

Revista Notarial 973

Colegio de Escribanos Provincia de Buenos Aires

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director

Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de Redacción

Mariano Costanzo

Gastón R. di Castelnuovo

Elba María de los Ángeles Frontini

María Rosa del Milagro Martín

Maximiliano Martín Sancisi

Nicolás Agustín Soligo Schuler

Marcela Haydée Tranchini de Di Marco

Marcelo Eduardo Urbaneja



Consejo Directivo

Presidente	Jorge Alberto Mateo
Vicepresidente 1°	Malvina Julia Zalabardo
Vicepresidente 2°	Carlos Ernesto Suares
Secretario de Gobierno	Walter César Schmidt
Secretario de Relaciones Institucionales	Emilio Eduardo Ballina Benites
Secretaria de Asuntos Previsionales	María Nélide Dómina
Secretario de Aportes	Martín Ariel Ferrari Riganti
Secretaria de Relaciones Profesionales y Cultura	Patricia Elena Trautman
Secretario de Administración	Esteban Rafael Tisnés
Tesorero	Daniel Oscar García
Protesorero	Sebastián Sureda Lago
Consejeros	Guillermo Martín Álvarez Ana Laura Bastián Gustavo Aníbal Bras Eduardo Atilio Brizuela Elina Inés Carreira Gastón Renato di Castelnuovo Mauricio Rodolfo Esponda Alberto Oscar Fernández Elba María de los Ángeles Frontini Fernando Esteban Lagae Nelly Olga López Haydeé Susana Maggiolo Maximiliano Molina Marcelo Eduardo Pérez Consentino Haydée Sabina Podrez Yaniz Leandro Nicolás Posteraro Sánchez Diego José María Valentini Santiago Luis Vassallo Amelia Teresa Viacava Eugenia Inés Zarranz
Decano Honorario del Notariado Bonaerense	Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Nicolás Duba Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Stella Maris Perdriel Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Mercedes Rosa Pérez Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	Marcela Alejandra Muscariello General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Esteban Rafael Morcillo Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Federico José Rodríguez Acuña Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Leandro Horacio Atkinson Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Miguel Ángel Queirolo Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	Silvina González Taboada San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Leopoldo Bernard Calle 60 N° 2664 - (B7630CMH) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Abel José Camiletti Avda. Libertad 836 - (B6500EUV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	María Viviana Laurente Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Guillermo Luis Vassallo Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Carlos María Morello Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4713-0333 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	Ramiro María Flores Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Pedro Abel Ilarregui Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María de los Ángeles Pablos Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Jorge Alberto Mateo*

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Gabriela Verna.

Miembros: María Ana Mendía, María del Carmen Ayarra, Adriana Myrtha Sosa, Federico José Rodríguez Acuña, Dora Nancy Fiorentini, Juan Andrés Mourguy, Aurelio García y Mariana Patricia Melchiori.

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Etchart.

Miembros: Mercedes Rosa Pérez, Raúl Armando Olocco, María Alejandra Borelli,

Rubén Diego Martín Cavagna, María del Pilar Llorens, Guillermo Aldo Luder y Mariano Martín Guerra.

Coordinación de comunicaciones institucionales

Claudia A. Rebagliati

Consejo Federal del Notariado Argentino

Taller de Producción Gráfica

Unidad de Información Financiera (UIF)

VICEPRESIDENCIA 1° / *Malvina Julia Zalabardo*

Asesoría Notarial Personalizada

Asesores: Adriana N. Abella, Cristina N. Armella, Jorge Raúl Causse, Eduardo Gabriel Clusellas, Gastón di Castelnuovo, Zulma A. Dodda, Julio Roberto Grebol, Néstor Daniel Lamber, Marcela Haydée Tranchini y Aldo Emilio Urbaneja.

Biblioteca "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Centro Institucional de Mediación

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Nora Mabel Georgieff.

Miembros: Marta Menéndez, Silvia Beatriz Salem, Nilda Beatriz Rosa, Juan Ignacio Melgarejo, Carla Mezzini, Armando Luis Arcone y José Inda.

Departamento de Registros Especiales

Fundación Editora Notarial

Revista Notarial

Universidad Notarial Argentina

VICEPRESIDENCIA 2° / *Carlos Ernesto Suares*

Archivo de Actuaciones Notariales

Comisión de Bancos

Presidente: Fernando De Salas.

Miembros: Alejandro Nicolás Loyácono, Néstor J. Villores, Gabriela De Los Santos, Jorge Alejo Pandini, Nicolás Cavagna, Fernando Javier Larre, Pablo Augusto Villola y Javier Delgado.

Departamento de Inspección General

Inspectores de Regularización Dominial

Tribunal de Regularización Dominial

Seguros

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Walter César Schmidt*

Asesoría Tributaria

Comisión de Asuntos Fiscales y Municipales

Presidente: Roberto Daniel Mayo.

Miembros: Eduardo Raúl Bertoglio, Ignacio D. Fioramonti, Javier Hernan Moreyra, Roberto Adrián Favelis, Mariano Castelucci, Rosario Zabala, Teresa María de los M. Gasparín y Eduardo A. Brizuela.

Comisión de Enlace con Arba

Presidente: Mirta Negrelli.

Miembros: María Gimena Arias, Marcos Meas, Nicolás Máspoli, María Alejandra Re, Paula Mariana Marelló, Brígida Gloria Raffo, Guillermo Horacio Godoy y José María Schoenfeld.

Comisión de Enlace con el Registro de la Propiedad

Presidente: Zulma A. Dodda.

Miembros: Hernán Horacio Karp, Pablo Adrián Álvarez, María del Carmen Kiricos, Delia M. Miranda, Carolina Bianchini, Viviana Rita María Pellegrino de Scotto Lavina, Laura Garate,

Sandra Fabiana Mazziotta, Marcelo Eduardo Urbaneja, Verónica Estela Storti, Mariana Armendariz, Alfredo Ceferino Troilo Marcos, Claudia Alejandra Rebagliati, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde y Guillermo Borges.

Comisión de Informática

Presidente: Gastón Javier Bavera.
Miembros: Silvina Gizzi, Federico Travascio, Valeria Lourdes Dorantti García, Marcelo E. Solari del Valle Ferrari, María Natalia Sequeiro,

Claudia Mirta Pastorino, Evelyn Elke Steinhaus y Enrique Javier Jonas.

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Luis César Marinelli (h).
Miembros: Marcela M. Voiscovich, Mónica Rosalía Corti, Esteban Bedoya, Selene E. Posteraro Sánchez, Guillermo Zanotto, Noemí Haydée García y Julio Hernán Draque.

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / *Emilio Ballina Benites*

Convenio con la Fundación Æquitas

Comisión de Autoprotección

Presidente: Marcela Viviana Spina.
Miembros: Juan Pablo Berné, Cecilia Cuitiño, Estela María Falocco, René Carlos Casas, Silvia Rosa Enseñat, María Andrea Sánchez Negrete y Marta Mabel Inorreta.

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: María Luján A. Lalanne.
Miembros: César Mariano Carleschi Gil, María Rosa del Milagro Martín, Nicolás Agustín

Soligo Schuler, Humberta Pilar De Angeli, Natalia Martínez Dodda, Adriana Copes y Cecilia Dubini.

Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial

Presidente: Karen Maína Weiss.
Miembros: Juan Martín Méndez, Sonia B. Zannotti, Santiago Falbo, Mariana Hefling, Graciela Noemí Rodríguez, Liliana Olga Cossini, Marcos María Badillo y Francisco Alejandro Chicote.

Personas Jurídicas

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *María Nélide Dómina*

Comisión de Atención de la Salud

Presidente: Juan Esteban Fal.
Miembros: María Carolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, Adelina Consentino, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Ángel Queirolo, Martín Guerrieri, Leopoldo Bernard, Pablo Alejandro Di Giano, María Florencia Peries, Laura Marisa Patricio, Nicolás Leber, Paola Julieta Pierri, Ramiro María Flores, Gustavo Alfredo Silva y Raúl Alberto Borges.

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Ana Lía Diana.
Miembros: Pedro Gandini, Jorge Omar Cambet Lacoste, Laura Susana Montani, Nelva Rafti de Tranchini, Raquel Elena Cerutti, Néstor José Zaccardi y Eduardo Mario de Jesús Rivarola.

Comisión de Perfeccionamiento Previsional

Presidente: Carlos Guillermo Ríos.
Miembros: Julio César Antollini, Horacio Alberto Ferrari, Susana María Wallace, Jorge Cardinal y Silvia Susana Sancisi.

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Juan Pedro Calou.
Miembros: Eugenia Irene María Bagnoli, María del Carmen Gaudino, María de las Mercedes Rivas, Florentino Basilio Guerrieri, Daniel Cristian Franco, Eugenio de Miguel y Pedro Abel Ilarregui.

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / *Martín Ferrari Riganti*

Asesoría de Aportes

Comisión de Aportes

Presidente: Eduardo José Bras.
Miembros: Maximina Zabala, Valeria Laura Pepe, Alicia Broccardo, Soledad Daniela Hassan, Romina Valeria Guarino Schneider, Ariel De Santiago, Elena Silvia Ugalde y María de las Mercedes Lynn Berecibar.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: Silvina González Taboada.
Miembros: Verónica Echeverría, María Alejandra Valero, Lisandro Pedro Marchionni, María Emilia Chalela, Ester Carmen García, Esteban Pedro Morán, María Mercedes Braga Fusta y María de los Ángeles Pablos.

SECRETARÍA DE RELACIONES PROFESIONALES Y CULTURA / Patricia Trautman

Boletín Informativo

di Castelnuovo, Mónica Juana Bolontrade, Ana Paula Talerico, Cecilia Nélica Massa y Carolina Boltiansky.

Comisión de Concursos

Presidente: Raúl Félix Martínez.

Miembros: Mariana Ronchetti, Virginia Hilda Baccini, Ignacio Macchi, Hernán Itoiz, Susana Rubí Brizuela, Gonzalo Matías Vásquez, Gustavo Fabián Rullansky y María Andrea Apat.

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Mónica Esther Saluppo.

Miembros: Norma Elena Sanz, Agustina Kelly, Elsa Susana Turdó, Mabel Noemí Cialé, Lilia Beatriz Garat, Blas Boló Bolaño y Nilda Torre de Saling.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Julieta Ema Oriol.

Miembros: Maricel Hermida, Marina Gabriela Arana, Norma Elena Cioró de Castello, Franco

Oficina de Concursos

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / Esteban Rafael Tisnés

Departamento de Recursos Humanos

Miembros: Mirta Larceri, Marcela M. Muscariello, Ernesto Raúl Natoli, Pablo Héctor Morrone, Betina Lacasa, Diego de San Pablo y Abel José Camiletti.

Comisión de Personal y Administración

Presidente: María Isabel Mosca.

TESORERÍA / Daniel O. García

Bancos / Inversiones

Comisión de Finanzas

Presidente: Diego José María Valentini.

Miembros: Romeo di Piero (h), Federico Lallement, Gerardo Agustín Clavin, Enrique Raúl Bottini, Andrés Avelino Zabala, Alfredo Patricio Street, Carlos María Morello y Andrés Passeggi Aguerre.

Comisión Especial Registral

Miembros titulares: Luis María Cabona, Oscar A. Romandetta Maruffo, Diego Luciano Carbajal.

Miembros suplentes: Gabriela Figueredo y Carlos Ressia.

Auditoría externa

PROTESORERÍA / Sebastián Sureda Lago

Comisión de Hacienda

Presidente: Sebastián Sureda Lago.

Miembros: Florencia Squirru, Gonzalo Ricardo Arizmendi, Jorge Ignacio Cambet, María Paula Velilla, Fernando Luis Montes, Julián Matías Castro, Christian Mauricio Flavio Troglio, Juan Ignacio Cavagna, Diego Leandro Molina, Mariano Costanzo, Martín Hernán Bruzzo, Rubén Santiago Stradiot, Ignacio Javier Salvucci,

Pilar Susana Martín, María V. Bonaterra, Silvia Marcolín de Raimondi y Bruno Maugeri.

Comisión de Edificios

Presidente: Enrique Guillermo Castro.

Miembros: Santiago Scattolini, María Luciana Villate, Juan Manuel Área, Alejandro Alberto Glaría, Ricardo Raúl Tolesano, Jorge Martín Mezzini y Guillermo Agustín Lagier.

Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

Jefe: Magdalena Isabel M. Rojo

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Nilda Cecilia Saling

Secretaria: Graciela Sanmarco

Tesorera: Norma E. Cioró de Castello

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios de Copropietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de Autoprotección)

Directora: Marta Raquel López

Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General interina:

Olga Haydée Arreseygor

Cuerpo de inspectores:

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan

Pablo Alegre, Elba Neli Álvarez, Ana

María Bucciarelli, Carlota Caraccio-

lo, Francisco Alejo R. Domínguez

Journet, Silvia Elena Doratti, Federico

Ricardo Gastaldi, Silvia L. Kühne,

Oscar Rodolfo Leggeri, María Anto-

nia Maggi, Hilda J. Manzanal, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini, Eduardo Francisco Perrozzi, Haydeé Teresa Pietrangeli, Jorge A. Pollono, Miguel Daniel Terán, Martha Susana Torre y Gladys Edith Verzeri
Regularización Dominial:
Horacio T. Molina

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Jorge Alberto Mateo

Vicepresidente y Directora Ejecutiva:

Malvina Julia Zalabardo

Secretario:

Marcelo E. Pérez Consentino

Tesorero:

Sebastián Sureda Lago

Vocales:

Hilda Julia Manzanal y Eduardo Gabriel Clusellas

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros Titulares:

Osmar Ariel Pacho

Silvia Marcolín

María del Rosario Paso

Miembros Subrogantes:

Luis Felipe Basanta

Silvia Nelly Fernández de Ayán

Universidad Notarial Argentina



CONSEJO DIRECTIVO

Rectora

Cristina Noemí Armella

Vicerrectora

Adriana N. Abella

Secretaria

Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario

Jorge Raúl Causse

Tesorero

Leopoldo Bernard

Vocales

Norberto R. Benseñor

Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario

Augusto Mallo Rivas

Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos

Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa

Rafael Núñez Lagos (+)

José María Mustapich (+)

Carlos Alberto Pelosi (+)

Juan Vallet de Goytisolo (+)

Aquiles Yorio (+)

Alberto Villalba Welsh (+)

Carlos Cossio (+)

Ángel Martínez Sarrión

Mauro Cappelletti

Manuel Fraga Iribarne

Augusto Mario Morello (+)

Eduardo M. Favier Dubois (P)

Jorge Horacio Alterini

Sedes:

Avda. 51 N° 435

(B1900AVI) La Plata

Calle Guido 1841

(C1119AAA) Buenos Aires

UNA - INSTITUTOS Y DIRECTORES

Derecho Agrario y de la Minería <i>Horacio Maiztegui Martínez</i>	Derecho Tributario <i>Viviana Di Pietromica</i>
Derecho Civil <i>Vacante</i>	Derechos Humanos <i>Otilia del Carmen Zito Fontán</i>
Derecho Comercial <i>Daniel R. Vítolo</i>	Filosofía del Derecho <i>Vacante</i>
Sala de Registración Societaria <i>Norberto R. Benseñor</i>	Historia y Organización del Notariado <i>Alejandro Diego Míguez</i>
Derecho Constitucional <i>Daniel Alberto Sabsay</i>	Investigación social <i>Elena García Cima de Esteve</i>
Derecho Inmobiliario <i>Adriana N. Abella</i>	Sistemas e Informática Notarial <i>Carlos Agustín Sáenz</i>
Derecho Internacional Privado <i>Sara Feldstein de Cárdenas</i>	Técnica Notarial <i>Vacante</i>
Derecho Notarial <i>Cristina Noemí Armella</i>	Centro Cultural y Museo "Roberto M. Arata" <i>Alejandro D. Míguez</i>
Derecho Penal <i>Javier Percow</i>	Biblioteca "Eduardo Bautista Pondé" <i>Vacante</i>
Derecho Procesal <i>Roberto Oscar Berizonce</i>	Sala del Derecho de Autor <i>Vacante</i>
Derecho Registral <i>Zulma A. Dodda</i>	Sala del Derecho de la Propiedad Intelectual <i>Vacante</i>

UNA - DELEGACIONES PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Azul: *Susana Haydée Iglesias*
Bahía Blanca: *María Verónica Scoccia*
Dolores: *Jorge Ignacio Cambet*
Junín: *Sebastián Justo Cosola*
La Plata: *Marcela H. Tranchini / Marcelo N. Falbo*
Lomas de Zamora: *Nicolás Soligo Schuler*
Mar del Plata: *Paula Giacomaso*
Mercedes: *Leandro N. Posteraro Sánchez*
Morón: *Fátima Cosso*
Necochea: *Marta Catalina Loidi / Fernando Riaño Laboranti*
Nueve de Julio: *Guillermo Martín Álvarez*
Pergamino: *Natalia Martínez Dodda / Mariela del Rosario Gorospe*
San Isidro: *Karina Salierno*
San Martín: *Adriana Copes*
San Nicolás: *María Verónica Bonaterra*
Tandil: *Marcos María Badillo*
Trenque Lauquen: *María Cristina García*

UNA - DELEGACIONES

CATAMARCA

María Belén Saadi Brizuela
Prado 337 - (4700) Catamarca

CÓRDOBA

Amara Bittar de Duralde
Obispo Trejo 104 - (5000) Córdoba

CORRIENTES

María del Carmen Richeni de Barreto
9 de Julio 1165 - (3400) Corrientes

CHACO

Marta Bonfanti
Av. Italia 123 - (3500) Resistencia

CHUBUT

Marcelo Luis Lizurume
Edison 475 - (9100) Trelew

ENTRE RÍOS

Zaida Martínez de Maiztegui Marcó
Urquiza 1166 - (3100) Paraná

FORMOSA

Jorge Salvador Cuño
Padre Patiño 812 - (3600) Formosa

JUJUY

María Gabriela Melano Ricci
Av. 9 de Abril 415
(4600) San Salvador de Jujuy

LA PAMPA

María Alicia Molinengo
25 de Mayo 434 - (6300) Santa Rosa

LA RIOJA

Irma Nélide Sartori de Ascoeta
Belgrano 72 - (5300) La Rioja

MENDOZA

Laura Chiapinotto de Ugalde
Patricias Mendocinas 758 - (5500) Mendoza

MISIONES

Mercedes E. Sigrid Benítez Chapo
Bolívar 555 - (3300) Posadas

NEUQUÉN

Ana Elsa Longo
Santa Fe 155 - (8300) Neuquén

RÍO NEGRO

Gastón Augusto Zavala
Don Bosco 1390 - (8332) Gral. Roca

ROSARIO

María Verónica García
Sergio A. Bengoechea
Córdoba 1852 - (2000) Rosario

SALTA

Alicia E. Karanicolas
Mitre 384 - (4400) Salta

SAN JUAN

Aída Laspina de Frese
Bartolomé Mitre 354 Oeste
(5400) San Juan

SAN LUIS

Fabiana Giovannini
Rivadavia 374 - (5700) San Luis

SANTA CRUZ

Norma Beatriz Abuin
Tucumán 52 - (9400) Río Gallegos

SANTA FE (1ra. Circunscripción)

Beatriz Dapello de Lorio
San Martín 920 - (3000) Santa Fe

SANTIAGO DEL ESTERO

Gustavo E. Yocca
Tucumán 393 - (4200) Santiago del Estero

TUCUMÁN

Marta Inés Podestá
Crisóstomo Álvarez 465
(4000) S. M. de Tucumán

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Período 2012 - 2014

Presidente:

María Cristina Iglesias

Miembros Titulares:

Alicia Rosa Maida de Vaccaro

Diego Hernán Tarigo

Miembros Subrogantes:

Mirta Clara Bercovich

Alicia Elsa Cappelli

Raúl Gerardo Correbo

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS Y PENSIONADOS NOTARIALES

Presidente: Juan Carlos Placente

Vicepresidente: Adelina Consentino

Secretario: Carlos Martín Queirel

Prosecretaria: Amelia Teresita

Pérez Amendolara

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Dora Rosa Mc Britton,

Juana Francisca del Pino,

Nelva Nidya Rafti y Alicia Mabel Dentone

Suplentes: Leyla Leonor Palumbo,

María Teresa Fernández

y Nelly Rosa Teresa Marchesi

Revisores de cuentas: Isabel Haydée

Pepa, María de los Ángeles González

y Beatriz Ercilia Damonte

Suplentes: Alicia Beatriz Rabuffetti

y Nancy Lucrecia Soria

REVISTA NOTARIAL ES MIEMBRO DE LA ASOCIACIÓN DE LA PRENSA TÉCNICA ARGENTINA

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas

Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina

Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas

Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas

Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado

Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones

Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Sumario **973**

enero - abril 2013

DOCTRINA	Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales	19
	<i>Ponencia de la Delegación Argentina en el XXVII Congreso Internacional del Notariado, Lima; Perú, 10 al 12 de octubre de 2013</i>	
CONGRESOS Y JORNADAS	El acta notarial a la luz del anteproyecto de reforma del derecho privado argentino	105
	<i>Gonzalo Matías Vásquez</i>	
NUESTRA REVISTA	Dación en pago	127
	Artículo publicado en el número 346 de La Revista Notarial, correspondiente al mes de agosto de 1923.	
DERECHO REGISTRAL	Casos de inexactitudes registrales en relación al tracto sucesivo abreviado	133
	<i>Marcelo Eduardo Urbaneja</i>	

SOCIEDADES	El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 <i>Marcelo Eduardo Urbaneja</i>	157
UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA	Protección de la vivienda única. Procedimiento registral inmobiliario. Propuesta de tratamiento local. Las reformas necesarias <i>Jorge Raúl Causse</i>	169
ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO	La cesión de derechos hereditarios, de gananciales, sobre cosa determinada en el proyecto de unificación <i>Néstor D. Lamber</i>	185
TÉCNICA Y PRÁCTICA NOTARIAL	Consecuencias de la extinción del contrato de fideicomiso <i>Eduardo Gabriel Clusellas</i>	215
DERECHO COMPARADO	CUBA En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: la condición de “heredero” especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	227
JURISPRUDENCIA	SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL	275

INFORMACIONES	40 Convención Notarial	287
	Buenos Aires, 31 de julio, 1 y 2 de agosto de 2013	
	XVII Jornada Notarial Cordobesa	293
	Córdoba, 15 al 17 de agosto de 2013	
	38 Jornada Notarial Bonaerense	299
	Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013	



Doctrina

Reflexiones del notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales

Ponencia de la Delegación Argentina en el Tema I del
XXVII Congreso Internacional del Notariado,
Lima, Perú, 10 al 12 de octubre de 2013

Con la coordinación nacional de la notaria
María Cristina Palacios, el presente trabajo ha
sido elaborado sobre la base de los aportes
efectuados por los siguientes colegas:

María Laura Morales
Cecilia Inés Barás
Karina Martínez
María Marta Herrera
Graciela Curuchelar
Fátima Cosso
Enrique H. J. Garbarino
María Alicia Craviotto
Marta R. Piazza
María Cristina Palacios

Aclaraciones previas. Consideraciones generales:

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 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.

Por otra parte la regulación debe tener un sentido, una orientación: qué está permitido y qué está prohibido. En el ámbito del derecho privado y, particularmente, en el 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 más 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.

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

La respuesta es brindada por 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 pacífico¹. 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 de todo el pueblo, un doloroso y difícil alumbramiento².

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 invo-

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. cit., pág. 389, donde cita a Rudolf Von Ihering, “La lucha por el derecho”.

Doctrina

lucrados 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 regularlo, 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 través 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, 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 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 más 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.

1.2. El proyecto de Código Civil y Comercial - Decreto 191/2011

El 23 de febrero de 2011, mediante decreto N° 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 Nación, 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 Código de 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 aún 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 cuál ha de ser el destino del mismo. Más allá de esta circunstancia, el Proyecto aún 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 las 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 sólo *unificar la legislación civil y comercial*, 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 (art. 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 pertenecían, 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 vínculo, 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 además los contrayentes no dejaron 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.

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, y generaron movimientos dentro de esa estructura, 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, 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". Además de instituir el divorcio vincular, esta normativa modificó una serie de artículos, 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 propugnaba un nuevo modelo matrimonial: casa-

miento 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 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 giraba 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 era “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, violatoria de los principios constitucionales de igualdad y respeto a la vida privada, consagrados en los arts. 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.

Al analizar 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 está 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 específico, 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 art. 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 solo en el ordenamiento jurídico, sino también en la sociedad en sí, llamando la atención la premura de su aprobación, cuando existían otros temas del derecho de familia que necesitaban una regulación legal desde hacía 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 arts. 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 reemplazó por voces neutras como cónyuges, contrayentes y padres), y de algunos otros artículos, tales como en el caso del art. 206 y la separación personal de los cónyuges, el art. 326 referente al nombre del hijo adoptivo, el art. 8° de la ley 18.248 en relación al nombre de las personas casadas. Quedaron 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. Ello dio 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 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 art. 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 art. 188 de la citada norma legal.

La Ley 26.618, como ya vimos, modificó el art.172 del Código Civil, 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 art. 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 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: “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”.

Consentimiento: Tanto la ley 23.515, como su modificatoria, ley 26.618, establecen en la primera parte del art. 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 las 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 (art. 193) ni pactos que alteren alguno de los derechos y obligaciones que emergen del régimen legal matrimonial.

Celebración ante autoridad competente: La Ley 23.515 utiliza los conceptos de oficial público y de autoridad competente de manera indistinta. El interés público que rige a la materia llevó 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 por los impedimentos mencionados es causa de oposición al matrimonio y de denuncia y de oposición del oficial público a la celebración del matrimonio, pero, además, acarrea 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 impeditivos, cuya violación da lugar a sanciones diferentes a la nulidad, o bien cumplen sólo una función preventiva.

El art. 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 art. 166 es taxativa y agrupa los impedimentos dirimentes pues su violación ocasiona la nulidad absoluta o relativa -según el caso-, del matrimonio celebrado.

En cuanto a los impedimentos impeditivos 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 de alguno de los contrayentes por razones de imposibilidad de éste de trasladarse) y con las formalidades legales (lectura a los contrayentes de 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 además, 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 pudieran o no supieran 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 art. 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 (art. 197, por ejemplo, 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 periódicas en las que se anunció la celebración, las participaciones del casamiento, entre otras).

Por último, la norma citada establece que si los contrayentes gozan de posesión del estado matrimonial, aun cuando el Acta adolezca 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 art. 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 conyu-

gal.

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; éste 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 está 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 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, (art. 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-, la 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 deba 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 considerará 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 arts. 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 qué consiste cada uno de ellos.

Fidelidad: 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 arts. 202 y 214 respectivamente. En estos últimos tiempos, la doctrina y la jurisprudencia son coincidentes en considerar que la circunstancia de separación de hecho de los cónyuges implica un relevamiento consensuado de dicho deber, así como lo hacen con el de cohabitación y el débito 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 (arts. 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 sí 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 está 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 y 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 haga al otro (art. 1217). Todo otro acuerdo sobre cualquier objeto relativo al matrimonio, así como las renunciaciones 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 su validez dependen 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 la responsabilidad del cónyuge, a quien corresponda según su título de adquisición. Esa masa de bienes gananciales -a la que impropriamente el 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.

Al generalizar lo dispuesto en los arts. 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 ingresarán en reemplazo de éstos por el principio de subrogación.

A su vez, conforme lo previsto en los arts. 1272, 1273, son bienes gananciales, los adquiridos durante el matrimonio a título oneroso, o des-

pués 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 art. 1277 del Código Civil, ya que se exige la conformidad (asentimiento) del cónyuge no titular 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, 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 acto³.

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 permita a cada cónyuge estar informado del manejo de los bienes gananciales y tomar medidas de protección si fuere necesario.

La última parte del referido art. 1277 impone también la obligación de requerir el asentimiento de ambos cónyuges, para disponer del inmueble propio, sólo 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 (art. 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 puedan 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

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

adolesce 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. Es 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).

II.3. Derecho proyectado: proyecto de Código Civil y Comercial para la República Argentina (Decreto 191/2011 - PEN)

En relación al Matrimonio, el código proyectado trata del matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales, en los Títulos 1 y 2, del Libro Segundo: "De las relaciones de familia", donde incorpora como principios generales específicos, para el tratamiento del matrimonio, y la interpretación 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 buscó 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 extramatrimonial⁴.

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 delica-

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, pág. 281.

das 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 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.

A continuación señalaremos las modificaciones que merecen ser destacadas, y haremos 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 de igual sexo (art. 402). La doctrina entiende que este principio de igualdad adquiere ribetes absolutos que van más 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, a 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 la sordomudez como impedimento dirimente para la celebración del matrimonio, en concordancia con lo previsto en 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 de 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, y se implementa, en consecuencia, el denominado divorcio incausado. De esta forma, 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 aquel que no.

El régimen patrimonial deja de ser rígido e imperativo, para permitir a los futuros contrayentes optar por los regímenes 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 inmo-

Doctrina

dificables por los contrayentes, referido: a la protección del hogar conyugal, al 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 según las causales de la disolución: si la comunidad se extinguió por muerte de uno 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; requiere 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 través de la inejecutabilidad de la misma por deudas contraídas después del matrimonio; se establece 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 amplía pues el régimen de 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 puede celebrar casamientos que produzcan efectos civiles, el oficial público o la 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, y pueden 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, que 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, que 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 a los que 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, y que siempre los futuros esposos conserven la posibilidad de hacerlo ante el encargado del Registro Civil y no la sustitución total y absoluta del Escribano por el oficial público 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 Argentina hay 24.228 hogares con parejas del mismo sexo: el 58,3% son de mujeres y el 41,7% 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

⁵ “Lo que el Censo ayuda a visibilizar”. Diario “Página 12”, 30 de junio de 2012.

⁶ Ídem nota 5.

⁷ Ídem nota 5.

igualitario, de 2010-, que son unos 5000, hay un 60% de varones y un 40% de mujeres. Parecería que las parejas de varones son más propensas al matrimonio, mientras que las mujeres optan por la convivencia⁵.

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% son varones y el 47,7% son mujeres. El 21% de las parejas del mismo sexo tienen hijos a cargo y de éstas, el 97,5% son de mujeres⁶.

3. La mayor proporción de parejas del mismo sexo se registra en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde llegan al 0,72%, con respecto al total de parejas heterosexuales y homosexuales. Sigue Tierra del Fuego, con el 0,38%. En el Gran Buenos Aires, la proporción es del 0,34%; 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% del total; 0,28 en Chubut, Tucumán, Corrientes, Entre Ríos y Formosa; en Santiago del Estero, Río Negro y La Rioja llegan al 0,27%; 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 ciento⁷.

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 diarios⁸.

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 de hecho, el 13,9 por ciento. Estos números indican que los divorcios están en alza, a diferencia de los matrimonios que están en baja⁹.

6. Las estadísticas de la Justicia Civil porteña establecen un perfil bien definido: quienes se separaron durante la última década llevaban pocos años de

⁸ “Hubo más de medio millón de divorcios en la última década”. Diario “La Nación”, 4 de marzo de 2012.

⁹ Ídem nota 8.

¹⁰ Ídem nota 8.

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 plata¹⁰.

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 por quienes tienen entre 25 y 35 años.

III) DERECHO DE FAMILIA: UNIONES DE HECHO

Introducción

III.1. Terminología. Noción descriptiva

Quizás una de las figuras que dentro del derecho de familia exhibe con más evidencia lo expuesto en la introducción general de este informe, es la de las denominadas “uniones de hecho”.

Aclaremos que elegimos esta denominación de la amplia gama que ofrece la doctrina y la 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 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 por nuestra 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 hecho¹¹.

Lo que ocurre, es que en nuestro país, es una terminología otrora asociada al origen de un gran número de concubinatos en Argentina (ver más adelante punto el 1.c), cuando -al no estar contemplado el divorcio vincular-

¹¹ BASSET, Úrsula C. “Familia. Uniones de hecho y reconocimiento de efectos jurídicos”. LL, 2009, pág. 1244. El autor señala que etimológicamente el término proviene del latín “*com cubare*” que significa “dormir juntamente”.

se constituían por existencia un impedimento de ligamen, y el propio Código Civil, en su art. 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 más, un 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 más 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 sólo 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 al 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.*

III.2. Causas del fenómeno

Los autores refieren como una de las causas del concubinato en 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 daba en llamarse concubinato adulterino¹² o 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

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

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 (por ejemplo 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 descrito 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 desfavor, 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 marcaba un verdadero cambio de actitud en esa sociedad. La misma sociedad 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 soledad tras un fracaso matrimonial, sino que, por el contrario, volvieran

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 étnica 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 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), Lexis Nexis, Bs. As., 2007, pág. 23.

¹⁶ Así, AZPIRI, Jorge O., pág. 44, señala que según un trabajo de investigación realizado sobre 300 casos, hombres y mujeres mayores de 18 años, en Capital Federal y Gran

a conformar parejas estables.

Otra cuestión interesante para destacar en relación con las causas de las 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 originarios¹³ -que en el caso de la Argentina, aún hoy perviven y son contemporáneas a la occidental en muchas regiones del país, comprobándose en algunos de sus pueblos, dentro de su organización familiar, instituciones similares a las que acabamos de conceptualizar como “uniones de hecho”¹⁴; y por el otro, la llamada cultura “occidental”, traída por los colonizadores, que, a su vez, como señala CIURO CALDANI¹⁵, también es profundamente compleja, y se nutre 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, “juntarse” se ve como la forma más natural de constituirla. 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 matrimonio¹⁶.

Económicas: la falta de dinero para poder acceder a una vivienda o mantener a 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, por dicha razón, no pueden 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

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*, N° 20, pág. 197 y

de divorcio, llevan a estas personas a no desear pasar por una experiencia similar.

Más allá de estas causas, se señala también que existe hoy, entre los más 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 desde el lugar de la libertad es desde el cual se elige vivir juntos, ello hace su unión más 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 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 Argentina las familias constituidas a partir de uniones de hecho, con o 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 más reciente es la que proviene del Censo Nacional llevado a cabo en Argentina en el año 2010 y cuyo procesamiento -aún no concluido-, está a cargo del Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC). Aunque no estén aún totalmente procesados estos datos y por lo tanto con la advertencia de que se trata de cifras "en bruto", sin la consideración aún de un sinnúmero de variables, si hacemos una sencilla comparación entre análo-

siguientes.

¹⁷ La comparación se hace entre los cuadros N° 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

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

¹⁹ GROSMAN, Cecilia. Ob. cit.

gos datos brindados por el Censo Nacional del año 2001¹⁷, 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%.

Por su parte, un informe de IDESA¹⁸ en su N° 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 concubinatos, 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 través del matrimonio.

CECILIA GROSMAN¹⁹, al hacer referencia a los datos del INDEC y a estadísticas del Ministerio de Salud de la Nación, publicadas en un diario de circulación nacional²⁰, 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.

La autora mencionada 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

²⁰ Diario "Clarín" del 27/7/1998.

²¹ Art. 14 bis de la Constitución Nacional: "El estado otorgará ... la protección integral de

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.

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; 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.

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 constitucional²¹, 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?

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.

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 SANSFIELD al redactar nuestro Código Civil. En algún punto, tiene la ingenua pretensión de desalentar este comportamiento, ignorándolo. Se compadece con una época en la que 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 supuestos 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 sólo lo contemple, pero en los casos en que resulte más perjudicial encontrarse en esa situación que en la del matrimonio.

Sistema de regulación: la ley regula sus efectos pues es más conveniente que guardar silencio. Esta regulación, a su vez, puede ser integral o sólo 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 argen-

la familia...".

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 completitud del sistema, dispone: "Los jueces no

tino, 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 fallar²² ha debido hacer frente a la realidad y crear 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 veces a propósito de la regulación de otra figura que indirectamente implicó reconocer su existencia, y otras, 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 23.091 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; el art. 257 CC -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 24.193 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 24.557 que reconoce el derecho a percibir la indemnización por accidente de trabajo en el supuesto de muerte del trabajador, al conviviente; o la ley 24.241 sobre el "Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones", que 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, 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 considerado 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 arts. 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-, se han hecho siempre que hubiera descendientes comunes. Y otro tanto con el derecho del grupo familiar más 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 común 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 sólo 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. Sólo 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 últimos 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 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.

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, arts. 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, y busca 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 sexo- 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 otra 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, su rescisión y su 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 sólo con fines probatorios (arts. 519 a 522 y 513).

Si no hubiera pacto o si existiera 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 a 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 a las uniones que reúnen los requisitos del art. 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 que ambos convivientes adopten 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); la 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 para actuar en el instrumento público bajo pena de nulidad (art. 291).

III.5.b.2. Apreciación valorativa

Aplaudimos la incorporación al 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, además, las 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. Además, privar a estas uniones de efectos tan importantes como la protección de la vivienda familiar, sólo 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 más claro y sencillo, en el que la inscripción de la unión sea optativa y sólo con fines probatorios -como parecería del enunciado inicial-, que asigna los efectos previstos como piso mínimo de protección, estén o no inscriptas. Sí debería 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 deberían ser hechos por escritura pública a fin de contar con matricidad y fecha cierta -además 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 está previsto, en consecuencia, cuál será 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 iguales 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

Sin tener 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; deja 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 y 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, ante 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 aquél.

Es decir, la filiación es el vínculo jurídico, interdependiente y recíproco entre padres e hijos. 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, aun 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. Este 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 sean suficientes, y necesite 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 aun de categorías entre estos últimos, lo que no ha desaparecido sin excepciones.

El Código Civil Argentino la define en su art. 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 insta 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 desdobra 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 la persona tiene derecho a conocer y poseer su verdadera identidad, sea esta cual fuera.

La Convención sobre los Derechos del Niño resalta enfáticamente el Interés superior del niño, respecto a cualquier circunstancia que pueda impe-

dir 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 el art. 11 de la Ley 26.061 tratan el Derecho a la Identidad y, en consecuencia, a la inmediata inscripción; establecen 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 arts. 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, amenace o viole 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 de la Comisión N° 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 (decreto 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 terreno 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 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.

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, tenga 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 esta materia, ya que existen estas 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, avanzan 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 esta materia por lo antes expuesto, pues dichos procedimientos deben ir acompañados de una estructura jurídica que los soporten para poder encarrilar estas 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 art. 558 al 593, planteando desde el inicio, las fuentes de la filiación. El art. 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 art. 240 del Código Civil dicta que la filiación sólo puede ser por naturaleza o 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 art. 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. 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 art. 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 con-

sentimiento, y debe, a nuestro juicio, 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 o madre, en caso de matrimonio homosexual, de la persona por nacer, salvo que, con posterioridad lo adoptara o que el nacido iniciara una acción de filiación; más aún sin decir el momento en el cual debe ser prestado, no cabe duda alguna de que el mismo debe ser realizado antes de la fecundación, ya que de ello depende, nada más y nada menos, que la determinación de quién 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 art. 561, el tema y deja establecido: “los hijos nacidos de una mujer por 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 antes citado (560) debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quien haya aportado los gametos”.

Del 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 esta 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”.

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

Podríamos completar esta reseña con lo previsto en el art. 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 lo 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; e) la gestante no ha recibido retribución; e) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces; f) 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 transcrito, 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 el otro, subsanar una orfandad de origen o abandono paterno. La primera genera el

pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

²³ 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, N° 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

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 del 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 ley 24.479.

En la primera etapa, la institución no fue admitida por el codificador Dr. DALMASIO VELEZ SANSFIELD, 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 art. 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*

del Derecho, N° 17, Bs. As, 1989, citado por Feldstein de Cárdenas, Sara, Derecho Internacional Privado, “Parte Especial”, Editorial Universidad, Bs. As., 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 art. 10 del Código Civil, y en consecuencia 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 regía a la sucesión (*lex causae*), esto es, la ley italiana (tal como lo exige, para cierta parte de la doctrina, el art. 3283 del Código Civil).

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 SANSFIELD 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 Civil²³.

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 1948²⁴, 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 art. 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 de 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.

Al revisar 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 sólo se legislaba la

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

adopción simple. Luego, con la sanción de la ley 19.134/71, aun cuando establecía que la adopción era judicial, en el art. 11 inc c) concebía 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 insuficiente al tratamiento legal. 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 art. 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, bastaba a esos fines la acreditación del vínculo y la presentación de los consentimientos del/de los adoptante/s y del adoptado, quienes debían ser mayores de edad.

