada la solución que brinda el art. 2446 para el caso de concurrencia de herederos de diferente legítima, pues en ese supuesto se calcula sobre la legítima mayor, resultando el primer párrafo de la norma totalmente superfluo"[29].

Si alguno de los herederos legitimarios ha recibido una donación del causante, la misma integra la masa partible, es decir que se incorpora, para imputar en la porción hereditaria del heredero legitimario que adquirió el bien a título de donación, sin dispensa de colación.

Ello está en concordancia con la normativa del art. 2385 del Proyecto en análisis, que estatuye que los descendientes y el cónyuge supérstite que "… concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento".

El Proyecto en el citado art. 2385 in fine acertadamente prevé que: "El legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario". Este párrafo consagra la "postura de facilitar la autonomía de la voluntad y la libertad del testador para disponer de sus bienes a título gratuito para después de su fallecimiento".[30]

II.5. La indignidad en el proyecto de unificación del código civil y comercial

El Proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial, deroga la desheredación como acción, establece en el art. 2281 las causas de indignidad de los herederos que tienen vocación sucesoria pero son indignos para suceder, incluyendo casos de desheredación, lo que provoca la unificación de las causales de extinción de la vocación sucesoria.

Es de advertir "que los doctores Francisco A. M. Ferrer, Marcos M. Córdoba y Roberto M. Natale "objetan la "solución" eliminatoria de la facultad de desheredar, señalando que en la reforma se sigue a la "minoritaria tendencia legislativa" agregando que debe mantenerse tal herramienta "como sanción para el heredero forzoso que ofendió gravemente al causante".[31]

---

[29] AZPIRI Jorge C. Obra citada.

[30] LAMBER Néstor .Obra citada, pág. 603.

[31] AMARANTE Antonio Armando. Obra citada.

De ésta misma perspectiva se sostuvo que: "Si se mantiene el sistema de legítima rígida, fundado objetivamente en el vínculo de parentesco y conyugalidad, deberá conservase la desheredación y ampliar las causales establecidas en la ley vigente"[32].

La postura del Dr. Augusto C. Belluscio por el contrario sostiene que "La desheredación es innecesaria, pues basta con legislar la indignidad sin que exista motivo alguno para prever causas de aquella que no lo sean de ésta".[33]

Según el art. 2281 del Proyecto: "Causas de Indignidad. Los indignos de suceder son los siguientes:

a. Los autores, cómplices o participes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causa de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena;

b. Los que hayan maltratado[34] gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria;

c. Los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal;

d. Los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de UN (1) mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a

---

32 Conclusiones del Tema III: "La legítima, convenciones matrimoniales y matrimonio celebrado por instrumento notarial" de la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Argentina, agosto de 2012.

33 BELLUSCIO, Augusto C. Obra citada. Quién advierte que: "En efecto, si el testador conoce que uno de sus eventuales legitimarios ha incurrido en indignidad, le basta con disponer de la totalidad de sus bienes a favor de otras personas, quedando al excluido la posibilidad de ejercer las acciones necesarias para el reconocimiento de su legítima, las cuales pueden ser rechazadas si se les opone la prueba de los hechos que motivan su exclusión de la herencia".

34 DI LELLA, Pedro, en la obra citada, acertadamente sostiene que el mal trato al causante aparece "sin especificarse en qué consiste. En consecuencia, habrá tribunales que considerarán esto de manera restrictiva, como que mal trato implica sólo y exclusivamente maltrato físico, y otros que consideraran que una falta grave o reiterada, o aun el destrato, o sea, no visitar el hijo al padre durante años, no llamarlo, no mantener contacto con él, podrá ser destrato, y la infinita gama de alternativas con que la realidad nos puede llegar a enfrentar".

los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice;

e. Los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo;

f. El padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su minoría de edad;

g. El padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental;

h. Los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento;

i. Los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones".

En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal.

La normativa del proyecto es análoga a la actual del Código Civil "la gran diferencia está dada por la mayor discrecionalidad que se deja en manos del juez"[35].

Es de advertir, que propone que son indignos de suceder los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la victima sea el acusador, su cónyuge o también el conviviente. Más allá de las diferencias existentes entre un matrimonio y un concubinato, desde la perspectiva del Proyecto, se incluye al conviviente en la ampliación de las causales de indignidad.

Una objeción que consideramos importante es que el Proyecto establece que puede ser demandada la exclusión del indigno después de abierta la sucesión, por quién pretende los derechos atribuidos al indigno, es decir por los que ocuparan el lugar del heredero indigno y no por el propio causante.[36]

Sin embargo consideramos que es el causante el que mejor puede justipreciar en toda su dimensión la gravedad de los actos que provocan su exclusión.[37]

---

[35] DI LELLA, Pedro. Obra citada.

[36] Conforme AZPIRI Jorge C. Obra citada.

[37] Con forme AMARANTE Antonio Armando. Obra citada.

Es de apreciar como conveniente: "La ampliación y la reformulación de las causales de indignidad"[38].

También puede oponer la indignidad como excepción el demandado por reducción, colación o petición de la herencia. Cabe además agregar que así lo establece a continuación el artículo 2283: "La acción puede ser dirigida contra los sucesores a título gratuito del indigno y contra sucesores particulares a título oneroso de mala fe. Se considera de mala fe a quién conoce la existencia de la causa de indignidad".

El perdón del causante hace cesar la indignidad, también el testamento que beneficia al indigno, posterior a los hechos, excepto que se pruebe que fueron desconocidos por el testador (art. 2282).

Caduca el derecho de excluir al heredero indigno de acuerdo al art. 2284, por el transcurso de tres años desde la apertura de la sucesión y al legatario indigno el mismo plazo desde la entrega del legado. El tramo final del mismo artículo dispone: "Sin embargo, el demandado por el indigno por reducción, colación o petición de herencia puede invocar la indignidad en todo tiempo".

El art. 2285 proyectado establece los efectos de la indignidad una vez admitida judicialmente la exclusión: el indigno debe restituir los bienes recibidos y pagar los intereses de las sumas de dinero. Además los derechos y obligaciones entre el indigno y el causante renacen, al igual que las garantías que los aseguraban.

II.- 6.- LA PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Los principales aportes del Proyecto sobre la protección de la legítima, se implementan a través: a) de la irrenunciabilidad de la porción legítima[39], de una sucesión aún no abierta (art. 2449), b) la obligación del testador de respetar las porciones legítimas establecidas (art. 2462).

Conforme lo dispone el artículo 2462, *"Las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas, establecidas en el Título anterior, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales".*

---

[38] Conclusiones de la citada XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Argentina, Agosto de 2.012.

[39] Ya analizada en el punto 2.1. del presente aporte.

"Diversos factores que jalonan la evolución del derecho sucesorio han coayuvado a reputar como valioso o disvalioso librar la transmisión hereditaria a la voluntad del testador".[40]

El proyecto admite la libertad de testar hasta la porción disponible y la mejora estricta a favor del heredero vulnerable. Todo ello es así: "porque a la primitiva libertad de testar en forma absoluta, se impuso la razonabilidad de una limitación para satisfacer las necesidades de su familia inmediata, que en definitiva había participado con el causante en la formación de su patrimonio".[41]

Si bien la legítima es de orden público, el Proyecto favorece la autonomía de la voluntad al disminuir la cuota de la legítima. Consideremos necesario que se contemple la ampliación de las excepciones a pactos de herencia futura de carácter distributivo en general y en casos específicos de carácter renunciativo y los alimentos post mortem.[42]

II.7. Las acciones en el proyecto de unificación del código civil y comercial.

Como bien se ha sostenido, el núcleo que garantiza todo el sistema de inviolabilidad de la legítima, son las acciones judiciales, que establecen los medios legales idóneos para protegerla ante la eventual violación. El Proyecto de unificación del Código Civil y del Código Comercial, legisla con más precisión, que la legislación actual[43] las acciones de entrega de la legítima, la de complemento y la de reducción (arts. 2450 a 2453).

II.7.1. La acción de entrega de la legítima en el proyecto.

La acción dispuesta a favor del heredero omitido en un testamento o sea el pretérito, cuando se ha instituido a otro como heredero, o se ha dispuesto legados ha sido mantenía en el art. 2450. Lo que se modifica es que la acción que se le concede al heredero pretérito para que se le entregue su porción legítima, es a título de heredero de cuota.

Así el art. 2450 prescribe: "Acción de entrega de la legítima. El legitimario pretérito tiene acción para que se le entregue su porción legítima,

---

40 ORLANDI Olga. "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI". Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 52. Abeledo Perrot, marzo 2012, pág. 10.

41 LAMBER Rubén A. Seminario citado, pág. 21.

42 Conforme LAMBER Néstor, obrada citada en la nota 5, pág. 595.

43 Conforme: Belluscio, Augusto C. Obra citada.

a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones".

Los efectos de la acción para el heredero pretérito, es que su acción está limitada a su porción legítima, para una posición doctrinaria "… sin posibilidad de acrecer en el caso que el heredero instituido o los legatarios no puedan o no quieran aceptar la herencia o el legado, y tampoco podrá plantear la indignidad de los beneficiarios, lo que resulta ser disvalioso, según mi parecer".[44]

Para otra posición el legitimario pretérito, reclamará su legítima en calidad de heredero universal legitimario. A pesar de haber sido omitido por el testador en su testamento, no significa que no sea heredero forzoso, que conserva su derecho de acrecer. "Quién queda en calidad de heredero de cuota es el instituido, reducido a la porción disponible. El heredero forzoso siempre conserva su calidad de tal, y su derecho de acrecer".[45]

También la acción la tiene el heredero legitimario pretérito, cuando el causante no deje bienes y haya realizado donaciones. La acción que tiene el legitimario es la de reducción, regulada en el Proyecto. "La mención está demás, y deberá suprimirse por incorrecta".[46]

II.7.2. La acción de complemento en el proyecto.

El art. 2451 del proyecto dispone la acción de complemento: "Acción de complemento. El legitimario a quién el testador le ha dejado por cualquier título, menos de su porción legítima, solo puede pedir su complemento". Pueden pedirla los herederos universales, los herederos de cuota, los legatarios y los fideicomisos.

Los herederos universales, son los instituidos sin asignación de partes, y de acuerdo al art. 2486 "… suceden al causante por partes iguales y tienen vocación a todos los bienes de la herencia a los que el testador no haya dado un destino diferente".

La citada norma tiene una redacción análoga al art. 3600 del C.C.[47] e idénticos reparos, "… porque resulta ser lo mismo peticionar que se le

---

[44] AZPERI, Jorge C. Obra citada.

[45] FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos M y NATALE Roberto M. Obra citada, pág. 137.

[46] FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos M y NATALE Roberto M. Obra citada, pág. 138.

[47] "El heredero forzoso, a quien el testador dejase por cualquier título, menos de la legítima, sólo podrá pedir su complemento".

complemente lo que se le ha dejado de menos respecto de su porción legítima y que se reduzcan las disposiciones testamentarias que la vulneren, como lo establece el art. 2452".[48]

II.7.3. La acción de reducción de las disposiciones testamentarias en el proyecto.

La acción de reducción prevista en el Proyecto, se limita al caso de reducción de la institución de herederos de cuota y de los legados que haya afectado la legítima del heredero legitimario.

En cuanto al orden de la reducción de las disposiciones testamentarias, dice el art. 2452, en la primera parte: "Reducción de las disposiciones testamentarias. A fin de recibir o completar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden".

La calidad de heredero de cuota, ha sido objeto de desencuentro entre la doctrina de los autores. El interrogante es si el heredero de cuota ¿es un sucesor universal?[49] o por el contrario, no es un sucesor un universal, que no continua la persona del causante y que no responde *ultra vires,* en síntesis es un acreedor de la herencia[50].

El proyecto pone punto final a la cuestión, dispone en la primera parte del 2488, "Herederos de cuota. Los herederos instituidos en una fracción de la herencia, no tienen vocación a todos los bienes de ésta, excepto que deba entenderse que el testador ha querido conferirles ese llamado para el supuesto de que no puedan cumplirse, por cualquier causa, las demás disposiciones testamentarias". Es decir, solamente cuando el testador establece el derecho de acrecer a favor del heredero de cuota.

Es de advertir que el proyecto suprime la figura del legatario de cuota. Que "en el derecho actual resulta superflua por no mediar incompatibilidad entre la calidad de heredero y la limitación de su derecho a una cuota de la herencia.[51]

---

48 AZPIRI, Jorge C. Obra citada.

49 Doctrina sostenida por Rébora, De Gásperi, Segovia. LOPEZ DEL CARRIL Julio J. Obra citada.

50 Seguida por Fornieles, Salvador. Estudios sobre Derecho Sucesorio. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1929.

51 BELLUSCIO Augusto. Obra citada quien considera además que el legatario de cuota: "… podría tener asidero en el derecho romano, donde la institución de heredero requería la solemnidad de designárselo como tal e implicaba la vocación al todo".

Los legados establece seguidamente el art. 2452, se reducen en el mismo orden establecido en el artículo 2358, con relación al orden para el cumplimiento de los legados, en los límites de la porción disponible, siguiente: 1º) los que tienen preferencia otorgada en el testamento. 2º) Los de cosa cierta y determinada y 3º) Los demás legados y a prorrata si hay varios legados de la misma categoría.

Con relación al orden de reducción de los legados, se observa que el proyecto incurre en un error. Consideramos que el orden de reducción debe ser inverso al del cumplimiento, ya que se reducen en primer lugar los restantes legados, luego los de cosas cierta y por último los que tengan preferencia otorgada por el testamento.

Coincidimos que de: "atenernos a la letra del art. 2452, estará en mejores condiciones un legado cualquiera que uno preferente o de cosa cierta y determinada, lo que no resulta lógico".[52]

Ii.7.4. La acción reducción de las donaciones en el proyecto.

La reducción de las donaciones inoficiosas está regulada en el art. 2453[53]. Esta normativa de base recepta que si con la reducción de las disposiciones testamentarias no se salva la legítima, se reducen las donaciones comenzando por la última, es decir en el orden inverso a la fecha en que fueron realizadas.

Como consecuencia del art. 2453 y concordantes, todo título que tenga entre sus antecedentes una donación con antigüedad inferior a diez años habrá de considerarse que puede ser resuelto sin distinguir si esa donación fue realizada a un legitimario o a un tercero. Como el Proyecto consagra la posibilidad del ejercicio de la acción reducción entre coherederos "opción que un gran sector de la doctrina civilista y la casi totalidad de la opinión notarialista consideran improcedente en el régimen del Código Civil actual"[54].

---

52 AZPIRI, Jorge C. Obra citada.

53 "Artículo 2453. Reducción de donaciones. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata".

54 Informe de la Academia Nacional del Notariado a los Señores miembros de la Comisión de reforma, actualización y unificación del Código Civil y el Código Comercial, donde se enfatiza que los títulos provenientes de donaciones a herederos

Se sostiene por otro lado, que se hacen distinciones entre la acción de complemento, la de reducción de la institución de heredero de cuota o de legados, y la de reducción de las donaciones, como si fueran distintas acciones, "cuando en rigor de verdad es la misma acción de reducción que procede en todos estos casos, siendo la acción de complemento un aspecto de la acción de reducción, que procede en todos los casos"[55].

II.7.4.1. Los efectos de la reducción de las donaciones, perecimiento de lo donado e insolvencia del donatario en el proyecto.

Si la reducción es total, el art. 2454 del proyecto dispone siguiendo los lineamientos de la doctrina vigente, si la reducción es total la donación queda resuelta. En el supuesto que la reducción es parcial y el bien es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Pero si es indivisible, el bien debe quedar para el que le corresponde la porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el respectivo valor de su derecho.

El segundo párrafo del art. 2454 dispone: "En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima".

Se trata de la recurrente posición doctrinaria actual, que ya comentamos, que sostiene que el donatario puede evitar los efectos de la reducción abonando al heredero legitimario el valor de los bienes.

Pero se plantea la cuestión que la norma proyectada incluye solamente la reducción parcial, pero que no la reducción total, en el sentido que expresa el citado artículo, que el donatario puede impedir la resolución mediante entrega de las sumas de dinero para "*completar el valor de su legítima"*.

Además desde la notificación de la demanda el donatario es deudor de los frutos y de los intereses, si efectúa la opción de entregar al legitimario las sumas de dinero necesarias para impedir la resolución de la donación.

Por otro lado, la cosa puede perecer, por culpa del donatario o sin su culpa, en forma total o parcial. La ley proyectada prevé en el art. 2455, que si perece por culpa del donatario, éste debe su valor. Si es sin culpa del donatario, el valor de lo donado no se computa para el respectivo cálculo de la legítima. Si es parcial por su culpa debe la diferencia de valor y si es total sin su culpa, el valor que se computa es el subsistente.

---

legitimarios "siempre fueron considerados perfectos para la transmisión dominial y para ser objeto de operaciones crediticias".

55 FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto M. Obra citada, pág. 138.

Pero si el bien que pereció sin culpa del donatario, pero éste percibió una indemnización no ha sido previsto en la norma, que debe computarse el importe recibido para el cálculo de la legítima. Y "esto en concordancia con lo dispuesto en materia de colación (art. 2393 del proyecto), pues no se justifican tratamientos distintos para supuestos similares".[56]

El art. 2456 determina que: "Insolvencia del donatario. En caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria a que se refiere el artículo 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior".

La reducción de las donaciones, extingue los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores.

En efecto establece el art. 2457: "Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores".

Consideramos inadecuada la solución propuesta por el proyecto, cuando el donatario fuese el legitimario, especialmente porqué "veda la posibilidad de las donaciones al hijo, práctica generosa de los padres difundida en nuestra sociedad sin acarrear serios problemas".[57]

Ii.7.4.2. La acción reipersecutoria en el proyecto.

Está prevista en el art. 2458, que expresa: "Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresar al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima".

Existe una diferencia entre la resolución de la donación por violación de le legítima de un heredero forzoso, y la nulidad dispuesta por el art. 392 que en su primera parte expresa: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso."

---

[56] FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto M. Obra citada, pág. 137.

[57] Ponencia de la Academia Nacional del Notariado a los Señores miembros de la Comisión de reforma, actualización y unificación del código civil y el código comercial, donde se advierte al efecto:"Parece obvio que nadie buscará crear títulos que la ley juzgará imperfectos, a menos por el plazo de diez años".

Es una resolución similar al art. 1051 del Código Civil[58], pero no se aplica a la acción reipersecutoria del art 2458 que "procede aun contra subadquirentes de buena fe y a título oneroso, prevaleciendo así la protección adecuada de le legítima, de acuerdo a la doctrina ampliamente mayoritaria que ya se ha pronunciado respecto a la misma cuestión suscitada por el vigente art .1051 C.C.".[59]

La acción de acuerdo a la norma en análisis, se limita a los adquirentes de bienes registrables, quedan por lo tanto excluidos los adquirentes de bienes no registrables.

Se ha sostenido que el carácter reipersecutorio de la acción de reducción, que surge en forma explícita del título del art. 2458, quedaría desnaturalizada, al:

1- Poder perseguir contra terceros adquirentes solo de bienes registrales.[60]

2- Estar facultado el donatario o subadquirente demandado, a evitar la acción reipersecutoria, abonando las sumas de dinero del perjuicio a la cuota legítima causada al legitimario.

Por lo tanto el Proyecto consagra la doctrina actual, que considera que el donatario puede detener los efectos de la reducción, mediante el pago del heredero legitimario las sumas de dinero necesarias para cubrir la legítima violada. En apoyo de ésta postura[61] entre otras consideraciones acertadamente se apela a la falta de interés en el legitimario para rechazarlo.

Otras posturas que no compartimos por el contrario sostienen que "la presente norma se aparta del medular tenor reipersecutorio de inherencia al caso, el de restitución en especie" y al no poder recibir en su patrimonio el bien objeto de la acción reipersecutoria, "violenta el derecho de propiedad del legitimario".[62]

---

58 Que es similar al actual art. 1051 del Código Civil, que dispone: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietario en virtud de un acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso, sea el acto nulo o anulable".

59 FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto. Obra citada, pág.139.

60 AZPIRI Jorge C. Obra citada.

61 LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa, quienes luego de reflexionar sobre otras posturas consideran: "las peculiaridades del caso pueden evidenciar la irrazonabilidad de rehusar el pago en dinero". Obra citada. Tomo V- B, pág. 477.

62 AMARANTE Antonio Armando. Obra citada.

II.- 7.- 4. 3 LA ACCIÓN DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EN EL PROYECTO

De acuerdo al art. 2459: "Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901".

Se consagra expresamente la posibilidad de que solo pueden ser objeto de reducción las donaciones que tengan una antigüedad menor de diez años, desde la adquisición de la posesión.

El proyecto confiere la acción con efectos reipersecutorios, y ha fijado una orientación y sentido a las disposiciones que protegen la legítima.

Si bien el título del artículo la denomina prescripción adquisitiva, se trata de una defensa que puede oponer el demandado a la acción de reducción, y no de la prescripción adquisitiva que de acuerdo al art. 1905 del Proyecto, es un proceso contencioso, que una vez "…cumplido el plazo de prescripción, se produce la adquisición del derecho real respectivo".

La remisión que realiza al artículo 1901[63] se relaciona solamente a la unión de posesiones.

Se extingue la donación solamente con relación al legitimario y no es inválida con respecto a otros. "Se está frente a un claro supuesto de inoponibilidad con relación sólo a determinadas personas, y no de invalidez, donde serán aplicables los proyectados artículo 396 y 397, y éste último prevé que "*La inoponibilidad puede hacerse valer en cualquier momento, sin perjuicio del derecho de la otra parte a oponer la prescripción o la caducidad".*[64]

Consideramos que durante el lapso desde que el donatario adquirió la posesión, hasta que transcurra el plazo de diez años, se generó un dominio revocable.[65] El dominio queda perfeccionado "transcurrido el plazo que el Proyecto nomina como "prescripción adquisitiva" y que es de carácter especial.[66]

---

[63] Art. 1901: "Unión de posesiones. El heredero continúa la posesión de su causante. El sucesor particular puede reunir su posesión a la de sus antecesores, siempre que derive inmediatamente de las otras. En la prescripción breve las posesiones unidas deben ser de buena fe y estar ligadas por un vínculo jurídico".

[64] LAMBER Néstor, en la ponencia citada, en la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Agosto de 2.012. Libro de Ponencias, pág. 606.

[65] De acuerdo al art. 1966 del Proyecto: "Facultades. El titular de dominio revocable tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción del derecho".

[66] Conforme: Conclusiones de la citada XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Argentina, agosto de 2012.

La realidad nos muestra que existen innumerables títulos en cuyos antecedentes obra una donación de padres a hijos, que como se indicó se consideran en la actualidad títulos perfectos. Lo provoca la necesidad de incluir en el Proyecto "una cláusula transitoria que contemple la posibilidad de limitar los efectos reipersecutorios de las acciones de reducción previstas en el proyecto, solo a aquellas donaciones instrumentales con posterioridad a la entrada en vigencia del código proyectado".[67]

Una posición a la que nos adherimos sostiene que "la reforma asume la necesidad de no imponer por vía de acción un superderecho a los herederos en detrimento de la sociedad en general y la seguridad en la transmisión de los bienes"[68].

Sin embargo, otra postura entiende que con el proyectado art. 2459 se desprotege la legítima, que la acción recién nace con la muerte del causante, que recién desde ese momento de convierte en heredero, y de haber transcurrido diez años desde la donación se consumó la lesión a la legítima. "Resulta claro, además que con el arbitrio proyectado se lesiona el derecho de defensa del heredero forzoso perjudicado por la donación del autor de la sucesión.[69]

Por nuestra parte sostenemos que si bien existe está última posición y posturas similares, siempre la transmisión dominio a título de donación realizada a favor de legitimarios o de terceros es un título causal válido, que se realiza dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y se relaciona con el interés general, para el equilibrio estructural de la seguridad jurídica.

Se equipara el dominio que perfeccionado una vez transcurridos los diez años, desde "la adquisición de la posesión", con el acto oneroso que el causante oportunamente hubiera podido celebrar y que el legitimario está obligado a respetar.

Además ninguno de los Notarios o Escribanos Públicos vivimos indiferentes, frente a las características sociológicas y a la dinámica del tráfico jurídico. Que en temas tan importantes como son las donaciones, la autonomía de la voluntad y la seguridad jurídica debemos bregar por la postura más racional y que el derecho proyectado tenga en cuenta las posiciones doctrinarias de todos los operadores del derecho.

---

67 Conclusiones de la citada XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Argentina, Agosto de 2012.

68 LAMBER Néstor, en la ponencia citada, en la XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Agosto de 2012. Libro de Ponencias, pág. 606.

69 FERRER Francisco, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto. Obra citada, pág.139.

El donante recurre a la donación y la misma le otorga una serie de derechos, que no tendrá si busca a través de actos legales reducir el contenido de la legítima, de eludirla con la constitución de sociedades u otros institutos jurídicos, que le permitan que una vez fallecido no ser el titular de los bienes y que por ello no integren su herencia.

Así, y a modo de conclusión, nos resta destacar, que al establecer el Proyecto que una vez transcurrido el plazo de diez años se impide el ejercicio de la acción de reducción, que el dominio que pasa a ser de revocable a perfecto, se garantiza la seguridad jurídica dinámica, dentro del contexto social por el que transita la realidad argentina.

III. LA PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA EN EL DERECHO VIGENTE[70]

III.1. El carácter irrenunciable e inviolable de la legítima, en el código civil actual

La legítima circunscribe y limita la facultad de disponer a título de donación o por testamento, a favor de los herederos legitimarios o forzosos.

Es en nuestro ordenamiento, un derecho enérgicamente consagrado en la ley "atribuido a ciertas personas unidas estrechamente al causante por su parentesco consanguíneo en línea recta o por el vínculo conyugal".[71]

Se la considera una limitación "porqué la característica de nuestra legítima es la de actuar de freno a la libertad de testar, conforme a la esencia del sistema romano".[72]

La legítima entendida como una reserva de los bienes o de una porción de la herencia a favor de los herederos legitimarios, es una limitación legal que afecta a los actos a título gratuito realizados por el causante

---

[70] El análisis de la legítima en el Código Civil actual, ha sido elaborado a partir de los trabajos de la autora, titulados "Partición de herencia por escritura pública" y "La legítima, su conservación", que obtuvo premio en el marco de la XXXVIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, realizada del 31 de agosto al 2 de septiembre de 2011. Publicados en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina, Nº 967, pág. 169 y Nº 969, pág. 911, que están basados en la presentación de la autora en los Seminarios de "Particiones", dictados en la Universidad Notarial Argentina.

[71] UGARTE Luis A. "Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario". En Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Bs. As. N° 889, pág. 80.

[72] PÉREZ LASALA José Luis – MEDINA Graciela. Acciones judiciales en el derecho sucesorio. Depalma, Bs. As., 1992, pág. 3.

que transmitió bienes a título de donación o dispuso de ellos a través de un testamento válido.

III.2. La porción disponible en el código civil actual

No podemos dejar de destacar elevado el porcentaje de la legítima de los hijos dispuesta por el art. 3593 del Código Civil "... es de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiere donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570".

Por otro lado la legítima de los ascendientes establecida por el art. 3594 del Código Civil, de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, también es elevada, "sobre todo si se tiene en cuenta que al cónyuge le corresponde solamente la mitad".[73]

Así el art. 3571, dispone "Si han quedado ascendientes y cónyuge supérstite, heredará éste la mitad de los bienes propios del causante, y también la mitad de la parte de gananciales que correspondan al fallecido. La otra mitad la recibirán los ascendientes".

III.3. La mejora en el Código Civil actual.

III.3.1. La mejora o cláusula de dispensa de colación en el código civil actual

Cuando el causante otorga una mejora a favor del heredero legitimario y no una donación entendida como un anticipo de herencia, debe dispensar al heredero de colacionar a través de un testamento válido.

Tal como resulta del art. 3484 del C. C. que expresa: *"La dispensa de colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible".*

El mismo ordenamiento establece que toda donación que efectuare el padre y/o la madre, cuando no se exprese a cuenta de que debe imputarse, se entiende que es hecha como un adelanto de la legítima sin necesidad de una manifestación expresa (art. 1805 del C.C.).

Si existen varios herederos legitimarios y uno de ellos recibió una donación, el valor de lo donado se lo imputa en su porción hereditaria, de acuerdo a lo normado por el art. 3476 del C.C.[74].

---

[73] PÉREZ LASALA José Luis – MEDINA Graciela. Obra citada, pág. 21.

[74] El art. 3476 del C.C. dispone: "Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, solo importa una anticipación de su porción hereditaria".

La colación es un derecho de carácter patrimonial, a determinado valor de los bienes, pero no un derecho a bienes determinados, tanto en las sucesiones "ab intestato" como en las testamentarias, en el supuesto que el testador confirme a sus herederos legitimarios; es un crédito del heredero contra la sucesión. Quien está obligado a colacionar es el heredero legitimario, porque así lo establece la 1° parte del art. 3477 del C.C.[75].

La colación "supone como punto de partida, que cuando una persona dona un bien a uno de sus herederos forzosos, tan solo está llevando a cabo un adelanto, sin que ello implique favorecerlo especialmente".[76]

La colación es exigible entre coherederos, de acuerdo al art. 3.478 del C. C.: *"no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión".*

Si existen varios herederos legitimarios que les correspondan porciones diferentes[77] la pauta rectora de la colación es asegurar la proporcionalidad establecida por la ley.

Iii.3.2. La dispensa tácita de colación en el código civil actual.

El ordenamiento actual dispone una dispensa tácita de colación: cuando la transmisión se realiza con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo, de acuerdo al art. 3604 del C.C.[78].

Por lo tanto es muy importante de acuerdo a la función asesora del Notario interpretar la real voluntad del transmitente y varias son las consideraciones debemos hacer:

---

[75] El art. 3477 del C.C. establece: "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa los valores dados en vida por el difunto".

[76] LÓPEZ MESA, Marcelo J. en Código Civil y Leyes complementarias. Anotado con jurisprudencia. LEXIS NEXIS, Bs. As., 2008, Tomo IV, pág. 694.

[77] Respecto a la acción de colación entablada por un hijo extramatrimonial contra el resto de los herederos y proporcionalidad que le corresponde cada uno de ellos, ver: el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, de fecha 18 de febrero de 2005, partes B. C., F. M. c. B., F. E. A, J. y otros, publicado en LA LEY 19/05/ 2005, – LA LEY 2005-C, 391.

[78] El art. 3604 del C. C. prescribe que: "Si el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, alguno de sus bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible del testador, y el excedente será traído a la masa de la sucesión. Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción legítima".

Primero: Si bien la norma se refiere al testador, la disposición comprende a las sucesiones testamentarias y "ab intestato".[79]

Segundo: Se requiere que sea la transmisión con el cargo de una renta vitalicia, o con reserva de usufructo.

Tercero: Uno de los temas más controvertidos de dilucidar es si la dispensa tácita del referido art. 3604 del C. C. se refiere a la venta de bienes que haya efectuado el causante a sus herederos forzosos, con las modalidades establecidas[80] o solamente a las donaciones, con reserva de usufructo o con el cargo de renta vitalicia.

Una posición sostiene que el art. 3604 del C. C. solamente incluye a las donaciones ostensibles, siempre sean con renta vitalicia o reserva de usufructo.[81]

Otra postura por el contrario establece que la norma se refiere a los contratos onerosos (con reserva de usufructo o con renta vitalicia); porque las donaciones a los herederos legitimarios se rigen por el derecho común de las donaciones.

La disposición del art. 3604 del C.C. "no prohíbe las trasmisiones a título oneroso entre el causante y sus herederos forzosos, por el cual el acto no resulta afectado por vicio alguno, pero debe reputárselo como una donación sujeta a colación, aunque con dispensa de ésta en cuanto no exceda la porción disponible del causante".[82]

Esta posición doctrinaria entiende que el valor de la venta se lo impute a la porción disponible del causante[83] y que el excedente integre la masa hereditaria, cuando la transmisión es con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo.

También una cuestión muy importante de analizar, se da cuando existe una donación disimulada bajo la apariencia de una venta. En este caso nos preguntamos si se requiere previamente ejercer la acción de simulación, para atacar el acto.

---

79 Conforme: LOPEZ DEL CARRIL, Julio J, obra citada, pág.143.

80 Conforme: FERRER Francisco. "Sobre aspectos de la colación, el artículo 3604 y la partición hereditaria". La Ley. D. J. 2008-II, 1672.

81 Conforme: ZANONI Eduardo .A. Derecho de sucesiones, 4ta. Edición, Editorial Astrea. 1997, citado por FERRER nota anterior.

82 LÓPEZ DEL CARRIL Julio J. Obra citada, pág. 143.

83 En igual sentido de la nota del artículo 3604 surge que muchos padres "… con el fin de eludir las leyes fijen para preferir a un hijo, contratos onerosos que no son sino donaciones disfrazadas" y continúa más adelante la nota: "Esta presunción es jure et de jure contra la cual no se admite prueba".

Una parte de la doctrina interpreta que la acción de simulación debe incoarse previamente en los supuestos que la transmisión sea a título oneroso.

Otra entiende que previamente debe interponerse la acción de simulación de una donación disimulada bajo la apariencia de un contrato oneroso, salvo que la donación sea con el cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo "pues la presunción legal establecida por el art. 3604 del Código Civil, respecto de la gratuidad de las entregas de bienes realizadas por el causante, se restringe a los supuestos taxativamente contemplados en la norma"[84].

Cuarto: Por otro lado la acción de colación en el C.C. vigente no podrá ser entablada por los herederos legitimarios que consintieron la enajenación.

Así el art. 3604 in fine del C.C., dispone que "Esta imputación y esta colación no podrán ser demandadas por los herederos forzosos que hubiesen consentido en la enajenación, y en ningún caso por los que no tengan designada por la ley una porción disponible".

Por lo tanto el heredero que reconoció la onerosidad del acto, o que exprese que recibió valores equivalentes o en compensación a lo donado, carece de la acción para demandar la acción de colación.

La conformidad debe ser expresa y puede hacerse en forma simultánea con la transmisión dominial o con posterioridad.

Para nuestro ordenamiento jurídico es válido que un heredero renuncie a la legítima que le corresponda, "la novedad del artículo estriba en que la eventual renuncia ocurre con anterioridad a la muerte del causante".[85]

Por último, no existe legitimación activa para demandar la colación en aquellos sujetos que por ley no sean herederos forzosos.

III.4. Los herederos legitimarios en el código civil actual.

Si alguno de los herederos legitimarios, también denominados herederos forzosos, ha recibido una donación del causante, el Código Civil prescribe que la misma integra la masa partible, es decir que se incorpora, para imputar en la porción hereditaria del heredero legitimario que adquirió el bien a título de donación, sin dispensa de colación.

---

84 LÓPEZ MESA Marcelo J. Obra citada, pág. 695.

85 PÉREZ LASALA José Luís. Obra citada, pág. 74.

Por lo tanto, si existen varios herederos legitimarios y uno de ellos recibió una donación, el valor de lo donado se lo imputa en su porción hereditaria[86] y quién está obligado a colacionar es el heredero legitimario.[87]

Si son varios los herederos legitimarios que les corresponden porciones diferentes, la pauta rectora de la colación es asegurar la proporcionalidad establecida por la ley. Es un derecho propio de cada heredero legitimario contra otro heredero legitimario, que puede renunciarlo o ejercerlo en la proporción que le corresponda.

Aún a riesgo de ser frondosos y para profundizar el tema, debemos consignar que la colación es un derecho de carácter patrimonial a determinado valor de los bienes, pero no un derecho a bienes determinados, tanto en las sucesiones "ab intestado" como en las testamentarias, en el supuesto que el testador confirme a sus herederos legitimarios, es un crédito del heredero contra la sucesión.

III.5. La desheredación e indignidad en el código civil actual.

La desheredación es un derecho personal para privar de su legítima a los herederos legitimarios a través de un testamento válido, que debe designar específicamente al desheredado y expresar concretamente la causa legal en que se basa.

Es un instituto destinado a privar al heredero legitimario de su porción legítima por las causas determinadas, sin privarlo de su condición de heredero.

El art. 3747 del C.C. establece las causas por las cuales pueden los ascendientes desheredar a sus descendientes[88] el art. 3748 del C.C. dispone que también puede el descendiente desheredar al ascendiente por las dos últimas causas del artículo anterior.

---

86 El art. 3476 del C.C. dispone: "Toda donación entre vivos hecha a heredero forzoso que concurre a la sucesión legítima del donante, solo importa una anticipación de su porción hereditaria".

87 Así lo establece la 1° parte del art. 3477 del C.C. "Los ascendientes y descendientes, sean unos y otros legítimos o naturales, que hubiesen aceptado la herencia con beneficio de inventario o sin él, deben reunir a la masa los valores dados en vida por el difunto".

88 "1. Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente. La simple amenaza no es bastante. 2. Si el descendiente ha atentado contra la vida del ascendiente. 3. Si el descendiente ha acusado criminalmente al ascendiente de delito que merezca la pena de cinco años de prisión o de trabajos forzados".

Las casuales de desheredación son taxativas, no se pueden por analogía incluir otras causales que las establecidas en el referido art. 3747 del C.C., "con una parquedad que raya en deficiencia".[89]

El artículo 3291 del C.C. dispone quienes son incapaces de suceder por indignos "los condenados en juicio por delito o tentativa de homicidio contra la persona de cuya sucesión se trate, o de su cónyuge, o contra sus descendientes, o como cómplice del autor directo del hecho. Esta causa de indignidad no puede ser cubierta, ni por la gracia acordada al criminal, ni por la prescripción de la pena".

III.6. La protección de la legítima en el código civil actual.

La protección de la legítima es de orden público, consagrada por el ordenamiento jurídico en primer lugar a través de distintas prohibiciones: a) de todo pacto de herencia futura (art. 1175 del C. C.), b) de aceptar o repudiar una herencia futura (art. 3311 del C. C.), c) de transar sobre derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva (art. 848 del C. C.), d) prohibición del testador de imponer algún gravamen o condición a las porciones legítimas, las que se consideraran no escritas.

III.7. Las acciones en el código civil actual.

Cuando la legítima de los herederos legitimarios ha sido afectada por legados y donaciones a terceros el Código Civil, estableció la acción de reducción[90] que provoca que se deje sin efecto el legado o se resuelva la donación, lo que posibilita traer en especie a la sucesión el bien donado para cubrir la legítima del heredero forzoso.

Si la donación excede los límites de la porción disponible es inoficiosa, podrá el donatario ser demandado por reducción de la donación en la medida del exceso de la parte que puede disponer. La reducción de la donación no significa anularla, en especial porqué la anulación tiene

[89] PÉREZ LASALA José Luis - MEDINA Graciela. Acciones judiciales en el derecho sucesorio. Obra citada, pág. 109.

[90] Existe en nuestro derecho vigente otras acciones para la protección de la legítima también, consagradas en el Código Civil: a) de complemento de la legítima. b) de preterición, c) de desheredación injusta y d) de rescisión y de reducción en la partición hecha por ascendientes.

en principio efectos retroactivos, de volver "*las cosas al mismo o igual estado que se hallaban antes del acto anulado"* de acuerdo al art. 1050 del C. C. y la reducción sólo obra para el futuro.[91]

El objeto de la acción "consiste en hacer reducir las donaciones realizadas por el causante, en aquella medida necesaria para que puedan quedar cubiertas las legítimas de los herederos legitimarios, ya sea que éstos tomen un papel activo, demandando o interponiendo la respectiva acción judicial contra los donatarios de las cosas donadas, o bien que adopten un papel pasivo, en el caso de exigírseles por éstos últimos la entrega de ellas".[92]

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de reducción corresponde a todos los herederos legitimarios, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1832 del C.C.[93]

Los herederos legitimarios son: "titulares de la acción de reducción para disminuir los legados y donaciones efectuados por el causante a los límites de la porción disponible, en defensa de la legítima".[94]

Si existen descendientes nacidos antes de la donación, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación, si existen descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción. Si todos nacieron después ninguno de ellos tendrá derecho de pedir la reducción.[95]

Para los ascendientes se toman en cuenta todas las donaciones; cuando concurren cónyuge y descendientes, para el cónyuge son las donaciones realizadas después del matrimonio.

---

91 BELLUSCIO Augusto C, con la colaboración de LAGOMARSINO Carlos A. R. en Código civil y leyes complementarias. Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C. y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo 9, Editorial Astrea, Bs. As., 2004, pág.100.

92 ZAGO Jorge A. Contratos en LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa. Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Abeledo Perrot, Buenos Aires. Tomo 4D, pág. 122.

93 El art. 1.832 establece: "La reducción de las donaciones sólo puede ser demandada. 1. Por los herederos forzosos que existían en la época de la donación; empero si existieren descendientes que tuvieren derecho a ejercer la acción, también competerá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación. 2. Si las donaciones fueren gratuitas, y no cuando fuesen remuneratorias o con cargos, salvo en la parte en que sean gratuitas". (Texto según ley 17.711).

94 LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa. Código Civil Anotado. Doctrina –Jurisprudencia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo V – B, pág. 472.

95 BELLUSCIO Augusto C, con la colaboración de LAGOMARSINO Carlos A. R. Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo 9, Editorial Astrea, Bs. As., 2004, pág.114.

En segundo lugar no puede ser ejercida por los acreedores del causante, que pueden demandar sobre todos los bienes que integra la masa hereditaria.

Por otro lado si existen actos del causante que afectaron la legítima de los herederos en razón de negocios simulados que encubren verdaderas donaciones, resultará necesario que los herederos inicien las acciones de simulación o nulidad en forma conjunta con la de reducción.[96]

La acción de reducción de una donación, disposición testamentaria o legado cuando es a favor de herederos legitimarios, uno de los temas más controvertidos es dilucidar si con la acción de reducción, se puede reducir en especie la donación.

Además el sistema del Código Civil "en esta materia, en lo que respecta a los valores, es mejor que el previsto en el sistema francés, en el cual por la acción de reducción deben devolverse los bienes".[97]

En un reciente fallo expresamente se sostiene a diferencia de la colación "la reducción es real y tal naturaleza se aprecia sobre todo cuando tiene lugar sobre donaciones declaradas inoficiosas, donde el efecto reipersecutorio es el principal"[98]. Además se deberá acumular la acción revocatoria a la acción de reducción, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 965 del C.C.[99]

La acción de reducción de una donación, disposición testamentaria o legado cuando es a favor de herederos forzosos, otro de los temas controvertidos es resolver si con la acción de reducción, se puede reducir en especie la transmisión del dominio onerosa que hiciera el heredero a un tercero.

Nuestra posición es aceptar la acción revocatoria o pauliana prevista en los art. 961 y siguientes del Código Civil, en el supuesto que exista una transmisión onerosa fraudulenta del heredero que adquirió el bien con una donación, que excede la porción legítima del causante, y lo transmitió a titulo oneroso a favor de terceros.

Por lo tanto procederá la acción de revocación si el tercer adquirente

---

96 Conforme autos "S.V., A.M. y otros c. Sucesión de H.Z. de S.V. y otros. CNC", sala M. 12 de marzo de 2008. Publicado en la Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As. N° 959, pág. 619.

97 LÓPEZ DEL CARRIL Julio J. Obra citada, pág. 187.

98 Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Corrientes, sala IV. Partes: R., N.I. en nombre y representación de su hija menor A.L.S.M. c. J.G.M. y E.M.", Publicado en L. l. Litoral 2011 (julio), 664. Cita On Line: AR/jur/6391/2011.

99 *"La revocación de los actos del deudor será sólo pronunciada en el interés de los acreedores que la hubieran pedido, y hasta el importe de sus créditos".*

a título oneroso hubiera sido cómplice en el fraude[100], por conocer que la donación violó de la legítima de los coherederos. "La doctrina moderna ha recibido definitivamente la categoría de negocio en fraude a la ley como fenómeno de negocio o acto anómalo. Pero el fraude propiamente intenta eludir o evitar no una norma cualquiera, sino una norma imperativa que prohíbe conseguir con el negocio un resultado determinado, persiguiendo un resultado análogo".[101]

Debemos considerar el supuesto que el bien donado haya sido transmitido a terceros, aún en el caso de haberse afectado la legítima de los herederos forzosos, "el tercero demandado podrá enervar los alcances de la acción real, oponiendo la prescripción adquisitiva".[102]

Cuando los bienes no han sido transmitidos a terceros, admitimos que la acción tenga por objeto que se los reintegren, excepto si "la restitución en especie causare daño y constituyere un abuso del derecho".[103]

Si los bienes han sido transmitidos a terceros de buena fe, se sostiene: "La acción de reducción es de carácter personal y carece de efectos reipersecutorios por lo que no puede ejercerse contra los terceros adquirentes, sin perjuicio de las acciones por daños y perjuicios".[104]

[100] Al respecto ya el segundo encuentro de Abogados Civilistas de Santa Fe (1988), sostuvo que: "11) La presencia de buena fe y título oneroso en la cadena de subadquirentes proveniente de un acto fraudulento, sublegítima a los adquirentes posteriores a ella (art. 970 C.C.)". Publicado en: Derecho Privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y Jornadas de los últimos treinta años. Universidad Notarial Argentina, Bs. As.1991, pág. 199.

[101] PASARELLI Santero. Derecho de familia. Tomo I, número 528, 667, citado por BIANCHIMAN Roberto G. Nota a fallo. "Fraude en perjuicio de la sociedad conyugal". La ley (t.1991-C), pág.21.

[102] AREAN Beatriz. Quién acertadamente sostiene: "Estamos entonces dentro de la hipótesis corriente de una reivindicación imprescriptible, pero expuesta a su extinción por el juego armónico de las disposiciones que regulan la usucapión" "Prescripción" En el Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Director Alberto J. Bueres. Coordinación. Elena I. Highton. Tomo 6 B, pág. 601, Editorial Hammurabi, 2001.

[103] MEDINA Graciela. "Sucesiones" en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Director Alberto J. Bueres. Coordinación. Elena I. Highton, Tomo 6 A, pág. 786, Editorial Hammurabi, 2001.

[104] MEDINA Graciela. Obra citada "Sucesiones", pág. 786.

Bibliografía

Bibliografia de la legítima en el proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la nación.

AMARANTE Antonio Armando. "Comentarios respecto de la legítima en el Proyecto de Código Civil y Comercial". Publicado en DF y P 2012 (noviembre), 01/11/2012, 165.

AZPIRI, Jorge. "La legítima en el Anteproyecto de Código Civil", publicado en SJA 2012/08-77; JA 2012-III-1393.

BELLUSCIO, Augusto C. "Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones", publicado en SJA 2012/08/15-3, JA 2012-III-1292.

CONCLUSIONES XXX Jornada Notarial Argentina, de la Provincia de Mendoza, Argentina, Agosto de 2.012. Tema III: "La legítima, convenciones matrimoniales y matrimonio celebrado por instrumento notarial" Coordinador: Julio César Capparelli (Ciudad de Buenos Aires).

CORDOBA Marcos M. "Las reformas en materia de sucesiones" en "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012". RIVERA Julio César (Director) Medina Graciela (Coordinadora) Abeldo Perrot. 2012.

DI LELLA Pedro. "De la transmisión de derechos por causa de muerte" en "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012".

FERRER FRANCISCO, CÓRDOBA Marcos M. y NATALE Roberto M. "Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria". Revista de Derecho de Familia y de las Personas, octubre 2012, Año IV, Nº 9.

GOYENA COPELLO Héctor R. "Proceso sucesorio" en "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012".

HERNANDEZ Lidia B. y UGARTE Luis A. "Algunas propuestas para la reforma del derecho sucesorio." Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Nº 52, noviembre 2011.

PONENCIA de la Academia Nacional del Notariado, a los Sres. Miembros de la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificaciones de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Presentación realizada a través de la página web habilitada a tal efecto, tal cual lo exige el reglamento respectivo.

LAMBER Néstor y Piazza Marta Rosa. "La Legítima y el proyecto de

unificación del código civil y comercial. Año 2012" en la XXX Jornada Notarial Argentina de la Provincia de Mendoza, Agosto de 2012. Libro de Ponencias.

LAMBER Rubén A. "La legítima y su protección en la reforma proyectada". LXII Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira", 28 y 29 de junio de 2012.

ORLANDI Olga. "Tendencia hacia la autonomía en el derecho sucesorio del siglo XXI". Derecho de familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia Nº 53, Abeledo Perrot, marzo 2012.

Bibliografía de la legítima en el Código Civil

ABELLA, Adriana N. "De las transmisiones dominiales mortis causa" (LA LEY 2005-F, 232), en la Jornada en homenaje al Profesor Abel Fleitas Ortiz de Rozas.

AREAN Beatriz. "Prescripción", en el "Código Civil y normas complementarias". Director Alberto J. Bueres, Coordinación Elena I. Highton, Tomo 6 B, pág. 7601, Editorial Hammurabi, 2001.

ARMELLA Cristina N., LLORENS Luis R, LAMBER Rubén A. Usufructo y Donaciones como Negocios Jurídicos Familiares, Ediciones Centro Norte, Bs. As., 1990.

BELLUSCIO, Augusto C. "La reforma del derecho de sucesiones sancionada por la Cámara de Diputados", La Ley 1994 B, 1052.

CIFUENTES, Santos en Código civil y leyes complementarias. Director Belluscio Augusto C. y Coordinador Zannoni Eduardo A. Tomo e, Editorial Astrea, Bs. As., 1982.

FERRARI CERETTI Francisco. III. "El derecho de la nuera viuda en la sucesión de los suegros", Revista del Notariado. N° 835.

FORNIELES, Salvador. Estudios sobre Derecho Sucesorio, Valerio Abeledo, Bs. As., 1929.

GUASTAVINO, Elías P. "Derecho Sucesorio de la nuera", LA LEY, 134-1343.

Jornadas de derecho civil – Familia y sucesiones en homenaje a la Dra. María Josefa Méndez Costa. En el derecho privado en la Argentina. Conclusiones de congresos y jornadas de los últimos treinta años, Universidad Notarial Argentina, 1991.

LAMBER Rubén. "Escritura de Partición por Testamento con cláusula de indivisión forzosa de Establecimiento Industrial", Seminario Laureano Moreira, Academia del Notariado, 7 y 8 de junio de 1990.

LOPEZ DEL CARRIL Julio J. Derecho de las Sucesiones, Ediciones Depalma, Bs. As., 1991.

LOPEZ MESA, Marcelo J. en Código Civil y Leyes complementarias. Anotado con jurisprudencia, LEXIS NEXIS, Bs. As., 2008, Tomo IV.

LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa. Código Civil Anotado. Doctrina -Jurisprudencia. Abeledo Perrot, Bs. As., Tomo V – B.

MAFFIA Jorge O. Tratado de las sucesiones. Actualizado por HERNANDEZ Lidia Beatriz y por UGARTE Luis Alejandro, Bs. As, Abeledo Perrot, 2010, Tomo I.

MEDINA Graciela. "Sucesiones" en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Director Alberto J. Bueres. Coordinación. Elena I. Highton. Tomo 6 A, Editorial Hammurabi.

NATALE, Roberto. "La acción de reducción". Premio Dalmacio Vélez Sarsfield. Tesis sobresalientes. Academia Nacional del Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, República Argentina, Editorial Advocatus, Córdoba, 2008.

PASARELLI Santero. Derecho de familia. Tomo I, número 528, 667, citado por BIANCHIMAN Roberto G. Nota a fallo. "Fraude en perjuicio de la sociedad conyugal". La ley (t.1991-C) pág. 21.

PÉREZ LASALA José Luis - MEDINA Graciela. Acciones judiciales en el Derecho Sucesorio. DEPALMA, Bs. As., 1992.

UGARTE Luis A. "Cálculo de la legítima hereditaria. Incidencia de un fallo plenario". Rev. del Not. N° 889.

ZAGO Jorge A. "Contratos" en LLAMBIAS Jorge Joaquín, MÉNDEZ COSTA María Josefa. Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia. Abeledo Perrot. Buenos Aires. Tomo 4D.

PONENCIA DE LA DELEGACIÓN ARGENTINA

TEMA II

**"Seguridad del mercado inmobiliario:
la necesidad de instrumentos de regulación".**

Coordinador internacional: Fernando Trueba Buenfil
Coordinador nacional: Eduardo Gabriel Clusellas

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

9 al 12 de octubre de 2013, Lima, Perú.

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

Coordinador internacional: Fernando Trueba Buenfil
Coordinador nacional: Eduardo Gabriel Clusellas

Autores y colaboradores:

Susana M. Bonanno
Jorge R. Causse
Eduardo Gabriel Clusellas
Fátima L. Cosso
Águeda L. Crespo
Graciela Curuchelar
Juan Carlos Dallaglio
Ana Lía Díaz Prandi
Zulma A. Dodda
Carmen Silvia Magri
María Laura Rey
Carlos Agustín Sáenz
Gastón Augusto Zavala

Conclusiones y ponencias

Este trabajo, enmarcado en un proceso de reforma integral de los códigos civil y comercial que se encuentra en estado parlamentario en la República Argentina, resalta la importancia de la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo, basada fundamentalmente en el principio de legalidad, rescatando la necesidad de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de certeza a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad, y agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta para el derecho,

para el mercado y para los consumidores mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La circulación de los bienes en un mercado inmobiliario resultará más segura y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial. Esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa del notario, aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad a la instrumentación del documento idóneo y certero, actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento con vocación registral que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real. Eslabones que en su conjunto conforman un férreo perímetro de seguridad jurídica.

Debemos resaltar la importante contribución que brinda el sistema registral argentino. Este sistema declarativo y no convalidante, ha aportado una trazabilidad procedimental, certeza y seguridad, que dan como resultado una muy baja tasa de conflictividad jurisdiccional, y dotan al sistema de un régimen donde los tiempos negociales que requiere el mercado inmobiliario transcurren con absoluta seguridad, debido al régimen de prioridades indirectas establecido por las normas que fundamentan el sistema.

Teniendo en cuenta lo expuesto, presentamos las siguientes conclusiones:

- El mercado inmobiliario requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios. El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible continuar brindando un servicio profesional que acompañe los requerimientos de los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias requieran. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica, continuarán efectuando al mercado inmobiliario un importante aporte no sólo apreciable jurídicamente, sino como un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliaria**.**

- La celeridad que demandan los negocios inmobiliarios es un valor que debe tenerse en cuenta a la hora de preferir un sistema de transfe-

rencias, pero aquélla es inútil sin una alta cuota de seguridad jurídica. El notariado moderno combina ambos requisitos y los brinda para un mejor desarrollo de los negocios contemporáneos.

- La alta especialización en derecho con que cuentan los notarios modernos hace que el opus de su labor recepte los requerimientos de la dinámica actual de los mercados inmobiliarios.

- El documento notarial -principalmente la escritura pública- es medio idóneo y eficaz para brindar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

- Las virtudes de la escritura pública en cuanto a la fe pública contenida en ella, al asesoramiento imparcial que hace el notario y a la matricidad que asegura su conservación e inalterabilidad, brindan al mercado inmobiliario una herramienta insustituible para su desarrollo, combinando dinámica y seguridad.

- No existe otro documento público que combine certeza y presunción legal de veracidad con asesoramiento idóneo e imparcial, como lo hace eficazmente la escritura pública.

- El notario formaliza un documento auténtico con estructura y peso de verdad que surgen del derecho positivo y de su función fedataria, en el que se perfecciona el negocio, nacen las obligaciones y se producen sus principales efectos, por lo que resulta trascendente a la seguridad jurídica que la facultad calificadora del registrador no se extienda a aspectos que ya han sido previamente calificados por el notario.

- Un sistema registral como el argentino, que es declarativo y no convalidante, exige del notario al momento de autorizar la escritura -título suficiente para la constitución, transmisión o cancelación de derechos reales- tener a la vista el título antecedente y los certificados que informan acerca del estado del bien y la libertad dispositiva de su titular. Esto sumado al sistema de reserva de prioridad indirecta prevista por la Ley registral argentina, aporta certeza y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias, imposibilitando la anotación de medidas que entren en conflicto con el negocio jurídico contenido en el documento notarial, otorgando una adecuada publicidad a terceros interesados y de buena fe.

- La seguridad que requiere el mercado inmobiliario, no se debe basar sólo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que protejan a los contratantes en el negocio que celebran, creando instrumentos jurídicos adecuados para todas las etapas negociales, y que contengan mecanismos de financiación y ejecución que protejan a ambos contratantes por igual.

- El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, son elementos sustanciales para la prosecución de la paz social. En este sentido, resulta fundamental la intervención notarial para proteger e impulsar los planes de escrituración de viviendas sociales, la titulación de quienes sólo poseen posesiones prolongadas, facilitando e interviniendo activamente en el mercado inmobiliario, acompañando el desarrollo de nuevas alternativas negociales, eliminado incertidumbres e iniquidades contractuales.

- El notario de tipo latino ejerce un rol protagónico e indelegable durante las audiencias preliminares a la celebración del negocio y a la configuración del documento, las que conllevan las bases del acto. Allí el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes calificándola dentro del marco legal adecuado, analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido, adecuándolo a las formas jurídicas apropiadas, y brinda un asesoramiento integral acerca de las conveniencias e inconveniencias que podrían presentarse frente a la contratación anhelada. Todo a partir de la verificación de que el consentimiento del otorgante, sea libremente exteriorizado en su presencia. El notario desarrolla su actuación en la esfera de la normalidad del derecho, en forma simultánea o posterior al acuerdo de voluntades de los requirentes del servicio fedatario, ante la solicitud que pretende una instrumentación adecuada.

- El Estado ha acentuado la prevalencia de la tutela de los derechos subjetivos, del patrimonio de cada individuo integrante de la sociedad en su conjunto, como la seguridad del tráfico, al imponer la intervención necesaria de uno de sus delegados, de un profesional del derecho -de carácter privado- pero a cargo de una función pública, como lo es el notario, asignándole diversas atribuciones que se plasman y concretan en distintos estadios que van desde la interpretación de la voluntad del interesado, hasta su configuración y adecuación a una figura contractual, la certeza

del acto representada por la concreta instrumentación del negocio en la forma legal determinada, para concluir con el reflejo registral, en todas su variantes, desde su publicidad noticia o meramente informativa hasta la eficacia ofensiva de los asientos y los medios publicitarios previstos.

- El notariado se debe adecuar al uso de las nuevas tecnologías, pero su aplicación siempre debe ser realizada dentro de los principios del notariado de tipo latino, debiendo tener claro el límite entre la seguridad en términos informáticos, y la seguridad en términos jurídicos, la primera colabora para el logro de la segunda. Si bien las tecnologías de la información, aportan velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, hay determinados ámbitos donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que la automatización sumada al concepto de la seguridad informática, puede hacernos caer en el error de interpretar que a través de ello se alcanza la seguridad jurídica. Los elementos vinculados a la inexistencia de vicios de la voluntad, y la capacidad al momento del otorgamiento del acto, no son resueltos tecnológicamente. Por esto la función del notario, resulta fundamental para dotar de seguridad jurídica a los documentos, incluso a los electrónicos.

- El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica. Para ello, tiene que dictar normas claras que regulen las conductas de sus habitantes. Pero si las leyes se multiplican, son taxativas y no establecen pautas generales, es probable que no exista seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica tampoco habrá inversiones ni un mercado con libre oferta y demanda. Debe ofrecer medios aptos para que las personas puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos.

- La intervención estatal debe servir para regular el mercado, evitando las iniquidades, y favoreciendo el acceso a la vivienda. Una intervención adecuada servirá para equilibrar las condiciones contractuales, pero se deberán evitar superposiciones normativas jurisdiccionales entre la Nación, las provincias y los municipios, y las dobles imposiciones tributarias.

- En el actual modelo de economía de mercado, la búsqueda de la seguridad jurídica impone un sentimiento de anticipación o de preservación que dota de un renovado contenido a la institución notarial. La

orientación preventiva procura que los negocios se formalicen sin vicios e irregularidades; es decir sin gérmenes de un ulterior conflicto.

- El rol que los notarios desempeñan en el asesoramiento integral inmobiliario supone necesariamente una reducción de costos, beneficiando no sólo a las partes intervinientes en el negocio a instrumentar, sino a la comunidad en general.

- El notario contempla no sólo los aspectos económicos y jurídicos, sino también sociales y ambientales. En el marco de la seguridad jurídica que emana de la intervención notarial, es innegable la importancia de la información que este brinda en base a datos relativos a determinadas restricciones, beneficios o limitaciones y que perdurarán en el documentos notarial, tales como la pertenencia del inmueble a zonas de patrimonio histórico, a ejecuciones urbanísticas, restricciones al dominio, derecho de aguas, restricciones en la propiedad horizontal, entre otras.

- El notario, en el ejercicio de una función pública, y por su relación con organismos públicos y privados, tiene la posibilidad de relacionarse con cada uno de los recursos que integran el medio ambiente. Conoce de las restricciones y límites al dominio; tiene posibilidad de realizar constataciones. Se encuentra capacitado para intervenir complementariamente en los procesos de zonificación o urbanización.

- Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y deberes de todas las partes. En un mercado inmobiliario cíclico y muy sensible a los cambios económicos, políticos y monetarios, el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa legal, alentando la comunicación directa de los involucrados, generando una negociación colaborativa, y asistiendo a las partes como facilitador de la comunicación para que puedan resolver las discrepancias.

XXVII CONGRÈS INTERNATIONAL DU NOTARIAT

Du 9 au 12 octobre, 2013, Lima, Pérou.

Sujet 2: La sécurité juridique du marché immobilier: La nécessité d'instruments de régulation

Coordonnateur international: Fernando Trueba Buenfil
Coordonnateur argentin: Eduardo Gabriel Clusellas

Auteurs et collaborateurs:

Susana M. Bonanno
Jorge R. Causse
Eduardo Gabriel Clusellas
Fátima L. Cosso
Águeda L. Crespo
Graciela Curuchelar
Juan Carlos Dallaglio
Ana Lía Díaz Prandi
Zulma A. Dodda
Carmen Silvia Magri
María Laura Rey
Carlos Agustín Sáenz
Gastón Augusto Zavala

Conclusions et communications

Ce travail, encadré dans un processus de réforme intégrale des codes civil et commercial en cours de débat parlementaire dans la République Argentine, souligne l'importance de la sécurité juridique en tant qu'élément de certitude du droit objectif. En effet, elle est fondée notamment sur le principe de légalité, mettant en valeur la nécessité de canaliser les efforts du notariat pour que les relations sociales et économiques se développent dans un ordre juridique juste, en paix et en harmonie, avec justice et tenant compte du bien commun. Elle recherche ainsi comme conséquence logique de pourvoir les contractants de certitude, de réduire le niveau du contentieux, et de rendre les transactions plus agiles et plus avantageuses. Ce chemin devient pour le droit, pour

le marché et pour les consommateurs bien plus convenable que celui de trouver une compensation économique efficace aux problèmes posés compte tenu de son absence.

La circulation des biens dans un marché immobilier sera davantage sûre et efficace si l'acte de négociation est revêtu d'une plus grande sécurité juridique. Ceci exige forcément l'intervention active du notaire qui apportera le conseil nécessaire et qui ajustera la volonté à la production d'un document approprié et avéré. Cette activité comprend et canalise toute son intervention notariale, depuis la volonté originaire jusqu'au résultat positif final, soit l'octroi d'un document pouvant être inscrit sur les registres, contenant son droit de propriété, l'acte notarié d'acquisition ou porteur d'un droit réel. Voici des maillons qui, dans leur ensemble, constituent un solide périmètre en termes de sécurité juridique.

Nous devons souligner l'importante contribution offerte par le système d'enregistrement argentin. Ce système déclaratif et non validant a apporté une traçabilité procédurale, de la certitude et de la sécurité, qui donnent comme résultat un taux très bas du contentieux tout en fournissant au système un régime où les temps de négociation exigés par le marché immobilier, se déroulent en pleine sécurité en raison du régime de priorités indirectes établi par les règles établissant le système.

Compte tenu de ce qui vient d'être dit, nous présentons les conclusions suivantes:

- Le marché immobilier nécessite d'un dynamisme auquel doivent contribuer en termes de qualité et d'efficacité chacun des acteurs et des fournisseurs de biens et de services. Le notariat doit contribuer de manière active à son développement. Par conséquent, il s'avère indispensable que le notariat continue d'offrir un service professionnel pour accompagner les exigences des standards de qualité et d'efficacité requises par les temps et les circonstances. Des actions comme, un régime approprié d'accès à la fonction, un contrôle strict sur son exercice, la formation continue, une distribution territoriale harmonieuse, le fait de promouvoir des normes et des processus afin d'améliorer l'efficacité, la rapidité et la sécurité juridique, continueront de faire un important apport au marché immobilier, non seulement au niveau juridique mais comme un maillon essentiel dans la chaîne de valeur immobilière.

- La célérité exigée par les affaires immobilières est une valeur à prendre en compte lors de l'élection d'un système de transferts, mais elle

devient inutile sans une sécurité juridique élevée. Le notariat moderne combine les deux conditions et les offre pour une meilleure expansion des affaires contemporaines.

- La haute spécialisation en droit des notaires modernes exige que l'opus de leur tâche reçoive les conditions de la dynamique actuelle des marchés immobiliers.

- L'acte authentique -notamment l'acte notarié- est le moyen pertinent et efficace pour offrir de la sécurité juridique aux transactions immobilières.

- Les atouts de l'acte notarié notamment la foi publique y contenue, le conseil impartial fourni par le notaire et la matricité assurée par sa mise aux rangs des minutes et son inaltérabilité, munissent le marché immobilier d'un outil insubstituable pour son développement en combinant dynamisme et sécurité.

- Il n'y a pas d'autre pièce authentique qui combine certitude et présomption légale de véracité avec le conseil pertinent et impartial, telle que l'acte notarié si performant.

- Le notaire reçoit un acte authentique doté d'une structure et de poids de vérité issus du droit positif et de son rôle certificateur. En effet, l'affaire est perfectionnée, les obligations naissent et ses principaux effets en découlent. Il devient donc transcendant à la sécurité juridique que la faculté de qualification du responsable du registre ne s'étende pas à d'autres aspects ayant été déjà qualifiés au préalable par le notaire.

- Un système d'enregistrement comme celui d'Argentine, étant déclaratif et non validant, exige du notaire lors de la passation de l'acte notarié -un titre suffisant pour la constitution, la transmission ou la radiation des droits réels- avoir devant lui l'acte notarié précédent et les certificats concernant l'état du bien et la liberté de disposition de son titulaire. A cela il faut ajouter le système de réserve de priorité indirecte prévue par la Loi d'enregistrement argentine, qui apporte certitude et sécurité juridique aux transactions immobilières, en entravant l'inscription de mesures contentieuses avec l'affaire juridique dont l'acte notarié fait foi, en octroyant une publicité adéquate aux tiers intéressés et de bonne foi.

- La sécurité exigée par le marché immobilier, ne doit être fondée que sur des règles protégeant adéquatement le logement et les droits réels, mais aussi sur celles protégeant les parties contractantes intervenant dans l'affaire objet de la passation. Elle créée des instruments juridiques adéquats pour toutes les étapes de négociation et comprenant des mécanismes de financement et d'exécution protégeant les deux parties de la même manière.

- L'accès à un logement digne, la liberté pour passer des contrats dans des conditions équitables et la sécurité juridique, sont des éléments essentiels pour aboutir à la paix sociale. Dans ce sens, il s'avère fondamental l'intervention notariale pour protéger et encourager les plans de passation des actes notariés de logements sociaux, la titularisation de ceux ayant des possessions prolongées, en facilitant et en agissant activement sur le marché immobilier, en accompagnant le développement de nouvelles alternatives négociables, en éliminant des incertitudes et des iniquités contractuelles.

- Le notaire du type latin exerce un rôle de protagoniste et sans délégation au cours des audiences préliminaires à la tenue de l'affaire et à la caractérisation de la pièce, qui entraînent les bases de l'acte. C'est là que le notaire recherche et interprète la volonté des parties les qualifiant dans le cadre légal adéquat, analyse la capacité nécessaire ou suffisante pour l'octroi de l'affaire prétendue, l'adaptant aux formes juridiques appropriées, et offre un conseil intégral sur les pour et les contre concernant la passation de l'acte envisagé. Le tout à partir de la vérification que le consentement de l'octroyant soit librement exprimé devant lui. Le notaire assure son intervention dans le cadre normal du droit simultanément ou postérieurement à l'accord de volontés des requérants du service de certification, pour les exigences d'une instrumentation adéquate.

- L'État a accentué l'importance de la tutelle des droits subjectifs, du patrimoine de chaque individu intégrant la société dans son ensemble, comme la sécurité des transactions, lors de l'imposition nécessaire de l'un de ses délégués, d'un professionnel du droit -à caractère privé- mais à la charge d'une fonction publique, tel que le notaire, en lui octroyant diverses attributions qui se matérialisent et se concrétisent à différents stades, allant de l'interprétation de la volonté de l'intéressé, à sa caractérisation et son adaptation à une catégorie contractuelle, la certitude de l'acte représentée par la concrète instrumentation de l'affaire conformément à

la forme légale fixée, pour aboutir au reflexe de l'enregistrement, dans toute sa gamme, depuis la publicité nouvelle ou simplement informative jusqu'à l'efficace offensive des écritures et les moyens de publicité prévus.

- Le notariat doit s'adapter à l'utilisation des nouvelles technologies, mais leur mise en œuvre doit toujours respecter les principes du notariat du type latin. Il faut avoir toujours à l'esprit la limite entre la sécurité au sens informatique et la sécurité au sens juridique. La première collabore à la bonne réussite de la seconde. Bien que les technologies de l'information apportent la célérité et l'automatisation aux démarches que doivent faire habituellement les personnes, dans certains domaines, il est nécessaire d'être très attentifs dans cette application. En effet, l'automatisation liée au concept de la sécurité informatique peut nous faire tomber dans le piège d'interpréter que c'est grâce à elle que la sécurité juridique est obtenue. Les éléments rattachés à l'absence de vices de la volonté et de la capacité lors de l'octroi de l'acte, ne sont pas remédiés par le biais de la technologie. De ce fait, la fonction du notaire résulte essentielle pour doter les documents, même électroniques, de sécurité juridique.

- L'État est tenu d'établir un domaine général de sécurité juridique. Pour ce faire, il doit adopter des textes clairs réglementant les comportements de ses habitants. Mais, si les lois se multiplient, sont restrictives et n'établissent pas de directrices générales, il est probable que la sécurité juridique fera défaut. Or, sans sécurité juridique, il n'y aura pas non plus d'investissements, ni de marché de libre commerce. Il est tenu d'offrir des moyens capables de permettre aux personnes de mener à bien leur activité dans un environnement de confiance rendant possible l'obtention des buts proposés.

- L'intervention de l'État doit servir à réglementer le marché, évitant les iniquités, et favorisant l'accès au logement. Une intervention adéquate servira à équilibrer les conditions contractuelles, mais il faudra éviter les empiètements des textes juridictionnels entre la Nation, les provinces et les mairies et les doubles impositions en matière de fiscalité.

- Dans le modèle actuel d'économie de marché, la recherche de la sécurité juridique impose un sentiment d'anticipation ou de préservation qui dote l'institution notariale d'un renouveau dans son contenu. L'orientation préventive vise à ce que les affaires soient formalisées sans vices, ni irrégularités; c'est-à-dire sans contentieux ultérieurs en germe.

- Le rôle joué par les notaires dans le conseil intégral immobilier suppose nécessairement une réduction des coûts, qui favorise non seulement les parties dans l'affaire à instrumenter, mais aussi la communauté en général.

- Le notaire prévoit non seulement les aspects économiques et juridiques, mais aussi les questions sociales et environnementales. Dans le cadre de la sécurité juridique émanant de l'intervention notariale, il ne faut pas négliger l'importance de l'information que fournit le notaire sur la base des renseignements relatifs à certaines contraintes, certains avantages ou limitations qui perdureront sur les pièces notariées, tels que l'appartenance de l'immeuble à des zones de patrimoine historique, à des exécutions urbanistiques, à des restrictions à la possession, au droit des eaux, à des restrictions dans la copropriété, parmi d'autres.

- Le notaire, en exerçant une fonction publique et par son rapport avec des établissements publics et privés, a la possibilité de se mettre en contact avec chacune des ressources intégrant l'environnement. Il connaît les contraintes et les limites à la possession; il est en mesure de réaliser des constatations. Il est autorisé à intervenir de manière complémentaire dans les procédures de zonification ou d'urbanisation.

- La sécurité dans la circulation signifie la certitude dans l'interrelation et l'intégration des droits et des devoirs de chacune des parties. Sur un marché immobilier cyclique et très sensible aux changements économiques, politiques et monétaires, le notaire exerce une médiation quotidienne, quand il interprète la volonté des requérants; il contribue par ailleurs à leur garantir que leurs accords seront régis par des textes légaux, encourageant ainsi la communication directe des personnes concernées, générant une négociation collaboratrice et assistant les parties en termes de communication afin de les aider à résoudre les différends.

XXVII INTERNATIONAL CONFERENCE OF NOTARIES

October 9 to 12, 2013, Lima, Perú

2nd Topic: Legal Certainty in the Real Estate Market: The Need for Regulating Instruments

International Coordinator: Fernando Trueba Buenfil
Argentine Coordinator: Eduardo Gabriel Clusellas

Authors and Contributors:

Susana M. Bonanno
Jorge R. Causse
Eduardo Gabriel Clusellas
Fátima L. Cosso
Águeda L. Crespo
Graciela Curuchelar
Juan Carlos Dallaglio
Ana Lía Díaz Prandi
Zulma A. Dodda
Carmen Silvia Magri
María Laura Rey
Carlos Agustín Sáenz
Gastón Augusto Zavala

Presentations and Conclusions

This presentation, prepared in the context of an integral amendment to the Argentine civil and commercial codes -at present, a draft bill submitted to Congress-, highlights the significance *legal certainty* has as an element of legislation, mainly based on the principle of legality; and it points out the need to guide the efforts of the notarial profession in order to achieve a fair legal system, where social and economic relationships develop in peace and harmony, pursuant to justice and in furtherance of the common good, in the search of its logical consequences: to warrant certainty to the contracting parties, to reduce the number of disputes and conflicts, and to meet the requirements of speed and economy in transactions. This approach is much more convenient for the legal sys-

tem, the market and consumers than the award of an adequate economic compensation for the problems arising from the lack of certainty.

The greater the legal certainty existing for real estate transactions, the safer and more efficient the transfer of property in the real estate market. To such end, the active participation of the civil law notaries is an ineluctable requirement, as they provide the necessary advice and prepare the proper and convenient documents that match the parties´will. The civil law notary´s participation encompasses and channels the whole transaction, from the first statement of will up to the final positive outcome, that is, the execution of a registrable document representing the property right: the deed of conveyance or title deed or a deed representing any interest or right in property. In the aggregate, all these linked steps constitute the legal certainty strong chain.

It is worth pointing out the significant contribution of the Argentine registration system. This declarative recording system –not an attributive system- has provided procedural traceability, certainty and security, which in turn derives in a very low rate of litigation, and it also provides the system with a statutory framework where the periods of time needed for real estate transactions flow under absolute certainty due to the regime of indirect priorities (*reservation of priority*) established by the legal rules that serve as basis for the system.

Taking into account the abovementioned premises, we reach the following conclusions:

- The real estate market requires certain dynamism to which each participant and supplier of goods and services must contribute, in terms of quality and efficiency. The notarial profession must actively contribute to its development, and to such end it is essential to go on providing professional services that meet the standards of quality and efficiency required by the specific times and circumstances. An adequate regime applicable to those wishing to have access to the notarial profession, a strict control over the professional practice, the continuing professional training, an harmonic territorial distribution, notaries as promoters of rules and procedures that improve efficiency, speed, effectiveness and legal certainty, will go on making a significant contribution to the real estate market, not only from the legal standpoint, but also as an essential link in the real estate value chain.

- The speed required by real estate transactions is a valuable element that must be taken into account when deciding on a transfer system; but speed is not useful without high legal certainty. The modern notarial professional combines both requirements and provides both of them in furtherance of a better development of transactions in the contemporary world.

- Due to the high specialization in legal matters of the modern civil law notaries, their core task fulfills the requirements of the current real estate market dynamics.

- The notarial document –mainly the "*public deed" (escritura pública)*- is the adequate and efficient means to give legal certainty to transfers of real estate.

- The benefits of the "*public deed" (escritura pública)* as far as its authentic nature and the full faith and credit it deserves are concerned, as to the unbiased advice given by the civil-law notary public, as well as to the existence of a notarial protocol where memoranda of such documents are kept, thus warranting their preservation and inalterability, provide the real estate market with an irreplaceable tool for its development, combining dynamics and legal certainty.

- There is no public instrument, other than the "*public deed" (escritura pública),* combining certainty and the presumption of authenticity with unbiased and adequate professional advice.

- The civil-law notary public executes an authentic document with effective structure and real value deriving from the statutory law and from the authentication power of the notary, whereby the transaction is completed, obligations arise and the main effects derive, and therefore, it is significant, as far as legal certainty is concerned, that the evaluating power of the registrar does not extend to aspects of the transactions that have already been determined by the notary.

- A registration system as the Argentine system, which is not attributive but declarative, requires that, at the time of authorizing the "*public deed"* (*escritura pública)* –instrument sufficient for the creation, transfer or termination of rights, title or interests on real property- the notary public has before him the antecedent title and the certificates containing

information on the status of the property and the transferor´s right to freely dispose of said property. This, in addition to the indirect priority reservation system established by the Argentine registration law, confers legal certainty and security to real estate transactions, preventing the recordation of measures that are in conflict with the legal transactions included in the notarial instrument, by granting adequate and effective notice to interested bona fide third parties.

- The legal certainty required by the real estate market should not be grounded exclusively on rules protecting the dwelling and the property rights existing thereon, but also on those rules that protect the contracting parties, by creating adequate legal instruments for all stages of pre-contractual negotiations, which shall include financing and enforcing mechanisms granting equal protection to both contracting parties.

- Access to a dignified dwelling, freedom to enter into contracts under fair and equitable conditions, and legal certainty are essential elements for attaining social peace. In connection with this, the participation of the civil-law notary public is essential to protect and foster the programs for the notarization of title to social dwellings, the grant of title to those who have only had possession of land for long periods of time. Thus, notaries facilitate and actively participate in the real estate market, accompanying the development of new negotiation alternatives, and eliminating contractual uncertainties and inequities.

- The civil-law notary public plays a fundamental and nontransferable role during the meetings held prior to reaching a deal and drafting and executing the pertinent instrument; the basis of the such deal are laid down during said preliminary meetings. During such meetings the notary analyzes and interprets the parties´will, placing it within the adequate legal framework; he/she analyses the capacity necessary or sufficient to carry out the proposed transaction, conforming it to the adequate legal forms, and gives thorough advice on the advantages and disadvantages that could arise from the proposed transaction. All these circumstances are conditioned upon the verification of the grantor´s consent, which should be freely expressed before the notary. The civil-law notary acts within the ordinary legal sphere, either simultaneously or after the meeting of minds reached by the parties that require his/her services as authorizing and authenticating officer, pursuant to the petition for the adequate documentation of the transaction.

- The State has emphasized the prevalence of the protection of subjective rights, of the property belonging to each member of the community considered as a whole, such as the security in the transfer of goods, by requiring the necessary participation of one of its delegates, a law professional –of private law- vested with public powers, the notary public, by assigning the latter sundry powers that are reflected and materialized in different stages, from the interpretation of the will of the interested party, up to its configuration and adaptation to a certain contract, the certainty of the act reflected by the specific documentation of the transaction pursuant to a defined legal formality, and finally, the registration system in all its varieties, ranging from the published notice or merely informative notice, up to the aggressive efficiency of the entries and the disclosure by publication through the means expressly established.

- Notaries must adapt themselves to the use of new technologies, but their application must always be carried out in accordance with the principles governing the civil-law notary public, being clearly aware of the limit between IT security, and security from the legal standpoint. The first one cooperates to attain the second one. Although information technologies grant speed and automation of the steps ordinarily made by individuals, there exist certain fields where it is necessary to apply them with the utmost care, since automation, together with the concept of IT security, may drive us to make the mistake of interpreting that legal security is achieved merely by the use of such technologies. The elements related to the non-existence of circumstances affecting the reality of assent, and the capacity at the time of execution of the act involved, do not depend on technology. Therefore, the task of the notary is essential to grant legal security to the documents, including the electronic ones.

- The State has the obligation to create a general environment of legal certainty. To such end, it must pass clear rules governing the conduct of its inhabitants. But if the number of laws is excessive, if they are not flexible but restrictive and do not provide general standards, it is possible that no legal certainty exists, and without legal certainty, there will be neither investment nor a free market. The State must make available fit and convenient means so that persons may carry out their activities in a reliable environment that will make the attainment of the proposed goals possible.

- The intervention of the State must serve to regulate the market, avoiding inequities and facilitating access to dwelling. An adequate State

intervention will balance contractual bargaining positions, and the overlapping of national, provincial and municipal rules should be avoided, as well as double taxation.

- In the current model of market economy, the search for legal certainty or security imposes a feeling of anticipation or preservation that provides the notarial profession with a renewed content. The goal of the preventive approach is that transactions be carried out without flaws or irregularities, that is, without seeds of future conflicts.

- The role of notaries, regarding the integral advisory services on real estate transactions, necessarily involves a reduction of costs, which not only benefits the contracting parties, but also the whole community.

- Not only does the civil-law notary take into account economic and legal aspects, but also social and environmental circumstances. Within the framework of the legal certainty arising from the intervention of the notary, we cannot deny the significance of the information furnished by the notary, based on data on certain restrictions, benefits or limitations, and which will be included in the notarial instruments, such as the circumstance that the premises are part of a historical area, urban works, restrictions to ownership, water rights, limitations on condominium rights, inter alia.

- When exercising his/her public powers, and due to his/her relationship with public and private entities, the civil-law notary public has the possibility of being in contact with each of the resources of environment. He/She is aware of the restrictions and limitations on ownership, has the possibility of conducting checks and verifications. Furthermore, he/she is qualified to participate in zoning or urbanization procedures.

- Trading security means certainty in the inter-relationship and integration of the rights and duties of all parties. In a cyclical real estate market, very sensitive to economic, political and monetary changes, the notary public exercises a daily mediation when interpreting the will of the parties, and he/she cooperates by warranting them that their agreements will be framed within the legal rules in force, thus fostering the direct communication of the parties involved, generating a cooperative negotiation, and assisting the parties as communication facilitator, so that they may settle any disputes.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

9 al 12 de octubre de 2013, Lima, Perú.

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

Coordinador internacional: Fernando Trueba Buenfil
Coordinador nacional: Eduardo Gabriel Clusellas

Autores y colaboradores:

Susana M. Bonanno
Jorge R. Causse
Eduardo Gabriel Clusellas
Fátima L. Cosso
Águeda L. Crespo
Graciela Curuchelar
Juan Carlos Dallaglio
Ana Lía Díaz Prandi
Zulma A. Dodda
Carmen Silvia Magri
María Laura Rey
Carlos Agustín Sáenz
Gastón Augusto Zavala

Introducción

El dinamismo del mercado inmobiliario y el escenario de reciente crisis internacional vuelven a presentar a la seguridad jurídica, como un tema de gran actualidad.

La problemática no es nueva y ha sido abordada desde distintos enfoques en anteriores congresos Internacionales e Iberoamericanos, y las conclusiones han sido similares, destacando "*la seguridad jurídica como un valor esencial para las comunidades en general y para el tráfico inmobiliario en especial, rescatando el valor económico que la seguridad jurídica genera en la economía*"[1]. En similar sentido, se concluyó que

[1] Conclusiones de las XV Jornadas Notariales Iberoamericanas, Tema II, "Calificación y principio de legalidad", Madrid 2012.

"*la apetecida seguridad, sólo se logra en el mayor grado, mediante la prestación de la función notarial de tipo latino que cubre todo el negocio jurídico causal de transmisión de inmuebles, desde el previo asesoramiento a las partes acerca del medio jurídico más adecuado para los fines que se persiguen, la imparcial mediación para resolver las discrepancias de detalle, la interpretación en incluso el alumbramiento de su voluntad empírica y su traducción jurídica, la calificación del negocio y su ajustamiento a derecho*"[2].

Se enmarca en nuestro contexto local dentro de un escenario de reforma integral de la legislación civil y comercial, debido al proyecto recientemente enviado por el Poder Ejecutivo nacional al congreso para su análisis.

Este trabajo, pretende rescatar el lugar activo que el notariado debe ocupar en pos de alcanzar la seguridad jurídica, pero teniendo en cuenta la especial relación de esta en función del mercado inmobiliario, que como todo mercado tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica, aportan un valor no sólo apreciable jurídicamente, sino que representa además un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliario.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social.

En este sentido, resulta fundamental la intervención notarial para proteger e impulsar los planes de escrituración de viviendas sociales, la titulación de quienes solo poseen posesiones prolongadas, y facilitar e intervenir activamente en el mercado inmobiliario, acompañando el desarrollo de nuevas alternativas negociales, eliminado incertidumbres e iniquidades contractuales, y desempeñando un rol activo en el desarrollo del mercado inmobiliario.

---

[2] Conclusiones del XIV Congreso Internacional del Notariado, Guatemala 1977.

Este trabajo lo hemos desarrollado, acompañando el programa de abordaje planteado por la coordinación internacional y teniendo en cuenta los distintos pilares sobre los que se apoya la seguridad jurídica inmobiliaria.

En el **Capítulo I** haremos especial referencia al análisis de los distintos factores que resultan necesarios para fundar a la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo, basada fundamentalmente en el principio de legalidad, rescatando la importancia de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de certeza a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad, agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta para el derecho, para el mercado y para los consumidores mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

La circulación de los bienes en un mercado inmobiliario resultará más seguro y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial. Esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa del notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad a la instrumentación del documento idóneo y certero, actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento con vocación registral que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real. Eslabones que en su conjunto conforman un férreo perímetro de seguridad jurídica.

En el **Capítulo II** abordaremos el rol del notario como pilar, garante y en gran parte responsable de la seguridad jurídica en el mercado inmobiliario, enmarcada en el contexto internacional y en el local, con especial referencia a su participación en la crisis global.

Resaltaremos las importantes funciones notariales complementarias a la seguridad jurídica considerada en su sentido lato, y su constante interrelación con los organismos públicos, desarrollando una multifacética función como agente de información de los organismos impositivos y retención de los diversos tributos y de colaborador en la lucha contra el lavado de dinero. También la ampliación de incumbencias como colaborador en tareas de control ambiental y de cumplimiento de normas urbanísticas.

En el **Capítulo III** resaltaremos la importancia y trascendencia del documento notarial en las transacciones inmobiliarias, su fuerza probatoria, y la presunción de veracidad, y su consecuente incidencia en el mercado inmobiliario y en la circulación internacional de documentos.

En el **Capitulo IV** describiremos las características del derecho de propiedad desde la visión constitucional, y las consecuencias que una adecuada normativa produce en la obtención de la seguridad jurídica, con la especial referencia al análisis de un proyecto de reforma integral de los códigos civil y comercial que el poder ejecutivo nacional envió recientemente al Congreso de la Nación para su tratamiento. Este proyecto, de convertirse en ley, será la primera reforma integral, luego de más de cien años de reformas parciales y de la sanción de leyes especiales, adecuando las normas al avance de conceptos jurídicos modernos. En este sentido el proyecto recoge las nuevas modalidades de la propiedad de los conjuntos inmobiliarios, legislando sobre la instrumentación de clubes de campo, barrios cerrados, countries, cementerios privados, tiempo compartido, centros comerciales y parques industriales, incorporándolos en la legislación de fondo.

En el **Capítulo V** trataremos el sistema registral argentino con las particularidades que le son propias y lo distinguen de los restantes sistemas registrales que utilizan los países miembros del notariado latino. Este sistema ha aportado una trazabilidad procedimental, certeza y seguridad, que dan como resultado una muy baja tasa de conflictividad jurisdiccional dotando al sistema de un régimen donde los tiempos negociales que requiere el mercado inmobiliario transcurren con absoluta seguridad, debido al régimen de prioridades establecido por las normas que fundamentan el sistema. Describiremos aquí la problemática planteada por la extensión de la apertura registral a la posibilidad de inscribir instrumentos privados que contengan boletos de compraventa, con la posibilidad de traba de medidas cautelares, y los eventuales conflictos que esto produciría en los registros de la propiedad locales que hasta ahora no lo receptaban. Destacaremos los avances tecnológicos e informáticos incorporados al proceso inscriptorio y a los trámites pre y post escriturarios.

En el **Capítulo VI** haremos una breve descripción de la situación del mercado inmobiliario en la Argentina y de las oscilaciones y problemáticas a las que se sometió en los últimos tiempos. Destacaremos el rol del notario local, y la importancia de contribuir activamente en el mercado, como impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica; remarcando el rol del notario en procesos de titulación masiva, de escrituración de planes sociales, y

mediación; todo lo que lo posiciona como un profesional destacado para contribuir a la paz social.

Resaltaremos la necesidad de contar normas claras en el mercado inmobiliario que regulen las conductas de los habitantes del país para que puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos.

Capítulo I
La seguridad jurídica

I.1. La seguridad jurídica como valor fundamental

Las relaciones jurídico-patrimoniales presentan una vasta problemática en la dinámica comercial y jurídica de cada país y de cada región, producto de la incidencia de múltiples factores, en especial cuando se refiere a la contratación de bienes raíces (la categorización de los derechos reales y personales, el acceso al crédito, la influencia de la forma en los negocios jurídicos, la necesidad de la inscripción registral de los títulos para conferirles publicidad, etc.).

La seguridad del derecho es un principio romano, basado en la idea de que toda modificación desfavorable del contenido de un derecho subjetivo no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de su titular (*nemo dat cuam non habet*). Este principio se correlaciona con la actividad judicial que dirime mediante su intervención todo derecho controvertido y protege los derechos particulares de los miembros de la sociedad.

La sociedad argentina de manera constante y cada vez con mayor autoridad, formula reclamos amparada en los principios de libertad y seguridad, de ahí que el derecho sea más que nunca un sistema de seguridad que garantiza la libertad del hombre. Como lo sostiene José María Chico y Ortiz[3], seguridad y libertad son los dos ejes vitales del derecho; ambos conceptos compatibles entre sí, ya que quien demanda libertad, pide seguridad que la garantice.

El derecho tiene por cometido que las relaciones humanas se desarrollen en paz y armonía, con justicia y tendiendo al bien común. Vallet

[3] Chico y Ortiz, José María. "El principio de seguridad jurídica". Disertación pronunciada el 25 de noviembre de 1981 en el panel sobre "Integridad de la fe pública registral y los terceros adquirentes de buena fe", sesión del Ateneo Hispano - Rioplatense de Derecho Registral, realizado en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Revista Notarial 860, año 1982, pág. 75. La Plata (Bs. As.).

de Goytisolo destaca que el *fin* del derecho es la justicia, su *objeto*, la conducta social y la *pauta* que ayuda para lograrlo la constituyen las normas jurídicas[4]. Esa conducta social, reglada por el derecho, puede desarrollarse en la normalidad, con o sin contienda, en situación de controversia e incluso en una clara transgresión jurídica.

Dada la amplitud del ordenamiento, la complejidad de sus normas, la interacción y la importancia de los intereses en juego, la necesidad de mantener la paz social y de conferir seguridad jurídica a los actos, el derecho organiza instituciones para que, considerando esas circunstancias y atendiendo esos fines, intervengan en la formalización de tales actos y efectúen el control de su legalidad.

Rodríguez Adrados clasifica la seguridad jurídica en tres órdenes: a) la seguridad jurídica como certeza del derecho objetivo (principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones indicadas); b) la seguridad jurídica en la aplicación de las normas (y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos); y c) la seguridad jurídica, en el sentido de responsabilidad subsidiaria (seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica). El citado autor encaja la función notarial latina en el segundo de estos grupos, donde ésta tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda[5].

Se puede enumerar una serie de órganos e instituciones con funciones que brindan seguridad jurídica como los órganos del poder judicial (jueces, fiscales, secretarios, etc.), el notariado, los registros públicos (de las personas, de la propiedad inmueble, automotor, de buques y aeronaves, entre otros), y aquellos funcionarios de la administración

---

4 VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "La función notarial de tipo latino", Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 8 de abril de 1978 durante el V Encuentro Notarial Brasileño. Publicado en Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1978; y en la obra "Deontología Notarial", pág. 451, publicada por el Consejo General del Notariado Español, bajo la dirección de Juan Francisco Delgado de Miguel. Madrid.

5 RODRIGUEZ ADRADOS, Antonio: "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del "Simposio Notarial 83", en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona 15 de octubre de 1983. Publ. "Escritos Jurídicos", T. II, pág. 165. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

del Estado que previenen o repelen diversas circunstancias que pueden afectar a derechos o personas.

En el ámbito jurídico, la salud social, no sólo se mantiene con medidas contenciosas o represivas, o tratando de solucionar los conflictos planteados, para lo cual existen los tribunales de justicia. Se debe procurar que éstos no se produzcan y que las relaciones sociales se desenvuelvan normalmente dentro de un orden jurídico justo. Para ello es preciso promover y favorecer ese ordenado desenvolvimiento mediante una adecuada profilaxis jurídica.

Entre la vida negocial y la seguridad jurídica existe una fluida interacción. Sin vida negocial sana no existe seguridad jurídica y sin seguridad jurídica no puede desarrollarse saludablemente una vida negocial próspera. La vida negocial sana requiere ajustarse a derecho y la seguridad de que se cumplirá en forma correcta lo dispuesto o convenido[6].

I.2. Necesidad de la certeza y seguridad jurídica

Los objetivos principales que han tratado y tratan de cubrirse en esta materia son el encuadre normativo de las disposiciones de voluntad y de los contratos; y la certeza de que lo dispuesto o convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la memoria humana.

A fin de cumplir estos objetivos se ha previsto la intervención de un tercero imparcial que vele por ellos y la utilización de la escritura para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto o concertado. Lo que concluye ineludiblemente en el documento y su autor.

El *iter* negocial y documental hacia el grado máximo de certeza y donde la seguridad jurídica se encuentra protegida en su expresión superior es disímil y con efectos notablemente diferenciados, según cuál sea el soporte en el que se formalice y la cualidad que caracterice al autor.

a) En la base del esquema piramidal negocial, se encuentran los documentos redactados por un particular -no profesional- sin testigos o con testigos no cualificados que no aseguren ni su redacción ni regularidad, ni doten de autenticidad a las firmas de los sujetos del negocio instrumentado aunque testimonien su otorgamiento; los documentos privados.

b) En un grado más elevado, desde el punto de vista *testimonial*, ubicamos a los documentos del punto precedente, con la particularidad de que las firmas estén certificadas por un testigo en ejercicio de una

[6] VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. Ob. cit., "La función...", pág. 452.

función pública. Mientras que en cuanto a su grafía dinámica -en este segundo rango- podemos diferenciarlos según hayan sido redactados por un profesional reconocido para ejercer la configuración negocial pero sin ejercer la función pública autenticadora[7].

c) Si a ese documento redactado por un profesional reconocido para la función redactora se le agrega la certificación de la firma de los sujetos del negocio por parte de otro profesional en ejercicio de la función pública autenticadora, ese documento será poseedor de una mayor certeza tanto en su grafía como en su autoría.

d) Mientras que en el rango máximo que se puede lograr para reflejar o representar la intención de los sujetos negociales y la concreción, se encuentran los documentos configurados por un notario que controlará el otorgamiento de los requirentes, la inserción de sus firmas y autorizará el acto.

Los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) se refieren a instrumentos privados, mientras que el caso que se presenta en el último inciso, alude a los instrumentos públicos, específicamente a la escritura pública, que es la obra de arte por excelencia que puede producir un notario del originariamente denominado *tipo latino*.

I.3. La seguridad jurídica y el notariado latino

Como principio básico, la seguridad sólo puede nacer del Estado, como realizador del derecho para sus ciudadanos, pues es él quien delega en determinados funcionarios u oficiales públicos la dación de fe pública, colocando su firma y sello y brindando la autenticidad y verdad oficiales.

La doctrina notarialista ha demostrado que la actividad notarial es desprendimiento de lo que antes fue actividad jurisdiccional y argumenta que el mismo continúa y ha de continuar hasta que todo lo que hoy se estima como actividad de la denominada *jurisdicción voluntaria* se incorpore al quehacer notarial; tal como se evidencia en el estudio comparativo de las legislaciones de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado[8].

---

[7] Aquí no hay un tercero imparcial -como es el notario de tipo latino- que asegure la legalidad sustantiva del negocio y su adecuación al derecho positivo. Quien certifica las firmas (aún cuando sea un notario) no asume esa responsabilidad, ni la de la autoría del instrumento.

[8] Conf. Pondé, Eduardo Bautista. "Labor coordinativa sobre el notariado y la jurisdicción voluntaria". Ponencia al Tercer Punto del Temario del Congreso Internacional del Notariado. México, 1965.

El escribano debe abstenerse de intervenir cuando las circunstancias denoten una situación contenciosa en la relación entre los interesados y su conciliación o reconciliación una utopía negocial. O bien, cuando pese a haberse iniciado la actuación notarial en un marco de uniformidad de voluntades, con posterioridad surgiere algún conflicto o cuestiones controvertidas que alteraren sustancialmente el marco fáctico originario, debiendo entonces desistir de la prosecución de su actuación para dar inicio a la intervención del órgano judicial.

La competencia del notario en los actos o procesos no contenciosos no sustituye ni desplaza al magistrado, sino que lo libera de quehaceres, que por no ser cuestiones jurisdiccionales deben pasar a otro órgano comprobador, calificador y legitimador como lo es el escribano de registro. Oportuno es el paralelismo expuesto por Jorge Alterini en la mesa redonda de apertura de la XXXIII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, desarrollada el 14 y 15 de septiembre de 2006 -jurista que ejerció la judicatura en el fuero civil durante casi cuatro décadas-, quien concluyó su disertación con una contundente frase que sintetiza el sentido de sus argumentos y apreciaciones, *"si hay escribano, el juez está en vano"*[9].

Expone Highton, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son propios de la fe pública notarial los actos que producen relaciones jurídicas entre los particulares en la órbita de la normalidad. La fijación de los derechos de los particulares, su fuerza probatoria y autenticidad, la seguridad que de ellos emerge, su invulnerabilidad, su ministerio de paz, de limpieza jurídica, constituyen sin duda el mejor fundamento de la fe notarial. Mas el notario no sólo es depositario de la fe pública. También es receptor de disposiciones, trasladándolas al papel que las encierra, poniendo a los intervinientes al corriente de las obligaciones que contraen, en un asesoramiento jurídico preventivo, como consultor y consejero jurídico debe prever contingencias y prevenir conflictos que se puedan presentar[10].

El documento notarial goza de mayor jerarquía, diferenciándose, no sólo de los documentos privados, sino también de otros documentos públicos, por el rigor y la formalización que se exige para su configura-

---

9 Recuérdese el adagio español atribuido a Joaquín Costa Martínez: "a notaria abierta, juzgado cerrado".

10 HIGHTON, Elena I. "El escribano como tercero neutral", Revista del Notariado 850. Bs. As. 1997, pág. 95.

ción[11]. En lo sustancial, esto se basa en el análisis e interpretación de la voluntad del otorgante, la deliberación del acto o negocio más conveniente, el empleo de expresiones adecuadas, técnica y gramaticalmente correctas con contenido y terminología asequible para el otorgante y comprensible para el común denominador de la sociedad, controlando e impidiendo que se documenten exteriorizaciones de voluntades ilícitas, apresuradas o defectuosas. En lo formal, la mayor jerarquía pregonada se la otorga la determinación del formato del instrumento, su soporte en papel sellado, su inclusión foliada en el protocolo, su matricidad, así como las demás formalidades y operaciones de ejercicio que acompañan al otorgamiento y su autorización, lectura, testigos -en su caso-, firma o modo de suplir la imposibilidad de estamparla -por no saber o no poder-.

El notario de tipo latino ejerce un rol protagónico e indelegable durante las audiencias preliminares a la celebración del negocio y a la configuración del documento, las que configuran las bases del acto. Allí el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes, calificándola dentro del marco legal adecuado, analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido[12], adecuándolo a las formas jurídicas apropiadas; brinda un asesoramiento integral acerca de las conveniencias e inconveniencias que podrían devengarse frente a la contratación anhelada. Todo a partir de la verificación de que el consentimiento -*co sentir*- del otorgante, sea libremente exteriorizado en su presencia.

El notario desarrolla su actuación en la esfera de la normalidad del derecho, en forma simultánea o posterior al acuerdo de voluntades de los requirentes del servicio fedatario, ante la solicitud que pretende una instrumentación adecuada.

García Goyena, al referirse a la función notarial y considerarla verdadera justicia reguladora, llegó a manifestar que a pesar de ser el ordenador por excelencia de las relaciones privadas, por su trascendencia e importancia social *"es casi más bien derecho público"*.

---

[11] El documento privado es, en principio, la nada documental; un documento privado produce desde luego los efectos negociales correspondientes, pero documentalmente no producirá efectos probatorios, ni entre los que lo hubieran suscripto y sus causahabientes, hasta que no haya sido reconocido legalmente. Conf. Rodríguez Adrados, Antonio: "El documento notarial y la seguridad juridica", pág. 111. "Escritos Jurídicos". Vol. III. Edit. Colegios Notariales de España. 1996.

[12] En múltiples ocasiones el negocio que en definitiva se celebra es distinto del que originariamente pensaban realizar los requirentes, por adecuarse a la esencia de sus intenciones o finalidades.

El notario es un profesional o licenciado del derecho, independiente e imparcial, con conocimientos teóricos y prácticos probados a cargo de una función pública y con una específica responsabilidad administrativa, civil y penal a partir de su labor. En la República Argentina cada notario se encuentra nucleado por un ente o corporación, denominado Colegio Notarial o de Escribanos, instituciones mayoritariamente creadas por ley, quienes inspeccionan la tarea de sus miembros además de brindarles las herramientas adecuadas para su capacitación y actualización periódica; además del contralor que ejerce el Estado provincial (poder público), titular de los Registros Notariales en los que se desarrolla la función pública fedante.

Los colegios de notarios o escribanos junto con el poder judicial, cuidan la disciplina y el correcto, fiel y honesto ejercicio de la delicadísima función que brinda un servicio público ejercido en forma privada. Ese adecuado funcionamiento requiere de ciertas condiciones que se deben promover y estimular:

- Lograr una adecuada selección de los notarios, considerando su moralidad y su capacitación técnico profesional.

- Una precisa determinación del número de notarios en cada localidad o demarcación para la eficaz prestación del servicio, teniendo en cuenta el tráfico jurídico y el crecimiento poblacional.

- Que el ejercicio esté adecuadamente delimitado por una legislación y reglamentación apropiada, que fije responsabilidades y estructure los órganos competentes para velar por la disciplina y calificación profesional, y un Tribunal colegiado integrado por pares que evalúe las faltas de ética.

La actuación del notario es sustantiva, crea una realidad, el documento y colabora a la creación de su contenido, el acto o el negocio; tiene pues, una tarea constructora, directiva de la vida jurídica; y si su labor produce seguridad es como consecuencia de los rigurosos presupuestos de su actuación -seguridad documental- y de la obra bien hecha, que no es otra cosa que la seguridad sustancial[13]. La escritura pública, que es su género más destacado, empieza por un acta, por una narración efectuada por el notario de los hechos que él mismo realiza o que tienen lugar en su presencia y percibe por sus sentidos: la autoría del documento

[13] RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "El documento notarial y la seguridad jurídica", conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 29 de marzo de 1984. Publicada en "Escritos Jurídicos", T. III, pág. 132. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

y su fecha, la autoría y el texto de las declaraciones, el otorgamiento y la autorización del documento, etc. Es ese esqueleto de "*autenticidad*" donde se insertan las declaraciones de ciencia o de voluntad, los actos y los contratos, arropados por una serie de calificaciones y de juicios del notario que producen una presunción *iuris tantum* de validez y de legalidad.

Rodríguez Adrados agrega que no puede olvidarse la contribución del notariado a los valores superiores del ordenamiento jurídico, y en especial, a la libertad y a la justicia. El notariado se desarrolla en un clima de libertad y la fomenta. La libre elección del notario es presupuesto del libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos civiles, que el instrumento potencia e incluso prolonga en el espacio y en el tiempo. También colabora a la implantación de la justicia, porque con los medios no coactivos de que dispone, el notario procura que quede perfilado en el documento que autoriza un negocio equitativo, en la medida de lo posible; y no sólo por razones de seguridad -derivada- sino de justicia[14].

Los efectos del documento notarial, base de la seguridad jurídica que proporciona, no son una concesión graciosa del legislador, sino una mera consecuencia del constante cumplimiento de las exigencias de su actuación: inmediación del notario a los hechos que narra en el documento, asesoramiento imparcial, control de legalidad, de legitimación, etc. La Ley no hace otra cosa que reconocer una eficacia que la sociedad le ha concedido.

I.4. La seguridad jurídica como elemento indispensable para el desarrollo del mercado inmobiliario y la competitividad de un país

El derecho patrimonial comprende la atribución de bienes económicos a una persona; es decir, la atribución jurídica de la propiedad y demás derechos sobre las cosas; las transacciones que para ello tienen que realizarse, se vincula con la idea del tráfico jurídico (intercambio de bienes y de servicios).

De esta manera el derecho se fracciona; de un lado se agrupan las normas y principios que sistematizan todo lo relacionado con las obliga-

[14] RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del "Simposio Notarial 83", en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona, 15 de octubre de 1983. Publicado en "Escritos Jurídicos", T. II, pág. 163. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

ciones y los contratos (derecho de las obligaciones); y por separado se regulan los derechos reales o de las cosas: en primer lugar la propiedad, luego los derechos reales limitativos o sobre cosa ajena.

A esto se agrega la necesidad de que estos derechos reales sean conocidos por la generalidad, para lo cual se organiza un sistema de publicidad que da origen al derecho inmobiliario registral.

Pero si bien es cierto que esta división normativa responde a importantes concepciones doctrinales y tiene señalado valor didáctico, no es menos cierto que en la realidad jurídica los derechos reales se adquieren o se constituyen como consecuencia natural de procesos que tienen su origen en relaciones obligacionales por lo general de naturaleza contractual. Esa secuencia temporal sucesiva que va de la relación obligacional a la configuración del derecho real se cumple, en la gran mayoría de los casos, sin que los sujetos negociales lleguen a advertir las diferencias conceptuales antes anotadas, lo que pone de manifiesto la indisoluble unidad que tienen las relaciones jurídicas patrimoniales[15].

El mercado inmobiliario de la República Argentina, de manera similar a lo que acontece en el mercado de bienes raíces de cualquier país que cuente con una economía dinámica y liberal -acepción amplia del concepto-, es pasible de una serie de vicisitudes y factores que exceden al análisis y predicciones exhaustivas de una determinada disciplina o ciencia.

Observamos por ejemplo cómo usualmente el acceso al dominio de un bien inmueble se encuentra limitado a un sector de la población poseedor de un determinado poder adquisitivo; existiendo una franja importante y mayoritaria de la sociedad, que para acceder no sólo al dominio de una finca sino básicamente a la compra de su vivienda, debe necesariamente acudir al crédito, a la financiación, y eso consecuentemente agrega factores de riesgo al mercado inmobiliario desde sus distintas aristas[16].

---

[15] FALBO, Miguel Norberto. "La seguridad jurídica en la constitución de los derechos reales". Revista del Notariado 777, pág. 767.

[16] Recuérdese que al derecho registral, originariamente se lo denominó derecho hipotecario -y así continua llamándoselo en distintos países- porque tenía por objeto el registro de las hipotecas, cuyo clandestinismo afectaba el crédito proveniente de terceros. Conf. Fontbona, Francisco, I.J. - García Coni, Raúl R. "La seguridad del Mercado de hipotecas frente a los sistemas registrales de América Latina. ¿Dinero contra inscripción o dinero contra negocio?". Revista del Notariado 718, 01/01/1971, pág. 1425.

La circulación de los bienes, el derecho de propiedad en su expresión de la adquisición dominial y demás derechos reales, la protección de la seguridad del tráfico inmobiliario y de la persona en su integridad patrimonial, cuentan en nuestro país con la intervención notarial, en cada una de las etapas que se producen en una operatoria de bienes raíces. (Conf. art. 1184 inc. 1 del Código Civil, art. 27 inc. 3 Ley G 4193 de la Provincia de Río Negro).

El legislador ha acentuado la prevalencia de la tutela de los derechos subjetivos, del patrimonio de cada individuo integrante de la sociedad en su conjunto, como la seguridad del tráfico, al imponer la intervención necesaria de uno de sus delegados, de un profesional del derecho -de carácter privado- pero a cargo de una función pública, como lo es el notario, asignándole diversas atribuciones que se plasman y concretan en distintos estadios que van desde la interpretación de la voluntad del interesado, hasta su configuración y adecuación a una figura contractual, la certeza del acto representada por la concreta instrumentación del negocio en la forma legal determinada, para concluir con el reflejo registral, en todas sus variantes, desde su publicidad noticia o meramente informativa hasta la eficacia ofensiva de los asientos y los medios publicitarios previstos.

La máxima expresión de la intervención notarial, está dada por su reflejo documental, esto es la escritura pública[17], por la seguridad que da al documento el oficial público autorizante, su conformación, por la cultura jurídica de su autor, su investidura y responsabilidad, la autenticación y autenticidad de lo que ha sucedido en el acto y ante él o que ha cumplido personalmente, la declaración de conocer a las partes, la justificación mediante documento de identidad, su juicio de capacidad, etc., lo convierten en un partícipe no sólo necesario, sino principalmente conveniente.

Tal es la importancia de esta función fedante, que la redacción originaria dada al actual art. 1184 del Código Civil, estableció que "*Deben*

[17] El documento privado, por regla general es extraño al control profesional. El manto protector -o salvador- que pretendió asignársele a través del seguro de títulos, no representó el remedio anhelado, el cual no intentó en ningún momento proteger el acto o asignar seguridad al negocio, sino meramente su anhelo se reducía a un resarcimiento económico. Cómo decía Alterini, "si alguien se muere, lo indemnizamos. No tratamos de que no se muera; preparamos todo para darle un entierro de lujo…, con los pésames más formales". El seguro de títulos, sólo intentó reemplazar la seguridad jurídica por una seguridad de tipo económico.

ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1º- Los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro;… 7º- Los poderes… para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8º- Las transacciones sobre bienes inmuebles…". Este precepto fue atemperado por el legislador de 1968, al eliminar la dura sanción de la invalidez sacramental del acto, ante la omisión de la formal instrumental[18].

Así el notario recoge las declaraciones negociales de los otorgantes, conformándolas a derecho y dándoles autenticidad. Es el momento de conexión del asesoramiento previo con la redacción del documento. Califica la legalidad del negocio documentado, dándole presunción de legitimidad y validez. Verifica la identidad de los sujetos. La realidad física de la presencia de personas, cosas y valores que se le exhiben.

El notario de tipo latino, examina los títulos que invoca el sujeto que realiza el negocio dispositivo. Verifica su capacidad jurídica y natural, así como si se encuentra legitimado para intervenir en el acto y ejercer el poder de disposición. Diligenciará las certificaciones registrales respectivas y concluirá en la lectura del texto escrito en el protocolo, grafía que será consentida por los requirentes del servicio notarial con el otorgamiento y firma del documento en su presencia, audiencia pública que concluirá formalmente con la autorización del acto.

Corresponde complementar esta actuación protocolar y dispositiva, con el tenor dado por la Ley 17.711 al art. 2505 del Código Civil y a los arts. 2 y 3 de la Ley 17.801 -ambas del año 1968-, en los que se recepta la inscripción en el registro inmobiliario de los respectivos títulos con efectos declarativos, aclarándose que las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas[19].

---

[18] En nuestro derecho positivo, la escritura tiene que escribirse en los libros de protocolo como requisito de validez (arts. 979 inc. 1°, 998 y 1005). El protocolo no se forma con las escrituras matrices que a él se incorporan, sino que hay protocolo (hojas de papel especial de actuación notarial, numeradas y foliadas) antes de que haya escrituras. Esta sola circunstancia ofrece una seguridad jurídica inicial que no puede tener ningún instrumento privado en orden a su adulteración, destrucción, pérdida y posibilidades de reproducción.

[19] En nuestro país, mientras no hubo necesidad de inscribir los títulos de dominio en el Registro de la Propiedad, porque no lo requería la legislación vigente, ni el Código

Especifica el art. 2º de la Ley 17.801 que se inscribirán o anotarán, los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales; siempre que estén constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda. Igualmente prevé que para casos de excepción establecidos por ley, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

A partir de este tamiz documental, las leyes orgánicas sancionadas por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, complementan este resultado documental, asignándole al notario una serie de conductas o actividades a las que debe sujetarse para desarrollar una función diligente.

Esta prieta síntesis evidencia un elemento fundamental para el usuario del servicio que habitualmente desconoce el derecho, que encuentra nucleado en un profesional imparcial, un asesoramiento y una actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real[20].

Aquellos países que asignan al notariado un rol protagónico en la intermediación inmobiliaria tienen garantizada una serie de beneficios no sólo para su población sino también para el erario público, ya que facilita el acceso a la información y al asesoramiento, evita el la producción de perjuicios no sólo entre las partes sino hacia terceros, contribuye a la recaudación de impuestos para distintos estamentos del Estado (local,

Civil en su texto original, la adquisición de la propiedad inmueble y los derechos reales limitativos que podían constituirse (excepto la hipoteca) eran oponibles a terceros, desde que se exteriorizaban mediante el ejercicio de la posesión (recibida por el acto jurídico de la tradición) y la exhibición del título adquisitivo (generalmente escritura pública), como consecuencia de la fe pública (o plena fe) del instrumento auténtico (y sus notas de exactitud e integridad) que, precisamente, lo hacen oponible a tercero (doctrina de los arts. 993 a 996 y 1194 Código Civil). Conf. Falbo, Miguel Norberto, ob. cit.

[20] Corresponde también tener presente que en el acto transmisivo de la legislación argentina, existen dos etapas complementarias entre las cuales media un intervalo azaroso para el derecho real que se pretende constituir, ni el título notarial ni la inscripción por sí solos, tienen fuerza constitutiva bastante para determinar su perfección.

provincial y nacional), contribuye a la circulación de los bienes, aporta datos relevantes para las estadísticas del mercado y economía de una región y del país, a la publicidad y la circulación de los bienes; todo bajo el manto de su reserva profesional, la celeridad en su actuación y la seguridad del negocio.

Alterini recuerda otra lúcida expresión de Carnelutti, quien decía que la mejor versión del escribano es la de intérprete, la de traductor de los hechos al derecho. El "*transducere*" sería perfectamente aplicable al notario: ligar el hecho con el derecho y, de esa manera, el notario se constituye en custodio del derecho. Según Carnelutti, el notario es el guardián, y si es guardián del derecho, es máximo guardián de la seguridad jurídica, en lo que coadyuva, colabora, el registrador[21].

En este sentido, el sistema registral inmobiliario argentino y la técnica de registración adoptada, aporta otro elemento fundamental a la esfera perimetral de la seguridad jurídica. La publicidad formal, dada por la certificación registral, producirá los efectos de anotación preventiva en favor de quien requiera, en plazo legal, la inscripción registral del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado (art. 25, segunda parte de la Ley 17.801). Aquí la certificación no es sólo un medio de publicidad formal. A ello se añade una suerte de publicidad material o sustantiva desde que, aún antes de que se otorgue el negocio dispositivo, se lo documente en forma auténtica y se presente el título para su inscripción en el Registro, el adquirente del derecho cuenta con una reserva de prioridad indirecta basada en la certificación, que da seguridad jurídica al tráfico inmobiliario en el momento dinámico de la formalización del negocio por el que se transmite, constituye, modifica un derecho real, pues le acuerda oponibilidad frente a terceros, con efecto retroactivo, siempre que el proceso inscriptorio se realice dentro de los plazos legales que se cuentan a partir del momento de presentación de la escritura (arts. 5°, 17 y 24 de la Ley).

Por último, si bien la inscripción del título en el Registro no subsana los defectos que pudiere tener, ni lo convalida en caso de nulidad (art. 4° Ley 17.801), le confiere, en cambio, publicidad y oponibilidad frente a terceros (art. 2505 Código Civil y art. 2° ley 17.801), con lo que quedan aseguradas en gran medida -suficiente para la preservación de los derechos del titular- la pacífica realización del derecho y la paz social,

[21] ALTERINI, Jorge Horacio. "La seguridad jurídica. Notariado y registros". Temas doctrinarios 2, 2007, 01/01/2007, 53. L.L.O.

como lo demuestran los datos que recogen la experiencia y la confianza que los particulares conceden a la actuación del notario y a la protección registral[22].

Como lo destacan Fontbona y García Coni, "la seguridad jurídica es única. No existe seguridad cara o barata. Entre papel documento privado e instrumento público, existe una distancia abismal. Los principios de exactitud, integridad y sobre todo de legitimación, entre otros, no juegan en manera alguna en el simple papel o el documento privado. La diferencia es a todas luces evidente"[23].

Como corolario, corresponde sintetizar que la circulación de los bienes en el mercado inmobiliario será más segura y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial y esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa de un notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad negocial a la instrumentación del documento idóneo y certero que garantice la adquisición dominial, la documentación de las obligaciones y el crédito y el reflejo registral en aras de la protección de la sociedad en su conjunto.

Vemos así, un doble aporte de la función notarial al mercado inmobiliario, uno subjetivo y otro objetivo. El primero brindado por el profesional del derecho, cumpliendo un rol protagónico en cumplimiento de los deberes estipulados en las leyes orgánicas de cada Estado local, mientras que el aporte restante, está dado por el documento notarial, fuente en la actualidad de fe pública.

Capítulo II
El notario

II.1. Su función como profesional de la seguridad jurídica

La función notarial tiene por objeto brindar a la sociedad, seguridad jurídica.

"El fenómeno notarial encuentra su razón de ser en la naturaleza social del hombre y nace como respuesta a la ancestral necesidad de certeza, previsión y estabilidad, es decir de seguridad jurídica que la comunidad requiere"[24].

---

22 Falbo, Miguel N. Opus. cit.

23 Fontbona, Francisco I. J. – García Coni, Raúl R. Opus. cit.

24 Fontbona, Francisco I. J. – García Coni, Raúl R. Opus. cit.

El notario es sinónimo de confianza, de prevención de conflictos, de confidencialidad, de objetividad, es la figura de equilibrio en las negociaciones por su imparcialidad. Denominado por los economistas como "gate keeper" de las relaciones jurídicas, es un vasto conocedor del derecho positivo aplicable, obtenido mediante una exigente y continua formación desde que es aspirante a notario.

Su actuación otorga un valor agregado a la instrumentación negocial, porque el notario no sólo redacta un instrumento que refleja la voluntad de las partes enmarcada dentro del orden jurídico, sino que ese documento pasa a ser eficaz, cubierto de autenticidad fedante, con valor probatorio "erga omnes", y que se guardará y conservará para siempre.

El iter que el notario efectúa para ejercer su función desde el momento en que es requerido su servicio hasta instrumentar la voluntad de cada otorgante puede sintetizarse de la siguiente forma:

1- **Legalidad:** el notario, tiene la obligación de instrumentar todos los actos y contratos dentro del marco de la Constitución y el ordenamiento jurídico del país. Les confiere validez a todos los instrumentos públicos que de él emanen en ejercicio de su función.

2- **Rogación:** el notario no actúa de oficio, debe ser requerido por las partes, en forma inequívoca, sin formalismos pero de manera tal que si se pusiera esa rogación en tela de juicio debería ser posible su prueba.

3- **Calificación:** para poder ser el intérprete de las voluntades de las partes, el notario debe conocer cuál es el fin teleológico que persiguen, qué es lo que quieren, cómo y cuándo, y debe traducirlo, volcándolo en la esfera de lo jurídico y asegurando su eficacia.

4- **Legitimación:** a fin de brindarle eficacia a su documento público, el notario debe tener en cuenta elementos subjetivos (capacidad de los intervinientes, representación) y objetivos (títulos, estudio de antecedentes, certificaciones registrales, informes administrativos y reportes tributarios)

5- **Instrumentación:** para documentar los actos jurídicos, el notario los encuadra dentro del marco legal y decide qué tipo de instrumento redactará, configurando su "opus", esencia de su función, que por génesis es auténtico "erga omnes".

6- **Autenticación:** el notario es el autor cierto y calificado del que emanan documentos públicos imbuidos de presunción de legalidad y exactitud de contenido, que sólo pueden ser redargüidos de falsedad en sede judicial en cuanto a los hechos percibidos directamente por él de

"visu et de auditu suis sensibus" (hacen a la inmediatez de las percepciones) y a aquellos que no presencia pero le constan de ciencia propia o por declaraciones de otorgantes u otras pruebas.

7- **Autorización:** una vez redactado, leído el documento y suscripto por otorgantes y testigos, si los hubiere, el notario firma y nace en ese momento el documento público notarial, que conlleva fuerza probatoria y ejecutiva.

8- **Conservación:** es deber del escribano conservar y custodiar en perfecto estado la documentación que compone el protocolo, mientras se encuentre en su poder. Esta obligación es consecuencia del principio de matricidad, los instrumentos originales deben ser guardados hasta que pasen a manos de los archivos respectivos.

II.2. Su aporte al mercado inmobiliario

El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica. Para ello, tiene que dictar normas claras que regulen las conductas de los habitantes del país. Pero si las leyes se multiplican, son taxativas y no establecen pautas generales, es probable que no exista seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica tampoco habrá inversiones ni un mercado con libre oferta y demanda.

En nuestro país, con algunos marcos confusos, con panoramas futuros poco prometedores, y aún con la economía frenada, sigue siendo el notariado argentino una de las instituciones más confiables para la población.

"El Estado debe ofrecer medios aptos para que las personas puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos, ya que de lo contrario, no se tratará de un Estado moderno y democrático. Y la exigencia de la seguridad en las transacciones manda que en la sociedad de hoy sea imprescindible la existencia de un notariado debidamente integrado".

"El notario tiene el cometido de la autenticación, base de la confianza. El derecho exige certeza en cuanto a comportamientos de trascendencia jurídica y el sistema recurre a la fe pública, que es la fe impuesta por el legislador en la veracidad del comportamiento que se pretende tutelar. La ley reviste al documento notarial de la eficacia probatoria del instrumento público, y esta circunstancia incide sobre el ánimo colectivo para que la aseveración del escribano sea calificada. Culmina con una función de conservación. El documento público notarial constituye la corporización de una asistencia jurídica, adaptada al objetivo de materializar la justicia, incontestabilidad y pacificación en las relaciones

entre las personas, en **una real expresión de la administración de justicia preventiva**"[25].

En Argentina, según encuestas realizadas, la población comprendió que donde interviene el notario se reduce la posibilidad de conflicto, y acude en forma creciente a las notarías buscando asesoramiento. Es importante el rol notarial en el marco de un mercado de cambios complejo, que dificulta acordar la moneda de pago, para la búsqueda de alternativas que faciliten la contratación inmobiliaria.

Como las crisis económicas son cíclicas, tenemos que ser proactivos y profundizar nuestro conocimiento a fin de asesorar a la población y aguzar nuestro sentido para ampliar nuestro marco de incumbencias, sin minimizar la contribución que el notariado efectúa en la prevención de litigios cuando interviene en la confección de documentos.

Sabemos que la seguridad jurídica va de la mano del sistema del notariado latino, cuyo documento tiene un valor agregado dada su autenticidad, certeza y permanencia.

Además "El sistema del notariado latino desde un punto de vista estrictamente económico ofrece las siguientes ventajas: a) La reunión de diferentes actividades en una sola y misma figura (lo que algunos economistas han llamado el 'multiproducto notarial') supone necesariamente una reducción de costes. Pero además sus beneficios trascienden a las partes del negocio para favorecer a los terceros en general, son las llamadas 'externalidades positivas'. b) El asesoramiento por parte de juristas calificados, y sobre todo, independientes e imparciales reduce la litigiosidad, y además los efectos atribuidos al documento facilitan la prueba en juicio lo cual es indudablemente un factor de reducción de costes. c) La estructura en la que se apoya la función notarial es especialmente eficiente, aún siendo pública se ejerce encuadrada dentro del marco de una profesión liberal. La función notarial requiere el ejercicio de actividades anteriores a la de la propia autenticación, entre las cuales se destacan la adecuación de voluntades y la mediación entre las partes, la redacción del documento, todas actividades privadas, no solamente por su propia naturaleza, sino también por el carácter privado de los intereses a los que sirven. Esta estructura reduce costos del Estado cuando organiza el servicio de seguridad jurídica preventiva puesto que todo el peso del costo de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura

[25] Highton, Elena I. "El Escribano como tercero neutral". En Revista del Notariado 896, año CXII. Abril /junio 2009. Pág. 89).

notarial y no sobre el Estado directamente, sobre quien sí recae exclusivamente el control, la selección y la determinación del régimen general del notariado. d) Conectado a un sistema de registro de publicidad, el sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la existencia de un documento público notarial, proporciona una seguridad aún mayor puesto que la autenticidad del documento que accede al registro permite que sea auténtica y cierta la información que el registro publica"[26].

Derecho comparado: algunos países como *Francia*, han logrado dimensionar la importancia del notariado en el mercado inmobiliario y se le reconoce una participación activa en la negociación. Es un accesorio de su actividad principal.

La participación notarial está estrechamente ligada a la instrumentación de manifestaciones de la voluntad, esta instrumentación está destinada a producir efectos contractuales. La negociación inmobiliaria, por su parte está indisolublemente asociada al dominio consensual del mundo de los contratos, competencia directa de los notarios. No nos referimos al ejercicio del comercio, actividad prohibida para los notarios. En el caso francés se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial inmobiliaria, reconociéndole las siguientes características:

- Es una actividad tradicionalmente notarial.
- Es una actividad accesoria a la principal
- Se debe priorizar el respeto a la ética y a la deontología inherente a la calidad de oficial público.
- Es necesario utilizar un mandato escrito (o autorización de venta) de los vendedores con duración razonable.
- Se prohíbe hacer publicidad en general y dedicarse personalmente a la comercialización.
- El ejercicio de esta actividad debe ser dentro de la notaría.
- Todos los notarios que ejercen la actividad inmobiliaria -dentro de las condiciones descriptas- pueden ser agrupados y supervisados por los Colegios de Escribanos.

La razón esencial planteada en Francia fue el interés social, y se diferenció del ejercicio de la actividad inmobiliaria ejercida por sectores interesados sólo en el aspecto económico de la misma.

[26] "El Notariado Latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones". Esc. Rosana A. Gimeno. Revista del Notariado 896, abril/junio 2009. Pág. 207 y siguientes.

En *Italia*, se consideró la obligatoriedad de la recepción de la voluntad de los contratantes en la actividad inmobiliaria, ante notario, en exclusiva defensa de las partes intervinientes en el acto.

El notariado francés creó la VNI (Venta Notarial Interactiva), que funciona eficazmente y permite encontrar en internet publicaciones sobre venta de inmuebles, realizada por los mismos interesados. Esto permite al vendedor evaluar las distintas ofertas que recaen sobre su propiedad. Ofrece un medio fiable, moderno, simple, que sólo permite la recepción de ofertas de manera transparente. Una vez aceptada la oferta, las partes se contactan con el notario designado al efecto para instrumentar el negocio.

En estos casos existe una participación activa de los Colegios Notariales en la actividad inmobiliaria. Este valor agregado a la actividad inmobiliaria redunda en beneficios para la comunidad.

II.3. La función notarial generadora de confianza social, su contribución al desarrollo jurídico y al desarrollo económico sustentable

La función notarial, generadora de confianza social es protagonista del desarrollo jurídico de la comunidad. La intervención notarial reduce la litigiosidad y en pos de un desarrollo jurídico sustentable, como modo de mejorar la calidad de vida y de preservar el medio ambiente, mediante el documento notarial y su publicidad cartular brinda datos relativos a determinadas condiciones de los inmuebles.

El notario contempla no sólo los aspectos económicos y jurídicos, sino también sociales y ambientales. En el marco de la seguridad jurídica que emana de la intervención notarial, es innegable la importancia de la información que éste brinda en base a datos relativos a determinadas restricciones, beneficios o limitaciones y que perdurarán en el documento notarial, tales como la pertenencia del inmueble a zonas de Patrimonio Histórico, a ejecuciones urbanísticas, a restricciones en la propiedad horizontal.

Los nuevos desafíos como el futuro de la provisión de agua potable y el de los glaciares, el destino de las reservas de agua, la explotación minera indiscriminada, son temas que requieren profundización.

La participación notarial en cuestiones de derecho ambiental y de urbanismo, como en la intervención en contratos de explotación agrícola o mineros es indispensable. El asesoramiento cabal y la información a las partes firmantes de los contratos en cuestión, sobre las consecuencias inmediatas y mediatas de los mismos, deben contener datos sobre el de-

sarrollo sustentable de las mismas. Es un compromiso social asumido por la institución notarial que ha comenzado en los países más desarrollados y se está extendiendo al resto del mundo. Es el desafío de este siglo.

"El notario, en el ejercicio de una función pública, y por su relación con organismos públicos y privados, tiene la posibilidad de relacionarse con cada uno de los recursos que integran el medio ambiente. Conoce de las restricciones y límites al dominio; tiene posibilidad de realizar constataciones; complementa su trabajo con peritos para verificar la degradación, agotamiento y erosión del suelo, la contaminación del aire y el agua. Se encuentra capacitado para intervenir complementariamente en los procesos de zonificación, urbanización, en la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la apertura, clausura o cierre de una planta de tratamiento de residuos o la radicación o funcionamiento de una industria"[27].

La Ley 25.675 de noviembre de 2002, declara al ambiente un bien jurídicamente protegido y establece los presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Establece los objetivos a seguir a fin de preservar, conservar, mejorar y recuperar los recursos ambientales para tener una mejor calidad de vida, para nosotros y para las generaciones futuras.

La Ley General del Ambiente (Ley 25.675) en su artículo 8 se refiere al ordenamiento ambiental del territorio, que tiene como fin organizar el uso del territorio de acuerdo con el interés general y el destino del suelo. Los llamados "clubes de campo" o "countries" y "barrios cerrados", son un ejemplo de urbanización y han tenido un amplio desarrollo, especialmente en la Provincia de Buenos Aires, y a falta de legislación específica en el derecho de fondo, fueron regulados por la Ley 8912, de ordenamiento territorial y uso del suelo, dictada en el año 1977; la que permite autorizar los planos de división de la tierra por el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, o la utilización de la servidumbre predial respecto de las áreas comunes con dominio revocable o condominio indiviso. Por su parte, el decreto reglamentario 9404 de 1987, y la resolución 74 del 26 de marzo de 1997, de la Secretaría de Tierras y Urbanismo, rige lo relacionado a barrios cerrados.

---

[27] Ponencia Argentina. XV Jornada Notarial Americana. Tema I.