La doctrina calificada considera que una interpretación estricta del art. 32 antes transcripto, permite inferir que las adopciones conferidas en nuestro país, se rigen por el derecho argentino y la utilidad del art. 32 se revela en los casos de decisión del foro sobre 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

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.

²⁷ BIOCCA, Stella Maris. “Adopción internacional”. *Derecho de Familia* N° 6, 1991, Ed. Abeledo Perrot, pág. 11, citada por Feldstein de Cárdenas, Sara. Ob. cit.

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.

internacional, lo establecido por la ley 19.134 y mantiene la redacción de esas normas en los arts. 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 art. 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, al ser 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 art. 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 venta²⁶.

Coincidimos con la 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 niños²⁷.

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.

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

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

Conforme lo establece el Código Civil en su art. 331, modificado por la ley 24.479, una persona puede ser adoptada en cualquier edad de su vida, instará para esos fines el 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 cónyuges²⁸. 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 adopta 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

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.

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

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 si correspondiera.

Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código, cualquiera fuese su estado civil, y deberá 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 este término, y que acrediten la imposibilidad de tener hijos; b) los ascendientes a sus descendientes. c) un hermano a sus hermanos o medio hermanos. Los tutores sólo 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 sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda²⁹. 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 administrativo³⁰.

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 acción³¹.

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.

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 obtenida en violación de los preceptos referentes: 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

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 subsistan 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 si éste solicita su agregación. En caso de que los adoptantes sean cónyuges, a pedido de estos el adoptado podrá 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 el adoptado podrá solicitar esta adición después de los dieciocho años.

Si la adoptante fuese viuda, y su 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 que el adoptado ejerza la acción de filiación respecto de aquellos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial. El adoptado tendrá 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 dirimientes para el matrimonio y/o las limitaciones a la vocación hereditaria.

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

sí.

2. Adolecerá de nulidad relativa la adopción obtenida en violación de los preceptos

Doctrina

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 el apellido de su esposo premuerto al adoptado si existen causas justificadas.

El adoptante hereda ab intestato 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 ésta 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) porque el adoptado o el adoptante incurrió 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.

Desde su declaración judicial y para lo futuro la revocación extingue 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 art. 331.

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

El proyecto propone múltiples cambios en materia de adopción, a saber³²:

- 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 la 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.

referentes: 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.

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

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.

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.

a. Se establecen tres juicios para llegar a la adopción, 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, primero se necesitará 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 indica como progresiva. Pero a partir de los 10 años, no sólo 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 éste no

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, N° 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 beneficiario 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

consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un requisito ineludible para la celebración del acto³³.

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 las 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: la cuestión no queda suficientemente explícita, lo cual es criticado por la doctrina³⁴.

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 y generan 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 parental³⁵.

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 desvanecido 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

discriminación de las familias homosexuales, pues si los hechos indican que es posible discriminarlo en función de un estereotipo 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

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

VI.1. Introducción³⁶

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 inmediatez de la audiencia notarial"³⁷.

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 Argentina

En la República Argentina, en el año 1991, el Decreto N° 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

elijan la familia adoptante", DFyP, Años IV, N° 11, Diciembre 2012, pág. 58.

³⁶ CURUCHELAR, Graciela. "Mediación y Resiliencia", Fundación Editora Notarial,

proyecto de ley de arbitraje y Conciliación. En sus Considerandos se aludía a la grave crisis que afectaba al sistema judicial. Mediante el decreto N° 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 concluyó 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 creó en 1995 el Cuerpo de Mediación, Arbitraje y Conciliación y en el año 2000 se creó 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, Obispos); 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, indican las estadísticas a nivel nacional provenientes de la mediación previa, judicial y obligatoria, se indican que desde abril de 1996, año de implementación de la ley 24.573³⁸, de mediación prejudicial obligatoria a octubre de 2012; el 64,92% de los casos ingresados para mediación, no vuelven al sistema judicial; podemos inferir que la mayor parte de ellos se resuelven.

En las estadísticas proporcionadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁹, puede observarse 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 sobre liquidación de sociedad conyugal, volvieron 595; de 4912 casos de régimen de visitas, volvieron 1598; y 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, 22 de las 24 provincias, sumadas a la

Doctrina

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 dentro del proceso de mediación familiar. Se encuentran comprendidas 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 dispondrá 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, la prolongación de la adolescencia, las 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 requirientes y contribuye, en su calidad de jurista a garantizarles que sus acuerdos quedarán enmarcados en la normativa jurídica, con su debido asesoramiento imparcial.

La imparcialidad es un deber que acarrea una gran responsabilidad en el actuar del notario, 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 conflictos.

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,

Buenos Aires, Argentina, 2008.

Doctrina

de elegir el modo de acceso a la justicia, protege los vínculos, mejora la comunicación y construye una nueva realidad. Todos somos responsables de 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, 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 instrumentadas, lo convierten en un medio más 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 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 SANSFIELD-, en esta materia, fueron diversas, y predominaron las del derecho francés. En algunos casos, directamente, de su Código Civil y, en otros, en forma indirecta a través de sus célebres comentaristas (TROPLONG, AUBRY Y RAU para citar a algunos). Si bien puede decirse 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, a lo largo de estos años, el "impacto"

³⁷ ORMAECHEA, Carolina. "La intervención del notario en los conflictos"; REVISTA NOTARIAL N° 945, Buenos Aires, 2003, citada en La Ley, Buenos Aires, N° 11, diciembre 2012, Doctrina, Curuchelar, Graciela "Mediación voluntaria bonaerense. Lo voluntario es mediar".

³⁸ Hoy, Ley 26.589.

³⁹ <http://www.csn.gov.ar/accjust/docs/cuadro.jsp>

⁴⁰ LAMBER, Rubén A. *La Escritura Pública*, Tomo I, FEN, La Plata, 2004.

⁴¹ El análisis de la legítima en el Código Civil actual, ha sido elaborado a partir de los

de, entre otras, las siguiente leyes:

La ley 1196 ("Fe de erratas") del 29/08/1882 que, no obstante a tener dicho objetivo -o so pretexto de él-, introdujo verdaderas reformas en algunas disposiciones, entre ellas el art. 3576 referido a la vocación hereditaria del cónyuge, posteriormente modificado; la ley 11.723 (Régimen Legal de la Propiedad Intelectual), BO 30/09/1933, que establece la sucesión en los derechos de autor durante 50 años después de su fallecimiento; la ley 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 14.024, de 1951 que modificó el art. 3582 referido a la vocación hereditaria de los nietos extramatrimoniales, norma posteriormente derogada por la ley 23.264; ley 14.367 de 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 (BO 30/12/1954), que -entre otros temas- regula la presunción de fallecimiento y sus efectos, incluida la apertura de la sucesión y la posibilidad de establecer la indivisión forzosa en los bienes relictos; la ley 17.711, (BO 26/04/1968), que fue una de las reformas integrales mas importantes del Código Civil, no sólo 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 20.798 (BO 18/10/1974) que incorpora el derecho real de habitación a favor de la cónyuge supérstite, en el art. 3573 bis; la ley 23264 (BO 23/10/1985), sobre filiación y patria potestad, terminó de eliminar cualquier tipo de discriminación entre familia matrimonial y extramatrimonial 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 23.515 (B.O.12/06/1987) sobre Régimen Matrimonial, que introduce una modificación en el art. 3576 bis referido al derecho de la 1/4 conferido a la nuera viuda sin hijos, en la sucesión de sus suegros, a su vez introducido por la ley 17.711.

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, N° 967, pág. 169 y N° 969, pág. 911, que están basados en la presentación de la autora en los

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”. En términos generales tales cambios podrían resumirse 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 y la utilización de algunas herramientas legales tendientes a proteger al grupo familiar necesitado de asistencia a partir de la pérdida del integrante proveedor, más allá del sistema de llamamiento legal y de la voluntad del causante.

VIII) DERECHO VIGENTE⁴¹

VIII.1. La protección de la legítima

VIII.1.a. Noción

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

Seminarios de “Particiones”, dictados en la Universidad Notarial Argentina.

- 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.
- ⁴³ El art. 3476 del CC 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 CC 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 LÓPEZ 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 a 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.

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 el elevado porcentaje de las porciones legítimas establecidas en el derecho argentino, siendo una de las más 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 CC 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 efectúe el

⁴⁷ El art. 3604 del CC 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".

⁴⁸ Conforme LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Ob. cit., 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.

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 CC). A su vez, 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 hereditaria⁴³.

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 de 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 1º parte del art. 3477 del CC⁴⁴.

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. 3478 del CC: "*no es debida ni a los legatarios ni a los acreedores de la sucesión*". Si existen varios herederos legitimarios a quienes les correspondan porciones diferentes⁴⁶, 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 CC⁴⁷.

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 que 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

⁵⁰ Conforme ZANNONI, Eduardo. A. *Derecho de sucesiones*, 4ta. Edición, Editorial Astrea. 1997, citado por Ferrer en nota anterior.

⁵¹ LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J. Ob. cit., pág. 143.

⁵² En igual sentido de la nota del art. 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".

Doctrina

tácita del referido art. 3604 del CC se refiere a la venta de bienes que haya efectuado el causante a sus herederos forzosos, con las modalidades establecidas⁴⁹ o solamente a las donaciones, con reserva de usufructo o con el cargo de renta vitalicia.

Una posición sostiene que el art. 3604 del CC solamente incluye a las donaciones ostensibles, siempre sean con renta vitalicia o reserva de usufructo⁵⁰.

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 CC "no prohíbe las transmisiones 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 causante⁵² y que el excedente integre la masa hereditaria, cuando la transmisión sea 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 parte entiende que previamente debe interponerse la acción de simulación de una donación disimulada bajo la apariencia de un contrato one-

⁵³ LÓPEZ MESA, Marcelo J. Ob. cit., pág. 695.

⁵⁴ "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".

⁵⁵ PÉREZ LASALA, José Luis; Medina, Graciela. *Acciones judiciales en el derecho sucesorio*. Ob. cit., 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

roso, 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 CC, 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 legítimo 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 CC establece las causas por las cuales los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes⁵⁴, el art. 3748 del CC 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 incluir por

hecha por ascendientes.

⁵⁷ BELLUSCIO, Augusto C., con la colaboración de Lagomarsino, Carlos A. R. en *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 Llambías, Jorge Joaquín; Méndez Costa, María Josefa. *Código Civil Anotado. Doctrina-Jurisprudencia*. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo 4D, pág. 122.

⁵⁹ El art. 1832 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 competirá 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).

⁶⁰ BELLUSCIO, Augusto C., con la colaboración de Lagomarsino, Carlos A. R. *Código civil*

analogía otras causales que las establecidas en el referido art. 3747 del CC, "con una parquedad que raya en deficiencia"⁵⁵.

El art. 3291 del CC dispone quiénes 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 CC), b) de aceptar o repudiar una herencia futura (art. 3311 del CC), c) de transar sobre derechos eventuales a una sucesión, ni sobre la sucesión de una persona viva (art. 848 del CC), d) prohibición del testador de imponer algún gravamen o condición a las porciones legítimas, las que se considerarán no escritas, y a través 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 reducción⁵⁶, que provoca que se deje sin efecto el legado o se resuelva la donación. Ello 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, porque la anulación tiene, en principio, efectos retroactivos de volver "las cosas al mismo o igual estado en que se hallaban antes del acto anulado" de acuerdo al art. 1050 del CC y la reducción sólo obra para el futuro⁵⁷.

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 CC⁵⁹ 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 competirá 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 reducción⁶⁰.

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.

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 reducción⁶¹.

VIII.2. Proyecto de Código Civil y Comercial (decreto 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.2.a. Clases de herederos

El art. 2278 designa heredero a quien se transmite la universalidad o una parte indivisa de la herencia y designa 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 art. 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 art. 563 y
- 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 causante. La excepción a este principio es regulado por el art. 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.

VIII.2.b. Llamamiento legal

El Proyecto no modifica los órdenes hereditarios. Se convoca primero a los descendientes; si no existen 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 expresados 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.2.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 las 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

y leyes complementarias. Director Belluscio, Augusto C. y Coordinador Zannoni, Eduardo A. Tomo 9. Editorial Astrea. Bs. As., 2004, pág. 114.

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 Provincia 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.

⁶³ BELLUSCIO, Augusto C. Ob. cit., quien 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".

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 fueran los que, conforme al art. 2337, quedan investidos de pleno derecho.

Sin perjuicio de lo establecido en el art. 2337, 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.2.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 el 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.2.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.

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

Según el citado art. 2281: "...Los indignos de suceder son los siguientes:

a. Los autores, cómplices o partícipes 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 maltratado⁶⁴ 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.

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.2.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 sucesoria⁶⁶.

Define a los legitimarios en el art. 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" ratifican así su valía como protección familiar. Si bien estamos de acuerdo con su vigencia, pensamos que la disminución de la misma, que regula el art. 2445, no es lo suficiente. El mismo reduce la legítima de los descendientes a dos tercios y la de los ascendientes a la mitad, y mantiene 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). Queda 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).

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

Por otro lado, el art. 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.

que considerarán esto de manera restrictiva, como que maltrato 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

Doctrina

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

En cuanto a la protección de la legítima, se regula que el testador no pueda 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.

El proyecto contempla también 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 la acción de complemento (art. 2451) cuando se 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. Se reducen 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 éstas son totales la reducción queda resuelta, en cambio si son parciales 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 para la facultad del donatario y del subadquirente demandado, de desinteresarse 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

la realidad nos puede llegar a enfrentar”.

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.2.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 en el acto de la donación, así resuelve: “la cuestión actual en que la mayoría entendía que por el art. 3484 CC la dispensa o mejora se debe acordar solo en testamento, en cambio para la minoritaria, aplicando el art. 1805 CC 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 tercio (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 legítimo.

Creemos positiva la incorporación de ésta mejora, por cuanto posibilita la protección de las personas vulnerables, aunque entendemos que también debería incluirse en ella al cónyuge con discapacidad, ya que también reviste la condición de legítimo.

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 fideicomiso⁶⁸.

El fideicomiso puede tener, de acuerdo al art. 1668 del proyecto, una duración “de no más de TREINTA (30) años desde la celebración del con-

⁶⁵ DI LELLA, Pedro. Ob. cit.

⁶⁶ Conforme LAMBER, Néstor. Ob. cit., pág. 595.

⁶⁷ PIAZZA, Marta R. y Lamber, Néstor, en la ponencia “La Legítima y el proyecto de

trato” 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 esta 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 de 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 mental⁶⁹, 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.2.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 art. 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:

unificación del Código Civil y Comercial, año 2012” presentada en la XXX Jornada Notarial Argentina, Provincia de Mendoza, agosto de 2012. Libro de Ponencias, pág. 603.

⁶⁸ Conforme AZPIRI, Jorge C. Ob. cit.

⁶⁹ Conforme AZPIRI, Jorge C. Ob. cit.

⁷⁰ FERRER Francisco, Córdoba, Marcos M. y Natale, Roberto M. “Observaciones al

“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 de 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 lo dispuesto en el actual art. 3604 del CC.

En el Proyecto admite en el último párrafo del art. 2461 que “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, 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 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.

El proyecto, como se indicó, permite que todos los legitimarios con-

sientan la enajenación del bien, sea a título oneroso o gratuito. “No hay dificultades en que los otros legitimarios consientan que se trató 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 celebración de la escritura de transmisión del dominio a título de venta o donación con las referidas modalidades. Ello se debe a 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.

XXVII CONGRESO INTERNACIONAL DEL NOTARIADO

Lima, Perú, del 9 al 12 de octubre de 2013

Tema I

“Reflexiones del Notariado sobre el derecho de familia y sucesiones frente a las nuevas relaciones sociales”

CONCLUSIONES

1. La familia y su regulación forman parte de la cultura de cada país. Por respeto a la diversidad cultural, no se puede pretender ofrecer una solución universal para todos los problemas que se plantean en esta sede, por mucho que sean parecidos a la vista de la reciente evolución de la familia en todos los continentes. Al contrario, es necesario promover la diversidad como un elemento intrínseco de la riqueza cultural de nuestras civilizaciones. De ahí los límites naturales a la unificación (imposible) y a la armonización (restringida dentro de los distintos ámbitos de las organizaciones regionales - UE, OHADA, Mercosur, CEI, etc.) en esta materia. El legislador nacional y el profesional del Derecho deben tener la capacidad de escoger la respuesta adecuada a la nueva familia en virtud de sus propias tradiciones, teniendo en cuenta especialmente las exigencias para su reconocimiento en las sociedades tradicionales (países católicos, ortodoxos y musulmanes).

2. No obstante, el principio de no discriminación constituye la base universal de la regulación en materia de familia. En consecuencia, el legislador y el profesional del Derecho deben velar por el respeto de este principio fundamental en cada Derecho positivo y en la práctica diaria. Toda medida o comportamiento encaminados a penalizar, directa o indirectamente, a personas adultas plenamente capaces en función de sus preferencias sexuales o de cualquier otro elemento íntimo de su personalidad, no son aceptables.

3. Una de las cuestiones cruciales para el funcionamiento de la familia moderna en todos los países es el del adecuado equilibrio entre el aspecto público y privado en la regulación de las relaciones familiares. En función de la respuesta, pueden deducirse las correspondientes prioridades legislativas y prácticas: en los países donde la familia es principalmente un asunto privado entre los convivientes, se constata una contractualización acusada de las relaciones familiares, en la medida en que el acuerdo de las partes deviene la fuente principal de su reglamentación; y por el contrario, allí donde la familia es además una institución pública dotada de importantes funciones sociales (procreación y educación de los integrantes de la unidad familiar) le corresponde al Derecho positivo la función de establecer las reglas fundamentales de la vida en pareja. El papel del notario se diferencia de manera significativa en cada uno de estos modelos: en el primero “dice el Derecho”, en el segun-



Congresos y Jornadas

El acta notarial a la luz del anteproyecto de reforma del derecho privado argentino*

Gonzalo Matías Vásquez

SUMARIO

*Introducción.
Anteproyecto de reforma
y unificación de los Códigos
Civil y Comercial
de la Nación. Conclusión.
Ponencias. Bibliografía.*

* *El presente trabajo recibió el primer premio otorgado por el jurado de la XIV Jornada del Notariado Novel del Cono Sur y VIII Encuentro Nacional del Notariado Novel, organizados en Asunción del Paraguay entre el 21 y 23 de junio de 2012. Corresponde al tema II: "Actas notariales".*

INTRODUCCIÓN

Abundante es, por la trascendencia e importancia que para el ejercicio de la profesión notarial significa, lo que la doctrina ha escrito en materia de actas notariales; tanto, que resulta ya difícil toparnos con cualquier tratado o manual de derecho notarial que no dedique al menos algún capítulo a delinear los contenidos básicos acerca de esta temática, refiriendo a conceptos, requisitos, efectos, extremos a cumplir, por lo que poco puede innovarse en el tema.

Es a raíz de ello, que al plantearnos el enfoque del presente trabajo, y buscando alguna cuestión relativa al tema de las actas notariales sobre la que pudiéramos realizar algún aporte analítico, hemos decidido analizar la proyectada reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, que, en la temática a abordar, incorpora importantes modificaciones a lo regulado hasta el momento.

Congresos y Jornadas

Planteado el objetivo propuesto y antes de comenzar nuestro análisis, resulta pertinente dedicar, en esta introducción, brevemente, algunas líneas a comentar la normativa actual en la República Argentina en materia de actas notariales. Ello nos ayudará a comprender de una forma más acabada la temática en cuestión.

Por definición constitucional la República Argentina es un estado federal. Ello significa que, en cuanto a su organización política y por disposición expresa de nuestra Carta Magna, nos encontramos con dos ámbitos de competencias bien diferenciados, pero complementarios entre sí: el de los *Estados Provinciales* por un lado, originarios en el proceso de organización federal, y el *Estado Nacional*, por el otro; los primeros, por mandato constitucional, delegan al segundo ciertas facultades que les eran propias de origen, y conservan otras que deciden no transferir.

Como consecuencia de ello, coexisten dos órdenes legislativos: el nacional, sancionatorio de normas relativas a aquellas cuestiones que las provincias le han encomendado y que son obligatorias para todas las demarcaciones del país, emanadas del Poder Legislativo Nacional, como es el caso de los Códigos de derecho de fondo (Civil, Comercial, Penal entre otros); y el provincial, dictado por las Legislaturas de cada provincia, creador de normas de carácter local, únicamente aplicables dentro del territorio de cada provincia, reguladoras de aquellas materias que las mismas no han delegado al Estado Nacional, como es el caso de los Códigos de procedimientos.

Dentro de esta última categoría, ubicamos a las leyes notariales, reguladoras de la actividad de los escribanos, que son de carácter local; sin que exista, a nivel nacional, una ley notarial que se aplique a todas las demarcaciones. Dicho en otros términos, cada provincia regula dentro de las materias no delegadas al gobierno central, todo lo relativo a la actividad notarial¹.

Al aplicar estos principios a la materia de actas, y considerar que las mismas son instrumentos notariales, concluimos que el Código Civil, en su redacción actual, no alude a las mismas, al menos en forma expresa, sino a través de la interpretación del inciso 2 del art. 979 cuando dice: "son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:... 2 cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieran determinado". Salvando, así, esta remisión indirecta, ni las contempla ni las regula.

¹ A su vez estas normas encuentran fundamento de validez en el art. 986 del Código Civil argentino que dice: "para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad".

Concluimos, entonces, que el acta notarial *como instrumento público*, queda comprendida en la propia regulación del Código Civil, pero, *como documento notarial en particular*, se encuentra regulada en las leyes notariales locales dictadas por la mayoría de las provincias.

Para el sistema actual, los notarios de cada jurisdicción deben observar en consecuencia las leyes locales en cuanto a la forma y procedimiento de su actuación respecto a las actas notariales. Recién ante la ausencia de leyes de rango local, rigen supletoriamente las normas sobre escrituras públicas del Código.

Es precisamente en este aspecto en el que el Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos de derecho privado argentino innova respecto a la situación vigente, incorpora al articulado de la ley de fondo nacional, la regulación en lo relativo a actas como instrumentos notariales, que, por cuestión jerárquica, reemplaza a las leyes locales, a las que deberemos remitirnos en lo sucesivo en forma supletoria.

ANTEPROYECTO DE REFORMA Y UNIFICACIÓN DE LOS CÓDIGOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA

El día 27 de marzo pasado, por parte del Poder Ejecutivo Nacional, se realizó la presentación oficial del Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de nuestro país².

A decir de sus impulsores, el mismo tiene por finalidad actualizar la legislación privada argentina, unificar normas existentes, derogar aquellas en desuso, incorporar nuevos institutos que se ha hecho necesario reglar por el avance y desarrollo de la sociedad y sus relaciones jurídicas y regular otros que hasta el momento sólo eran abordados por las legislaciones locales provinciales, por carecer de un tratamiento a nivel nacional.

Dentro de esta última categoría, ubicamos a las actas notariales, que, hasta el momento y como fuera mencionado anteriormente, adolecen de regulación legal nacional, para ser legisladas sólo por leyes provinciales.

² Decreto Poder Ejecutivo Nacional N° 191 de fecha 23 de febrero de 2011. A tal efecto, la Presidencia de la Nación ha conformado una comisión tripartita, integrada por notables juristas argentinos, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Doctores Eduardo Lorenzetti, Presidente del cuerpo, y Elena Highton de Nolasco; y la exintegrante del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Mendoza, Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes quedaron abocados a la redacción y elaboración del mencionado proyecto, con miras a su posterior elevación al Poder Ejecutivo Nacional y, en última instancia, al Poder Legislativo, para su tratamiento y definitiva aprobación, previa consulta a los organismos profesionales y académicos involucrados en materias de derecho privado.

El Anteproyecto dedica a las mismas tres artículos que iremos transcribiendo a medida que realicemos el abordaje y el análisis de cada uno de ellos, para una más ordenada exposición.

Art. 310.- ACTAS. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación de hechos.

El proyecto comienza el desarrollo del articulado regulador del instituto con una definición del mismo.

Sin detenernos en la discusión, sabemos que no es pacífica la doctrina en cuanto a la conveniencia o no de incorporar definiciones en los códigos legislativos. Recordemos que, al respecto, parte de los autores consideran que los mismos no están llamados a definir los institutos que reglamentan -tarea ésta que debe quedar reservada a tratadistas y doctrinarios- sino más bien a limitarse a legislar sobre éstos. Por otra parte, hay quienes dicen no encontrar inconveniente en la inclusión de definiciones en un código. El Anteproyecto claramente toma esta última postura e inicia el tratamiento del tema arrojando una definición de ellas.

Bien delimita el texto, el campo de las actas notariales al de los hechos.

Es ya pacífica y uniforme la opinión, tanto legislativa provincial, como doctrinaria y jurisprudencial, de que el contenido de las mismas está integrado esencialmente por hechos, a diferencia de otros tipos de documentos notariales, que, como en el caso de las escrituras públicas, tienen un contenido negocial.

En doctrina se ha dicho que el acta notarial “es un instrumento público autorizado por notario competente... que tiene por objeto constatar la realidad o verdad *de un hecho* que el notario, ve, oye o percibe por sus sentidos³”.

El contenido material de las actas se circunscribe, entonces, al mundo de los hechos. Sostiene la doctrina, tanto nacional como extranjera, que no forman parte del mismo el mundo de los negocios jurídicos, limitándose así a constatar o documentar hechos⁴.

En este sentido, dice ETCHEGARAY: “bajo el rótulo de acta no puede esconderse un negocio. Si en un acta hay declaraciones de voluntad relativas a la concreción de un negocio, aunque lo rotulemos acta, a los fines de fondo, así como registrales, y aún fiscales, estaremos frente a un documento que es escritura y no acta⁵”.

³ ESCARTIN IPIENS, José Antonio. “El Acta Notarial de Presencia en el Proceso”. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 399, pág. 76.

⁴ BUSACCA, Claudia L. y Fernández de Bussón, Liliana. “Actas notariales”. En *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Directora: Cristina Noemí Armella. Tomo II. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 964.

Ahora bien, sentado este primer acierto de la reforma en este punto, sin embargo, sí consideramos que dicha definición resulta incompleta o que, al menos, no contempla todos los casos o tipos de actas notariales que pueden realizarse.

El inconveniente radica en la frase “que tienen por objeto la comprobación de hechos”, ya que si realizamos un análisis detallado de la misma, el texto parece abarcar solamente el caso de las actas de comprobación, también llamadas de constatación, dejando de lado otras, como las de manifestación o notoriedad.

En consecuencia creemos que resulta más acertada y completa, la definición propuesta en el Anteproyecto de Ley Notarial Argentina⁶, la que en su art. 53 define a las actas notariales como “documentos que tienen por objeto *la autenticación, comprobación y fijación de hechos*”; se incorporan así bajo el rótulo autenticación, las actas que nos son netamente de comprobación.

Si continuamos con la lectura del articulado, nos encontremos con que en el inciso d) del art. 311, el Anteproyecto emplea una frase más acertada y abarcativa de todos los tipos de actas notariales al decir: “a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias”, no limita el concepto de acta a las de constatación. Consideramos a esta frase, la más apropiada y se propone como alternativa, el posible empleo del mismo texto para el art. en análisis, el que quedaría redactado de la siguiente forma: “Art. 310. ACTAS. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos, notificaciones, y otros requerimientos y diligencias.”

Art. 311.- REQUISITOS DE LAS ACTAS NOTARIALES. Las actas están sujetas a los requisitos de las escrituras públicas, con las siguientes modificaciones: (...)

Cabe aclarar que el Anteproyecto toma como modelo el texto de la Ley Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁷ y repite textualmente en parte las palabras por ésta empleadas.

Nótese que, respecto a la regulación específica del tema, la norma hace una remisión a las reglas generales en materia de instrumentos públicos, que el mismo Código efectúa, antes de dar tratamiento al tema de actas notariales, estableciendo los incisos siguientes como aplicables a la materia en estudio.

⁵ ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y Actas Notariales*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1999, pág. 267.

⁶ Elaborado por el entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial, hoy Academia Nacional del Notariado.

⁷ Ley 404.

Congresos y Jornadas

En consecuencia, debemos aplicar, en principio, la normativa específica de los incisos que procederemos a analizar, y remitirnos a las normas sobre instrumentos públicos en todo lo no regulado por estos.

Hechas estas aclaraciones generales, pasaremos a analizar cada uno:

Inciso a): se debe hacer constar el requerimiento que motiva la intervención del notario y, en su caso, la manifestación del requirente respecto al interés propio o de terceros con que actúa;

El Anteproyecto repite textualmente, en la primera parte de este inciso, lo regulado por las leyes notariales de la Provincia de Buenos Aires⁸, y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁹.

Queda sentado así el principio uniforme también en la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, según el cual la actuación notarial, en todos los casos, debe ser precedida por el requerimiento del interesado, el cual, en el caso de las actas notariales, queda plasmado en forma más notoria que en el resto de los instrumentos notariales. La actuación del notario siempre se fundamenta en la rogación previa.

Se concluye del texto -lo que consideramos un acierto- que el requirente es parte esencial en las actas notariales, constituyéndose así en sujeto activo que pone en marcha la actividad del escribano, puesto que no existe actuación notarial de oficio¹⁰.

Se agrega, al final del inciso, que para motivar la intervención notarial, el requirente debe demostrar que posee interés legítimo en el objeto del requerimiento.

*Inciso b): no es necesaria la acreditación de personería ni del interés de terceros que alega el requirente;*¹¹

El requirente podrá actuar por sí o en nombre y representación de una persona física o jurídica. En el primero de los casos, el notario deberá efectuar la justificación de identidad conforme lo establece el Código Civil, por cualquiera de las vías en este mismo permitidas. En el segundo de los casos, al que claramente se refiere el inciso en análisis, cuando el requirente interviene en representación de una persona física o jurídica, no será necesario acreditar la personería invocada, a diferencia de lo que ocurre en las escrituras públicas; bastará en este caso con su sola manifestación para tener por acreditada la personería¹².

⁸ Decreto Ley 9020/78, Art. 158 inciso 1.

⁹ Art. 83, inciso a).

¹⁰ Ob. cit. 2, pág. 972.

¹¹ Toma nuevamente el Anteproyecto literalmente el texto del art. 83, inciso b. de la Ley 404.

¹² Ob. cit. 2, pág. 985.

Consideramos también acertado en sus términos y su regulación, a este nuevo inciso por permitir en casos de urgencia, como normalmente ocurre cuando se nos requiere un acta notarial, suprimir la obligación de acreditar la personería que se invoca.

Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que gran parte de la doctrina recomienda, a pesar de esta regulación legal, y cuando las circunstancias del caso lo permitan, justificar la acreditación de personería en la forma habitual, esto es, mediante la exhibición de instrumentos y su agregación al protocolo en copia, para así evitar la litigiosidad al respecto en el caso de que el objeto del requerimiento o el acta misma sean discutidas luego en sede judicial.

Inciso c): no es necesario que el notario conozca o identifique a las personas con quienes trata a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias;

La norma dedica los próximos dos incisos a la persona del requerido. El Anteproyecto recepta, en este primer inciso, otro viejo principio, ya regulado también en el inciso c) de la Ley Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, según el cual no resulta necesario justificar la identidad de los requeridos, y de las personas con las que el notario se encuentra en el cumplimiento de la diligencia notarial, basta con la mención de que estaban presentes, y de sus nombres y datos personales según éstos los manifiesten.

Al respecto, la doctrina ha establecido que la justificación de identidad sólo debe prestarse en relación al requirente y no con respecto al requerido, testigos, peritos o cualquier otra persona que participe en el acta notarial¹³. Sin embargo, y como también se señalara en el punto anterior, se cree prudente identificar al mismo si las circunstancias lo permiten, como así también a los demás intervinientes en el acta, para facilitar su citación posterior en caso de ser necesaria.

Respecto a este inciso, recordamos que consideramos un acierto la enumeración amplia que el mismo hace en la utilización de la frase “a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias”, incorporando a todos los tipos de actas, propuesta como modelo para la redacción del art. 310 del Anteproyecto, cuando se analizó el mismo.

Inciso d): las personas requeridas o notificadas, en la medida en que el objeto de la comprobación así lo permita, deben ser previamente informadas del carácter en que interviene el notario, y en su caso, del derecho a no responder o de contestar; en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan;

¹³ Ob. cit. 2, pág. 985.

Congresos y Jornadas

Hasta el momento, señalamos a los incisos anteriormente comentados como oportunos y correctamente redactados, limitados a receptor principios pacíficamente aceptados por la doctrina y jurisprudencia, e incorporados como normativa vigente por las legislaciones provinciales.

Nos encontramos ahora, en cambio, con uno de los incisos más innovadores y, a la vez, más polémicos de la proyectada reforma.

Si bien el mismo, en su texto analizado en forma global y genérica, busca plasmar un principio también arraigado en la legislación actual, como es la necesaria acreditación de identidad y cometido que el notario debe formalizar respecto al requerido y sujetos presentes al momento del cumplimiento del requerimiento, el nuevo texto incorpora una frase: "en la medida que el objeto de la comprobación así lo permita", que genera un evidente cambio respecto a los principios vigentes.

Como primer comentario, reiteramos nuestra observación en el sentido de lo incompleta de la palabra "comprobación", por parecernos que sólo refiere a las actas de constatación, y no al resto de las posibilidades.

Supongamos, por ejemplo, en un acta de manifestación en la que el requirente solicita la presencia de testigos a los efectos de secundar sus declaraciones. En este caso no estamos en presencia de un acta de comprobación, pero lo regulado por el inciso en cuanto a la manifestación por parte del notario de su identidad y cometido, se aplica también a los testigos, como respecto al requerido en el caso de las constataciones.

Hecha esta primera aclaración, pasamos ahora al análisis del texto de la norma.

La misma se dedica ahora a la persona del requerido, como aquel sujeto al cual va destinada, la actividad del requirente a través de la rogación efectuada al escribano¹⁴.

Al respecto, tanto las legislaciones provinciales, como así también la doctrina y la jurisprudencia, son coincidentes en el sentido de exigir como condición obligatoria, en caso de contar con la participación del mismo durante el cumplimiento de la diligencia, dar a conocer a éste la identidad del escribano, su calidad de tal, su cometido y -en algunas legislaciones-, hasta la exhibición de la credencial profesional, para evitar así que con posterioridad pueda desconocer la realización del acta en su presencia.

En doctrina hay coincidencia en afirmar que el primer paso de la diligencia debe ser la presentación del notario como tal y la comunicación al requerido de

¹⁴ Ob. cit. 2, pág. 975.

su cometido, ya que la labor notarial no puede llevarse a cabo en clandestinidad, sino que por contrario debe ser pública¹⁵.

Asimismo el notario debe poner al requerido en conocimiento de que le asiste el derecho de contestar y realizar las manifestaciones de validez que considere oportunas.

Son varias también las *leyes notariales provinciales* que imponen esta obligación en forma expresa¹⁶.

La *jurisprudencia* de nuestros tribunales también se ha pronunciado en este sentido, sosteniendo que la falta de presencia del requerido viola las garantías del debido proceso.

“La doctrina notarialista exige, para que la constatación de hechos goce de fe pública, que se cumpla con determinados recaudos: es imprescindible que el notario dé a conocer, e instruya al requerido de la naturaleza de su cometido debiendo esta circunstancia tener reflejo documental... la doctrina de la función notarial hace que se conciba al notario como el profesional delegatario de la fe pública y exige, en consecuencia, que la misma no se ejercite en silencio o en forma subrepticia”¹⁷.

Señalamos, en este último fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, el voto en disidencia de la Dra. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, entonces Ministro de ese Tribunal y actual integrante de la Comisión Reformadora del Código.

“Resulta, cuanto menos, opinable para no decir irregular, el acta notarial en la cual la escribana no menciona haberse presentado como tal en forma explícita”¹⁸.

Dicho esto, creemos conveniente hacer el análisis y la crítica de las partes de este inciso en forma parcializada.

¹⁵ Ob. cit. 2, pág. 986.

¹⁶ Así la Ley Notarial de la Provincia de Buenos Aires dispone en su art. 158, inciso 2: “Las personas requeridas o notificadas serán previamente informadas del carácter en que interviene el autorizante y en su caso, del derecho de contestar”. La normativa vigente en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo recepta en el art. 83, inciso d, en los siguientes términos: “Las personas requeridas o notificadas serán previamente informadas del carácter en que interviene el notario, y en su caso, del derecho a no responder o de contestar, en este último supuesto se harán constar en el documento las manifestaciones que se hicieran”.

¹⁷ Sup. Corte de Mendoza, Sala I. autos “Pérez Rogelio H c. Carmen Peña de Navarro”, del 4/7/84. (voto en disidencia Dra. Kemelmajer de Carlucci, actual miembro de la Comisión Reformadora del Código creada por Decreto del Poder Ejecutivo Nacional). ED 110-516. JA, 1985-III-295. Revista del Notariado N° 797, 1348.

¹⁸ Cám. Nac. Com., Sala D. autos: “L.G.R c/ C.G”, del 2/8/85. REVISTA NOTARIAL N° 883-1157.

En términos generales, constituye un acierto su incorporación en cuanto que viene a regular un principio que, como expusimos, ya contaba con aceptación unánime en legislación, doctrina y jurisprudencia.

La debida notificación al requerido, acerca de la identidad y cometido del notario en el cumplimiento de la diligencia, se torna necesaria y hasta obligatoria para dar cumplimiento a uno de los más importantes derechos reconocidos por nuestra Constitución Nacional, como es el derecho a la defensa en juicio, regulado en el art. 18 de nuestra Carta Magna.

Coincidimos con las opiniones doctrinarias y jurisprudenciales citadas, que incumplir dicha obligación constituye una violación al mencionado principio en menoscabo de la persona del requerido. Por lo que rescatamos la redacción e idea general que el inciso busca legislar.

En este sentido, vemos oportuna la utilización del vocablo “deben ser previamente informados...”, dando así a lo normado una connotación imperativa, y desalentamos la utilización de la palabra “puede”, en lugar de “debe” como proponen algunos autores que han analizado el Anteproyecto de reforma.

Ahora bien, toda esta argumentación y aparente importancia que el articulado otorga a la información que debe ser brindada al requirente sufre un importante menoscabo con la incorporación de la frase “en la medida en que el objeto de la comprobación lo permita”, que parecería dejar abierta la posibilidad de que, en ciertos casos y como dice el texto, en la medida que el objeto de la comprobación lo permita, valga dejar de lado esta obligación y pueda el escribano actuar sin darse a conocer aun en presencia del requerido.

El problema se genera en la vaguedad de las palabras utilizadas y la falta de precisión en un texto que, pudiendo afectar un derecho fundamental de nuestro sistema constitucional, debería emplear una mayor claridad en su formulación.

Varias son las dudas que se plantean y que el texto de la norma -lejos de aclarar- genera y profundiza. La primera es, ¿a qué se refiere con “en la medida que el objeto de la comprobación lo permita”? ¿Cuáles son esas situaciones en que estaría permitido? Primera pregunta disparadora de muchas otras como: ¿quién tiene la capacidad de discernir que una determinada situación lo amerite o no? ¿El requirente al hacer la solicitud del acta, expresando al notario que necesita el requerido no esté enterado de su presencia? ¿O es el escribano quien debe calificar esa conveniencia o no? ¿A quién corresponde, en última instancia, el análisis y determinación de que el objeto de la comprobación lo permitía? En otras palabras ¿es un hecho que queda sometido a apreciación judicial?, y de ser así ¿qué pasaría en caso de que, tanto el notario como el requirente estuvieran de acuerdo y determinaran que el objeto de la comprobación lo permite y luego el Juez determinase que no? Y de considerar que es necesario no dar a conocer identidad y cometido, ¿debe el escribano hacer

constar en el acta que el requirente expresamente lo solicita, que el escribano lo acepta y el motivo por el cual el primero hace el pedido y el escribano lo considera oportuno? ¿O no es necesario hacer mención a ello porque el texto de la norma lo permite sin mayores aclaraciones que las citadas?

Todas estas dudas surgen del texto de la proyectada norma en su redacción actual, y seguramente serán objeto de futuras disputas entre requirente, requerido y notario y, en última instancia, deberá resolver la justicia, al menos hasta que queden establecidos por vía jurisprudencial y doctrinaria, los lineamientos de interpretación del escueto texto del reformador.

En nuestra opinión, no creemos conveniente la incorporación al texto de la controvertida frase. Siendo que el principio que la misma afecta, el de la información acerca de identidad y cometido del notario al requerido, es de larga data en el sistema jurídico notarial argentino, no vemos la conveniencia, sino más bien los inconvenientes, de incorporar semejante modificación a un sistema ya arraigado tanto en doctrina como así también en legislación y jurisprudencia.

Supongamos el caso de que nos fuera requerida un acta en la que se nos pide que dejemos constancia de lo que escuchamos en una conversación telefónica. Cuántas veces nos ha pasado que se nos solicita realizarla sin que el requerido se entere de nuestra presencia, a lo que hoy respondemos con un rotundo no, porque las leyes notariales locales así lo indican. Si la reforma incorporase esta frase, se nos presentarían todas las dudas planteadas, sin saber de qué forma resolverlo, o lo que es aún peor, no sin poder dar a nuestro requirente una acabada respuesta a su pedido.

Por todo ello, recomendamos la eliminación de la controvertida frase.

Ahora bien, si por el contrario, la intención del reformador es mantener este criterio, recomendamos revise el texto actual, e incorpore mayores precisiones en los términos empleados, para así facilitar su interpretación y evitar los conflictos que su ambigüedad producirá.

Evaluamos en cambio acertado el texto al final del inciso que dice "...en este último supuesto se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan", por cuanto agrega el derecho a réplica que incumbe al requerido en cumplimiento del comentado derecho de defensa en juicio¹⁹.

Inciso e): el notario debe practicar las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto sea necesario;

¹⁹ Texto que el Anteproyecto también toma de las leyes notariales de la Provincia de Buenos Aires (art. 158, inciso 2) y Ciudad de Buenos Aires (art. 83, inciso d).

Dejando atrás a la figura del requerido, el Anteproyecto trata, en este inciso, acerca de la diligencia, entendiendo por tal al traslado del notario hacia un lugar distinto del asiento de la escribanía, para cumplir con el cometido que le fue encargado; extremo que se configura únicamente en el caso de las actas de comprobación.

Nos encontramos con otro de los incisos más cuestionados de la reforma, al contemplar la posibilidad que el notario tiene de llevar a cabo la diligencia, sin necesidad de que el requirente esté presente, cuando las circunstancias así lo ameritan²⁰, cuestión acerca de la cual la doctrina no es pacífica.

Parte de los autores se han expresado diciendo que “el requirente puede o no estar presente en la diligencia, de acuerdo con la clase de diligencia a realizarse y conveniencia o no de ello (lo que se ve plasmado en el Anteproyecto con la frase ‘cuando por su objeto sea necesario’). Así, puede ser ventajoso que el notario se presente solo a efectuar ciertas diligencias y sin la compañía del requirente”²¹. A título de ejemplo podemos citar el caso del acta de notificación, en la cual el escribano es solicitado para notificar y/o poner en conocimiento del requerido algún hecho o intimación. A tales fines, no es necesaria la presencia *in situ* del rogante, ya que la diligencia puede ser cumplida sólo el notario”²².

Otros autores, en cambio, opinan que el requirente siempre debe estar presente en la diligencia, porque de lo contrario se trataría de un supuesto de falta de rogación. Así se afirma que la diligencia no puede ser realizada por el escribano exclusivamente. Debe acompañarlo el requirente, quien firmará junto al escribano... De no ser así, no estaríamos frente a una escritura pública²³.

Planteados los dos extremos, nos inclinamos por aceptar como más conveniente el primero; pero haciendo la salvedad de que reconocemos la posibilidad de cumplir con la diligencia sin presencia del requirente, ÚNICAMENTE cuando ello sea conveniente teniendo en cuenta la naturaleza del requerimiento.

En otras palabras, como principio general, conviene que el requirente se encuentre presente y asista junto con el notario en el cumplimiento de la diligencia. Sólo cuando esto obste, perjudique de alguna forma el cumplimiento de la manda o no fuera necesario, como el mencionado caso de las actas de notificación, el escribano podrá efectuar ese requerimiento sin su presencia.

²⁰ Ya legislado en la Ley Notarial de la Ciudad de Buenos Aires (art. 83 inciso e): “el notario practicará las diligencias sin la concurrencia del requirente cuando por su objeto no fuere necesario”.

²¹ Ob. cit. 2, pág. 969.

²² Ob. cit. 2, pág. 969.

²³ PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 44.

Por ello tomamos como positiva, en términos generales, la incorporación de este inciso, en cuanto al objetivo de legislar esta posibilidad, pero criticamos la forma como el mismo ha sido redactado. En primer lugar, porque creemos que debería sentarse primero, el principio según el cual es conveniente que el requirente esté presente en el cumplimiento de la diligencia; segundo, por el empleo de la palabra “debe” en el texto proyectado, queda así una idea de imperatividad, cuando a nuestro criterio debería decir “puede”, dependiendo de la naturaleza del requerimiento y siempre a criterio de consideración del notario.

En este sentido, proponemos como texto, el siguiente, que hace una síntesis entre los argumentos vertidos:

“Inciso e) el notario practicará las diligencias en presencia del requirente. PODRÁ únicamente practicar las mismas sin su concurrencia, cuando, a su criterio y por el objeto del requerimiento, ello se haga necesario o conveniente, de lo que se deberá dejar constancia en el texto del acta”.

Inciso f): no requieren de unidad de acto ni de redacción; pueden extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narran, pero en el mismo día; y pueden separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico;

Al realizar una primera lectura del inciso, el mismo parecería sentar el principio de que el acta notarial en sí no requiere unidad de acto ni de redacción, y podría concretarse, por un lado, el requerimiento y, por el otro, el cumplimiento de la diligencia, en actos separados e independientes entre sí, tanto *documentalmente* (distintas escrituras) como así también *espacialmente* (en distintos lugares) y *cronológicamente* (en distintos momentos, siempre que todo ocurra en el mismo día)²⁴.

Dicho en otras palabras, no es necesaria la unidad de acto entre el requerimiento y la diligencia; pero este principio debe cumplirse en ambas etapas del acta.

Si bien el texto de la norma parece claro en cuanto al objeto que intenta regular, que es el tiempo y el lugar en que deben redactarse las actas notariales, no lo es por el contrario, en los términos que emplea, por no resultar acabado en su redacción.

²⁴ Ya legislado en normas locales, como en la Ley Notarial de la Ciudad de Buenos Aires, art. 83 inciso f: “no requieren unidad de acto ni de redacción. Podrán extenderse simultáneamente o con posterioridad a los hechos que se narren, sobre la base de las notas tomadas por el autorizante, pero en el mismo día, y separarse en dos o más partes o diligencias, siguiendo el orden cronológico”.

El inconveniente radica en la expresión “pero en el mismo día”, por cuanto no aclara qué es lo que debe ser realizado en el mismo día.

En este sentido podemos arribar a una doble interpretación. La primera, y más restrictiva, que exige que tanto el requerimiento como la diligencia, aún partes independientes del acta, una de la otra, que pueden redactarse y suscribirse en distinto momento y lugar, deban ser efectuadas en el mismo día; la segunda y más flexible, según la cual cada una de estas partes del acta, requerimiento y diligencia exigen unidad de acto y de redacción en sí mismas, y que, por tanto, el requisito del mismo día se aplica a cada una de ellas independientemente, pudiendo efectuarse el requerimiento un día y el diligenciamiento en otro diferente.

Sea como fuere que se interprete el texto, sí es claro en cuanto a que tanto el requerimiento como la diligencia, sí deben realizarse, cada uno de ellos, en el mismo día, y acabar así con la vieja discusión acerca de qué es lo que ocurre cuando al redactar el instrumento llega el fin de la jornada en que se inició.

De acuerdo a la nueva normativa, si durante la diligencia o el requerimiento llegara la finalización del día, deberá dejarse constancia de ello, cerrar el acta y continuar en una nueva con el cambio de fecha, por lo que resulta fundamental en este tipo de escrituras, expresar en forma clara la fecha, la hora y el lugar.

Por otra parte, y de acuerdo a lo dicho en doctrina, cuando la diligencia debió realizarse en distintas oportunidades o lugares, en cada uno debe darse lectura y conformidad, en el propio lugar de la diligencia o en otro lugar más adecuado para la tarea instrumentadora, dejando constancia de ello para no incurrirse en falsedad documental y con invitación de trasladarse a todos los presentes²⁵.

El Anteproyecto no contempla en su texto esta última previsión, por lo que recomendamos como conveniente su inclusión, y agregar al final del inciso la siguiente frase: “en caso de que el notario realice en distintas oportunidades o lugares el requerimiento y la diligencia, porque las circunstancias del caso lo hacían conveniente, deberá dejar expresa constancia de ello en el texto del acta, invitando a todos los presentes a trasladarse al lugar donde redactará la misma, para su suscripción”.

Inciso g): pueden autorizarse aún cuando alguno de los interesados rehúse firmar, de lo que se deberá dejar constancia;

En relación a este último inciso, creemos que el reformador olvida hacer mención a otro de los puntos también regulados en leyes locales²⁶, cual es el

²⁵ Ob. cit. 2, pág. 987.

²⁶ Ley Notarial de la Provincia de Buenos Aires, art. 158 inciso 3: “podrán autorizarse (las actas notariales) aun cuando alguno de los requeridos rehúse firmar, de lo que se dejará cons-

de la posibilidad o invitación que el notario debe realizar al requirente a suscribir el acta, debiendo dejar constancia de su negativa si es que opta por ello.

En ese sentido también se expide la doctrina al decir que es indispensable la firma del requirente, a fin de refrendar lo que en el acta conste como manifestaciones suyas y para comprobar su presencia.

Esta circunstancia reviste vital importancia para el caso de que en juicio se discutan las manifestaciones vertidas en la misma, ya que, en la mayoría de los casos, cuando el requerido presta su conformidad con el acta y la firma, es difícil que discuta en juicio su validez.

El notario siempre debe invitar a todas las personas que hayan tomado intervención en la diligencia a firmarla, pueden las partes hacerlo o bien negarse, debiendo, en este último caso, documentar esta circunstancia. Este principio es reglamentado por algunas leyes locales y también ha sido acogido por la jurisprudencia de nuestros tribunales²⁷.

En consecuencia creemos oportuna la redacción del inciso, pero recomendamos agregar al mismo esta última previsión, quedando redactada de la siguiente forma:

“Inciso g) el notario invitará a todos los presentes a suscribir el acta, a lo que estos pueden rehusarse. En este caso la misma podrá autorizarse, dejando constancia de esa negativa”.

Art. 312.- VALOR PROBATORIO. El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario tenga a la vista a la verificación de su existencia y su estado. En cuanto a las personas se circunscribe a su identificación si existe, y debe dejarse constancia de las declaraciones y juicios que emitan. Las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial.

Es el último de los arts. que la reforma dedica al tema de las actas notariales, otro de los fuertemente cuestionados por sus comentaristas.

Dejando de lado la controvertida materia que regula, el valor probatorio de las actas notariales, el texto no sólo es cuestionado en cuanto a su contenido

tancia” y Ley Notarial de la Ciudad de Buenos Aires Art. 83, inciso d “...podrán autorizarse aún cuando alguno de los interesados rehusase firmar, de lo cual se dejará constancia”.

²⁷ Juzg. 1 Inst. C y C 3 de Pergamino. Autos “S.R.V c A.A s/inc. de redargución de falsedad” 26/3/86. REVISTA NOTARIAL N° 86-1027. “Es imprescindible la invitación a suscribir el acta y su consignación en el texto del instrumento, así como la eventual negativa. La ausencia de la mención sobre el particular, priva al instrumento de plena fe que goza y por consiguiente no prueba en los términos del art. 993 del CC. No reuniendo el acto las formas prescriptas por la ley, no cabe otra alternativa que afirmar que carece de eficacia como instrumentos públicos. Siendo nula la escritura no resulta computable como prueba”.

y a la forma de redacción, que generó confusión al respecto, sino que hasta se pone en duda la necesidad de su incorporación, y se recomienda su eliminación; criterio este que, luego de realizar el análisis del mismo, compartimos como el más acertado.

Ello es porque el Anteproyecto de Reforma ya regula, en el capítulo que dedica a los instrumentos públicos, lo referente a su valor probatorio; y más aún, creemos que lo hace en forma clara y acertada²⁸.

Por ello es que nos preguntamos ¿qué sentido tiene incorporar un art. sobre el valor probatorio de las actas notariales, cuando el proyecto ya legisló, a nuestro entender, en forma positiva, la materia en lo relativo a los instrumentos públicos en general; lo que se extiende también a las actas notariales por ser tales? Creemos, en consecuencia, innecesaria la inclusión del art. comentado, debiendo aplicar supletoriamente lo normado en cuanto al valor probatorio de los instrumentos públicos en general.

De resultar, de todas formas, contemplado por el legislador, vemos como incompleta la mención que el mismo hace al decir “que el notario tenga a la vista”, por cuanto sabemos que el objeto de constatación no sólo puede ser un hecho que el notario ve, sino también que éste oye, toca o en términos generales, *percibe por medio de sus sentidos*.

Por tal motivo, proponemos modificar el texto del Anteproyecto en este art. por el siguiente: “*El valor probatorio de las actas se circunscribe a los hechos que el notario perciba POR MEDIO DE SUS SENTIDOS...* ”.

En cuanto a la última parte del artículo “las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial” de lo que hemos comentado al analizar el primer art. de la reforma, consideramos que resulta más conveniente y prolijo incorporarlo a la última parte del art. 310 del Anteproyecto, y no al presente.

CONCLUSIÓN

Hace ya tiempo que la doctrina notarialista reclama la regulación de las cuestiones notariales a nivel nacional, a tal punto que, como se citó en el desa-

²⁸ Art. 296 del Anteproyecto: “Eficacia Probatoria: El instrumento público hace plena fe: a) en cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o comercial; b) en cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario”. El mismo toma lo contenido en el actual Código en sus arts. 993 al 995.

rrollo de este trabajo, se ha llegado a delinear un Anteproyecto de Ley Notarial Nacional. Las actas notariales, como instrumentos públicos, no escapan a este pedido general.

Es por ello que, si bien el Anteproyecto de Código Único, está lejos de convertirse en una norma que contemple y regule todas las cuestiones que hacen al quehacer notarial, sí constituye un acierto en términos generales, al dedicar dentro de su articulado, un capítulo dedicado a esta importante materia de la práctica notarial, dando así respuesta al anhelo del notariado, de contar con una legislación nacional, al menos en este aspecto.

Reconociendo este acierto del reformador, y habiendo marcado durante el desarrollo del presente trabajo los puntos que consideramos positivos y negativos del proyecto, finalizamos con las ponencias resultantes del presente análisis.

PONENCIAS

El sistema legislativo argentino actualmente vigente a nivel nacional no contempla ni regula al acta notarial. El Código Civil, en su redacción actual, no alude a las mismas en forma expresa, sino indirectamente por la mención que en su art. 979 hace de los instrumentos públicos. Como instrumento público, queda comprendida en la propia regulación del Código Civil, pero como documento notarial en particular se encuentra regulada por leyes notariales locales dictadas por las provincias.

El Anteproyecto de Reforma y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación innova respecto a la situación vigente, al incorporar al articulado de la ley de fondo nacional la regulación del acta notarial, pasando a aplicarse las nuevas normas del código en reemplazo de las leyes locales.

El art. 310 del Anteproyecto, al dar la definición de acta notarial, claramente delimita el campo de estas al de los hechos.

Resulta incompleta la definición que el mencionado art. efectúa, por cuanto al utilizar la frase "que tienen por objeto la comprobación de hechos", sólo se referiría a las actas de constatación, dejando de lado otros tipos como las de manifestación o notoriedad. Por tal motivo, se propone como más apropiado el siguiente texto: "Art. 310. Actas. Se denominan actas los documentos notariales que tienen por objeto la comprobación y fijación de hechos, modificaciones, y otros requerimientos y diligencias".

El inciso a) del art. 311 del Anteproyecto sienta el principio según el cual la actuación notarial, en todos los casos, debe ser precedida por el requerimiento del interesado, el cual, en el caso de las actas notariales queda plasmado de forma más notoria que en el resto de los instrumentos notariales.

Congresos y Jornadas

Según el inciso b) del art. 311 del Anteproyecto, cuando el requirente interviene en representación de una persona física o jurídica, no será necesario acreditar la personería invocada, bastando con la sola manifestación para tener por acreditada la misma. De todas formas, y cuando las circunstancias del caso lo permitan, se recomienda acreditar personería para así evitar los inconvenientes de tener que probarla luego en caso de que el objeto del requerimiento se dirima en juicio.

Por lo regulado en el inciso c) del art. 311 de la proyectada reforma, no resulta necesario justificar la identidad de los requeridos y personas con las que el notario se encuentra en el cumplimiento de la diligencia notarial, bastando con la mención de que estaban presentes y sus datos según lo manifiesten.

Resulta acertada la enumeración amplia que el mismo inciso efectúa al utilizar la frase “a los efectos de realizar las notificaciones, requerimientos y otras diligencias”, que contempla así todos los tipos de actas.

En su redacción general, el inciso d) del art. 311 del Anteproyecto, contempla el principio según el cual es necesaria la acreditación de identidad y cometido que el notario debe formalizar respecto al requerido y sujetos presentes al momento de la diligencia, para dar cumplimiento al derecho de defensa en juicio, normado por el art. 18 de la constitución Nacional.

Es oportuna, en este sentido, la utilización de los términos “*deben ser* previamente informados” y no “*pueden ser*”, dando así a lo normado una connotación imperativa.

Se recomienda la eliminación de la frase “en la medida que el objeto de la comprobación lo permita” en el mencionado inciso, por cuanto parecería permitir en ciertos casos poder dejar de lado esta obligación de acreditación notarial, afectando así el derecho de defensa en juicio, y por ser poco claro en su formulación y alcances.

Es acertado el texto final del inciso “se deben hacer constar en el documento las manifestaciones que se hagan”, por cuanto se legisla el derecho a réplica que incumbe al requerido en cumplimiento también del derecho de defensa en juicio.

Respecto del inciso e) del art. 311 del Anteproyecto, se recomienda su modificación, sentando el principio según el cual el requirente debe estar presente al momento de efectuar la diligencia. Sólo excepcionalmente y cuando el caso lo amerite, a criterio del notario, podrá el escribano cumplir la diligencia sin la concurrencia del primero. En consecuencia, se propone el siguiente texto: “*inciso e) el notario practicará las diligencias en presencia del requirente. PODRÁ únicamente practicar las mismas sin su concurrencia, cuando, a su criterio y por el objeto del requerimiento, ello se haga necesario o conveniente, de lo que se dejará constancia en el acta*”.

Si bien el inciso f) del art. 311 de la proyectada reforma es claro en cuanto al objeto que regula, el tiempo y forma en que deben redactarse las actas nota-

riales, no lo es en los términos que emplea, por cuanto no define qué es lo que exige que se extienda por “en el mismo día”.

Se recomienda incorporar al final del mismo inciso la siguiente regulación: “en caso de que el notario realice en distintas oportunidades o lugares el requerimiento y la diligencia, porque las circunstancias del caso lo hacían conveniente, deberá dejar expresa constancia de ello en el texto del acta, invitando a todos los presentes a trasladarse al lugar donde redactará la misma, para su suscripción”.

Se recomienda redactar el inciso g) del art. 311 del Anteproyecto en los siguientes términos: “el notario invitará a todos los presentes a suscribir el acta, a lo que éstos pueden rehusarse. En este caso, la misma podrá autorizarse, dejando constancia de esta negativa”.

Se recomienda la eliminación del art. 312 de la proyectada reforma, por cuanto el Anteproyecto ya regula, en su art. 296, lo relativo al valor probatorio de los instrumentos públicos, norma que se aplica supletoriamente al acta notarial por ser tal.

Resulta incompleta la mención que el art. 312 hace al decir: “a los hechos que el notario tenga a la vista”, por cuanto el objeto de la constatación no sólo puede ser un hecho que ve, sino también que oye o toca. En términos generales, que percibe por sus sentidos.

Se considera que la frase: “las declaraciones deben referirse como mero hecho y no como contenido negocial” incorporada a la última parte del art. 312 del proyecto, debería agregarse al art. 310 del mismo, al referirse a la definición de acta notarial.

BIBLIOGRAFÍA

BUSACCA, Claudia L. y Fernández de Bussón, Liliana. “Actas Notariales”. En *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*. Directora: Cristina Noemí Armella. Tomo II. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

ESCARTIN IPIENS, José Antonio. “El Acta Notarial de presencia en el proceso”. Revista del Notariado N° 399. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y Actas Notariales*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

PELOSI, Carlos A. *El Documento Notarial*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1987.

Congresos y Jornadas



Nuestra Revista

HACE 90 AÑOS...

AÑO XXVIII

LA PLATA, (R. A.), AGOSTO DE 1923

NÚM. 346

LA REVISTA NOTARIAL

ORGANO DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PUBLICACIÓN MENSUAL

Redacción y Administración

Calle 13 núm. 760 entre 47 y 48

Local del Colegio de Escribanos

N. de la R.— La Redacción de la Revista previene a sus lectores que ni ella ni el colegio se solidarizan en forma alguna con las ideas que se viertan en los artículos que publique, las que van siempre por cuenta exclusiva de sus autores, a cuyo efecto es requisito indispensable la firma en todo artículo que se envíe para su publicación.

DACION EN PAGO

Por Félix Emeroni

(Continuación)

La *res mobilis*, trae siempre consigo la presunción de que la posesión representa su título y escapa generalmente dentro de las consecuencias inmediatas de ésta situación; pero, en cuanto a los inmuebles y con efecto a las relaciones que se producen cuando han pasado de un acreedor ó heredero putativo de buena fé a un tercero, también de buena fé, la cuestión presenta la misma gravedad, y tan es así que todos los autores que se han ocupado, están concordes en significarle alta trascendencia.

Giorgi, teoría de las obligaciones, tomo V, pág. 186 N° 128, trata la cuestión de una manera azás interesante y que será necesario examinarlo a través de sus concepciones jurídicas de significado relieve.

Manifiesta que en derecho romano el pago indebido transfería siempre la propiedad; y la obligación de restituir a que quedaba sujeto quién había recibido una cosa que no se le debía, creaba una relación jurídica meramente personal, *quasi ex contractu* entre el autor del pago y el que lo recibía. Nunca se extendían a los terceros los efectos de ésta abligación, pues quedaban a cubierto de la reivindicación, porque habían adquirido el dominio. Esta doctrina se mantiene sin alteración hasta que Pothier hizo una modificación sustan-

cial, concediendo al *solvens* una acción *utilis in rem* contra el tercero adquirente a título lucrativo ó de mala fé.

Luego de éstos precedentes, el silencio del Código de Napoleón y del Código Italiano, ha dividido a los escritores en diferentes escuelas. Bugnet se muestra inclinado a adoptar la temperación de Pothier. Pero está solo, porque éste partido no cuenta con el aplauso de los otros comentadores los cuales le acusan de dos pecados gravísimos é imperdonables; ser arbitrario y estar falto de fundamento en los principios generales del derecho positivo. También Tullier y Del Vincourt, aunque admiten la distinción entre tercero de buena fé y tercero de mala fé, no participan por otra parte del criterio de Pothier, sinó que sujetan al poseedor de mala fé a la acción de restitución por una obligación personal derivada de su mala fé y fundamentan su criterio en las labores preparatorias del Cód. de Napoleón. Los diversos escritores se han entregado empeñosamente a investigar si la propiedad puede transmitirse al tercero por el *accipiens* que la recibió indebidamente; y la mayor parte se aleja del derecho romano. Durantón, Marcadé, Larrombiere, Chambon, Laurent, Aubry et Rau, Massé et Vergé y Demolombe, niegan efectivamente la transmisión de la propiedad del *solvens* al *accipiens*; y de ahí que al *accipiens* no puede, según ellos, transmitir al tercero adquirente un derecho de propiedad que no goza el mismo. El tercero queda por éste sujeto a la acción de reivindicación del *solvens*. Para mitigar, por otra parte, la rigurosidad de ésta doctrina, la mayor parte de los autores citados quiere que el *solvens*, al reivindicar su cosa y quitarla de las manos del tercer poseedor, deba dejar libre al *accipiens bonae fidei*, de todas las consecuencias de la evicción que excedan del precio recibido por él. Creen conciliar así el art. 1.380 del Cód. de Napoleón con el derecho de reivindicación.

Esa es la doctrina mas en boga, pero es fácil de ver las graves consêcuencias que produce. En efecto, supuesto que la propiedad del inmueble indebidamente pagado no pase del *solvens* al *accipiens*, se sigue la nulidad de todas las servidumbres, de todas las hipotecas constituidas, no solo por el tercero poseedor, sinó tambien por el *solvens*; la nulidad tambien de todos los actos traslativos de dominio ejecutados por éste, antes, pues de aceptarla como nuevo evangelio es indispensable someterla un poco a la crítica y veámos si se puede aceptar ante los dictados de la razón y de los principios cierto del derecho. Y ante todo estamos equivocados,

ó verdaderamente la escuela predominante desnaturaliza la acción de repetición de lo indebido y subvierte las reglas más inconcusas seguidas tradicionalmente sobre la índole de la misma?

Hasta ahora, no solo los romanistas, sino los catedráticos modernos, los comentadores del Código francés, habían enseñado que la acción de repetición de lo indebido, cualquiera que sea su objeto es meramente de índole personal, como que nace de un cuasi contrato y regula un derecho de obligación. Al contrario; con la nueva doctrina se muda la naturaleza de la acción; y siempre que existe el objeto material del pago indebido se convierte en una reivindicación, *actio in rem*. Mas bien, puesto que el *tantundem* no se debe sino subsidiariamente, es decir, cuando la restitución de la cosa misma no sea posible, sería forzoso decir que la acción se ha transformado absolutamente. Por regla general, sería una reivindicación; por excepción una acción personal.

Falta en realidad, base para ésta transformación en los Códigos francés é italiano. En efecto, en sentir de los fautores de la nueva escuela, los jurisconsultos romanos habrían cometido un grande despropósito cuando atribuyeron al pago indebido la virtud de transmitir la propiedad; y debemos dar gracia a los legisladores modernos por haber en este punto restablecido la armonía entre los principios del derecho positivo y los dictados de la razón, sancionando que la falsa causa no produce efecto alguno. Y como el pago indebido es un pago fundado en falsa causa, según éste nuevo principio no produce ningún efecto y no tiene poder para transmitir la propiedad. Por otra parte, respondemos, las disposiciones dictadas por los Códigos modernos respecto a la causa falsa se refieren solamente a las obligaciones nacidas de contrato; no se extienden a las otras especies de actos jurídicos. Ya lo dijimos, y no tenemos hoy necesidad de repetir, que la causa es en el derecho positivo moderno un cuarto requisito de las obligaciones contractuales, y sus reglas son relativas exclusivamente a los contratos. No es de creer que los legisladores modernos, creando este cuarto requisito en las obligaciones contractuales, hayan puesto de acuerdo el derecho de los pronunciados de la razón. Todo lo contrario: era mucho más razonable el derecho romano al considerar la causa como un motor del consentimiento y un elemento integrante de la voluntad; y es ilógico hacer de la causa un requisito de los contratos subsistente por sí y di-

verso de los motivos del consentimiento; como es contradictorio el atribuir a la falsa causa tanta fuerza jurídica para anular absolutamente la obligación, cuando el error se ha reconocido en otra ocasión por el legislador como un simple vicio del consentimiento, que unicamente hace susceptible de nulidad relativa la obligación contractual. Decían bien y eran más consecuentes consigo mismos aquellos jurisconsultos romanos que sostenían que un pago, aún hecho por causa falsa, transfería la propiedad. En efecto, si a la tradición material de la cosa pagada se añade la voluntad, por ambas partes asegurada, de transferir la propiedad, ¿que falta para que se produzca el efecto deseado, para que la propiedad quede transmitida? Ciertamente la voluntad fué malamente informada y movida; pero esto no quita que la voluntad existiera. Una vez adoptado, como se han hecho los Códigos modernos, el principio *qui vi aut errore consentit, attamen consentit*, para ser lógicos precisa estimar idóneo para transmitir la propiedad también el pago hecho por error. Queda solo al solvens la acción cuasi *ex contractu* para obtener en virtud de la obligación personal del *accipiens* la restitución ó el *tántundem*.

Giorgi y con él, creemos preferible el sistema de Pothier, según el cual la propiedad del inmueble indebidamente pagado se traspassa al tercero y no puede ejercerse la acción de reivindicación. Si aceptamos la tendencia de Pothier como preferente a la derivada del derecho romano, es porque estamos de acuerdo con la idea de someter a la acción de restitución al tercero adquirente mediato, cuando es de mala fé *ab initio* o hayan adquirido a título lucrativo.

(Continuara)



Derecho Registral

Casos de inexactitudes registrales en relación al tracto sucesivo abreviado*

Marcelo Eduardo Urbaneja

1) GENERALIDADES

Con anterioridad nos cupo abordar, en sendos Seminarios, temáticas vinculadas a las inexactitudes registrales, en donde procuramos subrayar los principios generales de la disciplina y aplicarlas a problemáticas notariales frecuentes¹.

En esta oportunidad se analizará la vinculación que guardan dichas inexactitudes con el tracto sucesivo abreviado, cuya regulación se centra en el art. 16 del decreto-ley 17.801/1968, Ley Nacional Registral.

De adherir a la concepción más laxa sobre el concepto de las inexactitudes registrales, todos los supuestos que hoy nos ocupan lo estarían configurando, desde que esta modalidad del tracto sucesivo implica la llegada al registro inmobiliario de más de un acto, por lo que al menos el primero de ellos podría incluirse en el art. 34 de la Ley Nacional Registral.

Se requiere, en suma, la indispensable consideración de ciertos prenotados del prin-

** La versión original del presente trabajo corresponde al presentado en la disertación en el LXIV Seminario Laureano Arturo Moreira de la Academia Nacional del Notariado. Se publica con ligeras modificaciones y adaptaciones de su autor para REVISTA NOTARIAL.*

cipio registral en consideración, a propósito de sus perfiles más polémicos y que impliquen resultados diversos en función de la tesis asumida.

Dado que los casos que en el apartado siguiente se analizarán se entrelazan con determinadas concepciones del tracto sucesivo abreviado, es menester ponderarlas brevemente aquí para poder justificar las soluciones que luego se propondrán.

A) Alcance sustantivo o formal del tracto sucesivo. Derivaciones prácticas

SUMARIO

- 1) *Generalidades.*
 - A) *Alcance sustantivo o formal del tracto sucesivo: derivaciones prácticas.*
 - B) *El tracto sucesivo abreviado: modalidad o excepción del tracto sucesivo "ordinario" y carácter enunciativo o taxativo de la enumeración legal.*
- Derivaciones prácticas.*
 - C) *La presentación conjunta de diversos actos no simultáneos.*
- 2) *Casos particulares.*
 - A) *Aclaraciones comunes a todos los supuestos.*
 - B) *Hipoteca por los herederos.*
 - C) *Cumplimiento de boleto suscripto por el causante.*
 - D) *Fallecimiento de divorciado sin haber liquidado la sociedad conyugal.*
 - E) *Particiones: a) con adjudicación de nuda propiedad y usufructo; b) no notarial homologada y enajenación por adjudicatario; c) "parciales".*
 - F) *Gravitación de la "homologación" judicial.*
 - G) *Venta de parte indivisa de inmueble integrante de comunidad hereditaria no disuelta. Bibliografía.*

Se impone consignar en primer lugar (aunque no sea usual este método de análisis) si el tracto sucesivo "ordinario" representa una exigencia sustantiva, que hace a la legitimación, o si es un recaudo extraño a ella, de corte formal y vigencia exclusivamente registral.

Resulta habitual, en materia de principios registrales, utilizar diversos criterios clasificatorios. El que mayores derivaciones prácticas proporciona es el que fuera sugerido por GARCÍA Y GARCÍA en España y adaptado a la legislación nacional por GARCÍA CONI y FRONTINI², que diferencia aquellos principios que son requisito de la registración de los que son efecto de la misma. Entre los primeros se ubica al tracto sucesivo (y por derivación a su modalidad abreviada), por lo que se descartan proyecciones sustantivas a su respecto.

Advertimos alguna inconsecuencia en las convicciones que sobre el particular exhibe la generalidad de la doctrina, cuando se pregona a este principio como un reflejo del *nemo plus iuris* del 3270 del Código Civil (o, mejor, *nemo dat quod non habet*) y, a la vez, no se lo vincula a la validez del acto sino sólo a la

registración.

La contradicción radica en que el recaudo de la titularidad del derecho en el transmitente se erige en requisito de validez de la enajenación (arts. 2601, 2603 y concordantes), aunque su ausencia pueda ser subsanada por diferentes vías (como la convalidación del art. 2504) o aunque se debata si este defecto ocasiona nulidad o inoponibilidad³.

Por ello, emparentar aquel principio de los derechos reales con el tracto sucesivo del art. 15 de la Ley Nacional Registral arrima fundamentos a la tesis contraria que en franca minoría sostiene, a través de una peculiar lectura del art. 23, que el defecto del tracto sucesivo obstaculiza la propia transmisión y no sólo su vuelco registral⁴.

Naturalmente toda consideración de esta controversia obliga a diferenciar sus alcances según los caracteres de cada ordenamiento registral, puesto que el principio, presente en todos los registros dominiales⁵, cobra significación diversa según se obtengan efectos declarativos o constitutivos.

Ciertamente no influye en su alcance la técnica registral empleada, que sólo variará su reflejo material, pero no su existencia, aunque para el régimen español se sugiera lo contrario⁶. Asumir esa interpretación en el ordenamiento argentino equivaldría a suponer que los organismos que aún cuenten con folios personales o personal-cronológicos vigentes (que son la mayoría y que deberán incorporar la técnica del folio real en "el tiempo y forma que determine la reglamentación local") harían una aplicación diversa de la legislación de fondo, meditación que aquí deviene constitucionalmente inadmisibles.

Participamos de la convicción generalizada que exige el tracto sucesivo para la registración y no para el otorgamiento, con los sustentos argumentales más difundidos. Pero fundamentalmente, porque así lo demuestran los arts. 26 y 2º de la Ley Nacional Registral, dispositivo, este último, que desvanecería su significado si al dueño se le vedara el otorgamiento de actos jurídicos reales, confinando sus facultades a la constitución de derechos personales y a la realización de actos materiales. En suma, se le negarían prerrogas

¹ URBANEJA. "Metodologías...", págs. 53 a 75; ídem. "Metodologías... Segunda parte", págs. 17 a 23.

² GARCÍA CONI y Frontini. *Derecho registral...*, pág. 94.

³ Un resumen de la polémica se volcó en las opiniones encontradas de Alterini y Cifuentes en el voto de la Sala C, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, LL, 1979-B-259.

⁴ VILLARO. *Derecho Registral...*, págs. 65 y 116.

⁵ GARCÍA CONI. *Derecho Registral...*, pág. 104.

⁶ ROCA SASTRE-Roca Sastre Muncunill. *Derecho...*, tomo II, pág. 327.

⁷ Así VILLARO. *Derecho Registral...*, págs. 23 a 41.

tivas propias de quien ostenta un derecho real, concediendo a la inscripción, por vía inidónea, efectos constitutivos, que los cultores de esta concepción sobre el tracto sucesivo abreviado han sostenido⁷.

Por tanto, en el régimen inmobiliario argentino parece conveniente, como propusimos en ocasión del XIV Congreso Nacional de Derecho Registral (Carlos Paz, Córdoba, 2006), desvincular el tracto sucesivo del *nemo plus iuris*.

Obsérvese que el art. 15 de la Ley Nacional Registral contiene dos segmentos diferenciables, aunque se atribuyan a esa redacción derivaciones con las que no comulgamos⁸.

Por la primer parte, se exige la previa inscripción; por la segunda, el “encadenamiento” de transmisiones. Se ha dicho que así se reflejan los dos matices del principio, el de identidad y el de continuidad⁹ o concatenación¹⁰.

Parece poco dudoso que al menos esta última proyección se aplique *también* a las adquisiciones originarias, las que, sin duda, quedan fuera del alcance del art. 3270 del Código Civil.

Así, respecto de la usucapión, cabe puntualizar que los códigos procesales exigen, cuando esa causa adquisitiva se interpone como acción, acompañar al proceso el informe dominial del que surja la individualización del dueño, para que la pretensión se oponga contra él.

Por lo tanto, aun cuando se cancelara la matrícula anterior y se abriera una nueva (proceder de varios organismos cuando la configuración física de lo usucapido es distinta de lo registrado), se seguiría observando el “encadenamiento”, desde que el registro inmobiliario debe calificar la referencia al objeto y al titular (o la referencia, en el instrumento judicial, a que se inscriba independientemente de la titularidad vigente).

Cabe observar, aunque no corresponda profundizar la cuestión aquí, que esa habitual “cancelación” de la matrícula guarda poca relación con los supuestos en los que la Ley Nacional Registral admite la confección de nuevos folios provenientes de uno existente (art. 13), y que semejante costumbre sólo podría sustentarse con una muy generosa lectura del art. 11.

De este pensamiento deriva, ineludiblemente, la posibilidad de aplicar el tracto sucesivo abreviado a quien adquirió por usucapión y pretende

⁸ Como las que propone VILLARO. *Derecho Registral...*, pág. 64; Ventura, *Tracto...*, pág. 87.

⁹ LÓPEZ DE ZAVALÍA. *Curso...*, págs. 344 y 345.

¹⁰ SARUBO, Oscar Eduardo. “El tracto sucesivo...”, pág. 161.

¹¹ GARCÍA CONI. *El contencioso...*, págs. 98 y 99; Cornejo, *Derecho...*, pág. 123; Ormaechea, “Registro...”, pág. 754; Gattari, *Práctica...*, págs. 225 a 227; Palmiero y Ruiz de Erenchun, “La propiedad horizontal...”, pág. 332.

inscribirla simultáneamente con la transmisión dominial a un tercero. Esta tesis ha sido compartida por una sostenida doctrina¹¹, por dos Congresos Nacionales de Derecho Registral (el XI -Bariloche, provincia de Buenos Aires, 1999, tema II, capítulo III- y el XIV -Carlos Paz, provincia de Córdoba, tema 2-) y por el registro inmobiliario bonaerense a través del dictado de la DTR 6/2009 (postura anticipada en los considerandos de la DTR 14/1983, aunque normativamente vedada por la DTR 19/1991). Nos permitimos aventurar que, aun, esta perspectiva puede nutrirse también de la “Carta de Buenos Aires” (I Congreso Internacional de Derecho Registral, Argentina, 1972), al referir a la necesidad que las constancias registrales indiquen “el historial completo de los bienes” (punto XII de la primera parte).

De esta manera se vigorizan los fundamentos de la posición mayoritaria, que afirma la validez del acto dispositivo aun cuando la previa inscripción no se respete¹², más allá, naturalmente, de su oponibilidad limitada.

Es también la interpretación de las leyes registrales locales, que suelen atribuir a la falta de registración previa de la titularidad del transmitente el carácter de un defecto subsanable que admite la inscripción provisoria (como, v. gr., las de las provincias de Buenos Aires -art. 8, inciso d, decreto 5479/1965-, de Córdoba -art. 12, ley 5771- y de Santa Fe -art. 15, inciso 3, ley 6435-). Por ello, de obtenerse la inscripción del documento antecedente luego del otorgamiento del consecuente, pero antes de su presentación a inscribir, la registración del segundo será definitiva.

La tesis opuesta indica que el tracto sucesivo y, por ende, su variante abreviada, se quiebra cuando de adquisiciones originarias se trata (así, XXVIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, Córdoba, provincia homónima, 1991, tema VI). Subyace implícitamente aquí la analogía con el mentado principio del *nemo plus iuris*.

Acaso esta tesis perfiló nítidamente la indebida correlación que se establece entre la naturaleza originaria o derivada de una adquisición con la posibilidad de aplicar, a su respecto, la abreviación del tracto¹³.

¹² Conf. COGHLAN. *Teoría general...*, págs. 26, 27 y 157, y Ruiz de Erenchun, ponencia...

¹³ Es lo que parece surgir de afirmaciones como la de VENTURA, para quien la variante abreviada del tracto puede aplicarse a la usucapión (Ventura, *Tracto...*, págs. 294 a 296), pero a su vez indica que la identidad (que a su juicio configura uno de los elementos del tracto) se quiebra en los supuestos de adquisiciones originarias (ídem, pág. 182 y nota 20 en la misma página).