La Ley nacional 25.509 crea el **derecho real de superficie forestal**, el que se constituye a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley 25.080, de inversiones para bosques cultivados, y a lo establecido en la referida ley. De esta manera, se crea un derecho real autónomo sobre cosa propia con carácter temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno, con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarlo con derecho real de garantía. Es novedoso dentro del derecho civil argentino, ya que introduce una variación que no sólo limita derechos del propietario, sino que permite que la propiedad del suelo quede escindida de la propiedad de las plantaciones. El notario interviene en la instrumentación del contrato en el que se constituye el derecho real de superficie forestal, que se hace por escritura pública y debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados. En la Provincia de Buenos Aires, y con carácter previo, a efectos de la expedición del certificado de catastro correspondiente, debe realizarse por intermedio del profesional habilitado al efecto (agrimensor) la constitución del estado parcelario, cuya registración se hace vía web. Una vez registrada la cédula catastral, el escribano solicita el certificado catastral por la misma vía.

Con el objetivo de preservar el recurso y controlar su uso, se sanciona en nuestro país, en el año 2002, la Ley nacional 25.688, sobre Gestión Ambiental de Aguas, que establece los presupuestos mínimos ambientales.

La Provincia de Buenos Aires cuenta desde el año 1998 con un **Código de aguas**, Ley 12.257, por el cual tiende a establecer un régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la provincia. Crea la Autoridad del Agua como ente autárquico de derecho público, y el registro de derechos. El artículo 12 dice: *"La Autoridad del Agua inscribirá de oficio o a pedido de parte, en un registro real y público, los derechos al aprovechamiento de las obras y recursos públicos".* En su artículo 15 impone la obligación a los escribanos de solicitar la certificación de que no se adeuda suma alguna en concepto del uso del agua. En igual sentido lo establece el artículo 26 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, Ley 5589.

Asimismo establece que el Registro de la Propiedad comunicará a la Autoridad del Agua *todo acto que modifique el dominio de los inmuebles*

afectados por un derecho de uso del agua pública dentro del término improrrogable de diez días hábiles en que el acto haya sido registrado; prevé como una forma de extinción de las concesiones, la renuncia, estableciendo "salvo disposición en contrario del acto de concesión u oposición del acreedor hipotecario, usufructuario o arrendatario..."; en cuyo caso, para que los sujetos mencionados se informen de la renuncia que se va a realizar, debe realizarse por acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Y establece la forma en que deberá presentarse la renuncia: *"conformidad expresa de quienes tengan derechos reales sobre el bien para cuyo beneficio fue otorgada y de los arrendatarios y aparceros del inmueble, cuyos contratos se inscriban en el registro que crea el artículo 12° del Título II del presente Código"*.

El decreto 3511/07 reglamentó el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, y específicamente estableció el Registro de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, creado en el ámbito de la Autoridad del Agua, en el cual deberán registrarse. Y en su artículo 15 establece las obligaciones de los escribanos*, en las escrituras públicas de transferencia de derechos reales sobre inmuebles, de asentar, conforme a la información que les suministre el* Registro de la Propiedad Inmueble*, la existencia y plazo de vigencia de derechos de aprovechamiento de agua registrados y las perforaciones registradas en el fundo.*

El rol del notario es fundamental en la protección del medio ambiente, brindando seguridad jurídica a través de su intervención en la constitución y modificación de derechos reales que recaigan sobre recursos naturales y su inscripción en los registros que correspondiere en cada caso. La Ley General de Ambiente de la Republica Argentina (Ley 25.675, del año 2002), en sus artículos 1 y 2 establece los presupuestos mínimos que aseguren una gestión sustentable y fija los objetivos a alcanzar por la política ambiental en el marco del desarrollo sustentable. El XX Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado (UINL) instó a que el notariado se integre en los procesos de decisiones en temas de medio ambiente, y que los notarios a través de su intervención en contratos notariales, puedan contribuir en la protección del medio ambiente.

En la reforma constitucional de 1994, la República Argentina consagra expresamente la protección del medio ambiente, en los artículos 41 y 43. Además se suscribieron diversos tratados internacionales en materia ambiental, pero en ellos no se hace referencia en forma directa a la intervención notarial.

En la Ciudad de Buenos Aires, para la habilitación de locales comerciales, se requiere la intervención de profesionales y una vez aprobada

la primera etapa, con la verificación edilicia y conforme a la zonificación en cada caso, debe ser presentada la documentación pertinente ante un notario, a efectos de formalizar la respectiva escritura pública. Para ello, el notario verifica previamente datos y cumplimiento de requisitos de la reglamentación de habilitación (decreto 93/06); convirtiéndose en esta instancia, en un colaborador directo de la administración pública. Con la primera (o ulterior) copia que expida el escribano y el resto de la documentación técnica, el interesado se encuentra en condiciones de formalizar la presentación del trámite ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la Ciudad de Buenos Aires existe también un régimen de protección para evitar la demolición de edificios con valor patrimonial. Para ello, los edificios deben ser incluidos en un catálogo del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad, que establece limitaciones para ser modificados. Si se encuentran incluidos dentro de la denominada "Área de Protección Histórica" (APH), La catalogación impone "límites y restricciones al dominio", que el particular debe soportar en razón del interés público y como el ejercicio normal de su derecho. Estas limitaciones se ven compensadas de alguna manera con ciertos beneficios impositivos y créditos a tasa preferencial para intervenciones que mejoren el inmueble. El escribano, previo al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio de un inmueble, debe solicitar al organismo correspondiente un certificado catastral, dado que ésa es la vía a través de la cual el Estado comunica y previene de estas circunstancias especiales, que pueden restringir y limitar el destino que el titular de dominio quiera darle al inmueble de su propiedad, si éste se encuentra en un lugar de interés histórico o posee en sí mismo interés histórico o cultural.

II.4. La influencia de la globalización y la nueva economía global

A partir de la década del 90, "La Globalización" ha sido uno de los fenómenos más importantes de la época. Se trata de un proceso dinámico, heterogéneo, multidisciplinario, complejo, controvertido, producto de la civilización occidental -donde impera el capitalismo liberal-, y que en las últimas décadas se ha expandido alrededor del mundo. Si bien podemos decir que es un fenómeno eminentemente económico -aumento de la actividad comercial y financiera a nivel planetario- no se limita únicamente a esto último; ya que también presenta aristas políticas, tecnológicas, sociales, culturales y jurídicas. La globalización es un proceso que refiere

a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los países del orbe y tiene como objetivo primordial la construcción de un mercado global, donde la circulación de activos financieros, la importación y exportación de bienes materiales y el flujo de las comunicaciones se desterritorialicen, y en consecuencia, las fronteras nacionales progresivamente se neutralicen.

El fenómeno de la globalización, ha tenido un significativo impacto en el derecho, transformando muchas de sus instituciones y dando lugar a nuevas formas de juricidad. Sin embargo, debemos tener presente que éste no sólo ha padecido sus efectos, sino que también ha desempeñado un rol causal en el proceso, ya que todos los negocios jurídicos e intercambios que se realizan a nivel supranacional y definen el nuevo orden económico mundial, no serían posibles si no se hubiese contado con instrumentos jurídicos para ello. Sin derecho no tendríamos globalización; en consecuencia los ordenamientos jurídicos nacionales -que siempre suelen ir detrás de los vertiginosos cambios sociales y económicos- no pueden permanecer al margen de este fenómeno mundial y se ven en la necesidad de crear nuevas herramientas jurídicas -útiles en este nuevo contexto-, como así también, de unificar y simplificar procedimientos y normas legales a fin de construir un sistema jurídico mundial que optimice la competitividad y la seguridad jurídica en las transacciones internacionales.

Las nuevas formas de contratación, introducidas en el país luego de la denominada influencia de "globalización de las formas de contratación", provocaron cierto desorden contractual. A fines del siglo XX y comienzos del XXI, el gobierno argentino adoptó la teoría del "Economic Analysis of the Law" como algo revelador, y se siguieron sus argumentos sin detenerse a analizar sus efectos. Esta teoría intenta unificar las formas de contratación, sin tener en cuenta las instituciones jurídicas, las modalidades y tradiciones de cada país.

Ante este panorama se observa cómo los "inversores globales", que cuentan con gran participación de inversores provenientes de países con sistemas jurídicos del *common law,* procuran instaurar sus modalidades negociales, financieras y hasta inmobiliarias en los países de destino. Ante este panorama el Notariado afrontó intenciones de cambios permanentes. De hecho, en nuestro país se desreguló por decreto la función notarial, se trató de imponer sistemas de securitización y las empresas de seguros internacionales cuestionaron nuestro sistema inmobiliario registral, sin dejar de "recomendarnos sus ventajas".

La difusión de la función del Notariado de tipo latino, a través de la UINL, comienza a tener reconocimiento expreso en el seno de los formadores de juristas y economistas que se rigen por las leyes del *common law.*

¿Cuál es entonces el papel del notario que un sistema globalizado requiere? Somos depositarios de la fe pública, garantizamos la seguridad jurídica. Los ciudadanos esperan que nosotros seamos protectores de la dignidad y del valor que tiene cada persona humana. Hay entonces varios aspectos a considerar. Pero si además estamos convencidos de que nuestro sistema de notariado latino garantiza la justa aplicación de las leyes, entonces, en nuestro trabajo cotidiano debemos resaltar la importancia del *asesoramiento* a ambas partes, con equidad y en forma imparcial; prestar especial atención ante los contratos *predispuestos* y los de *adhesión.*

Estemos atentos, hay avance e intromisión en las nuevas técnicas de contratación que vulneran derechos, se intenta modificar institutos jurídicos, y los sistemas de registración inmobiliaria para adecuarlos a las costumbres negociales de empresas o corporaciones y adaptarlos a las legislaciones de sus países de origen.

Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y los deberes de todas las partes. La función notarial no es incompatible con la economía de mercado, como opinan los que provienen o enaltecen el sistema anglosajón, todo lo contrario. En la economía de mercado, el notario es necesario como garante de la segundad jurídica y como regulador de los distintos intereses en juego. Esta misión es reconocida en los distintos países europeos, que constantemente le transfieren funciones nuevas al notario, como en Alemania, donde lo consideran "motor del desarrollo económico".

"Nuestra profesión, que se consagra por entero a la solución armoniosa directa y humana de intercambios y relaciones a la prevención de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones, y a la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica, imparcial y adecuada, previene conflictos".

Ante este nuevo escenario que presenta el mercado inmobiliario en crisis en numerosos países del mundo, aquellos Estados que tienen un Sistema Notarial de Tipo Latino cuentan con un profesional del derecho, que tiene a su cargo una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad. En virtud de la cer-

teza jurídica que brinda la intervención del notario en las transacciones inmobiliarias, es que la mayoría de los países del mundo han adoptado el Sistema Notarial de Tipo Latino[28]; estableciéndose en consecuencia el documento notarial, como elemento de forma de los contratos. Así, y a través de esta forma instrumental, la partes obtienen: a) orientación y asesoramiento imparcial sobre el encuadre jurídico mas viable para el negocio jurídico que desean celebrar, b) mayor claridad en cuanto al contenido o cláusulas del contrato, evitando nulidades, pues son redactados por verdaderos juristas, c) vigilancia por parte del notario del cumplimiento de la ley y observancia de todas aquellas implicancias de índole administrativa y/o fiscal que conlleva el contrato, d) garantía de la existencia de lo acontecido ante el notario -en virtud de la fe pública de la que es depositario por delegación del Estado-, lográndose en consecuencia, una prueba de pleno valor y fuerza ejecutiva y e) publicidad, cuando el documento es registrable.

II.5. El notario ejerce el control de la legalidad, propicia la seguridad y certeza jurídicas

El notario es un profesional de derecho en ejercicio de una función pública y debe cumplir las obligaciones derivadas del orden jurídico de su país.

En Argentina, el notario tiene que ser rogado por los otorgantes y luego de la audiencia a fin de expresar sus voluntades, confeccionará planillas de datos personales, recibirá la documentación necesaria para el acto, solicitará las certificaciones pertinentes y calificará el acto a fin de instrumentarlo.

Tiene que conocer a los otorgantes o identificarlos a través de su documento de identidad o por testigos de conocimiento, de su actuación por derecho propio o representación (legitimación subjetiva), del contenido del acto extendido en legal forma y conforme a la voluntad de las partes. Si alguno de los elementos indispensables para el acto faltase (ej.: no se acreditare la representación legal de una persona jurídica),

[28] Actualmente el sistema notarial de tipo latino se halla instituido en aproximadamente 120 países del mundo, lo que representa alrededor de 2/3 de la población mundial. El Notario Latino es un profesional del derecho con colegiación obligatoria, que cuenta con ciertos impedimentos que aseguran su imparcialidad y redacta -con ciertas solemnidades impuesta por la ley- el documento; lo que lo hace cierto, auténtico y veraz.

fuese insuficiente (no se le entregue toda la documentación solicitada) o contrario a la ley, deberá negar su intervención.

El notario, que conoce los requisitos de fondo y forma de cada acto que autoriza, es el garante de la seguridad jurídica a través del control de legalidad. Están a su cargo ciertas actividades previas o posteriores, tales como solicitar certificaciones registrales o administrativas y confeccionar minutas para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, que en ocasión de su intervención aseguran la eficacia del negocio jurídico.

Es, además, el protector de las personas con capacidades diferentes, porque si uno de los otorgantes estuviere en esas condiciones, solicitará los elementos necesarios a fin de que esté debidamente acompañado o asistido. ¿Quién mejor que el notario que es en muchos casos el confidente de las familias?

El control de legalidad confiere certeza jurídica, da seguridad al negocio y evita conflictos.

El desarrollador conoce el mercado, las reglas de juego, el perfil de la demanda, conoce los costos y la rentabilidad, pero necesita el documento adecuado para captar inversores u ofrecer en venta el producto resultante.

En esta primera instancia, el notario se convierte en un asesor clave para el armado legal del negocio y en una instancia ulterior, en el profesional idóneo para redactar el contrato con cláusulas adecuadas y a la medida del negocio subyacente, garantizando no sólo su viabilidad jurídica, sino también la observancia de las normas impositivas que correspondan.

Este asesoramiento previo deberá contemplar a ambas partes de la negociación, tanto al desarrollador que asume riesgos para llevar adelante un determinado emprendimiento inmobiliario o al vendedor de un inmueble en particular, como al futuro comprador que a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor, 24.240 y sus modificatorias, será el consumidor o usuario, es decir; *"toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines". (Ley 24.240 modificada por la Ley 26.361)*.

En este sentido una de las conclusiones de la declaración de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, en Santiago de Chile, el 15 de noviembre del año 2003, señala *"Que la actual legislación de las relaciones*

de consumo intenta asegurar la justicia y el equilibrio entre las partes, exigiendo además una adecuada y veraz información y asesoramiento, garantizadas por la intervención imparcial activa y sustancial del notario".

Esta actuación del notario, coadyuva a la comercialización en el mercado inmobiliario, e incluso a su reactivación, por cuanto en algunas ocasiones la figura jurídica elegida optimiza la concreción de un negocio, permitiendo superar ciertos escollos basados en la desconfianza de alguna de las partes. Ejemplo de ello, en nuestro país, fue el fideicomiso, por cuanto, antes de la sanción de la Ley 24.441, encontró en el notario un fiel intérprete de la figura y un experto en su redacción, logrando aunar distintos intereses.

El mercado inmobiliario se maneja con reglas netamente económicas, y el notario aporta la regulación jurídica. Más allá de la instrumentación de los Derechos Reales que consecuentemente deban otorgarse, se impone el conocimiento de los contratos asociados al mercado inmobiliario, considerando los distintos tipos de transacción.

El notario deberá conciliar en el documento los intereses de las partes, según la etapa de negociación en la que se encuentran. La redacción de las cláusulas deberán ser claras, "completas, fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente", de conformidad a lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor en su artículo décimo[29]. Así se generará la confianza de los actores, y se garantizará que el contrato que estos celebren, sea autosuficiente para resolver los conflictos que surjan durante la ejecución del negocio elegido.

[29] Ley 24.240 y sus modificatorias: Artículo 10 - Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley. *(Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).*

Deberán receptar las normas de defensa del consumidor, como se ha dicho, las que exigen los pagos bancarizados (Ley 25.345), y las que prohíben ajustar precios, aportes, etc., como así también otras normas necesarias para estructurar especialmente, *contratos con estructura de adhesión* (Dres. Celia Weingarten-Carlos A. Ghersi) y de ejecución diferida o de larga duración, respetando el orden público imperante en nuestro orden jurídico.

"No puede desconocer que la concepción clásica de la autonomía, fundada en la igualdad y la libertad de contratación se ve decididamente afectada por los principios emergentes del derecho del consumidor, que parten de una concepción realista del mercado"[30].

Otro aspecto a considerar son los distintos tipos de contratos, por ejemplo los de larga duración, en los que el tiempo es esencial para el cumplimiento y a los que no puede aplicárseles "condiciones generales de contratación"[31]... "Ni definir de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes"[32]. Estos requieren un mayor análisis por parte de los operadores del derecho, por cuanto y según comenta el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti, citando a Augusto Morello, "el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua".

El notario con su visión integradora de los derechos reales, personales y registrales tiene el desafío de prever las normas particulares para este tipo de contratos, que se verán sometidos a permanentes mutaciones.

Otro desafío para el notario lo constituye la intervención, en la redacción de acuerdos preliminares, así la oferta de compra, la reserva, el boleto de compraventa, que en algunos supuestos deben ajustarse a situaciones particulares, como por ejemplo que el precio sea en moneda extranjera, a la luz de la actual política de cambio impuesta en nuestro país, o bien en algún supuesto en que el precio o el aporte del inversor, no pueda ser definitivo porque dependerá del costo final de la construcción.

II.6. El notariado promotor de nuevas instituciones jurídicas

El notario dentro de las múltiples actividades que realiza, como aconsejar y asistir en la formación y exteriorización de la voluntad negocial,

---

30 Conclusión de la Comisión Nº 14, del tema "Principios del Derecho Privado en el Siglo XXI", XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

31 *Tratado de los Contratos.* Parte General. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

32 *Tratado de los Contratos.* Parte General. Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

tiene además un papel preponderante en el desarrollo de las distintas facetas de la vida social. Con el apoyo innegable de las nuevas tecnologías, se ha incrementado su rol de agente de información en todo lo relevante para el interés general representado por el Estado. Es parte significativa y creador de nuevas instituciones jurídicas, necesarias según los nuevos requerimientos sociales imperantes. Recientemente en nuestro país se plasmó la necesidad social de intervenir en las disposiciones para la propia incapacidad, o testamento vital, en sede notarial. Antes de la recepción legislativa, en algunas provincias, una vez más el notariado, reaccionó frente al vacío legal imperante.

El notariado es, además quien debería intervenir en el ámbito de la competencia alitigiosa, es decir en todos aquellos casos en que los otorgantes fueren capaces y estuvieren de acuerdo, por ejemplo en las sucesiones intestadas, descomprimiendo así la sede judicial y confiriendo seguridad a la población, o participando en las declaraciones de matrimonio, con las ventajas ya consabidas, aliviando las tareas del Registro Civil.

II.7. Colaboración del notariado en trámites administrativos

El notariado siempre ha colaborado con el Estado a fin de satisfacer los deberes y cargas impuestos. Es evidente la vinculación entre la función notarial y el servicio permanente que brinda al Estado. Dada su investidura y responsabilidad, ¿quién mejor que el notario cumplirá el rol de agente de información, retención y contralor?

Dado el óptimo servicio realizado por el notariado con eficacia y sin remuneración o compensación económica, las cargas administrativas, tributarias e informativas son cada vez mayores. Cada día hay más planillas a completar, informes que solicitar, que obligan al notario que brinda un servicio público personal, a trabajar integrado con terceros, empleados y profesionales, tal como contadores, para poder llevar a cabo el ejercicio de su función en forma responsable.

El notario debe solicitar certificados administrativos, y si surgiera deuda líquida, tendrá que pagar y liberar en el tiempo determinado en cada caso. Si no pagara en tiempo y forma será pasible de sanción penal y administrativa.

En la mayoría de las jurisdicciones provinciales y en la Ciudad de Buenos Aires se solicitan los siguientes certificados:

1) Certificado de impuesto inmobiliario.

2) Certificado de aguas;

3) Certificado de catastro (previa verificación de haberse relevado el estado parcelario, que alertará ante la existencia de construcciones no declaradas, cambios en el estado constructivo, y advertencias acerca de la previsión de la apertura de calles por ejemplo);

4) Certificado de VIR (valor del inmueble de referencia). Exhibe la valuación actualizada que el inmueble tiene asignada para la administración pública;

5) Constancias de claves de identificación tributaria de las partes;

6) Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles (COTI) que publicita el valor en el que el bien fue ofertado en el mercado;

7) Residentes en el exterior. Deben tramitar el certificado de retención por ante la Administración Federal de Ingresos Públicos;

8) Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas. Retendrá su importe o verificará que el vendedor haga uso de la opción del reemplazo de su vivienda;

9) Impuesto a las Ganancias. Corresponde su retención en el caso de tratarse de una actividad habitual o de personas jurídicas;

10) Impuesto de Sellos. Deberá verificar su procedencia, retener e ingresar el importe correspondiente en su caso;

11) Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes. Deberá, en las jurisdicciones en que corresponda, verificar si es menester su aplicación en el acto a otorgar o si se dio cumplimiento en su antecedente;

12) CITI. Cruzamiento informático de operaciones importantes. El notario debe informar a la agencia impositiva toda operación de compraventa, hipoteca, dación en pago, donación, permuta, adjudicación onerosa por disolución de sociedades y la constitución, cesión y cancelación de derechos reales sobre inmuebles y cualquiera que refleje flujo de riqueza o transacción monetaria;

13) Sistema de Control de Retenciones (SICORE);

14) Unidad de Información Financiera (UIF): los notarios deben brindar información al indicado organismo, encargado del control del lavado de dinero, del origen del dinero utilizado, y si los intervinientes resultan personas políticamente expuestas;

15) Terceros intervinientes: deben ser informadas todas las escrituras, celebradas entre residentes del país y representantes de sujetos del exterior, siempre que éstos no exhibieren la clave fiscal al tiempo de la escrituración. Podemos ver la gran cantidad de información generada por el notariado para el Estado. Sería conveniente centralizar toda esa información en un aplicativo que maneje cada Colegio de Escribanos o

el Consejo Federal para proporcionarla a cada repartición pública, y de esa manera aliviar a los colegiados;

16) Además deben solicitarse los siguientes certificados al Registro de la Propiedad: a) Dominio: del que surge la legitimación registral, la ausencia de gravámenes, restricciones al dominio, medidas cautelares y b) Anotaciones personales o Inhibiciones: el notario deberá calificar la libertad dispositiva del transmitente o constituyente del gravamen;

17) Una vez otorgado el acto que constituye, adquiere, modifica o extingue derechos reales sobre inmuebles, deberá ingresar una primera copia dentro de los 45 días contados a partir de la fecha de la escritura, conjuntamente con una *Minuta de inscripción:* autorizada la escritura su primera copia ingresará dentro de los 45 días posteriores a la fecha de escritura, juntamente con una minuta de la que surjan todos los datos que contiene el instrumento que acompaña en forma sintética al Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción que corresponda a la ubicación del inmueble, a efectos de su inscripción;

El notariado brinda un servicio de utilidad pública y es accesible a todos los ciudadanos, todas las tareas notariales y no notariales -como las recién mencionadas- son un aporte concreto por una sociedad más igualitaria e inclusiva.

II.8. La mediación como proceso participativo de la resolución pacífica de conflictos en el mercado inmobiliario

El mercado inmobiliario es un importante sector que forma parte de la economía de una Nación donde se proyectan, desarrollan, construyen y comercializan bienes raíces y servicios, que tiene trascendencia para el país porque condiciona el bienestar de la sociedad y colabora con el desarrollo general, siendo la base del patrimonio familiar.

La promoción de inversiones contribuye con el Producto Bruto Interno, aportando bienes de capital, producción y consumo; es generador de mano de obra, contribuye con impuestos, y amplía los programas de renovación urbanística.

Tiene la característica de ser un mercado cíclico muy sensible a los cambios económicos y políticos, monetarios y se afecta con las variables comunes que son mayor o menor desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos. En el marco de ese ámbito el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con

su debido asesoramiento imparcial a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del notario, que debe estar presente en toda su actuación, desde el asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas para los terceros.

Requiere de una sólida formación jurídica, con una mirada integradora con las otras disciplinas, ya que el notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.

En otro lugar, y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

Mediación: es un *proceso pacífico e informal de resolución de conflictos* a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

La mediación alienta la comunicación directa de los involucrados y desarrolla las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas y promueve la autonomía de la voluntad y la autogestión, es una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El mediador notario ejerce naturalmente su función mediadora y puede intervenir como tercero imparcial en conflictos derivados de la actividad inmobiliaria como los derivados por incumplimiento de boletos, contratos, depósitos, señas y reservas rendición de cuentas de administradores y apoderados; mediación en conflictos por préstamos de dinero con garantía hipotecaria mediación en conflictos con empresas de servicios domiciliarios de luz, gas, teléfono, derivados de la propiedad horizontal, disputas en consorcios, incumplimiento en el pago de expensas comunes, conflictos para fijar el valor locativo, conflictos de locaciones urbanas y rurales, conflictos por alquileres impagos, por responsabilidad de garantes y fiadores de contratos, mediación en conflictos derivados de divisiones de condominio forzoso y de partición hereditaria.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que "En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflic-

tos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir, escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las que indagamos sanamente, con la inmediación de la audiencia notarial"[33]. "... la mentalidad notarial se adecua más fácilmente que la del abogado a la mediación, porque salvo en sus estudios universitarios en que también le enseñaron que el único proscenio es el litigio, eligió un oficio que sólo opera en el acuerdo y busca integrar los intereses..."[34].

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos. Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspirados en los valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

Los mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos. Aún cuando entendamos que el conflicto sea una oportunidad, cuando nos atraviesa, nos desestabiliza, debemos generar con nuestra actividad un espacio de respeto y escucha.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

---

[33] ORMAECHEA, Carolina. "La intervención del notario en los conflictos"; Revista Notarial 945, Buenos Aires, 2003, citada en La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

[34] GATTARI, Carlos N. *Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador*, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998, citado en La Ley Buenos Aires, Número 11, diciembre 2012, Doctrina; Curuchelar, Graciela, "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

Tanto la gestión pacifica de conflictos como las técnicas de comunicación potencian el protagonismo en la búsqueda de consensos, aliviando la tensión propia que trae aparejada el conflicto.

Tomado el conflicto como una oportunidad de cambio, la posibilidad de mediar se convierte en un camino pacífico y vital.

- La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por su lentitud, hecho que compromete los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

La visión compartida del notario y mediador nace del profundo respeto por los valores que implican el compromiso con la justicia, la equidad y el mantenimiento de la paz.

Capítulo III
El Documento Notarial

III.1. Su naturaleza, forma, alcances y efectos

El documento notarial es una de las especies de documento público realizado por el agente de la función, el notario, dentro de los límites de sus competencias, cumpliendo los requisitos que la ley impone para estos instrumentos.

La ley dota a estos documentos de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad.

Dentro de los documentos notariales la escritura pública es el principal y más importante exponente de la labor del notario, siendo en ella donde desarrolla todo su potencial fedante y profesional. La escritura pública es continente de diversos hechos y actos jurídicos, principalmente -pero no en forma excluyente- de contratos.

La fe pública con la que la ley ampara a los hechos ocurridos en presencia del notario o realizados por él, es uno de los beneficios de la escritura pública, si bien ésta es compartida con otros documentos públicos, como el judicial y el administrativo.

Sin embargo, en la escritura pública el desarrollo de la labor del notario para llegar a la dación de fe es más compleja que en los demás instrumentos públicos. El notario no es un mero observador de la realidad, tampoco un testigo privilegiado. El notario recepta la voluntad de los requirentes, califica el acto jurídico que quieren realizar, lo encuadra dentro del marco de la normativa vigente, evalúa las distintas opciones y consecuencias del mismo y luego de todo este proceso funcional-profesional, confecciona el proyecto de escritura pública, siendo éste otorgado y firmado por los comparecientes en la audiencia notarial -o por firmantes a ruego en su caso- para que por fin, con la autorización del notario, la escritura pública reciba todas las virtudes que la ley prevé para este tipo de instrumentos.

Rubén Augusto Lamber considera que el instrumento público notarial "(...) tiene una impronta personal, que es la del autorizante del documento, cuya misión no se limita a la 'fedación', sino que llega a ella por medio de actividades de indagación e interpretación de la voluntad de los otorgantes o requirentes, que le permiten la configuración del documento, luego de verificar la legitimación de la forma que al efecto elige para el acto (…)".

El documento notarial, cualquiera que sea su clase, no puede separarse en secciones autónomas porque constituye un todo homogéneo y

orgánico, y nunca una mera suma de partes sin conexión alguna entre sí. Por tal motivo, el documento notarial es indivisible en su composición; no obstante las partes que lo conforman son susceptibles de ser analizadas de forma individual.

En principio es posible clasificar a los documentos notariales en dos grandes géneros:

Con valor de instrumento público:

a) Documentos notariales protocolares: son aquellos que constan en el protocolo y son expedidos por el notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y bajo las formalidades establecidas por la ley; dotados en consecuencia de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad. Son tales: las escrituras públicas, las actas notariales y las protocolizaciones.

b) Documentos notariales extra-protocolares: son aquellos que no constan en el protocolo del notario. Son tales: los testimonios, las certificaciones de firma o impresiones digitales, las certificaciones de copia de documentos, las legalizaciones, las traducciones, etc.

Sin valor de instrumento público: son tales: el índice, el libro indicador, la solicitud de certificaciones de libre deuda, las comunicaciones a oficinas públicas, etc.

A su vez es posible clasificar a la especie "documentos notariales protocolares" en:

a.1) Principales: son las escrituras públicas que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas o bien consignan hechos y circunstancias que presencia o le constan al notario, y que por su naturaleza no constituyen un contrato o negocio jurídico.

a.2) Accesorios o Complementarios: son las escrituras públicas que aclaran, rectifican, modifican e incluso revocan lo indicado en la escritura pública principal. Tienen por objeto corregir la voluntad de los comparecientes y adicionadas a la escritura pública principal conforman una sola manifestación de voluntad. Tales son: a) *las Escrituras de Confirmación*: tienen por objeto depurar vicios que contiene la escritura principal y que pueden hacer al acto jurídico instrumentado en ella anulable; b) *las Escrituras de Ratificación*: tienen por objeto aceptar actos o negocios jurídicos que fueron realizados por personas sin suficiente representación; c) *las Escrituras de Ampliación*: tienen por objeto extender o incrementar el objeto del acto o negocio jurídico que se convino en la escritura principal; d) *las Escrituras de Adhesión*: son aquellas en las cuales las partes celebran un acto jurídico y acuerdan regirlo por cláusulas de un

contrato previamente elaborado y e) *las Escrituras de Prórroga*: tienen por objeto la prolongación de un plazo pactado en la escritura principal.

III.2. Distinción del documento público y el privado

Llambías sostiene que la forma más utilizada para la celebración de actos o negocios jurídicos es la escrita o instrumental, a la que puede recurrirse mediante dos clases de instrumentos, los públicos y los privados. Nuestro Codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, no conceptualizó al instrumento público, sólo se limitó a hacer[35] una enumeración de los mismos, que si bien es limitada no es taxativa. Opinamos, al igual que gran parte de la doctrina (Llambías, Llerena, Spota y Borda), que dicha enunciación es meramente ejemplificativa, porque cualquier documento que responda a la noción de instrumento público debe ser considerado como tal, aunque no esté expresamente mencionado en la aludida enumeración.

Siguiendo a Llambías, podemos conceptualizar al instrumento público como aquel instrumento otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público, a quien la ley confiere la facultad de autorizarlo.

La doctrina señala que para que un instrumento público sea plenamente válido, debe reunir los siguientes requisitos: a) que el funcionario público tenga potestad para autorizar el instrumento, b) que el funcionario público tenga competencia material y territorial, y c) que el instrumento cumpla con todas las formalidades establecidas en la ley.

De la enumeración dada por el Codificador en el art. 979, advertimos a grandes rasgos la existencia de tres clases o especies de instrumentos públicos: a) los notariales, b) los judiciales y c) los administrativos.

Asimismo, y en lo que al instrumento público concierne, tanto el art. 976, como el art. 977 y concordantes de nuestro Código Civil, señalan que para determinados actos será necesaria la celebración mediante instrumento público, y en caso de no cumplirse con tal requisito, el acto será nulo. Incluso puede ser que la exigencia de la ley respecto a determinados actos, sea aún más estricta, no siendo suficiente la celebración

[35] Art. 979 del Código Civil argentino: son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1) Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado;…

por medio de cualquier clase de instrumento público, sino que se requerirá una especie determinada. Así el art. 1184 del aludido cuerpo normativo, enumera qué actos jurídicos deben celebrarse por escritura pública[36].

También siguiendo a Llambías, podemos conceptualizar al instrumento privado como el documento firmado por las partes sin intervención de oficial público alguno. Según lo normado por nuestro Código Civil, son caracteres sobresalientes de esta clase de instrumentos: a) la firma de las partes, como condición esencial para su existencia, no pudiendo ser reemplazada por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos; b) la ausencia de una forma especial, pudiendo las partes redactarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen más convenientes, y c) el número de ejemplares, debiendo ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto.

Principales distinciones entre ambas clases de instrumentos:

El instrumento público es aquel que se otorga ante un funcionario público; mientras que el instrumento privado se otorga únicamente entre las partes.

El instrumento público es siempre solemne; mientras que el instrumento privado a más de ser escrito y requerir la firma de las partes intervinientes, no tiene mayores solemnidades.

El instrumento público prueba erga omnes la fecha de su otorgamiento, mientras que el instrumento privado carece de fecha cierta frente a terceros. Sólo la adquiere en virtud de algún hecho incuestionable e inequívoco ajeno al documento mismo, como puede ser su protocolización,

[36] Art.1184 del Código Civil argentino. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión; 3) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones; 4) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote; 5) Toda constitución de renta vitalicia; 6) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios; 7) Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8) Las transacciones sobre bienes inmuebles; 9) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública; 10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; 11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

su presentación en juicio, el deceso de alguno de los sujetos contratantes y cualquier otra situación que haga indubitable que el documento fue suscripto en determinada fecha y no en otra.

El instrumento público conlleva autenticidad, porque tiene un autor cierto, el funcionario público facultado por la ley y revestido de fe pública; mientras que el instrumento privado carece de autenticidad, por no existir certeza acerca de la persona del autor.

III.3. La escritura pública como elemento de forma de los contratos. Su eficacia. Fe pública

La fe pública es aquella presunción de veracidad, aquella certeza o creencia impuesta por la ley, que se expande a una parte del contenido de los instrumentos públicos, cuando son realizados por un oficial público en ejercicio de sus funciones y que reúne las formalidades que la ley exige para surtir todos los efectos previstos.

No toda afirmación que haga el notario tiene el amparo de la fe pública. Los dichos del notario deben ser insertos en un documento notarial que respete los requisitos de validez exigidos. Pero no todo el contenido de la escritura pública está al amparo de la fe pública, sino aquellas afirmaciones que haga el notario de aquellos hechos ocurridos en su presencia o que sean realizados personalmente por él.

Si bien el autor de la escritura pública es el notario, los comparecientes al otorgar el acto del notario asumen el texto escriturario como propio. Existen dentro de la escritura pública cuestiones que no tienen el amparo de la fe pública porque no son dichos propios del notario, sino de los comparecientes. No se trata en estos casos de hechos auténticos, sino autenticados. El notario da fe de la manifestación, pero no de su sinceridad.

Los hechos auténticos, que tienen el amparo de la fe pública deben ser atacados mediante acción de falsedad, sea civil o criminal, mientras que los hechos autenticados admiten simple prueba en contrario. La aseveración falaz en el primer caso hace caer la validez del instrumento, comprometiendo la responsabilidad de su autor.

Si lo falso es la manifestación de las partes, en cuanto a la sinceridad de la misma y no el hecho de haber sido efectuada, la acción adecuada es la de simulación, que hará caer la validez del acto jurídico contenido en la escritura, pero no el instrumento.

La fe pública con que la ley ampara a la escritura pública es uno de los principales elementos característicos y que la distinguen de otros documentos, haciéndola preferible entre sus pares. No porque otros

documentos públicos no contengan esta virtud, sino porque en el documento notarial ella se manifiesta plenamente, ya que como dijimos, la escritura pública es un opus complejo al que se llega luego de un proceso de conocimiento que efectúa el notario.

Este valor hace que el instrumento público notarial sea creíble y dado por cierto por el conjunto social, sin dudas ni cuestionamientos. Como consecuencia, también el contenido cobra verosimilitud y certeza. Esta presunción de veracidad y exactitud cubre una necesidad social, brindando seguridad jurídica a los actos y hechos contenidos en ella, y por lo tanto es una herramienta invalorable que el Estado utiliza en pos de la paz social.

Las transacciones inmobiliarias reciben un inmejorable servicio del notariado y su obra, portante de la creencia impuesta por el Estado, ya que gracias a la seguridad aportada por ella puede desenvolverse plenamente el mercado de inmuebles sobre una base sólida, la seguridad que brinda saber sin dudas que quien vende es quien está legitimado para hacerlo, y que se respetan en el negocio todos los parámetros que la ley establece para que un acto jurídico tenga plena validez y eficacia.

Matricidad

Otro valor de la escritura pública es la matricidad. Por ella sabemos que los actos documentados ante notario por escritura pública quedan resguardados e incólumes, pudiendo recurrir a los originales muchos años después de la realización del acto jurídico; independientemente de la suerte corrida por las partes y por el autor del mismo.

El mecanismo de resguardo y la responsabilidad que genera su incumplimiento, hace de la escritura pública el documento público más seguro respecto a la reproducción posterior. El deber de custodia que tienen los notarios en relación a los protocolos se prolonga en la responsabilidad del Estado, delegada habitualmente en los Colegios Notariales, que organizan los archivos de protocolos, resguardando las matrices con un alto grado de eficacia, altamente superior a los resultados obtenidos por otros archivos de documentos públicos, los que inclusive ordenan periódicas destrucciones por cuestiones de espacio, lo que no ocurre en los archivos de protocolos notariales. Esta posibilidad de recurrir a los originales aún después de muchos años, permite la realización de estudios de títulos y un verdadero análisis de los antecedentes del dominio, contribuyendo a la seguridad jurídica pregonada.

Requisitos de validez.

Firmas: la falta de la firma de algunos de los interesados solidarios o mancomunados hace que el instrumento y el acto carezcan de valor para todos. Así reza el artículo 988 del Código Civil argentino. Cuando hablamos de validez de los instrumentos públicos debemos diferenciar la validez de éste y la validez del acto contenido en él. No es igual acto que instrumento. El instrumento es la forma que tiene un acto jurídico, la que puede ser impuesta legalmente como forma de valer o para su prueba o libremente elegida por las partes. El artículo 1004 del Código Civil argentino impone la nulidad de la escritura pública cuando no estuviere firmada por las partes o la firma a ruego cuando éstas no supieren o no pudieren hacerlo.

Competencia territorial: el oficial público debe actuar dentro de los límites del territorio asignado para el cumplimiento de sus funciones. En la República Argentina las provincias no delegaron las potestades reglamentarias de la función notarial, por lo que estas cuestiones están legisladas localmente, variando el ámbito de la competencia territorial del notario según la jurisdicción que se trate. En algunas provincias se permite una prórroga de la competencia territorial para comprobaciones de hecho y testamentos. Esta falta de delegación legislativa hace que debamos combinar las disposiciones del Código Civil con las de las leyes provinciales para dilucidar en cada caso si el escribano público actuó dentro de los límites de su competencia territorial. El incumplimiento de este requisito hace que el instrumento público sea nulo, pudiendo aplicarse la conversión formal del artículo 987 del Código Civil Argentino, según lo comentado, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos a tal fin. Esta competencia está vinculada con la exigencia de los artículos 1001 y 1004 del Código Civil argentino de consignar el lugar de otorgamiento en el texto de la escritura pública, sancionando este último su omisión con la nulidad del instrumento.

Competencia material: el artículo 980 del Código Civil argentino establece para la validez del instrumento público que el oficial público actúe dentro de los límites de sus atribuciones respecto de la naturaleza del acto que se instrumenta. Para conocer cuáles son esos límites debemos recurrir al plexo normativo de fondo, de donde surgirán los actos jurídicos a los que la legislación le indica la forma notarial, sea como requisito de ser o como requisito de valer; pero además podemos agregar que el escribano público actuará correctamente dentro de los límites de

sus atribuciones siempre que determinado acto o hecho jurídico no se le haya encomendado en exclusiva a otro oficial público. Es decir que siempre que la ley no indique en forma imperativa determinada forma para un acto o hecho jurídico en particular, delegando a un oficial público en particular la formalización de los mismos, el escribano podrá actuar mediante la autorización de la escritura respectiva, sea por imperio de la ley o por elección de los particulares.

Competencia en razón de las personas: es una consecuencia de la imparcialidad que debe garantizar el notario y que la ley presume que se vería nublada por la actuación del oficial público en los casos en los que él o un pariente suyo dentro del cuarto grado estuviera personalmente interesado, dejando a salvo cuando éstos lo hicieran en representación de una sociedad anónima en carácter de gerentes o directores de las mismas. En este sentido el artículo 985 del Código Civil argentino sanciona con nulidad a los actos que contraríen la premisa expresada en el párrafo precedente. Esta nulidad es absoluta, por lo que no es factible la confirmación del acto autorizado en desmedro de la disposición. Sin embargo, la nulidad podrá ser manifiesta o no manifiesta, dependiendo que surja o no del mismo instrumento el interés del escribano o de sus parientes en el acto instrumentado, conforme lo preceptuado.

Otros requisitos de validez: el mencionado artículo 1004 del Código Civil establece otros requisitos de validez de la escritura pública, exigiendo que la misma contenga la designación de la fecha y el lugar en el que fueron hechas, asegurando además del respeto de la competencia territorial como ya dijimos, la cronología de las escrituras impidiendo la alteración de la ubicación temporal de los distintos actos y hechos instrumentados. Agrega el artículo 1005 del Código Civil que son nulas las escrituras que no se hallen en la página del protocolo que corresponda según el orden cronológico. Vemos aquí una gran seguridad para los negocios jurídicos ya que se impide la alteración de las fechas, no permitiendo que un acto jurídico hecho con posterioridad pueda aparecer como si fuera primero en el tiempo que otro que le antecedió.

El citado artículo 1004 también fulmina con nulidad a las escrituras que no tengan el nombre de los otorgantes. La norma quiere que se determine claramente al sujeto que comparece para brindar también seguridad al tráfico jurídico. Completa la norma la exigencia ya comentada de la firma de las partes o la firma a ruego cuando ellas no saben o no pueden escribir. El artículo 309 del proyecto de Código Civil y Comercial

de la Nación Argentina agrega a los requisitos antes mencionados la firma del escribano, que la doctrina había incluido en las exigencias, pero que no está expresado en la legislación vigente.

III.4. La escritura pública como medio de prueba nacional

La teoría general de la prueba no hace distinción alguna entre la prueba civil, penal, administrativa u otra; dado que los principios básicos son aplicables a todas. "El vocablo probar significa acreditar ante alguien la verdad de un hecho, lo cual no debe hacerse exclusivamente ante el juez o autoridad jurisdiccional sino que también se lo hace ante los particulares o ante otras autoridades"[37]. En consecuencia la prueba adquiere categoría judicial cuando es considerada dentro de un proceso, sea éste civil, penal u otro.

Desde el derecho romano existe una elaborada doctrina acerca de los medios de prueba, receptada por numerosos ordenamientos jurídicos, que ciñe su clasificación en cuatro grandes grupos: la prueba confesional, la prueba testimonial, la prueba conjetural o por presunciones y la prueba documental. Esta última que es la que nos interesa tratar ahora; y al respecto cabe decir, que nuestro Código Civil refiere a ella no sólo en su aspecto procesal, sino también en su carácter de documento, estableciendo sus requisitos y alcances sustantivos. Así, el aludido cuerpo normativo refiere expresamente al valor probatorio de los instrumentos públicos en los artículos 993, 994 y 995.

Dentro de los instrumentos públicos, cabe destacar la especial importancia probatoria de la escritura pública; forma documental que sirve para asegurar la eficacia de los efectos jurídicos del hecho, acto o negocio jurídico que contiene.

La escritura pública ostenta un valor probatorio pleno, es decir que constituye uno de los medios de prueba más eficaces según la totalidad de las leyes procesales. En consecuencia, son numerosos los actos y contratos celebrados entre particulares que deben formalizarse mediante escritura pública, para estar revestidos de valor probatorio. Entre éstos podemos mencionar todos aquellos que implican la disposición y/o constitución de gravámenes sobre bienes inmuebles, la constitución de sociedades por acciones, entre otros.

---

[37] CURSACK, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal". Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

La escritura pública, como documento de fecha cierta, constituye un medio de prueba válido y seguro. No obstante, ese valor probatorio, esa plena fe de la que está dotada, puede ser impugnada por redargución de falsedad (art. 993 del Código Civil) o bien impugnada por prueba en contrario (arts. 994 y 995 del Código Civil). "Del texto (…) del art. 993 del Código Civil se desprende que la falsedad debe ser interpuesta únicamente por acción. Consecuentemente, queda descartado el planteamiento de la falsedad por vía de excepción, admitida expresamente por el Código Civil en materia de nulidades (art. 1058 bis reformado por la Ley 17.711). Tiende a demostrar la falsedad del instrumento público, que es la contracara de su autenticidad: la falsedad es toda alteración de la verdad. La acción podría ser planteada en el ámbito jurisdiccional civil o penal, de acuerdo con lo prescripto por el mencionado artículo del Código Civil"[38].

III.5. Su libre circulación

El proceso de globalización en el que estamos inmersos, conlleva necesariamente la circulación internacional de instrumentos públicos; tráfico que demanda imperiosamente una simplificación de formas en aras de una mayor celeridad y bajos costos, sin vulnerar por ello la seguridad jurídica.

La importancia que han tenido en los últimos tiempos los movimientos migratorios, el comercio internacional y las transacciones transfronterizas sobre bienes raíces, han provocado que los distintos países del orbe exijan conforme a sus respectivos ordenamientos jurídicos, procedimientos de legalización, tanto para los instrumentos públicos procedentes de países extranjeros que deban producir efectos jurídicos en su territorio; como para aquellos instrumentos públicos emitidos en su territorio que deban producir efectos jurídicos en países extranjeros.

Según las normas del derecho internacional privado, para que un instrumento público tenga validez en un país extranjero es necesario que esté legalizado[39] por la autoridad del país que lo emite. Así, la circulación

[38] CURSACK, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal". Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

[39] La legalización es el procedimiento que da autenticidad a la firma del funcionario que autoriza un instrumento público y brinda certeza sobre su investidura o calidad jurídica.

internacional de documentos notariales "ha requerido tradicionalmente la legalización diplomática o consular que asegura su eficacia *urbi et orbi* y *erga omnes*. Se trata del trámite por el que la firma del autorizante del instrumento o la última autoridad habilitante extranjera o argentina; v.gr: la firma de un miembro de la Corte Suprema de Justicia o el Ministerio de Relaciones Exteriores; es autenticada o visada por cotejo por el cónsul del país de ejercicio actuante en el país del otorgamiento, y la de éste funcionario, a su vez, es habilitada por Cancillería del país extranjero o, en nuestro país, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto. La simple enunciación del trámite, más aún su seguimiento, basta para calificarlo como caro y engorroso"[40].

A partir del año 1961, la Convención Internacional de la Haya brindó a los países signatarios, adherentes y vinculados a ella[41], un auxilio jurídico, al sustituir o reemplazar entre éstos el trámite de legalización consular de los instrumentos públicos por la *apostille*[42], "sello o certificación uniforme estampado por la autoridad competente del Estado originante del documento, sin que sea menester otras diligencias".

La *apostille* va colocada en el instrumento, unida a él. Debe observar un tamaño, una forma y un texto convenidos, según modelo anexo a la Convención. Salvo el título, que debe consignarse en idioma francés *apostille*, el país que la expide puede optar por escribir el texto en su idioma oficial o en el idioma del país de ejercicio.

La *apostille* acredita la existencia material del documento y la certificación abarca la autenticidad de la firma por cotejo con la registrada, el carácter que inviste el firmante y la identidad del sello o timbre".

En la República Argentina, están facultados para aplicar la *apostille* en los instrumentos públicos (sean de origen notarial, judicial o administrativo) destinados a producir efectos jurídicos -en países extranjeros signatarios, ratificantes o vinculados a la Convención de la Haya-; desde el año 1988 el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto y, desde el año 1997, por una delegación de funciones, los Colegios

---

40 TAIANA DE BRANDI, Nelly A. y BRANDI TAIANA, Maritel M. "La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos". Revista del Notariado 863. Doctrina. Buenos Aires. Argentina.

41 La República Argentina, es un país adherente a la Convención de la Haya, desde 1987, por Ley 23.458.

42 Es importante aclarar, que hoy sigue siendo aplicable la legalización consular, a los instrumentos públicos procedentes o destinados a producir efectos jurídicos en países que no forman parte de la Convención de la Haya.

Notariales de todas y cada una de veinticuatro provincias que conforman nuestro país, lo que sin duda alguna acercó geográficamente la prestación del servicio a los ciudadanos, con las consiguientes ventajas que ello implica para los usuarios; rapidez y abaratamiento de los costos del trámite. Asimismo cabe decir, que la delegación de dicha competencia en los Colegios Notariales de todo el país, aglutina en éstos el ejercicio de dos potestades que pueden ser complementarias -cuando de documentos notariales se trata-: a) *la legalización interna* -necesaria para el tráfico de dichos documentos dentro de las fronteras nacionales-, y b) *la legalización externa* -necesaria para la circulación extraterritorial de dichos documentos, es decir cuando deben producir efectos jurídicos en terceros países firmantes, adherentes o signatarios de la Convención de la Haya-.

Por último, consideramos importante señalar que continúa vigente la legalización consular para la circulación internacional de documentos notariales en países que no forman parte de la aludida Convención, la que a partir del año 2002, ingresa a nuestro país con un folio de seguridad consular que es de uso directo, sin necesidad de su legalización por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

También Brasil y Argentina, han celebrado un convenio binacional que suprime las legalizaciones consulares entre ambos países.

III.6. El documento informático notarial y la seguridad jurídica

No hay duda de que el aporte que la informática nos ha brindado en las últimas décadas, ha facilitado mucho estos circuitos, principalmente en lo que a la velocidad de las transacciones se refiere, y a la creación de bases de datos electrónicas, que nos permiten mejorar aspectos tales como auditoría, estadística y principalmente servicio al usuario final de las mismas, o sea al ciudadano.

Es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos y la seguridad en términos jurídicos. Son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda. En este sentido, si bien las tecnologías de la información, aportan como se dijo velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que a veces la automatización sumada a la seguridad informática, puede hacernos caer en el error de pensar que con ello se logra la seguridad jurídica.

No tenemos dudas de que hay determinados controles que por lo menos hasta ahora no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y claramente éste es el caso de la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos para con la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y a su vez el propio Estado. No debemos desprendernos del concepto que muy claramente reza que la informática no es más que una herramienta al servicio de las personas, en este caso de la función notarial. Con esto queremos decir que debemos aprovechar las bondades que la tecnología nos ofrece, pero dentro del límite de tener claro que son para mejorar los servicios que cada uno brinda actualmente, haciéndolos más ágiles y tecnológicamente seguros, y que el elemento de seguridad jurídica que la tecnología no puede suplir, justamente está dado por la intervención del notario ejerciendo el rol que le compete.

Llevando la cuestión a un ejemplo vulgar, podemos afirmar que la seguridad tecnológica se basa en elementos matemáticos, u objetivos: la validación de una firma digital, es casi como decir que dos más dos es cuatro, y si da tres, es inválido; aquellos dispositivos que se basan en las huellas dactilares, también generan un algoritmo matemático que genera el mismo control; aun aquellos que son más avanzados y que toman en cuenta las pulsaciones cardíacas al momento de la firma o la presión arterial, tampoco implica que tengan la certeza de que el consentimiento esté viciado al momento de la firma.

Y es justamente aquí donde se debe plantear la cuestión de fondo, el rol que cada notario cumple en el ejercicio de su función, no es meramente objetivo, sino subjetivo, aportando su conocimiento y razonamiento humano al caso que se le plantea.

En este sentido, la Unión Internacional del Notariado, ha realizado varias manifestaciones. A través de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica expuso: "El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del Estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas. Su intervención, tanto por el consejo, que da de forma imparcial pero activa a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del derecho la seguridad jurídica que éste busca y que está tanto

mejor asegurada por cuanto el notario es un jurista de alta cualificación universitaria que accede a su profesión después de diversas pruebas, exámenes y prácticas, y que ejerce conforme a las reglas disciplinarias estrictas, bajo el control permanente de la autoridad pública y gracias a una implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio de cada Nación. En fin, la intervención del notario, que preserva de posibles litigios, es un mecanismo indispensable para la administración de una buena justicia"[43].

También manifestó la necesidad de "definir y difundir las funciones notariales en el marco de las transacciones jurídicas por vía electrónica; elaborar recomendaciones en procura de prácticas notariales uniformes en las transacciones jurídicas por vía electrónica a nivel mundial; elaborar propuestas para una formación notarial básica en materia de transacciones jurídicas por vía electrónica; proveer de información a todos los notariados que lo soliciten; desarrollar el concepto de una infraestructura notarial de seguridad a nivel mundial"[44].

Y además que "Desde el punto de vista notarial se deben distinguir tres niveles de confianza: la identificación, la verificación de datos relativos a los interesados y la declaración de voluntad. Teniendo en cuenta su calificación de jurista el notario puede jugar un rol importante en los dos últimos niveles precitados. En efecto, se piensa en los casos en los que el notario interviene exclusivamente en virtud de la función pública que el Estado le ha delegado o en los casos en que las atribuciones han sido conferidas exclusivamente a los poderes públicos. En consecuencia, para transacciones electrónicas en el ámbito de la administración pública, o con la administración pública, especialmente autoridades de registro, fiscales o municipales, se desarrollarán modelos que no tendrán base comercial. El notario, que ejerce su función pública en el marco de una profesión liberal, se vincula con los dos ámbitos precitados y deberá responder con el nivel jurídico esperado tanto en las transacciones jurídicas en soporte papel como en las que se realicen por vía electrónica. La actividad del notario en calidad de redactor de actos y consejero y asistente de las partes aumenta la seguridad jurídica en la circulación de los documentos. Sin embargo, mientras las autoridades certificantes

---

43 "El Notario y su función", Conferencia de notariados de la Unión Europea, Madrid, 23 de marzo de 1990.

44 "El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas", Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.

se ocupan, en principio, y según lo expresado por la teoría matemática y organizacional, sólo de las funciones técnicas de preparado y verificación de documentos electrónicos producidos individualmente (emisión de certificados, producción de claves, desarrollo y administración de los registros necesarios, etc.), el notario ha sido siempre responsable tanto de la preparación técnica de los documentos como de los servicios jurídicos ofrecidos. Así como el notario necesita hacer uso de los productos disponibles en el mercado que se relacionan con su equipamiento técnico (material informático, sellos, productos para escribir), en el ámbito de las transacciones electrónicas la utilización de los componentes necesarios y/o cooperación de prestadores de servicios técnicos le permitirá ofrecer diversos servicios notariales que implicarán meramente el transporte de sus funciones tradicionales al mundo electrónico, sin que se vea afectada su imagen. En este marco, el notario, en su carácter de prestatario de servicios jurídicos, ofrece además de una alta cualificación jurídica un valor agregado jurídico, al tiempo que utiliza las facilidades técnicas disponibles que tendrá que manejar básicamente"[45].

Dentro de todo este esquema es importante la revisión y la aclaración sobre los roles de las llamadas "Autoridades Certificadoras", protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), sin la cual se hace imposible el funcionamiento de sistemas informáticos basados en tecnología de firma digital. En este sentido es importante dejar perfectamente aclarado el rol de las autoridades certificantes y de las autoridades de registro, como agentes que administran claves públicas, y certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física; sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial. Asimismo, el uso que cada persona puede dar a su dispositivo de firma, no implica que el mismo, por estar dentro de una estructura de PKI legalmente reconocida, no tenga vicio de la voluntad alguno. Es justamente por esto que recalcamos, como se dijo anteriormente, que el elemento de seguridad faltante, lo aporta la función del notario.

Cuando hablamos de tecnología, y su vertiginoso avance, no sólo hacemos referencia a lo que sucede en el presente sino que debemos tener en cuenta su impacto a futuro; y claro está que el futuro se construye sobre los parámetros y las bases que determinamos en el presente.

---

[45] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica UINL.

Estos planteos, nos deben llevar al análisis de cuál es el mejor camino para lograr una fusión seria entre los elementos que ofrece la tecnología y los roles y funciones que cada uno tiene en el espacio jurídico. Desde la óptica notarial, como se dijo anteriormente, no hay dudas de que la adaptación del notariado a la aplicación de las nuevas tecnologías es absolutamente viable; la otra cuestión que está absolutamente clara es que la misma debe ser ejercida dentro de los principios fundamentales del notariado de tipo latino. Así la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado expresó: *"Consideramos además como perfectamente posible, lo que denominamos FUNCIÓN NOTARIAL ELECTRÓNICA. En este sentido, es necesario que el notariado se adecue a las tecnologías, pero su aplicación siempre debe ser realizada dentro de los principios del notariado de tipo latino. El ejemplo más clásico es que la mayoría, interpreta o imagina inicialmente, cuando se habla de este tema de la contratación a distancia, y algunos llegan a imaginar las 'certificaciones de firmas electrónicas' como un acto sin presencia del firmante. Lo que la comisión recomienda es todo lo contrario. ¿Se puede certificar notarialmente una firma digital? Obviamente que sí, dentro de los principios del notariado latino, o sea, siguiendo el ejemplo, con la presencia ante el notario del firmante y realizando el acto de firma frente a éste, quien previamente verificó la identidad de la persona y la validez del certificado de firma del mismo. Aclaremos que el ejemplo que se ofrece, refiere a los aspectos principales, y no en detalle el escenario de la infraestructura necesaria en la notaria, porque excede este informe*[46]*",* y que *"Por otra parte, es unánime en la comisión, que lo fundamental es la 'función' del notario, más allá del elemento en el que se plasme la misma, hoy 'papel de protocolo' mañana quizás un archivo electrónico. No nos hace notarios el otorgar nuestros actos sobre un papel que, si bien tiene diferentes características en los distintos países, es un 'papel con medidas de seguridad', sino que somos nosotros los que al ejercer nuestra propia función, dotamos a ese instrumento de las características propias del instrumento público notarial*[47]*".*

En el mismo sentido, expresó: *"los notariados deben comprometerse para que se implementen las nuevas tecnologías en la función notarial.*

[46] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

[47] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. Guanajuato, México, septiembre 2010.

En este sentido, se deja expresamente aclarado que la misma deberá realizarse en consonancia con los principios fundamentales del notariado de tipo latino. La inmediación del notario y las partes es fundamental e irreemplazable para proporcionar aquellos elementos que la seguridad informática no ofrece. Estamos convencidos que la función notarial aporta el elemento de seguridad jurídica del que carece la herramienta tecnológica. Hoy, si bien la tecnología se presenta como un mecanismo 'seguro', es claro que los elementos vinculados a la inexistencia de vicios de la voluntad, y la capacidad al momento del otorgamiento del acto, no son resueltos tecnológicamente. Por esto la función del notario, que perfectamente puede adecuarse a la utilización de las nuevas tecnologías, dotaría de seguridad jurídica a los documentos electrónicos. Es importante que los notariados tengan claro que deben tomar la iniciativa en cuestiones de implementación de circuitos electrónicos. En este sentido es fundamental que realicen capacitación de su notariado base y generen estrategias para vincular al notariado con la estructura estatal, y promover las reformas legislativas que fueren pertinentes a tal fin"[48].

Todos estos conceptos, dejan en claro el rol del notariado y su función como guardián de la seguridad jurídica y creador de los documentos que pasan bajo su ministerio; el acto contenido en el documento público notarial, posee no sólo los elementos jurídicos necesarios para el mismo, sino la seguridad que brinda el asesoramiento previo, la verificación de la capacidad de sus otorgantes y la ausencia de vicios de la voluntad en los mismos al momento de su otorgamiento.

Cabe aclarar que en el caso puntual de la República Argentina, la Ley de Firma Digital 25.506, en su artículo 4º, deja fuera del ámbito de aplicación de la misma a las escrituras públicas.

III.7. Seguridad documental y registral

Notarios y registradores -en sus respectivos ámbitos- están encargados de bregar por la seguridad jurídica privada49. El notario en la esfera de

---

[48] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica - UINL. La Habana, Cuba, marzo 2011.

[49] Es admitida la desmembración de la seguridad jurídica en pública y privada. La primera, refiere a las relaciones entre el Estado y el individuo; la segunda refiere a las relaciones de los individuos entre si; avala relaciones jurídicas de naturaleza privada, así como sus actos jurídicos constitutivos, modificativos y extintivos. El derecho registral inmobiliario está esencialmente ligado a la seguridad jurídica privada.

los actos y negocios jurídicos que autoriza y el registrador en el ejercicio de sus funciones de calificación e inscripción de documentos (sean notariales o de otra índole), que acceden al registro[50].

En el sistema notarial de tipo latino, las instituciones notarial y registral emergen como las más idóneas para obtener a priori, la fijación del derecho privado, y en consecuencia, brindar a los particulares seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias.

La función notarial es básicamente preventiva, evita el litigio, al dejar los actos y negocios jurídicos sometidos a su órbita, absolutamente claros, firmes y seguros.

"El ciudadano común -porque el mundo creció, porque los negocios son complejos y porque ya no puede simplemente dar la palabra para el cumplimiento de un contrato- comenzó a requerir un documento, y un documento elaborado en grado de perfección, por un jurista conocedor del tema y de la problemática actual, de la anterior y de las figuras modernas y de la adecuación a los tiempos. Pero a su vez no cualquier instrumento, sino un instrumento que a través de la función fedante, a través de la intervención del escribano, genere certeza y seguridad"… El notario "crea un documento auténtico que ingresa al registro con una estructura y un peso de verdad, que surgen de la propia norma y de su función fedataria; y que sólo puede ser atacado con una querella de falsedad"[51].

Para lograr una óptima seguridad jurídica privada, es necesario que las escrituras públicas accedan a los registros públicos[52], obteniendo de esta forma efectos erga omnes.

En nuestro sistema legal, una y otra función (notarial y registral), están estrechamente vinculadas entre sí; de modo que la publicidad

---

[50] Nuestro sistema registral inmobiliario es declarativo, no constitutivo; y lo que se inscriben son títulos, documentos o instrumentos, no derechos. Los derechos reales sobre inmuebles, nacen, se modifican, transfieren y extinguen extrarregistralmente, siendo requisitos esenciales el título suficiente y el modo suficiente (art. 2505 del Código Civil). En nuestro ordenamiento jurídico, la publicidad cartular se completa o perfecciona con la publicidad registral.

[51] DODDA, Zulma A.. "La seguridad jurídica y el notariado". Conferencia pronunciada durante la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos. Mar del Plata, Argentina, abril de 2005.

[52] Los Registros Públicos Inmobiliarios, constituyen un medio para la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles; debiendo ser la registración de los documentos que contienen los actos jurídicos que sirven de causa a dichos derechos, de carácter obligatorio.

cartular se completa con la publicidad registral, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Los Registros Públicos Inmobiliarios, son instituciones organizadas por el Estado, puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la seguridad jurídica; principio éste, universalmente reconocido en los estados de derecho, que garantiza la aplicación objetiva de la ley. A fin de salvaguardar el riesgo que implica la lentitud en el tráfico del documento notarial al registro público para su inscripción, es que se ha establecido el principio de reserva de prioridad; pilar fundamental del sistema registral inmobiliario argentino, establecido por el legislador a fin de brindar seguridad jurídica en la contratación y protección a las personas (físicas o jurídicas) que intervienen en la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, quienes deben quedar al margen de los distintos sucesos que puedan involucrar al transmitente o a sus acreedores. Nuestros registros inmobiliarios inscriben documentos y no derechos; así la inscripción de los títulos perfecciona su oponibilidad frente a terceros".

En un sistema registral como el nuestro (declarativo), que requiere para su registro documentos auténticos, la labor de calificación del registrador es mas rápida, sencilla y por ende conlleva menor responsabilidad; pues su estudio se centra en la forma extrínseca y en aspectos sustanciales que surjan de la escritura pública (si el notario no se hubiese manifestado respecto de éstos de manera expresa y fundada) y en aquellas situaciones jurídicas que hacen al tracto (encadenamiento con el asiento registral antecedente).

Capítulo IV
Derecho de Propiedad[53]

IV.1. Concepto y características del derecho de propiedad desde la visión constitucional[54]

La Corte Suprema de Justicia acuñó un concepto de propiedad abarcando en él a todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, y que estén definitivamente incorporados a su patrimonio[55].

De manera que la protección que brinda a la propiedad el art. 17 de la Constitución Nacional alcanza a todos los bienes que pueda tener una persona, cualquiera que sea su naturaleza (materiales o inmateriales) y que se los pueda apreciar económicamente. En un orden general, en tanto el de propiedad es un derecho subjetivo civil e individual, ello trae aparejado que su titular tiene un poder directo sobre el bien de que se trate, de manera que podrá disponer de él sin más restricciones que las que la ley le imponga.

El contenido concreto del derecho de propiedad, que también surge de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, se integra con los "*derechos reales"* (Fallos. T.145-325); los "*derechos personales*" (Fallos T.145-325); los "*derechos patrimoniales"* regulados por el derecho administrativo (Fallos T.304-586); el "*derecho de transmitir y recibir por causa de muerte*" (Fallos. T.190-159); los "*derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial".*

---

53 Encaramos el tratamiento de los rubros que integran este tema IV, con cita de las normas vinculadas contenidas en el "Proyecto de Código Civil y Comercial" (Texto publicado por Zavalía, Prov. Bs.As., julio 2012), elaborado por la Comisión de juristas designada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 191/2011 e integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Este enfoque obedece a la particular incidencia que tiene esta proyectada reforma sobre la normativa civil regulatoria de los derechos reales, y por estar claramente involucrada en la temática particular que nos ocupa, propuesta para este Congreso Internacional del Notariado Latino.