¹⁴ Por ser estos alcances ajenos a la problemática que abordamos, remitimos al estudio de Mariani de Vidal, Kiper y Goldenberg, “Efectos de la adquisición...”, págs. 942 y sgtes.

No cabe soslayar, finalmente y para acompañar otros fundamentos a la postura afirmativa, que la naturaleza originaria de una adquisición se proyecta más sobre la inexistencia de defectos en el derecho adquirido que en la supresión de otros derechos reales, que, en ciertas ocasiones, pueden subsistir¹⁴.

B) El tracto sucesivo abreviado: modalidad o excepción del tracto sucesivo “ordinario” y carácter enunciativo o taxativo de la enumeración legal. Derivaciones prácticas

Por fin, parece incuestionable su carácter de *modalidad* del tracto sucesivo y no de *excepción* al mismo, tesitura pioneramente pregonada por el maestro GARCÍA CONI desde 1972¹⁵. Esta concepción, que posteriormente constituyó el caudal netamente dominante de las reflexiones autorales, encontró aislado pero meduloso eco jurisprudencial en una recordada sentencia de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil¹⁶. Es sabido que la postura contraria, sostenedora de su carácter de excepción respecto del tracto ordinario, cuenta con muy aislado reflejo¹⁷. Como se sostuviera con acierto, las únicas excepciones estarían configuradas: a) por la necesidad de título inscripto a la vista (art. 23); b) por la certificación a tal efecto (*idem*)¹⁸. Para estos últimos requisitos confirma lo sostenido el art. 26. Podría agregarse, entre los dispositivos exceptuados, a la primera parte del art. 15 (la necesidad de “previa” inscripción) si atribuimos a la expresión allí contenida un alcance cronológico y no lógico.

La controversia recién contemplada, en apariencia sin trasunto práctico, se refleja, de ordinario, en la generada por otra, la de saber si el carácter de la enumeración del art. 16, inciso d), de la Ley Nacional Registral, es enunciativo o taxativo. La primera idea se emparenta con la tesis mayoritaria que pregona la esencia modal de la abreviación del tracto; la taxatividad, con la posición minoritaria, que sustenta su naturaleza excepcional.

Corresponde apuntar que esta última, no obstante, atenúa su aparente

¹⁵ GARCÍA CONI. *Derecho Registral...*, pág. 146.

¹⁶ “SOLARI COSTA, Osvaldo s/ recurso de recalificación”, Sala D, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 14/03/1985, LL 1985-B-539 y siguientes.

¹⁷ El autor que sustenta este pensamiento, Villaro, insiste en 2010 con su tesis esbozada en los albores de la legislación de 1968 (Villaro y Bidart, *Legislación registral...*, págs. 25 y 26; Villaro, *Derecho Registral*, págs. 117 y 127). Su interpretación parece contar con la adhesión de De Reina Tartière, en *Principios...*, pág. 171.

¹⁸ GARCÍA CONI. *Derecho Registral...*, pág. 147.

¹⁹ VILLARO, *Derecho Registral...*, pág. 127. Conf., XII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Paraná, provincia de Entre Ríos, 1975, despacho 4).

rigor cuando postula que la nómina del citado dispositivo legal refleja clases de actos¹⁹, lo que permite ensanchar sensiblemente los límites de su estricta literalidad.

Si bien el parecer restrictivo es cuantitativamente limitado entre los estudiosos de la asignatura, diversos registros inmobiliarios acompañan sus postulados, acaso vigorizados por el pronunciamiento de los propios funcionarios en la XII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Paraná, provincia de Entre Ríos, 1975, despacho 4). El caso emblemático resulta el del organismo porteño, que, sin embargo, en las últimas tres décadas comenzó un proceso gradual pero sostenido de acercamiento a las posiciones amplias.

Su par bonaerense, en cambio, fue tradicional estandarte de la concepción mayoritaria, ya que si bien la primera DTR que expresamente asume la concepción amplia data de 1983, durante la Dirección de GARCÍA CONI (1969-1973) esa aplicación se consideraba principio rector y, además, una DTR de 1974 ya admitía el otorgamiento de reglamento de copropiedad y administración por los herederos (la 5/1974).

Participamos de la posición dominante en función de buena parte de los argumentos que desde ella se han brindado, comenzando por el más elemental y, por ello, frecuentemente omitido: el inicio del art. 16, que establece la innecesariedad de la previa registración, "a los efectos de la continuidad del tracto". Si con esta afirmación ya se descarta la posibilidad de configurar una excepción, su desvinculación de los efectos sustantivos del registro, anteriormente señalada, persuade de su carácter enunciativo.

C) La presentación conjunta de diversos actos no simultáneos

Del carácter formal que se atribuye al tracto sucesivo se deriva la posibilidad de presentar conjuntamente al registro inmobiliario múltiples instrumentos no inscriptos, aun cuando no hayan sido otorgados de manera simultánea. Esta alternativa, de pacífica acogida doctrinaria, se reafirmó en el recordado XIV Congreso Nacional de Derecho Registral.

De atenerse a la literalidad de la norma del inciso d) del art. 16 de la Ley Nacional Registral, el supuesto excede su marco, ya que el término "instrumentaciones" hace evidente referencia a otorgamientos, que en el caso contemplado no son simultáneos.

Hay quienes entienden aquí que se está en presencia de una visión más

²⁰ VENTURA, *Tracto...*, págs. 184 y 185.

²¹ PALMIERO y Ruiz de Erenchun, "La propiedad...", págs. 330 y 331.

Derecho Registral

amplia del tracto sucesivo abreviado, configurada por la "presentación simultánea"²⁰. La idea había sido esbozada poco después de entrar en vigencia la Ley Nacional Registral²¹.

Poco interesa la ubicación conceptual de este proceder, desde que, reiteramos, la falta de previa inscripción no impide el otorgamiento y culminará, a lo sumo, en una inscripción provisoria.

Claro que el dueño no inscripto no podrá beneficiarse de la reserva de prioridad indirecta y deberá soportar las eventuales prerrogativas de terceros que, amparados en la publicidad del Registro (que anuncia como titular a quien a su tiempo le transmitió), hayan adquirido derechos en consecuencia. Naturalmente que esos terceros, como ya es de pacífica convicción en nuestro medio, deberán ser de buena fe y, por ello, no estar alcanzados por la oponibilidad generada por las publicidades cartular y posesoria²².

Respecto a la actuación notarial, cuadra advertir que la necesidad de contar con "título inscripto a la vista", mentada en el art. 23, no refiere al instrumento del disponente actual sino al de quien aparezca como último titular para el Registro. Por ello, el notario cumple su deber funcional si se le exhibe ese documento inscripto más todos los que de él deriven (no inscriptos), acreditando así la legitimación de quien dispone hoy. Esta conclusión, afirmada en el propio texto legal, fue sostenida por la XXV Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, 1983).

No cabe atender aquí la inquietud sobre la naturaleza de los instrumentos presentados, que algunos esgrimen en materia del inciso d) del art. 16 de la Ley Nacional Registral. El carácter notarial, judicial o administrativo de ellos no impide su presentación conjunta.

2) CASOS PARTICULARES

A) Aclaraciones comunes a todos los supuestos

Dentro del amplio espectro de polémicas a que el tracto sucesivo abreviado ha dado lugar, de manera esquemática enunciamos la posición que asumimos respecto de todas ellas, a modo de fundamento de las soluciones propuestas luego de manera específica:

²² Sobre la sensible cuestión de la publicidad cartular nos ocupamos en URBANEJA, "Proyecciones...", y Urbaneja, "Las prohibiciones de enajenar...".

Extensión del tracto sucesivo a otras situaciones no dominiales

Del propio texto del art. 15 surge con nitidez la aplicación del tracto sucesivo a otras situaciones jurídicas diferentes al dominio. Allí, que se habla de los “demás derechos registrados”, se incluyen también algunas circunstancias de frecuente realización, como la cesión de crédito hipotecario o la transmisión que el usufructuario realiza a quien adquiere, por el mismo acto, la nuda propiedad (art. 2931 del Código Civil). También corresponde aplicarlo a los supuestos de extinción, como rigurosamente puntualiza la parte final de la norma.

En suma, en todos estos otorgamientos resulta de imprescindible calificación la inscripción de quien aparece transmitiendo, renunciando o cancelando su derecho.

Cantidad de asientos y técnica para su vuelco en el folio real

Contra lo que es común afirmar²³, la abreviación del tracto no implica unificación de asientos, sino unificación de rogación. Es decir que una sola rogación puede incluir diversos actos (así, el clásico supuesto de declaratoria de herederos y venta, o compra e hipoteca simultánea), pero nada dice la Ley Nacional Registral sobre la necesidad de compendiar en un asiento lo que podría seguir realizando en dos o más²⁴. Que éste sea el proceder habitual, se insiste, no indica que sea el único posible. Adviértase que en ocasiones la realización de un solo asiento deviene impracticable, como la venta e hipoteca simultánea.

Por lo mismo, no corresponde vincular el art. 14 de la misma norma con el tracto sucesivo. Ese dispositivo se contenta con indicar el contenido del folio y establecer el orden cronológico de los asientos “que impida intercalaciones entre los de su misma especie”. Así, se aplica también entre dos embargos presentados en distinta fecha, siendo que no obstante no hay entre ellos tracto sucesivo.

Esta previsión de la Ley Nacional Registral no resulta novedosa, si se atiende a su evidente similitud con el art. 3144 del Código Civil, que impone plasmar la “toma de razón” de las hipotecas “sucesivamente, sin dejar

²³ Entre los primeros, VILLARO y Bidart, *Legislación...*, pág. 26.

²⁴ En el mismo sentido, GARCÍA CONI, *El contencioso...*, pág. 96; Ventura, *Tracto...*, págs. 89, 205 y 206.

²⁵ VENTURA, *Tracto...*, pág. 119.

Derecho Registral

blancos". Más evidente resulta aquí que en nada se encuentra involucrado el tracto sucesivo, pese al adverbio utilizado, puesto que no se refiere a otorgamientos del titular de la hipoteca (como sería la cesión de su crédito), sino a las hipotecas constituidas por el dueño.

Se ha señalado que no se aplica el tracto sucesivo en materia de medidas cautelares²⁵. La afirmación no es compatible si se admite que la posibilidad de alterar el rango comprende también a esos actos precautorios (párrafo agregado por la ley 24.441 al art. 3876 del Código Civil, relacionado con el art. 19 de la Ley Nacional Registral). En tales supuestos, habría que verificar la vigencia registral de la medida cuyo rango se altera.

Simultaneidad: alcance en cuanto al tiempo, al lugar, a la naturaleza y al número de los instrumentos

El inciso d) del art. 16 de la Ley Nacional Registral ha provocado una prolongada controversia sobre la extensión temporal que cabe atribuir a la expresión "instrumentaciones que se otorguen en forma simultánea".

Convencidos como estamos de que todos los argumentos posibles han sido fatigosamente desarrollados, simplemente apuntamos nuestra adhesión a la postura netamente dominante en doctrina, que preconiza la equivalencia de la simultaneidad con el otorgamiento en un mismo día. La tesis fue pioneramente sostenida por GARCÍA CONI (nuevamente al frente de la Dirección del registro inmobiliario bonaerense), quien la volcó al papel en 1972²⁶. Es sabido que diversos organismos (entre otros el registro porteño: art. 36, decreto 2080/1980 -texto ordenado por decreto 466/1999-), sea por su propia legislación orgánica o por vía interpretativa, otorgan un alcance que se restringe a las autorizaciones en el mismo momento o en la misma audiencia notarial.

Si se participa de la perspectiva "amplia", que, como se indicó, es la sostenida por la generalidad de autores y simposios, también debe concluirse en la posibilidad del otorgamiento de actos en distintas demarcaciones (como, v. gr., dos provincias). Conviene reiterarlo ante la inexplicable afirmación que restringe el ámbito territorial a distintas ciudades pero de una misma provincia²⁷.

²⁶ GARCÍA CONI, *Derecho Registral...*, pág. 148.

²⁷ ANDORNO y Marcolín de Andorno, *Ley Nacional...*, pág. 203.

²⁸ VILLARO, *Derecho Registral...*, pág. 121.

²⁹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Ley...", pág. 266; Ventura, *Tracto...*, págs. 271 y 272.

La naturaleza de los documentos ha sido también materia de debate. De un lado, se limita su vigencia a los instrumentos notariales²⁸; de otro, se incluyen también los administrativos y judiciales²⁹.

Respecto a la cantidad de documentos que pueden ampararse en esta norma, la doctrina es también conteste en su amplitud. Los propios registradores han admitido la posibilidad de incluir más de dos, e inclusive vincular el inciso en análisis con el resto de las enunciaciones del art. 16 (despacho 3 de la XV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad, 1978, Corrientes-Neuquén-Santiago del Estero).

Técnica notarial

De los arts. 16 y 26 de la Ley Nacional Registral surge la necesidad de "relacionar", en el documento que pretenda beneficiarse con la abreviación del tracto, los antecedentes que se inscribirán mediante esta técnica. Una consolidada corriente de normas e interpretaciones registrales en diversas demarcaciones han impuesto el deber de "transcribir" dichos antecedentes.

GARCÍA CONI, subrayando la terminología legal, señala la errónea imposición de los registros inmobiliarios, aunque deriven en un proceder de buena técnica notarial³⁰.

Compartimos las objeciones expuestas pero no juzgamos acertado atenuarlas por la supuesta virtud del resultado obtenido. La inspiración subyacente en esas exigencias revela un sostenido avance de las normativas registrales locales por sobre la legislación nacional, que se incrementa progresivamente y concluye por suprimir o invadir la función notarial.

Sin desconocer la eficacia probatoria que importa la transcripción frente a la relación, la terminología escogida por la Ley Nacional Registral encierra un rigorismo de difícil tergiversación, por el secular abolemento que luce en Derecho Notarial.

Los alcances de los conceptos de "transcripción" y "relación", junto con su vinculación a la "protocolización", han sido medulosamente ponderados por el maestro CARLOS ALBERTO PELOSI³¹. Buena parte de las legislaciones notariales locales, seguidoras de los lineamientos del Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales elaborado por el entonces Instituto Argentino de Cultura Notarial, han reflejado conceptos semejantes (así la Provincia de Buenos Aires -art. 162 del decreto-ley 9020/1978- y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -art. 90 de la ley 404-).

En suma, al no imponerse por fuente legislativa idónea, la transcripción

³⁰ GARCÍA CONI, *Derecho Registral...*, pág. 149.

³¹ PELOSI, Carlos Alberto. Comentario al art. 52 del *Anteproyecto...*, págs. 42 y 43.

Derecho Registral

sino la relación de documentos antecedentes, optar por el primer procedimiento (que ciertamente subsume al segundo) es una decisión de exclusivo resorte notarial, y los dispositivos locales que desconozcan esta circunstancia violan la jerarquía normativa del art. 31 de la Constitución de la Nación.

La referencia a la declaratoria de herederos en los documentos notariales registrables

Soslayamos la ya sempiterna cuestión de la vocación registral de la declaratoria de herederos, pletórica de análisis doctrinarios y jurisprudenciales de singular enjundia. Sencillamente recordamos aquí que constituye abrumadora mayoría la convicción de no considerarla un documento registrable por cuanto no produce la extinción de la comunidad hereditaria ni la consecuente adquisición de derecho real alguno en cabeza de los herederos.

Sin embargo, se ha hecho notar que la necesidad de que el documento notarial refleje dicho instrumento judicial (exigencia que puede ampararse en el art. 16 al mencionar a los herederos "declarados") se explica a los efectos de justificar la legitimación de los transmitentes del dominio o constituyentes de un derecho real³². En esta línea de ideas, LÓPEZ DE ZAVALÍA ha acuñado la gráfica expresión de "inscripción vinculada"³³.

Añadimos a esas compartibles reflexiones una derivación extrarregistral, pero de peculiar trascendencia en el tráfico negocial, cual es la de la presunción de buena fe en el adquirente que, acompañada de otros recaudos, sienta el art. 3430 del Código Civil cuando media declaratoria de herederos.

Necesidad de orden de inscripción de la declaratoria de herederos

Ante el conocido proceder de registros como el bonaerense y el porteño, que luego de registrar las declaratorias de herederos sólo admiten, por regla, actos transmisivos de derechos reales, se presenta la cuestión de saber si es necesario el dictado de la "orden de inscripción" de dicho documento (o del testamento aprobado, en su caso).

Se ha difundido en diversas demarcaciones esa exigencia de la misma, bien en reglamentos judiciales o acordadas, bien en la normativa registral

³² LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Curso...*, pág. 275; Ventura, *Tracto...*, pág. 222; Villaro, *Derecho registral...*, pág. 124.

³³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, op. y loc. cit. en nota anterior.

³⁴ GARCÍA CONI, *Registración...*, págs. 85 y 86.

(como en la Provincia de Buenos Aires -art. 2, DTR 3/1980- y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -art. 34, inciso a, decreto 2080/1980, texto ordenado por decreto 466/1999). Generalmente, las normas procesales ligan a su dictado ciertas derivaciones que alivian la tarea notarial, como el tener por correctamente observadas las normas arancelarias de los profesionales intervinientes.

Desde distintos ángulos se ha cuestionado que la orden de inscripción devenga indispensable. Así, GARCÍA CONI argumenta que se avanza indebidamente sobre la legislación nacional, atento a que los propios códigos procesales admiten la sucesión "extrajudicial" una vez que se aprobó el testamento o se dictó la declaratoria de herederos³⁴. También se ha interpretado que ese recaudo contraría lo dispuesto por el art. 41 de la Ley Nacional Registral (que repugna las normas de carácter administrativo o tributario que restrinjan o limiten la inmediata inscripción).

Desde otra perspectiva se justifica que la Ley Nacional Registral nada haya dicho sobre el punto y no plantean que pueda cuestionarse su exigencia³⁵.

Apuntamos que en el propio ámbito notarial la cuestión no es pacífica (véanse las conclusiones del tema IV de la XXXII Jornada Notarial Bonaerense, San Nicolás, 2005), por lo que en los casos que se abordan a continuación debe atenderse a su posible exigencia por la legislación pertinente.

B) Hipoteca por los herederos

Se presenta el interrogante de saber si los herederos, sin haber realizado partición y, por lo tanto, sin haberse adjudicado el dominio, pueden otorgar hipoteca.

³⁵ VILLARO, *Derecho registral...*, pág. 125.

³⁶ VILLARO, *Derecho registral...*, pág. 119.

³⁷ VILLARO, *Derecho registral...*, págs. 119 y 120.

³⁸ VILLARO, *Derecho registral...*, pág. 129.

³⁹ FALBO, Miguel Norberto. "Doctrina general...", pág. 104.

⁴⁰ KEMELMAJER DE CARLUCCI, "Ley...", pág. 263.

⁴¹ GATTARI, *Práctica...*, págs. 232 y 233.

⁴² CORNEJO, *Derecho...*, pág. 122.

⁴³ VENTURA, *Tracto...*, págs. 220 y 221.

⁴⁴ GARCÍA CONI, *El contencioso...*, pág. 99.

⁴⁵ En *Registración inmobiliaria...*, pág. 86, afirma que, aunque termina resultando saludable, no sería procedente acceder a ese tipo de pedidos. Similar apreciación ya la había formulado en *Derecho registral...*, pág. 150.

La respuesta negativa podría ampararse en una lectura restrictiva del art. 3119 del Código Civil, que fulmina con invalidez la constitución de este derecho de garantía por parte de quien no ostenta el dominio.

Acaso podría añadirse, como equívoco sustento, que el inciso b) del art. 16 de la Ley Nacional Registral (la norma que con más comodidad se emparenta con el caso analizado) indica “transmisión” de bienes hereditarios y esa idea refleja sólo la enajenación del dominio³⁶; o que la “cesión” que también menciona ese precepto refleja la posibilidad de transferir el crédito hipotecario *cuya titularidad correspondía al causante*³⁷, mas no la constitución ex novo por parte de los herederos, para lo que se requeriría una reforma legislativa³⁸.

El grueso de la doctrina rechaza esta interpretación mutilada y, al contrario, admite el otorgamiento bajo análisis. Aquí se ubican FALBO³⁹, KEMELMAJER DE CARLUCCI⁴⁰, GATTARI⁴¹, CORNEJO⁴², VENTURA⁴³ y GARCÍA CONI⁴⁴, aunque este último haya presentado alguna vacilación⁴⁵.

Naturalmente que, para quienes se enrolen en la tesis del carácter enunciativo de los supuestos de tracto sucesivo abreviado, la recepción de esta alternativa no requiere mayor elucidación. Así lo vemos en la provincia de Buenos Aires, cuya DTR 14/1983 enumera, en sus considerandos, la instrumentación aquí tratada.

Entendemos, inclusive, que aún con la concepción restrictiva no hay posibilidad de negar el otorgamiento propuesto.

Adviértase cómo el art. 3430 del Código Civil (aún antes de la reforma de 1968) contempla el otorgamiento de actos de disposición sobre inmuebles por parte de los herederos, lo que implica que no se exige la previa partición.

Naturalmente que el acto no recibirá cuestionamiento en tanto y en cuanto sea otorgado por todos los herederos. De no ser así, se tomará el afamado sendero de las llamadas “cesiones de derechos hereditarios sobre bien determinado”, con críticas desde el ámbito notarial que compartimos en plenitud.

C) Cumplimiento de boleto suscrito por el causante

Se trata del primer supuesto previsto en la enumeración legal del tracto sucesivo abreviado, en donde se añade la extensión a los casos de documentos suscritos por el o por la cónyuge del causante. El inciso a) del art. 16 señala que el otorgamiento podrá corresponder al juez o a los herederos

⁴⁶ FALBO, “Doctrina general...”, págs. 88 y 89.

⁴⁷ VILLARO, *Derecho registral...*, pág. 118.

declarados.

Si bien haremos las reflexiones en torno al boleto de compraventa, no debe omitirse la consideración de todos los supuestos que admiten la celebración previa de un contrato por instrumento privado por el que exista la obligación de transmitir un derecho real inmobiliario.

Indica acertadamente FALBO⁴⁶ que a esta enumeración de posibles otorgantes debe adicionarse al albacea testamentario, al legatario de cosa cierta y al cesionario.

Puede corresponder al juez en dos circunstancias: por incumplimiento de los deudores (los herederos del primitivo deudor: art. 3417 del Código Civil) a su obligación de hacer (transmitir el dominio) o por no haber "herederos declarados"⁴⁷.

Naturalmente que el boleto deberá declararse en el expediente sucesorio a los efectos indicados, lo que además tendrá el efecto de evitar el pago de la tasa de justicia a su respecto, atento a que "económicamente" el inmueble ya no se encuentra en el patrimonio relicto.

Por último, corresponde señalar que las medidas cautelares que eventualmente se hallen anotadas sobre el inmueble no pueden ser soslayadas por el hecho de tratarse de cumplimiento de obligaciones contraídas por el causante, tanto sea que escrituren voluntariamente sus herederos como que se trate del otorgamiento judicial. Piénsese que la muerte del deudor no puede empeorar la situación del acreedor, máxime cuando no se trata de una obligación *intuitu personae*.

Por lo tanto, en cuanto a la actuación notarial interesa, deberá procederse como en cualquier supuesto de transmisión dominial de inmueble afectado por una medida cautelar.

D) Fallecimiento de divorciado sin haber liquidado la sociedad conyugal

Se controvierte si, en estos supuestos, puede admitirse el otorgamiento de la partición que liquide la sociedad conyugal mediante la intervención del excónyuge supérstite y de los herederos del fallecido.

Enancada en la interpretación amplia que se viene propugnando, la generalidad de nuestros autores incorpora la disolución de sociedad conyugal a la nómina de otorgamientos considerados, vinculándose al inciso c) del art. 16. Lo mismo se ha postulado en la XVIII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Buenos Aires, 1981) y en el XIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Mendoza, provincia homónima, 2004).

Sobre la posibilidad de realizar esa partición con los herederos del cónyuge fallecido e inscribir el otorgamiento mediante tracto sucesivo abreviado, se

ha pronunciado el mencionado XIV Congreso Nacional de Derecho Registral, que declaró por unanimidad: "Ante el fallecimiento de uno de los cónyuges divorciados, no habiéndose efectuado la liquidación, sea el bien de titularidad del causante, del supérstite, o de ambos, es necesario proceder a la liquidación con intervención de los herederos declarados, en los términos citados precedentemente, para determinar la composición del acervo sucesorio".

Hay quienes, admitiendo este supuesto, exigen que esa adjudicación cuente con intervención judicial (aunque discrepen sobre cuál sea el magistrado competente, si el del divorcio o el de la sucesión). Entienden que los herederos (aún declarados) no pueden otorgar sin ella acto partitivo que involucre bienes de la sociedad conyugal. Esta postura es la que en la práctica sigue el registro inmobiliario bonaerense, aún cuando no haya dictado ninguna DTR al respecto.

Es indudable que esa interpretación registral se aparta nítidamente del derecho vigente e impone una exigencia que excede largamente su función calificadora.

Siendo los herederos sucesores de la totalidad de los derechos patrimoniales transmisibles de su causante, no se comprende qué finalidad pueda llenar el conocimiento o la autorización judicial.

Se crea una incapacidad de hecho a la par de desconocerse la libertad formal relativa que el juego de los arts. 3462 y 3465 del Código Civil atribuye a los comuneros.

Descartamos, además, que pueda exigirse homologación judicial del convenio partitivo en sede notarial, por los mismos motivos que no corresponde en cualquier otro supuesto de partición mediante documentos de esta naturaleza (entre copiosa doctrina concordante al respecto, véase la XVIII Jornada Notarial Argentina -Salta, provincia homónima, 1980-).

De allí que se cuestione el indebido requerimiento de ese acto judicial que disponen diversas normas registrales⁴⁸, como el art. 35 del decreto 2080/1980 (texto ordenado por decreto 466/1999) en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Similar tesitura tuvo efímera virtualidad en la Provincia de Buenos Aires, puesto que la DTR 15/1983 suprimió la errónea exigencia que contenía la DTR 3/1980.

En el punto F) realizamos algunas consideraciones sobre la "homologa-

⁴⁸ FALBO, "Doctrina general...", pág. 107.

⁴⁹ URBANEJA, "Usufructo...", págs. 225 y siguientes.

⁵⁰ SALVAT, *Tratado...*, número 1497, pág. 261; Musto, *Derechos...*, pág. 23.

ción" judicial y su alcance.

E) Particiones: a) con adjudicación de nuda propiedad y usufructo; b) no notarial homologada y enajenación por adjudicatario; c) "parciales"

En otra oportunidad afirmamos que, además de los tradicionales supuestos de nacimiento contractual del usufructo, cabía contemplar otra alternativa, "la producida en caso de partición de condominio, comunidad hereditaria o sociedad conyugal, cuando los comuneros deciden adjudicarse uno el usufructo y otro la nuda propiedad"⁴⁹.

Resulta determinante, para admitir la posibilidad de adjudicar de este modo, el art. 2813 del Código Civil, que expresamente consigna el término partición.

No debe llevar a equívoco la letra del art. 2818, que veda la atribución judicial de este derecho real. Allí se impide que la decisión la tome Su Señoría, pero nada obsta a que los particulares decidan, mediante partición en esa sede, adjudicarse nuda propiedad y usufructo⁵⁰. Piénsese que la ya recordada libertad formal relativa en materia de partición no atiende al resultado de la misma, sino al origen (una comunidad de derechos).

No se trata de una partición "provisional", pese a lo que una lectura del art. 3464 podría sugerir. La misma se determina cuando lo atribuido son derechos personales, como lo revela la alternativa "goce o uso", que no se condice con el usufructo (en donde ambos aspectos son inevitablemente concedidos: art. 2807), y sí con la locación de cosas (art. 1493) y el resto de los contratos que otorgan derechos personales. Por lo demás, la norma presupone dejar "subsistir la indivisión en cuanto a la propiedad", lo que con toda evidencia no se presenta aquí.

La posibilidad del tracto sucesivo abreviado se asienta nuevamente en el inciso c) del art. 16 de la Ley Nacional Registral, que en la tesis amplia admite comprender otros supuestos fuera de la comunidad hereditaria. Sin embargo, conviene señalar el equívoco que importa incluir dentro de estas previsiones al condominio, dado que en este caso sólo se presenta el tracto sucesivo "ordinario" (puesto que los condóminos, por regla, ya se encontrarán inscriptos). Sí se presenta la modalidad especial analizada (fuera del expresamente previsto de la comunidad hereditaria) en la indivisión post-comunitaria de la sociedad conyugal.

⁵¹ LÓPEZ DE ZAVALÍA, *Curso introductorio...*, pág. 350.

⁵² FALBO, "Doctrina general...", pág. 106.

Derecho Registral

Apuntamos que la redacción del inciso también sustenta una interpretación que incluya un acto más, tanto sea anterior (como el reglamento de copropiedad y administración⁵¹) o posterior (cual sería la enajenación efectuada por un adjudicatario⁵²), vinculándose en este último caso con el inciso d) del mismo art.. Y, desde luego, puede admitirse en un mismo otorgamiento varios actos anteriores y posteriores, con lo que se vincularía con el inciso d).

Es por ello que cabe admitir, además, que el adjudicatario que simultáneamente enajena haya adquirido su derecho por una partición otorgada en instrumento que no sea notarial.

Sin embargo, corresponde señalar que no estaríamos técnicamente en presencia del inciso d), salvo que ambos otorgamientos (la partición homologada y la consiguiente transmisión del adjudicatario) se realicen de manera simultánea. Mas esta tesis pondría en evidencia una controversia siempre sensible, cual es la determinación del alcance que tiene la homologación judicial (es decir, si con ella se completa el otorgamiento o si lo reviste de otros efectos pero las adjudicaciones pueden juzgarse realizadas con la sola celebración de dicho convenio). Si bien en el punto siguiente se realizan diversas consideraciones sobre las implicancias que cabe atribuir a dicho auto judicial, compartimos con ZANNONI que su exigencia "excede la materia propia de la reglamentación del proceso sucesorio"⁵³.

En cualquier caso, sí estaríamos en aquella "presentación simultánea" preconizada por el XIV Congreso Nacional de Derecho Registral.

Por último, suele denominarse "partición parcial" a aquella en la cual no se incorpora la totalidad de los bienes de la comunidad hereditaria. Reflexiones de diferente tenor han sido formuladas sobre su validez y alcance.

Desde que arts. como el 3453 consideran la posibilidad de partir respecto de ciertos bienes y no de otros (aún cuando se trate de un supuesto peculiar), no tiene asidero cuestionar la viabilidad del caso en estudio.

Además, quienes objetan esta instrumentación omiten considerar la posible existencia de otros bienes que los comuneros desconocen, por lo que en definitiva toda partición podría hipotéticamente ser parcial. Si desestiman la vía propuesta, en suma, toda adjudicación requeriría la prueba diabólica de la inexistencia de otros bienes integrantes del patrimonio del causante.

F) Gravitación de la "homologación" judicial

⁵³ ZANNONI, *Derecho...*, pág. 710.

Como se dejó traslucir algunos párrafos más arriba, debe subrayarse la carencia de normativa de fondo que imponga la necesidad de “homologar” judicialmente las particiones. De allí la acertada convicción de ZANNONI que antes transcribimos acerca de la improcedente exigencia de las regulaciones locales.

No deja de ser sintomático el generalizado silencio de la doctrina civilista en torno al asunto. Cabe recordar, como lo pone de relieve el autor citado, que el inicio de la mentada homologación se ubica en un plenario de las Cámaras Civiles porteñas de 1924, mediante el cual se eximía de la instrumentación por escritura pública (en los casos en que según el entonces vigente inciso 2 del art. 1184 correspondía) si mediaba aprobación judicial del instrumento privado presentado por los herederos. No resulta difícil señalar que tan peculiar interpretación fue el germen de la reforma que mediante el decreto-ley 17.711/1968 se realizó al inciso 2 del art. 1184 del Código Civil.

Antes de la reforma, la lectura realizada por el plenario aludido no podía estar más reñida con el art. 977 del Código Civil. Que la interpretación fuera formulada por prestigiosos magistrados no eximía a la resolución tomada del repudio enérgico, pues el propio VÉLEZ SANSFIELD no atribuía a la interpretación judicial errónea virtualidad enervante del derecho positivo, como lo prueba la primera parte del art. 450.

No obstante, la reforma sólo consagró legislativamente la exigencia de *presentación* del instrumento privado, no la de *homologación* ni *aprobación*. De allí que se sostenga la esterilidad de esta última.

Un ligero relevamiento de las disposiciones del Código Civil robustece la posición esgrimida, puesto que cuando se pretendió la “aprobación” judicial, se utilizó esa clara terminología. Así se advierte en las circunstancias consignadas en los arts. 424 (actos del tutor con bienes remanentes de la tutela), 2753 (convenio de deslinde) y 3515 (un supuesto especial de donación por partición entre descendientes).

En cambio, el término “presentación” que utiliza el art. 1184, inciso 2, se reitera en el 838 para la transacción.

Y es que, fuera de la nítida interpretación literal, una lectura teleológica inclinaría aún más hacia estas conclusiones. Con la tesitura más flexible que se quiera, el carácter de instrumento público en uno de sus sentidos laxos⁵⁴ sólo corresponde al resultado del acto de homologar. De ninguna manera se

⁵⁴ CARMINIO CASTAGNO, “Teoría general...”, pág. 17 y sgtes.

extiende al instrumento privado que se homologa, porque la “dación de fe” no versa sobre la percepción de las declaraciones de voluntades, sino sobre la percepción de un instrumento.

Tampoco se equipara con la escritura pública cuando se exige, para esa homologación, la llamada “ratificación” de las firmas. Más allá de la vaguedad terminológica (puesto que no se utiliza el término en ninguno de sus dos sentidos técnicos -art. 2304 y nota al art. 1059-), sólo se percibe la nueva suscripción, mas no aquel primitivo otorgamiento.

El único instrumento público que *a este respecto* cubriría la finalidad y efectos de la escritura pública sería el indicado por el inciso 4 del art. 979: las actas judiciales “hechas en los expedientes por los respectivos escribanos” (estos últimos hoy Secretarios del juzgado). Nótese que el acto debiera otorgarse ante el Secretario, y no concurrir luego para manifestar o reconocer un otorgamiento anterior.

Más aún: el inciso contiene un añadido de frecuente omisión en las exposiciones sobre la materia, que indica que su realización se hará “en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimiento”. Debe entenderse, entonces, que si los códigos de procedimiento no indican la forma en que se otorgará este acto, *los mismos no son instrumentos públicos*.

Como corolario, reiteramos que aun de otorgarse el acto de la única manera en que se alcanzarían algunos de los efectos de la escritura pública (es decir, mediante el otorgamiento en el expediente y ante el Secretario), no podría reemplazar a ésta si no hubiera norma que así lo admitiera, atento el firme valladar erigido por el art. 977.

La contundencia de estos argumentos persuade sobre el desacierto de las normas locales que exigen la homologación, por lo que propugnamos su derogación.

⁵⁵ GATTARI, *Práctica...*, págs. 230 a 232; Ventura, *Tracto...*, págs. 254 y 255.

G) Venta de parte indivisa de inmueble integrante de comunidad hereditaria no disuelta

Entre las pocas reflexiones que esta instrumentación ha provocado se conocen pronunciamientos favorables⁵⁵. Adherimos a ellos, siempre que los transmitentes sean la totalidad de los herederos declarados o instituidos. De no ser así se ingresaría en los reproches imputables a la “cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado” (que, se insiste, compartimos).

Si todos los herederos pueden transmitir el dominio de un inmueble integrante del acervo, nada se opone a que hagan lo propio con la parte indivisa del mismo.

Es de rigor hacer notar que si el adquirente de esa parte indivisa es también un heredero, sólo se inscribirá la porción adquirida por la compra y no la que le corresponda por heredar al causante. Para que esta última también conste registralmente puede recurrirse a las disposiciones locales que autorizan, mediando rogatoria expresa en el instrumento notarial, su vuelco en el folio pertinente (así, en Provincia de Buenos Aires, las DTR 11/1983 y 5/1993). Es de hacer notar que disposiciones como las sintetizadas implican, de suyo, la admisión de la venta de parte indivisa que nos ocupa.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDORNO, Luis Orlando y Marcolín de Andorno, Marta. *Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17.801*, segunda edición corregida, actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. “Teoría general del acto notarial”, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, número 727, año 1973, págs. 17 y siguientes.
- COGHLAN, Antonio Ricardo Martín. *Teoría general de derecho inmobiliario registral*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991.
- CORNEJO, Américo Atilio. *Derecho registral*, (segunda reimpresión, 2008). Astrea, Buenos Aires, 1994.
- DE REINA TARTIÈRE, Gabriel. *Principios registrales*, Heliasta, Buenos Aires, 2009.
- FALBO, Miguel Norberto. “Doctrina general del Tracto Sucesivo en el Derecho inmobiliario registral argentino”, REVISTA NOTARIAL, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 854, año 1981, págs. 71 a 109.
- GARCÍA CONI, Raúl Rodolfo. “Los principios registrales en la Ciudad y en la Provincia de Buenos Aires”, REVISTA NOTARIAL, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 687, año 1966, págs. 469 a 475.
- GARCÍA CONI, Raúl Rodolfo. *Derecho registral aplicado*, Ediciones Librería Jurídica, La Plata (provincia de Buenos Aires), 1972.
- GARCÍA CONI, Raúl Rodolfo. *Registración inmobiliaria argentina*, Depalma, La Plata (provincia de Buenos Aires), 1983.

Derecho Registral

- GARCÍA CONI, Raúl Rodolfo. *El contencioso registral*, Depalma, La Plata (provincia de Buenos Aires), 1978.
- GARCÍA CONI, Raúl Rodolfo y Frontini, Ángel Agustín. *Derecho registral aplicado*, tercera edición, LexisNexis, Buenos Aires, 2006.
- GATTARI, Carlos Nicolás. *Práctica Notarial*, volumen 8, segunda edición, actualizada y ampliada, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída. "Ley 17.801", en *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, dirigido por Eduardo Antonio Zannoni y coordinado por Aída Kemelmajer de Carlucci, tomo 13, Astrea, Buenos Aires, 2012, págs. 1 a 420.
- LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando Justo. *Curso introductorio al Derecho Registral*, Víctor P. de Zavallá Editor, Tucumán, 1983.
- MARIANI de VIDAL, Marina; Kiper, Claudio Marcelo y Goldenberg, Alicia Ester. "Efectos de la adquisición del dominio por prescripción respecto de los derechos reales constituidos por el anterior propietario y por el usucapiente", LL 1987-C-942.
- MUSTO, Néstor Jorge. *Derechos reales*, tomo 2. Astrea, Buenos Aires, 2000.
- ORMAECHEA, Carolina. "Registro de la Propiedad Inmueble. Ley 17.801", en *Código Civil comentado. Derechos reales*, dirigido por Claudio Marcelo Kiper, tomo III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2004, págs. 617 a 860.
- PALMIERO, Andrés Rafael y Ruiz de Erenchun, Alberto Federico. "La propiedad horizontal y el tracto registral abreviado", tomo VII (revistas 49 a 60). Fides, Editorial Fides, La Plata (provincia de Buenos Aires).
- PELOSI, Carlos Alberto, comentario a los art.s 4 a 93 del *Anteproyecto de Ley de Documentos Notariales*, Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, separata del número 765, año 1979, págs. 6 a 62.
- ROCA SASTRE, Ramón María y Roca Sastre Muncunill, Luis. *Derecho hipotecario*, Bosch, Barcelona (España), séptima edición, 1979.
- RUIZ de ERENCHUN, Alberto Federico. Ponencia presentada a las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (La Plata, provincia de Buenos Aires, 1981).
- SALVAT, Raymundo Miguel. *Tratado de Derecho Civil argentino. Derechos reales*, actualizada con textos de doctrina, legislación y jurisprudencia por Manuel J. Argañarás, Tipográfica Editora Argentina, tomo III, Buenos Aires, cuarta edición, 1959.
- SARUBO, Oscar Eduardo. "El tracto sucesivo abreviado. Escrituras simultáneas", REVISTA NOTARIAL, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 929, año 1998, págs. 161 a 163.
- URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales. Segunda parte", LX Seminario "Laureano Arturo Moreira" de la Academia Nacional del Notariado, de noviembre de 2010, págs. 17 a 23, publicación de la misma Institución y Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en números 908, abril-mayo-junio de 2012, págs. 174 a 180.
- URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Metodologías subsanatorias de inexactitudes registrales", LIX Seminario "Laureano Arturo Moreira" de la Academia Nacional del Notariado, de junio de 2010, págs. 53 a 75, publicación de la misma Institución,



Sociedades

El objeto y la capacidad de las sociedades comerciales en el proyecto de Código Civil y Comercial de 2012*

Marcelo Eduardo Urbaneja

El autor desea dedicar el trabajo laureado a la memoria de dos colegas recientemente fallecidos, cuyas actuaciones académicas y profesionales contribuyeron singularmente al desarrollo de distintas áreas del Derecho Registral. En el ámbito mercantil, Carmen Silvia Elena Magri, Directora de esta Revista, por quien sentía gran respeto intelectual y con quien se profesaban mutuo aprecio personal. En el ámbito inmobiliario, Ángel Agustín Frontini, con múltiples estudios y aportes y una estrecha colaboración con el maestro Raúl Rodolfo García

* *El presente aporte mereció el tercer premio otorgado por el Jurado en el tema II, "Evaluación crítica de la registración societaria en la República Argentina", del XVII Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en Vicente López, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, entre el 15 y 17 de agosto de 2013.*

CONCLUSIONES - PONENCIAS

1) La innovación propugnada por el art. 141 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, en cuanto establece que las personas jurídicas tienen capacidad "para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación" es disvaliosa y asistemática.

2) Es disvaliosa por cuanto la dubitable contundencia de su texto puede brindar argumentos a la perimida tesis según la cual "el objeto es la medida de la capacidad".

3) Es asistemática por cuanto deja subsistentes diversos artículos del decreto-ley 19.550/1972 ("ley general de sociedades" según el Proyecto), que contrastan con la directiva aparentemente brindada por el citado art. 141.

4) Esta dicotomía sólo puede resolverse interpretando que, al menos en materia de sociedades comerciales, la capacidad continúa sin estar limitada por el objeto. El art. 150 del Proyecto corrobora esta interpretación.

5) Debe reformularse el art. comentado para descartar una inferencia como la insinuada aun para las personas jurídicas que no sean sociedades comerciales.

SUMARIO

- 1) *Introducción.*
- 2) *Relación entre el objeto, la capacidad y la representación en el derecho vigente.*
- 3) *"Subsanación" del otorgamiento de un acto "notoriamente extraño" al objeto social en el derecho vigente.*
- 4) *Las normas proyectadas y su vinculación con los preceptos que permanecen inalterados.*
- 5) *Conclusión. Bibliografía.*

1) INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la comisión designada por decreto 191/2011, ingresado para su tratamiento al Congreso de la Nación en el año 2012 (de aquí en más, "Proyecto"), introduce dos series de normas que impactan sobre la regulación societaria argentina.

Por un lado, elaboró normas que configuran la parte general de las personas jurídicas, que han sido incorporadas al Código. Por el otro, reforma una serie de arts. de la ley de

sociedades comerciales, ahora “Ley General de Sociedades, t.o. 1984” (cantidad, la de esta última, que se redujo considerablemente a raíz de las modificaciones que el Poder Ejecutivo Nacional realizó al Anteproyecto).

Del cúmulo de novedades que se proponen, acaso la de mayor repercusión sea la que admite la constitución de sociedad “unipersonal”. Sin embargo, por los menguados perfiles que adopta esta figura, preferimos examinar otras disposiciones que con toda certeza impactarán más agudamente en la práctica registral.

Se trata del aparente resurgimiento de la conocida y fenecida tesis según la cual “la capacidad es la medida del objeto”¹.

El art. 141 del Proyecto señala que “son personas jurídicas todos los entes a los cuales el ordenamiento jurídico les confiere aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones para el cumplimiento de su objeto y los fines de su creación”.

Aunque daremos nuestro parecer en cada una de las controversias implicadas, no nos extenderemos en los argumentos. Convencidos como estamos de que los mismos han sido exhaustivamente formulados, sólo resta adherir a una de las tesis en pugna.

Lo que verdaderamente suscita nuestro interés es el peculiar galimatías que el Proyecto creará, si entrase en vigor con su redacción actual.

2) RELACIÓN ENTRE EL OBJETO, LA CAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN EN EL DERECHO VIGENTE

Frente al complejo entramado de polémicas que rodean la cuestión, con la que cualquier cultor de esta disciplina está familiarizado, sólo se dirá lo imprescindible a efectos de meritar las derivaciones de la iniciativa en comentario.

“La capacidad es la medida del objeto”

Esquemáticamente, diremos que se han esbozado dos puntos de vista.

Un sector de autores y de jurisprudencia, en franca minoría hasta hace unos años y con aislados visos de reverdecen en la actualidad, prohija la

¹ De la extensa nómina de autores que podrían citarse, recordamos, por su papel en la elaboración de la ley y su gran número de discípulos, a Isaac Halperín (*Sociedades...*, págs. 99 y 100).

Sociedades

íntima vinculación entre el objeto y la capacidad, señalando la máxima recordada². Los autores de la ley de sociedades comerciales reconocieron en la exposición de motivos, la importancia de esta corriente, aunque allí no hayan manifestado expresa adhesión a la misma. El declive de esta tesis se acentuó a partir de 1972 con el dictado de la misma, ya que con el régimen original de los Códigos Civil y de Comercio contaba con muchos más adeptos. Realizando un detallado y prolijo análisis podrían buscarse interesantes paralelismos entre el derrotero de la teoría del órgano y esta idea.

Otro postura, claramente preponderante en sede notarial y con fuerte arraigo en la doctrina comercialista³ y la jurisprudencia (aunque con vaivenes), sostiene que el objeto presta diversa utilidad, fundamentalmente vinculada con la responsabilidad de los administradores y representantes, pero no establece un límite a la capacidad⁴. En esa línea de ideas, ETCHEGARAY enseña gráficamente que el objeto social no incide sobre la capacidad del ente, sino en todo caso, sobre la representación⁵.

Ambas tesis derivan su origen argumental del art. 58 de la ley de sociedades comerciales, a partir de la noción de actos "notoriamente extraños" al objeto social y de la polémica sobre la recepción o no de la doctrina del *ultra vires*⁶.

La fuerza de convicción del último criterio expuesto, al que adherimos, encuentra sustento en diversas normas de la ley de sociedades comerciales. Se hace referencia explícita o implícita al objeto o a la capacidad, proporcionando algunos fundamentos de interés a la disputa, en los siguientes artículos:

- art. 11, inciso 3 (señalando entre los recaudos del contrato constitutivo al objeto, que debe ser "preciso y determinado", mas no vinculándolo a la capacidad y ni siquiera a la representación);

- art. 58, última parte (las restricciones a la actuación del representante inciden sobre su responsabilidad pero no obstan a la validez de los actos otorgados);

- art. 54, tercer párrafo (la imputación de la "actuación societaria" a socios y controlantes se realizará cuando se encubra la consecución de "fines extrasocietarios"; adviértase que el acto no se reputa inválido);

² NISSEN. Tomo 1, pág. 646.

³ BUTTY. En Halperín, *Curso...*, págs. 280 a 282; Otaegui, en Halperín, *Sociedades...*, pág. 102.

⁴ BENSEÑOR. Pág. 27 y sgtes.

⁵ ETCHEGARAY. Págs. 171 y 172.

- art. 31 (se deduce que el objeto puede no ser único, al hacer referencia a sociedades cuyo objeto sea “exclusivamente financiero o de inversión”);
- art. 63, inciso 1, apartado d) (en el activo del balance debe constar “cualquier otra inversión ajena a la explotación de la sociedad”);
- art. 269 (el comité ejecutivo, de establecerse, tendrá a su cargo la gestión de los “negocios ordinarios”, lo que hace presumir la subsistencia de los “negocios extraordinarios” en cabeza del directorio que no integra ese comité);
- art. 124 (sociedad constituida en el extranjero con “principal” objeto en la República).

Los arts. 41 y 35 del Código Civil robustecen la tesis expuesta.

Fuera de su ubicación en los sectores en entredicho, las convicciones más extendidas giran en torno a la diferencia entre objeto y actividad y a la impropiedad de exigir que sea único⁷. Respecto a la imposición que al respecto trae la resolución general 7/2005 de la Inspección General de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se ha interpretado acertadamente que es inconstitucional⁸.

- La determinación de los actos “notoriamente extraños” al objeto social

Con la sola letra de la ley, y se consienta o no que éste fue el objetivo de sus autores, el art. 58 admite que, al menos, se distingan tres clases de actos: los notoriamente extraños, los extraños y todo el resto. Evidentemente, siendo la noción más “distanciada” del objeto la de los descriptos por el señalado precepto, cualquier otro indudablemente *obliga* a la sociedad (inclusive los extraños).

Desde la doctrina notarial se han propuesto, con esta finalidad, diversas clasificaciones de los actos, que permiten advertir nuevas divisiones dentro de los que no sean ni notoriamente extraños ni extraños.

Remitiendo a la fuente para ampliar los fundamentos, es compartible la propuesta de BENSEÑOR⁹, que vislumbra las situaciones que resumimos así: a) actos *incluidos* en el objeto social; b) actos *accesorios* de otros comprendidos en el objeto social; c) actos *preparatorios* de la ejecución de un acto del objeto social; d) actos *facilitadores* de la realización de otro incluido en el objeto social (o directamente del cumplimiento del objeto mismo); e) actos *extraños* al objeto social. Por todos ellos, incluidos en la competencia del representan-

⁶ Ver, por todos, BENSEÑOR, págs. 7 a 13.

⁷ VÍTOLO. Tomo I, págs. 704 y 705; Roitman, tomo I, pág. 223.

⁸ URBANEJA. Pág. 23.

Sociedades

te, la sociedad queda obligada.

No lo estaría por los actos *notoriamente extraños* al objeto social. Sin embargo, se discrepa si añadiendo decisión de otros órganos puede obligarse a la sociedad.

En suma, la controversia redunda en meritar si la notoria extraneidad implica *incapacidad de la sociedad* (lo cual impediría que cualquier decisión previa de alguno de sus órganos consiguiera vincularla) o bien *incompetencia del representante* (por lo que la autorización por otro órgano societario -que diferirá según los casos- sí la obligaría).

Como resulta conocido, en términos generales quienes se enrolan en la tesis que limita la capacidad por el objeto sustentan la primera de las ideas expuestas; quienes descartan esa simetría abonan la segunda.

NISSEN, partidario de la incapacidad de la sociedad, asevera que los actos en estudio son "nulos de nulidad absoluta"¹⁰. Más allá de nuestra discrepancia con su parecer, la caracterización de acto nulo no se corresponde con la necesidad de apreciación judicial que dimana de la valoración de lo notoriamente extraño, por lo que la calificación debiera ser anulable¹¹.

Conforme estas nociones, se abre un último interrogante, cual es el de determinar si es subsanable el defecto de actuación del representante que intervino con su sola decisión en el otorgamiento de un acto de esta clase.

3) "SUBSANACIÓN" DEL OTORGAMIENTO DE UN ACTO "NOTORIAMENTE EXTRAÑO" AL OBJETO SOCIAL EN EL DERECHO VIGENTE

Quienes siguen la postura restrictiva de la capacidad, naturalmente niegan la posibilidad de subsanar el defecto relativo a estos otorgamientos, aun cumpliendo los recaudos de la asamblea extraordinaria¹² (que es la competente para la modificación del estatuto: art. 235). NISSEN, en la misma línea de pensamiento, sólo admitiría la resolución por unanimidad, aunque se muestra escéptico¹³. Más aún: un sector parece renegar incluso de la eficacia de una

⁹ BENSEÑOR. Pág. 44.

¹⁰ NISSEN. Tomo 1, pág. 646.

¹¹ Para las diversas opiniones sobre la simetría nulo-anulable y manifiesto-no manifiesto, ver Zannoni, págs. 172 a 177.

¹² HALPERÍN. *Sociedades...*, pág. 513.

¹³ NISSEN. Tomo 1, pág. 647.

autorización previa, aduciendo que la sumisión de la asamblea a la ley (art. 251) le impide convalidar esas actuaciones¹⁴.

La tesis que desliga la capacidad del objeto postula, en cambio, la eficacia de la resolución del órgano de administración o de gobierno, según los casos, para superar la incompetencia del representante (y naturalmente la admiten antes o después del acto). Con diversos matices, se pronuncian en este sentido, entre otros, BENSEÑOR¹⁵, FAVIER DUBOIS (h)¹⁶, SOLARI COSTA¹⁷, ETCHEGARAY¹⁸ y OTAEGUI¹⁹. El primero señala cómo hasta una donación podría no ser un acto notoriamente extraño²⁰.

4) LAS NORMAS PROYECTADAS Y SU VINCULACIÓN CON LOS PRECEPTOS QUE PERMANECEN INALTERADOS

Como reflexionamos a propósito de otras iniciativas del Proyecto²¹, hay un cúmulo de desprolijidades que empañan la pertinencia de buena parte de las innovaciones. Es ineludible referir a la “inscripción preventiva”, que ahora luce en el art. 154, reproducida desde el art. 38 de la ley de sociedades comerciales. Si la expresión concitaba atendibles reparos ya en 1972 por desestimar la terminología técnica de los registros patrimoniales (inmuebles, buques, aeronaves, automotores), asistimos con incredulidad a semejante reiteración. Si bien no guarda relación con el tema en comentario, refleja una inconsecuencia de similar cuño y trascendencia.

Cuando el art. 141 señala que el ordenamiento jurídico confiere a las personas jurídicas “aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones” está haciendo nítida referencia a la capacidad.

La acotación “para el cumplimiento de su objeto” es la revitalización de la concepción ya comentada, que por otra parte ha sido invocada en los Fundamentos.

Con esa frase culminaba la definición original. La versión presentada al Poder Legislativo, tal como la señalamos en la introducción, añada a continuación “y los fines de su creación”.

¹⁴ VÍTOLO. Tomo I, págs. 223 y 224.

¹⁵ BENSEÑOR. Pág. 44 y sgts.

¹⁶ FAVIER DUBOIS (h). Pág. 230.

¹⁷ SOLARI COSTA. Pág. 99 y sgts.

¹⁸ ETCHEGARAY. Pág. 167 y sgts.

¹⁹ OTAEGUI. En Halperín. *Sociedades...*, pág. 102.

²⁰ BENSEÑOR. Nota 21 en pág. 44.

²¹ URBANEJA. Pág. 80 y sgtes.

Sociedades

La referencia final conjura un importante segmento de derivaciones reprochables que la primitiva iniciativa insinuaba. Si bien dista del concepto ideal, al menos mitiga los efectos más nocivos de la lectura restrictiva.

Además, el art. 156 generaliza la referencia al objeto "preciso y determinado" de la ley de sociedades comerciales, también sin mención a la gravitación de esos recaudos.

Sin embargo, subsiste sin alteración una importante cantidad de preceptos de la ley de sociedades comerciales que aparecen disonantes con la regla del art. 141.

Los argumentos de la tesis que reniega de la vinculación del objeto con la capacidad se mantienen inmovidos en los arts. 58, 269 y 63, inciso 1, d).

Más significativa es la referencia a los "fines extrasocietarios" que perdura en el art. 54, que replica el Proyecto para todas las personas jurídicas en su art. 144 (ahora señalando los "fines ajenos a la persona jurídica"). Con cierta generosidad interpretativa pueden extraerse fecundas derivaciones de la identidad de términos con el 141 del Proyecto.

Si respecto de las personas físicas ("humanas" en el Proyecto) la actuación como incapaces deriva en nulidad (arts. 44 y 45), una adecuada hermenéutica fuerza a concluir que la ausencia de norma semejante respecto a las personas jurídicas impide concluir en el mismo sentido.

Corroboración esta tesitura el texto de los propios arts. 144 del Proyecto y 54 de la ley de sociedades comerciales, que cambia la imputación del acto contrario a los fines pero no cuestiona su validez.

No obstante, el argumento más convincente es brindado por el art. 150 del Proyecto, al disponer que "las personas jurídicas privadas se regirán por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código". Sólo si se entendiera que el art. 141 rige "en defecto" de la ley especial por cuanto la misma nada dice sobre la capacidad de la sociedad (premisa que no compartimos), las reflexiones anteriores cobran relevancia.

Con todo, es repudiable el alcance de la nueva directiva aun para las personas jurídicas no societarias, ya que brinda cuestionable acogida a la idea que admite la "gradación" de la personalidad, lo que conspira contra la cohesión y certeza del ordenamiento.

Una reflexión adicional es dable realizar sobre las posibles interpretaciones que quienes tengan a su cargo la registración podrían formular en torno a las enunciaciones del art. 141. Así, no cabría omitir un robustecimiento de las posturas que proclaman el control de la relación entre el objeto y el capital.

Sin embargo, en este sentido debemos saludar la modificación al art. 6° de la ley de sociedades comerciales, que permite encausar la calificación registral por cánones ajustados a la buena doctrina. El precepto es una de las más felices innovaciones del Proyecto en cuanto a legislación societaria se

refiere.

Su texto actual, en frase que ha incentivado opiniones enfrentadas, atribuye al juez la comprobación del “cumplimiento de todos los requisitos legales y fiscales”. Más allá de la normativa que admite la competencia no judicial de la registración societaria, quien tenga a su cargo la pertinente función goza de una evidente amplitud en su labor. De la fatigosa pléyade de argumentaciones en pro y en contra de esta concepción, adherimos a las que se sintetizaron en las conclusiones del VIII Congreso Nacional de Derecho Registral, que propician la separación de las funciones fiscalizadora y registral. Como corolario deben clarificarse los umbrales del ejercicio de ésta, pues los casos en que media la intervención de un profesional del derecho que ha recibido la manifestación de voluntad de las partes con su previo asesoramiento sirve de suficiente resguardo de la seguridad jurídica y la legalidad. Los términos propuestos por la reforma sintonizan con estas inspiraciones, por cuanto se ha suprimido la expresión señalada, extendiéndose en consideraciones sobre los plazos para inscribir.

Como pregonamos en nuestra otra ponencia para el tema societario, debe neutralizarse la tendencia a particularizar la registración mercantil nutriéndola de los principios generales del Derecho Registral, cuyas sistematizaciones invitan a extenderse al menos a todas las inscripciones con alcance patrimonial.

5) CONCLUSIÓN

Merece importantes reparos la idea de vincular la capacidad al objeto,

Sociedades

BIBLIOGRAFÍA

- BENSEÑOR, Norberto Rafael. "Legitimación del representante societario en actos extraordinarios o exorbitantes al objeto social", Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, número 894, año 2008, págs. 27 a 66.
- ETCHEGARAY, Natalio Pedro. *Escrituras y actas notariales*, Astrea, Buenos Aires, quinta edición actualizada y ampliada, 2010.
- FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M. "La representación por apoderado en la sociedad anónima", en *Negocios societarios*, dirigido por Norberto Rafael Benseñor y Victoria S. Masri, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, págs. 229 a 231.
- HALPERÍN, Isaac. *Curso de derecho comercial*, cuarta edición, actualizada y ampliada por Enrique M. Butty, Depalma, Buenos Aires, 2000.
- HALPERÍN, Isaac. *Sociedades anónimas*, segunda edición, actualizada y ampliada por Julio César Otaegui, Depalma, Buenos Aires, 1998.
- NISSEN, Ricardo Augusto. *Ley de sociedades comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, tercera edición actualizada y ampliada, 3 tomos, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- ROITMAN, Horacio. *Ley de sociedades comerciales. Comentada y anotada*, 4 tomos, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- SOLARI COSTA, Osvaldo. "Transmisión de inmuebles de titularidad de sociedades comerciales", Revista del Notariado, Colegio de Escribanos de la ciudad de Buenos Aires, número 893, año 2008, págs. 99 a 113.
- URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Incidencia del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 en algunos aspectos de la registración inmobiliaria", JA 2012-IV, págs. 80 a 87.
- URBANEJA, Aldo Emilio. *Constitución de sociedades comerciales*, Astrea, Buenos Aires, 2010.
- VÍTOLO, Daniel Roque. *Sociedades comerciales. Ley 19.550 comentada*, 4 tomos, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- ZANNONI, Eduardo Antonio. *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos*, Astrea, Buenos Aires, 1986.



Universidad
Notarial Argentina

Protección de la vivienda única. Procedimiento registral inmobiliario. Propuesta de tratamiento local. Las reformas necesarias*

Jorge Raúl Causse

SUMARIO

- I. Síntesis de la evolución normativa sobre la protección de los bienes de familia. II. Régimen legal vigente en la República Argentina: Ley Nacional N° 14.394/54 (arts. 34 a 50). Breve noticia de sus disposiciones y alcance. III. El derecho proyectado en la República Argentina.*

** El presente trabajo fue presentado por su autor en el marco del XXVI Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, realizado en Panamá, del 10 al 14 de junio de 2013. Corresponde al Tema 1 de dicho Encuentro.*

I. SÍNTESIS DE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS BIENES DE FAMILIA¹

A. Fuentes inspiradoras del constitucionalismo liberal clásico

- 1) Declaración de Virginia de 1776.
- 2) Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica de 1787.
- 3) Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano: libertad, igualdad, fraternidad. Francia, 1789.

El constitucionalismo iluminado por estas fuentes limitó y consagró la protección absoluta y aislada de los individuos con total prescindencia de los principios esenciales de igualdad y fraternidad contenidos en la declaración francesa.

B. Las causas fuente de los cambios constitucionales

- 1) Encíclica *rerum novarum* 1891.
- 2) Encíclica *quadragésimo anno* 1931.

Estos pronunciamientos germinaron como respuesta frente al conflictivo antagonismo entre el capital y las fuerzas del trabajo, derivación inevitable de alguno de los efectos colaterales de la revolución industrial.

C. Las primeras expresiones normativas generadoras de los nuevos derechos

- 1) Artículos 21 y 22 de la Constitución francesa de 1793.
- 2) Constitución de Querétaro (México) de 1917.
- 3) Constitución Soviética de 1917.
- 4) Constitución Alemana de Weimar de 1919.

Los nuevos derechos (bien llamados de segunda generación), calificados por REY CANTOR como "... aquéllos que permiten al individuo colocarse en condiciones de igualdad frente al estado con el objeto de reclamar de la

¹ Principales fuentes directas e indirectas para el tratamiento de este tema y los demás tratados en el presente aporte: Kemelmajer de Carlucci, Aída. *Protección jurídica de la vivienda familiar*. Buenos Aires, Argentina, 1995; Reck, Andrew. "Philosophy in the debates at the United States constitutional convention of 1787" en la obra colectiva *Constitutionalism. The philosophical dimension*, Ed. Rosembaum, New York, 1988; Manili, Pablo Luis (Director). *El pensamiento constitucional argentino*, Errepar, Bs. As. 2009; Manili, Pablo Luis. "El bien de familia desde el punto de vista del derecho constitucional", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001-1; Moisset de Espanés, Luis. "Bien de familia: su protección registral. Derecho argentino e iberoamericano", publicó Microjuris, se visualiza en <http://www.mlmv.com.ar/op/contenido/mod/ver/953>; Pandiello Molina, Juan C. "Bienes y protección de la vivienda", Cap, VI en obra colectiva *Comentarios al proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, 2012. Dir. Julio C Rivera, Coord. Graciela Medina, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As. Argentina, 2012; Guastavino, Elías P. *Bien de familia*, Ed Rubinzal Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1984; García Pelayo, Manuel. *Las transformaciones del estado contemporáneo*, 2ª ed. Alianza Universidad, Madrid, España, 1994; Rey Cantor, Ernesto. *Acción de cumplimiento y derechos humanos*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1997; Mariani de Vidal, Marina D. A. *Curso de derechos reales*, Tomo II, Ed. Zavalía, Bs. As., Argentina, 2000; Novellino, Norberto J. *Bien de familia*, Ed. Nova Tesis, Bs. As., Argentina 2001; Guastavino, Elías P. "Sistema y axiología del derecho civil", *La Ley* (Argentina), Tomo 138, pág. 1035; Fazio de Bello, M. y Martínez, N. *Bien de familia*, Ed. La Ley, Bs As. (Argentina), 2009; Papaño, Ricardo J.; Kiper, Claudio M.; Dillon, Gregorio A.; Causse, Jorge R. *Derechos reales*, Tomo 2. 3ª edi-

autoridad pública el deber de protegerlos”, implicaron darle ingreso a la postergada consideración constitucional de la igualdad y de la fraternidad que pregonaba la declaración francesa de 1789. La ulterioridad de estos cambios provocó que los Estados asumieran el protagonismo en la protección que debían a sus habitantes y a sus entornos familiares.

D. Coronación de las medidas tuitivas del bien de familia

- 1) Ley del Estado de Texas, Estados Unidos de Norteamérica, 1839.
- 2) Se adopta la protección de la ley de Texas, bajo la denominación de *homestead* (sitio del hogar), por otros estados de la Unión.
- 3) Ley francesa creando la institución del bien de familia, 1909.
- 4) Argentina: ley 1501 del año 1884 (concesión de tierras públicas para fomentar la ganadería); ley 9677/15 (de las Casas Baratas); ley 10.284/17 (lotes del hogar); ley 14.394/54 (regulatoria del Bien de Familia, art. 34 y sgts.).

Parafraseando a KEMELMAJER DE CARLUCCI y a MARIANI DE VIDAL decimos que, al valor patrimonial que la vivienda tiene para el individuo se le debe adicionar el extramatrimonial, en tanto y en cuanto significa el amparo necesario para su integridad física y la de los componentes de su entorno familiar, constituye el espacio vital para el desarrollo de los derechos personalísimos y el ámbito propicio en el que se resguarda la vida privada de todo el grupo.

E. Respuesta constitucional en la República Argentina

- 1) Constitución de 1853 (no contenía disposición alguna).
- 2) Reforma constitucional de 1949, garantiza el bien de familia estableciendo en el inciso 3 del Art. 37: “... el Estado garantiza el bien de familia conforme a lo que una ley especial determine...”.
- 3) Gobierno de facto (1955 en más) restablecimiento de la Constitución de 1853 con exclusión de la de 1949.
- 4) Introducción del art. 14 bis por la Convención Constituyente de 1957, relativo a los derechos sociales estableciendo que, por ley, se deberá proveer a la: “... protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.
- 5) Reforma de la Carta Magna de 1994 con el mantenimiento del art. 14 bis y el otorgamiento de jerarquía constitucional a los siguientes instrumentos internacionales que se enumeran en el inciso 22 del art. 75:
 - 5.1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art.

6 y art. 23);

5.2. Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 16. I. III y 25.1);

5.3. Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica (art. 17.1.);

5.4. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 10 y 11);

5.5. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 14. inciso "h");

5.6. Convención sobre los Derechos del Niño (art. 27).

II. RÉGIMEN LEGAL VIGENTE EN LA REPÚBLICA ARGENTINA: LEY NACIONAL N° 14.394/54 (arts. 34 a 50). BREVE NOTICIA DE SUS DISPOSICIONES Y ALCANCE

1) La norma reglamentaria de la disposición constitucional (art. 37, ap. II, inc. 3°, Constitución Nacional de 1949; art. 14 bis de la Reforma Constitucional de 1957) es la ley 14.394, sancionada en 1954.

2) La afectación de un inmueble al régimen de esta ley, lo coloca fuera del comercio por cuanto no puede ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias.

3) Las personas beneficiarias tienen un derecho subjetivo, ubicado dentro de los derechos de familia patrimoniales, que se traduce en la facultad de exigir la inalienabilidad e inejecutabilidad del inmueble frente a quien intente desconocerlo, incluso frente al mismo propietario afectante. Este derecho es imprescriptible.

4) Para el propietario constituyente de su inmueble como bien de familia, no se da estrictamente una imperfección de su dominio en virtud de sufrir una restricción a las facultades que le son propias. Para que ocurra la referida imperfección habrá de constituirse un derecho real a favor de un tercero lo que no ocurre de darse la afectación a este régimen legal.

5) Sólo un inmueble puede ser afectado como bien de familia, sea urbano o rural, y su valor no debe exceder las necesidades de sustento y vivienda de la familia del constituyente. Las diferentes jurisdicciones provinciales podrán establecer dichos valores.

6) El constituyente debe ser propietario del inmueble y, si estuviera en condominio, se requerirá la decisión unánime de todos los comuneros. Su capacidad debe ser la de disponer a título oneroso.

7) Judicialmente se ha permitido que la afectación se lleve a cabo por condóminos concubinos en beneficio de sus hijos.

8) Se considera familia la integrada por el propietario, su cónyuge, descendientes y ascendientes o hijos adoptivos. En defecto de ellos, sus parientes colaterales, hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad, es decir, hermanos, tíos y sobrinos, quienes deben convivir con el constituyente.

9) La constitución puede verificarse por acto administrativo gratuito o con intervención notarial. En este último caso, está legalmente tarifado un máximo del 1% del valor fiscal del inmueble en concepto de honorarios.

10) La constitución de un inmueble como bien de familia produce efectos a partir de su inscripción en el Registro Inmobiliario. La afectación subsiste aun después del fallecimiento del constituyente. La cuestión relativa a la cobertura de las legítimas de los herederos forzosos dio lugar a decisiones judiciales contradictorias.

11) El inmueble afectado *no* puede ser embargado por deudas posteriores a su inscripción registral y esta regla de la inembargabilidad rige aun en caso de concurso o quiebra. *puede* ser embargado y ejecutado por créditos nacidos con anterioridad a la fecha de inscripción y que la afectación ceda ante la deuda del inmueble sometido al régimen de la Ley de propiedad horizontal (N° 13.512/48) por las expensas comunes que adeude.

12) La regla de la inembargabilidad admite las siguientes excepciones:

12.1) créditos provenientes de impuestos o tasas que graven directamente al inmueble;

12.2) créditos derivados de gravámenes constituidos con arreglo a lo dispuesto por el art. 37 de la ley;

12.3) créditos nacidos con motivo de construcciones o mejoras introducidas en el inmueble;

13) El inmueble afectado como bien de familia no puede ser enajenado, ni objeto de legados o mejoras testamentarias, de manera que no puede ser vendido, donado, permutado, dado en pago ni gravado con derechos reales, salvo la constitución de hipoteca a la que se refiere el art. 37 de la ley, mediando la conformidad del cónyuge.

14) La enajenación compulsiva del inmueble afectado puede tener por causa:

14.1) la expropiación por utilidad pública;

14.2) la acción reivindicatoria de un tercero con mejor derecho que el del titular afectante y

14.3) la ejecución judicial promovida por un acreedor a quien no le es oponible la afectación.

III. EL DERECHO PROYECTADO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

A. Vivienda: acceso y protección

En el epígrafe de este apartado planteamos situaciones que pueden impresionar, las referidas a institutos diversos, en la medida en que su implementación -tal, por caso, el de la protección- depende de movilizar factores cuya ejecución le corresponde a los Estados.

Nótese lo que en tal sentido contiene la Cláusula 1 Art. 2, Parte II, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PSIDESC, 16/12/2006), acerca del compromiso que asumen los Estados partes de adoptar medidas: "... hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

Para verificar si se alcanzaron estos objetivos, sería necesario confrontar con el poder gobernante, conminándolo, si fuera menester, al cumplimiento de este tipo de incumbencias que le son propias.

Por el contrario, la protección, cuando la vivienda ya le pertenece al propietario, se puede lograr con el dictado de una ley que fije los requisitos necesarios para alcanzarla, sus efectos y otros pormenores que determine la pertinente regulación. Esto ocurrió en la República Argentina con el dictado de la Ley Nacional 14.394/54 glosada en párrafos anteriores.

Desde esta última perspectiva, corresponde señalar que, en nuestro país y después de sancionada la ley 14.394, un número importante de Constituciones Provinciales formalizaron en sus textos distintas proposiciones sobre la promoción del acceso a la vivienda, la protección del bien de familia, la fijación de exenciones tributarias, en muchos casos sujetas a observarse ciertas condiciones mínimas necesarias.

B. Sobre las regulaciones locales y el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Se podrían explicar las regulaciones constitucionales a las que referimos en el apartado anterior, en el criterio que atribuye al derecho a la vivienda una jerarquía de tal magnitud que su protección no debe quedar sujeta a la voluntad de su titular, sino que debe tener una consagración inapelable que impida ser agredida por ningún acreedor, cualquiera sea la causa que invoque.

Sobre la competencia de las provincias Argentinas para dictar las

mencionadas regulaciones se pronunció el más alto tribunal de justicia de la Nación (su Corte Suprema, en fallos 327 - 1484 ("Banco de la Nación Argentina c. Martín, Miguel"), ratificado indirectamente en la Sentencia C. 427, XLVII del 29 de Noviembre de 2011 en autos "CALDERÓN DIZ, Pedro M. s/ Concurso preventivo hoy quiebra s/incidente de subasta", rechazando el recurso extraordinario interpuesto contra una decisión del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos), en estos términos: "... Determinar qué bienes del deudor se hallan sujetos al poder de agresión patrimonial del acreedor -y cuáles en cambio, no lo están- es materia de la legislación común y, como tal, prerrogativa del Congreso Nacional, lo cual impone concluir que no corresponde a las provincias incursionar en tal ámbito delegado al sancionarse la ley Suprema" (ver también Fallos 271:140; 103:373; 252:26, entre otros, en los que el Alto Tribunal se pronunció sobre la inconstitucionalidad de estas previsiones por entender que invadía lo que establece el Art. 505 del Código Civil en cuanto a los efectos de las obligaciones respecto del acreedor, habida cuenta de 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).

Va de suyo que no habrá conflicto posible cuando la afectación legal o constitucionalmente prevista se articule a través de las disposiciones de la Ley Nacional 14.394/54, sin descartar que muchas veces el interés por respaldar la protección de la vivienda única de ocupación permanente tenga su origen en inquietudes electorales, propiciando medidas (dudosamente viables) que establezcan su inembargabilidad e inejecutabilidad.

C. La ley 14.432/2012 de la Provincia de Buenos Aires (decreto 1622 del 28/12/2012). Protección de la vivienda única y de ocupación permanente. Su examen y la necesidad de su reglamentación

C.1) Descripción lineal de la ley

La cosa inmueble a la que alcanza la protección que brinda este dispositivo legal (inembargabilidad e inejecutabilidad), naturalmente ubicada en esa jurisdicción provincial, debe tener *destino de vivienda única y de ocupación permanente*.

El mantenimiento de esta excepcional situación en la que se puedan encontrar estos inmuebles, depende de que no sea renunciado por su titular, para lo que será necesario el consentimiento de su cónyuge o conviviente (art. 9º), lo que provocará la pérdida de ambos beneficios (inc. b, art. 6º). En el art. 9º se alude a una "autoridad pública" sin precisar el o los organismos en los que deberían revistar, jerarquía administrativa mínima que debería tener y

si su intervención debe ser legalizada por algún superior jerárquico.

El inmueble debe ser el único del titular, debe estar afectado al destino de vivienda y de ocupación permanente, además de estar condicionado a cierta proporcionalidad entre su capacidad física para servir a tal fin, inclusive a su grupo familiar, si existiera. Sobre esto último, se prevé el dictado de una reglamentación (art. 3º) y, a propósito de la mencionada proporcionalidad, en el inciso a) del art. 6º se dispone que, de no existir, se perderá el carácter de inembargable e inejecutable.

Esta protección se extiende al *grupo familiar* del titular de la vivienda (aun si fallece) siempre que "... habiten la vivienda con carácter permanente". (primer párrafo, art. 4º). De acuerdo con lo que establece el segundo párrafo de este artículo, el *grupo familiar* queda conformado por ambos miembros del matrimonio o de la unión de hecho, sus ascendientes, o descendientes directos de alguno de sus miembros.

De acuerdo con la terminología legal, a la inembargabilidad y a la inejecutabilidad se la denomina "*garantía*" y no es oponible por las deudas que se originen en: a) obligaciones alimentarias; b) el precio de compra-venta, construcción y/o mejoras de la vivienda; c) impuestos, tasas, contribuciones, expensas que graven directamente la vivienda; d) obligaciones con garantía real sobre el inmueble y que hubiere sido constituida a los efectos de la adquisición, construcción o mejoras de la vivienda única.

Se agrega, como caso de pérdida de la garantía, que el inmueble no esté destinado a vivienda única y de ocupación permanente (inc. a), art. 6º primera parte).

En el art. 8º se mencionan dos supuestos que podrían referir a una misma situación. Efectivamente, el artículo alude, por un lado, a la expropiación de la vivienda refiriéndose, seguidamente, a la indemnización que ella (la vivienda) reciba. Para este último caso, la norma establece que dicha indemnización será inembargable.

La renuncia de la garantía prevista en el art. 9º debe ser formulada por escrito y la firma refrendada por autoridad pública. El renunciante debe ser informado cabalmente sobre los alcances de su acto.

En el art. 7º de la ley se dispone la gratuidad y la exención impositiva, de tasas y/o derechos respecto de todo trámite administrativo y judicial que tenga por objeto la cancelación de los embargos.

C.2) El perfil sugerido para su reglamentación

Desde la lectura de la ley advertimos que su aplicación práctica es dependiente del dictado de su reglamentación. En este orden de cosas, notamos que la única reglamentación a la que la ley se refiere concierne a la determinación de los parámetros que permitirán establecer la razonable

proporcionalidad entre la capacidad habitacional y el grupo familiar, si existiere (art. 3° *in fine*). El examen que sigue puede demostrar que la reglamentación programada es insuficiente y que el análisis comparativo de esta nueva ley, por ejemplo, con la afectación de inmuebles como Bien de Familia (ley 14.394/50), sólo sería posible de ser dictada en forma completa.

Toda vez que el beneficio o garantía (inembargabilidad e inejecutabilidad; v. arts. 3°, 4° y 5°) que la ley brinda es dependiente de que el objeto inmobiliario sobre el que recae esté destinado a vivienda única y de ocupación permanente de su titular, ambas condicionantes deberán estar expuestas para el conocimiento de todo tercero que lo tenga a este último como deudor de alguna obligación no comprendida en la nómina del art. 5°.

Consideramos que la forma de hacer trascender que tal o cual inmueble, por tratarse de la vivienda única y de ocupación permanente de su titular, está a cubierto de su embargo y ejecución por obligaciones distintas a las del art. 5°, consiste en apelar al recurso de su registración inmobiliaria.

A tal fin y por vía reglamentaria se debería establecer: la forma instrumental que puede asumir (recordar que sólo para la renuncia está prevista su facción escrita), las constancias, recaudos y/o certificaciones que se deben obtener, justificativas de que se trata de la única vivienda, de la proporcionalidad a la que se refiere el art. 3° y de la titularidad que se invoque, plazo para su registración, carácter de esta última (constitutiva o declarativa) y demás circunstancias pertinentes (v.gr.: miembros que componen el grupo familiar, que habitan con el titular).

Más allá del carácter que la reglamentación le asigne y por la analogía que guarda este dispositivo legal con el régimen de Bien de Familia, consideramos que la inscripción debería ser constitutiva, publicándose además la composición del grupo familiar, beneficiarios de la "garantía" conforme lo dispone el art. 4°.

Los integrantes del *grupo familiar*, beneficiarios de la "garantía", gozarían de ella por el mero hecho de habitar en el inmueble, independientemente de que por el fallecimiento del titular, lo sucedan como herederos. A partir de lo que establece la última parte del art. 4° "... Se entenderá por grupo familiar al originado en el matrimonio o uniones de hecho incluyendo a los ascendientes y descendientes directos de alguno de ellos", la reglamentación debería precisar si los que son incluidos derivan del titular o también del resto de los miembros del *grupo familiar*.

Además, la indispensable reglamentación debería establecer la obligación de documentar las deudas originadas en la adquisición de insumos destinados al mejoramiento edilicio de la vivienda, construcción y/o mejora (nos referimos al supuesto del inciso b) del art. 5°, estas son obligaciones

asumidas con idéntica finalidad pero sin garantía real), con el propósito de evitarle riesgos al titular que las contrate.

Llama la atención lo previsto en el art. 7° sobre la gratuidad de los trámites que tengan por objeto "... lograr la cancelación de los embargos", porque la terminología empleada impresiona, como si la medida cautelar ya hubiera tenido emplazamiento registral en la matrícula que le hubiera correspondido al inmueble.

Ocurrida la registración inmobiliaria que sugerimos, se facilitaría la oponibilidad de la garantía, tornándose imposible que se haya cautelado el inmueble. El levantamiento (la "cancelación" en la terminología de la ley) de un embargo trabado en expediente judicial anterior y ajeno a sus disposiciones, tramitará por la vía procesal que corresponda sin que se pueda apelar a la gratuidad del art. 7° de esta ley.