54 *Tratado de Derecho Constitucional y su Addenda.* Ekmekdjian, Miguel Ángel. Tomo II (arts. 14 bis a 27). Edit. Depalma. Bs. As. 1994.

55 Sobre el desarrollo del concepto "propiedad" desde la óptica del más alto tribunal consultar la doctrina de los fallos dictados en autos: "Horta, José c/Harguindeguy, Ernesto", (21/8/1922) Fallos 136-59; "Mango, Leonardo c/Traba, Ernesto", (20/8/1925) Fallos 144-220 y "Bourdieu, Pedro c/Municipalidad de la Capital", 16/12/1925) Fallos T. 145, pág. 325. Fuente: *Derecho Civil. Derechos reales*, Tomo I. Papaño, Ricardo J., Kiper, Claudio M., Dillon, Gregorio A., Causse, Jorge R. Astrea, 2012.

La doctrina prefiere sustituir el término propiedad por el de derechos patrimoniales y, en cuanto a la condición de que estén efectivamente incorporados al patrimonio de la persona, su importancia radica en que cuando esto ha ocurrido, ninguna ley posterior puede alterarlo. Consecuencia de lo anterior es que la no retroactividad de la ley se engarza con la inviolabilidad que predica el art. 17, actuando ambas como garantías constitucionales.

Siguiendo con esta visión constitucional, el mencionado art. 17 establece los parámetros bajo los cuales será factible expropiar la propiedad cuando se la promueva por una causa de utilidad pública. Las condicionantes son dos: afectación legal e indemnización previa. Las normas específicas sobre expropiación[56] admiten que ella pueda recaer sobre todos los bienes convenientes o necesarios para satisfacer la utilidad pública, sean del dominio público o privado, sean cosas o no.

La amplitud normativa fue criticada, habiéndose obtenido resultados conflictivos en el caso de concurrir afectaciones dispuestas por leyes nacionales y provinciales sobre bienes del dominio público y/o privado de cualquiera de estas jurisdicciones.

Si el Estado, no obstante haber dado cumplimiento a todas los actos necesarios para perfeccionar la expropiación, no le hubiere dado la utilidad prevista o, directamente, no le hubiere dado ninguna utilidad, quien haya sufrido la expropiación goza de un plazo de dos años para reclamar el recupero de lo expropiado, mediante el recurso de la retrocesión, devolviendo la indemnización recibida.

La propiedad intelectual también es motivo de protección en este mismo art. 17 y por el término legal, de manera que los derechos del autor sobre su obra, o mejor dicho los derechos intelectuales, algo menos próximos a la idea de derecho patrimonial y más cercano a lo ético, quedaron incorporados al plexo constitucional.

La limitación temporal se explica porque luego del período en el que los derechos fueron percibidos por el autor, la sociedad tiene a su favor la prerrogativa de gozar de los beneficios de la obra intelectual. Ello así porque silenciosamente le aportó al creador elementos que le permitieron elaborarla.

A propósito de la propiedad industrial, es frecuente advertir que los bienes intangibles de las empresas (marcas, patentes, secretos empre-

[56] Ley de facto 21.499/77.

sariales) revisten una importancia económica igual o mucho más significativa que todos sus activos físicos. No nos ocupamos de la confiscación ni de la requisa, herramientas que el art. 17 se ocupa de desterrar, por ser tópicos ajenos a los temas que nos ocupan.

Finalmente, hacemos hincapié en una de las manifestaciones que pusieron en evidencia la pérdida de intensidad del liberalismo a ultranza del siglo XIX. Nos referimos a la "*función social de la propiedad"* motorizada por la doctrina social de la Iglesia (v. encíclicas papales: *Rerum Novarum(León XIII-1891); Quadragesimo Anno (Pio XI-1931); Mater et Magistra (Juan XXIII); Populorum Progressio (Pablo VI-1967), Centesimus Annus (Juan Pablo II-1991)*) la que, juntamente con la regulación del trabajo dependiente y la amplitud conceptual conferida al derecho de propiedad, fueron adquiriendo jerarquía constitucional a partir de su primera expresión en la Constitución de Méjico de 1917.

La primera manifestación constitucional ocurrida en nuestro país se produjo con la reforma de 1949 a nuestra Carta Magna, aunque sólo se ocupó de convertir en norma de la más alta jerarquía decisiones que había adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta Constitución Nacional fue dejada sin efecto por el entonces gobierno de facto, lo que fue confirmado por la Convención Constituyente de 1957 que repuso la Constitución de 1953 y le incorpora el art. 14 bis. Si bien en este artículo no se fijan conceptos precisos sobre la función social de la propiedad, sirvió para que por otra vía se consolidara esa función, ora a través de leyes especiales (locaciones urbanas, represión del agio y de la especulación, arrendamientos rurales, contratos laborales, etc.), ora mediante la reforma de artículos del Código Civil (arts. 2513 y 2514) que relativizan el concepto romanista del derecho de propiedad para acuñar otro que le reconoce una orientación directamente vinculada con lo social.

La reforma de 1994, que mantiene la protección de la propiedad de sus artículos 14 y 17, introduce con jerarquía constitucional a los instrumentos internacionales que conciernen a los derechos humanos y potencia el reconocimiento de sus tierras a los pueblos originarios (v. art. 75 incisos 17 y 22). Esta reforma genera un doble centro de imputación normativa admitiendo, por un lado, la existencia de derechos en los que el interés que se protege está vinculado con las necesidades comunitarias y, por otro, que no haya un titular predeterminado de estos derechos. De alguna manera, con esta reforma el perjuicio se diluye por las dificultades que trae aparejado determinarlo en supuestos tales como: la tala indiscriminada; el aprisionamiento de las aguas y la atención debida a los consumidores (v. arts. 41 y 42).

Dentro de la órbita constitucional que examinamos corresponde referirnos a la protección de la vivienda familiar única y de ocupación permanente, la que alcanzó su expresión más contundente con la sanción de la Ley nacional 14.394, entre cuyas disposiciones contempló la posibilidad de afectar un bien inmueble, urbano o rural, como **bien de familia**, a través de un trámite administrativo o mediante el otorgamiento de una escritura pública.

Se destacan entre sus características más sobresalientes: que la afectación debe ser solicitada por el propietario, para quien tiene la consecuencia de limitarlo en el ejercicio de su gestión patrimonial, porque ese inmueble no será susceptible de ejecución por los acreedores cuyos créditos sean de fecha posterior a la inscripción registral. Esta inscripción es constitutiva de manera que recién cuando ésta se alcance la afectación será oponible a terceros.

La relevancia de esta institución, dictada al amparo de las facultades no delegadas a las provincias, concierne a su carácter de ley nacional, puesta a disposición de todos los habitantes de nuestro país, por lo que la inejecutabilidad del inmueble afectado sólo la puede invocar quien se haya sometido a la totalidad de sus disposiciones.

No obstante, en diversas constituciones provinciales o por algunas normas locales se admiten mecanismos de protección de la vivienda decretando su inembargabilidad e inejecutabilidad. En su momento la Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció sobre la inconstitucionalidad de estas previsiones por entender que invadía lo que establece el art. 505 del Código Civil sobre los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, habida cuenta que la regulación de las relaciones entre acreedor y deudor es materia de exclusiva incumbencia del Congreso Nacional, lo que alcanza también a la forma y modalidades propias de la ejecución de los bienes del deudor (Fallos: 271:140; 103:373; 252:26; etc.).

Recientemente en la Provincia de Buenos Aires se sancionó la Ley 14.432, normativa alcanzada por los mismos reparos que hizo notar nuestro más alto Tribunal de Justicia, exigida por una reglamentación que, de no dictarse, la dejaría sin operatividad alguna.

La conflictividad que se podría generar por la sanción de estas normativas será zanjada teniendo en cuenta los fines y materias que se regulan de modo tal que, establecido que son de incumbencia de la legislación de fondo, las normas locales no podrán ser aplicadas por la supremacía jerárquica de las leyes sustanciales de la Nación.

IV.2. Bienes propiedad de los particulares y del dominio del Estado

IV.2.a. Los bienes propiedad de los particulares

El artículo 2347 del Código Civil contiene una fórmula de exclusión de la que resulta: que todas las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los estados, de las municipalidades o de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas. De manera que resulta necesario apelar a las normas que deciden cuáles son esos bienes para establecer cuáles son los que les pueden pertenecer a las personas físicas y/o jurídicas.

IV.2.b. Los bienes del dominio público y privado del Estado

El artículo 2339 del Código Civil distingue entre los bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los estados particulares de que ella se compone, de los que son bienes privados del Estado general o de los estados particulares.

Entre los bienes públicos quedan comprendidos todos aquellos inalienables, destinados al uso y goce de toda la población, cuyo uso es habitualmente gratuito salvo cuando se perciben cantidades mínimas destinadas a su reparación y/o mantenimiento.

El art. 2340 incluye entre otros los siguientes:

1. Los mares territoriales hasta la distancia que la legislación especial establezca, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua.
2. Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros.
3. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas (…).
4. Las playas marinas y las riberas internas de los ríos.
5. Los lagos navegables, y sus lechos.
6. Las islas que no pertenezcan a particulares que se formen en lagos navegables, ríos o mar territorial.
7. Las obras públicas, como plazas o caminos.
8. Los documentos oficiales de los poderes del Estado; y
9. Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico.

Mediante decisión que se deberá adoptar por los poderes competentes (legislativo o administrador), los bienes públicos del Estado pueden ser desafectados e ingresar a su dominio privado.

El dominio privado del Estado se rige por las normas del Código Civil como cualquier particular, salvo para su enajenación exigida por los requisitos que imponga el derecho administrativo.

Estos bienes están designados en la nómina del art. 2342 del Código Civil.

Las tierras sin dueño que se encuentren en la República (tierras fiscales).

Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles (…).

Los bienes vacantes (inmuebles sin dueño) o mostrencos (cosas muebles sin dueño).

Las construcciones efectuadas por el Estado, y los bienes adquiridos por éste.

Las embarcaciones que naufraguen en las costas argentinas, sus fragmentos y cargamentos, si pertenecen a corsarios o enemigos.

Los bienes privados del Estado que se destinan a la prestación de un servicio público no pueden embargarse.

En el art. 2344 del Código Civil se establece que son bienes municipales los que el Estado o los estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Los que son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo autoricen.

La propiedad de los templos y de las cosas sagradas y religiosas está regulada en los arts. 2345 y 2346 del Código Civil.

IV.2.c. Los bienes con relación a las personas en el proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento en el Congreso de la Nación

Las normas son de factura muy próxima a las del Código Civil. En este proyecto se menciona a los "*bienes pertenecientes al dominio del Estado"* y, por otro lado se alude a los *"bienes del dominio privado del Estado*" (arts. 235 y 236). Se eliminan las "construcciones" y las cosas de "corsarios o enemigos". Se percibe un tratamiento mucho más amplio de los bienes, distante del patrimonialista que le imprimió el Codificador. En este orden se contemplan a los derechos de propiedad comunitaria de los pueblos originarios y los derechos de incidencia colectiva con regulaciones particulares.

IV.3. ¿Cuáles son las principales leyes que regulan la propiedad inmueble?

En el orden nacional y respecto de la propiedad inmobiliaria, corresponde mencionar las siguientes leyes actualmente vigentes:

Ley de venta de inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos 14.005/50, modificada por la 23.266/85.

Ley 14.394/54 en lo concerniente a la afectación de inmuebles como bien de familia.

Ley de Propiedad Horizontal 13.512/48.

Ley de Reformas al Código Civil 17.711/68.

Ley Registral Inmobiliaria 17.801/68.

Ley de Prehorizontalidad 19.724/72.

Ley de Locaciones Urbanas 23.091/84.

Ley 22.232/94 de **Inembargabilidad e Inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con préstamo del Banco Hipotecario Nacional.**

Ley de Regularización dominial 24.374/94.

Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción 24.441/95.

Ley de superficie forestal 25.509/01.

Ley Nacional de Catastro 26.209/05.

Localmente cada jurisdicción territorial ha dictado sus propias disposiciones regulatorias de la propiedad inmueble. Se destacan, entre otras, las siguientes normas sancionadas en la Provincia de Buenos Aires: a) Decreto 2489/63, con directivas registrales inmobiliarias y reglamentación de la Ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48; b) Decreto Ley 8912/77 sobre Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo; c) Decreto 9404/86 para el emplazamiento de los Clubes de Campo; d.) Decreto 27/98 para el emplazamiento de los Barrios Cerrados; e) Ley 1727/02 creando el Registro de Urbanizaciones Cerradas; f) Decreto 947/04 que permite actualizar el estado constructivo de unidades afectadas al régimen horizontal. Ponemos énfasis en destacar estas regulaciones porque ha sido en jurisdicción de la mencionada provincia donde se emplazaron, en cantidad más que significativa, las nuevas manifestaciones de la propiedad inmueble: parques industriales, clubes de campo y barrios cerrados. En el resto de las jurisdicciones provinciales sus respectivas legislaturas apelaron a la normativa dictada y vigente en la Provincia de Buenos Aires. De última generación es la Ley 24.432/2012 dictada en la Provincia de Buenos Aires, regulatoria de la protección de la vivienda única y de ocupación permanente, pendiente a la fecha de reglamentación.

IV.4. ¿Cuáles son los tipos de bienes inmuebles que regulan las leyes en el proyecto de Código Civil y Comercial en tratamiento en el Congreso de la Nación?

IV.4.1. Inmuebles por su naturaleza: dice el art. 2314 del Código Civil que *"(…) las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre".*

En el Proyecto de Código Civil y Comercial tales inmuebles son: *"(…) el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y los que se encuentren bajo el suelo sin el hecho del hombre."* (Art. 225).

IV.4.2. Inmuebles por accesión: para el Código Civil son consideradas inmuebles las cosas muebles que realmente se encuentren inmovilizadas en sí mismas que se convierten en inmuebles por estar realmente inmovilizadas por su adhesión física y perpetua al suelo (art. 2315: accesión física) o por estar puestas intencionalmente por su propietario, como accesorias de un inmueble, sin estarlo físicamente; o cuando sean puestas por los propietarios o los arrendatarios de los predios o por el usufructuario, mientras dura su derecho. (Arts. 2316, 2320 y 2321).

En el mencionado proyecto "*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario."* (Art. 226).

IV.4.3. Inmuebles por su carácter representativo: dice el art. 2317 del Código Civil: "(…) los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis".

El Proyecto de Código Civil y Comercial, dentro del Título referido a los bienes, no trae una disposición que contemple a los inmuebles por su carácter representativo.

IV.5. Limitaciones o restricciones al derecho de propiedad de carácter público y privado

El Código Civil trata la materia de las restricciones y límites del dominio a partir del art. 2611, en el Título VI del Libro III.

El Codificador, en la nota al art. 2506 expresa que "… según dijeron los sabios antiguos, aunque el hombre tenga poder de hacer en lo suyo

lo que quisiere debelo hacer de manera que no haga daño ni atropello a otro". A lo que se debe agregar que el derecho de dominio está sometido a numerosas restricciones, no sólo respecto de los vecinos y fundos contiguos, sino también en el interés público.

El art. 2611 establece que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo. Esto implica reconocerle al Estado un extraordinario poder de limitación del dominio al instituirse el *"numerus apertus"* para las restricciones impuestas en el interés público por el derecho administrativo.

Sin embargo, en el Código existen restricciones al dominio (dispuestas, según el Código, en el interés privado) tales como el camino de sirga (art. 2639), las cláusulas de inenajenabilidad (arts. 2612 y 2613), aun cuando en ellas prevalezcan connotaciones de interés público. La única restricción al dominio de carácter convencional la encontramos en las disposiciones de la Ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial los límites al dominio están dispuestos en el Capítulo 4 del Título 3 del Libro Cuarto (art. 1970 y siguientes) contemplándose entre sus disposiciones algunas de las siguientes: a) que los límites impuestos en materia de vecindad rigen en subsidio de las normas administrativas dictadas en cada jurisdicción; b) que los deberes impuestos por las limitaciones no generan indemnización de daños salvo que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio; c) las cláusulas de inenajenabilidad; d) el camino de sirga que se reduce a 15 metros; e) luces y vistas, etc.

IV.6. Formas de adquirir la propiedad

IV.6.a. Formas de adquirir el derecho real de dominio

Los medios de adquirir el dominio son los hechos y actos (humanos y jurídicos) previstos por la ley para adjudicar en propiedad una cosa determinada, mueble o inmueble, a una persona que, así, incorpora ese derecho real a su patrimonio.

El art. 2524 del Código Civil enumera los siguientes modos de adquisición del dominio: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de los frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción.

La doctrina civil calificó de incompleta esta nómina, señalando que no se mencionan las siguientes formas de adquirir: a) la que hace el poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (art. 2412 Código Civil); b) la que concreta el propietario del fundo del tesoro hallado por

un tercero (art. 2556 Código Civil); c) el supuesto de expropiación por causa de utilidad pública (no obstante que la menciona el art. 17 de la Constitución Nacional y el art. 2511 del Código Civil)[57]; d) la que verifica el subadquirente de buena fe y a título oneroso, no obstante que el acto por el cual su antecesor llegó a ser propietario haya sido anulado (art. 1051 Código Civil)[58]; e) la que hace el Estado a través de decomiso, dejando al margen de esta forma de adquirir a los particulares, regida por leyes aduaneras, de precios máximos, sanitarias, de pesca, de policía municipal, etc.

IV.6.b. Clasificación de las formas de adquirir

Por actos entre vivos o mortis causa. En el primer caso cuando ocurre el acto traditivo de la posesión de la cosa de que se trate (arts. 577 y 2524 inc. 4º, Código Civil). Ejemplo del segundo caso: el legado de cosa cierta (arts. 2524 inc. 6º y 3766, Código Civil).

A título universal y a título singular, según si lo adquirido fuera la totalidad o una parte de los bienes que constituyen un patrimonio (ver art. 2313 y su nota Código Civil), o si fuese una cosa determinada. El primer caso se verifica en la sucesión por causa de muerte (arts. 3279, 3263, etc.), y el segundo cuando la cosa es adquirida por medio de un acto jurídico idóneo para transmitir la propiedad seguido de la tradición (art. 3265).

Originarios y derivados: se tiene por adquisición derivada a la que ocurre independientemente y pese al derecho que tenía el propietario anterior, o cuando la cosa no tenía dueño (res nullius), como sucede con la apropiación, la especificación, la accesión, la percepción de frutos y la prescripción adquisitiva. En estos casos, el derecho de dominio se adquiere con total amplitud y sin más limitación que la que pueda imponer la ley. En cambio, cuando se adquiere de un titular anterior (art. 3265 y mortis causa) se dice que el modo de adquirir es "derivado" y esto trae como consecuencia que el adquirente tendrá la cosa con todas las cargas, gravámenes y limitaciones (arts. 3266, 3278, etc.). Modos de adquirir derivados son la tradición y la sucesión en los derechos del propietario, es decir los previstos en los incs. 4º y 6º del art. 2524.

---

57 Lafaille, Héctor. *Tratado de los derechos reales*. Vol. I, Nº 568 y 599.

58 Alterini, Jorge H. en Llambías – Alterini, *Código Civil anotado*, T. IV. A. Pág. 321.

IV.6.c. La adquisición de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil y Comercial

Mantiene los requisitos del título y del modo para adquirir derechos reales en forma derivada y por actos entre vivos (los que deberán ocurrir entre personas capaces y legitimadas al efecto) (art. 1892), remitiendo al Libro Quinto en lo relativo a la adquisición por causa de muerte.

No modificó el carácter declarativo de la publicidad registral, manteniendo el régimen imperante en el Código Civil reformado por la Ley nacional 17.711/68 a través del art. 2505 en forma concordante con la Ley nacional de Registro 17.801/68. La oponibilidad de la adquisición o transmisión de los derechos reales constituidos conforme las disposiciones de este Proyecto, son oponibles a terceros interesados y de buena fe cuando tengan publicidad suficiente, la que se considerará alcanzada por la inscripción registral o por la posesión, según el caso (Art. 1893).

Prevé que ocurra la adquisición por el mero efecto de la ley en los casos que se indican en el art. 1894; limita absolutamente que por vía judicial se pueda constituir derecho real alguno o imponer su constitución, salvo que una disposición legal disponga lo contrario, y admite la adquisición por prescripción tanto larga como breve bajo idénticos parámetros con los que estos institutos legales son tratados en el Código Civil en el Libro Cuarto relativo a los derechos reales y personales. En cuanto a la sentencia de prescripción adquisitiva larga, y con un sentido contrario al efecto retroactivo que se le reconoce a la sentencia, establece que ésta debe indicar la fecha en la que se cumple el plazo legal para producir la adquisición del respectivo derecho real (Art. 1905).

IV.7. Copropiedad, condominio, tiempo compartido y otras modalidades de la propiedad

IV.7.a. En nuestro país irrumpen, sucesivamente, nuevas formas de ser de la propiedad inmueble, contándose entre ellas: los clubes de campo, los parques industriales, el tiempo compartido, los cementerios privados, los centros de compras y los barrios cerrados. Su emplazamiento en la órbita inmobiliaria fue motorizado por la iniciativa creadora de la autonomía privada. El poder administrador se ocupa de ellas más tarde, dictando las regulaciones pertinentes a nivel local, en función de las jurisdicciones políticas en las que tuvieron desarrollo.

En algunos casos (v. gr. tiempo compartido, cementerios privados y centros de compras) se advirtió que era preferible comercializar los

productos derivados a través del otorgamiento de derechos personales. El condominio vigente, vaciado en el molde romanista, constituía un estado transitorio de la propiedad y sus reglas sobre actos de disposición, administración y partición están enderezadas a su conclusión, lo que lo convierte en un derecho real esencialmente inestable. Por su parte los supuestos de indivisión forzosa de fuente legal, convencional, testamentaria o judicial, deben ser estrictamente considerados, sin posibilidad de extenderlos a otros casos que no sean los autorizados legislativamente ni de exceder sus condiciones y plazos. Las circunstancias que anotamos contribuyeron decisivamente para que la comercialización se orientara como lo expresáramos.

Como consecuencia de lo anterior los clubes de campo, los parques industriales y los barrios cerrados hacen pie y se consolidan en la órbita de los derechos reales, confiriéndoles a sus adquirentes título suficiente con la consecuente inscripción registral. Mayoritariamente se los identifica como afectados al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, cualquiera fuera su lugar de emplazamiento. En los casos en que así no ha ocurrido, las diferencias son operativas en cuanto a la utilización de todo aquello que sea de aprovechamiento común en estos complejos inmobiliarios, y los títulos que se otorgan no se encuentran afectados a las restricciones voluntarias al dominio, emergentes de la aplicación del régimen horizontal.

Conceptualmente el tiempo compartido se configura a través del otorgamiento de la facultad de usar y gozar con exclusividad determinados bienes (generalmente inmuebles) sucesiva y alternadamente, por períodos previamente establecidos de duración perpetua o temporaria, transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte.

El cementerio privado implica la titularidad de un inmueble que debe obtener una habilitación municipal (porque es la comuna local la que ejerce el poder de policía mortuoria) para emplazarse como tal y que, en función de esta particular situación, queda autorizado para transferir el uso y goce de unidades destinadas a la inhumación y exhumación de cadáveres.

El emplazamiento de los clubes de campo y de los barrios cerrados suele estar regulado por normas de idéntica factura por tratarse de emplazamientos inmobiliarios que, esencialmente, difieren en su magnitud, mucho mayor la de los primeros.

IV.7.b. El Proyecto de Código Civil y Comercial bajo el título común de conjuntos inmobiliarios incluye a éstos juntamente con los cementerios

privados y el tiempo compartido, implementando una regulación individual que tiene en cuenta, fundamentalmente, lo que es el objeto inmobiliario de estos emprendimientos. Esto no fue óbice para que a cada una de estas situaciones jurídicas se las categorizara como derechos reales autónomos, cuestión muy opinable cuya resolución final está pendiente.

IV.8. La hipoteca. Su constitución. Inscripción y ejecución

IV.8.a. En el Código Civil el derecho real de hipoteca se sostiene sobre estos pilares, que constituyen sus requisitos esenciales, manteniéndose como característica especial que la cosa inmueble continúa en poder del deudor: a) la especialidad que tiene dos vertientes: a.1) la crediticia o grado de agresión patrimonial que está dispuesto a tolerar el deudor respondiendo con la cosa que afecta al gravamen, y a.2) la objetiva, que remite a la cosa inmueble que el deudor hipoteca; b) la accesoriedad, vínculo necesario entre la causa fuente y el gravamen, originando una relación de apoyo en una obligación (cuyo cumplimiento garantiza) la que puede tener como fuente al contrato, al cuasi contrato, al delito, al cuasi delito o a la ley; c) la registración inmobiliaria a los efectos de publicitar la constitución de la hipoteca.

Desde el concepto legal que nos provee el Código Civil (art. 3108) la hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación dineraria: cuando la obligación no tiene esta naturaleza, se debe establecer un monto estimativo.

La constitución de una hipoteca se debe instrumentar en escritura pública dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 3131: a) individualización de deudor y acreedor; b) fecha y naturaleza del contrato al que accede y archivo en el que se encuentra; c) datos relativos al inmueble que se hipoteca y d) suma cierta de la deuda.

La inscripción registral debe producirse en el plazo legal (45 días) contado a partir de la fecha de otorgamiento del acto, para conservar y ejercer la prioridad que confiere el certificado con bloqueo solicitado por el escribano que autorizará el acto notarial, durante su vigencia, procedimiento que retrotrae los efectos del acto a la fecha del otorgamiento. De no contarse con este certificado la inscripción será directa, de manera que todo acto jurídico o medida cautelar cuyo ingreso sea anterior al del testimonio o copia de la escritura constitutiva de la hipoteca, será oponible al deudor, al acreedor hipotecario y al autorizante del acto.

Frente al incumplimiento del deudor de la obligación que se hubiera garantizado, el acreedor procederá ejecutivamente por dos vías posibles, tramitando ambas en sede judicial. Una netamente procesal que se inicia con la demanda por cumplimiento hasta concluir en la subasta del inmueble, y la otra, con muy poca intervención jurisdiccional, motorizada por la parte acreedora y con un relevante protagonismo notarial. Este procedimiento especial de ejecución hipotecaria fue habilitado por la Ley 24.441/95 de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción, y la doctrina lo calificó como juicio hipotecario propiamente dicho, pues persigue la ejecución del inmueble hipotecado para obtener la liquidación de la deuda.

Restaría aludir, para completar este subtema, que en el Código Civil se admite la emisión de pagarés hipotecarios (intervenidos por el registrador de la hipoteca -art. 3202-), a fin de que el deudor, una vez cancelada la deuda y recuperados la totalidad de los pagarés que firmó, obtenga la cancelación del gravamen sin necesidad de la presencia del acreedor.

Siguiendo relativamente el régimen de los pagarés hipotecarios, la Ley 24.441/95 dio origen a las letras hipotecarias cartulares y escriturales, de las que sólo tuvieron operatividad las últimas nombradas. Una norma clave parta el funcionamiento de estas letras, es el art. 37 de la Ley, en el que se previó que la emisión de la letra hipotecaria trae aparejada una novación legal, por lo que el deudor ya no deberá por la causa que originó su deuda sino por el importe que figure en la letra. La emisión de las letras fue pensada para su colocación en un mercado secundario de capitales.

IV.8.b. En el Proyecto de Código Civil y Comercial (Título 13, Cap. 2) al deudor se lo identifica como constituyente, admitiéndose que la hipoteca sea constituida por los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. Esta atribución legal no disimula que sea necesario examinarla para precisar su procedencia y alcance, al menos, en algunos de los derechos reales que se citan.

En general este proyecto mantiene los lineamientos del Código Civil permitiendo que el acreedor hipotecario, cuyo gravamen pesa sobre una parte indivisa del inmueble del deudor, se oponga a la partición extrajudicial que pretendan llevar a cabo los condóminos. Por otra parte admite que se convenga la aplicación del proceso ejecutivo que las partes acuerden.

Una reforma relevante de este proyecto respecto del derecho real de hipoteca es la introducción de la hipoteca de máximo y la admisión de

las hipotecas abiertas tema, este último, de los más controvertidos en la doctrina civil especializada.

En el primer caso mediante la intervención de varios artículos (2187, 2189 y 2193), cuyos textos reclaman una interpretación armónica si lo que se propone es admitir este tipo de garantía tanto para créditos determinados como indeterminados.

En segundo caso se abre el juego a las hipotecas abiertas (aseguramiento de créditos indeterminados en su causa fuente, caracterizados por estar pendiente la individualización del crédito en sus elementos necesario), lo que puede ocurrir posteriormente pero antes de procederse ejecutivamente contra el deudor que no cumplió con las obligaciones a su cargo.

Capítulo V
El sistema registral en la propiedad inmobiliaria

V.1. Principales sistemas registrales. Principios y características

Como lo requiere el coordinador internacional desarrollamos una breve síntesis de los principales sistemas registrales inmobiliarios para establecer la comparación con el sistema registral argentino.

Sistema alemán

El dominio de los inmuebles se adquiere por un *negocio dispositivo* en el que hay acuerdo, no hay actos materiales sobre el inmueble sino actos oficiales sobre el papel.

Se trata de un *negocio abstracto.* La posesión no tiene ninguna relación con la adquisición del inmueble. *El negocio vale aunque sea nulo el título,* pero en estos casos de nulidades se abre una instancia de acción personal por enriquecimiento para corregir el desplazamiento patrimonial.

El dominio se adquiere por la inscripción y el titular inscripto transmite la propiedad aunque no esté en posesión.

Se aplica el principio de presunción de exactitud de la registración y el que alegue una inexactitud tiene la carga de la prueba.

Tiene plena vigencia el principio de **fe pública registral**, la adquisición de la posición registral conduce directamente a la propiedad, aún adquirida de quien no es dueño.

El registro inexacto vale como exacto para el tercero que celebra un negocio dispositivo con el titular inscripto, obrando de buena fe y en consecuencia adquiere la posición registral inatacable por acciones reales.

El derecho alemán no admite la usucapión contra tábulas, es decir la usucapión contra el titular registral. En cambio admite la adquisición

secundum tabulas, es decir el que tiene la posición registral sin ser dueño y además tiene la posesión (coincide registro y posesión) durante 30 años adquiere el dominio.

Por otro lado si una persona tiene la posesión durante 30 años y citado el titular registral no comparece, se declara caduca la posición registral y se inscribe al poseedor.

Sistema francés

El sistema del Código de Napoleón buscaba resolver el problema que generaban las donaciones a terceros, con relación a las cuales los herederos no tenían ninguna acción.

Las donaciones tenían que insinuarse, es decir registrarse ante el juez. Las no "insinuadas" eran inoponibles a terceros, entre los que se incluía a los herederos.

Al estallar la Revolución Francesa la preocupación tiene su centro en los acreedores y cómo protegerlos, asegurando que contraten con el dueño. Para ello se establece que "Los actos traslativos de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, deben ser transcriptos en los registros de hipotecas". Hasta entonces no pueden oponerse a terceros.

La venta es perfecta entre las partes y se adquiere el dominio desde que vendedor y comprador convienen sobre la cosa y el precio.

La jurisprudencia resolvió que *el consentimiento era suficiente para transmitir la propiedad, no sólo entre partes sino frente a terceros, y no es necesario en consecuencia ningún acto material ni registral*.

El sistema del Código Napoleón es *consensualista,* el consentimiento basta para obligarse y para transmitir y es *aformalista*, no se exige forma alguna con excepción de las donaciones y las hipotecas. Se trata de un sistema sin publicidad.

A partir del año 1855 se organizan los registros y para ser oponible a terceros es necesaria la *transcripción* en los mismos, y en el año 1955 la legislación exige que todo documento que deba publicitarse en el registro debe estar *redactado en forma auténtica.*

El sistema francés es declarativo, el derecho nace antes de la inscripción.

Sistema anglosajón y sistema Torrens

El sistema Torrens nace en 1858 en Australia. El que entra al sistema debe presentar los títulos, un plano y la solicitud de registración con las firmas autenticadas.

Los funcionarios del registro califican en sus aspectos técnicos y jurídicos la documentación que ingresa, y si se resuelve inmatricular se publica y se inicia un período de oposiciones que si se presentan se resuelve en Tribunales.

El registro emitirá entonces el certificado de título por duplicado. El original queda en el registro y la copia se entrega al interesado.

Para vender se presenta al registro el contrato de venta y el certificado, y el registro procederá a emitir un nuevo certificado cancelando el anterior, o se utiliza el mismo certificado con nota de la transmisión. Este sistema está acompañado generalmente del seguro de títulos.

Sistema español

La Ley Hipotecaria española de 1861 enuncia las reglas fundamentales del sistema. El registro tiene un sistema de *folio real* por inmueble. Los derechos reales nacen cumplidos los requisitos de *título y modo,* y la inscripción es voluntaria, aunque se procura estimularla.

La excepción al carácter declarativo del registro se da con relación a la hipoteca ya que la falta de inscripción genera la inexistencia de la hipoteca. Esta excepción aparece en el Código Civil en 1889.

Presunción de exactitud del registro: la persona que figura inscripta como titular de un derecho inscripto tiene la presunción a su favor de que la anotación es correcta. Se trata de una presunción iuris tantum, y en consecuencia, quien quiera atacar esa titularidad debe cargar con la prueba.

Un aspecto importante para luego comparar con el sistema argentino, es que la presunción de exactitud deriva en una *presunción posesoria* en virtud de la cual el titular inscripto es considerado poseedor del inmueble.

Basándose en estas presunciones del derecho español, quien adquiere del titular registral está protegido y su adquisición no podrá ser atacada.

Sin perjuicio de lo expresado, debemos tener en cuenta el principio de *"buena fe"*, por lo tanto el adquirente sólo será protegido si desconocía la verdadera situación y actuó inducido a engaño por la publicidad registral.

El principio de legitimación posibilita que el titular registral, aunque no sea dueño del bien, transmita un derecho real que no le pertenece, siempre que el adquirente sea de buena fe.

La Ley Hipotecaria consagra los principios de prioridad, tracto sucesivo, rogación, legalidad y especialidad.

No se trata de registros de transcripción sino de inscripción, con un extracto referido a los aspectos esenciales: inmueble, titular del derecho, y derecho que se inscribe.

Si bien está vigente la fe pública registral, no se trata de un registro convalidante. La registración no sanea los vicios.

V.2. Sistema registral argentino

La fuente normativa del sistema registral inmobiliario argentino son el Decreto Ley 17.801/68, y el artículo 2505 del Código Civil. La reglamentación de la Ley y la organización administrativa de los registros están reservadas a las jurisdicciones locales llamadas Provincias.

Características

El Sistema Registral argentino es *declarativo y no convalidante*. El primero de estos caracteres surge de los artículos 2 y 20 de la Ley Registral y 2505 del CC, y el segundo del artículo 4 de la citada Ley.

El carácter declarativo implica que el derecho real nace antes de la registración, en nuestro país *el título y el modo* configuran los elementos que dan nacimiento al derecho real.

El carácter declarativo es reconocido en numerosos precedentes jurisprudenciales y por mayoría abrumadora de la doctrina.

En Argentina, a diferencia del derecho español, la inscripción registral no implica que quien figura como titular del derecho sea poseedor.

La jurisprudencia reiteradamente sostuvo que el adquirente por boleto de compraventa con posesión se opone al titular inscripto sin posesión y a los terceros acreedores embargantes posteriores a la posesión. Claramente en nuestro país la publicidad posesoria supera a la registral, ya que el derecho real requiere título y modo, si el titular inscripto no está en posesión no adquirió el derecho real pese a que el registro publicite su titularidad.

El artículo 20 de la Ley Registral, justamente por el carácter declarativo del registro, establece que las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado.

No convalidante porque la registración no subsana los vicios de los que adolezca el acto jurídico que ingresa al Registro y el interesado podrá pedir la declaración judicial de nulidad.

El nuestro es un **registro de títulos,** una variante del registro de actos o contratos. El registro de títulos recepta un documento elabora-

do por otro funcionario y el registrador tiene una actividad de control de legalidad. Para el derecho argentino esta calificación es limitada, y no puede incursionar en la capacidad de los otorgantes ni la validez del acto dispositivo.

No se trata de un registro de derechos, en el que el acto al ingresar al registro se convierte en derecho, se trata de un registro abstracto, en el que no interesa la causa ni otros requisitos como la posesión.

Efectos de la registración

La registración, conforme lo establecen el artículo 2505 del Código Civil, y el artículo 2 de la Ley 17.801, tiene por objeto la **publicidad y la oponibilidad a terceros**, que tendrán que ser de buena fe.

El principio de **fe pública registral** no está consagrado en la legislación argentina, así lo estableció la jurisprudencia: "el principio de fe pública registral, fundado en la presunción de exactitud del registro a favor de los adquirentes de buena fe, no ha sido incorporado técnicamente a nuestro derecho".

Quien adquiere de un titular registral que no era dueño, quedará a merced de una acción reivindicatoria en tanto no logre consolidar la usucapión.

Respecto a la **obligatoriedad de la inscripción,** si bien la misma no surge de la norma registral, conforme lo establecen las legislaciones locales, la inscripción es uno de los deberes funcionales del notario. Por otro lado, la Ley 17.801 en su artículo 23 exige que el funcionario público que intervenga en la transmisión, modificación o constitución de derechos reales debe tener a la vista título de propiedad inscripto, es decir que el titular del derecho no inscripto, no podrá disponer de él salvo los supuestos de excepción de tracto abreviado previstos en la norma registral, que sólo pueden aplicarse en los registros declarativos como el argentino, ya que el derecho nace fuera del Registro.

No debemos olvidar que la inscripción registral es un soporte más para la seguridad jurídica preventiva, y el notariado es uno de los pilares esenciales para velar por esta seguridad.

La técnica de registración es de **folio real** ya que se basa en el inmueble, en el objeto del derecho, no en la persona ni en la causa y es de **inscripción,** ya que de los documentos que ingresa se extraen breves notas.

Conforme lo dispone la Ley Registral en su artículo 12 el folio real contendrá: datos del inmueble, de las personas físicas o jurídicas que sean titulares del dominio, de la proporción en el derecho real, la identi-

ficación del título de adquisición, su clase, lugar y fecha de otorgamiento y funcionario autorizante y el número y fecha de presentación del documento en el registro.

Principios registrales en el derecho argentino

En el I Congreso Internacional de Derecho Registral, realizado en Buenos Aires en 1972, se dijo que "… los principios del derecho registral son las orientaciones fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo".

Nuestra Ley Registral consagra los siguientes principios:

Rogación. La situación registral sólo variará a petición del autorizante del documento o de quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretende registrar. (Art. 6 de la Ley).

Este principio admite algunas excepciones en los casos de inexactitudes registrales generadas por errores materiales del registrador.

El desistimiento de la rogación es la petición que se efectúa ante el registrador para que interrumpa el examen del documento cuya inscripción o anotación se rogó, y no implica la renuncia del derecho que instrumenta el documento que ingresó al registro, dado que la inscripción es meramente declarativa.

Legalidad y calificación. El registrador tiene no sólo el derecho sino la obligación de efectuar el control de legalidad del documento que ingresa, a través de la función calificadora.

No hay duda del derecho que compete al registrador, sin embargo lo que la doctrina y jurisprudencia analizan y discuten son los límites de esta facultad calificadora.

Una objeción a la organización de los registros argentinos se basa en que conforme a las legislaciones locales, la mayoría de los registradores son designados por los funcionarios del gobierno de cada provincia, sin participar de concursos de antecedentes ni capacitación para el cargo y, en algunos casos, como la Provincia de Buenos Aires, no se requiere título universitario de derecho. Esto implica que quien finalmente califica por el Registro en caso de que ante la observación se abra la vía recursiva, puede ser alguien no capacitado para la tarea.

El artículo 8 de la Ley 17.801 expresa que el registrador debe efectuar el control de legalidad de las formas extrínsecas y omite referirse a otros aspectos que sí figuran en la normativa española. Sin perjuicio

de ello la mayoría de la doctrina se enrola en una posición intermedia, y considera que el registrador debe calificar cuando se trata de nulidades absolutas y manifiestas, y verificar que se cumpla con los principios de tracto, especialidad en cuanto al inmueble, prioridad y rogación. En todos los casos debe calificar ateniéndose a lo que resulta del instrumento que accede al registro y de los asientos respectivos. El proyecto de códigos unificados del año 1998 agregó que el registrador puede calificar otros aspectos que surjan del instrumento si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada.

Especialidad o determinación. Este principio implica que todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, el inmueble, el derecho y su titular, deben estar claramente especificados.

El artículo 12 de la Ley precisa los datos que se reflejarán en la matrícula para cumplir con este principio.

Si el inmueble se modificara por planos de división, de unificación o anexión, se confeccionarán nuevas matrículas que quedarán relacionadas con la anterior a fin de evitar el doble dominio.

Tracto. En el ámbito registral, el tracto es el encadenamiento sucesivo de titularidades registrales.

El artículo 15 de la Ley establece que "no se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones".

Tracto abreviado. El artículo 16 de la Ley consagra el tracto abreviado o comprimido, que es una modalidad del tracto sucesivo por la que se permite registrar un derecho, sin que previamente el disponente inscriba el suyo, concentrando el registro en un único asiento, dos o más actos a partir del que figura inscripto. No afecta la secuencia ni el tracto, no es una excepción al requisito de sucesividad.

Los supuestos previstos en el citado artículo cuya enumeración no es taxativa sino meramente ejemplificativa son: a) documentos otorgados por los jueces, o los herederos declarados cumpliendo obligaciones asumidas por el causante o que se encuentran registrados a nombre de éstos, b) actos relacionados con particiones de bienes hereditarios y c) instrumentaciones simultáneas referidas a un mismo inmueble aunque

intervengan en la autorización distintos funcionarios. En todos los casos, el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro.

Prioridad. El artículo 17 de la Ley Registral consagra el principio de prioridad que está regulado además en los artículos 5, 19, 40, 22 y 23.

El sistema registral argentino consagra lo que la doctrina entiende como una de las formulaciones más perfectas de este principio, articulando sobre la base de reservas de prioridad progresivas que van conformando las posiciones registrales.

Comienza con la "reserva de prioridad" que se obtiene con la certificación solicitada por el funcionario público para autorizar un acto de adquisición, transmisión o constitución de un derecho real (art. 25), pasando luego por el plazo para presentar el documento al registro, contado a partir del otorgamiento del mismo (art. 5) y terminando con el plazo de inscripción provisional en caso de observaciones y sus prórrogas (art. 9).

Este encadenado perfecto concluye con lo normado en el art. 17 que establece que inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia del certificado a que se refieren los arts. 22 y concs., y se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5.

Por supuesto que rige también para los restantes documentos que ingresan al registro sin "reserva de prioridad" la denominada prioridad directa que implica primero en el tiempo primero en el derecho (art. 19): La prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento.

Si bien en el derecho argentino el rango es móvil, las partes pueden concretar pactos sobre el rango (reserva-posposición-coparticipación) conforme a lo dispuesto en el Código Civil, art. 3135, y en el art. 19 de la Ley Registral. Las partes podrán mediante declaración de su voluntad sustraerse a los efectos del principio de prioridad descripto, estableciendo otro orden de prelación para sus derechos.

V.3. Documentos inscribibles

La Ley 17.801, en su artículo 2, establece cuáles son los documentos inscribibles, es decir los que tienen vocación registral: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales

sobre inmuebles, b) los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares, y *c) los establecidos por otros leyes nacionales o provinciales*.

Los dos primeros incisos de la norma citada no merecen objeción ni generan interpretaciones controvertidas, y pueden resumirse como: derechos reales y medidas cautelares.

El conflicto y las dudas las genera el inciso c), ya que las leyes nacionales o provinciales pueden establecer la inscripción de otro tipo de documentos, que no se relacionan con el derecho real ni las medidas cautelares y que si no se reglamentan los efectos, ponen en serio riesgo la seguridad jurídica preventiva que se pretende sostener con la publicidad registral. Uno de los documentos que más conflictos genera es la inscripción de los boletos de compraventa legislados por normas provinciales. En la Provincia de Mendoza, se estableció por disposición técnico registral que no se registrarían boletos salvo los que surjan de leyes nacionales.

El principal argumento radica en que la anotación de los boletos en los registros inmobiliarios no produce efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales (Conclusiones de la XIV Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble).

La doctrina sostuvo que las registraciones que establezcan las leyes provinciales, contemplando supuestos no previstos en las leyes nacionales, podrán admitirse para cualquier finalidad de interés público o privado, siempre que no se vinculen con el régimen de los derechos reales ni asignen efectos de oponibilidad a terceros en directa o indirecta relación con aquellos derechos.

En la registración inmobiliaria argentina no se reflejan cláusulas ni datos que no sean los indicados precedentemente al referirnos a la matriculación, se toman breves notas simplemente porque la restante información podrán obtenerla los terceros de los documentos públicos que se consignan en el cierre registral de los asientos.

La publicidad cartular complementa la publicidad registral y posesoria.

Requisitos de los documentos con vocación registral

El artículo 3 de la Ley Registral exige que para que un documento pueda ser inscripto o anotado, deberá tener los siguientes requisitos:

A) Estar constituido por escritura notarial o resolución judicial o administrativa según legalmente corresponda; B) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales por quien

esté facultado para hacerlo; C) revestir el carácter de auténtico y hacer fe por sí mismo, sirviendo de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

La excepción consagrada en el mismo artículo se limita a los casos en que una ley autorice la inscripción de determinados instrumentos privados siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

V.4. Inscripciones y anotaciones

Inscripción conforme a la definición dada en la Sexta Reunión de Directores de Registros de la Propiedad, es toda toma de razón o asiento principal de carácter definitivo, provisional o condicional, que se practica en la matrícula como consecuencia de la presentación de un documento público, dispositivo, transmisivo o constitutivo, declarativo, aclarativo o extintivo de un derecho real con la finalidad y efectos que resulten de la ley.

Anotación es todo asiento que no se refiere a mutaciones reales (por ejemplo las medidas cautelares se anotan, no se registran).

Las anotaciones y las inscripciones pueden ser definitivas o provisionales. Estas últimas se generan cuando el documento presentado para la inscripción es observado por tener defectos subsanables. La registración provisional tiene un plazo de duración de 180 días prorrogables, y que en caso de llegar el interesado a la vía recursiva la prioridad y la inscripción o anotación provisional se mantiene mientras dura el recurso.

La inscripción definitiva tiene efecto retroactivo a la fecha de la inscripción provisional o la fecha de la reserva de prioridad, conforme al documento de que se trate.

Las anotaciones o inscripciones pueden ser condicionadas, cuando al solicitarse la misma, existieren otras de carácter provisional o certificaciones con reserva de prioridad vigentes.

En nuestro país se presentan periódicamente algunos intentos de modificar el sistema registral inmobiliario que complementando el documento auténtico y la posesión, sin dudas apoya la seguridad jurídica preventiva en lo relativo a la publicidad frente a terceros interesados.

El proyecto de reformas de códigos unificados, en sus bocetos originales incluía la conversión del sistema registral argentino a un sistema constitutivo.

La firme convicción puesta de manifiesto por los juristas reunidos en el evento más importante del derecho privado argentino, las XXIII

Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en la ciudad de Tucumán en septiembre del año 2012, fue el pilar que impulsó retroceder en este sentido y mantener el actual sistema declarativo respecto a los registros de la propiedad inmueble.

En dicha Jornada se concluyó que: "*La adopción de un sistema registral inmobiliario con efectos constitutivos significa un retroceso en la dinámica adquisitiva de los derechos reales. La inscripción constitutiva no responde ni atiende a la realidad de los hechos, desprotege a los poseedores y ello repercute negativamente en la seguridad jurídica tanto dinámica como estática*".

En un intento final de introducir de alguna manera la preeminencia de la registración frente a la posesión, el art. 1170 del Proyecto establece, al tratar el tema de los boletos de compraventa de inmuebles, que el "*comprador de buena fe tiene prioridad sobre terceros que hayan trabado cautelares sobre el inmueble vendido si:... d) la adquisición tiene publicidad suficiente, sea registral o posesoria*". Es decir que equipara la publicidad posesoria del adquirente por boleto con la inscripción de estos documentos.

Fundados en esta línea que aún es sólo proyecto y normas similares en algunas provincias argentinas, la Provincia de Buenos Aires, con el Registro inmobiliario más grande de Latinoamérica, dictó recientemente una norma (Disposición Técnico Registral 2/2013) por la que se admite la inscripción de los boletos de compraventa en instrumento privado con firma certificada por escribano, y la posibilidad de inscribir cautelares contra el adquirente por boleto.

Pretender que la inscripción pueda oponerse al poseedor tendrá consecuencias perjudiciales para distintos actores sociales: el avasallamiento a la tradición jurídica de nuestro país y graves perjuicios para los más pobres y marginados de la sociedad, ya que en la mayoría de las provincias argentinas existen innumerables familias que sólo ostentan la posesión de las tierras en que se asientan sus viviendas o donde generan el sustento económico familiar. (XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil).

En tanto el Código Civil no sea modificado, cuando leyes locales dispongan el anoticiamiento de documentos en los registros inmobiliarios, esas anotaciones no producen efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales (XV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad). Es decir que estas registraciones de boletos, autorizadas por leyes provinciales, no pueden afectar las registraciones inmobiliarias, no limitarán ni afectarán las ti-

tularidades registrales o el tráfico jurídico inmobiliario de los respectivos inmuebles. (Ahumada, *Ley registral comentada*, Nº 5771, pág. 46).

Si resulta claramente inconstitucional que la registración de los boletos produzca efectos de oponibilidad a terceros, no se ve cuál puede ser el beneficio que esta inscripción genere, y por el contrario pone en dudas la buena fe del adquirente del derecho real que encuentra publicitado este boleto, o del adquirente por boleto no inscripto con posesión, con relación a quien el acreedor embargante, en las provincias donde se autorice inscribir los boletos, podrá alegar que no le es oponible, porque pudiendo el comprador haberlo inscripto no lo hizo.

En todos los casos se producirán complejas situaciones de inseguridad jurídica para todas las partes, sin beneficio alguno, ya que en Argentina el comprador por boleto con fecha cierta y posesión se opone a los acreedores embargantes y a los compradores por escritura inscripta sin posesión. Sin dudas en nuestro país la posesión efectiva es un dato importante que da prioridad en los derechos y es un dato importante para establecer o no la buena fe.

Puede concluirse que no deben inscribirse en el registro inmobiliario documentos que no sean auténticos, y un documento privado con firma certificada no lo es.

V.5. Avances tecnológicos en los sistemas registrales

Cabe aclarar aquí dos cuestiones previas: por una parte, la República Argentina cuenta con la Ley de Firma Digital 25.506 que regula el documento electrónico y la firma digital. Si bien la misma excluye de su ámbito de aplicación a las escrituras públicas, esto no quiere decir que no se aplique a los trámites pre y post escriturarios, vinculados al ejercicio de la función notarial.[59] En la actualidad, si bien existen varios trámites vinculados a nuestra actividad que se formalizan por vía electrónica, a ninguno de ellos se le aplica la firma digital.

Por otra parte, siendo la Argentina un país federal, posee 24 jurisdicciones que reservan para sí los poderes no delegados a la Nación. Esto implica que si bien existen las normas de fondo, como el Código Civil o la Ley Nacional Registral 17.801, su aplicación compete a cada jurisdicción. El escenario que se plantea en la Argentina vinculado a los avances tecnológicos en los sistemas registrales es muy diverso según la juris-

[59] Más información en http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/legislacion/notarial/ley25506.pdf y www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml? pagina=261.

dicción o provincia de que se trate. En algunos casos los Registros de la Propiedad carecen prácticamente de infraestructura tecnológica, y otros poseen algunos sectores o circuitos informatizados que inclusive prestan servicios al público o a los notarios vía web. En el caso de la provincia de Jujuy, hay un importante avance que permite a los notarios acceder por vía electrónica a la información dominial o al informe de inhibiciones de determinada persona. Lamentablemente, dicha información carece de valor legal a los efectos del otorgamiento de una escritura. En el caso de la provincia de Buenos Aires, también hay varios sistemas internos informatizados, tales como el libro diario, la base de datos de inhibiciones, y muy incipientemente la anotación de determinados actos según el área del Registro de que se trate. Es importante destacar que por su envergadura, el Registro bonaerense posee 14 áreas, y 17 delegaciones distribuidas en el territorio provincial. Entre éste y sus delegaciones poseen conexiones informáticas que les permiten la recepción y despacho de certificados e informes, y en algunos casos la inscripción de medidas precautorias. En ningún caso en las mismas se realiza el ingreso de documentos notariales para su inscripción.

Brinda servicios por internet, tales como los informes de anotaciones personales, el seguimiento de los trámites ingresados, y el informe de frecuencia de solicitud de certificados, y posee una base de datos de todas sus disposiciones técnico registrales, que se puede consultar en línea. No da información sobre el estado de dominio de un inmueble. No posee aún desarrollada la base de datos para inmuebles.

Existe en la actualidad una iniciativa del gobierno nacional, denominada Sistema Nacional de Registros de la Propiedad (SINAREPI) que se concretó con un convenio inicial entre el Ministerio de Justicia de la Nación y el Registro de la Provincia de Buenos Aires en el mes de agosto de 2010, que tiene como objetivo lograr la interconexión entre todos los Registros de la Propiedad del país. Si bien a la fecha han suscripto convenios casi la totalidad de los Registros del país, aún no se encuentra en funcionamiento dada la disparidad de capacidad tecnológica entre los distintos firmantes. La idea del SINAREPI es que en algún momento se pueda ingresar y obtener el despacho en cualquier jurisdicción de un certificado de otra. El Registro de la Ciudad de Buenos Aires, también posee servicios para los notarios por vía electrónica, similares a los descriptos respecto de la Provincia de Buenos Aires. Es importante destacar que en ningún caso los informes obtenidos son válidos para el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio.

Otros organismos vinculados a la actividad notarial en la Argentina son los fiscos, ya sea Nacional (Administración Nacional de Ingresos Públicos - AFIP[60]) o provinciales; también las direcciones de catastro y los municipios de cada localidad.

Podemos afirmar que el más avanzado desde el punto de vista tecnológico es la mencionada AFIP, que si bien posee uso de la firma digital en términos legales, no la aplica aún a los trámites vinculados a la actividad notarial (como agentes de información y/o retención), pero la totalidad de sus trámites actualmente se encuentran despapelizados, siendo todas sus presentaciones por vía electrónica y en algunos casos también utilizan la modalidad del pago electrónico. Además se realizan en su página web diversas validaciones que debe realizar el notario para determinados actos notariales. Siguiendo en esta línea, el fisco de la Provincia de Buenos Aires (Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires - ARBA[61]) nuclea en la misma a las antiguas direcciones de Rentas y de Catastro. Sus implementaciones a nivel tecnológico son muy importantes, dado que actualmente se gestiona de un modo totalmente despapelizado y por internet el certificado catastral, con el cual se puede otorgar el acto notarial que corresponda. Con el mismo, el Organismo informa además la existencia de deuda en concepto de Impuesto Inmobiliario y permite la liquidación y liberación de la misma, e informar los datos del nuevo titular del impuesto. Permite además la liquidación y emisión de boletas para el pago de otros impuestos vinculados a la actividad notarial, tales como el Impuesto de Sellos para los instrumentos privados y el Impuesto a la Transmisión Gratuita de Bienes.

Desde el punto de vista catastral, brinda información de suma importancia para el quehacer notarial, vinculada a los datos catastrales de los inmuebles. Para la realización de estos trámites, cada notario posee una clave de acceso personal, y el organismo se encuentra vinculado en línea con el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, para la administración, gestión y desarrollo de los sistemas, compartiendo por canales seguros sus bases de datos. En la misma Provincia, el Ministerio de Infraestructura brinda a los notarios y a otros profesionales (agrimensores) un servicio en línea, para la visualización y solicitud de copias de planos de mensura. A partir de un convenio suscripto con el

60 www.afip.gov.ar

61 www.arba.gov.ar

Colegio el notario puede visualizar gratuitamente un plano de mensura, y si lo desea realizar electrónicamente la solicitud de una copia en papel certificada por el Organismo. El servicio posee un sistema de búsqueda muy práctico que permite la ubicación sencilla del plano de que se trate a partir del número del plano o, en caso de desconocerlo, de los datos catastrales del inmueble. Hay una gran cantidad de planos que ya se encuentran escaneados en su base de datos, y para el caso de que el plano solicitado no se encontrara en la base, el Organismo realiza el escaneo sobre demanda[62].

En la Ciudad de Buenos Aires, a nivel catastral y de deudas por el servicio de alumbrado barrido y limpieza (ABL), los mismos también se pueden gestionar por vía electrónica, y permiten la liquidación de las deudas existentes. Para el resto del país, hay provincias que tienen vinculaciones similares con alguno de los Organismos provinciales vinculados a la función notarial, pero en muchos casos se encuentran en período de implementación.

Capítulo VI
El mercado inmobiliario

Su importancia para el notariado y para el país. Aspectos positivos y negativos para el país

Su repercusión en la paz social y la economía de un país

Como analizamos en este trabajo, distintos factores resultan necesarios para fundar a la seguridad jurídica como elemento de certeza del derecho objetivo. Estos se basan fundamentalmente en el principio de legalidad, rescatando la importancia de encauzar los esfuerzos del notariado en pos de intentar que las relaciones sociales y económicas se desenvuelvan dentro de un orden jurídico justo, en paz y en armonía, con justicia y teniendo en consideración el bien común, en la búsqueda de su lógica consecuencia que es la de dotar de seguridad a los contratantes, una baja en el nivel de conflictividad, y agilidad y economía en las transacciones. Este sendero resulta para el derecho, para el mercado y para los consumidores mucho más conveniente que el de encontrar una eficiente compensación económica a los problemas planteados por su ausencia.

[62] http://www.mosp.gba.gov.ar/web_geodesia/cons_movimientos.php?inicio=ok

La seguridad jurídica es la base que todo mercado requiere para su desarrollo. No podríamos concebirla en nuestro país si no contáramos con un título suficiente, emanado de un notario competente, con un sistema registral que acompañe la publicidad de dicha certeza, dentro de un sistema que cuente con la mayoría de los inmuebles incorporados al mercado formal.

El notario formaliza un documento auténtico con estructura y peso de verdad que surgen de la propia norma y de su función fedataria, donde se perfecciona el negocio, nacen las obligaciones y se producen sus principales efectos.

Un sistema registral como el argentino que es declarativo y no convalidante, obliga al notario al momento de formalizar la escritura -título suficiente para la constitución, transmisión o cancelación de derechos reales- a tener a la vista los certificados que informan acerca del estado del bien y la libertad dispositiva de su titular, y el título antecedente a la vista. Esto sumado al sistema de reserva de prioridad y retroprioridad que prevén las leyes, aporta certeza y seguridad jurídica a las transacciones inmobiliarias, imposibilitando la traba en el iter inscriptorio de medidas que entren en conflicto con el negocio concluido, y simultáneamente otorgan una adecuada publicidad a terceros.

El mercado inmobiliario es una de las actividades más sensibles de la economía y con una trascendente función social. De gran complejidad para su análisis, debemos segmentarla en *tres grandes categorías* para abordar la problemática y la estrategia prevista para su solución, y en cada una de ellas cuál ha sido y es la intervención del notariado.

El *primer segmento* que trazaremos será el que abarca un importante sector, que de acuerdo al último censo representa el 16% de la población del país, que habita viviendas con instrumentos jurídicos insuficientes o sin título, con posesiones prolongadas y pacíficas sobre los mismos. En este caso por la Ley nacional 24.374 y su modificación por la Ley 25.797, se establecieron regímenes de regularización dominial, gozando de sus beneficios los ocupantes de escasos recursos que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años, y causa de ocupación lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación.

Se diseñó un régimen de regularización dominial o titulación masiva, que en forma prácticamente gratuita para el ocupante que pretende regularizar su título, y con una activa participación de los notarios y de los Colegios correspondientes, incorporó al mercado inmobiliario y dotó de

certeza jurídica a una importante cantidad de inmuebles pertenecientes mayormente a un sector de la población de bajos recursos. Además de la trascendente contribución con función social que ejerció el notariado local, se incorporó al mercado inmobiliario luego de transcurrido el plazo de 10 años a contar desde su instrumentación, plazo con el que cuenta el titular registral para oponerse al proceso de regularización, una masa de activos inmobiliarios que hasta ese momento pertenecían al mercado informal. Esta acción contribuye, como se expresara en las conclusiones del tema II del XXV Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado, como "un factor de paz social y un instrumento de desarrollo", conforme la acción iniciada por la ONU, a partir de la aprobación de los Ocho Objetivos del Milenio (ODM).

En la Provincia de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos celebró un convenio con la provincia, aprobado por los decretos 4605/95 y 2815/96, que concentró en el notariado la recepción de las solicitudes de acogimiento, los trámites, notificaciones y la autorización del acta de regularización que suscribieron los beneficiarios con la autoridad de aplicación, mediante la creación de Registros Notariales de Regularización Dominial, a cargo de notarios públicos en actividad. La adecuada distribución territorial de los registros y la cercanía con los requirentes de bajos recursos, la simplificación de la tramitación, y su prácticamente inexistente costo, teniendo en cuenta que una escritura de titulización presenta para el requirente un costo total aproximado de U$S 50, pues tanto el Colegio de Escribanos como los demás sujetos intervinientes, colaboran económicamente para alcanzar esta cifra, hizo que más de 200.000 inmuebles se encuentren actualmente en trámite de regularización. Esta mecánica prueba la posibilidad de dotar de seguridad jurídica, de incorporar al mercado formal, con aptitud para circular y constituirse en objeto de un instrumento de garantía futura, a una importante cantidad de inmuebles que no revestían esas cualidades. Claramente, y tal la recomendación del XXV Congreso de la Unión Internacional del Notariado de Madrid en el año 2007, los Estados miembros, en especial aquellos con grandes deficiencias en titulaciones o con extrema pobreza, deberán aunar esfuerzos en pos de dotar a los habitantes de escasos recursos de un título suficiente, que les sirva de punto de apoyo para el desarrollo de las generaciones futuras.

El *segundo segmento* se encuentra representado por una importante porción de la población que no posee vivienda propia y vive en condiciones precarias o de hacinamiento. Para este grupo, es fundamental la intervención del Estado, configurando planes de vivienda que les permi-

tan el acceso a condiciones dignas de habitación. En la escrituración de estas viviendas sociales resulta vital la intervención de las escribanías generales de gobierno, y los convenios que éstas realizan con los Colegios de Escribanos del país, para facilitar la titulación adecuada a un costo que no resulte un obstáculo para sus habitantes de bajos recursos. El Consejo Federal del Notariado Argentino, que nuclea a todos los Colegios Notariales del país, tiene celebrado un acuerdo con el Consejo Nacional de la Vivienda[63] con el objetivo de brindar la asistencia técnica especializada, en las distintas operatorias de construcción, adjudicación y financiamiento de viviendas ejecutadas con dinero del Fondo Nacional de la Vivienda. Los notarios participan en forma voluntaria en dichas instrumentaciones, percibiendo por dicha función un honorario mínimo de aproximadamente el equivalente a U$S 60 por cada escritura de compraventa, con el compromiso de todos los estados provinciales de eliminar todos los costos pre y post escriturarios en estas operaciones, y con el compromiso de que el Estado sólo hará entrega de las unidades a sus destinatarios finales simultáneamente con la firma de la escritura traslativa de dominio. Los honorarios percibidos por esta operatoria obviamente no cubren los gastos operativos de las escribanías, pero resulta una importante contribución para alcanzar la paz social, la posibilidad de acceder a una vivienda digna para todo habitante de la Nación, pero al mismo tiempo a incorporar al mercado transaccional futuro una importante cantidad de inmuebles. En los primeros 5 años de vigencia de este acuerdo, más de 100.000 viviendas fueron incorporadas al régimen formal, con esta actitud notarial solidaria.

El *tercer segmento* está integrado por todas aquellas viviendas que regularizadas jurídicamente, forman parte del mercado inmobiliario tradicional, y que configuran el verdadero mercado inmobiliario comercial.

En la Argentina, la actividad inmobiliaria hasta el año 2011 presentó un alto nivel de participación en la composición de Producto Bruto Interno. La construcción aporta aproximadamente el 15% del PBI en producción de bienes, y las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler un valor equivalente al 16% del total de los ingresos del país con relación al conjunto de provisión de servicios. El gran déficit habitacional, la presenta como una de las actividades más dinamizadoras de la economía

[63] "Convenio Marco para el Saneamiento de Títulos y Escrituración de Inmuebles Financiados por el Fondo Nacional de la Vivienda", 8 de agosto de 2003.

con un alto impacto en lo social, y un destacado papel en la economía de los inversores particulares.

Además de cumplir con su verdadero efecto de cubrir necesidades habitacionales, se ha transformado en un refugio de valor o una alternativa considerada entre las más interesantes al momento de analizar inversiones en el país.

Luego de la crisis económica y financiera que vivió Argentina en el año 2002, la caída en default de los bonos emitidos por el Estado nacional, y las medidas restrictivas dispuestas por el gobierno que dificultaban el recupero del dinero depositado en los bancos, retrajo notablemente los depósitos bancarios, y los existentes se efectúan por períodos muy cortos en el tiempo.