Reiteramos nuestra primera afirmación: en la práctica esta ley no es operativa sin el dictado de la necesaria reglamentación.

De no dictarse, esta garantía funcionaría por vía de excepción, esto es, que frente al reclamo judicial de cualquier acreedor por obligaciones no comprendidas en la nómina del art. 5°, el deudor podría rechazar la acción invocando la protección de esta ley.

Naturalmente al oponer la excepción deberá probar que su vivienda reúne todas las condiciones exigidas por la ley. De habérsela embargado podrá reclamar el levantamiento bajo la gratuidad prevista en el art. 7°.

Si acaso este dispositivo legal hubiera sido pensado para funcionar con el único requisito del destino del inmueble como vivienda única y de ocupación permanente y alejado de toda registración inmobiliaria (lo que encontramos totalmente razonable, porque el destino de los inmuebles no es materia de registración), ya nos imaginamos el dispendio de esfuerzo que deberá desplegarse en la órbita jurisdiccional para resolver los conflictos que seguramente se van a presentar. Por esto encontramos plenamente justificado que se examine seriamente reglamentar esta ley, abarcando total o parcialmente, los aspectos que señalamos y otros en los que no hemos reparado.

D. La protección de la vivienda en el último Proyecto de Código Civil y Comercial

En el Congreso Nacional, tuvo tratamiento legislativo el Proyecto de Código Civil y Comercial, elaborado por la Comisión que designó el Poder Ejecutivo a través del Decreto 191/2011, hoy encomendada su revisión a la Comisión Bicameral creada al efecto.

En este Proyecto (conocido como Proyecto 2012), en el Capítulo 3 de

la Sección 3 (Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva) del Título 3 (Bienes) del Libro Primero (Parte General), abarcando desde el art.244 al 256 inclusive, se establecen las normas regulatorias de la *vivienda* que reemplazan a las disposiciones de la ley 14.394 que queda totalmente derogada.

En este articulado sucesivamente se tratan las siguientes cuestiones:

- art. 244: Afectación;
- art. 245: Legitimación;
- art. 247: Habitación efectiva;
- art. 248: Subrogación real;
- art. 249: Efecto principal de la afectación;
- art. 250: Transmisión de la vivienda afectada;
- art. 251: Frutos;
- art. 252: Créditos fiscales;
- art. 253: Deberes de la autoridad de aplicación;
- art. 254: Honorarios;
- art. 255: Desafectación y cancelación de la inscripción;
- art. 256: Inmueble rural.

Por su vinculación con la temática que abordamos (Tema I, Principio de Inscripción, Acápites relativo a la Protección de Vivienda Única), nos interesan los contenidos de alguno de los artículos que componen esta regulación particular. Así:

Art. 244: "... La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional de registro inmobiliario

La inscripción constitutiva prevista en el art. 35 de la ley 14.394/54 (opinable en el criterio de quienes distinguen entre el acto de afectación producido ante el propio organismo registral y la constitución por instrumento notarial) queda convenientemente superada con lo que este artículo prevé.

A partir de su vigencia y por cuanto la afectación de un inmueble destinado a vivienda implica una limitación al derecho de dominio por parte de su titular, en virtud de la finalidad primordial que se persigue con la registración inmobiliaria de facilitar que los interesados puedan conocer "... la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición" (art. 22 Ley 17.801/68), cuando aquella se produzca con intervención notarial, se deberán solicitar los certificados legalmente previstos para acreditar la situación jurídica del inmueble.

La solicitud del certificado de dominio, en el que se notificará que se

gestiona un acto de afectación del inmueble como vivienda (con cita del art. 244), producirá en su favor la "reserva de prioridad", a fin de darle preferencia a dicho acto, toda vez que éste se otorgue durante la vigencia de este certificado y se ruegue su inscripción en el plazo legal.

En rigor de verdad, la disposición legal proyectada constituye una respuesta a la Conclusión arribada en las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, República Argentina, 2005) en cuyo despacho N° 3 se lee: "La registración del bien de familia tiene efectos meramente declarativos (arts. 2, 20 y 22 de la Ley 17.801 y doctrina del art. 2505 del Código Civil). Se aplica, según los casos, el régimen de prioridad directa o el sistema de reserva de prioridad resultante de la expedición de certificados. En el caso de constitución por acta ante el Registro, los efectos se producen retroactivamente la fecha de rogación sin necesidad de ningún certificado o informe registral previo".

La solución legal que se arbitra, en orden a la aplicación de la prioridad conforme las reglas de la ley nacional (17.801), permitirá superar los inconvenientes que trae aparejado el retraso en la inscripción de títulos protegidos por aquella reserva de prioridad en algunos registros de la propiedad inmueble².

Art. 245: "La afectación puede ser solicitada por el titular registral, si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares

ción, Astrea, Bs. As. (Argentina), 2012.

² La doctrina ilustró este problema con un caso real que vale reproducir, ahora pensando que se repetirá. Un matrimonio desea cobijar su vivienda bajo el régimen del bien de familia. Recurre a un escribano que obtiene en el Registro un certificado de dominio en el que se informa que no está afectado por gravámenes, restricciones ni interdicciones. Se otorga la escritura en una fecha determinada ingresando al Registro 8 días hábiles después. De este acto se toma razón en el Registro a los 10 meses de su otorgamiento. Después de constituido y antes de su toma de razón, el titular de dominio del inmueble resuelve comprometerse como fiador solidario de un tercero ante una entidad bancaria. Frente al incumplimiento de los deudores, el banco acreedor ejecuta la deuda y, al tiempo de ordenarse la subasta del inmueble, el Juez de la ejecución considera que la inscripción del bien de familia es posterior a la fecha de asumirse la fianza y que, por tal circunstancia, se justifica continuar con el proceso ejecutivo. En este caso en particular, la alzada consideró que correspondía aplicar lo dispuesto por el art. 5 de la ley 17.801, por lo que la escritura autorizada y presentada en término debía considerarse registrada a la fecha de su instrumentación. La postura que se adopta en esta decisión (que no es uniforme en la órbita judicial de nuestro país) no hace sino consagrar el principio integrador de la publicidad registral inmobiliaria, en el sentido que, cuando se arbitró la posibilidad de conocer la situación jurídica de un inmueble a través del acto en gestión que trasciende por la solicitud de la certificación de dominio, la incuria del que pretendió no anoticiarse no puede en modo alguno beneficiarlo. MOISSET de ESPANÉS, Luis.

conjuntamente.

La afectación puede disponerse por actos de última voluntad; en este caso, el juez debe ordenar la inscripción a pedido de cualquiera de los beneficiarios, o del Ministerio Público, o de oficio si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida.

La afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida”.

En todos los casos previstos en esta norma la autoridad registral dictará las pertinentes Disposiciones Técnicas, haciendo notar que en este Proyecto 2012, igual que ocurre en la actualidad por aplicación de la Ley 14.394, no se da solución al segundo supuesto contemplado: afectación por testamento. Nos referimos al caso en que algún heredero forzoso se oponga a la afectación que el testador dispone porque afecta la intangibilidad de su legítima. Una diferencia de redacción que se advierte entre esta norma y el vigente art. 44 de la mencionada ley, es que en este último la decisión de inscribir le corresponde a la mayoría de los beneficiarios, mientras que en lo proyectado será suficiente el pedido de cualquiera de ellos.

Art. 248: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada y a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización o precio”.

El supuesto de la subrogación real que se contempla en este artículo constituye una de las novedades más importantes del Proyecto 2012, siguiendo en esto (para nosotros relativamente y descuidando su casuística) lo que se proponía en el art. 241 del Proyecto de Unificación de 1998: “La afectación se transmite a la vivienda adquirida en sustitución de la afectada, o a los importes que la sustituyen en concepto de indemnización en caso de expropiación por un lapso de seis meses de percibida. En caso de enajenación del inmueble afectado, su precio es inembargable por el lapso de tres meses si en la escritura traslativa de dominio se deja constancia de que la venta se realiza para adquirir otro inmueble que reúna las mismas o similares condiciones con igual finalidad”³.

De ocurrir el supuesto contemplado en la primera parte del artículo que

Bien de familia: su protección registral. Derecho argentino e iberoamericano.

³ Ver fallos en esta dirección: a.) Supl. J. A. 2.07.1997, N° 6044, pág. 16 y sgts.; La Ley Litoral 2003 (febrero) 115, cita *on line* AR/JUR/2588/2002; La Ley Litoral 2004 (marzo),

nos ocupa (sustitución de una vivienda por otra), el registrador debería contar con ejemplares de la escritura traslativa del dominio del inmueble que estaba afectado como bien de familia y de la que contenga el acto de compra de la vivienda que la sustituye sin que sea relevante, a los efectos de que se tenga por cumplida la subrogación, al tiempo en que estos actos hayan ocurrido.

Esto así y en primer lugar, porque la norma proyectada no fija ningún tipo de plazo para que la sustitución se lleve a cabo y, en segundo lugar, porque los inmuebles pueden estar ubicados en diferentes jurisdicciones con intervención de distintos registros inmobiliarios. Descontamos que la



Academia Nacional del Notariado

La cesión de derechos hereditarios, de gananciales, sobre cosa determinada en el proyecto de unificación*

Néstor D. Lamber

1. TRATAMIENTO EN EL PROYECTO DE UNIFICACIÓN

El actual proyecto de unificación de Código Civil y Comercial aborda la regulación normativa del contrato de cesión de derechos hereditarios, en sus arts. 2302 a 2309, complementándose en cuanto a su forma por el art. 1618 inc. a), y el art. 1010 con relación al objeto de los contratos, superando la omisión del Código Civil.

El proyecto, siguiendo aquí las recomendaciones de técnica legislativa, evita dar una definición del contrato, labor que corresponde a la doctrina y tampoco da una expresa norma que describa su objeto o sujetos.

Pero ello no es objeto de crítica pues las normas proyectadas recogen la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias en la materia, por lo cual, la referencia a éstas permitirá la ade-

SUMARIO

1. *Tratamiento en el proyecto de unificación.*
2. *Conceptualización.*
3. *Oportunidad. Prohibición de pactos sobre herencia futura.*
4. *Forma.*
5. *Cesión de derechos gananciales (indivisión post comunitaria por fallecimiento de uno de los cónyuges).*
6. *Cesión de bienes determinados.*
7. *El contrato atípico de cesión-partición de derechos hereditarios.*

* Trabajo elaborado por el autor para su exposición en el LXV Seminario teórico práctico "Laureano A. Moreira" desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 4 y 5 de julio de 2013.

cuada comprensión del contrato. Se logra así una regulación breve, referida a las cuestiones puntuales que han dado lugar a discusión en la doctrina y divergencias en las resoluciones judiciales.

2. CONCEPTUALIZACIÓN

La ubicación metodológica en el libro V -en materia de sucesiones-, después de regular la aceptación de herencia y antes de la petición de partición, demuestra que se está ante un contrato cuyo objeto se relaciona con la comunidad de bienes de la herencia en estado de indivisión y cuya celebración deberá realizarse entre la apertura de la sucesión (fallecimiento del causante) y la partición.

La interpretación doctrinaria y jurisprudencial de este contrato, recogida por el proyecto, nos permite aprovechar la labor de investigación ya realizada en pos de la seguridad jurídica. A continuación analizaremos las normas propuestas a fin de delinear el concepto legal de cesión de derechos hereditarios distintivos de otros contratos, fundamentalmente en cuanto a su objeto y su carácter traslativo.

2.1. Objeto

El contrato de cesión de herencia se conceptualiza esencialmente por su objeto, que lo diferencia del género cesión de derechos, ameritando un tratamiento específico, como el abordado en materia de sucesiones.

Su objeto, en términos del proyectado acápite del art. 2302, es el derecho que tiene el cedente a una herencia ya deferida o parte alícuota de la misma, explica ZANNONI en la actualidad -y es plenamente aplicable a las normas proyectadas-: "A partir de la aceptación de la herencia y hasta la partición, cada heredero es titular de una cuota o parte alícuota de la herencia aun cuando tenga llamamiento o vocación potencial al todo. Explicamos oportunamente que durante ese lapso -el de la herencia indivisa- los bienes y derechos que la componen no son atribuidos singularmente en el patrimonio de cada coheredero. La cuota, por el contrario, es la medida aritmética del derecho que recae sobre la universalidad sin consideración a su contenido particular"¹.

Este derecho sobre la universalidad de los bienes en indivisión hereditaria, constituye el objeto de la tipificada cesión de herencia. Se ve ratificado en las siguientes normas del Proyecto:

¹ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. T. I. Ed. Astrea, Bs. As., 2008, pág. 588.

a) El art. 2304 del proyecto establece que el cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente de la herencia. Es decir, que si el cedente tiene el derecho de propiedad sobre la universalidad indivisa, pero no sobre los bienes que la integran, ese es el derecho transmitido por la cesión de herencia: la cuota parte sobre la misma.

b) El art. 2305 del proyecto establece que en la cesión onerosa, el cedente garantiza, al cesionario por evicción, la calidad de heredero (como el actual art. 2160 CC) y lo extiende a la parte indivisa que le corresponde en la herencia; demuestra que es esta cuota parte -medida aritmética- sobre la universalidad.

Por el contrario, la norma proyectada expresamente regula que “No responde por la evicción ni por los vicios de los bienes de la herencia, excepto pacto en contrario”, pone de manifiesto la exclusión de los bienes en particular que integran la universalidad como objeto y fin inmediato del contrato típico.

Mantiene así la idea subyacente del actual art. 2160 CC donde “no se reputa al cedente como tradens a título singular, pues si lo fuese, no se explicaría por qué razón queda liberado de responder por la evicción de los bienes que reciba por partición el cesionario”².

c) El art. 2309 del proyecto regula expresamente la cesión de derechos sobre bien determinado -admitiendo, por defecto, su validez- como un contrato diferente a la cesión de derechos hereditarios.

Es decir, que si bien se podrá celebrar un contrato sobre bienes particulares que integren la indivisión hereditarios, sobre ellos el cedente tendrá un derecho a la cosa, sujeto al resultado de la partición, pero no sobre la cosa en particular.

Este contrato se diferencia por su objeto³. Se deja sólo como contrato típico de cesión de derechos hereditarios en el proyecto, el que tiene por objeto la cuota parte de la universalidad consecuente de la comunidad hereditaria.

El proyecto recoge así la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria y conceptualiza al contrato de cesión de derechos hereditarios como una especie del

² ZANNONI, Eduardo. Op. cit., pág. 599.

³ ZINNY, Mario. *Cesión de herencia*. Ed. Depalma, Bs. As., 1986, pág. 2: “No hace falta más para advertir que la nota que permite distinguir un contrato del otro radica, justamente, en el quid transferido: la universalidad jurídica en la cesión de herencia, derecho personal en la cesión de crédito, obligación en la delegación, derecho real de propiedad en la compraventa, permuta y donación”.

⁴ Cám. Civ y Com, Sala II La Plata, 15/2/2005, autos “Verón, Cosme y Ramírez, Clara s/ sucesión ab intestato”. “El carácter esencial de la cesión de derechos hereditarios estriba

género cesión de derechos, la cesión de universalidades⁴. Ello se ratifica en la norma del art. 2308 del proyecto, al imponer la aplicación de las disposiciones de este contrato a la cesión de los derechos gananciales que le corresponden al cónyuge superviviente en el caso de indivisión post-comunitaria, por causa de fallecimiento o presunción de fallecimiento del otro cónyuge, que también configura una universalidad de bienes.

2.2. Carácter traslativo de la cesión de derechos hereditarios y efecto relativo de los contratos

La segunda característica propia de la cesión de derechos hereditarios es el carácter traslativo del contenido patrimonial de la herencia o su parte alícuota, proyectándose en sus efectos entre las cedente y el cesionario, y también su frente a terceros⁵ al asumir el cesionario la posición jurídica del cedente en relación a las relaciones patrimoniales entre coherederos y en la partición de la herencia.

La cesión de derechos hereditarios proyectada, al igual que se la interpreta hoy en día, tendrá la eficacia de transmitir el derecho sobre la universalidad, incluso con oponibilidad a terceros, a diferencia -en principio- de la cesión de derechos sobre los bienes particulares.

Debemos tener presente que tanto en el derecho vigente como en el proyectado, la cuestión del carácter traslativo se centra en la prevalencia del derecho de cesionario frente a las posibles pretensiones de otros terceros.

El art. 1021 del proyecto consagra el principio del efecto relativo del contrato como lo hace el art. 1195 CC, que regula que los contratos tengan efecto sólo entre las partes y no con relación a terceros, excepto en los casos previstos.

El art. 2302 inc. b) del proyecto confiere al contrato de cesión de derechos hereditarios, efecto frente a ciertos terceros interesados, como son los otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente sucesorio, y así consagra el carácter traslativo del derecho sobre la universalidad y oponible a terceros desde ese

en que ella recae sobre la universalidad de la herencia o sobre una parte alícuota de la misma, de modo que el cedente no transmite derechos sobre uno o varios bienes determinados, sino sobre todos los derechos y obligaciones que componen el patrimonio relicto o sobre una cuota parte de esa universalidad jurídica (arts. 3279 y 3281 Código Civil)''.

⁵ Conf. ZANNONI, Eduardo. Op. cit. pág. 592/3.

⁶ En este mismo sentido se sostuvo en la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense (2005), Tema IV, conclusión 4, que la cesión de derechos y acciones hereditarios es el documen-

momento.

Este efecto traslativo determina cabalmente al contrato tipificado: la posibilidad de transferir derechos sobre la comunidad hereditaria sin concluir o extinguir la misma (e incluso junto con la post comunitaria)⁶. En consecuencia, su oportunidad será desde el fallecimiento del causante (aun no iniciado el proceso sucesorio) hasta que se realice la partición total de los bienes, ratificando la doctrina y la jurisprudencia actual⁷.

El cesionario asume la posición jurídica que tenía el causante en cuanto al contenido patrimonial de la herencia y el cedente mantiene el carácter de heredero con los atributos inherentes a ello, como los supuestos enunciados en el art. 2303 del proyecto⁸.

El cesionario frente a terceros y desde la incorporación de la escritura pública de cesión de derechos hereditarios al expediente sucesorio, será el propietario de tal objeto patrimonial (cuota de la universalidad), pero no tendrá derecho actual sobre los bienes en particular, por lo que no se exigirá el cumplimiento de las formas de un modo de transmisión *ut singuli*.

Sin perjuicio de ello, el cesionario opondrá su mejor derecho a otros terceros, como acreedores del cedente. Aquí radica la importancia del carácter

to notarial idóneo para la transmisión de estos derechos durante la vigencia de la comunidad hereditaria, con prescindencia de la inscripción de la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio del testamento.

⁷ C. Nac. Civ. Sala F, "Labayru, José M. c/Registro de la Propiedad Inmueble" LL 2004-D-626. II Jornada Mendocina de Derecho Civil, 1991, Comisión 5º, conclusión 3: "Habiendo comunidad hereditaria, se pueden ceder derechos hereditarios hasta la partición (unanimidad)".

⁸ Art. 2303 Proyecto. Extensión y exclusiones. La cesión de herencia comprende las ventajas que pueden resultar ulteriormente por colación, por renuncia a disposiciones particulares del testamento, o por caducidad de éstas. No comprende, excepto pacto en contrario:

- a) Lo acrecido con posterioridad en razón de una causa diversa de las expresadas, como la renuncia o la exclusión de un coheredero;
- b) Lo acrecido anteriormente por una causa desconocida al tiempo de la cesión;
- c) Los derechos sobre los sepulcros, los documentos privados del causante, distinciones honoríficas, retratos y recuerdos de familia.

⁹ Conf. Cám. Civ. y Com. Pergamino, C 1781 RSI-21-96 1 29/2/1996 "Banco de Crédito Argentino SA c/Gómez Víctor A. s/Cobro ejecutivo": "Es procedente el levantamiento sin tercería sobre los derechos y acciones hereditarios por el demandando por escritura de cesión debidamente inscripta en el registro respectivo, con anterioridad a la anotación de la medida, pues la titularidad del derecho de la cesionaria no tiene carácter eventual como sostiene la actora embargante, desde que el cedente, en función de lo dispuesto por los arts. 3410 y 3417 del CC. entró en posesión de la herencia desde el mismo instante del fallecimiento del causante sin ninguna formalidad o intervención judicial". Cabe aclarar que el proyecto de unificación, confiere como único medio de publicidad y consecuente oponibilidad, la incorporación en el expediente, adoptando la política

traslativo de este contrato tipificado, la solución ante esta colisión de intereses, que el proyecto resuelve a favor del cesionario -como se vio-. Así, por ejemplo, el acreedor del cedente no podrá embargar los derechos patrimoniales en la herencia, cedidos en la forma regulada⁹ y el cesionario tendrá prioridad frente a otras medidas cautelares anteriores a la cesión presentada en el expediente sucesorio¹⁰.

Encontramos este carácter traslativo de la cuota parte de la universalidad también en el art. 2304 del proyecto, al señalar que el cesionario adquiere los mismos derechos que le correspondían al cedente, ratificando en el contrato -ahora tipificado- las normas de la cesión de créditos que se aplicaban por analogía de los actuales arts. 1457, 1458 y 1459 CC.

El cesionario queda en la misma posición jurídica que el cedente, lo cual se reafirma en la redacción del art. 2364 del proyecto; al enunciar los legitimados activos de la acción de partición de herencia dice: "Pueden pedir la partición los copropietarios de la masa indivisa y los cesionarios de sus derechos. También pueden hacerlo, por vía de subrogación sus acreedores, y los beneficiarios de legados o cargos que pesan sobre un heredero".

La norma confiere acción directa al cesionario, para pedir la partición y se aparta de aquella jurisprudencia que lo considera un acreedor del cedente, por lo que debía solicitar la partición por vía de acción subrogatoria¹¹. En consecuencia, el proyecto sigue la postura de los fallos que reconocen, al cesionario, la facultad para pedir la partición y obtener oportunamente la transmisión de los bienes singulares que integran la comunidad hereditaria; la misma concluye y procede a la adjudicación de tales.

El proyecto, en este artículo, claramente diferencia al cesionario de los acreedores de la herencia y del cedente, que sólo pueden pedirla por vía subrogatoria. Esta distinción importa el reconocimiento de que el cesionario no es un mero acreedor del cedente, contra quien tiene un derecho creditorio sin más.

El cedente no está obligado a transmitirle el derecho cedido, pues la misma ya operó entre ellos, incluso por el solo otorgamiento de la cesión bajo la forma de escritura pública (arts. 2302 y 1618 inc. a) del proyecto).

El cesionario podrá peticionar la partición aun cuando la cesión, sea par-

legislativa de no requerir la inscripción de las cesiones de derechos hereditarios, como prevén algunos registros inmobiliarios, y se verá más adelante.

¹⁰ SC Bs. As., JA V, pág. 926: "...es válida la inscripción de un bien inmueble hecha en el Registro de la Propiedad por el cesionario de la herencia, con posterioridad a la fecha de inhibición general de bienes decretada contra el cedente si la cesión fue hecha con anterioridad a la toma de la inhibición" (citado por Morello-Sosa-Berizonce- *Códigos procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. T. II-C, Ed.

cial y no total pues el art. 2364 del proyecto no distingue entre ambos cesionarios, y donde la ley no distingue no debe hacerlo el intérprete.

El proyecto no da solución expresa a si el cesionario puede o no iniciar y promover el juicio sucesorio, pese a que como se señaló podrá pedir la partición por vía de acción directa.

Esta norma individual del art. 2364 del proyecto en modo alguno autoriza a que se interprete que el cesionario adquiere el carácter de heredero, sino sólo que es un sucesor *intervivos* del cedente.

El Título VII del Libro V del proyecto en cuestión no enuncia los legitimados para iniciar el proceso sucesorio, ni considera la intervención del cesionario hasta la partición. Quedará a la interpretación de los jueces, el interés legítimo o legitimación de los cesionarios para iniciar el proceso, intervenir en la etapa de inventario y avalúo y designación de administrador, en la que se refiere a los copropietarios de la masa y, en su caso, a acreedores o legatarios.

Pareciera que en esta mayor consideración al cesionario y su tratamiento diferente al de mero acreedor, tendrán más asidero aquellos fallos que le han reconocido al cesionario total, el derecho a intervenir o iniciar el proceso sucesorio¹².

La transmisión de los derechos sobre la universalidad, que pone al cesionario en la misma posición jurídica que su cedente, se ratifica en el art. 2312 del proyecto, que establece que “El cesionario de los derechos hereditarios del heredero aparente está equiparado a este en las relaciones con el demandante”.

Tampoco, a la hora de juzgar la recepción de este carácter, puede pasarse por alto el art. 2304 *in fine* del proyecto, que excluye al cesionario de la herencia del derecho a los frutos percibidos, dado que este adquiere, el derecho a la universalidad de la herencia con posterioridad.

Así, resulta de la interpretación del derecho actual que PÉREZ LASALA¹³, al igual que BORDA¹⁴ y LÓPEZ DE ZAVALÍA¹⁵, enseñan que “el heredero cedente debe hacer suyos los frutos “percibidos” antes de la cesión, por que dichos frutos, independizados de la cosa principal, le pertenecen (...) La solución

LEP-Abeledo Perrot, 2° ed., Bs. As., 1993, pág. 926).

¹¹ C.Civ. 2° Capital Federal, 5/6/1942 LL 27-275.

¹² Cám. Civ. y Com., La Plata, S II, 96933 RSD-85-2 S. 14-5-2002, autos “Parisotti, María Sara o Parisotti Olguín, María Sara y Martínez Juan Ramón s/Sucesiones”.

¹³ PÉREZ LASALA, José Luis. *Derecho de las sucesiones*, T. I, Ed. Depalma, Bs. As., 1978, pág. 783.

¹⁴ BORDA, Guillermo. *Sucesiones*, T. I, N° 777.

basada en la distinción entre frutos pendientes y percibidos es la que mejor se adapta a nuestro derecho: puede tener fundamento en los arts. 583 y 1416 del Código Civil. Es por eso que es la que sigue el derecho argentino”.

ZANNONI discrepaba respecto de esta opinión, por sostener que los frutos devengados deben entender percibidos en razón de la comunidad hereditaria subsistente al momento de la cesión, salvo que se los hubiera excluido expresamente en el contrato¹⁶.

Esta postura, con respecto a los frutos percibidos por la comunidad, está presente en el art. 2329 del proyecto, con relación a la herencia¹⁷, y, en el art. 485 del proyecto, en la indivisión post-comunitaria¹⁸, lo cual avalaría una interpretación sistemática en este segundo sentido, pero el proyecto ha optado por la opinión mayoritaria, fundada en el derecho actual de modo expreso.

Los argumentos dados por esta postura asumida constituyen una razón más para afirmar el carácter traslativo de la cesión de derechos hereditarios.

2.2.1. Oponibilidad: de la inscripción a la incorporación en el expediente

El art. 2302 del proyecto prevé que la cesión tendrá efectos:

a) Entre las partes, desde su celebración. Cabe aclarar que, si bien no lo dice el proyecto expresamente, el negocio se perfecciona con el otorgamiento por escritura pública y sólo los efectos traslativos frente a terceros requieren un modo especial de publicidad o notificación -como se verá-; por ello, también, la cesión de derechos hereditarios será oponible al escribano autorizante y otros intervinientes o comparecientes en el acto notarial.

b) Respecto de otros herederos, legatarios y acreedores del cedente, desde que la escritura pública se incorpora al expediente.

El proyecto sigue, en la materia, a la doctrina y a la jurisprudencia mayoritaria y establece, como único medio de publicidad de la cesión y el derecho transmitido sobre la universalidad, a la incorporación de la escritura pública en el expediente sucesorio del causante del que el cedente es heredero o cesionario de heredero.

En el régimen actual, se equipara este acto procesal a la notificación de la cesión en una suerte de ficción legal, ante la falta de norma expresa. Pero el proyecto, al regular el momento desde el que surte efecto a terceros, correc-

¹⁵ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los contratos*, “Parte especial”, T. I, pág. 658.

¹⁶ ZANNONI, Eduardo. *Op. cit.*, pág. 615

¹⁷ Art. 2329: “Frutos. Los frutos de los bienes indivisos acrecen a la indivisión, excepto que medie partición provisional. Cada uno de los coherederos tiene derecho a los beneficios y soporta las pérdidas proporcionalmente a su parte indivisa”.

tamente omite hablar de notificación y lo trata como un medio de publicidad, denotando la separación de la figura de la cesión de crédito (notificación que sólo prevé para obligar al deudor de un crédito de la herencia).

Desestima la inscripción de las cesiones de derechos hereditarios en el Registro de la Propiedad Inmueble y, en su sección de anotaciones personales, establecidos tanto en la Capital Federal como en la Provincia de Buenos Aires.

Estos registros fueron criticados por la doctrina por referirse sólo a cosas inmuebles y ser de carácter local, lo cual, según entienden sus críticos, los hace impropios e ineficaces. Por un lado, se establece la toma de razón de un registro de cosas particulares, cuando el objeto de este contrato es una universalidad que puede comprender bienes materiales e inmateriales, cosas, derechos, etc., que exceden la competencia del registro inmobiliario y, además, pueden requerir inscripción en otros registros según su naturaleza.

Por otro lado, se critica que, siendo tales Registros de carácter local, la registración en una jurisdicción no fuera suficiente para que también se lo debiera hacer en las restantes, que además podrían tener otros bienes integrantes del acervo.

En la Capital Federal, la Cámara Nacional Civil en pleno resolvió que “para que la cesión de derechos hereditarios que comprende cosas inmuebles sea oponible a terceros, debe ser anotada en el Registro de la Propiedad”¹⁹; en la provincia de Buenos Aires, algunos fallos sostuvieron que la inscripción en el Registro de la Propiedad equivalía a la notificación al deudor cedido, propia de la cesión de créditos, que perfecciona la cesión y la hace oponible a terceros desde ese momento (arg. art. 1459 CC)²⁰ o le confería prioridad frente a otros interesados²¹.

Sin embargo, el proyecto hace propia la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria y no impone inscripción en registro alguno, como único modo de notificación para surtir efecto, el contrato frente a terceros, su incorporación al expediente sucesorio, donde se concentra la publicidad relevante para todo tipo de bienes o cosa.

Esta modificación lleva a la necesidad de que, para que el contrato tipificado tenga sus plenos efectos frente a terceros, se deba iniciar el proceso

¹⁸ Art. 485: “Frutos y rentas. Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión”.

¹⁹ C. Nac. Civ., en pleno, 24/12/1979-LL 1980-A-327.

²⁰ Cám. Civ. y Com. B. Blanca “Municipalidad de Puan c/Stroeder, Ricardo s/Apremio” CC01 02 BB 85643 RSI-81-91-I-2/4/1991.

sucesorio del causante e incorporar la escritura pública en él, sin prever otro sistema de publicidad alternativo que le confiera este carácter traslativo frente a terceros.

c) Respecto del deudor de un crédito de la herencia, desde que se le notifica la cesión.

En este supuesto, se está ante un derecho creditorio de la herencia, cuya cesión requiere ser notificada al deudor, pues, en tanto no se lo haga, éste deberá seguir cumpliendo su obligación como si la cesión de derechos hereditarios no tuviera eficacia, y se rigiera por las normas generales de la cesión de derechos (art. 1620 y concs. del proyecto), resolviéndose luego si integran o no el contenido patrimonial cedido en los términos de los arts. 2304 y 2303 del proyecto.

2.3. El cedente y la calidad de heredero

En la regulación del contrato típico en el proyecto, no se menciona que el cedente deba reunir la calidad de heredero, lo cual es lógico con el concepto que indica que por este contrato se transmiten los derechos patrimoniales de la herencia, pero no el carácter de heredero. En consecuencia, quien adquirió los derechos a la universalidad de la indivisión hereditaria, o una cuota parte de ellas, como sería el cesionario de una cesión de derechos hereditarios, mientras no concluya la indivisión, puede cederlos por este mismo contrato.

La omisión no parece ser casual, sólo el art. 2305 del proyecto se refiere a la garantía de evicción que da el cedente de su calidad de heredero, replicando la norma del actual art. 2160 CC.

Esto ha sido fruto de discrepancias en la doctrina y de haber querido limitar la capacidad del cedente para celebrar este contrato, admitiéndolo sólo para aquellos que revisten la calidad de herederos; se debió haber tomado partido expresamente por esa postura doctrinaria restrictiva, ya que en caso contrario, siempre debe estar por la capacidad y libertad contractual.

2.3.1. Cesión de cesión de derechos hereditarios

Con las normas del Código Civil vigente, se nos presenta la problemática de quiénes pueden ser cedentes y cuál es objeto de este contrato.

Una opción es partir de la posición de BORDA, quien entiende al contrato de cesión de herencia definido desde la posición jurídica de heredero y con-

²¹ Cám. Civ. y Com. Pergamino, C 1781 RSI-21-96 I 29/2/1996 "Banco de Crédito Argentino

cluye que sólo el heredero puede ser cedente en este contrato.

Tomemos, a fin de ser breves, las propias palabras de BORDA en su *Manual de Contratos* para entender su posición: "Se ha puesto en cuestión la naturaleza de esta cesión. Algunos autores han sostenido que el cesionario es un sucesor universal (RÉBORA, LIERENA). Pero no es así. No lo es del causante, porque no hay sucesión universal por contrato (nota al art. 3280), porque el cesionario no responde ultra vires, y porque el heredero cedente no queda liberado de las deudas de la herencia. No es tampoco heredero universal del heredero cedente, porque este no transmite todo su patrimonio y ni siquiera una parte alícuota de él, sino sólo un conjunto de derechos y obligaciones"²².

Esta postura se sustenta en la imposibilidad de la sucesión contractual y confunde la vocación universal del heredero a todo el acervo sucesorio, con la existencia de universalidad de cosas y bienes -de derecho o de hecho-, que puede constituir un bien en conjunto, que puede ser objeto de un contrato, como, por ejemplo, expresamente lo prevé la ley 24.441 al establecer la posibilidad de creación de un patrimonio fiduciario, que es una universalidad de cosas y bienes en su más amplia variedad, que constituyen el objeto del contrato y de su cesión por los sujetos del mismo.

En este sentido se manifestaba LÓPEZ DE ZAVALÍA: "No cabe confundir los conceptos de sucesión universal y de sucesión *mortis causa*, ni los de sucesión y herencia. A) una cosa es la causa por la que se sucede, y otra la amplitud y características con que se sucede. Desde el punto de vista de la causa, corresponde distinguir entre la sucesión *inter vivos*, y la sucesión *mortis causa*. Y desde el punto de vista de la amplitud y características se clasifican los modos de suceder en sucesión particular y sucesión universal. Que estos criterios son distintos lo demuestra el hecho de que la sucesión *mortis causa* puede ser a título universal, o a título particular. Y si la sucesión *mortis causa* admite ambas posibilidades, no vemos por qué razón haya de negárselas a la sucesión por actos entre vivos"²³.

No puede pensarse la cesión de derechos y acciones hereditarios desde la óptica de quien cede, sino que se define esencialmente desde la particularidad de su objeto.

Ello es así, pues este contrato atípico importa la transferencia de los derechos y deudas de carácter patrimonial en conjunto indiviso, a los que tienen vocación uno o más herederos o sucesores, pero que no importa la transmisión de derechos personalísimos ni el carácter de heredero.

SA c/Gómez Víctor A. s/Cobro".

²² BORDA, Guillermo A. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1987, pág. 322

²³ LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos*, T. 2, Ed. Zavalía, Bs. As. 1985,

Explica claramente ZANNONI: "... el cesionario sucede en la posición jurídica del cedente, respecto de la herencia, y no en los bienes singularmente comprendidos en ella. En otras palabras, el objeto de la cesión es la universalidad, y el cesionario, por lo tanto tiene título a ella: en el aspecto activo recibe la misma posesión indivisible que tenía el heredero (arts. 3416 y 3449), y en igual calidad puede reivindicar inmuebles de la sucesión o proseguir la reivindicación iniciada por aquél (art. 3450), puede ser demandado por las deudas de la sucesión (art. 3490; aún cuando no asuma la responsabilidad *ultra vires hereditatis*, ver § 553), pues está obligado a contribuir en ellas; puede ser demandado por petición de herencia (art. 3422; ver § 453), etc."²⁴.

En consecuencia, si se reconoce expresamente que no transmite la calidad de heredero, por su naturaleza no es indispensable que sea el heredero el único legitimado para ceder en este contrato.

La particularidad del contrato de cesión de derechos hereditarios se da por tener por objeto una masa de bienes, activo y pasivo, que no puede saberse, desde el inicio, qué bienes o cosas en particular serán adjudicados al cesionario, sea porque aparezcan otros herederos que sean reconocido como tales, sea porque el pasivo extinga el activo, sea porque en la partición con los restantes herederos no se sepa de antemano qué bienes le correspondrán.

Esto es precisamente el carácter aleatorio del contrato y no los supuestos de evicción donde se regula sobre el derecho trasmisible. Así señalaba SPOTA sobre los arts. 2160 a 2163 CC: "...el cedente transmite su pretensión a una universalidad jurídica como lo es la herencia, allí hay un elemento de aleatoriedad, y la ley, entonces, en virtud de esa aleatoriedad también reglamenta sobre esa base la garantía de evicción"²⁵.

LÓPEZ DE ZAVALÍA señalaba, en congruencia con lo dicho, "Partimos de la base de que la cesión de herencia es una subespecie del contrato de cesión de universalidades jurídicas, el cual a su turno es una especie dentro del contrato de cesión de derechos"²⁶. Allí recalca la particularidad del objeto de este tipo de cesión, esa universalidad que la hace pasible de un tratamiento

pág. 674

²⁴ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*, T. I, 5° Ed, Astrea, Bs. As. 2008, pág. 597 y 598.

²⁵ SPOTA, Alberto G. *Instituciones de Derecho Civil, "Contratos"*, Vol. VI, Ed. Depalma, Bs. As, 1980, pág. 351.

²⁶ Op. cit., T. 2, pág. 651.

²⁷ Op. cit., pág. 600.

²⁸ Este argumento no es aplicable al proyecto de unificación que deroga el instituto de

específico, más allá de la situación jurídica del heredero.

En este mismo sentido, de no ser indispensable que el cedente sea heredero, señala ZANNONI, que se admite la posibilidad de ceder derechos hereditarios al legatario de cuota^{27 28}.

Obsérvese que como dice ZANNONI, "...no se puede argumentar en contra, diciendo que el art. 3280 proscribire la sucesión universal por contrato, porque el sentido de la nota es explicar los alcances de esa norma que alude a las fuentes de las sucesiones *mortis causa*. Lo que esa nota aclara, en relación al artículo es que (...) no puede contratarse con una persona su futura sucesión"²⁹.

Por lo dicho, siendo el objeto de este contrato, una universalidad que debe conceptuarse como un bien en el sentido lato del art. 2312 CC y por lo tanto admisible su transmisión, la cesión por el cesionario de herencia podrá celebrarse por las modalidades y formas de la cesión de derechos hereditarios.

Este es el único instituto donde se podrá dar la determinación de su cuantía y posterior adjudicación sobre las cosas y bienes en particular a los que está destinado, que sólo una puede darse a través del proceso sucesorio, aunque luego se celebre un partición privada en la que el cesionario de derechos hereditarios, como propietarios del derecho a adjudicarse, será necesariamente parte.

Esta necesidad de dar a conocer a terceros la nueva cesión que hace el cesionario de derechos hereditarios, para la doctrina mayoritaria (y en forma excluyente en el derecho proyectado) se da a través de su presentación en el expediente, pero además tiene suficiente conexidad con el sucesorio por las acciones que detenta como actor el cesionario de derechos hereditarios o de las que puede ser pasible como demandado, como señala ZANNONI en la cita efectuada.

El cesionario de derechos hereditarios puede ceder los derechos y acciones hereditarios (universalidad) que le han sido transferidos por contrato de cesión de derechos hereditarios a otro nuevo cesionario, mientras se mantenga el acervo hereditario en estado de indivisión³⁰.

2.4. Colofón (consideración sobre la disposición de derechos de la vivien-

legatario de cuota y le atribuye el carácter de heredero de cuota sin vocación al todo (art. 2488 del proyecto).

²⁹ Op. cit., pág. 598, y en igual sentido López de Zavalía. Op. cit., pág. 661.