La falta de depósitos y una situación financiera limitada a operaciones a corto plazo, retrajo considerablemente la posibilidad de acceso al crédito destinado a la vivienda y a la construcción.

El mercado inmobiliario se reconvirtió, encontrando mecanismos de resolución del flujo de fondos, prescindiendo del aporte crediticio del mercado financiero.

Así tuvieron gran desarrollo los emprendimientos "al costo" con una modalidad novedosa, merced a la aplicación de la Ley 24.441 de Financiamiento de la Vivienda y la Construcción promulgada en 1995, que incorporó figuras jurídicas tales como el fideicomiso, el leasing, y un régimen de ejecuciones especiales.

Resultó vital en esta transformación la figura del fideicomiso, que tal como se encuentra diseñada en nuestra legislación, admite la participación directa de los distintos sujetos negociales sin que resulte necesaria la intermediación bancaria. Así, se configuran negocios donde el propietario de un inmueble lo podrá transmitir fiduciariamente para desarrollar un emprendimiento, también puede una empresa constructora aportar la obra, el proveedor de materiales también puede hacer lo propio, quienes junto con los inversores particulares que aportan dinero en efectivo, configuran un negocio inmobiliario con el objetivo de adjudicarse en la proporción a los aportes realizados las unidades funcionales o las utilidades resultantes.

Ante la falta de otras opciones económicamente atractivas, este esquema se transformó rápidamente en el refugio de valor y en alternativa de inversión entre quienes hasta esa época se refugiaban en activos financieros o bursátiles. Esta mecánica, lejos de bajar los niveles de construcción con relación a aquellos años donde el mercado financiero

participaba activamente, los mantuvo en sus niveles históricos, y en algunos casos los aumentó.

Este fenómeno cambió notablemente el enfoque de la instrumentación de los documentos notariales, puesto que mientras que en las operaciones con un tratamiento tradicional, los bancos financian al adquirente o al constructor, y son ellos en consecuencia quienes establecen las pautas jurídicas y la base de los contratos y modelos a suscribirse, esta nueva dinámica negocial obligó a las partes a formular instrumentos jurídicos acordes al negocio instrumentado, con distintos niveles de complejidad. Aquí el rol del notario se tornó en trascendental, no sólo para brindar un adecuado asesoramiento a los particulares, sino para instrumentar negocios contemplando la protección de intereses tan variados como complementarios.

Vemos entonces que ante problemáticas tan complejas, y en muchos casos tan presumiblemente negativas, el mercado, la ley y el rol del notariado las pudo reconvertir en ciclos positivos.

La aportación del notariado al mercado inmobiliario. El valor añadido de su función

Las realidades del territorio del país no son homogéneas, y estas grandes transformaciones tienen mayor dinamismo en los grandes centros urbanos, ya sea por la concentración de capitales, ya por la posibilidad de acceder más fácilmente a la capacitación por parte de los notarios.

El mercado inmobiliario, como todo mercado, tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia y la seguridad jurídica, efectuarán al mercado inmobiliario un importante aporte no sólo apreciable jurídicamente, sino como un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliario.

La histórica participación del notario en el mercado inmobiliario, su especialización dentro del ámbito de los derechos reales, y el derecho registral, lo ubicaron como el profesional idóneo para el desarrollo de la actividad, pero exige un compromiso de capacitación permanente para poder encontrar los instrumentos y mecanismos jurídicos que cada tiempo y circunstancia requiere.

La intervención notarial para instrumentar las transacciones inmobiliarias en la Argentina resulta obligatoria, en virtud de lo dispuesto por la ley, y lo recogido en el proyecto de reforma de la legislación civil y comercial antes citado, y su resultado puede considerarse más que exitoso teniendo en consideración la baja tasa de conflictividad que los juicios de reivindicación inmobiliaria representan con relación al conjunto de reclamos patrimoniales que llegan a esferas judiciales, representando solo el 0,044% de dichas causas. La muy baja tasa de siniestros, transforma a la seguridad jurídica inmobiliaria intervenida notarialmente en un elemento vital, que repercute en bajos costos, y alta certidumbre dentro del mercado inmobiliario.

El mundo tiende al cambio de paradigmas, y al cambio conceptual. El tradicional requisito de rapidez y celeridad, muta en el comercio y en las actividades en general al de inmediatez. La contratación electrónica, la firma digital, y demás avances informáticos, seguramente devendrán en cambos de hábitos, normas y exigencias en nuestra profesión para los cuales debemos prepararnos y anticiparnos en el análisis de ciclos y en el desarrollo de instrumentos para su ejecución. Como ya lo vimos al analizar el grado de importancia que los medios informáticos aportan a la seguridad jurídica en general, debemos hacer un adecuado uso de los mismos, rescatando la vital participación del notario, en especial para garantizar la correcta instrumentación de la voluntad de los otorgantes y descartar los vicios de la voluntad.

¿Existe una regulación jurídica confiable y objetiva para el mercado inmobiliario? ¿Se requieren nuevos instrumentos de regulación del mercado inmobiliario en el país?

Al momento de analizar la regulación jurídica en la Argentina, con relación al régimen de transacciones inmobiliarias y registración de derechos reales, nos encontramos en general con un sistema que resulta confiable para los consumidores, y como ya vimos con un muy bajo índice de conflictividad.

En nuestro país, si bien la regla general es la libertad de contratación, en el mercado inmobiliario, existen algunas limitaciones, restricciones y procedimientos previos, que en algunos casos resultan obstáculos a la hora de movilizar activamente el mercado.

Al momento de incorporar un inmueble a la oferta del mercado inmobiliario, resulta necesario publicitar el precio de la oferta en un Código de Oferta de Transacciones Inmobiliarias (COTI), y luego de concluida la operación, informar el valor acordado. De esta forma, la agencia impo-

sitiva, podrá analizar casos en los cuales exista notoria disparidad entre el valor ofrecido y el valor final de la operación.

Los adquirentes deben justificar el origen lícito de los fondos utilizados para la operación, en sintonía con las normas anti lavado de dinero fijadas por el GAFI. Si bien estas normas de alguna forma lentifican el tráfico comercial, han contribuido a generar un marco de transparencia en concordancia con las recomendaciones internacionales.

Por otro lado, la reciente sanción de la Ley de Tierras 26.737 limita el acceso a la propiedad de tierras rurales a los extranjeros, no pudiendo en ningún caso ser en su conjunto propietarios de más del 15% del total de las tierras rurales del país, de las provincias o de un municipio, y estableciendo la superficie máxima para un mismo titular a 1000 hectáreas. El efecto de esta Ley, sumado a las dificultades para transferir remesas de dinero, ha limitado fuertemente la intervención de capitales extranjeros en el mercado inmobiliario local.

Si bien el auxilio de los medios informáticos y el rápido acceso a la información resultan de gran utilidad a la actividad, y agiliza la tarea tradicional, también describimos a lo largo de este trabajo las múltiples funciones y controles crecientes que la actividad notarial ejerce, asumiendo no sólo roles directamente relacionados con la seguridad jurídica de los derechos reales, sino también complementando o colaborando con el Estado, asumiendo una participación activa en el control del lavado de dinero, a mejorar la recaudación impositiva, interviniendo activamente en procesos de titulación masiva, desempeñándonos como eficientes agentes de información y recaudación.

Ingresando en las condiciones particulares de contratación, hemos vivido momentos de incertidumbre contractual. Desde el año 1991 y hasta el año 2002 tuvo plena vigencia la Ley 23.928 de convertibilidad, que establecía una paridad equivalente entre la unidad peso y la unidad dólar estadounidense, en un marco de baja o inexistente inflación. A principios de 2002, la derogación parcial de la Ley mencionada, dejó flotar libremente la cotización de dicha moneda, fijó nuevas normas de pesificación y de ajustes de saldos adeudados para aquellas operaciones que habían sido pactadas antes de la sanción de la Ley, pero continuó prohibiendo los métodos de indexación atados a los índices de inflación. Una devaluación de hecho de aproximadamente el 300% del peso con relación al dólar, invitó a los contratantes a continuar utilizando como moneda de cambio al dólar estadounidense.

En el último año, se establecieron al principio controles, y luego prohibiciones para adquirir dicha moneda, salvo que el destino que se le dé

a los dólares sea el de turismo o importación, y aun en esos casos con procesos previos para su autorización por parte de la Agencia impositiva. La prohibición de su venta para ahorro o compra de bienes muebles o inmuebles, retrajo notablemente el mercado inmobiliario, fundamentalmente porque los vendedores no encuentran con facilidad refugios para el dinero obtenido que al menos acompañe el proceso inflacionario, puesto que las tasas por plazos fijos que ofrecen los bancos no alcanzan a cubrir los aumentos del costo de vida.

La falta de crédito a largo plazo, y de normas financieras y cambiarias claras, previsibles y atractivas para los inversores, sumado a la incertidumbre económica e inmobiliaria de los grandes mercados internacionales, produjo en algunas de las más importantes jurisdicciones de nuestro país, como la Ciudad de Buenos Aires, una caída interanual en la cantidad de escrituras otorgadas que llegó al 43.5%[64].

En la Argentina, el mercado inmobiliario se encuentra atravesando una de sus mayores crisis de los últimos tiempos, y su causa no se encuentra en problemas financieros o de falta de capitales dispuestos a invertir en la actividad, sino en un cambio de normas monetarias e impositivas que en forma directa o indirecta impactan sobre el mercado. Vemos entonces la importancia que reviste para la sociedad contar con un adecuado marco jurídico, en especial en mercados tan sensibles como el inmobiliario. Regulaciones que respeten la libertad de contratación de las partes, otorguen previsibilidad para efectuar transacciones libremente, permitiendo pactar los montos de las operaciones, su moneda y forma de pago, y condiciones jurídicas estables durante el desarrollo del negocio, seguramente volverán rápidamente a dinamizar a este sector de la economía.

La seguridad que requiere el mercado inmobiliario, no se debe basar sólo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que protejan a los contratantes en el negocio que celebran, creando instrumentos jurídicos adecuados para todas las etapas negociales, y que contengan mecanismos de financiación y ejecución que protejan a ambos contratantes por igual. La seguridad jurídica disminuye claramente los riesgos del negocio, y la atenuación de los riesgos a los que éste se somete, resulta un valor apreciable en dinero al momento de analizar una inversión.

---

[64] Fuente: estadística de actos otorgados en la Ciudad de Buenos Aires, informada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Variación interanual entre noviembre de 2012 con relación a noviembre de 2011.

Cada vez resulta más compleja, pero atractiva y necesaria la intervención de un notario capacitado y a la altura de los tiempos y de la evolución de la economía y de la tecnología, para brindar un adecuado asesoramiento en el negocio, certeza en la instrumentación y seguridad en la registración.

El mercado inmobiliario es cíclico y muy sensible a los cambios económicos, políticos y monetarios, que frecuentemente afectan las variables comunes que rigen al desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos. En el marco de ese ámbito, el notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial, a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa legal, alentando la comunicación directa de los involucrados y desarrollando las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas, promoviendo la autonomía de la voluntad y la autogestión, generando una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social. Por el contrario, vemos en la historia de nuestros países latinoamericanos que la disparidad social, las condiciones de vivienda poco dignas, la distribución inequitativa del poder económico, y la inseguridad jurídica de la propiedad privada, han derivado en cíclicos enfrentamientos sociales.

Debemos valorar activamente el rol de los notarios en este proceso, puesto que nuestra actividad no sólo aporta seguridad a los derechos reales, y valor económico al mercado, sino también resulta un factor determinante para contribuir a la paz social.

TRABAJOS TEMA II

**"Seguridad del mercado inmobiliario:
la necesidad de instrumentos de regulación".**

Coordinador internacional: Fernando Trueba Buenfil
Coordinador nacional: Eduardo Gabriel Clusellas

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

APORTE AL TEMA II. (..) IV. DERECHO DE PROPIEDAD
Autor: Notario Jorge R. CAUSSE.

NOTA INTRODUCTORIA: Encaramos el tratamiento de los rubros que integran este tema IV, con cita de las normas vinculadas contenidas en el "PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL" (Texto publicado por Zavalía, Prov. Bs. As., Julio 2012), elaborado por la Comisión de Juristas designada por el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto 191/2011 e integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Inés Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Este enfoque obedece a la particular incidencia que tiene esta proyectada reforma sobre la normativa civil regulatoria de los derechos reales, y por estar claramente involucrada en la temática particular que nos ocupa, propuesta para este Congreso Internacional del Notariado Latino.

Desarrollo:

IV.1. y 2. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE PROPIEDAD DESDE LA VISIÓN CONSTITUCIONAL.

(Fuente: "Tratado de derecho constitucional y su addenda". EKMEKDJIAN, Miguel Angel. Tomo II (Arts. 14 bis a 27, Edit. Depalma, Bs. As., 1994)

La Corte Suprema de Justicia acuñó un concepto de propiedad abarcando en él a todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, de su vida y de su libertad, y que estén definitivamente incorporados a su patrimonio.[1]

[1] Sobre el desarrollo del concepto "propiedad" desde la óptica del más alto tribunal consultar la doctrina de los fallos dictados en autos: "HORTA, José c/HARGUINDEGUY, Ernesto", (21.8.1922) Fallos 136-59; "MANGO, Leonardo c/ TRABA, Ernesto", (20.8.1925) Fallos 144-220 y "BOURDIEU, Pedro c/ Municipalidad de la Capital", 16.12.1925) Fallos T. 145 p. 325. Fuente: "DERECHO CIVIL. DERECHOS REALES" Tomo I. PAPAÑO, Ricardo J., KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A., CAUSSE, Jorge R., Astrea, 2012.

De manera que la protección que brinda a la propiedad el Art. 17 de la Constitución Nacional[2] alcanza a todos los bienes que pueda tener una persona, cualquiera que sea su naturaleza (materiales o inmateriales) y que se los pueda apreciar económicamente. En un orden general, en tanto el de propiedad es un derecho subjetivo civil e individual, ello trae aparejado que su titular tiene un poder directo sobre el bien de que se trate, de manera que podrá disponer de él sin más restricciones que las que la ley le imponga.

El contenido concreto del derecho de propiedad, que también surge de las decisiones de la Suprema Corte de Justicia, se integra con los "derechos reales" (Fallos. T.145-325); los "derechos personales" (Fallos. T. 145-325); los "derechos patrimoniales" regulados por el derecho administrativo (Fallos T.304-586); el "derecho de transmitir y recibir por causa de muerte" (Fallos. T.190-159); los "derechos de propiedad intelectual, industrial y comercial".

La doctrina prefiere sustituir el término propiedad por el de derechos patrimoniales y, en cuanto a la condición de que estén efectivamente incorporados al patrimonio de la persona, su importancia radica en que cuando esto ha ocurrido, ninguna ley posterior puede alterarlo. Consecuencia de lo anterior es que la no retroactividad de la ley se engarza con la inviolabilidad que predica el Art. 17 actuando ambas como garantías constitucionales.

Siguiendo con esta visión constitucional, el mencionado Art. 17 establece los parámetros bajo los cuales será factible expropiar la propiedad cuando se la promueva por una causa de utilidad pública. Las condicio-

---

[2] La Constitución de la Nación Argentina (texto según la reforma de 1994), protege a la "propiedad" de los habitantes a través de las siguientes normas:
Artículo 14. "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender".
Artículo 17: "La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley. La expropiación por causa de utilidad pública, debe ser calificada por ley y previamente indemnizada. Sólo el Congreso impone las contribuciones que se expresan en el Artículo 4. Ningún servicio personal es exigible, sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley. Todo autor o inventor es propietario exclusivo de su obra, invento o descubrimiento, por el término que le acuerde la ley. La confiscación de bienes queda borrada para siempre del Código Penal argentino. Ningún cuerpo armado puede hacer requisiciones, ni exigir auxilios de ninguna especie".

nantes son dos: afectación legal e indemnización previa. Las normas específicas sobre expropiación[3] admiten que ella pueda recaer sobre todos los bienes convenientes o necesarios para satisfacer la utilidad pública, sean del dominio público o privado, sean cosas o no.

La amplitud normativa fue criticada, habiéndose obtenido resultados conflictivos en el caso de concurrir afectaciones dispuestas por leyes nacionales y provinciales sobre bienes del dominio público y/o privado de cualquiera de estas jurisdicciones.

Si el Estado, no obstante haber dado cumplimiento a todas los actos necesarios para perfeccionar la expropiación, no le hubiere dado la utilidad prevista o, directamente, no le hubiere dado ninguna utilidad, quien haya sufrido la expropiación goza de un plazo de dos años para reclamar el recupero de lo expropiado, mediante el recurso de la retrocesión, devolviendo la indemnización recibida.

La propiedad intelectual también es motivo de protección en este mismo Art. 17 y por el término legal, de manera que los derechos del autor sobre su obra, o mejor dicho los derechos intelectuales, algo menos próximos a la idea de derecho patrimonial y más cercano a lo ético, quedaron incorporados al plexo constitucional.

La limitación temporal se explica porque luego del período en el que los derechos fueron percibidos por el autor, la sociedad tiene a su favor la prerrogativa de gozar de los beneficios de la obra intelectual. Ello así porque silenciosamente le aportó al creador elementos que le permitieron elaborarla.

A propósito de la propiedad industrial, es frecuente advertir que los bienes intangibles de las empresas (marcas, patentes, secretos empresariales) revisten una importancia económica igual o mucho más significativa que todos sus activos físicos.

No nos ocupamos de la confiscación ni de la requisa, herramientas que el Art. 17 se ocupa de desterrar, por ser tópicos ajenos a los temas que nos ocupan.

Para concluir con este capítulo hacemos hincapié en una de las manifestaciones que pusieron en evidencia la pérdida de intensidad del liberalismo a ultranza del siglo XIX. Nos referimos a la "función social de la propiedad" motorizada por la doctrina social de la Iglesias (v. encíclicas papales: Rerum novarum; Quadragésimo anno; Mater et magistra; Popularon progressio. Centéssimo anno) la que, juntamente con la regulación

[3] Ley de facto 21.499/77.

del trabajo dependiente y la amplitud conceptual conferida al derecho de propiedad, fueron adquiriendo jerarquía constitucional a partir de su primera expresión en la Constitución de Méjico de 1917.

La primera manifestación constitucional ocurrida en nuestro país se produjo con la reforma de 1949 a nuestra Carta Magna, aunque sólo se ocupó de convertir en norma de la más alta jerarquía a decisiones que había adoptado la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta Constitución Nacional fue dejada sin efecto por el entonces gobierno de facto, lo que fue confirmado por la Convención Constituyente de 1957 que repuso la Constitución de 1953 y le incorpora el Art. 14 bis. Si bien en este artículo no se fijan conceptos precisos sobre la función social de la propiedad, sirvió para que por otra vía se consolidara esa función, ora a través de leyes especiales (locaciones urbanas, represión del agio y de la especulación, arrendamientos rurales, contratos laborales, etc.) ora mediante la reforma de artículos del Código Civil (Arts. 2513 y 2514) que relativizan el concepto romanista del derecho de propiedad para acuñar otro que le reconoce una orientación derechamente vinculada con lo social.

La reforma de 1994, que mantiene la protección de la propiedad de sus artículos 14 y 17, introduce con jerarquía constitucional a los Instrumentos Internacionales que conciernen a los derechos humanos y potencia el reconocimiento de sus tierras a los pueblos originarios (v. Art. 75 incisos 17 y 22). Esta reforma genera un doble centro de imputación normativa admitiendo, por un lado, la existencia de derechos en los que el interés que se protege está vinculado con las necesidades comunitarias y, por otro, que no haya un titular predeterminado de estos derechos. De alguna manera con esta reforma el perjuicio se diluye por las dificultades que trae aparejado determinarlo en supuestos tales como: la tala indiscriminada; el aprisionamiento de las aguas y la atención debida a los consumidores. (v. Arts. 41 y 42).

IV. 2. BIENES PROPIEDAD DE LOS PARTICULARES Y BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO

IV.2.A. Los bienes propiedad de los particulares.

El artículo 2347 del Código Civil contiene una fórmula de exclusión de la que resulta: que todas las cosas que no fuesen bienes del Estado o de los Estados, de las Municipalidades o de las Iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas. De manera que resulta necesario apelar

a las normas que deciden cuáles son esos bienes para establecer cuáles son las que les pueden pertenecer a las personas físicas y/o jurídicas.

IV.2.B. Los bienes del dominio público y privado del estado.

El Artículo 2339 del Código Civil distingue entre los bienes públicos del Estado general que forma la Nación o de los Estados particulares de que ella se compone, de los que son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares.

Entre los bienes públicos quedan comprendidos todos aquellos inalienables, destinados al uso y goce de toda la población, cuyo uso es habitualmente gratuito salvo cuando se perciben cantidades mínimas destinadas a su reparación y/o mantenimiento.

El Art. 2340 incluye entre otros los siguientes:
1. Los mares territoriales hasta la distancia que la legislación especial establezca, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua.
2. Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros.
3. Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas (…).
4. Las playas marinas y las riberas internas de los ríos.
5. Los lagos navegables, y también sus lechos.
6. Las islas que no pertenezcan a particulares que se formen en lagos navegables, ríos o mar territorial.
7. Las obras públicas, como plazas o caminos;
8. Los documentos oficiales donde consten los poderes del Estado; y
9. Las ruinas y yacimientos de interés científico, paleontológico y arqueológico.

Mediante decisión que se deberá adoptar por los poderes competentes (legislativo o administrador) los bienes públicos del Estado pueden ser desafectados e ingresar a su dominio privado.

El dominio privado del Estado se rige por las normas del Código Civil como cualquier particular, salvo para su enajenación exigida por los requisitos que imponga el Derecho Administrativo.

Estos bienes están designados en la nómina del Art. 2342 del Código Civil.
1. Las tierras sin dueño que se encuentren en la República (tierras fiscales).
2. Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles (…).

3. Los bienes vacantes (inmuebles sin dueño).
4. Los bienes mostrencos (cosas muebles sin dueño).
5. Los bienes de personas que fallecen sin sucesores, o sea las herencias vacantes.
6. Las construcciones efectuadas por el Estado, y los bienes adquiridos por éste.
7. Las embarcaciones que naufraguen en las costas argentinas, sus fragmentos y cargamentos, si pertenecen a corsarios o enemigos.

Los bienes privados del Estado que se destinan a la prestación de un servicio público no pueden embargarse.

En el Art. 2344 del Código Civil se establece que son BIENES MUNICIPALES los que el Estado o los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades (comunas) y son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo autoricen.

La propiedad de los templos y de las cosas sagradas y religiosas está regulada en los Arts. 2345 y 2346 del Código Civil.

IV.2.C. Los bienes con relación a las personas en el proyecto de código civil y comercial.

Las normas son de factura muy próxima a las del Código Civil. En este proyecto se menciona a los "bienes pertenecientes al dominio del Estado" y, por otro lado se alude a los "bienes del dominio privado del Estado" (Arts. 235 y 236). Se eliminan las "construcciones" y las cosas de "corsarios o enemigos". Se percibe un tratamiento mucho más amplio de los bienes, distante del patrimonialista que le imprimió el Codificador. En este orden se contemplan a los Derechos de Propiedad comunitaria de los pueblos originarios y los Derechos de incidencia colectiva con regulaciones particulares

IV. 3. ¿CUÁLES SON LAS PRINCIPALES LEYES QUE REGULAN LA PROPIEDAD INMUEBLE?

En el orden nacional y respecto de la propiedad inmobiliaria, corresponde mencionar las siguientes leyes actualmente vigentes:
- Ley de venta de inmuebles fraccionados en lotes pagaderos a plazos 14.005.
- Ley 14.394/54 en lo concerniente a la afectación de inmuebles como Bien de Familia.
- Ley de Propiedad Horizontal 13.512/48.

- Ley de Reformas al Código Civil 17.711/68.
- Ley Registral Inmobiliaria 17.801/68
- Ley de Prehorizontalidad 19.724/72.
- Ley de Locaciones Urbanas 23.091/84.
- Ley 22.232/94 de Inembargabilidad e Inejecutabilidad de inmuebles adquiridos con préstamo del Banco Hipotecario Nacional.
- Ley de Regularización dominial 24.374/94
- Ley de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción 24.441/95.
- Ley de superficie forestal 25.509/01
- Ley Nacional de Catastro 26.209/05.

Localmente cada jurisdicción territorial ha dictado sus propias disposiciones regulatorias de la propiedad inmueble. Se destacan, entre otras, las siguientes normas sancionadas en la Provincia de Buenos Aires: a.) Decreto 2489/63, con directivas registrales inmobiliarias y reglamentación de la ley nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48; b.) Decreto Ley 8912/77 sobre Ordenamiento Territorial y Uso del Suelo; c.) Decreto 9404/86 para el emplazamiento de los Clubes de Campo; d.) Decreto 27/98 para el emplazamiento de los Barrios Cerrados; e.) Ley 1727/02 creando el Registro de Urbanizaciones Cerradas; f.) Decreto 947/04 que permite actualizar el estado constructivo de unidades afectadas al régimen horizontal. Ponemos énfasis en destacar estas regulaciones porque ha sido en jurisdicción de la mencionada provincia donde se emplazaron, en cantidad más que significativa, las nuevas manifestaciones de la propiedad inmueble: Parques Industriales, Clubes de Campo y Barrios Cerrados. En el resto de las jurisdicciones provinciales sus respectivas legislaturas apelaron a la normativa dictada y vigente en la Provincia de Buenos Aires. De última generación es la Ley 24.432/2012 dictada en la Provincia de Buenos Aires, regulatoria de la protección de la vivienda única y de ocupación permanente.

IV. 4. ¿CUÁLES SON LOS TIPOS DE BIENES INMUEBLES QUE REGULAN LAS LEYES? SU REGULACIÓN EN EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL.

IV.4.1. Inmuebles por su naturaleza.

Dice el Art. 2314 del Código Civil que "(…) las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad,; todo lo que está in-

corporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre."

En el Proyecto de Código Civil y Comercial tales INMUEBLES son: "(…) .el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y los que se encuentren bajo el suelo sin el hecho del nombre." (Art. 225)

IV.4.2. Inmuebles por accesión.

Para el Código Civil son cosas muebles en sí mismas que se convierten en inmuebles por estar realmente inmovilizadas por su adhesión física y perpetua al suelo (Art. 2315: accesión física) o por estar puestas intencionalmente por su propietario, como accesorias de un inmueble, sin estarlo físicamente; o cuando sean puestas por los propietarios o los arrendatarios de los predios o por el usufructuario, mientras dura su derecho. (Arts. 2316, 2320 y 2321).

En el Proyecto de Código Civil y Comercial "Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario." (Art. 226)

IV.4.3. Inmuebles por su carácter representativo.

Dice el Art. 2317 del Código Civil: "(…) los instrumentos públicos de donde constare la adquisición de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusión de los derechos reales de hipoteca y anticresis".

El Proyecto de Código Civil y Comercial, dentro del Título referido a los Bienes, no trae una disposición que contemple a los inmuebles por su carácter representativo.

IV. 5. Limitaciones o restriccciones al derecho de propiedad de carácter público y privado.

El Código Civil trata la materia de las restricciones y límites del dominio a partir del Art. 2611, en el Título VI del Libro III. El Codificador, en la nota del Art. 2506 expresa que "(…) según dijeron los sabios antiguos, aunque el hombre tenga poder de hacer en lo suyo lo que quisiere debelo hacer de manera que no haga daño ni atropello a otro". A esto procede agregar que el derecho de dominio está sometido a numerosas restricciones, no sólo respecto de los vecinos y fundos contiguos, sino también en el interés público.

El Art. 2611 establece que las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo. Esto implica reconocerle al Estado un extraordinario poder de limitación del dominio al instituirse el "numerus apertus" para las restricciones impuestas en el interés público por el derecho administrativo.

Sin embargo en el Código existen restricciones al dominio (dispuestas, según el Código, en el interés privado) tales como el camino de sirga (Art. 2639), las cláusulas de inenajenabilidad (Arts. 2612 y 2613), aun cuando en ellas prevalezcan connotaciones de interés público. La única restricción al dominio de carácter convencional la encontramos en las disposiciones de la Ley Nacional de Propiedad Horizontal 13.512/48.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial los Límites al dominio están dispuestas en el Capítulo 4 del Título 3 del Libro Cuarto contemplándose entre sus disposiciones algunas de las siguientes: a.) que los límites impuestos en materia de vecindad rigen en subsidio de las normas administrativas dictadas en cada jurisdicción; b.) que los deberes impuestos por las limitaciones no generan indemnización de daños salvo que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio; c.) las cláusulas de inenajenabilidad; e.) el camino de sirga que se reduce a 15 metros; f.) luces y vistas, etc.

IV. 6. FORMAS DE ADQUIRIR LA PROPIEDAD.

IV. 6. A. Formas de adquirir el derecho real de dominio.

Los medios de adquirir el dominio son los hechos y actos (humanos y jurídicos) previstos por la ley para adjudicar en propiedad una cosa determinada, mueble o inmueble, a una persona, que, así, incorpora ese derecho real a su patrimonio.

El Art. 2524 del Código Civil enumera los siguientes modos de adquisición del dominio: apropiación, especificación, accesión, tradición, percepción de los frutos, sucesión en los derechos del propietario y prescripción.

La doctrina civil calificó de incompleta esta nómina señalando que no se mencionan las siguientes formas de adquirir: a.) la que hace el poseedor de buena fe de una cosa mueble no robada ni perdida (Art. 2412 Cód. Civil); b.) la que concreta el propietario del fundo del tesoro hallado por un tercero (Art. 2556 Cód. Civil); c.) el supuesto de expropiación por causa de utilidad pública (no obstante que la menciona el Art. 17 de la Constitución nacional y el Art. 2511 del Cód. Civil)4; d.) la que verifica

4 LAFAILLE, Héctor. "*Tratado de los derechos reales"* Vol. I. Nº 568 y 599.

el subadquirente de buena fe y a título oneroso, no obstante que el acto por el cual su antecesor llegó a ser propietario haya sido anulado (Art. 1051 Cód. Civil)5; e.) la que hace el Estado a través de decomiso, dejando al margen de esta forma de adquirir a los particulares, regida por leyes aduaneras, de precios máximos, sanitarias, de pesca, de policía municipal etcétera.

IV.6.B. Clasificación de las formas de adquirir.

Por actos entre vivos o mortis causa. En el primer caso cuando ocurre el acto traditivo de la posesión de la cosa de que se trate (Arts. 577, 2524 inc. 4º Cód. Civil). Ejemplo del segundo caso: el legado de cosa cierta (Arts. 2524 inc. 6º y 3766, Cód. Civil).

A título universal y a título singular, según si lo adquirido fuera la totalidad o una parte de los bienes que constituyen un patrimonio (Ver Art. 2313 y su nota Cód. Civil), o si fuese una cosa determinada. El primer caso se verifica en la sucesión por causa de muerte (Arts. 3279, 3263, etc.), y el segundo cuando la cosa es adquirida por medio de un acto jurídico idóneo para transmitir la propiedad seguido de la tradición (Art. 3265).

Originarios y derivados: Se tiene por adquisición derivada a la que ocurre independientemente y pese al derecho que tenía el propietario anterior, o cuando la cosa no tenía dueño (res nullius), como sucede con la apropiación, la especificación, la accesión, la percepción de frutos y la prescripción adquisitiva. En estos casos el derecho de dominio se adquiere con total amplitud y sin más limitación que la que pueda imponer la ley. En cambio, cuando se adquiere de un titular anterior (Art. 3265 y mortis causa) se dice que el modo de adquirir es "derivado" y esto trae como consecuencia que el adquirente tendrá la cosa con todas las cargas, gravámenes y limitaciones (Arts. 3266, 3278, etc.). Modos de adquirir derivados son la tradición y la sucesión en los derechos del propietario, es decir los previstos en los incs. 4º y 6º del Art. 2524.

IV.6.C. La adquisición de los derechos reales en el proyecto de código civil y comercial.

Mantiene los requisitos del título y del modo para adquirir derechos reales en forma derivada y por actos entre vivos (los que deberán ocurrir

5 ALTERINI, Jorge H. en LLAMBÍAS – ALTERINI "*Código Civil Anotado*", T. IV. A. Pág. 321.

entre personas capaces y legitimadas al efecto) (Art. 1892), remitiendo al Libro Quinto en lo relativo a la adquisición por causa de muerte.

No modificó el carácter declarativo de la publicidad registral, manteniendo el régimen imperante en el Código Civil reformado por la Ley Nacional nº 17.711/68 a través del Art. 2505 en forma concordante con la Ley Nacional de Registro 17.801/68. La oponibilidad de la adquisición o transmisión de los derechos reales constituidos conforme las disposiciones de este Proyecto, son oponibles a terceros interesados y de buena fe cuando tengan publicidad suficiente, la que se considerará alcanzada por la inscripción registral o por la posesión, según el caso. (Art. 1893).

Prevé que ocurra la adquisición por el mero efecto de la ley en los casos que se indican en el Art. 1894; limita absolutamente que por vía judicial se pueda constituir derecho real alguno o imponer su constitución, salvo que una disposición legal disponga lo contrario y admite la adquisición por prescripción tanto larga como breve bajo idénticos parámetros que estos institutos legales eran tratados en el Código Civil en el Libro Cuarto relativo a los derechos reales y personales. En cuanto a la sentencia de prescripción adquisitiva larga, y con un sentido contrario al efecto retroactivo que se le reconoce a la sentencia, establece que ésta debe indicar la fecha en la que se cumple el plazo legal para producir la adquisición del respectivo derecho real. (Art. 1905).

IV. 7. COPROPIEDAD, CONDOMINIO, TIEMPO COMPARTIDO Y OTRAS MODALIDADES DE LA PROPIEDAD.

IV.7.A.

En nuestro país irrumpen, sucesivamente, nuevas formas de ser de la propiedad inmueble contándose entre ellas: los Clubes de Campo, los Parques Industriales, el Tiempo Compartido, los Cementerios Privados, los Centros de Compras y los Barrios Cerrados. Su emplazamiento en la órbita inmobiliaria fue motorizada por la iniciativa creadora de la autonomía privada. El poder administrador se ocupa de ellas más tarde, dictando las regulaciones pertinentes a nivel local, en función de las jurisdicciones políticas en las que tuvieron desarrollo.

En algunos casos (v. gr. Tiempo Compartido, Cementerios Privados y Centros de Compras) se advirtió que era preferible comercializar los productos derivados a través del otorgamiento de derechos personales. El condominio vigente, vaciado en el molde romanista, constituía un estado transitorio de la propiedad y sus reglas sobre actos de disposición,

administración y partición están enderezadas a su conclusión, lo que lo convierte en un derecho real esencialmente inestable. Por su parte los supuestos de indivisión forzosa de fuente legal, convencional, testamentaria o judicial, deben ser estrictamente considerados, sin posibilidad de extenderlos a otros casos que no sean los autorizados legislativamente ni de exceder sus condiciones y plazos. Las circunstancias que anotamos contribuyeron decisivamente para que la comercialización se orientara como lo expresáramos.

Como consecuencia de lo anterior los Clubes de Campo, los Parques Industriales y los Barrios Cerrados hacen pie y se consolidan en la órbita de los derechos reales confiriéndoles a sus adquirentes título suficiente con la consecuente inscripción registral. Mayoritariamente se los identifica como afectados al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal cualquiera fuera su lugar de emplazamiento. En los casos en que así no ha ocurrido las diferencias son operativas en cuanto a la utilización de todo aquello que sea de aprovechamiento común en estos complejos inmobiliarios, y los títulos que se otorgan no se encuentran afectados a las restricciones voluntarias al dominio, emergentes de la aplicación del régimen horizontal.

Conceptualmente el Tiempo Compartido se configura a través del otorgamiento de la facultad de usar y gozar con exclusividad determinados bienes (generalmente inmuebles) sucesiva y alternadamente, por períodos previamente establecidos de duración perpetua o temporaria, transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte.

El Cementerio Privado implica la titularidad de un inmueble que debe obtener una habilitación municipal (porque es la comuna local la que ejerce el poder de policía mortuoria) para emplazarse como tal y que, en función de esta particular situación, queda autorizado para transferir el uso y goce de unidades destinadas a la inhumación y exhumación de cadáveres.

El emplazamiento de los Clubes de Campo y de los Barrios Cerrados suelen estár regulados por normas de idéntica factura por tratarse de emplazamiento inmobiliarios que, esencialmente, difieren en su magnitud, mucho mayor la de los primeros.

IV.7.B.

El Proyecto de Código Civil y Comercial bajo el título común de Conjuntos Inmobiliarios incluye a éstos juntamente con los Cementerios Privados y el Tiempo compartido, implementando una regulación individual que tiene en cuenta, fundamentalmente, lo que es el objeto inmobiliario de

estos emprendimientos. Esto no fue óbice para que a cada una de estas situaciones jurídicas se las categorizara como derechos reales autónomos, cuestión muy opinable cuya resolución final está pendiente.

IV.8. LA HIPOTECA. SU CONSTITUCIÓN, INSCRIPCIÓN Y EJECUCIÓN.

IV.8.A.

En el Código Civil el derecho real de hipoteca se sostiene sobre estos pilares, que constituyen sus requisitos esenciales, manteniéndose como característica especial que la cosa inmueble continúa en poder del deudor: a.) la especialidad que tiene dos vertientes: a.1.) la crediticia o grado de agresión patrimonial que está dispuesto a tolerar el deudor respondiendo con la cosa que afecta al gravamen y a.2..) la objetiva, que remite a la cosa inmueble que el deudor hipoteca; b.) la accesoriedad, vínculo necesario entre la causa fuente y el gravamen, originando una relación de causalidad hipotecaria que graficamos con este esquema: la hipoteca se apoya en una obligación (cuyo cumplimiento garantiza) la que puede tener como fuente al contrato, al cuasi contrato, al delito al cuasi delito o a la ley; c.) la registración inmobiliaria a los efectos de publicitar la constitución de la hipoteca.

Desde el concepto legal que nos provee el Cód. Civil (Art. 3108) la hipoteca garantiza el cumplimiento de una obligación dineraria: cuando la obligación no tiene esta naturaleza, se debe establecer un monto estimativo.

La constitución de una hipoteca se debe instrumentar en escritura pública dando cumplimiento con los requisitos establecidos en el Art. 3131: a.) individualización de deudor y acreedor b.) fecha y naturaleza del contrato al que accede y archivo en el que se encuentra; c.) datos relativos al inmueble que se hipoteca y d.) suma cierta de la deuda.

La inscripción registral debe producirse en el plazo legal (45 días) contado a partir de la fecha de otorgamiento del acto, para conservar y ejercer la prioridad que confiere el certificado con bloqueo solicitado por el escribano que autorizará el acto notarial, durante su vigencia, procedimiento que retrotrae con los efectos del acto a la fecha del otorgamiento. De no contarse con este certificado la inscripción será directa, de manera que todo ato jurídico o medida cautelar cuyo ingreso sea anterior al del testimonio o copia de la escritura constitutiva de la hipoteca, será oponible al deudor, al acreedor hipotecario y al autorizante del acto.

Frente al incumplimiento del deudor de la obligación que se hubiera garantizado, el acreedor procederá ejecutivamente por dos vías posibles, tramitando ambas en sede judicial. Una netamente procesal que se inicia con la demanda por cumplimiento hasta concluir en la subasta del inmueble, y la otra, con muy poca intervención jurisdiccional, motorizado por la parte acreedora y con un relevante protagonismo notarial. Este procedimiento especial de ejecución hipotecaria fue habilitado por la ley 24.41/95 de Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción y la doctrina lo calificó como juicio hipotecario propiamente dicho, pues persigue la ejecución del inmueble hipotecado para obtener la liquidación de la deuda.

Restaría aludir, para completar este sub tema, que en el Código Civil se admite la emisión de pagarés hipotecarios (intervenidos por el registrador de la hipoteca (Art. 3202), a fin de que el deudor, una cancelada la deuda y recuperados la totalidad de los pagarés que firmó, obtenga la cancelación del gravamen presentándolos.

Siguiendo relativamente el régimen de los pagarés hipotecarios, la Ley 24.441/95 dio origen a las letras hipotecarias cartulares y escriturales, de las que sólo tuvieron operatividad las últimas nombradas. Una norma clave parta el funcionamiento de estas letras, es el Art. 37 de la ley, en el que se previó que la emisión de la letra hipotecaria trae aparejada una novación legal, en cuya consecuencia el deudor ya no deberá por la causa que originó su deuda sino por el importe que figure en la letra. La emisión de las letras fue pensada para su colocación en un mercado secundario de capitales.

IV.8.B.

En el Proyecto de Código Civil y Comercial (Título 13, Cap. 2.) al deudor se lo identifica como constituyente, admitiéndose que la hipoteca sea constituida por los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie. Esta atribución legal no disimula que sea necesario examinarla para precisar su procedencia y alcance, al menos, en algunos de los derechos reales que se citan.

En general este proyecto mantiene los lineamientos del Código Civil permitiendo que el acreedor hipotecario, cuyo gravamen pesa sobre una parte indivisa del inmueble del deudor, se oponga a la partición extrajudicial que pretendan llevar a cabo los condóminos. Por otra parte admite que se convenga la aplicación del proceso ejecutivo que las partes acuerden.

Una reforma relevante de este proyecto respecto del derecho real de hipoteca es la introducción de la hipoteca de máximo y la admisión de las hipotecas abiertas tema, este último, de los más controvertidos en la doctrina civil especializada.

En el primer caso mediante la intervención de varios artículos (2187, 2189 y 2193),l cuyos textos reclaman una interpretación armónica si lo que se propone es admitir este tipo de garantía tanto para créditos determinados como indeterminados.

En segundo caso se abre el juego a las hipotecas abiertas (aseguramiento de créditos indeterminados en su causa fuente, caracterizadas por estar pendiente la individualización del crédito en sus elementos necesario, lo que puede ocurrir posteriormente pero antes de procederse ejecutivamente contra el deudor que no cumplió con las obligaciones a su cargo.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

TEMA: EL MERCADO INMOBILIARIO
Not. Eduardo Gabriel Clusellas

La seguridad jurídica en el mercado inmobiliario requiere de la existencia de una base de certeza que le sirva de punto de apoyo para fundar su legitimidad. No podemos considerarla como posible si no contáramos con un título suficiente, emanado de un notario competente, con un sistema registral que acompañe dicha certeza, en un sistema jurídico que cuente con la gran mayoría de los inmuebles incorporados al mercado formal.

El mercado inmobiliario es una de las actividades más sensibles de la economía y con una trascendente función social. De gran complejidad para su análisis, debemos segmentarla en tres grandes categorías para abordar la problemática y la estrategia prevista para solución, y en cada una de ellas cual ha sido y es la intervención del notariado.

El primer segmento que trazaremos será el que abarca un importante sector, que de acuerdo al último censo representa el 16% de la población del país, que habita viviendas con instrumentos jurídicos insuficientes o sin título, con posesiones prolongadas y pacíficas sobre los mismos. En este caso por la ley nacional 24.374 y su modificación por la ley 25.797, se establecieron regimenes de regularización dominial, gozando de sus beneficios los ocupantes de escasos recursos que acrediten la posesión pública, pacífica y continua, durante tres años, y causa de ocupación lícita, de inmuebles urbanos que tengan como destino principal el de casa habitación única y permanente, y reúnan las características previstas en la reglamentación.

Se diseñó un régimen de regularización dominial o titulación masiva, que en forma prácticamente gratuita para el ocupante que pretende regularizar su título, y con una activa participación de los notarios y de los Colegios correspondientes, incorporó al mercado inmobiliario y dotó de certeza jurídica a un importante cantidad de inmuebles pertenecientes mayormente a un sector de la población de bajos recursos. Además de la trascendente contribución con función social que ejerció el notariado local, se incorporó al mercado inmobiliario luego de transcurrido el plazo

de 10 años a contar desde su instrumentación, plazo con el que cuenta el titular registral para oponerse al proceso de regularización, una masa de activos inmobiliarios que hasta ese momento pertenecían al mercado informal. Esta acción contribuye, como se expresara en las conclusiones del tema II del XXV Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado, como "un factor de paz social y un instrumento de desarrollo", conforme la acción iniciada por la ONU, a partir de la aprobación de los Ocho Objetivos del Milenio (ODM).

En la Provincia de Buenos Aires, el Colegio de Escribanos celebró un convenio con la provincia, aprobado por los decretos 4605/95 y 2815/96, que concentró en el notariado la recepción de las solicitudes de acogimiento, los trámites, notificaciones y la autorización del acta de regularización que suscribieron los beneficiarios con la autoridad de aplicación, mediante la creación de Registros Notariales de Regularización Notarial, a cargo de notarios públicos en actividad. La adecuada distribución territorial de los registros y la cercanía con los requirentes de bajos recursos, la simplificación de la tramitación, y su prácticamente inexistente costo, teniendo en cuenta que una escritura de titulización presenta para el requirente un costo total aproximado de U$S 50, pues tanto el Colegio de Escribanos como los demás sujetos intervinientes, colaboran económicamente para alcanzar esta cifra, hizo que más de 200.000 inmuebles se encuentren actualmente en trámite de regularización. Esta mecánica prueba la posibilidad de dotar de seguridad jurídica, de incorporar al mercado formal, con aptitud para circular y constituirse en objeto de un instrumento de garantía futura, a una importante cantidad de inmuebles que no revestían esas cualidades. Claramente, y tal la recomendación del XXV Congreso de la Unión Internacional del Notariado de Madrid en el año 2007, los estados miembros, en especial aquellos con grandes deficiencias en titulaciones o con extrema pobreza, deberán aunar esfuerzos en pos de dotar a los habitantes de escasos recursos de un titulo suficiente, que les sirva de punto de apoyo para el desarrollo de las generaciones futuras.

El segundo segmento se encuentra representado por una importante porción de la población que no posee vivienda propia y vive en condiciones precarias o de hacinamiento. Para este grupo, es fundamental la intervención del estado configurando planes de vivienda que les permitan el acceso a condiciones dignas de habitación. En la escrituración de estas viviendas sociales resulta vital la intervención de las escribanías generales de gobierno y los convenios que estas realizan con los Colegios de Escribanos del país, para facilitar la titulación adecuada a un costo que no resulte un

obstáculo para sus habitantes de bajos recursos. El Consejo Federal del Notariado Argentino, que nuclear a todos los Colegios Notariales del país, tiene celebrado un acuerdo con el Consejo Nacional de la Vivienda[1] con el objetivo de brindad la asistencia técnica especializada, en las distintas operatorias de construcción adjudicación y financiamiento de viviendas ejecutadas con dinero del Fondo Nacional de la Vivienda. Los notarios participan en forma voluntaria en dichas instrumentaciones, percibiendo por dicha función un honorario mínimo de aproximadamente el equivalente a U$S 60 por cada escritura de compraventa, con el compromiso de todos los estados provinciales de eliminar todos los costos pre y post escriturarios en estas operaciones, y con el compromiso de que el estado solo hará entrega de las unidades a sus destinatarios finales simultáneamente con la firma de la escritura traslativa de dominio. Los honorarios percibidos por esta operatoria obviamente no cubre los gastos operativos de las escribanías, pero resulta una importante contribución para alcanzar la paz social, la posibilidad de acceder a una vivienda digna para todo habitante de la nación, pero al mismo tiempo a incorporar al mercado transaccional futuro, a una importante cantidad de inmuebles. En los primeros 5 años de vigencia de este acuerdo, más de 100.000 viviendas fueron incorporadas al régimen formal, con esta actitud notarial solidaria.

El tercer segmento está integrado por todas aquellas viviendas que regularizadas jurídicamente, forman parte del mercado inmobiliario tradicional, y que configuran el verdadero mercado inmobiliario comercial.

En la Argentina, la actividad inmobiliaria hasta el año 2011 presentó un alto nivel de participación en la composición de Producto Bruto Interno. La construcción aporta aproximadamente el 15% del PBI en producción de bienes, y las actividades inmobiliarias, empresariales y de alquiler un valor equivalente al 16% del total de los ingresos del país con relación al conjunto de provisión de servicios.

El gran déficit habitacional, la presenta como una de las actividades más dinamizadoras de la economía con un alto impacto en lo social, y un destacado papel en la economía de los inversores particulares.

Además de cumplir con su verdadero efecto de cubrir necesidades habitacionales, se ha transformado en un refugio de valor o una alternativa considerada entre las más interesantes al momento de analizar inversiones en el país.

---

[1] "Convenio Marco para el Saneamiento de Títulos y Escrituración de Inmuebles Financiados por el Fondo Nacional de la Vivienda", 8 de agosto de 2003.

Luego de la crisis económica y financiera que vivió Argentina en el año 2002, la caída en default de los bonos emitidos por el estado nacional, y las medidas restrictivas dispuestas por el gobierno que dificultaban el recupero del dinero depositado en los bancos, retrajo notablemente los depósitos bancarios, y los existentes se efectúan por periodos muy cortos en el tiempo.

La falta de depósitos y una situación financiera limitada a operaciones a corto plazo, retrajo considerablemente la posibilidad de acceso al crédito destinado a la vivienda y a la construcción.

El mercado inmobiliario se reconvirtió, encontrando mecanismos de resolución del flujo de fondos, prescindiendo del aporte crediticio del mercado financiero.

Así tuvieron gran desarrollo los emprendimientos "al costo" con una modalidad novedosa, merced a la aplicación de la ley 24.441 de financiamiento de la vivienda y la construcción promulgada en 1995 que incorporó figuras jurídicas tales como el fideicomiso, el leasing, y un régimen de ejecuciones especiales.

Resultó vital en esta transformación la figura del fideicomiso que tal como se encuentra diseñada en nuestra legislación, admite la participación directa de los distintos sujetos negociales sin que resulte necesaria la intermediación bancaria. Así, se configuran negocios donde el propietario de un inmueble lo podrá transmitir fiduciariamente para desarrollar un emprendimiento, también puede una empresa constructora aportar la obra, el proveedor de materiales también puede hacer lo propio, quienes junto con los inversores particulares que aportan dinero en efectivo, configuran un negocio inmobiliario con el objetivo de adjudicarse en la proporción a los aportes realizados las unidades funcionales o las utilidades resultantes.

Ante la falta de alternativas de inversión, y con altas tasas de rendimiento, este esquema de inversión se transformó rápidamente en el refugio de valor y la alternativa de inversión más habitual entre quienes hasta esa época se refugiaban en activos financieros o bursátiles. Esta mecánica, lejos de bajar los niveles de construcción con relación a aquellos años donde el mercado financiero participaba activamente, los mantuvo en sus niveles históricos, y en algunos casos los aumentó.

Este fenómeno cambió notablemente el enfoque de la instrumentación de los documentos notariales, puesto que mientras que en las operaciones con un tratamiento tradicional, los bancos financian al adquirente o al constructor, son en consecuencia quienes establecen las pautas

jurídicas y la base de los contratos y modelos a suscribirse, esta nueva dinámica negocial, obligó a las partes a formular instrumentos jurídicos acordes al negocio instrumentado, con distintos niveles de complejidad. Aquí el rol del notario se tornó en trascendental, no solo para brindar un adecuado asesoramiento a los particulares, sino para instrumentar negocios contemplando la protección de intereses tan variados como complementarios.

Vemos entonces que ante problemáticas tan complejas, y en muchos casos tan presumiblemente negativas, el mercado, la ley y el rol del notariado las pudo reconvertir en ciclos positivos.

Las realidades del territorio del país no son homogéneas, y estas grandes transformaciones tienen mayor dinamismo en los grandes centros urbanos, ya sea por la concentración de capitales, ya por la posibilidad de acceder más fácilmente a la capacitación por parte de los notarios.

El mercado inmobiliario como todo mercado tiene sus reglas y requiere de un dinamismo al que deben contribuir en calidad y eficiencia cada uno de los actores y proveedores de bienes y servicios.

El notariado debe contribuir activamente en su desarrollo, para lo cual resulta imprescindible adecuar la profesión a los standards de calidad y eficiencia que los tiempos y las circunstancias exigen. Un adecuado régimen de acceso a la función, un estricto control sobre su ejercicio, la capacitación permanente, una distribución territorial armónica, el transformarse en impulsores de normas y procesos que mejoren la eficiencia, la rapidez, la eficacia, y la seguridad jurídica, efectuarán al mercado inmobiliario un importante aporte de valor no solo apreciable jurídicamente, sino como un eslabón esencial en la cadena de valor inmobiliaria.

La histórica participación del notario en el mercado inmobiliario, su especialización dentro del ámbito de los derechos reales, y el derecho registral, lo ubicaron como el profesional idóneo para el desarrollo de la actividad, pero exige un compromiso de capacitación permanente para poder encontrar los instrumentos y mecanismos jurídicos que cada tiempo y circunstancia requiere.

La intervención notarial para instrumentar las transacciones inmobiliarias en la Argentina resulta obligatoria, en virtud de lo dispuesto por la ley, y lo recogido en el proyecto de reforma de la legislación civil y comercial antes citado, y su resultado puede considerarse más que exitoso teniendo en consideración la baja tasa de conflictividad que los juicios de reivindicación inmobiliaria representan con relación al conjunto de reclamos patrimoniales que llegan a esferas judiciales, representando

solo el 0,044% de dichas causas. La muy baja tasa de siniestros, transforma a la seguridad jurídica inmobiliaria intervenida notarialmente en un elemento vital, que repercute en bajos costos, y alta certidumbre dentro del mercado inmobiliario.

Pero el mundo tiende al cambio de paradigmas, y al cambio conceptual. El tradicional requisito de rapidez y celeridad, muta en el comercio y en las actividades en general al de inmediatez. La contratación electrónica, la firma digital, y demás avances informáticos, seguramente devendrán en cambos de hábitos, normas y exigencias en nuestra profesión para los cuales debemos prepararnos y anticiparnos en el análisis de ciclos y en el desarrollo de instrumentos para su ejecución. Como ya lo vimos al analizar el grado de importancia que los medios informáticos aportan a la seguridad jurídica en general, debemos hacer un adecuado uso de los mismos, rescatando la vital participación del notario en especial para garantizar la correcta instrumentación de la voluntad de los otorgantes y descartar los vicios de la voluntad.

Al momento de analizar la regulación jurídica en la Argentina, con relación al régimen de transacciones inmobiliarias y registración de derechos reales, nos encontramos en general con un sistema que resulta confiable para los consumidores, y con un muy bajo índice de conflictividad.

Pero ingresando en las condiciones particulares de contratación hemos vivido momentos de incertidumbre contractual. Desde el año 1991 y hasta el año 2002 tuvo plena vigencia la ley 23.928 de convertibilidad, que establecía una paridad equivalente entre la unidad peso y la unidad dólar estadounidense, en un marco de baja o inexistente inflación. A principios de 2002, la derogación parcial de la ley mencionada, dejó flotar libremente la cotización de dicha moneda, fijó nueras normas de pesificación y de ajustes de saldos adeudados para aquellas operaciones que habían sido pactadas antes de la sanción de la ley, pero continuó prohibiendo los métodos de indexación atados a los índices de inflación. Una devaluación de hecho de aproximadamente el 300% del peso con relación al dólar, invitó a los contratantes a continuar utilizando como moneda de cambio al dólar estadounidense.

En el último año, se establecieron al principio controles, y luego prohibiciones para adquirir dicha moneda, salvo que el destino que se le dé a los dólares sea el de turismo o importación, y aun en esos casos con procesos previos para su autorización por parte de la Agencia Impositiva. La prohibición de su venta para ahorro o compra de bienes muebles o inmuebles, retrajo notablemente el mercado inmobiliario, fundamentalmente porque los vendedores no encuentran con facilidad refugios

para el dinero obtenido que al menos acompañe el proceso inflacionario, puesto que las tasas por plazos fijos que ofrecen los bancos no alcanzan a cubrir los aumentos del costo de vida.

La falta de crédito a largo plazo, y de normas financieras y cambiarias claras, previsibles y atractivas para los inversores, sumado a la incertidumbre económica e inmobiliaria de los grandes mercados internacionales, produjo en algunas de las más importantes jurisdicciones de nuestro país, como la Capital Federal, una caída interanual en la cantidad de escrituras otorgadas que llegaron al 43.5%[2].

La seguridad que requiere el mercado inmobiliario, no se debe basar solo en normas que protejan adecuadamente la vivienda y los derechos reales, sino también en aquellas que protejan a los contratantes en el negocio que celebran, creando instrumentos jurídicos adecuados para todas las etapas negociales, y que contengan mecanismos de financiación y ejecución que protejan a ambos contratantes por igual. La seguridad jurídica disminuye claramente los riesgos del negocio, y la atenuación de los riesgos a lo que este se somete, resulta un valor apreciable en dinero al momento de analizar una inversión.

Cada vez resulta más compleja, pero atractiva y necesaria la intervención de un notario capacitado y a la altura de los tiempos y de la evolución de la economía y de la tecnología para brindar un adecuado asesoramiento en el negocio, certeza en la instrumentación y seguridad en la registración.

El acceso a la vivienda digna, la libertad de contratación en condiciones equitativas, y la seguridad jurídica, resultan elementos sustanciales para la prosecución de la paz social. Por el contrario, vemos en la historia de nuestros países latinoamericanos que la disparidad social, las condiciones de vivienda poco dignas, la distribución inequitativa del poder económico, y la inseguridad jurídica de la propiedad privada, han derivado en cíclicos enfrentamientos sociales.

Debemos valorar activamente el rol de los notarios en este proceso, puesto que nuestra actividad no solo aporta seguridad a los derechos reales, y valor económico al mercado, sino también resulta un factor determinante para contribuir a la paz social.

En nuestro país si bien la regla general es la libertad de contratación en el mercado inmobiliario, existen algunas limitaciones, restricciones y

---

[2] Fuente: Estadística de actos otorgados en la Ciudad de Buenos Aires, informada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Variación interanual entre noviembre de 2012 con relación a noviembre de 2011.

procedimientos previos, que en algunos casos resultan obstáculos a la hora de movilizar activamente el mercado.

Al momento de incorporar un inmueble a la oferta del mercado inmobiliario, resulta necesario publicitar el precio de la oferta en un Código de Oferta de Transacciones Inmobiliarias (COTI), y luego de concluida la operación, informar el valor acordado. De esta forma, la agencia impositiva, podrá analizar casos en los cuales exista notoria disparidad entre el valor ofrecido y el valor final de la operación.

Los adquirentes deben justificar el origen lícito de los fondos utilizados para la operación, en sintonía con las normas antilavado de dinero fijadas por la GAFI. Si bien estas normas de alguna forma lentifican el tráfico comercial, han contribuido a generar un marco de transparencia en concordancia con las recomendaciones internacionales.

Por otro lado la reciente sanción de la ley de tierras 26.737 limita el acceso a la propiedad de tierras rurales a los extranjeros, no pudiendo en ningún caso ser en su conjunto propietarios de más del 15% del total de las tierras rurales del país, de las provincias o de un municipio, y estableciendo la superficie máxima para un mismo titular a 1.000 hectáreas. El efecto de esta ley, sumado a las dificultades para transferir remesas de dinero, ha limitado fuertemente la intervención de capitales extranjeros en el mercado inmobiliario local.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

LA MEDIACIÓN COMO PROCESO PARTICIPATIVO DE LA RESOLUCIÓN PACÍFICA DE CONFLICTOS EN EL MERCADO INMOBILIARIO.

Not. Fátima L. Cosso
Not. Graciela Curuchelar

El mercado inmobiliario es un importante sector que forma parte de la economía de una nación donde se proyectan, desarrollan, construyen y comercializan bienes raíces y servicios, que tiene trascendencia para el país porque condiciona el bienestar de la sociedad y colabora con el desarrollo general, siendo la base del patrimonio familiar.

La promoción de inversiones contribuye con el Producto Bruto Interno, aportando bienes de capital, producción y consumo; es generador de mano de obra, contribuye con impuestos, y amplía los programas de renovación urbanística.

Tiene la característica de ser un mercado cíclico muy sensible a los cambios económicos y políticos, monetarios y se afecta con las variables comunes que son mayor o menor desarrollo de la actividad, lo que trae aparejado un aumento en el nivel de conflictos. En el marco de ese ámbito el Notario ejerce una mediación cotidiana cuando interpreta la voluntad de los requirentes, y contribuye en su calidad de jurista, con su debido asesoramiento imparcial a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del Notario, que debe estar presente en toda su actuación, desde el asesoramiento en la audiencia previa, en la estructura del acto y en la redacción del documento que se va a otorgar, en el acto de autorizar o autenticar, así como en los actos post escriturarios con consecuencias jurídicas en los terceros.

Requiere de una sólida formación jurídica, con una mirada integradora con las otras disciplinas, ya que el Notario forma parte de un engranaje que mueve el mundo moderno.

En otro lugar, y cuando se ha producido el conflicto, las peculiares características de la actividad notarial colocan al Notario mediador en la inmejorable situación de alentar la vocación de servicio potenciando su competencia en la gestión pacífica de resolución de los mismos.

Mediación

La mediación es un proceso pacífico e informal de resolución de conflictos a cargo de un tercero imparcial que actúa como facilitador de la comunicación entre los participantes, quienes toman responsablemente sus propias decisiones con el objeto de llegar a un acuerdo de posible cumplimiento que se ajuste a sus propias necesidades.

La mediación alienta la comunicación directa de los involucrados y desarrolla las habilidades de las personas para buscar sus propias respuestas y promueve la autonomía de la voluntad y la autogestión, es una negociación colaborativa asistida por un tercero imparcial, facilitador de la comunicación.

El mediador notario ejerce naturalmente su función mediadora y puede intervenir como tercero imparcial en conflictos derivados de la actividad inmobiliaria como los derivados por incumplimiento de boletos, contratos, depósitos, señas y reservas rendición de cuentas de administradores y apoderados; mediación en conflictos por préstamos de dinero con garantía hipotecaria mediación en conflictos con empresas de servicios domiciliarios de luz, gas, teléfono, derivados de la propiedad horizontal, disputas en consorcios, incumplimiento en el pago de expensas comunes, conflictos para fijar el valor locativo, conflictos de locaciones urbanas y rurales, conflictos por alquileres impagos, por responsabilidad de garantes y fiadores de contratos, mediación en conflictos derivados de divisiones de condominio forzoso y de partición hereditaria.

Para ser mediador hay que capacitarse específicamente, aunque los notarios ya son mediadores natos, dado que "En el ejercicio del derecho estamos acostumbrados a orientar la mirada a un futuro libre de conflictos, y que satisfaga a todos los intervinientes del asunto. Incluso, más de una vez nuestra intervención alivia problemas emocionales, preocupaciones y deseos que cubren otros aspectos del individuo, y no el encuadre puramente jurídico. Estamos acostumbrados a recibir, escuchar e interpretar la voluntad de las partes, en las que indagamos sanamente, con la inmediación de la audiencia notarial"[1].

[1] Ormaechea, Carolina. "La intervención del notario en los conflictos"; Revista Notarial 945, Buenos Aires, 2003, citada en LA LEY Buenos Aires, Número 11, Diciembre 2012, Doctrina, Curuchelar, Graciela "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

"... la mentalidad notarial adecua más fácilmente que la del abogado a la mediación, porque salvo en sus estudios universitarios en que también le enseñaron que el único proscenio es el litigio, eligió un oficio que solo opera en el acuerdo y busca integrar los intereses..."[2].

Podemos afirmar que la mediación enaltece la libertad de los individuos de elegir el modo de acceso a justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables en tomar las decisiones que nos hagan elegir un camino pacífico para la gestión de nuestros conflictos.

Quienes elegimos este proceso como variable de construcción de paz social, promovemos que se potencien las fortalezas de las partes, para que puedan resolver sus diferencias por sí mismas, inspirados en los valores democráticos de la participación y sustentados en los principios de elegir con libertad el acuerdo posible para cada uno.

Los mediadores somos activos practicantes de la paz social, trabajando con total responsabilidad para la consecución de los valores de libertad, justicia, cooperación, confianza, fe, preservación de las relaciones interpersonales, prevención de la violencia y gestión y resolución pacífica de conflictos.

Aún cuando entendamos que el conflicto sea una oportunidad, cuando nos atraviesa, nos desestabiliza.

Los mediadores generamos el compromiso de entender que la mediación es un espacio de respeto y escucha.

En definitiva somos artífices de ofrecer las herramientas para que quienes transiten por este proceso puedan mejorar su calidad de vida.

Promover esta función social es ser protagonistas de este cambio de época, construyendo resultados que fortalezcan el desarrollo humano, social e institucional.

Tanto la gestión pacifica de conflictos como las técnicas de comunicación potencian el protagonismo en la búsqueda de consensos, aliviando la tensión propia que trae aparejado el conflicto.

Tomado el conflicto como una oportunidad de cambio, la posibilidad de mediar se convierte en un camino pacífico y vital.

---

[2] Gattari, Carlos N. Abogado. Escribano. Juez. Mediador. Registrador, Edit. Depalma, Buenos Aires, 1998, citado en LA LEY Buenos Aires, Número 11, Diciembre 2012, Doctrina, Curuchelar, Graciela "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

- La finalidad perseguida es establecer la mediación como proceso de cambio, canalizar los conflictos por un sistema o método de prevención de la controversia judicial y así frenar el acceso precipitado a la justicia, que desde hace mucho tiempo se encuentra desbordada, que la torna ineficaz por su lentitud, hecho que compromete los valores y fines que han de asegurarse mediante el debido y justo proceso.

- La visión compartida del notario y mediador nace del profundo respeto por los valores que implican el compromiso con la justicia, la equidad y el mantenimiento de la paz.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

Not. Agueda Crespo
Not. Susana Bonanno

II. EL NOTARIO

II. 1. Su función como profesional de la seguridad jurídica.

La función notarial tiene por objeto brindar a la sociedad, seguridad jurídica.

"El fenómeno notarial encuentra su razón de ser en la naturaleza social del hombre y nace como respuesta a la ancestral necesidad de certeza, previsión y estabilidad, es decir de seguridad jurídica que la comunidad requiere".[1]

El notario es sinónimo de confianza, de prevención de conflictos, de confidencialidad, de objetividad, es la figura de equilibrio en las negociaciones por su imparcialidad.

Denominado por los economistas como "gate keeper" de las relaciones jurídicas, es un basto conocedor del derecho positivo aplicable, obtenido mediante una exigente y continua formación desde que se es aspirante a notario.

Su actuación otorga un valor agregado a la instrumentación negocial, porque el notario no sólo redacta un instrumento que refleja la voluntad de las partes enmarcada dentro del orden jurídico, sino que ese documento pasa a ser eficaz, cubierto de autenticidad fedante, con valor probatorio "erga omnes", y que se guardará y conservará para siempre.

El iter que el notario efectúa para ejercer su función desde el momento en que es requerido su servicio hasta instrumentar la voluntad de cada otorgante puede sintetizarse e la siguiente forma:

1. Legalidad El notario, tiene la obligación de instrumentar todos los actos y contratos dentro del marco de la Constitución y el ordenamiento

[1] Ponencia Argentina, XXVI Congreso Internacional del Notariado, celebrado en Marrakech, Marruecos, en octubre de 2010.

jurídico del país. Les confiere validez a todos los instrumentos públicos que de él emanen en ejercicio de su función.

2. Rogación: el notario no actúa de oficio, debe ser requerido por las partes, en forma inequívoca, sin formalismos pero de manera tal que si se pusiera esa rogación en tela de juicio debería ser posible su prueba.

3. Calificación: Para poder ser el intérprete de las voluntades de las partes, el notario debe conocer cual es el fin teleológico que persiguen, que es lo que quieren, cómo y cuando y debe traducirlo, volcándolo en la esfera de lo jurídico y asegurando su eficacia.

4. Legitimación: a fin de brindarle eficacia a su documento público, el notario debe tener en cuenta elementos subjetivos (capacidad de los intervinientes, representación) y objetivos (títulos, estudio de antecedentes, certificaciones registrales, informes administrativos y reportes tributarios)

5. Instrumentación: Para documentar los actos jurídicos, el notario los encuadra dentro del marco legal y decide qué tipo de instrumento redactará, configurando su "opus", esencia de su función, que por génesis es auténtico "erga omnes".

6. Autenticación: El notario es el autor cierto y calificado del que emanan documentos públicos imbuidos de presunción de legalidad y exactitud de contenido, que sólo pueden ser redargüidos de falsedad en sede judicial en cuanto a los hechos percibidos directamente por él de "visu et de auditu suis sensibus" (hacen a la inmediatez de las percepciones) y a aquellos que no presencia pero le constan de ciencia propia o por declaraciones de otorgantes u otras pruebas.

7. Autorización: Una vez redactado, leído el documento y suscripto por otorgantes y testigos, si los hubiere, el notario firma y nace en ese momento el documento público notarial, que conlleva fuerza probatoria y ejecutiva

8. Conservación: Es deber del escribano conservar y custodiar en perfecto estado la documentación que compone el protocolo, mientras se encuentre en su poder. Esta obligación es consecuencia del principio de matricidad, los instrumentos originales deben ser guardados hasta que pasen a manos de los Archivos respectivos.

II. 2. Su aporte al mercado inmobiliario

El Estado tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica.

Para ello, tiene que dictar normas claras que regulen las conductas de los habitantes del país. Pero si las leyes se multiplican, son taxativas y no establecen pautas generales, es probable que no exista seguridad jurídica, y sin seguridad jurídica tampoco habrá inversiones ni un mercado con libre oferta y demanda.

En estos marcos confusos, con panoramas futuros poco prometedores, y aún con la economía frenada, sigue siendo el notariado argentino una de las instituciones más confiables para la población.

"El Estado debe ofrecer medios aptos para que las personas puedan llevar a cabo su actividad en un ámbito de fiabilidad que haga posible lograr los objetivos propuestos, ya que de lo contrario, no se tratará de un estado moderno y democrático. Y la exigencia de la seguridad en las transacciones manda que en la sociedad de hoy sea imprescindible la existencia de un notariado debidamente integrado". "El notario tiene el cometido de la autenticación, base de la confianza. El derecho exige certeza en cuanto a comportamientos de trascendencia jurídica y el sistema recurre a la fe pública, que es la fe impuesta por el legislador en la veracidad del comportamiento que se pretende tutelar. La ley reviste al documento notarial de la eficacia probatoria del instrumento público, y esta circunstancia incide sobre el ánimo colectivo para que la aseveración del escribano sea calificada. Culmina con una función de conservación. El documento público notarial constituye la corporización de una asistencia jurídica, adaptada al objetivo de materializar la justicia, incontestabilidad y pacificación en las relaciones entre las personas, en una real expresión de la administración de justicia preventiva".[2]

En Argentina, según encuestas realizadas, la población comprendió que donde interviene el notario se reduce la posibilidad de conflicto, acude a las notarías buscando asesoramiento, si bien no masivamente, la búsqueda de consejo es mayor que en años anteriores. Sin embargo debemos reconocer que estamos atravesando tiempos difíciles, con un mercado de cambios inexistente, la economía se replegó, y se busca otras alternativas a la compraventa inmobiliaria. No hay muchas veces acuerdo en que moneda se realizan las transacciones inmobiliarias y esto frena las operaciones.

A pesar de todo, el avance tecnológico sigue, las reformas legislativas y los proyectos de reformas de códigos no aclaran el panorama,

[2] Highton Elena I. El Escribano como tercero neutral. (En Revista del Notariado Nº 896 año CXII. Abril /Junio 2009. P. 89).

se implementan nuevas formas de contratación debido a los procesos globalizadores y todo esto obliga al notariado a aggiornarse permanentemente y seguir difundiendo los beneficios que otorga su intervención.

Como las crisis económicas son cíclicas tenemos que ser proactivos y profundizar nuestro conocimiento a fin de asesorar a la población y aguzar nuestro sentido para ampliar nuestro marco de incumbencias, sin minimizar la contribución que el notariado efectúa en la prevención de litigios cuando interviene en la confección de documentos.

Sabemos que la seguridad jurídica y económica van de la mano del sistema latino, cuyo documento tiene un valor agregado dada su autenticidad, certeza y permanencia.

Además "El sistema del notariado latino desde un punto de vista estrictamente económico ofrece las siguientes ventajas:

a) La reunión de diferentes actividades en una sola y misma figura (lo que algunos economistas han llamado el "multiproducto notarial") supone necesariamente una reducción de costes. Pero además sus beneficios trascienden a las partes del negocio para favorecer a los terceros en general, son las llamadas "externidades positivas".

b) El asesoramiento por parte de juristas cualificados, y sobre todo, independientes e imparciales reduce la litigiosidad, y además los efectos atribuidos al documento facilitan la prueba en juicio lo cual es indudablemente un factor de reducción de costes.

c) La estructura en la que se ejerce la función notarial es especialmente eficiente, aún siendo pública se ejerce encuadrada dentro del marco de una profesión liberal. La función notarial requiere el ejercicio de unas actividades anteriores a la propia autenticación entre las cuales destacan la adecuación de voluntades y la mediación entre las partes, la redacción del documento, y todas ellas son actividades privadas no solamente por su propia naturaleza sino también por el carácter privado de los intereses a los que sirven, esta estructura reduce costos del Estado cuando organiza el servicio de seguridad jurídica preventiva puesto que todo el peso del costo de organización de estos servicios recae sobre la propia estructura corporativa notarial y no sobre el estado directamente, sobre quien sí recae exclusivamente el control, la selección y la determinación del régimen general del notariado.

d) Conectado a un sistema de registro de publicidad el sistema de seguridad jurídica preventiva basado en la existencia de un documento público notarial, proporciona una seguridad aún mayor puesto que la

autenticidad del documento que accede al registro permite que sea auténtica y cierta la información que el registro publica."[3]

DERECHO COMPARADO: En algunos países como Francia, han logrado dimensionar la importancia del notariado en el mercado inmobiliario y se le reconoce una participación activa en la negociación. Es un accesorio de su actividad principal.

La participación notarial está estrechamente ligada a la instrumentación de manifestaciones de la voluntad, esta instrumentación está destinada a producir efectos contractuales.

La negociación inmobiliaria, por su parte está indisolublemente asociada al dominio consensual del mundo de los contratos, competencia directa de los notarios.

No nos referimos al ejercicio del comercio, actividad prohibida para los notarios.

En el caso francés se reglamentó el ejercicio de la actividad notarial inmobiliaria, reconociéndole las siguientes características:

- Es una actividad tradicionalmente notarial.
- Es una actividad accesoria a la principal.
- Se debe priorizar el respeto a la ética y a la deontología inherente a la calidad de oficial público.
- Es necesario utilizar un mandato escrito (o autorización de venta) de los vendedores con duración razonable.
- Se prohíbe hacer publicidad en general y dedicarse personalmente a la comercialización.
- El ejercicio de esta actividad debe ser dentro de la notaría.
- Todos los notarios que ejercen la actividad inmobiliaria- dentro de las condiciones descriptas- pueden ser agrupados y supervisados por los Colegios de Escribanos.

Esta reglamentación marca claramente que no se está ejerciendo el comercio, prohibiendo específicamente la comercialización, la publicidad individual y la compra-venta de propiedades. En 1979 se fijaron los honorarios notariales en esta actividad.

En Francia han desarrollado todo el ciclo de la participación inmobiliaria del notario.

---

[3] El Notariado Latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones. Escribana Rosana A. Gimeno. Revista del Notariado Nº 896 abril/junio 2009. Pág. 207 y siguientes.

Consideramos que esta actividad es para el notariado un accesorio del servicio público que presta y no puede nunca tener dentro de ese ámbito, un carácter comercial ni principal.

La razón esencial planteada en Francia fue el interés social, y se diferenció del ejercicio de la actividad inmobiliaria ejercida por sectores interesados solo en el aspecto económico de la misma.

En ITALIA, se consideró la obligatoriedad de la recepción de la voluntad de los contratantes en la actividad inmobiliaria, ante notario, en exclusiva defensa de las partes intervinientes en el acto.

El notariado francés creó la VNI Venta notarial interactiva, que funciona eficazmente y permite encontrar en Internet publicaciones sobre venta de inmuebles, realizada por los mismos interesados.

Esto hace que el vendedor pueda evaluar las distintas ofertas que recaen sobre su propiedad. Ofrece un medio fiable, moderno, simple, que solo permite la recepción de ofertas de manera transparente. Una vez aceptada la oferta, las partes se contactan con el notario designado al efecto para instrumentar el negocio.

Vemos en estos casos una participación activa de los Colegios Notariales en la actividad inmobiliaria.

Este valor agregado a la actividad inmobiliaria redunda en beneficios para la comunidad.

II.3. La función notarial generadora de confianza social, su contribución al desarrollo jurídico y al desarrollo económico sustentable

La función notarial, generadora de confianza social es protagonista del desarrollo jurídico de la comunidad.

La intervención notarial reduce la litigiosidad y en pos de un desarrollo jurídico sustentable, como modo de mejorar la calidad de vida y de preservar el medio ambiente, mediante el documento notarial y su publicidad cartular brinda datos relativos a determinadas condiciones de los inmuebles.

El notario contempla no solo los aspectos económicos y jurídicos, sino también sociales y ambientales. En el marco de la seguridad jurídica que emana de la intervención notarial, es innegable la importancia de la información que este brinda en base a datos relativos a determinadas restricciones, beneficios o limitaciones y que perdurarán en el documentos notarial, tales como la pertenencia del inmueble a zonas de Patrimonio Histórico, a ejecuciones urbanísticas, a restricciones en la Propiedad Horizontal.

Los nuevos desafíos como el futuro de la provisión de agua potable y el de los glaciares, el destino de las reservas de agua, la explotación minera indiscriminada, son temas que requieren profundización.

La participación notarial en cuestiones de derecho ambiental y de urbanismo son indispensables. Así como en la intervención en contratos de explotación agrícola o mineros. El asesoramiento cabal y la información a las partes firmantes de los contratos en cuestión, sobre las consecuencias inmediatas y mediatas de los mismos, también deben contener datos sobre el desarrollo sustentable de las mismas. Es un compromiso social asumido por la institución notarial que ha comenzado en los países más desarrollados y se está extendiendo al resto del mundo. Es el desafío de este siglo.

"El Notario, en el ejercicio de una función pública, y por su relación con organismos públicos y privados, tiene la posibilidad de relacionarse con cada uno de los recursos que integran el Medio Ambiente. Conoce de las restricciones y límites al dominio; tiene posibilidad de realizar constataciones; complementa su trabajo con peritos para verificar la degradación, agotamiento y erosión del suelo, la contaminación del aire y el agua. Se encuentra capacitado para intervenir complementariamente en los procesos de zonificación, urbanización, en la verificación del cumplimiento de los requisitos necesarios para la apertura, clausura o cierre de una planta de tratamiento de residuos o la radicación o funcionamiento de una industria" (4)

La ley 25675 de noviembre de 2002, declara al ambiente un bien jurídicamente protegido y establece los presupuestos mínimos.

4) ponencia Argentina. XV Jornada Notarial Americana - Tema I

para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable.

Establece los objetivos a seguir a fin de preservar, conservar, mejorar y recuperar los recursos ambientales para tener una mejor calidad de vida, no sólo para nosotros, sino para las generaciones futuras.

La Ley General del Ambiente (ley 25.675, del año 2002) en su artículo 8 se refiere al ordenamiento ambiental del territorio, que tiene como fin organizar el uso del territorio de acuerdo con el interés general y a los destinos del suelo. El derecho que protege a la propiedad se ve limitado por normas que impone el Estado, que hacen al ordenamiento del espacio y la organización de los grupos humanos y actividades que se realizan en áreas urbanas, semiurbanas o rurales. En virtud de nuestro

sistema federal de gobierno, corresponde a las provincias su decisión y tratamiento, siendo en general la Dirección de Catastro y Geodesia la autoridad de aplicación que aprueba la división parcelaria, delegando en algunos casos ciertos aspectos en las municipalidades.

Los llamados "clubes de campo" o "countries" y "barrios cerrados", son un ejemplo de urbanización y han tenido un amplio desarrollo, especialmente en la Provincia de Buenos Aires, y a falta de legislación específica en el derecho de fondo, fueron regulados por la ley 8.912, de ordenamiento territorial y uso del suelo, dictada en el año 1977; la que permite autorizar los planos de división de la tierra por el régimen de la ley 13.512 de propiedad horizontal, o la utilización de la servidumbre predial respecto de las áreas comunes con dominio revocable o condominio indiviso. Por su parte, el decreto reglamentario 9.404 de 1987, y la resolución 74 del 26 de marzo de 1997, de la Secretaría de Tierras y Urbanismo, rige lo relacionado a barrios cerrados.

La ley 25.509 crea el derecho real de superficie forestal[4], el que se constituye a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la ley 25.080, de inversiones para bosques cultivados, y a lo establecido en la referida ley. De esta manera, se crea un derecho real autónomo sobre cosa propia con carácter temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno, con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarlo con derecho real de garantía. Es novedoso dentro del derecho civil, ya que introduce una variación que no sólo limita derechos del propietario, sino que permite que la propiedad del suelo quede escindida de la propiedad de las plantaciones. El notario interviene en la instrumentación del contrato en el que se constituye el derecho real de superficie forestal, que se hace por escritura pública y debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados. En la Provincia de Buenos Aires, y con carácter previo, a efectos de la expedición del certificado de catastro correspondiente, debe realizarse por intermedio del profesional habilitado al efecto (agrimensor) la constitución del estado parcelario, cuya registración se hace vía Web.

[4] La bibliografía relativa a este tema se encuentra consignada al final del trabajo.

Una vez registrada la cédula catastral, el escribano solicita el certificado catastral por la misma vía.

Para su inscripción, el escribano autorizante deberá confeccionar un folio real anexo, que mantendrá la misma numeración que el folio real de origen, seguida de la expresión "Superficie Forestal", en el que se asentarán todos los asientos registrales relacionados con el derecho real de superficie forestal. Y en el rubro b) del folio real de origen, que informa "Gravámenes, Restricciones e Interdicciones", se dejará constancia de la inscripción del derecho real de superficie forestal. En caso de existir un plano de mensura, deberá confeccionarse la planilla B ó PHB. Cuando la superficie afectada no coincida con la superficie total del inmueble, deberá confeccionarse un plano de mensura aprobado por los organismos competentes.

Con respecto a los recursos hídricos, según el sistema de información de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) "AQUASTAT" (organismo que recoge estadísticas sobre los recursos hídricos), casi 110.000 km3 de precipitación caen sobre la tierra por año, sin incluir los océanos. De esta cantidad casi dos tercios se evapora de la tierra o transpira de la vegetación (bosques, praderas, tierras de cultivo). Los restantes 40.000 km3 por año, se convierten en escorrentía superficial (ríos y lagos) y en aguas subterráneas (acuíferos). Juntos, representan los recursos renovables de agua. Parte de esta agua se remueve mediante infraestructura instalada por humanos. Este concepto se denomina extracción de agua. La mayor parte del agua extraída es posteriormente devuelta al medio ambiente, luego de un cierto tiempo, después de que ha sido utilizada. La calidad del agua de retorno puede haber cambiado durante el uso. A nivel mundial, las proporciones de extracción son aproximadamente 70 por ciento agropecuaria, 11 por ciento municipal y 19 por ciento industrial.

El Código Civil Argentino (C.C.) regula algunos aspectos del dominio y uso del agua en el capítulo de las restricciones del dominio y respecto de las servidumbres. Las restricciones al dominio tendientes a hacer efectivo este ejercicio regular del derecho de dominio, sólo pueden fundarse en el interés público y se rigen en principio por el derecho administrativo (art. 2611 C.C.).

En lo que concierne a las aguas, de acuerdo al art. 2340 del Código Civil, quedan comprendidos entre los bienes públicos: los mares territoriales, los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros, los ríos, sus cauces, playas del mar, riberas internas de los ríos, lagos navegables y sus lechos, las islas.

Las excepciones a ello las constituyen lo referido al uso y goce de lagos no navegables (art. 2349 C.C.), la propiedad del dueño de la heredad de las vertientes que nacen y mueren en un mismo fundo o brotan de éste (arts. 2350 y 2637 C.C.), así como las aguas de lluvia caídas en lugares privados, dando carácter de res nullius a las aguas de lluvia caídas en lugares públicos (arts. 2635 y 2636 C.C.).

Con el objetivo de preservar el recurso y controlar su uso, se sanciona en la República Argentina, en el año 2002, la ley nacional 25.688, sobre Gestión Ambiental de Aguas, que establece los presupuestos mínimos ambientales. La citada ley entiende por agua "aquélla que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas. Por cuenca hídrica superficial, a la región geográfica delimitada por las divisorias de aguas que discurren hacia el mar a través de una red de cauces secundarios que convergen en un cauce principal único y las endorreicas".

La Provincia de Buenos Aires cuenta desde el año 1998 con un Código de aguas, ley 12.257, por el cual tiende a establecer un régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico de la provincia. Esta ley establece los usos especiales que se otorgarán por concesión: abastecimiento de agua potable, uso agropecuario, industrial, recreativo, energético, terapéutico, minero, piscícola, y navegación. Crea la Autoridad del Agua como ente autárquico de derecho público, y el Registro de Derechos. El artículo 12 dice: "La Autoridad del Agua inscribirá de oficio o a pedido de parte, en un registro real y público, los derechos al aprovechamiento de las obras y recursos públicos."

En su artículo 15 impone la obligación a los escribanos de solicitar la certificación de que no se adeuda suma alguna en concepto del uso del agua. Dice: "Los escribanos sólo podrán otorgar escrituras de transferencia de derechos reales sobre inmuebles situados en las zonas que la Autoridad del Agua determine previa certificación del derecho al uso del agua que le sea inherente y de que no adeuda suma alguna por tal concepto. Además deberán comunicar a la Autoridad del Agua las escrituras que otorguen en esas condiciones". En igual sentido lo establece el artículo 26 del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, ley 5589.

Asimismo establece que el Registro de la Propiedad comunicará a la Autoridad del Agua todo acto que modifique el dominio de los inmuebles afectados por un derecho de uso del agua pública dentro del término improrrogable de diez días hábiles en que el acto haya sido registrado;

prevé como una forma de extinción de las concesiones, la renuncia, estableciendo "salvo disposición en contrario del acto de concesión u oposición del acreedor hipotecario, usufructuario o arrendatario..."; en cuyo caso, para que los sujetos mencionados se informen de la renuncia que se va a realizar, debe realizarse por acto inscribible en el Registro de la Propiedad. Y establece la forma en que deberá presentarse la renuncia: "conformidad expresa de quienes tengan derechos reales sobre el bien para cuyo beneficio fue otorgada y de los arrendatarios y aparceros del inmueble, cuyos contratos se inscriban en el registro que crea el artículo 12° del Título II del presente Código".

El decreto 3511/07 reglamentó el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires, y específicamente estableció el Registro de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, creado en el ámbito de la Autoridad del Agua, en el cual deberán registrarse: "a) Los derechos de aprovechamiento de obras hidráulicas y recursos hídricos públicos que se hayan concedido, con expresa mención del título, en razón del cual hubieran sido otorgados así como de los sujetos, plazo y modalidades de los mismos. b) Toda modificación en la titularidad de los derechos otorgados. c) Toda modificación en la titularidad dominial de los predios relacionados a los derechos registrados. d) La identificación del Comité de Cuenca que corresponda al ámbito territorial del derecho registrado. e) La existencia, objeto y composición de todo Consorcio que se hubiera autorizado con relación a los derechos otorgados, detallando sujetos y predios comprendidos mediante la correspondiente identificación catastral". Y en su artículo 15 establece las obligaciones de los escribanos: "A partir de la implementación del REGISTRO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS, en las escrituras públicas de transferencia de derechos reales sobre inmuebles, los escribanos públicos intervinientes deberán asentar, conforme a la información que les suministre el REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE, la existencia y plazo de vigencia de derechos de aprovechamiento de agua registrados y las perforaciones registradas en el fundo. Asimismo, deberán informar la celebración de tales actos al REGISTRO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. Ello sin perjuicio de la necesidad de obtener, además, el certificado de libre deuda con relación a conceptos gravados por la AUTORIDAD DEL AGUA respecto del predio en cuestión". Cabe señalar que aún está pendiente la reglamentación en la materia registral.

En los aspectos generales con relación a los cuales pueda tener intervención el notario, la ley provincial 12.257 establece:

1) Las concesiones y permisos para usar y gozar del agua constituyen un derecho accesorio e inseparable del inmueble para cuyo beneficio se otorguen y se transmiten de pleno derecho a los adquirentes de su dominio.

2) Si el inmueble se fraccionara, la Autoridad del Agua podrá distribuir entre las nuevas unidades inmobiliarias los beneficios de que gozaba el anterior inmueble, siempre que ello no impidiese su adecuada explotación. En caso contrario declarará extinguidos la concesión o el permiso.

3) En todos los demás casos es necesaria la conformidad de la Autoridad del Agua para destinar el agua al beneficio de bienes o fines distintos a los previstos por el instrumento constitutivo de los derechos.

4) También es necesaria para cederlos y para modificar en forma no sustancial las obras de captación, regulación, presa o restitución del agua o su ubicación.

En la Ciudad de Buenos Aires, éste es el aspecto en el que el notario hace verdadero uso y aprovecha las nuevas tecnologías para cumplir con una importante función a su cargo, en la que a su vez colabora con los poderes públicos. El Impuesto de Alumbrado, Barrido y Limpieza, a cargo de la Dirección General de Rentas del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, posee un sistema que posibilita la solicitud del certificado respectivo a través de la página Web del organismo. De este modo, el escribano recibe el informe de las deudas que posee la partida del inmueble a escriturar, y también envía del mismo modo la información que necesita la administración para identificar al nuevo contribuyente obligado al pago.

La empresa de servicios sanitarios (Agua y Saneamientos Argentinos S.A. - Aysa) permite consultar vía web, en forma no oficial, la deuda de los inmuebles ubicados en la Ciudad de Buenos Aires.

A las administraciones de los distintos consorcios de copropietarios de edificios en propiedad horizontal, se les suele pedir certificados de libre deuda y con relación a la vigencia del seguro de incendio sobre todo el edificio, que tienen obligación de tener contratado. Tales certificados son solicitados en general por correo electrónico (e-mail), que las administraciones contestan del mismo modo.

Para realizar estas tareas, el escribano debe identificarse con distintos usuarios y contraseñas, que le permiten gestionar los informes con una cierta seguridad.

El rol del notario es fundamental en la protección del medio ambiente, brindando seguridad jurídica a través de su intervención en la constitución

y modificación de derechos reales que recaigan sobre recursos naturales y su inscripción en los registros que correspondiere en cada caso. La Ley General de Ambiente de la Republica Argentina (ley 25.675, del año 2002), en sus artículos 1 y 2 establece los presupuestos mínimos que aseguren una gestión sustentable y fija los objetivos a alcanzar por la política ambiental en el marco del desarrollo sustentable. El XX Congreso Internacional de la Unión Internacional del Notariado (U.I.N.L.) instó a que el notariado se integre en los procesos de decisiones en temas de medio ambiente, y que los notarios a través de su intervención en contratos notariales, puedan contribuir en la protección del medio ambiente.

En la reforma constitucional de 1994, la República Argentina consagra expresamente la protección del medio ambiente, en los artículos 41 y 43. Además se suscribieron diversos tratados internacionales en materia ambiental, pero en ellos no se hace referencia en forma directa a la intervención notarial.

En la Ciudad de Buenos Aires, para la habilitación de locales comerciales, se requiere la intervención de profesionales técnicos (arquitecto, ingeniero, maestro mayor de obras, agrimensor, etc.), a efectos de confeccionar los formularios requeridos según el tipo de trámite de habilitación. Además de la solicitud de habilitación, se debe acompañar certificado de uso conforme, declaración jurada de conformación del local, certificado de sobrecarga (de corresponder), planos del local (de corresponder), planos o certificado final de incendio y de ventilación o instalación mecánica (de corresponder), y certificado o constancia de presentación de solicitud de aptitud ambiental (ley 123, ley 452 y decretos reglamentarios).

Una vez aprobada la primera etapa, con la verificación edilicia y conforme a la zonificación en cada caso, debe ser presentada la documentación pertinente ante un notario, a efectos de formalizar la respectiva escritura pública. Para ello, el notario verifica previamente datos y cumplimiento de requisitos de la reglamentación de habilitación (decreto N° 93/06); convirtiéndose en esta instancia, en un colaborador directo de la administración pública. Con la primera (o ulterior) copia que expida el escribano y el resto de la documentación técnica, el interesado se encuentra en condiciones de formalizar la presentación del trámite ante el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En la Ciudad de Buenos Aires existe también un régimen de protección para evitar la demolición de edificios con valor patrimonial. Para ello, los edificios deben ser incluidos en un catalogo del Código de Planeamiento

Urbano de la Ciudad, que establece limitaciones para ser modificados. Los valores patrimoniales, para la normativa de protección del patrimonio cultural, refieren a caracteres históricos, arquitectónicos, simbólicos y/o ambientales que hacen al inmueble merecedor de una protección especial. La denominada "Área de Protección Histórica" (APH), forma parte del Código de Planeamiento Urbano de la Ciudad, regulado en la ley 449. La catalogación impone "límites y restricciones al dominio", que el particular debe soportar en razón del interés público y como el ejercicio normal de su derecho. Esto corresponde al derecho administrativo y no es indemnizable. Estas limitaciones se ven compensadas de alguna manera con ciertos beneficios impositivos y créditos a tasa preferencial para intervenciones que mejoren el inmueble. La única forma de obtener la catalogación de un edificio es a través de una ley de la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. Dicha ley incluirá el inmueble en el catálogo o la nueva APH en la zonificación del Código de Planeamiento Urbano.

El escribano, previo al otorgamiento de la escritura traslativa de dominio de un inmueble, debe solicitar al organismo correspondiente un certificado catastral, dado que ésa es la vía a través de la cual el Estado comunica y previene de estas circunstancias especiales, que pueden restringir y limitar el destino que el titular de dominio quiera darle al inmueble de su propiedad, si éste se encuentra en un lugar de interés histórico o posee en sí mismo interés histórico o cultural.

En la Ciudad de Buenos Aires, por medio de las nuevas tecnologías es posible consultar vía Web la zonificación prevista por el Código de Planeamiento Urbano.

II.4. La influencia de la globalización y la nueva economía global

Las nuevas formas de contratación, introducidas en el país luego de la denominada influencia de "globalización de las formas de contratación", provocaron cierto desorden contractual.

A fines del siglo XX comienzos del XXI, a pesar de estar afianzado definitivamente en la sociedad nuestro sistema contractual, el gobierno argentino de esa época se identificó con las teorías economicistas que provenían de los EE.UU. y esto ocasionó una gran crisis en la cual peligró seriamente la seguridad jurídica del país. Se adoptó la teoría del "Economic Analysis of the Law" como algo revelador, y se siguieron sus argumentos sin detenerse a analizar que no solo eran falaces sino que

al poco tiempo demostraron ser catastróficos. Con esta imposición de las finanzas globalizadas, el comercio mundial y sus corporaciones, que intentan muchas veces unificar las formas de contratación, sin respetar las instituciones jurídicas y modalidades de cada país. La manera como se implementan las inversiones en cada país y cómo estas se instrumentan constituye para las empresas multinacionales un escollo en sus inversiones.

Ante este panorama se observa cómo los "inversores globales", que cuentan con gran participación de inversores provenientes de países con sistemas jurídicos del common law, procuran instaurar sus modalidades negóciales, financieras y hasta inmobiliarias en los países de destino. Cuando se cede ante estas presiones externas como fue el caso de la Argentina, a fines del siglo pasado, resulta que una institución tan cara y esencial para nuestros pueblos -en este caso estamos hablando concretamente del Notariado- afrontó intenciones de cambios permanentes.

De hecho, en nuestro país se desreguló por decreto la función notarial, se trató de imponer sistemas de securitización y las empresas de seguros Internacionales cuestionaron nuestro sistema inmobiliario-registral, sin dejar de hacer permanentemente lobby, concurriendo incluso, por medio de sus empleados "locales", a nuestros congresos notariales para hacer publicidad y "recomendarnos sus ventajas".

Asimismo creemos necesario recordar que la palabra suprime utilizada por el profesor Schiller, fue elegida la palabra del año 2007 en EE.UU., y es en alusión a una modalidad crediticia del mercado financiero norteamericano. Un crédito o hipoteca subprime son las consideradas de alto riesgo por aquel al que se les concede. Es decir que el prestatario normalmente no calificaba ente una entidad bancaria, por ejemplo por el nivel de sus ingresos, y determinados bancos y entidades financieras resolvieron conceder los mismos a pesar del riesgo, aplicando una tasa de interés mayor a la del mercado habitual.

En 2002 el volumen de créditos subprime de las entidades financieras en Estados Unidos representaba el 7% del mercado hipotecario. En 2007 era del 12,5%.

Estos créditos hipotecarios cobraban intereses superiores a los que se cobraban a los usuarios solventes. Es decir ante la necesidad o urgencia por obtener préstamos, sin tener capacidad para devolverlos, se otorgaron indiscriminadamente, más aún se promovían insistentemente. Una crueldad del sistema, parte de la burbuja inmobiliaria por la que atravesaba EE.UU.

Ante el incumplimiento de las obligaciones se generó una falta de liquidez en los bancos norteamericanos, que se extendió al resto del mundo, dado que las otras entidades bancarias comenzaron a sentir también la falta de liquidez ante la falta de fluidez de fondos. La falta de liquidez generó desconfianza en el mundo interbancario y consecuentemente los bancos no prestaron más dinero y esto repercutió directamente en los ciudadanos. Muchos economistas llamaron a este efecto el "efecto mariposa", con su bella y corta vida: es decir "una burbuja."

Repetimos nuevamente lo dicho por el profesor Robert J. Shiller de la Universidad de Yale and Princeton, refiriéndose a la crisis de la economía norteamericana, quien expresara en su libro:The Subprime Solution: How Today's Global Financial Crisis happened and what to do about it (La Solución Subprime: Cómo sucedió la crisis global financiera de hoy y qué hacer en relación a ella), "Otra posibilidad a la cual recurrir en momentos de 'default' sería requerir que cada tomador de crédito hipotecario tenga la asistencia de un profesional similar al notario del civil law. En Alemania, por ejemplo, los notarios del civil law son profesionales legalmente entrenados, quienes leen en voz alta e interpretan el contrato y asesoran a ambas partes antes que estampen sus firmas ante él. Este acercamiento beneficia a los que buscan consejo legal competente y objetivo. La participación de esta figura legal determinada, en el proceso de la dación de créditos, lo haría más fácil ante los inescrupulosos prestadores, que guían a los intervinientes mediante sus simpáticos abogados, quienes no alertaran adecuadamente a los deudores del riesgo con el que pueden llegar a enfrentarse"(5). Dado que este razonamiento tiene absoluta vigencia.

Es cierto lo que afirma Hernando de Soto, que ningún país escapará de los efectos de la crisis financiera porque todas las economías están hoy interconectadas, pero ¿Dónde comenzó esta crisis, por qué se generó? Y ahí, en estas respuestas se esconde la causa de esta falta de responsabilidad, de esta falta de respeto a los ciudadanos que no encuentran en el momento de "necesitar un préstamo" la palabra justa, el asesoramiento adecuado de un profesional del derecho, independiente y no a sueldo de la misma entidad que le prestará el dinero. Esta falta de respeto a los Derechos del Hombre es indiscutible.

Nuevamente se prioriza la ganancia de dinero instantáneo al sentido social que deben tener los créditos para viviendas. Recuerdo una frase del prestigioso escritor británico G. K. Chesterton quien decía que: "Las teorías

generales son despreciadas en todas partes; la doctrina de los Derechos del Hombre se deja de lado por la doctrina de la Caída del Hombre".

La difusión de la función del Notariado de tipo latino, a través de la UINL, comienza a tener reconocimiento expreso en el seno de los formadores de juristas y economistas que se rigen por las leyes del common law. Nuevamente recordemos: "Entre el débil y el fuerte, es la libertad la que oprime y el derecho el que protege" (Jean Baptiste Lacordaire, 1802/1861).

Paradójicamente, hoy EE.UU., con su sistema legal anglosajón o del Common Law, prácticamente no aplica la justicia preventiva, no hay intervención notarial plena en la instrumentación de contratos. Este sistema deja gran cantidad de excluidos. Al evaluar el funcionamiento de un sistema jurídico en un contexto determinador: basta con limitar el análisis a la interpretación de su derecho objetivo, que se consagra en los principios del derecho vigente, sino que debemos extender este análisis a la aplicación de ese "derecho concreto" en el ciudadano, el "precipitado de la regla abstracta en el derecho concreto de la persona" (Von Ihering).

¿Cuál es entonces el papel del notario? Somos depositarios de la fe pública, garantizamos la seguridad jurídica. Los ciudadanos esperan que nosotros seamos protectores de la dignidad y del valor que tiene cada persona humana. Hay entonces varios aspectos a considerar. Pero si además estamos convencidos de que nuestro sistema de notariado latino garantiza la justa aplicación de las leyes, entonces, en nuestro trabajo cotidiano debemos resaltar la importancia del asesoramiento a ambas partes, con equidad y en forma imparcial; prestar especial atención ante los contratos predispuestos y los de adhesión.

Estemos atentos, hay avance e intromisión en las nuevas técnicas de contratación que vulneran derechos, se intenta modificar institutos jurídicos, y los sistemas de registración inmobiliaria para adecuarlos a las costumbres negociales de empresas o corporaciones y adaptarlos a las legislaciones de sus países de origen.

Seguridad en el tráfico significa certeza en la interrelación e integración de los derechos y los deberes de todas las partes. La función notarial no es incompatible con la economía de mercado, como opinan los que provienen o enaltecen el sistema anglosajón, todo lo contrario. En la economía de mercado, el notario es necesario como garante de la segundad jurídica y como reguladores de los distintos intereses en juego.

Esta misión es reconocida en los distintos países europeos, que constantemente le transfieren funciones nuevas al notario, como en Alemania, donde lo consideran "motor del desarrollo económico".[5]

"Nuestra profesión, que se consagra por entero a la solución armoniosa directa y humana de intercambios y relaciones a la prevención de litigios ulteriores por prueba inatacable de convenciones, y a la protección de las partes a quienes se les brinda información jurídica, imparcial y adecuada, previene conflictos".

El Doctor Aldo Pignanelli, ex Presidente del Banco Central de la República Argentina, en una conferencia brindada en el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, expresó: "En la Argentina, el sistema bancario, por normas del Banco Central, no puede apalancar su propio patrimonio en créditos más de 7 veces. En Estados Unidos hemos visto que, cuando estalló la crisis, los bancos- no tanto los comerciales que están bajo la normativa de la Reserva Federal, sino los bancos de inversión – apalancaron hasta 70 veces su capital. En Europa fue peor. Allí no hay diferencia entre bancos de inversiones y bancos comerciales, y éstos llegaron a apalancar hasta 90 veces su patrimonio". "Pero el origen de esta crisis lo tuvimos en un país cuyo sistema de escrituras es anglosajón y no latino. Entonces podemos preguntarnos cuál es la crisis de las hipotecas de alto riesgo, fundamentalmente hipotecas de inmuebles residenciales. En Estados Unidos la crisis tuvo que ver con las familias que pagaban una cuota y que en un momento dado dejaron de pagar. Y esto se dio a través del proceso de titulización de hipotecas, lo que llamamos los "derivados": se va derivando el documento y la hipoteca a distintos mercados. Y esto se presta al fraude y a la mentira. ¿Por qué? Porque no hay un registro o un sistema. Como en el sistema anglosajón cualquier abogado puede certificar y no hay una concentración como en el sistema latino, ante lo Light de las disposiciones del gobierno americano, se provocó un Madoff. Madoff es un sistema que estalló por los anglosajones, no por los latinos. Porque Madoff hizo un fraude y una mentira ya que no había un control de la cantidad de documentos y de cuantas veces se securitizó el mismo pagaré o la misma escritura".

[5] Crespo, Agueda. El Notariado Latino, el Common Law, la crisis financiera y las hipotecas subprime. En Revista del Notariado Nº 894, año CXI, octubre/noviembre/diciembre 2008, pág. 265 y siguientes.

"Alguno advirtió sobre el endeudamiento, el apalancamiento y los derivados, pero nadie pensó en la magnitud. ¿Por qué? Porque no había y no hay hoy información precisa que sí teníamos los argentinos. Porque el sistema Latino, humildemente, cumplía su rol. Y el anglosajón no lo cumplió".

II.5- El notario ejerce el control de la legalidad, propicia la seguridad y certeza jurídicas

El notario es un profesional de derecho en ejercicio de una función pública y debe cumplir las obligaciones derivadas del orden jurídico de su país.

En Argentina, el notario tiene que ser rogado por los otorgantes y luego de la audiencia a fin de expresar sus voluntades, confección de planillas de datos personales, entrega de la documentación necesaria para el acto, solicitará las certificaciones pertinentes y calificará el acto a fin de instrumentarlo.

Tiene que dar fe de la identidad de los otorgantes (a través de su documento de Identidad, de su conocimiento previo o por testigos de conocimiento) de su actuación por derecho propio o representación (legitimación subjetiva), del contenido del acto extendido en legal forma y conforme a la voluntad de las partes.

Si alguno de los elementos indispensables para el acto faltase (ejemplo: no se acreditare la representación legal de una persona jurídica), fuese insuficiente (no se le entregue toda la documentación solicitada) o contrario a la ley, deberá negar su intervención.

El notario, que conoce los requisitos de fondo y forma de cada acto que autoriza, es el garante de la seguridad jurídica a través del control de legalidad. Están a su cargo ciertas actividades previas o posteriores, tales como solicitar certificaciones registrales o administrativas o confeccionar minutas para su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, que en ocasión de su intervención aseguran la eficacia del negocio jurídico.

¿Es, además, el protector de las personas con capacidades diferentes, porque si uno de los otorgantes estuviere en esas condiciones, solicitará los elementos necesarios a fin de que estuviera debidamente acompañado o asistido, y quién mejor que el notario que es en muchos casos el confidente de las familias?

El control de legalidad confiere certeza jurídica, da seguridad al negocio y evita conflictos.

II.6. El notariado promotor de nuevas instituciones jurídicas.

El notario dentro de las múltiples actividades que realiza, como aconsejar y asistir en la formación y exteriorización de la voluntad negocial, tiene además un papel preponderante en el desarrollo de las distintas facetas de la vida social.

Con el apoyo innegable de las nuevas tecnologías, se ha incrementado su rol de agente de información en todo lo relevante para el interés general representado por el Estado.

Es parte significativa y creador de nuevas instituciones jurídicas, necesarias según los nuevos requerimientos sociales imperantes. Recientemente en nuestro país se plasmó la necesidad social de intervenir en las disposiciones para la propia incapacidad, o testamento vital o living will, en sede notarial, mucho antes de la recepción legislativa, en algunas provincias. Una vez más el notariado, reaccionó frente al vacío legal imperante.

El notariado es, además quien debería intervenir en ámbito de la competencia alitigiosa, es decir en todos aquellos casos en que los otorgantes fueren capaces y estuvieren de acuerdo, por ejemplo en las sucesiones intestadas descomprimiendo así la sede judicial y confiriendo seguridad a la población, o participando en las declaraciones de matrimonio, con las ventajas ya consabidas, aliviando las tareas del Registro Civil.

II.7. COLABORACION DEL NOTARIO EN TRÁMITES ADMINISTRATIVOS

El notariado siempre ha colaborado con el Estado a fin de satisfacer los deberes y cargas impuestos. Es evidente la vinculación entre la función notarial y el servicio permanente que efectúa al Estado. Dada su

investidura y responsabilidad ¿quién mejor que el notario cumplirá el rol de agente de información, retención y contralor?

Dado el óptimo servicio realizado por el notariado con eficacia y desinterés, las cargas administrativas, tributarias e informativas son cada vez mayores. Cada día hay más planillas a completar, informes que solicitar, que desbordan y obligan al notario que brinda un servicio público personal, a depender de terceros, empleados y profesionales, tal como contadores, para poder llevar a cabo el ejercicio de su función en forma responsable.

El notario DEBE SOLICITAR certificados administrativos, y si surgiere deuda líquida, tendrá que pagar y liberar en el tiempo determinado en cada caso. Si no pagara en tiempo y forma será pasible de sanción penal y administrativa.

En la Ciudad de Buenos Aires se solicitan los siguientes certificados:
1) Certificado inmobiliario.
Diligenciado en la AGIP.
2) Certificado de aguas:
Se solicita a AySA.
3) Certificado de catastro.
No es obligatorio, se solicita a la Dirección General de Registro de Obras y Catastro del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.
Es conveniente solicitarlo en zonas de vías, ensanche de calles.
4) Certificado de VIR (Valor del inmueble de referencia. Exhibe la valuación actualizada que el inmueble tiene asignado para la administración pública, y se tramita vía web. Tiene vigencia de 10 días corridos.
5) Constancias de CUIT o CUIL de las partes.
Se solicita por página web. Si no se pudiera obtener el contribuyente deberá pasar por la Agencia respectiva.
6) Código de Oferta de Transferencia de Inmuebles (COTI)
En los casos de transferencias onerosas de inmuebles, cuyo precio o valuación sea igual o superior a $ 800.000, el notario, debe ingresar con su clave fiscal a la página Web de la AFIP y corroborar los datos del inmueble y de las partes, así como el monto de la operación antes de escriturar. Después del otorgamiento reingresará para informar los datos de los adquirentes, y los de la escritura.
7) Residentes en el exterior.
Deben tramitar el certificado de retención en la AFIP, ya sea personalmente o por apoderado.

8) Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas.

El obligado es la parte transmitente a título oneroso y la alícuota es del 1,5%, que el notario retendrá y pagará e informará en tiempo y forma.

EXCEPCION: si se exhibe al notario interviniente, el certificado de NO RETENCION emitido por la AFIP (art. 14 de la ley 23.905).

El notario vía web, corroborará la existencia del certificado antes de escriturar.

9) Impuesto a las Ganancias.

Se retiene el 3% en ocasión de la transferencia a título oneroso de un inmueble, y se pagará e informará en tiempo y forma:

1- Si vende una persona jurídica.

2- Si es un local de comercio, excepto que el vendedor manifieste en forma jurada y pueda demostrar indicando que no lo explotó comercialmente hasta dos años hacia atrás de la fecha de la escrituración.

3- Si son loteos con fines de urbanización privada.

4- Las derivadas de edificación y venta de bienes inmuebles por el régimen de ley 13.512.

Hay excepciones, entre otras si el inmueble estuviere afectado como bien de uso de una persona jurídica con una antigüedad mínima de dos años, o cuando el transmitente exhiba al notario, la constancia definitiva de no retención de impuesto a las ganancias.

10) Impuesto de Sellos. Local.

En la Ciudad de Buenos Aires la alícuota de 3,6%, pero si el comprador adquiere única propiedad y vivienda de ocupación permanente, la operación se encontrará exenta hasta un monto de $ 360,000, el excedente está gravado

Hay otras excepciones como el caso de Cooperativa de Viviendas, o los asociados a Bancos Cooperativos, etc.

Si hubiere retención el notario debe ingresarla en tiempo y forma en el Banco Ciudad.

11) Impuesto a la transmisión gratuita de bienes local

Grava todo enriquecimiento producido a partir de cualquier transmisión a título gratuito o sucesión cuyo causante hubiera fallecido después del año 2011.

Tributan los inmuebles sitos en la Provincia de Buenos Aires y todos los que habiten dentro de la Provincia:

El notario es agente de información y debe solicitar la exhibición del pago del impuesto o su exención, que surgirá de la liquidación practicada por Rentas.

12) CITI. Cruzamiento Informático de Operaciones Importantes

El notario debe informar el último día hábil del mes siguiente en que se efectúe toda operación de compraventa, hipoteca, dación en pago, donación, permuta, adjudicación onerosa por disolución de sociedades y la constitución, cesión y cancelación de derechos reales sobre inmuebles y cualquiera que refleje flujo de riqueza o transacción monetaria.

La declaración jurada se presenta vía Web de la AFIP.

13) Sistema de Control de Retenciones (SICORE):

La declaración jurada de Impuesto a la Transferencia de Inmuebles de Personas Físicas y Sucesiones Indivisas, y la de Impuesto a las Ganancias se presenta mensualmente a través de página web o en la agencia de AFIP correspondiente

14) Unidad de Información Financiera (UIF):

Los notarios deben brindar información al indicado organismo, encargado del control del lavado de dinero.

15) Terceros intervinientes:

Deben ser informadas todas las escrituras, aún las que fueren a título gratuito, celebradas entre residentes del país y representantes (orgánicos o voluntarios) de sujetos del exterior, siempre que éstos no exhibieren la clave fiscal al tiempo de la escrituración.

La presentación se efectúa cuatrimestralmente por página web de la AFIP.

Podemos ver la gran cantidad de información generada por el notariado para el Estado, que distrae el tiempo de dedicación y desnaturaliza el ejercicio de la función porque al no haber entrecruzamiento entre las distintas reparticiones el trabajo de envío se multiplica y se superpone, resultando una carga ´para el notario.

Sería conveniente centralizar toda esa información en cada Colegio de Escribanos o en el Consejo Federal y que quien la reciba la redireccione a cada repartición pública, para aliviar a los colegiados.

16) Además deben solicitarse los Certificados al Registro de la Propiedad Inmueble: A) Dominio: del que surge la legitimación registral, la ausencia de gravámes, restricciones al dominio, medidas cautelares y B) Inhibiciones: el notario deberá calificar su bondad en cuanto a interdicciones, anotaciones personales o cesiones, y sus vigencia respectiva que dentro de la Ciudad de Buenos Aires es de 15 días corridos.

17) Minuta de inscripción: Autorizada la escritura su primera copia ingresará de las 45 días posteriores a la fecha de escritura, conjuntamente con una minuta de la que surjan todos los datos que contiene el instrumento que acompaña en forma sintética al Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción que corresponda a efectos de su inscripción.

El notariado brinda un servicio de utilidad pública y es accesible a todos los ciudadanos, todas las tareas notariales y no notariales -como las recién mencionadas- son un aporte concreto por una sociedad más igualitaria e inclusiva.

Bibliografía consultada.

1. Ponencia Argentina, XXVI Congreso Internacional del Notariado Latino, celebrado en Marrakech, Marruecos, en octubre de 2010.
2. Highton Elena I. El Escribano como tercero neutral. (En Revista del Notariado Nº 896 año CXII. Abril /Junio 2009. P. 89).
3. Gimeno Rosana A. El Notariado Latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones. Revista del Notariado Nº 896 abril/junio 2009. Pág. 207 y siguientes.
4. Ponencia Argentina. XV Jornada Notarial Americana, Tema I.
5. Crespo, Agueda. El Notariado Latino, el Common Law, la crisis financiera y las hipotecas subprime. (En Revista del Notariado Nº 894 año CXI octubre/noviembre/diciembre 2008. P. 265 y siguientes).
6. Larraud, Rufino, "Curso de Derecho Notarial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1966.
7. Neri, Argentino I.; "Tratado teórico y practico de Derecho Notarial", Ed. Frigerio, Buenos Aires, 1970.
8. Abella, A.; "Derecho Notarial", 2da. Ed., Zavalía, Buenos Aires, 2010.
9. Congreso Internacional del Notariado, XXV, Madrid, España, Octubre de 2007, Ponencias de la delegación argentina.
10. Etchegaray, Natalio Pedro, "Escrituras y Actas", Ed. Astrea, Bs. As., 1997.
11. Gattari, Carlos Nicolás, "Manual de Derecho Notarial", Editorial Depalma, Bs. As., 1988.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Szeguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

TEMA: "ELOGIO DEL DOCUMENTO NOTARIAL COMO FORMA INSTRUMENTAL DE LOS NEGOCIOS JURÍDICOS INMOBILIARIOS".

PONENCIAS:

El documento notarial -principalmente la escritura pública- es medio idóneo y eficaz para brindar seguridad jurídica al tráfico inmobiliario.

Las virtudes de la escritura pública en cuanto a la fe pública contenida en ella, al asesoramiento imparcial que hace el notario y a la matricidad que asegura su conservación e inalterabilidad, brindan al mercado inmobiliario una herramienta insustituible para su desarrollo, combinando dinámica y seguridad.

La celeridad que demandan los negocios inmobiliarios es un valor que debe tenerse en cuenta a la hora de preferir un sistema de transferencias, pero aquella es inútil sin una alta cuota de seguridad jurídica. El notariado moderno combina ambos requisitos y los brinda para un mejor desarrollo de los negocios contemporáneos.

La alta especialización en derecho con que cuentan los notarios modernos hace que el opus de su labor recepte los requerimientos de la dinámica actual de los mercados inmobiliarios.

No existe otro documento público que combine certeza y presunción legal de veracidad con asesoramiento idóneo e imparcial, como lo hace eficazmente la escritura pública.

SÍNTESIS DEL DESARROLLO

1) La globalización: su repercusión en el mercado inmobiliario. Un nuevo escenario para las inversiones transfronterizas en bienes raíces.

A partir de la década del 90, globalización ha sido uno de los vocablos más escuchados y utilizados, tanto en círculos intelectuales -debates en universidades y centros de estudio especializados de todo el mundo-,

como en la cotidianidad. Se trata de un proceso dinámico, heterogéneo, multidisciplinario, complejo, controvertido, producto de la civilización occidental -donde impera el capitalismo liberal-, y que en las últimas décadas se ha expandido alrededor del mundo. Si bien podemos decir que es un fenómeno eminentemente económico -aumento de la actividad comercial y financiera a nivel planetario- no se limita únicamente a esto último; ya que también presenta aristas políticas, tecnológicas, sociales y culturales. La globalización es un proceso que refiere a la multiplicidad de vínculos e interconexiones entre los países del orbe y tiene como objetivo primordial la construcción de un mercado global, donde la circulación de activos financieros, la importación y exportación de bienes materiales y el flujo de las comunicaciones se desterritorialicen, y en consecuencia, las fronteras nacionales progresivamente se neutralicen.

El fenómeno de la globalización, ha tenido un significativo impacto en el derecho, transformando muchas de sus instituciones y dando lugar a nuevas formas de juricidad. Sin embargo, debemos tener presente que éste no solo ha padecido sus efectos, sino que también ha desempeñado un rol causal en el proceso, ya que todos los negocios jurídicos e intercambios que se realizan a nivel supranacional y definen el nuevo orden económico mundial, no serian posibles si no se hubiese contado con instrumentos jurídicos para ello. Sin derecho no tendríamos globalización; en consecuencia los ordenamientos jurídicos nacionales -que siempre suelen ir detrás de los vertiginosos cambios sociales y económicos- no pueden permanecer al margen de este fenómeno mundial y se ven en la necesidad de crear nuevas herramientas jurídicas -útiles en este nuevo contexto-, como así también, de unificar y simplificar procedimientos y normas legales a fin de construir un sistema jurídico mundial que optimice la competitividad y la seguridad jurídica en las transacciones internacionales.

Así mismo, el proceso de globalización económica, ha tenido una fuerte repercusión sobre el mercado inmobiliario, sector con significativa importancia en la economía de muchos países, y al que podemos conceptualizar como la oferta y la demanda de bienes raíces, sean éstos urbanos o rurales. Las inversiones transfronterizas en vivienda -años atrás y antes de la actual recesión por la que atraviesa la Comunidad Europea, con repercusión en Estados Unidos, Gran Bretaña, China y Japón entre otros países- habían aumentado globalmente en forma realmente significativa aunque no uniforme, estimuladas por condiciones económicas y políticas internacionales favorables. La euforia por la que atravesaba el mercado inmobiliario entre 2000 y 2006 hizo que empresarios del rubro

y agentes públicos de distintos países del mundo, resaltaran su contribución a la renta, a la generación de empleo y a una mayor recaudación por parte del fisco.

Hoy quedaron atrás en numerosos estados, aquellos años del mercado inmobiliario en los que reinaba el crecimiento desmedido, la especulación y los altos precios. Podemos decir, que en muchos países del orbe, se ha quebrado la idea de que el sector inmobiliario siempre sería un sector pujante y en permanente expansión. La crisis económica que hoy afecta a muchas naciones del mundo, ha desmoronado en cadena las estadísticas que rodeaban al sector y ha provocado un análisis más selecto y minucioso a la hora de planificar nuevos emprendimientos inmobiliarios.

En aquellos países en los que la recesión ha tenido un mayor impacto, la forma de actuar de los agentes del mercado, como así también algunas de las figuras jurídicas utilizadas tiempo atrás para instrumentar las inversiones y las transacciones inmobiliarias, ya no se adecuan a la nueva realidad, por lo que será necesario -que tanto los corredores inmobiliarios como los operadores del derecho, y entre ellos muy especialmente los notarios- se adapten a las nuevas circunstancias económicas imperantes en el mundo. En efecto, urge tomar conciencia que el mercado inmobiliario global ha cambiado y con él sus reglas de juego.

En esta nueva coyuntura, los actores del mercado inmobiliario deben apelar a la imaginación y a la creatividad; y en consecuencia aplicar nuevas fórmulas de venta, a fin de reactivar la demandada de bienes raíces.

Ante este nuevo escenario que presenta el mercado inmobiliario en numerosos países del mundo aquellos estados que tienen un Sistema Notarial de Tipo Latino "cuentan con un profesional del derecho, que tiene a su cargo una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad…[1]". En dichos países el notario -como profesional de la seguridad jurídica-, tiene el deber de asistir a los ciudadanos y a los agentes económicos en las distintas fases del proceso adquisitivo de bienes inmuebles; lo que hará apelando tanto a figuras jurídicas tradicionales como a formulas o herramientas jurídicas novedosas, quizás hasta hace poco escasamente utilizadas; a fin de dar forma documental y conforme a derecho, a los nuevos negocios inmobiliarios.

---

[1] Conclusión del XII Congreso Internacional del Notariado. Buenos Aires, República Argentina. Año 1973.

En virtud de la certeza jurídica que brinda la intervención del notario en las transacciones inmobiliarias, es que la mayoría de los países del mundo han adoptado el Sistema Notarial de Tipo Latino[2]; estableciéndose en consecuencia el documento notarial, como elemento de forma de los contratos. Así, y a través de esta forma instrumental, la partes obtienen: a) orientación y asesoramiento imparcial sobre el encuadre jurídico mas viable para el negocio jurídico que desean celebrar, b) mayor claridad en cuanto al contenido o cláusulas del contrato, evitando nulidades, pues son redactados por verdaderos juristas, c) vigilancia por parte del notario del cumplimiento de la ley y observancia de todas aquellas implicancias de índole administrativa y/o fiscal que conlleva el contrato, d) garantía de la existencia de lo acontecido ante el notario -en virtud de la fe pública de la que es depositario por delegación del estado-, lográndose en consecuencia, una prueba de pleno valor y fuerza ejecutiva y e) publicidad, cuando el documento es registrable.

2) Inflexión en el mercado inmobiliario. Fuerte contracción en los actos escriturales de compraventa de inmuebles.

En la República Argentina, el mercado inmobiliario vivió casi diez años de esplendor y crecimiento. Tiempo atrás, la industria de la construcción y la actividad inmobiliaria influyeron directamente en la recuperación y recomposición de la economía nacional, siendo de gran importancia su participación en el producto bruto interno del país.

Como sabemos, el ciclo inmobiliario es el resultado de la interrelación entre la oferta y la demanda de bienes inmuebles y la correspondencia que existe entre éstas y la economía nacional. En consecuencia, puede suceder que a una etapa de crecimiento y expansión económica del sector -como se dio años atrás en nuestro país-, le siga una época de recesión; lo que necesariamente conlleva a una disminución en la renta nacional, a una merma de la producción, a un aumento del desempleo y a una baja de los precios.

---

[2] Actualmente el Sistema Notarial de Tipo Latino se halla instituido en aproximadamente 120 países del mundo, lo que representa alrededor de 2/3 de la población mundial. El Notario Latino: es un profesional del derecho con colegiación obligatoria, que cuenta con ciertos impedimentos que aseguran su imparcialidad y redacta -con ciertas solemnidades impuesta por la ley- el documento; lo que lo hacen cierto, auténtico y veraz.

En la actualidad, este sector de la economía argentina -al igual que en muchos otros países del mundo- pasó de un período de prosperidad a uno de crisis. Podemos afirmar que hoy -el mercado inmobiliario argentino- transita un punto de inflexión, debido a la estrepitosa caída de las ventas por la restricción oficial a la compra de dólares. Sabemos con certeza, que los problemas del mercado inmobiliario nacional comenzaron en octubre de 2011, cuando tras asumir a su segundo mandato, la Presidenta Cristina Fernández, puso en marcha una serie de controles en el mercado cambiario que impactaron directamente en un negocio altamente dolarizado como lo es la compraventa de bienes raíces.

Desde hace más de cuatro décadas, nuestro mercado inmobiliario se maneja en dólares -es decir que los bienes raíces se tasan, se compran y se venden en dólares-; particularidad ésta, que se vincula estrechamente a la historia inflacionaria de nuestro país. Tradicionalmente en la República Argentina -es decir antes de las severas restricciones gubernamentales impuestas al cambio de divisas- las personas convenían las operaciones inmobiliarias en dólares y ahorraban en dólares, por falta de confianza en la estabilidad económica interna.

Esta nueva política cambiaria oficial que impone coactivamente la desdolarización de las operaciones inmobiliarias, conlleva dentro del mercado, el aplazamiento de ciertas operaciones y la suspensión definitiva de otras.

El año pasado, en Ciudad de Buenos Aires, Provincia de Buenos Aires y en aquellas plazas del interior del país, donde los precios de las propiedades se cotizan en dólares, la actividad inmobiliaria de compraventa de inmuebles estaba prácticamente paralizada.

Un relevamiento de actos escriturales realizado por el Colegio de Escribanos de Ciudad de Buenos Aires en noviembre de 2012, arrojó una contracción en la instrumentación de compraventas de inmuebles del 43,5% respecto del nivel alcanzado un año atrás[3]. No obstante, la baja en la venta de propiedades no fue acompañada por una caída significativa de precios, lo que indicó una estabilidad en materia de valores inmobiliarios. Asimismo, los notarios destacaron que las escrituras de propiedades de precios mas bajos estaban ganando participación en las

[3] Fuente página web del Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires:
https://www.colegioescribanos.org.ar:8443/webColegio/pb_consultaEstadisticasEscrituras.do?sec=ins&a=2012&m=11&barra=/contenido_web_colegio/menuder1.htm

ventas totales de inmuebles, siendo las más perjudicadas -por los controles estatales para la compra de divisas- las propiedades con precios de mercado superiores a los 200.000 dólares.

Consideramos, que el ciclo por el que atraviesa el mercado inmobiliario argentino, en algún momento tocara fondo y comenzará la recuperación; que podrá ser lenta o rápida en virtud de distintos factores de la economía nacional.

Entendemos que para dar solución a los problemas del mercado en cuestión y lograr una reactivación del mismo, es necesario actuar con objetividad, prudencia y sentido común, lo que demanda interpretar tanto la coyuntura del mercado inmobiliario en particular, como la macroeconomía de nuestro país.

Pensamos que si no se puede acceder al dólar como instrumento de pago en las operaciones inmobiliarias, la razón supone como necesaria la pesificación del mercado, con la consiguiente concientización y aceptación por parte de los ciudadanos de pesos en lugar de dólares en sus transacciones. En consecuencia consideramos viable y lógica la utilización generalizada de pesos en el mercado inmobiliario argentino; pero para que esta salida sea duradera y no una mera solución a corto plazo, resulta imperativo implementar una política económica antiinflacionaria, lo que sin dudas será un desafío difícil de alcanzar.

Ha comenzado el año 2013 y la inflación sigue amenazando al mercado inmobiliario en nuestro país. La disminución progresiva del valor de la moneda nacional, la escalda del dólar en el mercado paralelo o no oficial -que responde a la desconfianza que existe en la población respecto al rumbo que tomará la economía nacional- y el escaso otorgamiento de créditos hipotecarios por parte de entidades bancarias privadas, están impactando de lleno en la construcción y en el mercado inmobiliario, cuyos precios han subido considerablemente; tornando cada vez más difícil -para un amplio sector de la sociedad- alcanzar el sueño de adquirir la vivienda propia.

3) Instrumento público e instrumento privado. Concepto. Distinción.

Llambías sostiene que la forma mas utilizada para la celebración de actos o negocios jurídicos es la escrita o instrumental, a la que puede recurrirse mediante dos clases de instrumentos, los públicos y los privados.

En nuestro Código Civil Vélez Sarsfield no ha conceptualizado al instrumento público, sólo se ha limitado ha hacer (en el art. 979)[4] una enumeración de los mismos, que si bien es limitada no es taxativa. Opinamos, al igual que gran parte de la doctrina (Llambías, Llerena, Spota y Borda), que dicha enunciación es meramente ejemplificativa, porque cualquier documento que responda a la noción de instrumento público debe ser considerado como tal, aunque no esté expresamente mencionado en la aludida enumeración.

Siguiendo a Llambías, podemos conceptualizar al instrumento público como aquel instrumento otorgado con las formalidades que la ley establece, en presencia de un oficial público, a quién la ley confiere la facultad de autorizarlo.

La doctrina señala que para que un instrumento público sea plenamente válido, debe reunir los siguientes requisitos: a) que el funcionario público tenga potestad para autorizar el instrumento, b) que el funcionario público tenga competencia material y territorial y c) que el instrumento cumpla con todas las formalidades establecidas en la ley.

De la enumeración dada por el codificador en el art. 979, advertimos a grandes rasgos la existencia de tres clases o especies de instrumentos públicos: a) los notariales, b) los judiciales y c) los administrativos.

Asimismo, y en lo que al instrumento público concierne, tanto el art. 976, como el art. 977 y concordantes de nuestro Código Civil, señalan

[4] Art. 979 del Código Civil Argentino: Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos: 1) Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley; 2) Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado; 3) Los asientos en los libros de los corredores, en los casos y en la forma que determine el Código de Comercio; 4) Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron; 5) Las letras aceptadas por el gobierno o sus delegados, los billetes o cualquier título de crédito emitido por el Tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales, autorizadas por el encargado de llevarlas; 6) Las letras de particulares, dadas en pago de derechos de aduana con expresión o con la anotación correspondiente de que pertenecen al Tesoro público; 7) Las inscripciones de la deuda pública, tanto nacionales como provinciales; 8) Las acciones de las compañías autorizadas especialmente, emitidas en conformidad a sus estatutos; 9) Los billetes, libretas, y toda cédula emitida por los bancos, autorizados para tales emisiones; 10) Los asientos de los matrimonios en los libros parroquiales, o en los registros municipales, y las copias sacadas de esos libros o registros.

que para determinados actos será necesaria la celebración mediante instrumento público, y en caso de no cumplirse con tal requisito, el acto será nulo. Incluso puede ser que la exigencia de la ley respecto a determinados actos, sea aún más estricta, no siendo suficiente la celebración por medio de cualquier clase de instrumento público, sino que se requerirá una especie determinada. Así el art. 1184 del aludido cuerpo normativo, enumera qué actos jurídicos deben celebrarse por escritura pública.[5]

También siguiendo a Llambías, podemos conceptualizar al instrumento privado como el documento firmado por las partes sin intervención de oficial público alguno. Según lo normado por nuestro Código Civil son caracteres sobresalientes de esta clase de instrumentos: a) La firma de las partes, como condición esencial para su existencia, no pudiendo ser reemplazada por signos, ni por las iniciales de los nombres o apellidos; b) La ausencia de una forma especial, pudiendo las partes redactarlos en el idioma y con las solemnidades que juzguen mas convenientes y c) El número de ejemplares, debiendo ser redactados en tantos originales como partes haya con un interés distinto.