³⁰ Conf. LAMBER, Rubén A. *Cuadernos de Apuntes Notariales*, La Plata, noviembre de 1998, N° 18, pág. 26, consulta N° 5.

da familiar del cedente)

La asunción, por el proyecto, del desarrollo de la doctrina y de la jurisprudencia sobre el instituto hace patente que podamos repetir las definiciones ya enunciadas por la doctrina sobre este contrato, y así es plenamente aceptable por el concepto analizado en el proyecto, poder sostener la definición que da ZANNONI, para el derecho vigente, aun una vez promulgada la reforma: "La cesión de derechos hereditarios es un contrato por el cual el titular del todo o parte alícuota de la herencia, transfiere a otro el contenido patrimonial de aquella, sin consideración al contenido particular de los bienes que la integran"³¹.

El contrato podrá ser oneroso o gratuito e, incluso, neutro, en caso de tener por finalidad mediata la partición del acervo hereditario.

Como señalamos, el objeto propio de la cesión es la transferencia del derecho patrimonial sobre la universalidad o su parte alícuota, pero no de los bienes en particular y sólo una vez adjudicados los bienes en particular, el cesionario los recibirá directamente del causante y desde la fecha de fallecimiento de éste, al regular el efecto declarativo de la partición el art. 2403 del proyecto.

Pero esta neta separación de la disposición de los derechos hereditarios con las cosas en particular, deberá ser armonizada con las normas tuitivas de la vivienda familiar de los arts. 456 y 522 del proyecto, que llevan la impronta de la constitucionalización del derecho privado.

Estos artículos proyectados establecen que ninguno de los cónyuges, mientras subsista el matrimonio -sin importar si se trata de bienes gananciales, propios o personales de uno o ambos (art. 456 proyecto)-, ni quienes mantengan el estado de convivencia en una unión convivencial inscripta (art. 522 Proyecto), pueden "sin asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de esta", sancionado su omisión con la nulidad.

La amplitud del concepto de "disponer derechos sobre la vivienda familiar y demás muebles enunciado", ha llevado en los primeros comentarios del proyecto a aclarar que no sólo se requiere el asentimiento para la disposición de derechos reales, sino también para los personales, como podrían ser los de uso y goce derivados de un contrato de locación.

Si entre los inmuebles y cosas muebles que integran la universalidad de la indivisión hereditaria, existe alguno en el que el cedente tenga radicada su

³¹ ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de las sucesiones*. T. I, Ed. Astrea, Bs. As. 2008, pág. 588, citando la conformidad de Borda. *Tratado Sucesiones* T. I N° 756, Forniellles. *Tratado*, T. I,

vivienda familiar, junto con los muebles indispensables en ella, con respecto a la disposición del derecho a uso y goce de ellos, aunque no tenga aun su propiedad (o pueda no llegar a tenerla nunca) se debería exigir el asentimiento para ello.

Esto no quiere decir que se deba requerir asentimiento conyugal para ceder los derechos hereditarios; sino que sólo será necesario para disponer del derecho a esa vivienda familiar y sus muebles necesarios incorporados, siempre y cuando la cesión importe un acto de disposición a título gratuito u oneroso, pero no cuando sea un acto partitivo.

Es decir que el contrato de cesión será válido, pero la disposición del derecho que el cedente tenga al uso y goce de la vivienda familiar (por ejemplo por el permiso que le dieron los coherederos) se verá limitado en su eficacia por esta omisión, hasta la caducidad, extinción o resolución del derecho a la vivienda familiar preexistente a la cesión.

En caso de ausencia o impedimento transitorio o negativa injustificados, se requerirá autorización judicial en los términos de los arts. 458 y 460 del proyecto.

3. OPORTUNIDAD. PROHIBICIÓN DE PACTOS SOBRE HERENCIA FUTURA

El art. 2302 del proyecto titulado "Momento a partir del cual produce efectos", se refiere a una herencia ya deferida o a una parte alícuota de la misma.

Mantiene así el principio actualmente consagrado por los arts. 1175, 1449 y nota al art. 3280 CC, de que este contrato no puede realizarse en vida del causante, pues implicaría un pacto sobre herencia futura de carácter dispositivo, aun cuando se refiera a bienes particulares y no a la universalidad de bienes de la herencia aún no deferida.

En este sentido, el proyecto mantiene la prohibición de la sucesión futura o de los derechos hereditarios eventuales sobre bienes en particular en el art. 1010 del proyecto, ratificado en la prohibición de renunciar la porción legítima de una sucesión no abierta (art. 2449 del proyecto).

El art. 1010 del proyecto -que modifica el art. 1175 CC- lleva como título "Herencia Futura", y en su primer párrafo cambia la puntuación de la actual norma del Código Civil y prevé expresas excepciones, al decir: "La herencia

pág. 345; De Gasperi. *Tratado*, T. II, pág. 131; Maffia. *Tratado*, T. I, pág. 586.

³² Incorpora el proyecto la admisión de pactos sobre herencia futura en aras de la continuidad de la empresa o explotación, tal como lo prevé la legislación italiana. Véase Orlandi,

futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición expresa”.

La excepción del segundo párrafo se refiere a la posibilidad de celebrar contratos relativos a una explotación productiva o participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o la prevención o solución de conflictos, que pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios³². Debemos conceptualizarlo como un objeto de bienes particulares del causante, aun cuando pudieren llegar a conformar una universalidad de hecho de titularidad del futuro causante, pero que se diferencia de la futura comunidad hereditaria que integraría en su caso, y deberemos regirlo más apropiadamente por la norma del art. 2309 del proyecto, como analizaremos más adelante.

De estas normas claramente se desprende que el contrato tipificado en el proyecto de cesión de derechos hereditarios se podrá celebrar desde el fallecimiento del causante, momento de la apertura de la sucesión y de la transmisión *mortis causa* de los derechos a los sucesores (art. 2277 del proyecto al igual que los arts. 3410 y 3417 CC).

3.1. Extinción de la comunidad hereditaria

La cesión se podrá realizar mientras subsista la comunidad hereditaria, que sólo concluye con su partición y su adjudicación de los bienes en particular a cada comunero (heredero o cesionario), extinguiéndose la universalidad de bienes, que era objeto de la herencia y cesión de derechos hereditarios sobre ella. A partir de ese momento, sólo será posible celebrar los contratos sobre los bienes en particular.

El proyecto recoge la doctrina y jurisprudencia actual y su art. 2363 dice: “Conclusión de la indivisión. La indivisión hereditaria solo cesa con la partición. Si la partición incluye bienes registrables, es oponible a los terceros desde su inscripción en los registros respectivos”.

Claramente asume la postura dominante que, sobre las cosas en particular que integran la comunidad hereditaria, no se genera un condominio por el mero paso del tiempo, ni por la inscripción de la declaratoria de herederos

Olga. “Tendencia hacia la autonomía de voluntad en el derecho sucesorio del siglo XXI” en Derecho de familia, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo Perrot, Bs. As. N° 52, págs. 5/6.

³³ Fallos 321-2162.

³⁴ SCJ PCIA. Bs. As. - Ac. 49283 del 8/9/1992.- Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala I: “Oliva, Juan c/ Mercado, Nova P.” del 1/10/2002 -LL.B.A.2003, pág. 507; y “Scardassi, Hilario s/

en el registro según la naturaleza de los bienes que la integran, como expresamente lo ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Capdevilla, Víctor y ot. c/N Ayelli, Enrique s/división de condominio" del 13/08/1998³³: "La inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble no produce el cese de la indivisión hereditaria, el que sólo ocurre con la partición de los bienes debidamente inscripta", y el proyecto sigue con equivalente redacción en el artículo en cuestión.

En el mismo sentido, más amplio es el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, que dice: "la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble tiene efectos publicitarios y no aporta por sí sola la constitución de un verdadero condominio entre los herederos. Menos aún lo importa el prolongado mantenimiento de la comunidad hereditaria después de esta. inscripción con basamento en la nota del art. 2675 del Código Civil, ya que la misma no tiene valor de ley, y la transformación de una figura en otra por el solo transcurso del tiempo pondría los bienes que componen la herencia en la inseguridad jurídica manifiesta, dado que no son similares los derechos de los condóminos sobre la cosa en condominio que de los comuneros sobre la cosa en indivisión"³⁴. Coherentemente el proyecto carece de una nota o norma en el sentido de la nota del art. 2675 CC citada en esta resolución.

En conclusión, el contrato tipificado de cesión de derechos hereditarios en el proyecto se podrá celebrar hasta la partición de la comunidad hereditaria.

4. FORMA

El proyecto de unificación ratifica el criterio del art. 1184 inc. 6 CC, y en su art. 1618 proyectado, en materia de forma para la cesión de derechos en general, establece que debe hacerse por escritura pública la cesión de derechos hereditarios, al igual que la cesión de derechos litigiosos que involucre derechos reales sobre inmuebles³⁵.

sucesión intestada", 8/9/1998, ED del 54/1999.- CNCiv. Sala H, 2000/09/04, "Zuccotti, Alfredo c/Zuccotti, Jorge J. y otro". CNac. Civ. Sala F, "Labayru, José M. c/ Registro de la Propiedad Inmueble" LL2004-D-626.

³⁵ Art. 1618. "Forma.- La cesión debe hacerse por escrito, sin perjuicio de los casos en que se admite la transmisión del título por endoso o por entrega manual.

Debe otorgarse por escritura pública:

a) La cesión de derechos hereditarios.

Asimismo el art. 2302 inc. b) del proyecto expresamente requiere la incorporación de la escritura pública de cesión de derechos hereditarios al expediente sucesorio para tener efecto frente a terceros.

El proyecto toma postura por la exigencia de la forma escritura pública para este contrato y ello es congruente con el carácter traslativo que enunciamos previamente. Se tipifica un contrato que transmite la propiedad de una universalidad o cuota parte de la misma, que tendrá efectos de oponibilidad de frente a terceros, lo cual justifica el mayor rigor formal en su celebración, por su eficacia de certeza legal y conservación, sin perjuicio de considerar también el control técnico jurídico y el asesoramiento previo, características ínsitas del documento notarial.

Ello es congruente pues en el mismo artículo del proyecto también se exige la escritura pública para la cesión de derechos litigiosos cuando involucra derechos reales sobre inmuebles, aun cuando el resultado del juicio pueda ser contrario a la pretensión del cedente. La sola eventualidad de la consecuente constitución, modificación, transmisión, cancelación o extinción del derecho real inmobiliario es suficiente para esta exigencia formal; ello también deviene aplicable en las cesiones de derechos hereditarios que se pretenden tener como de derecho litigioso, y en la indivisión hereditaria existen cosas inmuebles.

El proyecto asume una clara solución en cuanto a la forma, y opta por la escritura pública, reafirmando la jurisprudencia que así lo entiende³⁶.

La norma del proyecto deja de lado la argumentación que relacionan con la forma de la renuncia de herencia, que cuando lo es entre coherederos, carece de efecto traslativo propio y distintivo de la cesión, pero en todos sus aspectos regula de modo netamente diferenciado, sin que se pueda sostener analogía alguna.

Asimismo, el proyecto deja de lado las interpretaciones jurisprudenciales

b) La cesión de derechos litigiosos. Si no involucra derechos reales sobre inmuebles, también puede hacerse por acta judicial, siempre que el sistema informático asegure la inalterabilidad del documento”.

³⁶ CNCiv., en pleno, 24/2/1986: autos: “Rivera de Vignati, María F. M. s/sucesión” - LL 1986-B-515.- SCJ Bs. As., causa Ac. 90994, “G.P. s/sucesión” 9/11/2005 JUBA.

³⁷ Cám. Civ. y Com. 1 Mar del Plata, 118094. RSI-1245-25/10/2001 autos “Cherencio, Oscar Antonio s/Sucesión”; Cám. Civ. y Com. Morón, Sala II 14/11/2000, “Jaureguy, Rodolfo” LL on line AR/JUR/728/2000; STJ de Entre Ríos, Sala II en lo Civ. y Com., 11/9/1980, “Vaiairini de Molina, Eisa E” AR/JUR/7 458-1980.

³⁸ SCJ Bs. As., causa Ac. 90994, “G.P. s/sucesión” 9/11/2005 JUBA, voto del Dr. Hitters en especial. Cám. Civ. y Com. B. Blanca, Sala II, autos “Sarcou, Mariano” del 16/6/2009, LLBA2009-795 que cambia criterio anterior; Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala I “Leroux,

que admitían su instrumentación en acta judicial o mediante la presentación de un instrumento privado en autos, con ratificación de firma ante el secretario, en razón de que la ley 17.711 exige la escritura pública sólo *ad probationem* y no *ad solemnitatem*³⁷.

Pero el proyecto es acorde con la jurisprudencia que correctamente ha entendido que la cesión de derechos hereditarios, celebrada por instrumento privado, no vale como tal, pero obliga a las partes a otorgar la escritura pública en los términos del art. 1185 CC³⁸, es decir, se está ante un contrato preliminar o ante contrato de cesión de derechos hereditarios.

El Dr. Peralta Mariscal en su voto en uno de los fallos citados³⁹ sostuvo que no es admisible reemplazar la escritura pública por otro tipo de instrumento público como es un acta judicial, ya que el art. 977 dispone que “En los casos en que la forma del instrumento público fuese exclusivamente ordenada, la falta de ella no puede ser suplida por ninguna otra prueba, y también el acto será nulo”; para concluir su admisión generaría una nulidad instrumental y manifiesta logrando un “triumfo efímero que se volverá peligrosamente en su contra: obtendrán una cesión de derechos hereditarios obviando la forma instrumental exigida por la ley y ahorrándose los costos respectivos, pero recibirán un título instrumentalmente viciado que la ley fulmina de nulidad y; por tanto, adquirirá derechos endeblés que en cualquier momento podrían verse frustrados por el vicio que llevan ínsito (pues una resolución favorable en esta causa obviamente no sería oponible a terceros interesados que no intervinieron en ella), lo que constituye una consecuencia mucho más grave que erogar los gastos que implica adoptar la forma instrumental exigida por la ley como condición de validez del acto (arts. 976, 977, 1038, 1044, 1047, 1051 y conc. del Código Civil)”.

Otros fallos admitieron estas cesiones por instrumento privado, asimilándolos a una partición y esta analogía, a la forma del art. 1184 inc. 2 CC⁴⁰.

Sin embargo, a la luz de las normas del proyecto, si vale como partición, no lo será como cesión de derechos hereditarios. Es decir que este acuerdo de partición carece del carácter traslativo distintivo del contrato de herencia tipificado.

Por ende, si de ese acuerdo partitivo surge la finalidad de transmitir a otro la universalidad o parte alícuota de la herencia, deberá elevarse a escri-

Ricardo y ot.” Del 4/8/2010, LL on line AR/JUR/55120-2010.

³⁹ Cám. Civ. y Com. B. Blanca, Sala II, autos “Sarcou, Mariano” del 16/6/2009, LLBA2009-795.

⁴⁰ Cám. Civ. y Com. San Nicolás, “Turchi, Luis J. s/sucesión” del 16/2/1995 - LLBA 1995-1272.- Cám. Civ. y Com. San Isidro, Sala II en su anterior composición “Dalla Ba,

tura pública y sólo tendrá el efecto de precontrato de cesión de derechos hereditarios, sin los efectos propios de los arts. 2302, 2304 y concordantes del proyecto.

5. CESIÓN DE DERECHOS GANANCIALES (INDIVISIÓN POST COMUNITARIA POR FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES)

Claramente el proyecto de unificación regula en sus arts. 481 y siguientes la indivisión postcomunitaria, conformando un verdadero sistema de masas de bienes y deudas, con recompensas y cargas. Distingue que se aplicará las normas de la indivisión hereditaria cuando la comunidad de gananciales se extinga por el fallecimiento de uno de los cónyuges; en cambio, en las restantes causales de extinción, se regirá por el régimen previsto en forma especial en materia de relaciones de familia en el Libro II del proyecto.

Coherente con la aplicación de las normas del derecho sucesorio a la indivisión hereditaria por causa de fallecimiento de uno de los cónyuges, es el art. 2308 del proyecto, el que expresamente establece que las normas del contrato de cesión de derechos hereditarios se aplican al de cesión de derechos gananciales, cuando la indivisión postcomunitaria tiene esta causa.

Es su fundamento la confusión de ambas masas o universalidades de bienes, que deben resolverse conjuntamente y, en consecuencia, disponerse de igual modo con el mismo carácter traslativo⁴¹.

Recoge, así, la doctrina del emblemático fallo "Aubone, Alfredo c/Aubone, Juan A y otros"⁴² en el que decía: "Esa coexistencia de indivisiones -postcomunitaria y hereditaria- no ocasiona problema alguno, pues tanto con relación a la administración como a la disposición y a los modos de ponerle fin, la ley argentina no contiene disposiciones expresas sino con relación a la segunda, que son aplicables a la primera por analogía", dándole ahora una expresa solución normativa.

Esta norma del proyecto, al aplicar a esta cesión de gananciales las

Roberto s/sucesión ab intestato" 96178 RSI-428-4 I 18/5/2004.

⁴¹ Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 8/8/2000, autos: "Pellegrino, Eti c/Solano, María s/incidente de nulidad": "La cesión de bienes gananciales está comprendida en la cesión de herencia cuando del texto del contrato puede interpretarse su inclusión, siendo este el único medio idóneo para que el cónyuge supérstite pueda transferir sus derechos. El contenido de la cesión de derechos hereditarios también abarca a la de los derechos originados en la sociedad conyugal, sin que por eso pierda su carácter y se convierta en otro contrato" (LLBA2001-333).

⁴² CNCiv. Sala C, del 6/8/1974 JA 27-216. Cám. Civ. y Com. Corrientes, Sala IV, autos

reglas de este título cesión de derechos hereditarios, determina la ratificación de estar ante un supuesto de cesión de universalidad o su parte alícuota, con el correlativo carácter traslativo de los derechos del cedente al cesionario, su obligatoria instrumentación por escritura pública y la necesaria incorporación al expediente sucesorio.

Esta incorporación al sucesorio, para tener efecto frente a terceros, afirma las actuales resoluciones judiciales que admitían la presentación en autos y ordenan la inscripción tanto de las cesiones de derechos hereditarios como gananciales; en contraposición a aquellas que rechazan su presentación en sucesorio por no referirse a bienes del sucesorio.

El proyecto coincide con la conclusión VII de la XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil, Tucumán, 2011: "LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD CONYUGAL Y FUERO DE ATRACCIÓN. *De lege lata*: Por unanimidad: La liquidación de la sociedad conyugal disuelta en vida de los cónyuges que se encontrare pendiente a la muerte de alguno de ellos, resulta atraída por el juicio sucesorio y deberá tramitar ante el juez que resulte competente conforme lo dispuesto en el artículo 3284 del CC, aun cuando una sucesiva sociedad conyugal se hubiera disuelto por la muerte".

La norma del proyecto es altamente positiva en la faz práctica, ya que, como se vio, no puede disponerse de la universalidad hereditaria o partir la misma, si previa o simultáneamente no se hace también la de indivisión postcomunitaria por fallecimiento de uno de los cónyuges, ya que sólo así se determinará qué corresponde al cónyuge supérstite por la disolución de la comunidad de gananciales, y qué a éste y a los restantes herederos como bienes relictos⁴³.

5.1. La omisión de enunciar la cesión de derechos gananciales

El proyecto no tiene una norma especial en cuanto a la interpretación del contrato cuando se dice que cede los derechos hereditarios y nada dice sobre los gananciales.

Al respecto se ha interpretado que cuando se ceden los derechos hereditarios por el cónyuge supérstite y en sucesorio sólo hay bienes gananciales, se debe interpretar que se cedieron los gananciales, pues de lo contrario sería

"Valdez, Teodoro s/sucesión" del 6/4/2011. LL on line AR/JUR 15759/2011.

⁴³ Cám. Civ. y Com. La Plata, Sala III, "Jandizio, Estanislao s/sucesión" 12/9/1995: "La sucesión comprende tanto los derechos que reconocen su fuente en la vocación sucesoria como los que se actualizan por la partición de gananciales. Ello, por la simple razón que ambos se 'liquidan' en el expediente sucesorio".

⁴⁴ SC. Bs. As., 11/10/1961 JA1961-IV-540.

un contrato sin sentido y debe considerarse la acepción de derechos hereditarios, no en sentido técnico, sino vulgar: como la transmisión de todos los derechos a la muerte de una persona, sin limitarlo a los de la herencia⁴⁴.

Esta interpretación del error en el objeto adquiere mayor razonabilidad aun en la norma proyectada, al asimilar los regímenes de ambas cesiones de universalidades, máxime con el art. 384 del proyecto, que recepta expresamente la teoría de la conversión subjetiva del derecho italiano, al decir: “Conversión. El acto nulo puede convertirse en otro diferente válido cuyos requisitos esenciales satisfaga, si el fin práctico perseguido por las partes permite suponer que ellas lo habrían querido si hubiesen previsto la nulidad”.

6. CESIÓN DE BIENES DETERMINADOS

El art. 2309 del proyecto dice: “Cesión de bienes determinados. La cesión de bienes determinados que conforman parte de una herencia no se rige por las reglas de este título, sino por las del contrato que corresponde, y su eficacia está sujeta a que el bien sea atribuido al cedente en la partición”.

La norma proyectada sujeta todos los contratos traslativos de bienes en particular, que componen la indivisión hereditaria, a las resultas de la partición.

En primer término, deja de lado la interpretación de la admisión de la cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados, como una mera cesión parcial de herencia⁴⁵ y recepta, en primer término, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia que considera que al estar en estado de indivisión hereditaria o postcomunitaria, los comuneros no tienen propiedad actual sobre las cosas o bienes en particular, por lo cual no corresponde celebrar el contrato de cesión de herencia sino una venta, permuta o donación según la naturaleza del negocio⁴⁶.

⁴⁵ “No vulnera el carácter de indivisibilidad de la universalidad jurídica sucesoria si se efectúa la cesión de derechos hereditarios respecto a inmuebles determinados si se trata de una cesión parcial”. Despacho de la minoría en la XI Jornada Nacional de Derecho Civil.

⁴⁶ Despacho IV 2. De la XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil: 2. Cesión con respecto a bienes individualmente determinados. *De lege lata*: Posición A. Por mayoría No es posible que los herederos puedan transmitir bienes individualmente determinados durante el estado de indivisión, a título de cesión de herencia.

⁴⁷ En este sentido, en el derecho vigente, sostiene la minoría del despacho IV 2. De la XXIII Jornada Nacional de Derecho Civil: 2. Cesión con respecto a bienes individualmente

El contrato de cesión de derechos tipificado en el proyecto tiene por objeto la universalidad o parte alícuota de ella, de la indivisión hereditaria. Allí el heredero, como sus cesionarios, recibirán los bienes que se le adjudiquen según el resultado final de la liquidación de activo y pasivo de esta universalidad.

No puede determinarse anticipadamente a la partición, el bien particular que corresponde a cada comunero, ni cuántos son éstos hasta que se cumplan los pasos del proceso sucesorio, ni qué bienes continuarán en la masa hasta su finalización luego de su administración, o eventuales actos de disposición admitidos.

Pero no cabe duda de que los comuneros y sus cesionarios tienen una expectativa para esos bienes particulares que se concretarán en la partición y, además podrán realizar una partición parcial de uno o algunos bienes. Si una parte de ellos no es susceptible de división inmediata, pueden partirse los actualmente partibles, como prevé el art. 2367 del proyecto⁴⁷.

Por ello, es válido celebrar contratos traslativos de las cosas en particular que componen la indivisión hereditaria, siempre sujeto a que el bien sea atribuido al cedente.

El proyecto reconoce así la validez de estos contratos referidos a bienes determinados bajo la condición de estar sujetos al resultado de la partición, y regula que se regirán por las reglas del contrato que corresponda.

Así, en el proyecto, en la concordancia de este artículo con el art. 1010 citado, queda claro que la prohibición de los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares sean objeto de los contratos, se refiere a los de herencia no deferidas (futuras), dado que se admite la eficacia de los contratos sobre estos bienes en particular durante la indivisión hereditaria, previéndose su normativa aplicable y sujeta al resultado de la partición, recogiendo la jurisprudencia⁴⁸ que no admite la cesión de derechos hereditarios sobre bienes determinados como tal, sino como otro contrato (venta, permuta o donación) pero siempre estando por su validez.

Esta conclusión por la validez de la cesión de bienes en particular tam-

determinados. *De lege lata*: Posición B. Es posible, tanto desde el punto de vista jurídico como desde el práctico, que los herederos puedan transmitir bienes individualmente determinados, durante el estado de indivisión, a título de cesión de herencia, constituyendo esto un compromiso de adjudicación a favor del cesionario.

⁴⁸ Cám. Civ. y Com. La Plata, sala II, 92935 RSI-14-00 I 15/2/2000, autos: "Verón Cosme y Ramírez, Clara s/sucesión" CJ salta, 27/8/1974 "Costilla Pedro y ot. s/Suc". ED 108-540.

⁴⁹ CNac. Civ., sala F, 16/12/2009. LL on line AR/JUR/61183/2009.

⁵⁰ Cám. Civ. y Com. B. Blanca, Sala I "Baseggio, Leandro", 25/9/1980, Reseña ED 108-540 N° 70): "No es cesión de herencia la hecha por un heredero de sus derechos hereditarios

bién es coherente con la norma del art. 384 del proyecto, referida en el punto anterior, en cuanto a la tutela de la conservación y la validez del contrato en miras al interés legítimo de las partes.

El artículo proyectado supera las opiniones doctrinarias vertidas al establecer que se regirán las cesiones por las reglas del contrato que corresponda. No limita la calificación de los mismos a los traslativos de cosas como venta, permuta o donación, sino que, además, da lugar para los negocios partitivos y mixtos, aun cuando deban ser relacionados con otros contratos simultáneos o sucesivos conducentes a esta finalidad⁴⁹.

A la luz de la norma proyectada, la redacción de cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados no se regirá por las de este contrato y, por lo tanto, carecerá de su carácter traslativo y efecto frente a terceros antes indicados.

Mientras los herederos no estén investidos para transmitir los bienes, serán contratos entre partes, con el efecto relativo propio de los arts. 1021 del proyecto y concs., sin efecto de oponibilidad a terceros regulado para la cesión de derechos hereditarios.

6.1. Tracto abreviado por venta o donación de parte indivisa

En el artículo proyectado se recoge la idea de condicionar todos estos contratos a la adjudicación al cedente del bien en particular en la partición hereditaria, asumiendo que concurre en la comunidad y tiene un derecho en expectativa o eventual⁵⁰ a esa adjudicación, que le confiere interés y legitimación para actuar.

La aplicación de este artículo será durante toda la vigencia de la indivisión hereditaria, es decir, hasta la partición. Durante ese período el art. 2325 del proyecto prevé que durante el estado de indivisión con administración extrajudicial, los actos de administración y disposición requerirán el consentimiento de todos los herederos y agregamos sus cesionarios de derechos hereditarios en su caso.

sobre un bien determinable, sino cesión de derechos eventuales sobre una cosa concretamente individualizada y condicionada a su oportuna adjudicación en dominio al llamado cedente, puesto que en la indivisión ninguno de los herederos es propietario de bien alguno determinado que se halle en la masa indivisa”.

⁵¹ En este sentido concluyó la Comisión 5 de la II Jornadas Mendocinas de Derecho Civil, 1991: “Venta de una parte indivisa de un inmueble con anterioridad a la partición. 1.

En consecuencia, todo acto de disposición de las cosas o bienes en particular, mientras no se extinga la comunidad hereditaria, se someterán a esta regla normativa y así ocurrirá con las ventas, permutas o donaciones de inmuebles que se realicen. Como no tendrán el carácter traslativo propio de la cesión de derechos hereditarios, únicamente tendrán la oponibilidad *erga omnes* con la publicidad registral (art. 1893 del proyecto).

El art. 2337 del proyecto prevé que los herederos deben estar investidos judicialmente para transmitir bienes registrales, mediante la declaratoria de herederos o la declaración formal de validez del testamento (art. 2338 del proyecto). Sólo una vez obtenido tal recaudo del proceso sucesorio se podrá otorgar la escritura traslativa de dominio e inscribir la misma por el sistema de tracto abreviado.

Ante la suscripción por todos los coherederos investidos, se está ante una implícita partición parcial, extinguiéndose la indivisión con relación a ese bien, como lo es en la actualidad, siendo aplicable la norma del art. 2315, segundo párrafo del proyecto, con respecto a la validez del acto del heredero aparente.

Pero la cuestión varía si sólo uno o algunos de los herederos disponen de su parte sobre bienes o cosas en particular, como sucede en la actualidad, cuando un heredero vende o transmite por otra causa, su parte indivisa de un inmueble que compone el acervo hereditario sin hacer partición.

La norma del art. 2309 del proyecto, despeja toda duda en cuanto a su eficacia, pues le impone una condición legal: que sea adjudicada al cedente (transmitente en el caso) en la partición futura⁵¹.

Sin embargo, de sancionarse el proyecto al ratificarse la improcedencia de la gestación de un condominio inmobiliario por la inscripción de la declaratoria de herederos o auto que declara la validez formal de testamento, no podrán anotarse estos con partes pro indivisas si no hay partición y, por ende, no será posible obtener la publicidad registral sobre ese acto condicional.

7. EL CONTRATO ATÍPICO DE CESIÓN-PARTICIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

El art. 2309 del proyecto da una solución normativa a la problemática de las llamadas cesiones de derechos hereditarios sobre bienes determinados, de amplia aceptación social y opta por reservar el contrato de cesión de derechos hereditarios para el que tiene por objeto la universalidad o parte alícuota de los derechos patrimoniales en la herencia, con su característico efecto traslativo.

En cambio, cuando el objeto son los bienes o cosas determinadas, los remite a la regulación de los contratos en particular, traslativos de derechos

o partitivos, con oponibilidad a terceros, en cuanto a los bienes registrables, desde su toma de razón en los registros según su naturaleza.

Esta oponibilidad *erga omnes* se podrá obtener sólo una vez que los herederos estén investidos judicialmente y, de ser realizada por todos los coherederos o sus cesionarios, implicará un acto de partición parcial, que por extinguir la comunidad, ya no podría ser una cesión de derechos hereditarios.

Pero queda un período, antes de la investidura, en el que en principio no se puede obtener oponibilidad a terceros de ese negocio; que se limitaría a la transmisión de derechos creditorios, rigiéndose por las normas de la cesión de derechos en general, o promesas, o precontratos.

Es claro en el proyecto que la cesión de derechos hereditarios sobre bien determinado se rige por el art. 2309 comentado. Sin embargo ello no impide que las partes celebren contratos no regulados con fines partitivos, configurando negocios complejos y mixtos entre varias figuras contractuales.

El proyecto no regula -ni prohíbe- la posibilidad de realizar un contrato parcial de cesión de derechos hereditarios, es decir, de parte alícuota, cuya determinación sea el valor de determinada cosa en particular con relación al valor total resultante del acervo hereditario.

El objeto del contrato podrá ser determinado o determinable (art. 1005 *in fine* del proyecto). Por lo tanto, la parte alícuota cedida podrá establecerse por la parte porcentual que, por ejemplo, tenga el valor del inmueble con relación a todo.

En este caso, el contrato de cesión de derechos hereditarios valdrá como tal, podrá ser presentado en el expediente sucesorio, obteniendo el efecto propio del art. 2302 del proyecto y su carácter traslativo de la parte alícuota de la universalidad.

Las partes podrán celebrar partición privada en cualquier momento y siendo todos los comuneros y cesionarios plenamente capaces, “la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial” (art. 2369 proyecto).

La venta de una parte alícuota de un inmueble, por uno de los coherederos no surtirá efectos, excepto si es atribuida al enajenante en la cuenta particionaria”, donde, como en el proyecto, se proponía condicionar sus efectos a la atribución en la adjudicación por partición.

⁵² Conf. LAMBER, Néstor D.; Moreyra, Javier H.; Zarich, María Fernanda, Ludevid, María Isabel; Di Leo Recalde, Maisa y Colombo, Silvina del Valle. “Transmisión de bienes durante la comunidad hereditaria y el carácter alimentario de la porción legítima”. REVISTA NOTARIAL N° 952, págs. 781 y 784.

⁵³ LAMBER, Rubén A. *La escritura pública*. T. III, FEN, La Plata, 2006, págs. 201/2.

También podrán celebrar el acuerdo de partición y adjudicación parcial del bien o cosa determinada al cedente y/o su cesionario, revistiendo la forma requerida para la inscripción posterior de la partición acordada, como es posible hacerla hoy día.

Se está y estará de promulgarse esta reforma, ante un contrato atípico, que tiene dos etapas diferenciadas:

a) la primera comparte y se rige por las reglas de la cesión parcial de herencia, en la cual se transmite el derecho patrimonial del heredero sobre la universalidad en la herencia y no las cosas o bienes en particular, y priva su carácter aleatorio;

b) la segunda constituye una verdadera partición, que de ser conjunta y estar todos los coherederos y sus cesionarios presentes, dará mayor certeza en cuanto a la eficacia de ser atribuido el bien en la adjudicación al cesionario como regula el art. 2390 del proyecto. En consecuencia, una vez ratificada la institución hereditaria de las partes -no presentándose otros- tendrá todos los efectos de la adjudicación por partición de herencia sobre el caso o bien en particular⁵².

Este contrato atípico nos pone ante una “modalidad distinta que tiene por objeto llegar a la partición, justamente por toda la fuerza que da la materia a los negocios mixtos y a la posibilidad de hacer compensaciones para facilitarla, razón por la cual, estas cesiones con el convenio de partición que lo

Academia Nacional del Notariado



Técnica y Práctica Notarial

Consecuencias de la extinción del contrato de fideicomiso

Eduardo Gabriel Clusellas

VENCIMIENTO DEL PLAZO CONTRACTUAL

Resulta interesante analizar algunas de las problemáticas más comunes referidas a la extinción del contrato de fideicomiso. Circunscribiré el análisis al desarrollo de los fideicomisos inmobiliarios y a los efectos que el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición acarrea.

Al configurarse el negocio inmobiliario y redactarse el contrato, las partes pretenden, lógicamente, que las ganancias sean ciertas y los plazos sean cortos. Como la realidad no siempre va de la mano con las previsiones, es usual que los plazos resulten insuficientes para concluir las obras, o para que el fiduciario pueda proceder a la firma de las escrituras de venta o de transmisión del dominio pleno de los beneficiarios o a los fideicomisarios.

De acuerdo a lo normado por la mayoría de las Disposiciones Técnico Registrales u órdenes de servicio de las distintas jurisdicciones del país, la toma de razón del dominio

SUMARIO

*Vencimiento del plazo contractual.
Transmisión de dominio pleno en cumplimiento del contrato de fideicomiso y sus implicancias impositivas. Bibliografía.*

fiduciario incluye la registración del plazo al que se somete, o la indicación de si se encuentra sujeto a condición.

La fórmula más problemática es la que impone un plazo fijo y determinado, por ejemplo: 2 años. Lógicamente, resultaría más conveniente sujetar el contrato a la condición de la conclusión total de las obras, pero la sujeción a la condición sin indicar un plazo de referencia no resulta habitualmente aceptada por las partes contratantes. Resulta entonces conveniente fijar un plazo cierto y, además, sujetar la posible extensión al cumplimiento de la condición o encargo, por ejemplo: "el contrato tendrá un plazo de 2 años o hasta que se produzca la total terminación de las obras que habiliten a escriturar las unidades resultantes a los fideicomisarios". Debemos tener en cuenta la importancia de no incluir al final la mención: "... o lo que ocurra primero...", puesto que si la obra se demora, como habitualmente ocurre, la previsión de la extensión quedará automáticamente bloqueada.

Surgen varios interrogantes que se presentan ante el vencimiento de los plazos.

¿Qué tratamiento debemos darle a aquellos casos en los que solo fue previsto un plazo y este se encuentra vencido? ¿El vencimiento del plazo produce la extinción del dominio fiduciario? ¿Carece el fiduciario de facultades para proseguir actuando?

La limitación temporal, como dominio imperfecto, es uno de los elementos diferenciadores del dominio fiduciario. Como sabemos, el nacimiento y la extinción del contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario no necesariamente coinciden temporalmente. El contrato de fideicomiso obligará al fiduciante a aportar el inmueble o facultará al fiduciario a adquirir un inmueble que revestirá tal carácter, sin que resulte necesario que se opere dicha transmisión en forma simultánea con la firma del contrato. De la misma forma, la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto no pone fin al dominio fiduciario, sino que habilita y obliga al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los destinatarios finales que serán quienes resulten fideicomisarios, beneficiarios o, en su caso, compradores de las unidades resultantes.

Para analizar los efectos del plazo vencido deberemos analizar en protección de quién se establecieron los plazos. Lógicamente, los fiduciantes los han previsto para dar protección a los beneficiarios. Por lo tanto, si se hubiere agotado el plazo previsto contractualmente, serán los beneficiarios o los cesionarios de sus derechos quienes se encontrarían habilitados a prorrogarlo, a pesar de que no hubieran suscripto el contrato de fideicomiso que lo impuso, que ha sido suscripto por los fiduciantes originantes.

Como ya mencionamos, el plazo es uno de los datos que tienen vocación registral, por lo que el acuerdo de prórroga deberá ser formalizado por instrumento público y se deberá rogar la inscripción. Pero ¿qué sucede con

el dominio fiduciario si no se alcanzan las mayorías necesarias para otorgar la prórroga?

La extinción de otros derechos reales sujetos a una limitación temporal, tal como el usufructo temporal, es automática y se produce con el solo transcurrir del tiempo. Al alcanzarse el plazo previsto, automáticamente se extingue el derecho y se consolida el dominio pleno en cabeza del nudo propietario.

Pero no es así como se encuentra concebido el dominio fiduciario en la ley 24.441. Al cumplirse el plazo o acaecer la condición, el dominio no se consolida en cabeza del fiduciario, ni revierte a favor del fiduciante que aportó el bien. Por tratarse de un negocio complejo, la obligación del fiduciario será la de transmitir el dominio pleno a favor del fiduciante, fideicomisario o del beneficiario designado en el contrato. El dominio fiduciario no pierde automáticamente este carácter por el mero vencimiento de los plazos, sino que mantiene su vigencia, porque como vimos el acaecimiento de la condición (haber concluido las obras), dentro del plazo previsto, no hace más que habilitar y obligar al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los fideicomisarios previstos.

Esto surge del análisis profundo de los arts. 24 y 25 de la ley 24.441¹. Todos los contratos de fideicomiso sujetos a plazo contemplan un encargo fiduciario, que resulta el objeto central del contrato. De manera indirecta, el encargo representa una condición. El plazo resulta impuesto como un tiempo previsto para alcanzar dicha condición. Quedaría en riesgo el negocio instrumentado por esta vía contractual, si el mero vencimiento del plazo conllevara la automática extinción del contrato y la imposibilidad de actuar y contratar del fiduciario. Generaría un perjuicio mayor si el fiduciario se encontrara inevitablemente obligado a transmitir automáticamente el dominio pleno a los fideicomisarios, quienes revestirían la calidad de condóminos, en el estado de terminación en que se encuentre el bien al vencimiento del plazo, con el riesgo que ello implica. Si así fuera, el fiduciario debería abstenerse de efectuar cualquier acto con relación al patrimonio fideicomitado, el que quedaría totalmente desprotegido. Eso no es lo que haría un "buen hombre de negocios". De alguna forma queda claro que el plazo ha sido previsto para cumplir con la condición que se da en el encargo fiduciario. Al producirse el vencimiento del plazo, serán los beneficiarios quienes deberán decidir si "extienden el plazo

¹ Artículo 25. El fideicomiso se extinguirá por: a) El cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal...", y "Artículo 26. Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes.

para permitir el cumplimiento del encargo”, o “acotan el encargo para respetar el plazo”. A todas luces, la primera de las alternativas resulta la más razonable, sin perjuicio de considerar una justa causa de remoción del fiduciario la de no haber podido concluir con las obras en el plazo previsto.

Entiendo que los actos ejecutados por el fiduciario que cumple su encargo en virtud de un contrato de fideicomiso que ya tiene su plazo vencido, no son nulos, y resultarán oponibles a los beneficiarios y a los terceros que contraten con el fideicomiso, y se considerarán efectuados dentro de la etapa liquidatoria.