Principales distinciones entre ambas clases de instrumentos:
1) El instrumento público es aquel que se otorga ante un funcionario público; mientras que el instrumento privado se otorga únicamente entre las partes.
2) El instrumento público es siempre solemne; mientras que el instrumento privado a mas de ser escrito y requerir la firma de las partes intervinientes, no tiene mayores solemnidades.

---

[5] Art.1184 del Código Civil Argentino. Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1) Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro; 2) Las particiones extrajudiciales de herencias, salvo que mediare convenio por instrumento privado presentado al juez de la sucesión; 3) Los contratos de sociedad civil, sus prórrogas y modificaciones; 4) Las convenciones matrimoniales y la constitución de dote; 5) Toda constitución de renta vitalicia; 6) La cesión, repudiación o renuncia de derechos hereditarios; 7) Los poderes generales o especiales que deban presentarse en juicio, y los poderes para administrar bienes, y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8) Las transacciones sobre bienes inmuebles; 9) La cesión de acciones o derechos procedentes de actos consignados en escritura pública; 10) Todos los actos que sean accesorios de contratos redactados en escritura pública; 11) Los pagos de obligaciones consignadas en escritura pública, con excepción de los pagos parciales, de intereses, canon o alquileres.

3) El instrumento público prueba erga omnes la fecha de su otorgamiento, mientras que el instrumento privado carece de fecha cierta frente a terceros. Sólo la adquiere en virtud de algún hecho incuestionable e inequívoco ajeno al documento mismo, como puede ser su protocolización, su presentación en juicio, el deceso de alguno de los sujetos contratantes y cualquier otra situación que haga indubitable que el documento fue suscripto en determinada fecha y no en otra.
4) El instrumento público conlleva autenticidad, porque tiene un autor cierto, el funcionario público facultado por la ley y revestido de fe pública; mientras que el instrumento privado carece de autenticidad, por no existir certeza acerca de la persona del autor.

Utilidad y pertinencia de ambas formas instrumentales en los negocios jurídicos inmobiliarios.

Las inversiones en el mercado inmobiliario presentan características propias, que las diferencian de otro tipo de inversiones[6] y que todo inversor debe conocer y meditar al momento de evaluar un negocio en particular. Este tipo de inversiones requiere, mayoritariamente, de sumas de dinero, que fluctúan según la opción que el inversor este considerando realizar: la compra de inmuebles para habitar o alquilar (sean viviendas familiares, departamentos, oficinas, locales comerciales, etc.); la compra y reventa de dichos inmuebles aprovechando cuestiones de oportunidad; la construcción de emprendimientos inmobiliarios a gran escala y su posterior venta; la suscripción de fideicomisos de desarrollo en los cuales este permitida la cesión de derechos durante el plazo del contrato y antes de la finalización del objeto del mismo, entre otros.

Vemos así, que en el mercado inmobiliario las operaciones no se reducen sólo a la compraventa de bienes inmuebles, pues existe una gran variedad de formas para canalizar ahorros y excedentes de rentas hacia este rubro. En consecuencia, cada negocio inmobiliario, presenta particularidades propias en cuanto a las sumas de dinero a invertir, a los plazos, a la rentabilidad, al grado de liquidez y a los niveles de seguridad; elementos todos que los inversores deberán valorar y considerar detenidamente.

---

6 Inversiones bancarias o bursátiles.

Una vez tomada la decisión de invertir, dependiendo del tipo de operación inmobiliaria que se trate, los inversores -debidamente asesorados por un notario- le darán al negocio jurídico la forma instrumental mas adecuada, segura y acorde a derecho.

Así: 1°) Si se tratase de una compraventa de inmuebles, las partes contratantes podrán optar: a) por celebrar primero un boleto de compraventa y luego de transcurrido cierto plazo -expresamente pactado en dicho instrumento privado-, elevar el negocio jurídico a escritura pública o b) por otorgar directamente escritura pública. 2°) Si se tratase de la construcción de un emprendimiento inmobiliario a gran escala, para su posterior venta, y no hubiese un único inversor si no más de uno y éstos formasen una sociedad al efecto, la misma se instrumentará por escritura pública y la posterior venta de lo construido podrá instrumentarse según lo establecido en el punto 1°). 3°) Si se tratase de un fideicomiso de desarrollo que permita la cesión de derechos durante el plazo del contrato y antes de la finalización del objeto del mismo, hay varios aspectos a considerar: a) en cuanto al contrato de fideicomiso, no hay una forma instrumental propuesta, por lo que puede optarse entre el documento privado o la escritura pública, salvo en el supuesto que por el mismo contrato de fideicomiso se aporte el bien inmueble sobre el cual se construirá el emprendimiento inmobiliario, lo que necesariamente exige como forma instrumental la escritura pública (transferencia de dominio fiduciario); b) en cuanto a la cesión de derechos durante el término del contrato, por lo general se instrumenta en documento privado y c) en cuanto a la adjudicación de lo construido, se instrumenta por escritura pública.

Si bien en algunos de los negocios jurídicos inmobiliarios mencionados (por ejemplo el fideicomiso), es factible la utilización del documento privado; consideramos que su instrumentación en escritura pública sería sin duda alguna más conveniente, en virtud de las bondades que esta última ofrece: matricidad, autenticidad y publicidad cartular. Asimismo aconsejamos, para una mayor seguridad jurídica, que en los otros supuestos de negocios jurídicos inmobiliarios instrumentados en documentos privados -boletos de compraventa y contratos de cesión de derechos-, se certifiquen las firmas ante notario[7].

[7] Página web del C.F.N.A. La certificación de firmas e impresiones digitales en instrumentos privados "es la atestación que realiza un oficial público notarial competente, en forma protocolar o extraprotocolar, de un requeriente capaz para ese acto y de su conocimiento, o que ha justificado debidamente su identidad, y

4) Documento notarial.

Concepto.

El documento notarial es una de las especies de documento público realizado por el agente de la función, el notario, dentro de los límites de sus competencias, cumpliendo los requisitos que la ley impone para estos instrumentos.

La ley dota a estos documentos de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad.

Dentro de los documentos notariales la escritura pública es el principal y más importante exponente de la labor del notario, siendo en ella donde desarrolla todo su potencial fedante y profesional.

La escritura pública es continente de diversos hechos y actos jurídicos, principalmente -pero no en forma excluyente- de contratos.

La fe pública con la que la ley ampara a los hechos ocurridos en presencia del notario o realizados por él, es uno de los beneficios de la escritura pública, si bien ésta es compartida con otros documentos públicos, como el judicial y el administrativo.

suscribe o estampa su firma o impresión digital, en presencia del escribano, en el documento a certificar. La certificación de firmas notariales es el instrumento público que en, unidad de acto (para cada caso), legitima las firmas e impresiones digitales, registrándolas en el protocolo o libro de requerimientos, con el fin de ser autenticadas por el oficial público, cuando son puesta en su presencia, por persona de su conocimiento en un documento privado…".“La certificación de firmas requiere la rogación del firmante, y sólo ante esta solicitud, que expresa una voluntad autónoma, el notario actúa, y además tiene otra ventaja, que en ese acto se realiza la creación misma del documento privado, porque ante él debe firmarse. Es común que a las notarías lleguen con los documentos ya elaborados, por ejemplo un boleto de compraventa, y solicitan al notario certificar las firmas únicamente. Pues el notario, en este caso deberá calificar el documento examinándolo para que no sea contrario al orden público, moral y las buenas costumbres, que no tenga espacios en blanco en cláusulas esenciales, que no sea ilícito, o que el negocio jurídico corresponda ser hecho en instrumento público y no por instrumento privado, entre otras cosas. La certificación de firmas reviste el carácter de instrumento público conforme a lo prescrito en el art. 979 inc. 2, C.C. Por supuesto que ello no lleva a admitir que la certificación convierta en instrumento público al privado al cual accede. Lo que constituye un instrumento público es la certificación del escribano en sí misma, y no el contenido del instrumento al que accede la misma, el que sigue conservando su carácter de privado. Revistiendo todos los requisitos exigidos por la ley, la certificación de firmas que realiza un escribano constituye un instrumento público según lo prescripto por el inc. 2 del art. 979 C.C., en tal carácter hace plena fe hasta que sea argüido de falsedad, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público enuncia como que han pasado en su presencia art. 993 C.C.”.

Sin embargo, en la escritura pública el desarrollo de la labor del notario para llegar a la dación de fe es más compleja que en los demás instrumentos públicos. El notario no es un mero observador de la realidad, tampoco un testigo privilegiado. El notario recepta la voluntad de los requirentes, califica el acto jurídico que quieren realizar, lo encuadra dentro del marco de la normativa vigente, evalúa las distintas opciones y consecuencias del mismo y luego de todo este proceso funcional-profesional, confecciona el proyecto de escritura pública, siendo éste otorgado y firmado por los comparecientes en la Audiencia Notarial -o por firmantes a ruego en su caso- para por fin, con la autorización del notario, la escritura pública reciba todas las virtudes que la ley prevé para este tipo de instrumentos.

Rubén Augusto Lamber opina que el instrumento público notarial "(...) tiene una impronta personal, que es la del autorizante del documento, cuya misión no se limita a la 'fedación', sino que llega a ella por medio de actividades de indagación e interpretación de la voluntad de los otorgantes o requirentes, que le permiten la configuración del documento, luego de verificar la legitimación de la forma que al efecto elige para el acto (…)".

El documento notarial, cualquiera que sea su clase, no puede separarse en secciones autónomas porque constituye un todo homogéneo y orgánico y nunca una mera suma de partes sin conexión alguna entre sí. Por tales motivos, el documento notarial es indivisible en su composición; no obstante las partes que lo conforman son susceptibles de ser analizadas de forma individual.

El documento notarial consta de tres partes: introducción, contenido y conclusión. La introducción está compuesta por el encabezamiento, la comparecencia y las representaciones; el contenido está formado por los antecedentes y las estipulaciones de los comparecientes y la conclusión incluye las reservas y advertencias notariales, las constancias, el otorgamiento y la autorización.

Clases de documentos notariales.

En principio es posible clasificar a los documentos notariales en dos grandes géneros:

Con valor de instrumento público: a) documentos notariales protocolares: son aquellos que constan en el protocolo y son expedidos por el notario en ejercicio de sus funciones, dentro de los límites de su competencia y bajo las formalidades establecidas por la ley; dotados en consecuencia de autenticidad, legalidad y ejecutoriedad. Son tales: las

escrituras públicas, las actas notariales y las protocolizaciones. b) Documentos notariales extraprotocolares: son aquellos que no constan en el protocolo del notario. Son tales: los testimonios, las certificaciones de firma o impresiones digitales, las certificaciones de copia de documentos, las legalizaciones, las traducciones, etc.

Sin valor de instrumento público: son tales: el índice, el libro indicador, la solicitud de certificaciones de libre deuda, las comunicaciones a oficinas públicas, etc.

A su vez es posible clasificar a la especie "documentos notariales protocolares" en:

a.1) Principales: son las escrituras públicas que crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas o bien consignan hechos y circunstancias que presencia o le constan al notario, y que por su naturaleza no constituyen un contrato o negocio jurídico.

a.2) Accesorios o complementarios: son las escrituras públicas que aclaran, rectifican, modifican e incluso revocan lo indicado en la escritura pública principal. Tienen por objeto corregir la voluntad de los comparecientes y adicionadas a la escritura pública principal conforman una sola manifestación de voluntad. Tales son: a) Las Escrituras de Confirmación: tienen por objeto depurar vicios que contiene la escritura principal y que pueden hacer al acto jurídico instrumentado en ella anulable; b) Las Escrituras de Ratificación: tienen por objeto aceptar actos o negocios jurídicos que fueron realizados por personas sin suficiente representación; c) Las Escrituras de Ampliación: tienen por objeto extender o incrementar el objeto del acto o negocio jurídico que se convino en la escritura principal; d) Las Escrituras de Adhesión: son aquellas en las cuales las partes celebran un acto jurídico y acuerdan regirlo por cláusulas de un contrato previamente elaborado y e) Las Escrituras de Prórroga: tienen por objeto la prolongación de un plazo pactado en la escritura principal.

Fe pública.

La fe pública es aquella presunción de veracidad, aquella certeza o creencia impuesta por la ley, que se expande a una parte del contenido de los instrumentos públicos, cuando son realizados por un oficial público en ejercicio de sus funciones y que reúne las formalidades que la ley exige para surtir todos los efectos previstos.

No toda afirmación que haga el notario tiene el amparo de la fe pública. Los dichos del notario deben ser insertos en un documento notarial que

respete los requisitos de validez exigidos. Pero no todo el contenido de la escritura pública está al amparo de la fe pública, sino aquellas afirmaciones que haga el notario de aquellos hechos ocurridos en su presencia o que sean realizados personalmente por él.

Si bien el autor de la escritura pública es el notario, los comparecientes al otorgar el acto del notario asumen el texto escriturario como propio. Existen dentro de la escritura pública cuestiones que no tienen el amparo de la fe pública porque no son dichos propios del notario, sino de los comparecientes. No se trata en estos casos de hechos auténticos, sino autenticados. El notario da fe de la manifestación, pero no de su sinceridad.

Los hechos auténticos, que tienen el amparo de la fe pública deben ser atacados mediante acción de falsedad, sea civil o criminal, mientras que los hechos autenticados admiten simple prueba en contrario.

La aseveración falaz en el primer caso hace caer la validez del instrumento, comprometiendo la responsabilidad de su autor.

Si lo falso es la manifestación de las partes, en cuanto a la sinceridad de la misma y no el hecho de haber sido efectuada, la acción adecuada es la de simulación, que hará caer la validez del acto jurídico contenido en la escritura, pero no el instrumento.

La fe pública con que la ley ampara a la escritura pública es uno de los principales elementos característicos y que la distinguen de otros documentos, haciéndola preferible entre sus pares. No porque otros documentos públicos no contengan esta virtud, sino porque en el documento notarial ella se manifiesta plenamente, ya que como dijimos, la escritura pública es un opus complejo al que se llega luego de un proceso de conocimiento que efectúa el notario.

Este valor hace que el instrumento público notarial sea creíble y dado por cierto por el conjunto social, sin dudas ni cuestionamientos. Como consecuencia, también el contenido cobra verosimilitud y certeza.

Esta presunción de veracidad y exactitud cubre una necesidad social brindando seguridad jurídica a los actos y hechos contenidos en ella y por lo tanto es una herramienta invalorable que el Estado utiliza en pos de la paz social.

Las transacciones inmobiliarias reciben un inmejorable servicio del notariado y su obra, portante de la creencia impuesta por el Estado, ya que gracias a la seguridad aportada por ella puede desenvolverse plenamente el mercado de inmuebles sobre una base sólida, la seguridad que brinda saber sin dudas que quien vende es quien está legitimado para hacerlo y que se respetan en el negocio todos los parámetros que

la ley establece para que un acto jurídico tenga plena validez y eficacia.

Desconocer esto -como pretenden hacer algunos operadores del derecho y algunas organizaciones internacionales- lleva a alentar mecanismos que han fracasado rotundamente, como el seguro de títulos utilizado en el derecho anglosajón, que dejó en claro su ineficacia para resolver la crisis hipotecaria de 2008 en los Estados Unidos, principalmente.

Matricidad.

Otro valor de la escritura pública es la matricidad. Por ella sabemos que los actos documentados ante notario por escritura pública quedan resguardados e incólumes, pudiendo recurrir a los originales muchos años después de la realización del acto jurídico; independientemente de la suerte corrida por las partes y por el autor del mismo.

El mecanismo de resguardo y la responsabilidad que genera su incumplimiento, hace de la escritura pública el documento público más seguro respecto a la reproducción posterior.

El deber de custodia que tienen los notarios en relación a los protocolos se prolonga en la responsabilidad del Estado, delegada habitualmente en los Colegios Notariales, que organizan los archivos de protocolos, resguardando las matrices con un alto grado de eficacia, altamente superior a los resultados obtenidos por otros archivos de documentos públicos, los que inclusive ordenan periódicas destrucciones por cuestiones de espacio, lo que no ocurre en los archivos de protocolos notariales.

Como ejemplo, el archivo de protocolos dependiente del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, cuenta en sus anaqueles con tomos que datan de principios del siglo pasado, todos debidamente resguardos de las inclemencias del transcurso del tiempo.

Esta posibilidad de recurrir a los originales aún después de muchos años, permite la realización de estudios de títulos y un verdadero análisis de los antecedentes del dominio, contribuyendo a la seguridad jurídica pregonada.

Asesoramiento

El asesoramiento notarial es otra característica que distingue al documento notarial. Este trasciende el campo de la fe pública y coloca a la obra del notario en la cima de los documentos públicos.

No existe otro documento que combine la fe pública con el asesoramiento profesional, que lo hace sumamente valioso para la aplicación preventiva del derecho, evitando conflictos o brindando herramientas de solución en aquellos casos que aquel es inevitable.

El asesoramiento supone un alto grado de capacitación en el notario en un amplio espectro jurídico. Así, el notario se ha convertido en un verdadero jurista, en un especialista en derecho que conoce y aconseja no solo respecto a la forma del acto jurídico, sino también al acto jurídico en sí mismo y sus consecuencias, planteando a los requirentes las distintas alternativas y posibilidades.

Ver al notario como un mero transcriptor de la voluntad de las partes es desconocer cabalmente la función notarial, sus alcances y posibilidades; es retrotraerse a los comienzos del notariado, cuando el escribano solo instrumentaba la voluntad de los particulares. Pero el notariado avanzó. El notariado de tipo latino comprende toda esta labor de asesoramiento como parte inescindible de su tarea.

El notario recibe la rogatoria y realiza el encuadre legal del planteo fáctico de los requirentes, calificando el acto requerido, orientando jurídicamente a las partes y dándole la forma conforme a la ley y al querer de éstas.

El control de legalidad efectuado por el notario alcanza tanto la presunción de autenticidad del documento notarial, como la validez del negocio jurídico instrumentado.

Imparcialidad.

La imparcialidad viene indisolublemente unida al asesoramiento. No se entiende la función notarial sin la imparcialidad. El asesoramiento a que nos referimos en párrafos anteriores debe plantearse desde una visión ecuánime e imparcial.

La imparcialidad implica que el notario en su actuación no debe favorecer a una parte en desmedro de la otra, ni aún a la parte más vulnerable de la relación.

Sin embargo, esta afirmación no convalida situaciones disvaliosas en las que el notario pudiera advertir la lesión que una parte fuerte, con más poderío económico, informativo, cultural o de cualquier otra clase, intente irrogar a la otra parte del negocio, posiblemente más desprotegida. Esto es otra cosa. Ante este tipo de situaciones, cuando se advierte un verdadero abuso de una posición predominante, el notario deberá advertir la situación intentando el equilibrio deseado. Pero nunca podrá favorecer a la parte débil de la relación insertando cláusulas que la favorezcan en desmedro de la otra parte. Es decir, el notario no puede inclinar la balanza de la relación contractual hacia ninguno de los lados; pero sí deberá advertir ante una situación de abuso o lesión de una de las partes, negándose a actuar en su caso.

5) Requisitos de validez de la escritura pública

Firmas.

Debemos referirnos primero a los requisitos de validez de los instrumentos públicos en general.

La falta de la firma de algunos de los interesados solidarios o mancomunados hace que el instrumento y el acto carezcan de valor para todos. Así reza el artículo 988 del Código Civil Argentino.

Cuando hablamos de validez de los instrumentos públicos debemos diferenciar la validez de éste y la validez del acto contenido en él. No es igual acto que instrumento. El instrumento es la forma que tiene un acto jurídico, la que puede ser impuesta legalmente como forma de valer o para su prueba o libremente elegida por las partes.

Puede haber un acto jurídico inválido contenido en un instrumento válido y puede existir un instrumento inválido que contenga un acto jurídico válido. El problema puede plantearse para el acto cuando la ley impone determinada forma para su validez; como el caso de la donación de inmuebles, en que el artículo 1810 del Código Civil Argentino impone la forma de escritura pública bajo pena de nulidad, por lo que si no se cumple la forma impuesta el acto no es válido. En este caso, la invalidez del instrumento acarrea la invalidez del acto jurídico por incumplimiento de la forma impuesta. Pero en otras situaciones, cuando la forma no es requisito de validez del acto, la nulidad del instrumento no trae aparejada la invalidez del negocio, sino su conversión material, como en el caso del artículo 1185 del Código Civil Argentino que dispone que si no se cumple la forma establecida en el artículo anterior el negocio instrumentado no valdrá como tal, pero sí será válido como obligación de otorgar la forma prescripta. Es decir, si las partes celebran un contrato de compraventa de inmueble por instrumento particular, el negocio no será título suficiente para la transmisión del dominio sobre la cosa hasta que no sea otorgada la escritura pública que manda el artículo 1184 del Código Civil Argentino, pero valdrá como contrato en el que las partes se obligan a suscribir la escritura respectiva.

También puede ocurrir que haya un negocio válido contenido en un instrumento inválido por faltar alguno de los requisitos que la ley exige, pero por tratarse de un acto jurídico al que la ley le brinda libertad formal a las partes para su conclusión, el acto será plenamente válido, más allá de la nulidad del instrumento que lo contiene. El ejemplo es un comodato, para el que la ley no exige forma especial; si las partes decidieran instrumentarlo por escritura pública y ésta resultara inválida,

este defecto de forma no acarreará daño alguno para el acto jurídico, quedando a salvo de esto la cuestión de la prueba.

El citado artículo 988 del Código Civil Argentino puede generar alguna confusión respecto a qué es lo que resulta inválido en caso de falta de la firma de alguna de las partes, ya que en su primer parte menciona este requisito como esencial para la validez del instrumento público, hablando luego de la invalidez del acto para todos los cointeresados. Debemos interpretar esta situación diciendo que se está refiriendo claramente a la validez instrumenta y al acto en el cual se lleva a cabo el otorgamiento y firma de dicho instrumento. Como consecuencia de la invalidez del instrumento habrá invalidez del acto en cuanto la ausencia de la forma requerida sea para su prueba sea para su validez. En este caso no se aplicaría ni la conversión sustancial del artículo 1185 del Código Civil Argentino mencionado, ni la conversión formal del artículo 987 del mismo cuerpo, que indica que un instrumento emanado de oficial público, firmado por las partes, valdrá como instrumento privado cuando el oficial público hubiera actuado fuera de su competencia o que no tuviere las formas debidas. Pero si se pudiera probar que las partes estuvieron presentes y otorgaron el acto, este sería válido como acto jurídico en los casos que la forma no fuera exigencia legal, como en el caso mencionado del comodato. En cualquier caso, deberá otorgarse una nueva escritura pública si quiere cumplirse con la forma, pero dejando claro que el acto jurídico fue celebrado, recayendo en él la invalidez del instrumento.

Etchegaray interpreta que la falta de alguna de las firmas de los comparecientes de una escritura solo la anula cuando existe una relación entre los comparecientes y el acto jurídico instrumentado, es decir que la falta de firma no anula todo el instrumento si el ausente no tiene una relación interna con los demás y con el acto jurídico respectivo. Uno de los ejemplos dado por el maestro es el de la compraventa instrumentada juntamente con la hipoteca, faltando la firma del acreedor. Entiende Etchegaray que esta omisión tornará nulo el instrumento respecto al acto jurídico de garantía, más no podemos nulificar la venta. Sin embargo la mayoría de la doctrina no opina igual, considerando que el instrumento es indivisible y que la falta de una firma lo torna nulo para todas las partes y aniquila los efectos para todos.

Asimismo, el artículo 1004 del Código Civil Argentino impone la nulidad de la escritura pública cuando no estuviere firmada por las partes o la firma a ruego cuando estas no supieren o no pudieren hacerlo.

Así, debemos distinguir el otorgamiento de la firma. El otorgamiento es la conformidad con el texto de la escritura, que el otorgante asume

como propio, convalidando el negocio jurídico contenido en ella. La firma es la representación gráfica de ese otorgamiento; es el medio de prueba de la existencia de otorgamiento. Una escritura puede ser otorgada por el compareciente pero no firmada por él, sino por otra persona a su ruego y en este caso la escritura es válida. Puede también ser otorgada pero no firmada, omitiéndose este último requisito, cuando la persona está presente en la audiencia notarial, consiente el contenido de la escritura leída por el notario, pero no la firma; aquí estamos ante la nulidad de la escritura pública, la que es absoluta y por lo tanto inconfirmable. Las partes podrán otorgar nueva escritura en la que se formalice el acto jurídico respectivo, pero no podrán intentar confirmar aquél que careció de un requisito de validez insustituible.

Competencia territorial.

El oficial público debe actuar dentro de los límites del territorio asignado para el cumplimiento de sus funciones.

En la República Argentina las provincias no delegaron las potestades reglamentarias de la función notarial, por lo que estas cuestiones están legisladas localmente, variando el ámbito de la competencia territorial del notario según la jurisdicción que se trate.

En algunas provincias se permite una prórroga de la competencia territorial para comprobaciones de hecho y testamentos.

Esta falta de delegación legislativa hace que debamos combinar las disposiciones del Código Civil con las de las leyes provinciales para dilucidar en cada caso si el escribano público actuó dentro de los límites de su competencia territorial.

El incumplimiento de este requisito hace que el instrumento público sea nulo, pudiendo aplicarse la conversión formal del artículo 987 del Código Civil Argentino, según lo comentado, siempre que se cumplan los demás requisitos exigidos a tal fin.

Esta competencia está vinculada con la exigencia de los artículos 1001 y 1004 del Código Civil Argentino de consignar el lugar de otorgamiento en el texto de la escritura pública, sancionando este último su omisión con la nulidad del instrumento.

Competencia material.

El artículo 980 del Código Civil Argentino establece para la validez del instrumento público que el oficial público actúe dentro de los límites de sus atribuciones respecto de la naturaleza del acto que se instrumenta. Para conocer cuáles son esos límites debemos recurrir al plexo normativo

de fondo, de donde surgirán los actos jurídicos a los que la legislación le indica la forma notarial, sea como requisito de ser o como requisito de valer; pero además podemos agregar que el escribano público actuará correctamente dentro de los límites de sus atribuciones siempre que determinado acto o hecho jurídico no se le haya encomendado en exclusiva a otro oficial público. Así, la locación, a la que la ley nacional número 23.091 de locaciones urbanas exige solo la forma escrita, puede válidamente ser instrumentada por escritura pública si las partes así lo deciden. Pero el matrimonio civil, deberá ser formalizado exclusivamente ante el oficial público encargado del Registro Civil, porque la ley así lo determina, aún en los casos que las partes quisieran hacerlo ante otro oficial público.

Es decir que siempre que la ley no indique en forma imperativa determinada forma para un acto o hecho jurídico en particular, delegando a un oficial público en particular la formalización de los mismos, el escribano podrá actuar mediante la autorización de la escritura respectiva, sea por imperio de la ley o por elección de los particulares.

Competencia en razón de las personas.

Es una consecuencia de la imparcialidad que debe garantizar el notario y que la ley presume que se vería nublada por la actuación del oficial público en los casos en los que él o un pariente suyo dentro del cuarto grado estuviera personalmente interesado, dejando a salvo cuando éstos lo hicieran en representación de una sociedad anónima en carácter de gerentes o directores de las mismas.

En este sentido el artículo 985 del Código Civil Argentino sanciona con nulidad a los actos que contraríen la premisa expresada en el párrafo precedente. Esta nulidad es absoluta, por lo que no es factible la confirmación del acto autorizado en desmedro de la disposición. Sin embargo, la nulidad podrá ser manifiesta o no manifiesta dependiendo que surja del mismo instrumento o no el interés del escribano en el acto instrumentado o de sus parientes conforme lo preceptuado.

La doctrina ha elaborado a través de los años distintas respuestas a las cuestiones que deja planteada la norma comentada. Se ha entendido que los parientes a los que se refiere el artículo son todos los que entren dentro del cuarto grado, tanto los consanguíneos como los afines, ya que al no haber distinción en el texto normativo, hablándose de parientes en forma genérica, así debe resolverse. También existe consenso respecto a que el cónyuge del oficial público entra en la prohibición, no obstante

no encuadrar técnicamente en la categoría de pariente; esto así ya que por un lado se entiende que los intereses del cónyuge del notario influyen en la esfera patrimonial de la sociedad conyugal de la que ambos forman parte y por lo tanto estaría afectada la norma respecto al interés personal del oficial público y además si los parientes por afinidad entran en la prohibición y por ser el cónyuge el nexo por el que se llega a este parentesco, sería poco razonable que el causante de esta afinidad no esté incluido en la prohibición.

Otro tema es el de los concubinos. No existe consenso en la doctrina y en la jurisprudencia sobre si éstos encuadran o no en la prohibición. Para una parte de la doctrina por no existir vínculo matrimonial quedan fuera de la norma, mientras que para otra parte se trataría de una cuestión ética, sin llegar a la invalidez sancionada por el artículo citado.

La excepción que brinda el artículo es otro tema de debate. La misma se refiere a que si el interés es por actuar en carácter de gerente o director de una sociedad anónima el acto será válido aunque exista el vínculo de parentesco indicado. La discusión se genera a partir de dilucidar si esta excepción es aplicable a otros tipos sociales o no. Para una parte de la doctrina la excepción -como cualquiera de su clase- debe ser interpretada restrictivamente, por lo que no podrá ampliarse a supuestos distintos a los allí expresados. Sin embargo, otros opinan que debe buscarse el espíritu que anida en la excepción e interpretarlo no en forma amplia, pero tampoco en restrictiva, sino que la interpretación debe ser estricta respecto a lo que allí se quiso permitir. Para esto debemos contextualizar la época en la que fue redactado el Código Civil y veremos la inexistencia de otro tipo social en el que se limitara la responsabilidad. Por lo tanto, se ha entendido que podrá aplicarse la excepción siempre que el interesado lo haga en representación de una sociedad en la que la responsabilidad de los socios esté limitada a los aportes efectuados, quedando así incorporada en la misma la Sociedad de Responsabilidad Limitada.

En la legislación proyectada, actualmente en debate parlamentario en la República Argentina, se limita la prohibición a los asuntos en los que el oficial público, su cónyuge, su conviviente o un pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad sean personalmente interesados. Por un lado resuelve algunas discusiones mencionadas, como el caso de los cónyuges y convivientes, incluidos en el proyecto expresamente. Debemos tener en cuenta la vigencia de la ley 26618 modificatoria del Código Civil Argentino, por la que se legisla

el matrimonio igualitario, por lo que a la luz del espíritu de la misma, debemos entender que cuando el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina habla de conviviente, se refiere a tanto a parejas heterosexuales como homosexuales.

Creemos acertado, por otra parte, la disminución en la prohibición respecto al parentesco por afinidad, además del acierto en mencionarlo expresamente.

La falta de la excepción puede interpretarse ambiguamente. Hay quienes podrán ver en esto una eliminación de la misma, por no estar expresamente previsto. Por el contrario, entendemos que lejos de eliminar la validez de los actos autorizados por un oficial público cuyo pariente comparece en representación de una sociedad, amplía las posibles situaciones de validez no limitando el concepto a la letra legal, ya que debemos interpretar el interés personal del pariente del oficial público sin ningún texto que nos limite en esa tarea. Así, quien comparece en representación de cualquier tipo social no tiene un interés personal en la consecución del negocio, sino que el interés inmediato es el de la persona jurídica, tratándose claramente de personas distintas.

Otros requisitos de validez.

El mencionado artículo 1004 del Código Civil Argentino establece otros requisitos de validez de la escritura pública, exigiendo que la misma contenga la designación de la fecha y el lugar en el que fueron hechas, asegurando además del respeto de la competencia territorial como ya dijimos, la cronología de las escrituras impidiendo la alteración de la ubicación temporal de los distintos actos y hechos instrumentados. Agrega el artículo 1005 del Código Civil que son nulas las escrituras que no se hallen en la página del protocolo que corresponda según el orden cronológico.

Vemos aquí una gran seguridad para los negocios jurídicos ya que se impide la alteración de las fechas, no permitiendo que un acto jurídico hecho con posterioridad pueda aparecer como si fuera primero en el tiempo que otro que le antecedió.

El citado artículo 1004 también fulmina con la nulidad a las escrituras que no tengan el nombre de los otorgantes. La norma quiere que se determine claramente al sujeto que comparece para brindar también seguridad al tráfico jurídico.

Completa la norma la exigencia ya comentada de la firma de las partes o la firma a ruego cuando ellas no saben o no pueden escribir.

Toda otra exigencia que establezca la ley no será causa de nulidad ante su incumplimiento.

El artículo 309 del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Argentina agrega a los requisitos antes mencionados la firma del escribano, que la doctrina había incluido a las exigencias, pero que no está expresado en la legislación vigente.

6) Responsabilidad del escribano.

Ante el incumplimiento de las disposiciones legales el escribano puede incurrir en cuatro tipos de responsabilidades.

La responsabilidad civil implica el resarcimiento pecuniario del daño causado con el obrar negligente o contrario a derecho.

La responsabilidad penal surge del obrar doloso del notario toda vez que incurre en un hecho ilícito originado por su actuación funcional. El principal ilícito cometido por el escribano público será aquel que atenta contra la fe pública, en caso de insertar en la escritura pública aseveraciones que no condicen con los hechos presenciados o realizados por él.

Por el contrario, la falsedad en las declaraciones de las partes no implican necesariamente la comisión de un ilícito por parte del notario, salvo en aquellos casos en los que éste esté en conocimiento de la simulación ilícita y colabore con su accionar, perjudicando a terceros o a alguna de las partes con la maniobra fraudulenta.

La responsabilidad profesional o disciplinaria es la que surge ante el incumplimiento de cualquiera de las normas imperativas que le exigen al notario una conducta determinada. No se necesita probar la negligencia ni el daño causado, la responsabilidad se genera por el mero incumplimiento de la ley. Va más allá de la validez y eficacia del instrumento.

La responsabilidad administrativa o tributaria es generada ante el incumplimiento de normas administrativas tendientes a la obtención de determinados certificados exigidos por cada órgano interesado en que se respeten determinados parámetros fijados por ley para la celebración de una escritura pública. Dentro de esta responsabilidad -y como parte principal- encontramos la responsabilidad tributaria que nace a partir del incumplimiento que haga el escribano de su rol de agente de percepción e información de distintos tributos.

Cada una de las responsabilidades aludidas es independiente de las otras. Cada una tutela bienes jurídicos diferentes, por lo que podrá darse la situación de que ante un mismo hecho disvalioso el notario deba responder por los cuatro tipos de responsabilidad o por alguno de ellos.

7) Eficacia de la escritura pública.

La eficacia es un término distinto al de validez. La validez o invalidez del instrumento es una cuestión innata de éste. Desde su nacimiento el instrumento será válido o inválido, según se cumplan o no los requisitos que la ley prevé. Pero la eficacia o ineficacia del instrumento puede surgir también al momento de su confección o con posterioridad. Un documento válido es eficaz, pero puede ocurrir que una circunstancia posterior lo torne ineficaz.

8) Seguridad juridica documental y registral.

Notarios y registradores -en sus respectivos ámbitos- están encargados de bregar por la seguridad jurídica privada[8]. El notario en la esfera de los actos y negocios jurídicos que autoriza y el registrador en el ejercicio de sus funciones de calificación e inscripción de documentos (sean notariales o de otra índole), que acceden al registro□.

En el Sistema Notarial de Tipo Latino, las instituciones notarial y registral emergen como las más idóneas para obtener a priori, la fijación del derecho privado, y en consecuencia, brindar a los particulares seguridad jurídica en las transacciones inmobiliarias.

La función notarial es básicamente preventiva, evita el litigio, al dejar los actos y negocios jurídicos sometidos a su órbita, absolutamente claros, firmes y seguros.

"El ciudadano común -porque el mundo creció, porque los negocios son complejos y porque ya no puede simplemente dar la palabra para el cumplimiento de un contrato- comenzó a requerir un documento, y un documento elaborado en grado de perfección, por un jurista conocedor del tema y de la problemática actual, de la anterior y de las figuras modernas y de la adecuación a los tiempos. Pero a su vez no cualquier instrumento, sino un instrumento que a través de la función fedante, a través de la intervención del escribano, genere certeza y seguridad" . El notario "crea un documento auténtico que ingresa al registro con una

8 Es admitida la desmembración de la seguridad jurídica en pública y privada. La primera, refiere a las relaciones entre el Estado y el individuo; la segunda refiere a las relaciones de los individuos entre si; avala relaciones jurídicas de naturaleza privada, así como sus actos jurídicos constitutivos, modificativos y extintivos. El derecho registral inmobiliario esta esencialmente ligado a la seguridad jurídica privada.

estructura y un peso de verdad, que surgen de la propia norma y de su función fedataria; y que sólo puede ser atacado con una querella de falsedad"[9].

Para lograr una óptima seguridad jurídica privada, es necesario que las escrituras públicas accedan a los registros públicos□, obteniendo de esta forma efectos erga omnes.

En nuestro sistema legal, una y otra función (notarial y registral), están estrechamente vinculadas entre sí; de modo que la publicidad cartular se completa con la publicidad registral, en aras de una mayor seguridad jurídica.

Los Registros Públicos Inmobiliarios, son instituciones organizadas por el Estado, puestas a su servicio y al de los particulares para consolidar la seguridad jurídica; principio éste, universalmente reconocido en los estados de derecho, que garantiza la aplicación objetiva de la ley.

A fin de salvaguardar el riesgo que implica la lentitud en el tráfico del documento notarial al registro público para su inscripción, es que se ha establecido el principio de reserva de prioridad; pilar fundamental del sistema registral inmobiliario argentino, establecido por el legislador a fin de brindar seguridad jurídica en la contratación y protección a las personas (físicas o jurídicas) que intervienen en la constitución, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles, quienes deben quedar al margen de los distintos sucesos que puedan involucrar al transmitente o a sus acreedores.

Nuestros registros inmobiliarios inscriben documentos y no derechos; así la inscripción de los títulos perfecciona su oponibilidad frente a terceros.

"Entre los documentos que se presentan al registro de la propiedad para su inscripción, la escritura pública es la que contiene la mayor cantidad de situaciones jurídicas registrables, porque las titulaciones que hacen a la constitución, transmisión, modificación o pérdida de los derechos reales sobre inmuebles, con excepción de la adquisición en subasta pública, se formaliza en escritura. En ella el notario califica y efectúa las legitimaciones, subjetiva, sustantiva o de títulos, registral, impositiva, de personería, en beneficio de la seguridad jurídica. La intervención notarial no solo resguarda a las partes del negocio jurídico sino también a los terceros que podrían quedar afectados en sus derechos

[9] Dodda, Zulma Aurora. "La seguridad jurídica y el notariado". Conferencia pronunciada durante la Reunión Plenaria de la Comisión de Asuntos Americanos. *Mar del Plata, Argentina, abril de 2005.*

por el otorgamiento de un acto real pero ilícito, o de un acto ostensible que disimule un negocio ilícito"[10].

El notario efectúa una labor de calificación al autorizar todo tipo de documentos notariales; mientras que el registrador sólo calificará las escrituras públicas registrables.

"Debe puntualizarse que cuando el registrador califica el documento, dentro de los límites de su competencia, no puede erigirse en juez de la validez del acto y solamente se pronuncia sobre su admisibilidad o inadmisibilidad, atendiendo al documento que se presenta y demás constancias regístrales; y excedería sus facultades si se dedica a indagar la posible existencia de fallas que no surgen manifiestas de esos documentos y constancias. Si advierte un ilícito penal en la instrumentación del documento tiene la obligación de denunciar al juez ya que toda investigación del hecho es ajena a la facultad del registrador"[11].

En un sistema registral como el nuestro (declarativo), que requiere para su registro documentos auténticos, la labor de calificación del registrador es mas rápida, sencilla y por ende conlleva menor responsabilidad; pues su estudio se centra en la forma extrínseca y en aspectos sustanciales que surjan de la escritura pública (si el notario no se hubiese manifestado respecto de éstos de manera expresa y fundada) y en aquellas situaciones jurídicas que hacen al tracto (encadenamiento con el asiento registral antecedente).

En consecuencia, si ingresa al registro un documento notarial sin vicios, saldrá inscripto como bueno; pero si accede al registro un documento notarial con vicios intrínsecos no manifiestos, saldrá inscripto pero viciado -pues estos vicios exceden la facultad de calificación del registrador-. En ambos casos la registración no hará más que perfeccionar la oponibilidad del documento frente a terceros interesados de buena fe. Así, según el art. 4 de nuestra ley nacional 17801 de régimen de los registros de la propiedad inmueble, "la inscripción no convalida título nulo ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes".

En fin, el notario como autor del instrumento y el registrador como calificador del documento presentado para su inscripción, efectúan sobre éste, un control de legalidad, a fin de brindar y garantizar a los particulares eficiencia y seguridad jurídica en sus negocios inmobiliarios.

---

[10] Abella, Adriana. III Foro Internacional de Derecho Registral. Calificación registral. Régimen recursivo registral inmobiliario. Mar del Plata. Argentina. Año 2011.

[11] Abella, Adriana. III Foro Internacional de Derecho Registral. Calificación registral. Régimen recursivo registral inmobiliario. Mar del Plata. Argentina. Año 2011.

9) El notario, como profesional de la seguridad jurídica, asiste a quienes contratan en el mercado inmobiliario

El mercado de bienes raíces requiere en sus transacciones seguridad jurídica; principio mundialmente reconocido en los diversos ordenamientos jurídicos, que se concibe y que se basa en la certeza del derecho, tanto en el ámbito de su aplicación como en el de su publicidad. En cualquier país del mundo, la falta de confianza por parte de los ciudadanos sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que previsiblemente lo será en el futuro, es una de las principales barreras para las inversiones inmobiliarias. Seguridad jurídica es la garantía que el Estado proporciona a los ciudadanos, acerca de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán vulnerados, de modo que si esto llegara a suceder le serán asegurados por la comunidad, el amparo y resarcimiento de los mismos. En un estado de derecho, tanto personas físicas como jurídicas, gozan de las garantías que conlleva la seguridad jurídica, de modo que este principio jurídico universal, también se aplica al mundo empresarial y a las finanzas.

La seguridad es el contexto dentro del que los actores del mercado inmobiliario toman sus decisiones; para ellos es la expectativa de que el sistema normativo es y será confiable, estable y predecible.

La intervención del notario en las operaciones inmobiliarias, a fin de satisfacer la necesidad que tienen las partes, acerca de que la instrumentación del negocio cumpla los requisitos y formalidades legales, y en consecuencia se ajuste a derecho, tiene su génesis en la comunidad misma.

En todas aquellas cuestiones o negocios que necesariamente requieren un encuadre legal, las personas encuentran en la intervención notarial, certeza y seguridad jurídica; en un marco social donde el notario es especialista en derecho y pilar fundamental de imparcialidad, rectitud, ecuanimidad, integridad y honradez.

El notario -como profesional de la seguridad jurídica- debe prestar servicio a los actores del negocio inmobiliario, en las distintas etapas que conlleva la compraventa de un bien raíz (sea urbano o rural), a fin de darle -luego del asesoramiento debido- forma instrumental al contrato, conforme a derecho.

En consecuencia, la autoría por parte del notario, del documento que patentiza el negocio jurídico inmobiliario celebrado por las partes, le confiere a dicho instrumento el carácter de auténtico y asegura su legalidad, fuerza probatoria y ejecutividad.

10) La escritura pública como medio de prueba en el derecho argentino.

La teoría general de la prueba no hace distinción alguna entre la prueba civil, penal, administrativa u otra; dado que los principios básicos son aplicables a todas. "El vocablo probar significa acreditar ante alguien la verdad de un hecho, lo cual no debe hacerse exclusivamente ante el juez o autoridad jurisdiccional sino que también se lo hace ante los particulares o ante otras autoridades"[12]. En consecuencia la prueba adquiere categoría judicial cuando es considerada dentro de un proceso sea éste civil, penal u otro.

Desde el derecho romano existe una elaborada doctrina acerca de los medios de prueba, receptada por numerosos ordenamientos jurídicos, que ciñe su clasificación en cuatro grandes grupos: la prueba confesional, la prueba testimonial, la prueba conjetural o por presunciones y la prueba documental. Esta última que es la que nos interesa tratar ahora; y al respecto cabe decir, que nuestro Código Civil refiere a ella no solo en su aspecto procesal, sino también en su carácter de documento, estableciendo sus requisitos y alcances sustantivos. Así, el aludido cuerpo normativo refiere expresamente al valor probatorio de los instrumentos públicos en los artículos 993, 994 y 995.

Dentro de los instrumentos públicos, cabe destacar la especial importancia probatoria de la escritura pública; forma documental que sirve para asegurar la eficacia de los efectos jurídicos del hecho, acto o negocio jurídico que contiene.

La escritura pública ostenta un valor probatorio pleno, es decir que constituye uno de los medios de prueba más eficaces según la totalidad de las leyes procesales. En consecuencia, son numerosos los actos y contratos celebrados entre particulares que deben formalizarse mediante escritura pública, para estar revestidos de valor probatorio. Entre éstos podemos mencionar todos aquellos que implican la disposición y/o constitución de gravámenes sobre bienes inmuebles, la constitución de sociedades, entre otros.

La escritura pública, como documento de fecha cierta, constituye un medio de prueba válido y seguro. No obstante, ese valor probatorio, esa

---

[12] Cursak, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal". Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

plena fe de la que esta dotada, puede ser impugnada por redargución de falsedad (art. 993 del Código Civil) o bien impugnada por prueba en contrario (art. 994 y art. 995 del Código Civil).

Redargución de falsedad.

"Del texto (…) del art. 993 del Código Civil se desprende que la falsedad debe ser interpuesta únicamente por acción. Consecuentemente, queda descartado el planteamiento de la falsedad por vía de excepción, admitida expresamente por el Código Civil en materia de nulidades (art. 1058 bis reformado por la ley 17711). Tiende a demostrar la falsedad del instrumento público, que es la contracara de su autenticidad: la falsedad es toda alteración de la verdad. La acción podría ser planteada en el ámbito jurisdiccional civil o penal, de acuerdo con lo prescripto por el mencionado artículo del Código Civil".[13]

Prueba en contrario.

Las disposiciones "de los arts. 994 (dispositivas) y 995 (enunciativas directas) son impugnables por simple prueba en contrario, sin necesidad de lograr la previa declaración de falsedad del documento que las contiene".[14]

11) La circulación internacional del documento notarial

El proceso de globalización en el que estamos inmersos, conlleva necesariamente la circulación internacional de instrumentos públicos; tráfico que demanda imperiosamente una simplificación de formas en aras de una mayor celeridad y bajos costos, sin vulnerar por ello la seguridad jurídica.

La importancia que han tenido en los últimos tiempos los movimientos migratorios, el comercio internacional y las transacciones transfronterizas sobre bienes raíces, han provocado que los distintos países del orbe exijan

---

13 Cursak, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal". Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

14 Cursak, Eduardo Víctor. "La impugnación de falsedad de la escritura pública en sede civil o penal". Academia Nacional del Notariado. Sesión Pública del 07/08/2000. Buenos Aires. Argentina.

conforme a sus respectivos ordenamientos jurídicos, procedimientos de legalización, tanto para los instrumentos públicos procedentes de países extranjeros que deban producir efectos jurídicos en su territorio; como para aquellos instrumentos públicos emitidos en su territorio que deban producir efectos jurídicos en países extranjeros.

Según las normas del derecho internacional privado, para que un instrumento público tenga validez en un país extranjero es necesario que este legalizado[15] por la autoridad del país que lo emite.

Así, la circulación internacional de documentos notariales "ha requerido tradicionalmente la legalización diplomática o consular que asegura su eficacia *urbi et orbi* y *erga omnes*.

Se trata del trámite por el que la firma del autorizante del instrumento o la última autoridad habilitante extranjera o argentina, v.gr.: la Corte Suprema de Justicia o el Ministerio de Relaciones Exteriores, es autenticada o visada por cotejo por el cónsul del país de ejercicio actuante en el país del otorgamiento y la de éste funcionario, a su vez, es habilitada por Cancillería del país extranjero o, en nuestro país, por el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto.

La simple enunciación del trámite, mas aún su seguimiento, basta para calificarlo como caro y engorroso".[16]

A partir del año 1961, la Convención Internacional de la Haya, -brindó a los países signatarios, adherentes y vinculados a ella[17]-, un auxilio jurídico, al sustituir o reemplazar entre éstos -el trámite de legalización consular de los instrumentos públicos- por la *apostille*[18], "sello o certificación uniforme estampado por la autoridad competente del estado originante del documento, sin que sea menester otras diligencias".[19]

---

15 La legalización es el procedimiento que da autenticidad a la firma del funcionario que autoriza un instrumento público y brinda certeza sobre su investidura o calidad jurídica.

16 Taiana de Brandi, Nelly A. y Brandi Taiana, Marital M. "La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos". Revista del Notariado Nº 863. Doctrina. Buenos Aires. Argentina.

17 La República Argentina, es un país adherente a la Convención de la Haya, desde 1987, por Ley 23.458.

18 Es importante aclarar, que hoy sigue siendo aplicable la legalización consular, a los instrumentos públicos procedentes o destinados a producir efectos jurídicos en países que no forman parte de la Convención de la Haya.

19 Taiana de Brandi, Nelly A. y Brandi Taiana, Maritel M. "La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos". Revista del Notariado Nº 863. Doctrina. Buenos Aires. Argentina.

La *apostille* va colocada en el instrumento, unida a él. Debe observar un tamaño, una forma y un texto convenidos, según modelo anexo a la Convención. Salvo el título, que debe consignarse en idioma francés *apostille*, el país que la expide puede optar por escribir el texto en su idioma oficial o en el idioma del país de ejercicio.

La *apostille* acredita la existencia material del documento y la certificación abarca la autenticidad de la firma por cotejo con la registrada, el carácter que inviste el firmante y la identidad del sello o timbre".[20]

En la República Argentina, están facultados para aplicar la *apostille* en los instrumentos públicos (sean de origen notarial, judicial o administrativo) destinados a producir efectos jurídicos -en países extranjeros signatarios, ratificantes o vinculados a la Convención de la Haya-; desde el año 1988 el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Exterior y Culto y desde el año 1997, por una delegación de funciones, los Colegio Notariales de todas y cada una de veinticuatro provincias que conforman nuestro país, lo que sin duda alguna acercó geográficamente la prestación del servicio a los ciudadanos, con las consiguientes ventajas que ello implica para los usuarios; rapidez y abaratamiento de los costos del trámite. Asimismo cabe decir, que la delegación de dicha competencia en los Colegios Notariales de todo el país, aglutina en éstos el ejercicio de dos potestades que pueden ser complementarias -cuando de documentos notariales se trata-: a) la legalización interna -necesaria para el tráfico de dichos documentos dentro de las fronteras nacionales- y b) la legalización externa -necesaria para la circulación extraterritorial de dichos documentos, es decir cuando deben producir efectos jurídicos en terceros países firmantes, adherentes o signatarios de la Convención de la Haya.

Por último, consideramos importante señalar que continúa vigente la legalización consular para la circulación internacional de documentos notariales en países que no forman parte de la aludida Convención.

[20] Taiana de Brandi, Nelly A. y Brandi Taiana, Maritel M. "La seguridad jurídica y la circulación internacional de los documentos públicos". Revista del Notariado Nº 863. Doctrina. Buenos Aires. Argentina.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

TEMA: LA INTERVENCIÓN NOTARIAL EN LA CELEBRACION DE LOS CONTRATOS.

Ana Lía Díaz Prandi

"En realidad el verdadero desafío radica en nosotros mismos, en conocer nuestra capacidad de iniciativa y de creatividad, sin renunciar un ápice a nuestros principios fundamentales del notariado de tipo latino, que forman la esencia de nuestra existencia". Palabras del ex presidente de la Unión del Notariado, Not. Dr.Eduardo Gallino, en el XXV Congreso Internacional del Notariado Latino (Madrid-España 2007)

A la Seguridad Jurídica del mercado inmobiliario, el notario de tipo Latino, le aporta una herramienta fundamental, propia de su función y de su profesión, consistente en la posibilidad de vincular las distintas ramas del Derecho, la Civil, la Comercial, el Derecho Registral, el Derecho Tributario y otras normas emanadas de entes estatales como la Unidad de Información Financiera o del Banco Central de nuestra República.

El Notario está perfectamente capacitado para lograr el encuadre normativo de un negocio inmobiliario; por medio del asesoramiento y la redacción del contrato típico o atípico que refleje correctamente la voluntad de las partes.

Es experto en la dinámica de los Derechos Reales y en la registración de los instrumentos, pero también en la redacción de los contratos que podrán ser la causa fuente de los primeros y la esencia de los segundos[1].

El negocio Inmobiliario nace de la autonomía de la voluntad, de la inquietud generadora de proyectos, nace en un marco social, político, económico y hasta histórico determinado y es fuente generadora de obligaciones contractuales. A veces en escenarios de mayor estabilidad

1 "El derecho personal muchas veces es el medio para llegar al derecho real. Así por ejemplo, en las obligaciones de dar… En algunos casos el derecho real es accesorio de un derecho personal, como ocurre con los derechos reales de garantía…". *Curso de Derechos Reales. Privilegios y Derechos de Retención.* Beatriz Areán de Díaz de Vivar.

y otras en medio de crisis financieras y económicas que traen gran confusión y desorientación a los desarrolladores.

En todas las etapas de desarrollo de un negocio inmobiliario, el notario puede asumir un rol activo, sumando sus conocimientos específicos en el tema. En su rol de profesional de derecho imparcial, garantiza que ha tenido en cuenta la relación contractual entre las partes y su respectiva capacidad y poder de negociación, ejerciendo el control de legalidad, propio de su función.

El negocio inmobiliario.

Detrás de un negocio inmobiliario, hay una idea, un proyecto, la decisión de correr un riesgo en busca de un resultado económico exitoso.

El desarrollador conoce el mercado, las reglas de juego, el perfil de la demanda, conoce los costos y la rentabilidad, pero necesita el documento adecuado para captar inversores u ofrecer en venta el producto resultante. Esta primera inquietud que lo acerca al notario, se traduce en una conocida pregunta, *¿y qué debemos firmar?*

En esta primera instancia, el Notario se convierte en un asesor clave para el armado legal del negocio y en una instancia ulterior, en el profesional idóneo para redactar el contrato con cláusulas adecuadas y a la medida del negocio subyacente, garantizando *no sólo su viabilidad jurídica, sino también la observancia de las normas impositivas que correspondan.*

Este asesoramiento previo deberá contemplar a ambas partes de la negociación, tanto al desarrollador que asume riesgos para llevar adelante un determinado emprendimiento inmobiliario o al vendedor de un inmueble en particular, como al futuro comprador que a la luz de la ley de Defensa del Consumidor, 24.240 y sus modificatorias, será el consumidor o usuario, es decir; "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines". (Ley 2440 modificada por la Ley 26.361).

En este sentido una de las conclusiones de la declaración de la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, en Santiago de Chile, el 15 de noviembre del año 2003, señala "Que la actual legislación de las relaciones de consumo intenta asegurar la justicia y el equilibrio

entre las partes, exigiendo además una adecuada y veraz información y asesoramiento, garantizadas por la intervención imparcial activa y sustancial del Notario".

Esta actuación del Notario, coadyuva a la comercialización en el Mercado Inmobiliario, e incluso a su reactivación, por cuanto en algunas ocasiones la figura jurídica elegida optimiza la concreción de un negocio, permitiendo superar ciertos escollos basados en la desconfianza de alguna de las partes. Ejemplo de ello, en nuestro país, fue el Fideicomiso, por cuanto, antes de la sanción de la Ley 24.441, encontró en el Notario un fiel intérprete de la figura y un experto en su redacción, logrando aunar distintos intereses.

Es por ello que entendemos que debe ser mas activa la intervención del Notario en la faz negocial, y fundamentalmente en la primera etapa, donde se trazan los lineamientos claves del negocio.

La determinación de la figura jurídica por medio de la cual se desarrollara un determinado emprendimiento se torna esencial para el empresario del sector. Decidir entre una sociedad comercial o civil, cuyo objeto sea exclusivamente llevar adelante la construcción de un inmueble o cualquier otro emprendimiento inmobiliario o la celebración de un fideicomiso o de un contrato atípico de transferencia de un terreno por unidades a construir, etc., dependerá de muchos aspectos a considerar: impositivos, jurídicos y otros relativos a la mayor seguridad jurídica que por medio de ellos se obtenga. El notario puede acompañar a los desarrolladores en la elección de la figura jurídica que mejor encuadra el negocio proyectado. Esto importa para el Notario un adecuado conocimiento previo, a cerca de los "sujetos y objeto de contratación… la finalidad de los contratantes o de alguno de ellos en especial y la del negocio en si mismo… el rol y las funciones asignadas a cada parte"[2].

El Mercado Inmobiliario se maneja con reglas netamente económicas, y el Notario aporta la regulación jurídica. Más allá de la instrumentación de los Derechos Reales que consecuentemente deban otorgarse, se impone el conocimiento de los contratos asociados al mercado inmobiliario, considerando los distintos tipos de transacción.

[2] *"Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo".* Carlos A. Ghersi - Celia Weingarten.

Los contratos pautas de instrumentación.

El Notario deberá conciliar en el documento los intereses de las partes, según la etapa de negociación en la que se encuentran. Esto supone la celebración de acuerdos previos o precontratos, hasta llegar al contrato definitivo, que proteja la legalidad para todos los intervinientes y la seguridad jurídica del título inmobiliario resultante.

La redacción de las cláusulas deberán ser claras, "*completas, fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente"*, de conformidad a lo dispuesto por la ley de Defensa del Consumidor en su artículo décimo[3]. Así se generará la confianza de los actores, y se garantizará que el contrato que estos celebren, sea autosuficiente para resolver los conflictos que surjan durante la ejecución del negocio elegido.

Deberán receptar las normas de defensa del consumidor, como se ha dicho, las que exigen los pagos bancarizados (Ley 25.345), y las que prohíben ajustar precios, aportes, etc., como así también otras normas necesarias para estructurar especialmente, *contratos con estructura de adhesión* (Dres. Celia Weingarten - Carlos A.Ghersi) y de ejecución diferida o de larga duración, respetando el Orden Público imperante en nuestro orden jurídico.

La confianza de las partes es fundamental para la subsistencia del negocio, por ello, la redacción apropiada de los documentos, tornará previsible, el futuro cumplimiento de las obligaciones asumidas.

3 Ley 24.240 y sus Modificatorias: Artículo 10.- Contenido del documento de venta. En el documento que se extienda por la venta de cosas muebles o inmuebles, sin perjuicio de la información exigida por otras leyes o normas, deberá constar: a) La descripción y especificación del bien. b) Nombre y domicilio del vendedor. c) Nombre y domicilio del fabricante, distribuidor o importador cuando correspondiere. d) La mención de las características de la garantía conforme a lo establecido en esta ley. e) Plazos y condiciones de entrega. f) El precio y condiciones de pago. g) Los costos adicionales, especificando precio final a pagar por el adquirente. La redacción debe ser hecha en idioma castellano, en forma completa, clara y fácilmente legible, sin reenvíos a textos o documentos que no se entreguen previa o simultáneamente. Cuando se incluyan cláusulas adicionales a las aquí indicadas o exigibles en virtud de lo previsto en esta ley, aquellas deberán ser escritas en letra destacada y suscritas por ambas partes. Deben redactarse tantos ejemplares como partes integren la relación contractual y suscribirse a un solo efecto. Un ejemplar original debe ser entregado al consumidor. La reglamentación establecerá modalidades más simples cuando la índole del bien objeto de la contratación así lo determine, siempre que asegure la finalidad perseguida en esta ley. (Artículo sustituido por art. 7° de la Ley N° 26.361 B.O. 7/4/2008).

El artículo 1137 de nuestro Código Civil, define al contrato: *"Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos".* Y el artículo 1197 del citado texto legal, le otorga fuerza obligatoria, al decir***:*** *"Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma".* Esta relación entre lo pactado y las partes, impone un minuciosa redacción del texto contractual, que contemple los aspectos mencionados y respete la causa fuente de la obligación contractual, que al decir del Dr. Carlos A. Ghersi, es el "hecho económico, como acceso o intercambio de bienes y servicios en la sociedad organizada bajo el sistema económico establecido en la constitución Nacional…"[4].

"No puede desconocer que la concepción clásica de la autonomía, fundada en la igualdad y la libertad de contratación se ve decididamente afectada por los principios emergentes del derecho del consumidor, que parten de una concepción realista del mercado"[5].

Otro aspecto a considerar son los distintos tipos de contratos, por ejemplo los de larga duración, en los que el tiempo es esencial para el cumplimiento y a los que no puede aplicárseles "condiciones generales de contratación"[6]… "Ni definir de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes"[7]. Estos requieren un mayor análisis por parte de los operadores del derecho, por cuanto y según comenta el Doctor Ricardo Luis Lorenzetti, citando a Augusto Morello, "el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadota continua".

El notario con su visión integradora de los derechos reales, personales y registrales tiene el desafío de prever las normas particulares para este tipo de contratos, que se verán sometidos a permanentes mutaciones.

Otro desafío para el Notario lo constituye la intervención, en la redacción de acuerdos preliminares, así la oferta de compra, la reserva, el Boleto de compraventa que en algunos supuestos deben ajustarse a situaciones particulares, como por ejemplo que el precio sea en moneda

---

4 *Manual de Contratos Civiles, Comerciales y de Consumo".* Carlos A.Ghersi - Celia Weingarten.

5 Conclusión de la Comisión Nº 14, del tema "Principios del Derecho Privado en el Siglo XXI"- XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

6 *Tratado de Los Contratos. Parte General.* Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

7 *Tratado de Los Contratos. Parte General.* Dr. Ricardo Luis Lorenzetti.

extranjera, a la luz de la actual política de cambio impuesta en nuestro país, o bien en algún supuesto en que el precio o el aporte del inversor, no pueda ser definitivo porque dependerá del costo final de la construcción.

Así también los pactos de retroventa, de preferencia, las ventas con cláusulas de arrepentimiento, la seña, el pacto comisorio, tienen una variedad de aplicaciones que el notario debe conocer para una mejor instrumentación.

Conclusiones:

- El Notario también conoce el Mercado inmobiliario. Hay una larga experiencia recogida por el Notariado en este tema. No desconocemos las necesidades del sector, por el contrario en más de una oportunidad asesoramos sobre aquellas que son imposibles de dejar de lado a la hora de contratar.

- El Notariado debe propender a la Justicia Contractual, mediante la redacción de cláusulas claras y eficaces, que interpreten lo querido por las partes.

- Debe valerse de todos los institutos legales para un mejor encuadre del negocio y de la redacción del instrumento respectivo. La Jurisprudencia constituye una herramienta indispensable a tener en cuenta.

- El Notario es un profesional del Derecho, formado en la prevención del conflicto, con una rica experiencia en las transacciones inmobiliarias y en la contratación.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

TEMA II: LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL MERCADO INMOBILIARIO. LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN.
SUB TEMA V: EL SISTEMA REGISTRAL EN LA PROPIEDAD INMOBILIARIA
Not. Zulma A. Dodda

1) Principales sistemas REGISTRALES principios y características.

Como lo requiere el coordinador internacional, desarrollamos una breve síntesis de los principales sistemas registrales inmobiliarios para establecer la comparación con el sistema registral argentino

Sistema alemán.

El dominio de los inmuebles se adquiere por un *negocio dispositivo* en el que hay acuerdo, no hay actos materiales sobre el inmueble sino actos oficiales sobre el papel.

Se trata de un *negocio abstracto.* La posesión no tiene ninguna relación con la adquisición del inmueble. *El negocio vale aunque sea nulo el título,* pero en estos casos de nulidades se abre una instancia de acción personal por enriquecimiento para corregir el desplazamiento patrimonial.

El dominio se adquiere por la inscripción y el titular inscripto transmite la propiedad aunque no esté en posesión.

Se aplica el principio de presunción de exactitud de la registración y el que alegue una inexactitud tiene la carga de la prueba.

Tiene plena vigencia el principio de Fe Pública Registral, la adquisición de la posición registral conduce directamente a la propiedad, aún adquirida de quien no es dueño.

El registro inexacto vale como exacto para el tercero que celebra un negocio dispositivo con el titular inscripto, obrando de buena fe y en consecuencia adquiere la posición registral inatacable por acciones reales.

El derecho alemán no admite la usucapión contra tábulas, es decir la usucapión contra el titular registral. En cambio admite la adquisición secundum tabulas es decir el que tiene la posición registral sin ser dueño

y además tiene la posesión (coincide registro y posesión) durante 30 años adquiere el dominio.

Por otro lado si una persona tiene la posesión durante 30 años y citado el titular registral no comparece se declara caduca la posición registral y se inscribe al poseedor.

Sistema francés.

El sistema del Código de Napoleón buscaba resolver el problema que generaba las donaciones a terceros con relación alas cuales los herederos no tenían ninguna acción.

Las donaciones tenían que insinuarse, es decir registrarse ante el juez. Las no "insinuadas" eran inoponibles a terceros entre los que se incluía a los herederos.

Al estallar la Revolución francesa la preocupación tiene su centro en los acreedores y como protegerlos asegurando que contraten con el dueño. Para ello se establece que "Los actos traslativos de bienes y derechos susceptibles de hipotecas, deben ser transcriptos en los registros de hipotecas". Hasta entonces no pueden oponerse a terceros.

La venta es perfecta entre las partes y se adquiere el dominio desde que vendedor y comprador convienen sobre la cosa y el precio.

La jurisprudencia resolvió que el consentimiento era suficiente para transmitir la propiedad no solo entre partes sino frente a terceros y no es necesario en consecuencia ningún acto material ni registral.

El sistema del código Napoleón es *consensualista,* el consentimiento basta para obligarse y para transmitir y es *aformalista*, no se exige forma alguna con excepción de las donaciones y las hipotecas. Se trata de un sistema sin publicidad.

A partir del año 1855 se organizan los registros y para ser oponible a terceros es necesaria la *transcripción* en los mismos y en el año 1955 la legislación exige que todo documento que deba publicitarse en el registro debe estar *redactado en forma auténtica.*

El sistema francés es declarativo, el derecho nace antes de la inscripción.

Sistema anglosajón y sistema torrens.

El sistema Torrens nace en 1858 en Australia. El que entra al sistema debe presentar los títulos, un plano y la solicitud de registración con las firmas autenticadas.

Los funcionarios del registro califican en sus aspectos técnicos y juridicos la documentación que ingresa y si se resuelve inmatricular se publica y se inicia un periodo de oposiciones que si se presentan se resuelve en Tribunales.

El registro emitirá entonces el certificado de titulo por duplicado. El original queda en el registro y la copia se entrega al interesado.

Para vender se presenta al registro el contrato de venta y el certificado y el registro procederá a emitir un nuevo certificado cancelando el anterior o se utiliza el mismo certificado con nota de la transmisión. Este sistema está acompañado generalmente del seguro de títulos.

Sistema español.

La ley Hipotecaria Española de 1861 enuncia las reglas fundamentales del sistema.

El registro tiene un sistema de *folio real* por inmueble. Los derechos reales nacen cumplidos los requisitos de *título y modo* y la inscripción es voluntaria aunque se procura estimular la inscripción.

La excepción al carácter declarativo del registro se da con relación a la hipoteca ya que la falta de inscripción genera la inexistencia de la hipoteca. Esta excepción aparece en el Código Civil en 1889.

Presunción de exactitud del registro: la persona que figura inscripta como titular de un derecho inscripto tiene la presunción a su favor de que la anotación es correcta. Se trata de una presunción iuris tantum, y en consecuencia, quien quiera atacar esa titularidad debe cargar con la prueba.

Un aspecto importante para luego comparar con el sistema argentino, es que la presunción de exactitud deriva en una *presunción posesoria* en virtud de la cual el titular inscripto es considerado poseedor del inmueble.

Basándose en estas presunciones del derecho español, quien adquiere del titular registral está protegido y su adquisición no podrá ser atacada.

Sin perjuicio de lo expresado, debemos tener en cuenta el principio de *"buena fe"*, por lo tanto el adquirente solo será protegido si desconocía la verdadera situación y actuó inducido a engaño por la publicidad registral.

El principio de Legitimación posibilita que el titular registral, aunque no sea dueño del bien, transmita un derecho real que no le pertenece, siempre que el adquirente sea de buena fe.

La Ley Hipotecaria consagra los principios de prioridad, tracto sucesivo, rogación, legalidad y especialidad.

No se trata de registros de transcripción sino de inscripción con un extracto referido a los aspectos esenciales: inmueble, titular del derecho, y derecho que se inscribe.

Si bien está vigente la Fe Pública Registral, no se trata de un registro convalidante, la registración no sanea los vicios.

Sistema registral argentino.

La fuente normativa del Sistema Registral Inmobiliario argentino es el Decreto Ley 17.801/68, y el artículo 2505 del Código Civil. La Reglamentación de la Ley y la organización administrativa de los Registros está reservada a las jurisdicciones locales llamadas Provincias.

Características:

El Sistema Registral argentino es DECLARATIVO y NO CONVALIDANTE. El primero de estos caracteres surge de los artículos 2 y 20 de la Ley Registral y 2505 del CC y el segundo del artículo 4 de la citada Ley.

El carácter declarativo implica que el derecho real nace antes de la registración, en nuestro país *el título y el modo* configuran los elementos que dan nacimiento al derecho real.

El carácter declarativo es reconocido en numerosos precedentes jurisprudenciales y por mayoría abrumadora de la doctrina.

En Argentina, a diferencia del derecho español, la inscripción registral no implica que quien figura como titular del derecho sea poseedor.

La jurisprudencia reiteradamente sostuvo que el adquirente por boleto de compra venta con posesión se opone al titular inscripto sin posesión y a los terceros acreedores embargantes posteriores a la posesión. Claramente en nuestro país la publicidad posesoria supera a la registral ya que el derecho real requiere título y modo, si el titular inscripto no está en posesión no adquirió el derecho real pese a que el registro publicite su titularidad.

El articulo 20 de la Ley Registral, justamente por el carácter declarativo del registro, establece que las partes,sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, no podrán prevalerse de la falta de inscripción y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado.

No convalidante porque la registración no subsana los vicios de los que adolezca el acto jurídico que ingresa al Registro y el interesado podrá pedir la declaración judicial de nulidad.

Nuestro registro es un REGISTRO DE TITULOS, una variante del Registro de actos o contratos. El registro de títulos recepta un documento elaborado por otro funcionario y el registrador tiene una actividad de control de legalidad. Para el derecho argentino esta calificación es limitada y no puede incursionar en la capacidad de los otorgantes ni la validez del acto dispositivo.

No se trata de un Registro de Derechos en los que el acto al ingresar al registro se convierte en derecho, se trata de registros abstractos, en los que no interesa la causa ni otros requisitos como la posesión.

Eectos de la registración:

La registración conforme lo establece el artículo 2505 del Código Civil, y el artículo 2 de la Ley 17801, tiene por objeto la publicidad y la oponibilidad a terceros, que tendrán que ser de buena fe.

El principio de FE PUBLICA REGISTRAL no está consagrado en la legislación argentina, así lo estableció la jurisprudencia:" el principio de fe publica registral, fundado en la presunción de exactitud del registro a favor de los adquirentes de buena fe, no ha sido incorporado técnicamente a nuestro derecho".

Quien adquiere de un titular registral que no era dueño, quedará a merced de una acción reinvindicatoria en tanto no logre consolidar la usucapión.

Respecto a la obligatoriedad de la inscripción, si bien la misma no surge de la norma registral, conforme lo establecen las legislaciones locales, la inscripción es uno de los deberes funcionales del notario. Por otro lado la Ley 17.801 en su artículo 23 exige que el funcionario público que intervenga en la transmisión, modificación o constitución de derechos reales debe tener a la vista título de propiedad inscripto, es decir que el titular del derecho no inscripto, no podrá disponer de él salvo los supuestos de excepción de tracto abreviado previstos en la norma registral, que solo pueden aplicarse en los registros declarativos como el argentino, ya que el derecho nace fuera del Registro.

No debemos olvidar que la inscripción registral es un soporte más para la seguridad jurídica preventiva y el notariado es uno de los pilares esenciales para velar por esta seguridad.

La técnica de registración es de Folio Real ya que se basa en el inmueble, en el objeto del derecho, no en la persona ni en la causa y es de Inscripción ya que de los documentos que ingresa se extraen breves notas.

Conforme lo dispone la Ley Registral en su artículo 12 el folio real contendrá: datos del inmueble, de las personas físicas o jurídicas que sean titulares del dominio, de la proporción en el derecho real, la identificación del título de adquisición, su clase, lugar y fecha de otorgamiento y funcionario autorizante y el número y fecha de presentación del documento en el registro.

Principios registrales en el derecho argentino.

En el I Congreso Internacional de Derecho Registral realizado en Buenos Aires en 1972, se dijo que "los principios del derecho registral son las orientaciones fundamentales que informan esta disciplina y dan la pauta en la solución de los problemas jurídicos planteados en el derecho positivo"

Nuestra Ley Registral consagra los siguientes principios:

Rogación.

La situación registral sólo variará a petición del autorizante del documento o de quien tenga interés en asegurar el derecho que se pretende registrar (art. 6 de la Ley).

Este principio admite algunas excepciones en los casos de inexactitudes registrales generadas por errores materiales del registrador.

El desistimiento de la rogación es la petición que se efectúa ante el registrador para que interrumpa el examen del documento cuya inscripción o anotación se rogó y no implica la renuncia del derecho que instrumenta el documento que ingresó al registro, dado que la inscripción es meramente declarativa.

Legalidad y calificación.

El registrador tiene no sólo el derecho sino la obligación de efectuar el control de legalidad del documento que ingresa, a través de la función calificadora.

No hay duda del derecho que compete al registrador, sin embargo lo que la doctrina y jurisprudencia analiza y discute son los limites de esta facultad calificadora.

Una objeción a la organización de los registros argentinos se basa en que conforme a las legislaciones locales, la mayoría de los registradores son designados por los funcionarios del gobierno de cada provincia, sin participar de concursos de antecedentes ni capacitación para el cargo y

en algunos casos como la Provincia de Buenos Aires, no se requiere título universitario de Derecho. Esto implica que quien finalmente califica por el Registro en caso de que ante la observación se abra la vía recursiva, puede ser alguien no capacitado para la tarea.

El artículo 8 de la Ley 17801 expresa que el registrador debe efectuar el control de legalidad de las formas extrínsecas y omite referirse a otros aspectos que si figuran en la normativa española. Sin perjuicio de ello la mayoría de la doctrina se enrola en una posición intermedia y considera que el registrador debe calificar cuando se trata de nulidades absolutas y manifiestas, y verificar que se cumpla con los principios de tracto, especialidad en cuanto al inmueble, prioridad y rogación. En todos los casos debe calificar ateniéndose a lo que resulta del instrumento que accede al registro y de los asientos respectivos.- El proyecto de códigos unificados del año 1998 agregó que el registrador puede calificar otros aspectos que surjan del instrumento si el escribano o funcionario público no se hubiera expedido sobre ellos de manera expresa y fundada.-

Especialidad o determinacion.

Este principio implica que todos los elementos de la publicidad inmobiliaria: el inmueble, el derecho y su titular deben estar claramente especificados.

El articulo 12 de la ley precisa los datos que se reflejaran en la matricula para cumplir con este principio.

Si el inmueble se modificara por planos de división, de unificación o anexión, se confeccionarán nuevas matriculas que quedarán relacionadas con la anterior a fin de evitar el doble dominio.

Tracto.

En el ámbito registral el tracto es el encadenamiento sucesivo de titularidades registrales.

El artículo 15 de la Ley establece que "no se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. De los asientos existentes en cada folio deberá resultar el perfecto encadenamiento del titular del dominio y de los demás derechos registrados, así como la correlación entre las inscripciones y sus modificaciones, cancelaciones o extinciones.

Tracto abreviado:

El artículo 16 de la Ley consagra el tracto abreviado o comprimido, que es una modalidad del tracto sucesivo por la que se permite registrar un derecho, sin que previamente el disponente inscriba el suyo, con-

centrando el registro en un único asiento, dos o más actos a partir del que figura inscripto.

No afecta la secuencia ni el tracto, no es una excepción al requisito de sucesividad.

Los supuestos previstos en el citado artículo cuya enumeración no es taxativa sino meramente ejemplificativa son: a) Documentos otorgados por los jueces, o los herederos declarados cumpliendo obligaciones asumidas por el causante o que se encuentran registrados a nombre de éstos, b) Actos relacionados con particiones de bienes hereditarios y c) Instrumentaciones simultáneas referidas a un mismo inmueble aunque intervengan en la autorización distintos funcionarios. En todos los casos, el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el registro.

Prioridad.

El artículo 17 de la Ley registral consagra el principio de prioridad que está regulado además en los artículos 5, 19, 40, 22 y 23.

El sistema registral argentino consagra lo que la doctrina entiende como una de las formulaciones más perfectas de este principio, articulando sobre la base de reservas de prioridad progresivas que van conformando las posiciones registrales.

Comienza con la "reserva de prioridad" que se obtiene con la certificación solicitada por el funcionario público para autorizar un acto de adquisición, transmisión o constitución de un derecho real (art. 25), pasando luego por el plazo para presentar el documento al registro, contado a partir del otorgamiento del mismo (art. 5) y terminando con el plazo de inscripción provisional en caso de observaciones y sus prorrogas (art. 9).

Este encadenado perfecto concluye con lo normado en el art. 17 que establece que inscripto o anotado un documento, no podrá registrarse otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, salvo que el presentado en segundo término se hubiere instrumentado durante el plazo de vigencia del certificado a que se refieren los arts. 22 y concs. y se lo presente dentro del plazo establecido en el art. 5.

Por supuesto que rige también para los restantes documentos que ingresan al registro sin "reserva de prioridad" la denominada prioridad directa que implica primero en el tiempo primero en el derecho (art. 19): la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al

mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento.

Si bien en el derecho argentino el rango es móvil, las partes pueden concretar pactos sobre el rango (reserva- posposición- coparticipación) conforme a lo dispuesto en el código civil art. 3135 y el art 19 de la Ley Registral. Las partes podrán mediante declaración de su voluntad sustraerse a los efectos del principio de prioridad descripto, estableciendo otro orden de prelación para sus derechos.

Documentos inscribibles.

La Ley 17.801 en su artículo 2 establece cuales son los documentos inscribibles, es decir los que tienen vocación registral: a) los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles, b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares, y *c) Los establecidos por otros leyes nacionales o provinciales*.

Los dos primeros incisos de la norma citada no merecen objeción ni generan interpretaciones controvertidas y pueden resumirse como: derechos reales y medidas cautelares.

El conflicto y las dudas las genera el inciso c) ya que las leyes nacionales o provinciales pueden establecer la inscripción de otro tipo de documentos, que no se relacionan con el derecho real ni las medidas cautelares y que sino se reglamentan los efectos, ponen en serio riesgo la seguridad juridica preventiva que se pretende sostener con la publicidad registral. Uno de los documentos que más conflictos genera es la inscripción de los boletos de compra venta legislados por normas provinciales. En la Provincia de Mendoza, se estableció por disposición técnico registral que no se registrarían boletos salvo los que surjan de leyes nacionales.

El principal argumento radica en que la anotación de los boletos en los registros inmobiliarios no produce efectos de oponibilidad a terceros. Toda disposición en contrario viola claras normas constitucionales. (Conclusiones de la XIV Reunión Nacional de Directores de Registro de la Propiedad Inmueble).

La doctrina sostuvo que las registraciones que establezcan las leyes provinciales, contemplando supuestos no previstos en las leyes nacionales, podrán admitirse para cualquier finalidad de interés público o privado siempre que no se vinculen con el régimen de los derechos reales ni

asignen efectos de oponibilidad a terceros en directa o indirecta relación con aquellos derechos.

En la registración inmobiliaria argentina no se reflejan cláusulas ni datos que no sean los indicados precedentemente al referirnos a la matriculación, se toman breves notas simplemente porque la restante información los terceros podrán obtenerla de los documentos públicos que se consignan en el cierre registral de los asientos.

La publicidad cartular complementa la publicidad registral y posesoria.

Requisitos del documentos con vocacion registral.

El artículo 3 de la Ley registral exige que para que un documento pueda ser inscripto o anotado, deberá tener los siguientes requisitos:

A) Estar constituido por escritura notarial o resolución judicial o administrativa según legalmente corresponda; B) tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales por quien esté facultado para hacerlo; C) Revestir el carácter de auténtico y hacer fe por si mismo, sirviendo de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

La excepción consagrada en el mismo artículo se limita a los casos en que una ley autorice la inscripción de determinados instrumentos privados siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

Anotaciones e inscripciones.

Inscripción conforme a la definición dada en la Sexta Reunión de Directores de la Propiedad, es toda toma de razón o asiento principal de carácter definitivo, provisional o condicional, que se practica en la matricula como consecuencia de la presentación de un documento público, dispositivo, transmisivo o constitutivo, declarativo, aclarativo o extintivo, de un derecho real con la finalidad y efectos que resulten de la Ley.

Anotación es todo asiento que no se refiere a mutaciones reales, por ejemplo las medidas cautelares se anotan, no se registran.

Las anotaciones y las inscripciones pueden ser definitivas o provisionales. Estas últimas se generan cuando el documento presentado para la inscripción es observado por tener defectos subsanables. La registraciones provisional tiene un plazo de duración de 180 días prorrogables

y que en caso de llegar el interesado a la vía recursiva la prioridad y la inscripción o anotación provisional se mantiene mientras dura el recurso.

La inscripción definitiva tiene efectos retroactivos a la fecha de la inscripción provisional o la fecha de la reserva de prioridad, conforme al documento de que se trate.

Las anotaciones o inscripciones pueden ser condicionadas, cuando al solicitarse la misma, existieren otras de carácter provisional o certificaciones con reserva de prioridad vigentes.

"XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

TEMA: EL DOCUMENTO INFORMÁTICO NOTARIAL Y LA SEGURIDAD JURÍDICA".

Not. Agustín Sáenz

No hay duda de que el aporte que la informática nos ha brindado en las últimas décadas, ha facilitado muchos a estos circuitos, principalmente en lo que a velocidad de las transacciones se refiere, y a la creación de bases de datos electrónicas, que nos permiten mejorar aspectos tales como auditoria, estadística y principalmente servicio al usuario final de las mismas, o sea al ciudadano.

Es muy importante discernir entre la seguridad en términos informáticos de la seguridad en términos jurídicos, son dos cosas absolutamente diferentes, donde la primera puede colaborar en parte para el logro de la segunda. En este sentido, si bien las tecnologías de la información, aportan como se dijo velocidad y automatización a las gestiones que habitualmente realizan las personas, entendemos que hay determinados ámbitos, en donde es necesario ser muy cuidadosos en dicha aplicación, puesto que a veces la automatización sumada a la seguridad informática, puede hacernos caer en el error de que con ello se logra la seguridad jurídica. No tenemos dudas, de que hay determinados controles que por lo menos hasta ahora no pueden ser suplidos por ningún sistema informático, y claramente éste es el caso de la función que ejercen los notarios en lo que respecta a la intervención de los mismos para con la seguridad jurídica que merece cada ciudadano y a su vez el propio Estado. No debemos desprendernos del concepto que muy claramente reza que la informática no es mas que una herramienta al servicio de las personas, en este caso de la función notarial. Con esto, queremos decir que debemos aprovechar las bondades que la tecnología nos ofrece, pero dentro del limite de tener claro que son para mejorar los servicios que cada uno brinda actualmente, haciéndolos mas ágiles y tecnológicamente seguros, y que el elemento de seguridad jurídica que la tecnología no puede suplir, justamente está dado por la intervención del notario ejerciendo el rol que le compete. Llevando la cuestión a un ejemplo vulgar,

podemos afirmar que la seguridad tecnológica se basa en elementos matemáticos, u objetivos: la validación de una firma digital, es casi como decir que dos más dos es cuatro, y si da tres, es inválido; aquellos dispositivos que se basan en las huellas dactilares, también generan un algoritmo matemático que genera el mismo control; aun aquellos que son mas avanzados y que toman en cuenta las pulsaciones cardiacas al momento de la firma o la presión arterial, tampoco implica que tengan la certeza de que el consentimiento esté viciado al momento de la firma.

Y es justamente aquí donde se debe plantear la cuestión de fondo, el rol que cada notario cumple en el ejercicio de su función, no es meramente objetivo, sino subjetivo, aportando su conocimiento y razonamiento humano al caso que se le plantea.

En este sentido, la Unión Internacional del Notariado, ha realizado varias manifestaciones, por ejemplo a través de la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica expuso: *"El notario es un oficial público que tiene una delegación de la autoridad del estado para dar a los documentos que redacta y de los cuales él es el autor, el carácter de autenticidad que confiere a dichos documentos, cuya conservación asegura la fuerza probatoria y la fuerza ejecutiva. A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas. Su intervención, tanto por el consejo, que da de forma imparcial, pero activa, a las partes, como por la redacción del documento auténtico que es su resultado, confiere al usuario del derecho la seguridad jurídica que éste busca y que está tanto mejor asegurada por cuanto el notario es un jurista de alta cualificación universitaria que accede a su profesión después de diversas pruebas, exámenes y prácticas y que ejerce conforme a las reglas disciplinarias estrictas, bajo el control permanente de la autoridad pública y gracias a una implantación geográfica que permite recurrir a sus servicios en todo el territorio de cada nación. En fin, la intervención del notario, que preserva de posibles litigios es un mecanismo indispensable para la administración de una buena justicia"*[1] y manifestó además la necesidad de "*definir y difundir las funciones notariales en el marco de las transacciones jurídicas por vía electrónica; elaborar recomendaciones en procura de prácticas notariales uniformes en las transacciones jurídicas por vía electrónica a*

[1] *El Notario y su función,* Conferencia de notariados de la Unión Europea, Madrid, 23 de marzo de 1990.

nivel mundial; elaborar propuestas para una formación notarial básica en materia de transacciones jurídicas por vía electrónica; proveer de información a todos los notariados que lo soliciten; desarrollar el concepto de una infraestructura notarial de seguridad a nivel mundial"[2]. Y además que *"Desde el punto de vista notarial se deben distinguir tres niveles de confianza: la identificación, la verificación de datos relativos a los interesados y la declaración de voluntad. Teniendo en cuenta su calificación de jurista el notario puede jugar un rol importante en los dos últimos niveles precitados. En efecto, se piensa en los casos en los que el notario interviene exclusivamente en virtud de la función pública que el estado le ha delegado o en los casos en que las atribuciones han sido conferidas exclusivamente a los poderes públicos. En consecuencia, para transacciones electrónicas en el ámbito de la administración pública, o con la administración pública, especialmente autoridades de registro, fiscales o municipales, se desarrollarán modelos que no tendrán base comercial. El notario, que ejerce su función pública en el marco de una profesión liberal, se vincula con los dos ámbitos precitados y deberá responder con el nivel jurídico esperado tanto en las transacciones jurídicas en soporte papel como en las que se realicen por vía electrónica. La actividad del notario en calidad de redactor de actos y consejero y asistente de las partes aumenta la seguridad jurídica en la circulación de los documentos. Sin embargo, mientras las autoridades certificantes se ocupan, en principio, y según lo expresado por la teoría matemática y organizacional, solo de las funciones técnicas de preparado y verificación de documentos electrónicos producidos individualmente (emisión de certificados, producción de claves, desarrollo y administración de los registros necesarios, etc.), el notario ha sido siempre responsable tanto de la preparación técnica de los documentos como de los servicios jurídicos ofrecidos. Así como el notario necesita hacer uso de los productos disponibles en el mercado que se relacionan con su equipamiento técnico (material informático, sellos, productos para escribir), en el ámbito de las transacciones electrónicas la utilización de los componentes necesarios y/o cooperación de prestadores de servicios técnicos le permitirá ofrecer diversos servicios notariales que implicarán meramente el transporte de sus funciones tradicionales al mundo electrónico, sin que se vea afectada su imagen. En este marco, el notario, en su carácter de prestatario*

[2] *El Notario y las Transacciones Jurídicas Electrónicas,* Unión Internacional del Notariado Latino, Comisión de Informática y Seguridad Jurídica.

de servicios jurídicos, ofrece además de una alta cualificación jurídica un valor agregado jurídico, al tiempo que utiliza las facilidades técnicas disponibles que tendrá que manejar básicamente"[3].

Dentro de todo este esquema es importante la revisión y la aclaración sobre los roles de las llamadas "Autoridades Certificadoras", protagonistas necesarias para el funcionamiento de la infraestructura de clave pública (PKI), sin la cual se hace imposible el funcionamiento de sistemas informáticos basados en tecnología de firma digital. En este sentido es importante dejar perfectamente aclarado el rol de las autoridades certificantes y de las autoridades de registro, como agentes que administran claves públicas, y certifican únicamente la pertenencia de determinada clave pública con determinada persona física; sin realizar ningún tipo de certificación similar a la notarial. Asimismo, el uso que cada persona puede dar a su dispositivo de firma, no implica que dicho uso, por estar dentro de una estructura de PKI legalmente reconocida, no tenga vicio de la voluntad alguno. Es justamente por esto que recalcamos, como se dijo anteriormente, que el elemento de seguridad faltante, lo aporta la función del notario.

Cuando hablamos de tecnología, y su vertiginoso avance, no solo hacemos referencia a lo que sucede en el presente sino que debemos tener en cuenta su impacto a futuro; y claro esta que el futuro se construye sobre los parámetros y las bases que determinamos en el presente.

Estos planteos, nos deben llevar al análisis de cual es el mejor camino para lograr una fusión seria entre los elementos que ofrece la tecnología y los roles y funciones que cada uno tiene en el espacio jurídico. Desde la óptica notarial, como se dijo anteriormente, no hay dudas de que la adaptación del notariado a la aplicación de las nuevas tecnologías es absolutamente viable; la otra cuestión que esta absolutamente clara es que la misma debe ser ejercida dentro del los principios fundamentales del notariado de tipo latino; así la Comisión de Informática y Seguridad Jurídica de la Unión Internacional del Notariado expresó: *"Consideramos además como perfectamente posible, lo que denominamos FUNCIÓN NOTARIAL ELECTRÓNICA. En este sentido, es necesario que el notariado se adecue a las tecnologías, pero su aplicación siempre debe ser realizada dentro de los principios del notariado de tipo latino. El ejemplo mas clásico es que la mayoría, interpreta o imagina inicialmente, cuando*

[3] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica UINL.

se habla de este tema la contratación a distancia, y algunos llegan a imaginar las "certificaciones de firmas electrónicas" como un acto sin presencia del firmante. Lo que la Comisión recomienda es todo lo contrario. ¿Se puede certificar notarialmente una firma digital? Obviamente que si, dentro de los principios del notariado latino, o sea, siguiendo el ejemplo, con la presencia ante el notario del firmante y realizando el acto de firma frente a este, quien previamente verifico la identidad de la persona y la validez del certificado de firma del mismo. Aclaremos que el ejemplo que se ofrece, refiere a los aspectos principales, y no en detalle el escenario de la infraestructura necesaria en la notaria, porque excede este informe[4]", y que *"Por otra parte, es unánime en la comisión, que lo fundamental es la "función" del notario, mas allá del elemento en el que se plasme la misma, hoy "papel de protocolo" mañana quizás un archivo electrónico. No nos hace notarios el otorgar nuestros actos sobre un papel que, si bien tiene diferentes características en los distintos países, es un "papel con medidas de seguridad", sino que somos nosotros los que al ejercer nuestra propia función, dotamos a ese instrumento de las características propias del instrumento público notarial[5]".* En el mismo sentido, expresó: *"los notariados deben comprometerse para que se implementen las nuevas tecnologías en la función notarial. En este sentido, se deja expresamente aclarado que la misma deberá realizarse en consonancia con los principios fundamentales del notariado de tipo latino. La inmediación del notario y las partes es fundamental e irremplazable para proporcionar aquellos elementos que la seguridad informática no ofrece. Estamos convencidos que la función notarial aporta el elemento de seguridad jurídica del que carece la herramienta tecnológica. Hoy, si bien la tecnología se presenta como un mecanismo "seguro", es claro que los elementos vinculados a la inexistencia de vicios de la voluntad, y la capacidad al momento del otorgamiento del acto, no son resueltos tecnológicamente. Por esto la función del notario, que perfectamente puede adecuarse a la utilización de las nuevas tecnologías, dotaría de seguridad jurídica a los documentos electrónicos. Es importante que los notariados tengan claro que deben tomar la iniciativa en cuestiones de implementación de circuitos electrónicos. En este sentido es fundamental*

[4] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica, UINL, Guanajuato, México, septiembre 2010.

[5] Comisión de Informática y Seguridad Jurídica, UINL, Guanajuato, México, septiembre 2010.

que realicen capacitación de su notariado base y generen estrategias para vincular al notariado con la estructura estatal, y promover las reformas legislativas que fueren pertinentes a tal fin"[6].

Todos estos conceptos, dejan en claro el rol del notariado y su función como guardián de la seguridad jurídica y creador de los documentos que pasan bajo su ministerio; el acto contenido en el documento público notarial, posee no solo los elementos jurídicos necesarios para el mismo, sino la seguridad que brinda el asesoramiento previo, la verificación de la capacidad de sus otorgantes y la ausencia de vicios de la voluntad en los mismos al momento de su otorgamiento.

Cabe aclarar que en el caso puntual de la República Argentina, la Ley de Firma Digital 25.506, en su articulo 4º deja fuera del ámbito de aplicación de la misma a las escrituras públicas.

Al tema V puntos 5 y 6: Avances tecnológicos en los sistemas registrales (medios electrónicos y Acceso del notario por via electrónica a información inmobiliaria, como registros públicos, catastro, valores, normas de medio ambiente, limitaciones a la propiedad

Cabe aclarar aquí dos cuestiones previas: por una parte, la Argentina cuenta con la Ley de Firma Digital (25.506) que regula el documento electrónico y la firma digital. Si bien la misma excluye de su ámbito de aplicación a las escrituras públicas, esto no quiere decir que no se aplique a los trámites pre y post escriturarios, vinculados al ejercicio de la función notarial.[7] En la actualidad, si bien existen varios trámites vinculados a nuestra actividad que se formalizan por vía electrónica, ninguno de ellos aplica la firma digital.

Por otra parte, siendo la Argentina un país federal, posee 24 jurisdicciones que reservan para si los poderes no delegados a la Nación. Esto implica que si bien existen las normas de fondo como el Código Civil o la Ley Registral 17.801, su aplicación compete a cada jurisdicción.

---

6 Comisión de Informática y Seguridad Jurídica, UINL, La Habana, Cuba, marzo 2011.

7 Más información en http://www.unav.edu.ar/campus/biblioteca/legislacion/notarial/ley25506.pdf y http://www.jgm.gov.ar/paginas.dhtml?pagina=261

El escenario que se plantea en la Argentina vinculado a los avances tecnológicos en los sistemas registrales es muy diverso según la jurisdicción o provincia de que se trate. En algunos casos los Registros de la Propiedad carecen casi de cualquier infraestructura tecnológica, y en otros, poseen algunos sectores o circuitos informatizados que inclusive prestan servicios al público o a los notarios vía web. En el caso de la Provincia de Jujuy, hay un importante avance que permite a los notarios acceder por vía electrónica a la información dominial o al informe de inhibiciones de determinada persona. Lamentablemente, dicha información carece de valor legal a los efectos del otorgamiento de una escritura.

En el caso de la Provincia de Buenos Aires, también hay varios sistemas internos informatizados, tales como el libro diario, la base de datos de inhibiciones, y muy incipientemente la anotación de determinados actos según el área del registro de que se trate. Es importante destacar que por su envergadura el Registro posee 14 Areas, y 17 Delegaciones distribuidas en el territorio provincial. Entre éste y sus delegaciones poseen conexiones informáticas que les permiten la recepción y despacho de certificados e informes, y en algunos casos la inscripción de medidas precautorias. En ningún caso en las mismas, se realiza el ingreso de documentos notariales para su inscripción. Brinda servicios por internet, tales como los informes de anotaciones personales, el seguimiento de los tramites ingresados, y el informe de frecuencia de solicitud de certificados, posee una base de datos de todas sus disposiciones técnico registrales que se puede consultar en línea. No da información sobre el estado de dominio de un inmueble. No posee aun desarrollada la base de datos para inmuebles.

Existe en la actualidad una iniciativa del gobierno nacional denominada Sistema Nacional de Registros de la Propiedad (SINAREPI) que se concreto con un Convenio inicial entre el Ministerio de Justicia de la Nación y el Registro de la Provincia de Buenos Aires en el mes de agosto de 2010, que tiene como objetivo lograr la interconexión entre todos los Registros de la Propiedad del país. Si bien a la fecha han suscripto convenio casi la totalidad de los Registros del país, aun no se encuentra en funcionamiento dada la disparidad de capacidad tecnológica entre los distintos firmantes. La idea del SINAREPI es que en algún momento se pudiese ingresar y obtener el despacho en cualquier jurisdicción un certificado de otra. El Registro de la Ciudad de Buenos Aires, también posee servicios para los notarios por vía electrónica, similares a los descriptos respecto de la Provincia de Buenos Aires. Es importante destacar que

en ningún caso los informes obtenidos son válidos para el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio.

Otros organismos vinculados a la actividad notarial en la Argentina son los fiscos ya sea Nacional (Administración Nacional de Ingresos Públicos-AFIP[8]) o provinciales; también las Direcciones de Catastro y los Municipios de cada localidad.

Podemos afirmar que el mas avanzado desde el punto de vista tecnológico es la mencionada AFIP, que si bien posee uso de la firma digital en términos legales, no la aplica aun a los trámites vinculados a la actividad notarial (como agentes de información y/o retención), pero la totalidad de sus tramites actualmente se encuentran despapelizados, siendo todas sus presentaciones por vía electrónica y en algunos casos también utilizan la modalidad del pago electrónico. Además se realizan en su página web diversas validaciones que debe realizar el notario para determinados actos notariales. Siguiendo en esta línea, el fisco de la Provincia de Buenos Aires (Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires-ARBA[9]) nuclea en la misma a la antigua Dirección de Rentas y Dirección de Catastro. Sus implementaciones a nivel tecnológico son muy importantes, dado que actualmente se gestiona de un modo totalmente despapelizado y por internet, el certificado catastral con el cual se puede otorgar el acto notarial que corresponda. Con el mismo, el Organismo informa además la existencia de deuda en concepto de Impuesto Inmobiliario y permite la liquidación y liberación de la misma, e informar los datos del nuevo titular del impuesto. Permite además la liquidación y emisión de boletas para el pago de otros impuestos vinculados a la actividad notarial, tales como el Impuesto de Sellos para los instrumentos privados y el impuesto a la transmisión gratuita de bienes.

Desde el punto de vista catastral, brinda información de suma importancia para el quehacer notarial vinculada a los datos catastrales de los inmuebles. Para la realización de estos trámites, cada notario posee una clave de acceso personal, y el Organismo se encuentra vinculado en línea con el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, para la administración, gestión y desarrollo de los sistemas, compartiendo por canales seguros sus bases de datos. En la misma Provincia, el Ministerio de Infraestructura, brinda a los notarios y a otros profesionales

8 www.afip.gov.ar

9 www.arba.gov.ar

(agrimensores) un servicio en línea, para la visualización y solicitud de copias de planos de mensura. A partir de un convenio suscripto con el Colegio el notario puede visualizar gratuitamente un plano de mensura y si lo desea realizar electrónicamente la solicitud de una copia en papel certificada por el Organismo. El servicio posee un sistema de búsqueda muy práctico que permite la ubicación sencilla del plano de que se trate a partir del número del plano o en caso de desconocerlo, de los datos catastrales del inmueble. Hay una gran cantidad de planos que ya se encuentran escaneados en su base de datos, y para el caso que el plano solicitado no se encuentre en la base, el Organismo realiza el escaneo sobre demanda[10].

En la Ciudad de Buenos Aires, a nivel Catastral y de deudas por el servicio de alumbrado barrido y limpieza (ABL) los mismos también se pueden gestionar por vía electrónica, y permiten la liquidación de las deudas existentes. Para el resto del país, hay provincias que tienen vinculaciones similares con alguno de los Organismos Provinciales vinculados a la función notarial, pero en muchos casos se encuentran en periodo de implementación.

[10] http://www.mosp.gba.gov.ar/web_geodesia/cons_movimientos.php?inicio=ok

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO

Tema 2: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación".

LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL MERCADO INMOBILIARIO
LA NECESIDAD DE INSTRUMENTOS DE REGULACIÓN
Not. Gastón A. Zavala.

I.1. La seguridad jurídica como valor fundamental

Las relaciones jurídico-patrimoniales presentan una basta problemática en la dinámica comercial y jurídica de cada país y de cada región, producto de la incidencia de múltiples factores, en especial cuando se refiere a la contratación de bienes raíces (la categorización de los derechos reales y personales, el acceso al crédito, la influencia de la forma en los negocios jurídicos, la necesidad de la inscripción registral de los títulos para conferirles publicidad, etc.).

La seguridad del derecho es un principio romano, basado en la idea de que toda modificación desfavorable del contenido de un derecho subjetivo no puede llevarse a cabo sin el consentimiento de su titular (*nemo dat cuam non habet*). Este principio se correlaciona con la actividad judicial que dirime mediante su intervención todo derecho controvertido y protege los derechos particulares de los miembros de la sociedad.

La sociedad argentina de manera constante y cada vez con mayor autoridad, formula reclamos amparada en los principios de libertad y seguridad, de ahí que el Derecho sea más que nunca un sistema de seguridad que garantiza la libertad del hombre. Como lo sostiene José María Chico y Ortiz[1] seguridad y libertad son los dos ejes vitales del Derecho; ambos conceptos compatibles entre sí, ya que quien demanda libertad, pide seguridad que la garantice.

---

[1] Chico y Ortiz, José María: "El principio de seguridad jurídica". Disertación pronunciada el 25 de noviembre de 1981 en el panel sobre "Integridad de la fe pública registral y los terceros adquirentes de buena fe", sesión del Ateneo Hispano - Rioplatense de Derecho Registral, realizado en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Rev. Notarial 860, año 1982, p. 75. La Plata (Bs. As.).

El derecho tiene por cometido que las relaciones humanas se desarrollen en paz y en buena armonía, con justicia y para el bien común. Vallet destaca que el *fin* del derecho es la justicia, su *objeto*, la conducta social y la *pauta* que ayuda para lograrlo la constituyen las normas jurídicas[2]. Esa conducta social, reglada por el derecho, puede desarrollarse en la normalidad -sin contienda- o con contienda, en situación de controversia o, incluso, claramente de transgresión jurídica.

Dada la amplitud del ordenamiento, la complejidad de sus normas, la interacción y la importancia de los intereses en juego, la necesidad de mantener la paz social y de conferir seguridad jurídica a los actos, el Derecho organiza instituciones para que, considerando esas circunstancias y atendiendo esos fines, intervengan en la formalización de tales actos y efectúen el control de su legalidad.

Rodríguez Adrados clasifica la seguridad jurídica en tres órdenes: a) la seguridad jurídica como certeza del derecho objetivo (principios de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas y de irretroactividad de las disposiciones indicadas); b) la seguridad jurídica en la aplicación de las normas (y consiguiente interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos); y c) la seguridad jurídica, en el sentido de responsabilidad subsidiaria (seguridad económica, indemnizatoria del fracaso de la seguridad jurídica). Y encaja la función notarial latina en el segundo de estos grupos, donde ella tiende a conseguir la certeza de su aplicación a las relaciones y situaciones jurídicas y a los derechos subjetivos, en su estática y en la dinámica del tráfico, en una actuación preventiva o sin contienda[3].

Se pueden enumerar una serie de órganos e instituciones con funciones de brindar seguridad jurídica como pueden ser los órganos del poder judicial (jueces, fiscales, secretarios, etc.), el notariado, los registros públicos (de las personas, de la propiedad inmuebles, automotor, de buques

---

[2] Vallet de Goytisolo, Juan B.: "La función notarial de tipo latino", Conferencia pronunciada en el Palacio de Justicia de Brasilia el 8 de abril de 1978 durante el V Encuentro Notarial Brasileño. Publicado en Revista de Derecho Notarial, abril-junio 1978 y en la obra "Deontología Notarial", p. 451, publicada por el Consejo General del Notariado Español, bajo la dirección de Juan Francisco Delgado de Miguel. Madrid.

[3] Rodríguez Adrados, Antonio: "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del Simposio "Notarial 83", en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona 15 de octubre de 1983. Publ. "Escritos Jurídicos", T. II, p. 165. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

y aeronaves, entre otros), y aquellos funcionarios de la administración del Estado que previenen o repelen diversas circunstancias que pueden afectar a personas o derechos.

En el ámbito jurídico, la salud social, no sólo se mantiene con medidas contenciosas o represivas, o tratando de solucionar los conflictos planteados, para lo cual existen los tribunales de justicia. Sino que se debe procurar que éstos no se produzcan y que las relaciones sociales se desenvuelvan normalmente dentro de un orden jurídico justo. Para ello es preciso promover y favorecer ese ordenado desenvolvimiento mediante una adecuada profilaxis jurídica.

Entre la vida negocial y la seguridad jurídica existe una fluida interacción. Sin vida negocial sana no existe seguridad jurídica y sin seguridad jurídica no puede desarrollarse saludablemente una vida negocial próspera. La vida negocial sana requiere ajustarse a derecho y la seguridad de que se cumplirá en forma correcta lo dispuesto o convenido[4].

I.2. Necesidad de la certeza y seguridad jurídicas

Los objetivos principales que han tratado y tratan de cubrirse en esta materia son el encuadre normativo de las disposiciones de voluntad y de los contratos; y la certeza de que lo dispuesto o convenido logre una permanencia que alcance fielmente más allá de la memoria humana.

A fin de cumplir con estos objetivos se ha tenido necesariamente que combinar la intervención de un tercero imparcial que vele por la consecución de estos objetivos y la utilización de la escritura para perpetuar la fiel representación de lo dispuesto o concertado. Lo que concluye ineludiblemente en el documento y su autor.

El *iter* negocial y documental hacia el grado máximo de certeza y donde la seguridad jurídica se encuentra protegida en su expresión superior es disímil y con efectos notablemente diferenciados, según cual sea el soporte en el que se formalice y la cualidad que caracterice al autor.

a) En la base del esquema piramidal negocial, se encuentran los documentos redactados por un particular -no profesional- sin testigos o con testigos no cualificados que no aseguren ni su redacción ni regularidad,

[4] Vallet de Goytisolo, Juan B.: ob. cit. "La función...", p. 452.

ni doten de autenticidad a las firmas de los sujetos del negocio instrumentado aunque testimonien su otorgamiento; los documentos privados.

b) En un grado más elevado, desde el punto de vista *testimonial*, ubicamos a los documentos del punto precedente, con la particularidad de que las firmas estén certificadas por un testigo en ejercicio de una función pública. Mientras que en cuanto a su grafía dinámica -en este segundo rango- podemos diferenciarlos según hallan sido redactados por un profesional reconocido para ejercer la configuración negocial pero sin ejercer la función pública autenticadora.[5]

c) Si a ese documento redactado por un profesional reconocido para la función redactora se le agrega la certificación de la firma de los sujetos del negocio por parte de otro profesional en ejercicio de la función pública autenticadora, ese documento será poseedor de una mayor certeza tanto en su grafía como en su autoría.

d) Mientras que el rango máximo que se pueda lograr para reflejar o representar la intención de los sujetos negociales, con la autenticidad del otorgamiento del negocio, se encuentran aquellos documentos configurados por un profesional en ejercicio de la función pública, pero que además autenticará también el otorgamiento del acto -la inserción de las firmas-.

Los supuestos contemplados en los incisos a), b) y c) se refieren a instrumentos privados, mientras que el caso que se presenta en el último inciso, alude a los instrumentos públicos, específicamente a la escritura pública, que es la obra de arte por excelencia que pueda producir un notario del originariamente denominado *tipo latino*.

I.3. La seguridad jurídica y el notariado latino

Como principio básico, la seguridad sólo puede nacer del Estado, como realizador del derecho para sus ciudadanos, pero es él quien delega en

[5] Aquí no hay un tercero imparcial -como es el notario de tipo latino- que asegure la legalidad sustantiva del negocio y su adecuación al derecho positivo. Quien certifica las firmas (aun cuando sea un notario) no asume esa responsabilidad, ni la de la autoría del instrumento.

determinados funcionarios u oficiales públicos, que al exteriorizar la fe, colocan el sello de la autenticidad y verdad oficiales.

La doctrina notarialista ha demostrado que actividad notarial es desprendimiento de lo que antes fue actividad jurisdiccional y argumenta que ese desprendimiento continúa y ha de continuar hasta que todo lo que hoy se estima como actividad de la denominada *Jurisdicción Voluntaria* se incorpore al quehacer notarial; tal como se evidencia en el estudio comparativo de las legislaciones de los países integrantes de la Unión Internacional del Notariado[6].

El escribano debe abstenerse de intervenir cuando las circunstancias denoten una situación contenciosa en la relación entre los interesados y su conciliación o reconciliación una utopía negocial. O bien, cuando pese a haberse iniciado la actuación notarial en un marco de uniformidad de voluntades, con posterioridad surgiere algún conflicto o cuestiones controvertidas que alteraren sustancialmente el marco fáctico originario, debiendo entonces desistir de la prosecución de su actuación para dar inicio a la intervención del órgano judicial.

La competencia del notario en los actos o procesos no contenciosos no sustituye ni desplaza al magistrado, sino que lo libera de quehaceres, que por no ser cuestiones jurisdiccionales deben pasar o otro órgano comprobador, calificador y legitimador como lo es el escribano de registro. Oportuno es el paralelismo expuesto por Jorge Alterini en la mesa redonda de apertura a la XXXIII Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, desarrollada el 14 y 15 de septiembre de 2006 -jurista que ejerció la judicatura en el fuero civil durante casi cuatro décadas-, quien concluyó su disertación con una contundente frase que sintetiza el sentido de sus argumentos y apreciaciones, *"si hay escribano, el juez está en vano"*[7].

Expone Highton, magistrada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que son propios de la fe pública notarial los actos que producen relaciones jurídicas entre los particulares en la órbita de la normalidad. La fijación de los derechos de los particulares, su fuerza probatoria y autenticidad, la seguridad que de ellos emerge, su invulnerabilidad, su ministerio de paz, de limpieza jurídica, constituyen sin duda el mejor

---

[6] Conf. Pondé, Eduardo Bautista: "Labor coordinativa sobre el notariado y la jurisdicción voluntaria". Ponencia al Tercer Punto del Temario del Congreso Internacional del Notariado. México, 1965.

[7] Recuérdese el adagio español atribuido a Joaquín Costa Martinez: "*a notaria abierta, juzgado cerrado*".

fundamento de la fe notarial. Mas el notario no sólo es depositario de la fe pública. También como receptor de disposiciones, al trasladarlas al papel que las encierra de atender al deber de poner a los intervinientes al corriente de las obligaciones que contraen, en un asesoramiento jurídico preventivo, como consultor y consejero jurídico debe prever contingencias y prevenir conflictos que se puedan presentar[8].

La mayor jerarquía de que goza y diferencia al documento notarial, no solo de los documentos privados sino también de otros documentos públicos, es el rigor y la formalización que se exige para su configuración[9]. En lo sustancial, el análisis e interpretación de la voluntad del otorgante, la deliberación del acto o negocio más conveniente, el empleo de expresiones adecuadas, técnica y gramaticalmente correctas y con un contenido y terminología asequible para el otorgante y comprensible para el común denominador de la sociedad; controlando e impidiendo que se documenten exteriorizaciones de voluntades ilícitas, apresuradas o defectuosas. En lo formal, por estar determinado el formato del instrumento, su soporte en papel sellado, su inclusión foliada en el protocolo, su matricidad, así como las demás formalidades y operaciones de ejercicio que acompañan al otorgamiento y su autorización, lectura, testigos -en su caso-, firma o modo de suplir la imposibilidad de estamparla -por no saber o no poder-.

El notario de tipo latino ejerce un rol protagónico e indelegable durante las audiencias preliminares a la celebración del negocio y a la configuración del documento, las que conllevan las bases del acto. Allí el notario indaga e interpreta la voluntad de las partes -muchas veces desconocida por los mismos requirentes-, calificándola dentro del marco legal adecuado, analiza la capacidad necesaria o suficiente para el otorgamiento del negocio pretendido[10], adecuándolo a las formas jurídicas apropiadas;

---

8 Highton, Elena I.: "El escribano como tercero neutral", p. 95. Revista del Notariado 850. Bs. As. 1997.

9 El documento privado es, en principio, la nada documental; un documento privado produce desde luego los efectos negociales correspondientes, pero documentalmente no producirá efectos probatorios, ni entre los que lo hubieran suscripto y sus causahabientes, hasta que no haya sido reconocido legalmente. Conf. Rodriguez Adrados, Antonio: "El documento notarial y la seguridad juridical", p. 111. "Escritos Jurídicos". Vol. III. Edit. Colegios Notariales de España.1996.

10 En múltiples ocasiones el negocio que en definitiva se celebra es distinto del que originariamente pensaban realizar los requirentes, por adecuarse a la esencia de sus intenciones o finalidades.

brinda un asesoramiento integral acerca de las conveniencias e inconveniencias que podrían devengarse frente a la contratación anhelada. Todo a partir de la verificación de que el consentimiento -*co sentir*- del otorgante, sea libremente exteriorizado en su presencia.

El notario desarrolla su actuación en la esfera de la normalidad del derecho, en forma simultánea o posterior al acuerdo de voluntades de los requirentes del servicio fideifaciente, ante la solicitud que pretende una instrumentación adecuada.

García Goyena, al referirse a la función notarial y considerarla verdadera justicia reguladora, llegó a manifestar que a pesar de ser el ordenador por excelencia de las relaciones privadas, por su trascendencia e importancia social, *"es casi más bien derecho público"*.

El notario es un profesional o licenciado del derecho, independiente e imparcial, con conocimientos teóricos y prácticos probados a cargo de una función pública y con una específica responsabilidad administrativa, civil y penal a partir de su labor. En la República Argentina cada notario se encuentra nucleado por un ente o corporación, denominado Colegio Notarial o de Escribanos, mayoritariamente institución creada por ley, quien inspecciona la tarea de sus miembros además de brindarles las herramientas adecuadas para su capacitación y actualización periódica; además del contralor que ejerce el Estado provincial (poder público), titular de los Registros Notariales en los que se desarrolla la función pública fedante.

Los colegios de notarios o escribanos y en algunos casos el poder judicial, cuidan la disciplina y el correcto, fiel y honesto ejercicio de la delicadísima función que llena un servicio público ejercido en forma privada. Ese adecuado funcionamiento requiere de ciertas condiciones que se deben promover y estimular:

- Lograr una adecuada selección de los notarios, considerando su moralidad y su capacitación técnico profesional.
- Una precisa determinación del número de notarios en cada localidad o demarcación para la eficaz prestación del servicio.
- Que el ejercicio esté adecuadamente delimitado por una legislación y reglamentación apropiada, que fije responsabilidades y estructure los órganos competentes para velar por la disciplina y calificación profesional.

La actuación del notario es sustantiva, crea una realidad, el documento y colabora a la creación de su contenido, el acto o el negocio; tiene pues, una tarea constructora, directiva de la vida jurídica; y si su labor

produce seguridad es como consecuencia de los rigurosos presupuestos de su actuación -seguridad documental- y de la obra bien hecha, que no otra cosa es que la seguridad sustancial[11]. La escritura pública, que es su género más destacado, arranca de un acta, de una narración por el notario de hechos que él mismo realiza o que tienen lugar en su presencia y percibe por sus sentidos: la autoría del documento y su fecha, la autoría y el texto de las declaraciones, el otorgamiento y la autorización del documento, etc. Y es ese esqueleto de "*autenticidad*" donde se insertan las declaraciones de ciencia o de voluntad, los actos y los contratos, arropados por una serie de calificaciones y de juicios del notario que producen una presunción *iuris tantum* de validez, de legalidad.

Rodríguez Adrados agrega que no puede olvidarse la contribución del notariado a los valores superiores del ordenamiento jurídico, y en especial, a la libertad y a la justicia. El notariado se desarrolla en un clima de libertad y la fomenta. La libre elección del notario es presupuesto del libre ejercicio de los derechos, especialmente de los derechos civiles, que el instrumento potencia e incluso prolonga en el espacio y en el tiempo. Y también colabora a la implantación de la justicia, porque con los medios no coactivos de que dispone, el notario procura que quede perfilado en el documento que autoriza un negocio equitativo, en la medida de lo posible; y no sólo por razones de seguridad -derivada- sino de justicia[12].

Los efectos del documento notarial, base de la seguridad jurídica que proporciona, no son una concesión graciosa del legislador, sino una mera consecuencia del constante cumplimiento de las exigencias de su actuación: inmediación del notario a los hechos que va a narrar en el documento, asesoramiento imparcial, control de legalidad, de legitimación, etc. La ley no hace otra cosa que reconocer una eficacia que la sociedad le ha concedido.

---

[11] Rodríguez Adrados, Antonio: "El documento notarial y la seguridad jurídica", conferencia pronunciada en la Academia Sevillana del Notariado el 29 de marzo de 1984. Publicada en "Escritos Jurídicos", T. III, p. 132. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

[12] Rodríguez Adrados, Antonio: "La función notarial y los principios y valores constitucionales". Palabras pronunciadas en la Sesión de Clausura del Simposio <Notarial 83>, en el Salón San Jorge del Palacio de la Generalidad, Barcelona, 15 de octubre de 1983. Publicado en "Escritos Jurídicos", T. II, p. 163. Edit. Consejo General del Notariado Español. Madrid, 1996.

I.4. La seguridad jurídica como elemento indispensable para el desarrollo del mercado inmobiliario y la competitividad de un país

El derecho patrimonial comprende la atribución a la persona de bienes económicos, es decir, la atribución jurídica de la propiedad y demás derechos sobre las cosas; las transacciones que para ello tienen que realizarse, lo que se vincula con la idea del tráfico jurídico (intercambio de bienes y de servicios).

De esta manera el derecho se fracciona; de un lado se agrupan las normas y principios que sistematizan todo lo relacionado con las obligaciones y los contratos (derecho de las obligaciones); y por separado se regulan los derechos reales o de las cosas: en primer lugar la propiedad, luego los derechos reales limitativos o sobre cosa ajena.

A esto se agrega la necesidad de que estos derechos reales sean conocidos por la generalidad, para lo cual se organiza un sistema de publicidad que da origen al derecho inmobiliario registral.

Pero si bien es cierto que esta división normativa responde a importantes concepciones doctrinales y tiene señalado valor didáctico, no es menos cierto que en la realidad jurídica los derechos reales se adquieren o se constituyen como consecuencia natural de procesos que tienen su origen en relaciones obligacionales por lo general de naturaleza contractual. Esa secuencia temporal sucesiva que va de la relación obligación a la configuración del derecho real se cumple, en la gran mayoría de los casos, sin que los sujetos negociales lleguen a advertir las diferencias conceptuales antes anotadas, lo que pone de manifiesto la indisoluble unidad que tienen las relaciones jurídicas patrimoniales.[13]

El mercado inmobiliario de la República Argentina, de manera similar a lo que acontece en el mercado de bienes raíces de cualquier país que cuente con una economía dinámica y liberal -acepción amplia del concepto-, es pasible de una serie de vicisitudes y factores que exceden al análisis y predicciones exhaustivas de una determinada disciplina o ciencia.

Observamos por ejemplo como usualmente el acceso al dominio de un bien inmueble se encuentra limitado a un sector de la población poseedor de un determinado poder adquisitivo; y que una franja importante y mayoritaria de la sociedad, para acceder no solo al dominio de una finca

[13] Falbo, Miguel Norberto: La seguridad jurídica en la constitución de los derechos reales. Revista del Notariado 777, p. 767.

sino básicamente a la compra de su vivienda, debe necesariamente acudir al crédito, a la financiación, y eso consecuentemente agrega factores de riesgo al mercado inmobiliario desde sus distintas aristas.[14]

La circulación de los bienes, el derecho de propiedad en su expresión de la adquisición dominial y demás derechos reales, la protección de la seguridad del tráfico inmobiliario y de la persona en su integridad patrimonial, cuenta en nuestro país con la intervención notarial, en cada una de las etapas que se producen en una operatoria de bienes raíces. (Conf. art. 1184 inc. 1 del Cód. Civil, art. 27 inc. 3 ley G 4193 de la Provincia de Río Negro).

El legislador ha acentuado la prevalencia de la tutela de los derechos subjetivos, del patrimonio de cada individuo integrante de la sociedad en su conjunto, como la seguridad del tráfico, al imponer la intervención necesaria de uno de sus delegados, de un profesional del derecho -de carácter privado- pero a cargo de una función pública, como lo es el notario, asignándole diversas atribuciones que se plasman y concretan en distintos estadios que van desde la interpretación de la voluntad del interesado, hasta su configuración y adecuación a una figura contractual, la certeza del acto representada por la concreta instrumentación del negocio en la forma legal determinada, para concluir con el reflejo registral, en todas su variantes, desde su publicidad noticia o meramente informativa hasta la eficacia ofensiva de los asientos y los medios publicitarios previstos.

La máxima expresión de la intervención notarial, está dada por su reflejo documental, esto es la escritura pública[15], por la seguridad que da al documento el oficial publico autorizante, su conformación, por la

---

[14] Recuérdese que al derecho registral, originariamente se lo denominó derecho hipoteario -y así continua llamándoselo en distintos países- porque tenía por objeto el registro de las hipotecas, cuyo clandestinismo afectaba el crédito proveniente de terceros. Conf. Fontbona, Francisco, I.J. - García Coni, Raúl R.: "La seguridad del Mercado de hipotecas frente a los sistemas registrales de América Latina. ¿Dinero contra inscripción o dinero contra negocio?". Revista del Notariado 718, 01/01/1971, 1425.

[15] El documento privado, por regla general es extraño al control profesional. El manto protector -o salvador- que pretendió asignársele a través del seguro de títulos, no representó el remedio anhelado, el cual no intentó en ningún momento proteger el acto o asignar seguridad al negocio, sino meramente su anhelo se reducía a un resarcimiento económico. Cómo decía Alterini, "si alguien se muere, lo indemnizamos. No tratamos de que no se muera; preparamos todo para darle un entierro de lujo…, con los pésames más formales". El seguro de títulos, sólo intentó reemplazar la seguridad jurídica por una seguridad de tipo económico.

cultura jurídica de su autor, su investidura y responsabilidad, la autenticación y autenticidad de lo que ha sucedido en el acto y ante él o que ha cumplido personalmente, la fe de conocer a las partes, su juicio de capacidad, etc., lo convierten en un partícipe no solo necesario, sino principalmente conveniente.

Tal es la importancia de esta función fedante, que la redacción originaria dada al actual art. 1184 del Código Civil, estableció que *"Deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1º Los contratos que tuviesen por objeto la trasmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro… 7º Los poderes… para administrar bienes y cualesquiera otros que tengan por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública; 8º Las transacciones sobre bienes inmuebles…"*. Este precepto fue atemperado por el legislador de 1968, al eliminar la dura sanción de la invalidez sacramental del acto, ante la omisión de la formal instrumental.[16]

Así el notario, recoge las declaraciones negociales de los otorgantes, traduciéndolas conformadas a derecho y dándoles autenticidad. Es el momento de conexión del asesoramiento previo con la redacción del documento. Califica la legalidad del negocio documentado, dándole presunción de legitimidad y validez. Verifica la identidad de los sujetos. La realidad física de la presencia de personas, cosas y valores que se le exhiben.

El notario de tipo latino, examina los títulos que invoca el sujeto que realiza el negocio dispositivo. Verifica su capacidad jurídica y natural, así como si se encuentra legitimado para intervenir en el acto y ejercer el poder de disposición. Diligenciará las certificaciones registrales respectivas y concluirá en la lectura del texto escrito en el protocolo, grafía que será consentida por los requirentes del servicio notarial con el otorgamiento -firma- del documento en su presencia, audiencia pública que concluirá formalmente con la autorización del acto.

---

[16] En nuestro derecho positivo, la escritura tiene que escribirse en los libros de protocolo como requisito de validez (arts. 979 inc. 1°, 998 y 1005). El protocolo no se forma con las escrituras matrices que a él se incorporan, sino que hay protocolo (hojas de papel especial de actuación notarial, numeradas y foliadas) antes de que haya escrituras. Esta sola circunstancia ofrece una seguridad jurídica inicial que no puede tener ningún instrumento privado en orden a su adulteración, destrucción, pérdida y posibilidades de reproducción.

Corresponde complementar esta actuación protocolar y dispositiva, con el tenor dado por la ley 17.711 al art. 2505 del Código Civil y a los art. 2 y 3 de la ley 17.801 -ambas del año 1968-, en los que se recepta la inscripción en el registro inmobiliario de los respectivos títulos con efectos declarativos, aclarándose que las adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas[17].

Especifica el art. 2º de la ley 17.801 que se inscribirán o anotarán, los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles; que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares; los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales; siempre que estén constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda. Igualmente prevé que para casos de excepción establecidos por ley, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente.

A partir de este tamiz documental, las leyes orgánicas sancionadas por cada provincia y por la ciudad de Buenos Aires, complementan este resultado documental, asignándole al notario una serie de conductas o actividades a las que debe sujetarse para desarrollar una función diligente.

Esta prieta síntesis evidencia un elemento fundamental para el usuario del servicio habitualmente desconocer del derecho, quien encuentra nucleado en un profesional imparcial, un asesoramiento y una actividad que abarca y canaliza todo su accionar, desde su voluntad primigenia (intención de compra o inversión) hasta el resultado final positivo, que es el otorgamiento de un documento que contenga su derecho de propiedad, la escritura pública adquisitiva o portadora de un derecho real[18].

---

[17] En nuestro país, mientras no hubo necesidad de inscribir los títulos de dominio en el Registro de la Propiedad, porque no lo requería la legislación vigente, ni el Código Civil en su texto original, la adquisición de la propiedad inmueble y los derechos reales limitativos que podían constituirse (excepto la hipoteca) eran oponibles a terceros, desde que se exteriorizaban mediante el ejercicio de la posesión (recibida por el acto jurídico de la tradición) y la exhibición del título adquisitivo (generalmente escritura pública), como consecuencia de la fe pública (o plena fe) del instrumento auténtico (y sus notas de exactitud e integridad) que, precisamente, lo hacen oponible a tercero (doctrina de los arts. 993 a 996 y 1194 Cód. Civil). Conf. Falbo, Miguel Norberto, ob. cit.

[18] Corresponde también tener presente que en el acto transmisivo de la legislación argentina, existen dos etapas complementarias entre las cuales media un intervalo azaroso para el derecho real que se pretende constituir, ni el título notarial ni la

Aquellos países que asignan al notariado un rol protagónico en la intermediación inmobiliaria tienen garantizada una serie de beneficios no sólo para su población sino también para el erario público, ya que facilita el acceso a la información y al asesoramiento, evita el la producción de perjuicios no solo entre las partes sino hacia terceros, contribuye a la recaudación de impuestos para distintos estamentos del estado (local, provincial y nacional), contribuye a la circulación de los bienes, aporta datos relevantes para las estadísticas del mercado y economía de una región y del país, a la publicidad y la circulación de los bienes; todo bajo el manto de su reserva profesional, la celeridad en su actuación y la seguridad del negocio.

Altenini recuerda otra lúcida expresión de Carnelutti, quien decía que la mejor versión del escribano es la de intérprete, la de traductor de los hechos al derecho. El "*transducere*" sería perfectamente aplicable al notario: ligar el hecho con el derecho y, de esa manera, el notario se constituye en custodio del derecho. Según Carnelutti, el notario es el guardián, y si es guardián del derecho, es máximo guardián de la seguridad jurídica, en lo que coadyuva, colabora, el registrador.[19]

En este sentido, el sistema registral inmobiliario argentino y la técnica de registración adoptada, aporta otro elemento fundamental a la esfera perimetral de la seguridad jurídica. La publicidad formal, dada por la certificación registral, producirá los efectos de anotación preventiva en favor de quien requiera, en plazo legal, la inscripción registral del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado (art. 25, segunda parte de la ley 17.801). Aquí la certificación no es sólo un medio de publicidad formal. A ello se añade una suerte de publicidad material o sustantiva desde que, aún antes de que se otorgue el negocio dispositivo, se lo documente en forma auténtica y se presente el título para su inscripción en el Registro, el adquirente del derecho cuenta con una reserva de prioridad indirecta basada en la certificación, que da seguridad jurídica al tráfico inmobiliario en el momento dinámico de la formalización del negocio por el que se transmite, constituye, modifica un derecha real, pues le acuerda oponibilidad frente a terceros, con efecto retroactivo, siempre que el proceso inscriptorio se realice dentro de los plazos legales

inscripción por sí solos, tienen fuerza constitutiva bastante para determinar su perfección.

[19] Alterini, Jorge Horacio: "La seguridad juridica. Notariado y registros". Temas doctrinarios 2 2007, 01/01/2007, 53. L.L.O.

que se cuentan a partir del momento de presentación de la escritura (art. 5°, 17 y 24 ley).

Por último, si bien la inscripción del título en el Registro no subsana los defectos que pudiere tener, ni lo convalida en caso de nulidad (art. 4° ley 17.801), le confiere, en cambio, publicidad y oponibilidad frente a terceros (art. 2505 Cód. Civil y art. 2° ley 17.801), con lo que quedan aseguradas en gran medida -suficiente para la preservación de los derechos del titular- la pacífica realización del derecho y la paz social, como lo demuestran los datos que recogen la experiencia y la confianza que los particulares conceden a la actuación del notario y a la protección registral.[20]

Como lo destacan Fontbona y García Coni, "la seguridad jurídica es única. No existe seguridad cara o barata. Entre papel documento privado e instrumento público, existe una distancia abismal. Los principios de exactitud, integridad y sobre todo de legitimación, entre otros, no juegan en manera alguna en el simple papel o el documento privado. La diferencia es a todas luces evidente".[21]

Como corolario, corresponde sintetizar que la circulación de los bienes en el mercado inmobiliario será más seguro y eficaz, cuanto mayor sea la seguridad jurídica para el acto negocial y esto, ineludiblemente, requiere la intervención activa de un notario aportando el asesoramiento necesario y ajustando la voluntad negocial a la instrumentación del documento idóneo y certero que garantice la adquisición dominial, la documentación de las obligaciones y el crédito y el reflejo registral en aras de la protección de la sociedad en su conjunto.

Vemos así, un doble aporte de la función notarial al mercado inmobiliario, uno subjetivo y otro objetivo. El primero brindado por el profesional del derecho, cumpliendo un rol protagónico en cumplimiento de los deberes estipulados en las leyes orgánicas de cada estado local, mientras que el aporte restante, está dado por el documento notarial, fuente en la actualidad de fe pública.

[20] Falbo, Miguel N.: op. cit.

[21] Fontbona, Francisco I. J. – García Coni, Raúl R.: op. cit.

SUMARIO

Tema I: "Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales"

Resumen de la ponencia en español 5

Resumen en francés 17

Resumen en inglés 29

Desarrollo en español 41

Tema II: "Seguridad del mercado inmobiliario: la necesidad de instrumentos de regulación"

Resumen de la ponencia en español 131

Resumen en francés 137

Resumen en inglés 143

Desarrollo en español 149