TRANSMISIÓN DE DOMINIO PLENO EN CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO Y SUS IMPLICANCIAS IMPOSITIVAS

Describiré algunas de las alternativas de las que disponemos para extinguir el dominio fiduciario y transformando nuevamente en dominio pleno, al concluirse las obras encomendadas en un fideicomiso inmobiliario.

Los esquemas de funcionamiento de los negocios fiduciarios nos permiten manejar múltiples alternativas para regular su funcionamiento. Un esquema tradicional habilitaría al fiduciario a vender las unidades funcionales a construirse y, en ese supuesto, el tratamiento sería el de una venta ordinaria, sin necesidad de efectuar más consideraciones, que la necesidad de dejar claramente acreditada la legitimación del fiduciario en tal rol. Será necesario agregar copia del contrato de fideicomiso o, en su defecto, efectuar la remisión al folio del protocolo donde se encuentre agregado. El resto de las cláusulas de la compraventa tendrá el tratamiento habitual de cualquier operación del tipo.

Este esquema, si bien desde el punto de vista operativo releva al fiduciario de la obligación de rendir cuentas a los adquirentes -quienes serán tratados como simples compradores y recibirán el inmueble prometido en venta en las condiciones pactadas-, obliga a liquidar el producido de la utilidad del emprendimiento a favor de sus fiduciantes beneficiarios (los inversores), luego de practicar el pago de los impuestos correspondientes. Recordemos que para los administradores de patrimonios ajenos, la ley prevé una alícuota del 35% a aplicar sobre la base imponible.

Por esta razón, éste no es el esquema fiduciario habitualmente utilizado para instrumentar los negocios inmobiliarios.

Los desarrollistas prefieren la alternativa de recurrir a la figura de la coincidencia entre ambos sujetos negociales -fiduciante y beneficiario-, que permite aplicar, de acuerdo a las previsiones del decreto 780/95, las consecuencias impositivas del acto en cabeza de los mismos fiduciantes beneficiarios, quienes tributarán el impuesto a las ganancias del negocio de acuerdo a la

alícuota que a cada uno de ellos le corresponda.

Estamos hablando del impuesto a las ganancias sobre la utilidad que arroje el negocio, puesto que en ambos casos el impuesto, que en nuestro carácter de notarios y agentes de retención debemos retener e ingresar, será del 3% del valor del acto. La AFIP interpreta que, salvo casos especiales, como podría ser un fideicomiso en garantía o que contenga un negocio subyacente consistente en una donación, la regla general será la de la presunción de que quien forma parte de un fideicomiso inmobiliario lo hace con la expectativa de obtener un beneficio patrimonial y esto servirá de base para fundamentar la retención antes mencionada.

Sobre dicho tema corresponde efectuar algunas aclaraciones. En algunos supuestos, los colegas, al no existir fondos disponibles sobre los cuales efectuar la retención mencionada, constituyen a las partes en agentes de autoretención. Esta figura no libera a las partes del pago del impuesto referido, sino sólo al agente de retención (en este caso, al escribano interviniente). Este procedimiento puede acarrear algunos riesgos para las partes, si éstos, aprovechando las ventajas de no haber tributado el impuesto en el acto escriturario, omiten definitivamente su pago. En este caso, la AFIP podrá determinar de oficio el impuesto omitido y condenar a su efectivo pago a las partes con su correspondiente multa y actualización.

Para calcular la base imponible a aplicar, deberemos acudir a las normas generales tributarias. De acuerdo a dichas normas, la base imponible siempre es el mayor valor, considerando la valuación fiscal luego de aplicar su respectivo índice corrector, en su defecto, el VIR, el valor real de los aportes efectivamente realizados al fideicomiso, o el valor de mercado; y para estimar a este último, bastará con considerar el precio de la última cesión.

Para determinar el criterio a aplicar con relación al impuesto de sellos, deberemos tener en cuenta que la regla general es que la escritura de transmisión del dominio pleno a favor del beneficiario-fideicomisario se encuentra alcanzada por las normas de dicho impuesto. Pero cabe aclarar que también comprenderán al acto los beneficios de exenciones impositivas, si el inmueble que recibe el beneficiario-fideicomisario se destina a su vivienda única, familiar, de uso propio y de ocupación permanente; y se encuentra dentro de los montos alcanzados por dicha exención total o parcial.

En consecuencia, desarrollaré el modelo del supuesto más habitual para este tipo de operaciones inmobiliarias. El caso de análisis será el de un fiduciario que deberá transmitir el dominio pleno al beneficiario-fideicomisario una

Técnica y Práctica Notarial

vez concluidas las obras. El mismo podrá revestir este carácter, ya por haber formado parte del contrato que dio origen al negocio, como adherente en fecha posterior, o como cesionario de los derechos de alguno de ellos.

MODELO

(Epígrafe) ESCRITURA NÚMERO DIECINUEVE. TRANSMISIÓN ONEROSA EN CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE FIDEICOMISO. "SANTA MARIA S.A." a favor de...(1)

(1) El epígrafe descripto busca aportar mayor claridad a quien deba referenciar la escritura. Intentamos dejar en claro que la transmisión es del dominio pleno y no se trata de una transmisión del dominio fiduciario, como sería el caso si se transmitiera el dominio al fiduciario sustituto. El acto resulta oneroso, dado que los fiduciantes-beneficiarios han efectuado los aportes necesarios para ejecutar la obra, y se encuentra encuadrado dentro de los previstos por los códigos de actos de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la Provincia, el código de acto es el 121-00.

(Encabezamiento) (1) En la ciudad de...(2), ante mí...(3), comparecen...(4), personas capaces para este acto a quienes identifico de acuerdo a lo previsto por el inciso... del art. 1002 del Código Civil, quienes intervienen por sí y dicen:

(1) Tratándose de transferencia de dominio de inmuebles, conforme el art. 1184, Código Civil, se debe realizar sólo por escritura pública. Colocar en el encabezamiento, número de escritura, descripción del acto y partes.

(2) Incorporar data, lugar y fecha de la escritura con la forma de estilo del notario autorizante.

(3) Identificación del notario interviniente y del registro notarial.

(4) Datos personales de los sujetos intervinientes. Recordar que, por tratarse de un acto registrable, debe incorporarse la clave de identificación tributaria de las partes, a quienes identificamos de acuerdo a lo previsto por el art. 1002 del Código Civil.

Se redacta la comparecencia en los términos de la técnica notarial. Recordamos que serán enunciados todos los sujetos instrumentales, y será acreditada la legitimación de su intervención, para dejar claramente establecida la identificación de los sujetos del contrato; ellos son el fiduciario y el beneficiario. La identificación y legitimación de los comparecientes debe ser efectuada por el notario. Debemos tener presente que se debe acreditar claramente el carácter del titular de dominio fiduciario, lo que se podrá producir con la agregación del contrato de fideicomiso o con la remisión si el contrato se encuentra protocolizado o formalizado en escritura pública ante el mismo registro notarial.

(Objeto) Que dando cumplimiento al encargo fiduciario, "SANTA MARÍA S.A", transmite el DOMINIO PLENO, a favor de..., de la UNIDAD FUNCIONAL...

NOMENCLATURA CATASTRAL: Circunscripción...; Parcela...; Subparcela...; Polígono... Partida Inmobiliaria:... Valuación Fiscal: \$... Valuación Fiscal para el Impuesto al Acto: \$... Catastro número...(1)

- (1) Descripción íntegra del inmueble de acuerdo con título. Tener presente que si el inmueble hubiera sido modificado por plano (mensura, división, etc.) la descripción debe hacerse por plano. También debe consignarse la designación catastral. De acuerdo con la técnica notarial aplicada por el escribano interviniente, esta constancia podrá trasladarse a las constancias notariales.

(Enunciación del antecedente negocial de este acto) Por escritura pública número(1), el señor XX celebró, un contrato de fideicomiso inmobiliario, que se denominó "Fideicomiso..."(2), cuya Clave Única de Identificación Tributaria es 30..., en el que se obliga a la transmisión del dominio pleno del inmueble referido, a favor del beneficiario de esos derechos.

- (1) Relación íntegra y clara del contrato de fideicomiso por el que el fiduciante se obliga a otorgar esta transferencia de dominio.
(2) Resulta práctico asignarle al fideicomiso un nombre de fantasía para diferenciarlo claramente del patrimonio personal del fiduciario y de los restantes patrimonios fideicomitados que se encuentren bajo su titularidad.

(Transmisión de dominio. Evicción. Manifestación acerca de la tradición) Las partes declaran que esta transmisión es de dominio pleno, extinguiéndose en relación a él, el dominio fiduciario y, en consecuencia, el fiduciario transfiere en este acto a favor del beneficiario, quien adquiere de conformidad, todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre el inmueble relacionado tenía y le correspondían, obligándose a responder por el saneamiento, en caso de evicción, con arreglo a derecho y otorgándole la posesión del inmueble, mediante la tradición que opera a favor del adquirente en este acto, manifestando que por la Unidad objeto de este acto no existen deudas por expensas comunes y/o extraordinarias, y que el inmueble en general se encuentra asegurado contra riesgo de incendio, con Póliza vigente.

(Aceptación de la transferencia dominial) Por su parte, declara el adquirente que acepta los términos de esta escritura de transmisión de dominio pleno operada a su favor en este acto, por ser lo convenido, manifestando que recibe de conformidad la posesión del inmueble por la tradición que se opera en este acto, y que conoce y acepta el Reglamento de Copropiedad y Administración que rige a la finca, antes mencionado, el que se obliga a cumplir en todas sus partes. Surge del mencionado Reglamento de Copropiedad y Administración las siguientes cláusulas que transcritas textualmente dicen:...

(Restricciones a las facultades del titular fiduciario) Las partes declaran además, que a los efectos de determinar las facultades que el administrador fiduciario posee con relación a la posibilidad de disponer de los bienes fideicomitidos, surge claramente su admisión en el contenido del contrato de fideicomiso referido, que regula las facultades y prohibiciones del fiduciario en el ejercicio de la propiedad fiduciaria.

(Acreditación de los derechos que el beneficiario posee para que se le adjudiquen los bienes) Y LOS CONTRATANTES MANIFIESTAN: Que los derechos de adjudicación de las unidades objeto de este acto, surgen de los siguientes antecedentes: 1) Del Contrato de Fideicomiso otorgado el... de 20..., anteriormente mencionado, las unidades objeto de este acto, fueron adjudicadas a... 2) Por Cesión de Derechos del día... de... de 20..., cedieron los derechos que le correspondían sobre las unidades a favor del aquí adquirente, por la suma de... PESOS, (\$...), que los cedentes recibieron en oportunidad de la firma de la cesión y que se repondrá con dinero que retengo al efecto.

(Constancias notariales) Yo, el autorizante, hago constar: que le corresponde al fiduciario transmitente el dominio del inmueble (1). Que de los certificados solicitados para este otorgamiento, entre ellos los expedidos por el Registro de la Propiedad referido a dominio y anotaciones personales (2), que agregó, resulta que por el nombre del fiduciario y en la forma solicitada no se registran anotadas inhibiciones que le impidan disponer de sus bienes, ni del que por este acto transfiere, cuyo dominio consta en la forma solicitada, no se registra hipotecas, embargos, gravámenes ni otros derechos reales (3). De los demás certificados solicitados resultará que no se registran deudas por impuestos, tasas, ni contribuciones, hasta la fecha de este otorgamiento. Que a los efectos fiscales e impositivos que pudieran corresponder, el valor de la Unidad Funcional..., es de:... Pesos (\$...)(4) y a los efectos contables, el valor efectivamente ingresado por el fiduciante al fideicomiso para solventar los costos del emprendimiento es de:... Pesos (\$...). Que en mi carácter de agente de retención **retengo** a la sociedad fiduciaria la suma de pesos..., en concepto del Impuesto a las Ganancias, los que ingresaré en tiempo y forma que exige la reglamentación vigente (5) por no haber fondos disponibles, constituyendo a las partes en agentes de autoretención en caso de corresponder su tributación. 3) Que en el citado plano figuran las siguientes notas que transcritas textualmente dicen:

(1) Descripción de los actos que sirvan de título al dominio del

transmitente en su carácter de fiduciante, con la constancia de su registración, a los efectos de conservación del principio registral de tracto sucesivo.

(2) Acreditación de las constancias de los certificados solicitados para el acto, conforme arts. 23 y concs. de la ley 17.801.

(3) Pueden transferirse inmuebles gravados siempre que el adquirente acepte el gravamen, lo que dependerá de la voluntad negocial.

(4) La base imponible para el pago de los impuestos de sellos y a las ganancias, surgirá del mayor valor entre el que informa la valuación fiscal con su respectivo índice corrector, el valor efectivamente aportado por el fiduciante al fideicomiso y que en este contrato nos referimos a él como "a los efectos contables", y el valor de la mayor cesión operada sobre esa unidad, que configura claramente el valor de plaza.- El código fiscal considera como la base imponible sobre la que corresponde aplicar la alícuota, el mayor valor de todos ellos.

(5) Excepcionalmente cuando no existen fondos disponibles, se puede constituir a las partes en agentes de auto retención en caso de corresponder su tributación, desligando de responsabilidad al escribano autorizante. Esto no hace desaparecer la obligación tributaria, per existen algunos casos de conflicto, en donde esta solución aparece como modelo de resolver el conflicto.

LEÍDA Y RATIFICADA, así la otorgan y firman ante mí, doy fe.



Derecho Comparado

CUBA

En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador

La condición de “heredero” especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo

Leonardo B. Pérez Gallardo

1. LOS “HEREDEROS” ESPECIALMENTE PROTEGIDOS: SU DEVENIR EN LOS DISTINTOS ANTEPROYECTOS DEL CÓDIGO CIVIL DE 1987. PRIMERAS PINCELADAS

Mientras me decido a escribir estas páginas, veinticinco años después de la promulgación del Código Civil, paso revista al devenir en este cuarto de siglo de una institución forjada, -como he dicho otras veces-, a fuerza de cincel y martillo jurisprudencial, con los vaivenes que la interpretación judicial suele provocar en las instituciones jurídicas, de la cual no escapa la presente.

Cuando el 16 de julio de 1987 fue aprobado, por la Asamblea Nacional, el Código Civil cubano, se daba fin al itinerario por el que había atravesado la espina dorsal de nuestro Derecho sucesorio, figura en derredor de la cual se suponía que sería construido el edificio en que se sostendría una buena parte del resto de la instituciones sucesorias, si los “arquitectos” que, en su momento, diseñaron ese edificio legal y los “ingenieros civiles” que luego fueron sus ejecutores,

SUMARIO

1. *Los “herederos” especialmente protegidos.*
2. *La figura en el Código Civil de 1987.*
3. *El “heredero” especialmente protegido en la interpretación del Tribunal Supremo.*
4. *El reconocimiento por el testador de la condición de legitimario asistencial a quien en derecho no corresponde.*
5. *El control notarial o judicial ex post del cumplimiento de la condición de especialmente protegido al momento del deceso del testador.*
6. *Post scriptum: Aún quedan contornos por definir. Bibliografía.*

lo hubieran hecho con sentido de la simetría, la topografía, le geometría del espacio y con una base de cálculo que permitiera una cimentación para actuar sobre un terreno firme y sobre todo antisísmico. Hoy, veinticinco años después, estoy lleno de dudas, en una búsqueda continua de la *ratio legis*, y desde la academia he tenido que atravesar por angosturas, superar antinomias, proponer soluciones para colmar lagunas u ofrecer otras, desde la hermenéutica jurídica, esencialmente correctora, de sentido, lógica, y, sobre todo, aplicación a un Derecho en que lo justo natural se imponga a la exégesis de la norma. Muchas veces la fatiga intelectual de este continuo ejercicio me obliga a tomar cierto respiro, inhalar oxígeno y sigo en pie, pero cuando creo que he avanzado en este devenir reconstructivo, me percaté de que el camino trillado es escaso si se toma en cuenta que aún el rostro del boceto legislativo de los aparentemente archiconocidos “herederos” especialmente protegidos no se deja aún ver en sus más diversos perfiles, a pesar de todo lo transitado, de todo lo que en estos años he tenido que labrar, bien a través de lo que he dejado escrito¹ o de lo que han hecho alguno de mis discípulos en estos tiempos de intenso bregar² o valiosos profesores de otras universidades del país³.

Un fugaz recorrido por los anteproyectos y el proyecto, del luego devenido Código Civil, podría ofrecernos algunas pistas interesantes en esta labor hermenéutica. De un estudio sistemático de los anteproyectos, podemos llegar a ciertas conclusiones: para el legislador siempre estuvo claro la permanencia de unos herederos forzosos, con una nueva visión, con un estilo distinto⁴, tomado de modelos de Europa del Este⁵, pero que, en esencia, respondía a un límite a la libertad de testar, si bien por excepción, pero límite al fin. Nunca se pensó en suprimir esta cortapisa a la libertad de testar del individuo, se pasó de la regulación de unos herederos apegados en su *nomen* y en su contenido a los previstos por el legislador español, a otros en lo que mutaba su esencia más asistencial que parental, constituyendo ambos igual freno a la libertad testamentaria, pero se buscaba en este nuevo ensayo normativo la protección de ciertos parientes en razón de requerimientos a modo de *conditio iuris* que se iban agregando⁶.

En la exposición de motivos del entonces anteproyecto de Código Civil cubano del 27 de agosto de 1987, se justifica la clasificación de los herederos forzosos, y se distingue de los herederos legítimos y de los testamentarios, pero ya en la ocasión se hace un giro respecto de quienes el Código Civil español, a la sazón aún vigente en esa fecha incluía como tales⁷, de modo que se reducen con exclusividad únicamente a los descendientes, ya sean consanguíneos o por adopción⁸, en consecuencia, quedarían excluidos los ascendientes y el cónyuge. Colígese de esta posición que en la *mens legislatoris*, desde sus albores codificadores, el principio de ensanchamiento de

la libertad de testar fue evidente, al reducirse de manera drástica el círculo de sujetos incluidos bajo la condición de herederos forzosos, denominación hispana que se mantiene en estos primeros bocetos normativos. Anoto que los descendientes serían herederos forzosos, a juicio de legislador, sin más requerimientos legales, suficiente con que se probara la condición de descendientes respecto del causante de la sucesión, ya fuere por sangre o por adopción.

Empero, al parecer resultan contradictorias las fechas de las fuentes que he consultado, pues a pesar de que en esta exposición a la que he hecho referencia, de las poquísimas con las que hoy día se cuentan del íter legislativo del Código, del 27 de agosto de 1979, en la versión del anteproyecto del 6 de febrero de ese propio año, el círculo de sujetos incluido bajo la denominación de herederos forzosos es más amplio, pues incluye también al cónyuge, no así a los ascendientes con alcance general y se introduce por vez primera a los que luego devendrían bajo la denominación de especialmente protegidos. En efecto, en el art. 468.2 de esa versión del anteproyecto se introducen los requerimientos de incapacidad para trabajar y permanencia bajo manutención total del fallecido durante un término no inferior a un año antes de su muerte (expresión tomada del Código Civil de la RSFSR, que así lo regulaba) de los menores de edad y de las personas incapacitadas para el trabajo⁹; fórmula ambigua, pues no acotaba el vínculo parental que debían tener los unos con los otros, respecto del causante de la sucesión, como luego se hizo. Si esos menores eran hijos o descendientes del causante, resultaba entonces tautológico, pues al reconocer el art. 468.1 que todo descendiente consanguíneo o adoptado era heredero forzoso, innecesario era incluir a los descendientes menores de edad con tales requerimientos, pues quedarían incluidos en el inciso 1. Vale acotar, eso sí, la manifiesta intención del legislador de proteger a personas dependientes económicamente respecto del causante y sobre todo a las personas incapacitadas, esencialmente mayores de edad, en tanto los ascendientes no quedaban comprendidos en la órbita de aplicación del art. 468 del anteproyecto. La sucesión forzosa quedaba regulada en los arts. 473 al 478, ambos inclusive. Los herederos forzosos serían concurrentes sin prelación entre sí, con derecho a dos tercios del caudal hereditario, y con acrecimiento entre ellos. El cónyuge se consideró un heredero forzoso más, con derecho a una participación en igual concepto que la del resto de los herederos forzosos y sin perjuicio de su participación en la comunidad matrimonial de bienes (art. 474 *in fine*) e incluso se llegó a establecer que "Si el causante no hubiera dispuesto del tercio de su herencia que es de libre disposición, los herederos forzosos dividen en partes iguales la totalidad del haber líquido hereditario", o sea, un efecto expansivo extraordinario, *ex lege*, a favor de los herederos forzosos, sin necesidad de abrir la sucesión intestada para atribuir

Derecho Comparado

ese tercio sobre el que el testador nada expresamente había dispuesto.

En una de las versiones del anteproyecto de Código Civil, redactada en septiembre de 1985 por la comisión que presidió BLAS ROCA, este boceto legislativo dejó extender algunos que otros trazos de la figura. La denominación heredero forzoso desaparece y en su lugar se le atribuye la de herederos legales especialmente protegidos, que, salvo el adjetivo “legales”, utilizado en el *nomen iuris* de la figura, tiene exactamente la misma redacción que el actual art. 493 del vigente Código Civil. Queda claro en este anteproyecto no sólo la órbita subjetiva de aplicación de ésta, sino también sus requerimientos de naturaleza objetiva, tal cual hoy se conciben, a saber: yuxtapuestos con el vínculo parental o conyugal que al efecto se exige. Precepto después reproducido en el art. 501 del proyecto de mayo de 1986, ahora sí, con el único cambio de suprimir el adjetivo “legales”, lo cual aún me resulta desconocido por carencia de borradores, o actas de discusión entre los miembros de la comisión codificadora, perdida la información, como tanta otra tan valiosa para la hermenéutica del Código Civil, en la noche eterna de los tiempos. De modo que, sólo retazos tiene a su favor cualquier investigador, amén de alguna que otra información obtenida en conversaciones con los codificadores sobrevivientes.

2. LA FIGURA EN EL CÓDIGO CIVIL DE 1987: UN MERO BOCETO DEL LEGISLADOR

El rostro que buscamos quedó meramente esbozado por un legislador que lo cristalizó en apenas cuatro artículos del libro dedicado al Derecho de Sucesiones, a lo cual se le suman otros esparcidos en el propio Código como el 530 en sede de colación y los arts. 514.2 y 516; relativos a la sucesión de los padres son especial protección como concurrentes en el primer llamado sucesorio. El Código Civil de 1987 se caracterizó por el laconismo exacerbado de sus preceptos, el empleo de conceptos válvulas destinados a ser aplicados por jueces con una fértil “imaginación”, a partir del empleo de los distintos métodos hermenéuticos, con los cuales develar el secreto de esos trazos de pintura abstracta de finales del siglo XX, cuya interpretación depende del perfil desde el cual se le mire. El legislador no completó la obra, la dejó en manos de los jueces y de los demás aplicadores del Derecho, en la que la doctrina científica ha desempeñado un rol significativo, tenida en cuenta, incluso, por el juzgador en algunas de sus sentencias relativas precisamente a este tema sobre las que se apoya en su argumentación jurídica¹⁰.

Cabe entonces sustentar que los denominados “herederos” especialmente protegidos nacen a la palestra legal, como sustitutivos de los “herede-

ros" forzosos reconocidos en el art. 807 del Código Civil español, a la postre, abrogado. Tienden a proteger a personas con dependencia económica, vulnerables económicamente, con ciertas discapacidades que le llevan a una falta de aptitud para trabajar, dentro de un círculo parental y conyugal que no se distancia en nada del enunciado en el mencionado art. 807, pero al introducir los dos requerimientos a modo de *conditio iuris*, que más de una vez ha provocado un verdadero quebradero de cabeza, a saber: la dependencia económica del causante y la falta de aptitud para trabajar, deja en manos de los operadores del Derecho su exégesis (esencialmente de los jueces), quienes tienen que seguir completando trazos, para culminar la obra inconclusa del legislador. De esta manera la figura de los "herederos" especialmente protegidos, no es únicamente de contornos o perfiles legales, sino también de constitución jurisprudencial, con el sentido que suele darle la academia cubana a este término, que no supone *recta vía*, lo que en esencia es la jurisprudencia¹¹. No se es especialmente protegido solo por determinación legal, sino esencialmente por determinación judicial e incluso notarial. Las bases de esta determinación son dadas por la ley, pero su contenido se colma por la labor de los intérpretes. Los requerimientos de la figura, a modo de *conditio iuris* han sido perfilados por los jueces en estos casi cinco lustros de vigencia del Código Civil, con el aditamento, nada pueril, de la doctrina científica, nacida en esencia desde la cátedra universitaria que ha puesto lienzo y pincel en una obra pictórica de hondo calado humano.

2.1. El "heredero" especialmente protegido: ¿Un legitimario asistencial?

Es cierto, el legislador del Código Civil de 1987 en modo alguno empleó el término legítima para hacer referencia a la parte del patrimonio hereditario destinada a determinados sujetos, calificados como legitimarios. Sin embargo denomínese legalmente o no, legitimarios, creo haber demostrado en estos años que esa parte inamovible, tutelada por normas de *ius cogens*, de necesaria atribución por el testador, ya sea a título *inter vivos* o *mortis causa* (colígese del art. 494 del propio Código Civil) y no necesariamente por herencia, es lo que el legislador español denominó legítima (vid. art. 806), a tono con otros ordenamientos jurídicos, contemporáneos o no del legislador español, y con el propio legislador cubano un siglo después, y que situó en el mismo orden que el anterior, solo con la posición más aparente que real, de no atribuirle una denominación propia desde el Derecho vigente. Pero ¿es el *nomen* de una institución el que le atribuye el ser a la institución? ¿No sería en todo caso la naturaleza de las cosas de la que hay que derivar su propia razón de existencia para una adecuada ubicación en la red de instituciones jurídicas? ¿No es el legislador quien le impone al testador su reconocimiento

en el propio acto testamentario, sin importar la causa de atribución de esa parte del caudal patrimonial? ¿No se protege esa cuota aun por normas reguladoras de las donaciones, que las califica de inoficiosas cuando la liberalidad se excede de lo que pueda darse o atribuirse por testamento, cualquiera haya sido la fecha de otorgamiento de la donación, incluso en una fecha en la que aún no se tenían especialmente protegidos, si a la muerte del otrora donante sobrevienen especialmente protegidos? Todos los interrogantes apuntan a que, sin dudas, los denominados “herederos” especialmente protegidos, son tan legitimarios, como en su día lo fueron los “herederos” forzosos. Unos y otros son tan necesarios, tan forzosos, tan impuestos, con la peculiaridad que la legítima que se atiende por el legislador del Código Civil cubano tiene corte asistencial, o sea, se trata de un sujeto en que los vínculos de sangre y conyugales importan, pero no son suficientes *per se* para arroparse de la condición de legitimarios.

El legislador patrio, en fecha tan temprana, como 1987, dio el salto cualitativo que hoy, 25 años después, reclama la doctrina científica, incluso en reuniones o congresos internacionales¹²: La necesidad de reformar el sistema legitimario en Iberoamérica, en pos de una legítima de nuevo corte, con una función social que justifique su pervivencia, una legítima de naturaleza asistencial que dinamice las sucesiones y que atienda las necesidades del individuo, más allá del mero tránsito intergeneracional de la riqueza y del patrimonio familiar, en que se ha visto sustentado el Derecho de sucesorio por causa de muerte. Se trataría de una parte del patrimonio hereditario con una función social, incardinada a satisfacer urgentes necesidades de contenido económico que, si bien no supone que ese sector más necesitado de la familia podría vivir con holgura económica, tras la muerte de quien hasta ese momento era su principal sostén, al menos podría constituir un paliativo en este orden.

Si bien los primeros comentaristas del nuevo Código Civil cubano obviaron el término legitimario para hacer referencia al perceptor de esta parte del patrimonio hereditario, esta reticencia fue cediendo con el paso del tiempo y por el peso de los argumentos que la doctrina científica ulterior esgrimió a favor de la denominación. Esta posición que encontró eco en las sentencias del Tribunal Supremo primero¹³ y luego en los tribunales provinciales¹⁴ e incluso en algún dictamen de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia¹⁵.

2.2. Caracteres de la condición de legitimario asistencial

Intentemos entonces esbozar los elementos que caracterizan a este tipo concreto de legitimario, que le distinguen de los legitimarios clásicos y le individualizan. Apunto que este estudio se centra, más que en la legítima pro-

piamente dicha, en el sujeto destinatario de ella, o sea, en el legitimario, visto desde la vertiente subjetiva del fenómeno.

2.2.1. Excepcional

La condición de legitimario asistencial es excepcional. Por naturaleza, la mayoría de las personas que hoy habitan el planeta no son personas vulnerables económicamente, ni con discapacidad, ni dependientes económicamente. ¡Ojo! tampoco es nada desdeñable el número de personas que se ubican en este círculo concéntrico. Pero, un análisis objetivo me dará la razón de que la condición de legitimario asistencial es excepcional. Hoy día en la mayoría de las sucesiones que tramitamos los notarios no hay especialmente protegidos. Lo digo en términos matemáticos, con cierta relatividad, porque tampoco es que resulte de laboratorio la presencia de un legitimario en un sucesorio. La interpretación jurisprudencial de casos resueltos en este orden no es despreciable¹⁶. En el preámbulo del Código Civil y a modo, si se quiere decir, de interpretación auténtica, el propio legislador hace referencia a ello cuando expresa: "...en el ámbito del Derecho hereditario, (se) establece la libertad de testar, que solo se ve limitada a la mitad de la herencia cuando existen herederos especialmente protegidos que hayan estado al amparo del testador", o sea, el principio que incardina el Derecho sucesorio cubano es el de la libertad de testar, la limitación de esta es excepcional, pues excepcional también es la condición de legitimario, al cualificarse esta y ser de apreciación judicial o notarial el cumplimiento, a la muerte del testador, de los presupuestos para revestirse de esta condición o cualidad. Acentuada además por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en algunas de sus sentencias, entre las que destacan la Sentencia N° 484 del 31 de julio de 2003, segundo Considerando (ponente ACOSTA RICART) al expresar que "... debe entenderse que la novedosa institución del heredero especialmente protegido que tutela nuestro Código Civil, deviene ante todo limitación al soberano derecho de testar libremente, de donde *sólo por causas especiales y fehacientemente demostradas puede someterse a cuestionamiento el libre ejercicio de la facultad de una persona de disponer libremente sobre sus bienes para después de su muerte*".

2.2.2. Tuitiva o protectora

El legitimario cubano, a diferencia de cualquier otro legitimario lo es no sólo porque es perceptor de una parte del acervo hereditario, como *pars bonorum*, como comunero hereditario, con derecho a una parte del activo hereditario. No se trata de un acreedor, tampoco de un alimentista. Su condi-

Derecho Comparado

ción de legitimario tiene un fin tuitivo, protector en razón o bien de una discapacidad permanente de tipo intelectual de moderada a severa, o de una discapacidad sensorial, física o psíquica, de moderada a profunda que le impida ejercitar sus potencialidad y sus capacidades, de modo que en comparación con los demás pueda obtener recursos económicos que le permitan satisfacer sus más apremiantes necesidades económicas, o haya recibido por otros conceptos, como el de herencia o de donación, un patrimonio con entidad suficiente para la satisfacción de esas necesidades que, a mi juicio, pueden ir más allá de aquellas propias, vinculadas con los alimentos en un concepto técnico, sino que podrían entenderse en la satisfacción de necesidades espirituales y estéticas del individuo que le permitan su integración como un ser social más.

No es una condición que esté vinculada con exclusividad con la sangre o el matrimonio, aunque la una o el otro, sean un presupuesto, a modo de alternativa, que hoy por hoy, resulten *sine que non*, para superar el test de la especial protección. Hay que probar que además de tales requerimientos se cumplen los otros dos, a modo de yuxtaposición, según la exigencia que con tono imperativo reclama el legislador del Código Civil en los pocos trazos de su boceto y en lo que tantas veces ha insistido el Tribunal Supremo en los razonamientos de los considerandos de sus sentencias en función develadora del rostro de la figura en estudio. En su Sentencia N° 232 del 24 de marzo del 2003, primer Considerando (ponente ACOSTA RICART), se deja sentado que la recurrente "... no aportó ninguna prueba encaminada a demostrar tener tal cualidad, pues debe señalarse que en su caso *no basta con ser la cónyuge sobreviviente del mismo, sino además no estar apta para trabajar y haber dependido económicamente de aquel ...*". Luego, mucho más explícito en la Sentencia N° 484 del 31 de julio de 2003, segundo Considerando, de la propia ponente, al dejar sentado que "...la aplicación del precepto señalado como infringido (art. 493) *requiere la concurrencia simultánea e inequívoca de los tres requisitos exigidos, en este caso, ser cónyuge sobreviviente del causante, no estar apto para trabajar y dependencia económica del testador, debiéndose abundar en el sentido que la omisión de uno solo de los mencionados, hace inaplicable el precepto ...*".

2.2.3. Transitoria

Las circunstancias que cualifican la condición de legitimario asistencial son, por regla general, transitorias, como lo es la minoridad o como lo pueden ser ciertas discapacidades o la situación de dependencia o vulnerabilidad económica. Incluso personas con discapacidad intelectual severa o profunda, pueden depender económicamente de una persona y, en un momento dado,

cesar esa dependencia por disponer de un patrimonio que en el orden económico le permita tener cubiertas todas sus necesidades. No necesariamente hay perennidad en la cualidad de legitimario asistencial y, aun siendo ésta continua, a la muerte de ese sostén económico, se dependerá económicamente de otra y así sucesivamente. Se tratan de circunstancias coyunturales, temporales, que se deben hacer coincidir con el momento del fallecimiento de aquella persona de la cual se reclama la condición de legitimario y, en consecuencia, la legítima que en Derecho le corresponde. (V.gr., durante la minoridad se es especialmente protegido con respecto de ambos progenitores y esta circunstancia pudiera sobrevenir otra vez al arribarse a la mayoría de edad, cuando por no haberse vinculado laboralmente, deviene cierta enfermedad con efectos discapacitantes que hace a la persona que hasta ese momento ya había dejado de serlo por haber tenido aptitud para trabajar, nuevamente dependiente económicamente de su progenitor o progenitora, o de ambos a la vez). Esto hace intermitente la condición, *ergo*, más controversial en algunos casos su apreciación judicial.

Criterio que ha sido también compartido por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo al apreciar los requisitos exigidos *ex lege* para adquirir la condición de especialmente protegido. En su Sentencia N° 75 del 31 de marzo de 2009, segundo Considerando (ponente DÍAZ TENREIRO), la Sala expresa que para que el tribunal aprecie la condición de especial protección, amén del vínculo parental o conyugal con el causante "...se demanda además la dependencia económica del causante y la no aptitud para trabajar, *-lo que le incorpora cierto carácter transitorio-*", ello apoyado en la doctrina científica que se había pronunciado con anterioridad, entendiéndose esta transitoriedad como temporalidad, eventualidad. Ese carácter transitorio que, como expresé, debe subsistir al deceso del testador, lleva consigo el control *ex post* por parte del notario o del juez al momento de la partición y adjudicación de la herencia, del cumplimiento de los requisitos para obtener la especial protección como también ya he explicado¹⁷, y que no es superable por un acuerdo entre los herederos concurrentes, aun cuando admitan que quien, reconocido como especialmente protegido por el testador por reunir en aquel momento todos los presupuestos para revestirse de esta condición, pueda adjudicarse la legítima aun y cuando a su deceso no se cumplan con todas y cada una de dichas exigencias, pues la sola voluntad de los herederos o legatarios concurrentes no puede hacer especialmente protegido a quien *ex lege* no lo es al deceso del testador. Si cesaron los presupuestos legales antes del deceso del testador, también finiquitó la especial protección. Las normas de *ius cogens* no son moldeables por la voluntad de los herederos, ni tan siquiera por la del testador a quien no le es dable impedir ese control *ex post* por parte del notario o del juzgador.

2.2.4. *Intransmisible*

La cualidad o condición de legitimario asistencial se hace depender de muy particulares circunstancias que se dan en el sujeto. El legislador le atribuye un carácter excepcional, en consecuencia, es intransmisible. Si se tenía esa cualidad al momento del deceso del testador y se fallece después, entonces, por mal que nos pese, se entiende adquirido el derecho y transmitido a sus respectivos herederos, ya que se ha incorporado previamente en el patrimonio del fallecido. Entenderlo de otra manera supondría adherirnos a la tesis que hoy, no niego, podría tener defensores, de entender adquirida la cualidad o la condición de legitimario asistencial si los requisitos que le sustentan se tienen no sólo a la muerte del testador, sino, aún después, al momento de la adjudicación hereditaria. Pero ello supondría subjetivizar demasiado la apreciación notarial o judicial del cumplimiento de tales requerimientos y hacerlos depender no de un hecho tan palpable y objetivo, cual es la muerte de una persona, y sí del cumplimiento de ciertos requisitos formales o de legitimación que se hacen necesarios para fallar un proceso judicial o autorizar una escritura pública de adjudicación hereditaria, y que pueden ser de tan diversa índole que sería necesario una investigación *ad hoc* sólo para hacer un inventario de ellos, que además pueden escapar a cualquier grado de diligencia -aún el máximo-, que pudiera exigírsele al pretense legitimario para hacer efectivo cuanto antes el revestimiento de su condición de especialmente protegido. En conclusión, creo justo que se fije como momento para apreciar la especial protección el del deceso del testador, lo cual motiva que ha de entenderse adquirida la cualidad en ese momento¹⁸. Lo que acontezca después no sería privativo de la pérdida de la adjudicación hereditaria, salvo la aplicación del art. 470 del vigente Código Civil o la del art. 2° de la Ley 989/1961 por razones que también he explicado en trabajos anteriores y que vienen de la mano de circunstancias de naturaleza meramente políticas que rebasan cualquier interpretación jurídica *stricto sensu*¹⁹.

2.2.5. *Renunciable*

Al ser renunciable por esencia, el derecho a ser reconocido como especialmente protegido desde la muerte del causante de la sucesión, el legitimario asistencial puede renunciar al derecho deferido a su favor, ya sea a título de herencia, o lo haya sido a título de legado (vid. arts. 524, 527 y 504 del Código Civil), siempre que lo haga en el plazo de ley, que para el legatario se aplica por analogía *legis* el mismo del art. 527.1 a)²⁰. Nada le priva renunciar a la legítima. Renunciado el derecho del legitimario, desaparece el peso que

gravita sobre los herederos voluntarios instituidos o legatarios nombrados que pueden adjudicarse la herencia o adquirir el legado; en tanto se entiende que la libre disposición del causante es el todo del caudal patrimonial, sin nada que penda en contra, dado que no hay legítima que atribuir al haber renunciado, lo cual pueden hacerlo ante notario, siempre que éste, tras el control *ex post* del cumplimiento de los requisitos de especial protección, compruebe que, en efecto, quien concurre ante él para renunciar a su condición de legitimario, realmente lo sea, esto es que esté legitimado para renunciar porque realmente sea un legitimario asistencial. De no cumplir al menos uno solo de los requisitos al momento del deceso del testador, no renunciaría, si no, no tendría derecho a la legítima por no ser legitimario, circunstancia totalmente distinta, comprobable por acta de notoriedad²¹.

Por ello reitero, es dable distinguir este supuesto de aquellos otros que también se han dado en la práctica notarial. Me refiero al caso en que el legitimario con pleno derecho, por cumplir con los requerimientos legales al deceso del testador, decide renunciar a la legítima, amparado en el art. 5° del vigente Código Civil que permite la renuncia de los derechos que reconoce el propio Código, siempre que con ello “no redunde en menoscabo del interés social o en perjuicio de tercero”, lo cual es perfectamente lícito, pues a nadie se le puede imponer la adquisición de un derecho en contra de su voluntad. El renunciante lo podrá hacer en escritura pública de renuncia a la legítima, siempre que pruebe su condición de legitimario, pues aun cuando tuviera interés en la renuncia, no escaparía al control notarial del cumplimiento de los requisitos impuestos por el art. 493.1 del Código Civil²². De lo contrario sería nula la renuncia, en tanto hubiere renunciado quien no tenía derecho, por no ostentar al momento de la renuncia la condición o cualidad de legitimario. Incluso también lo podría hacer en la propia escritura de adjudicación hereditaria, interesada por los herederos voluntarios, en cláusula anterior, como paso previo a la adjudicación en favor de los herederos voluntarios, siempre que aporte las pruebas que permitan al notario dar un juicio de legitimación del renunciante, esto es, que en efecto se trate de un legitimario del testador que en el acto pretenda renunciar a la legítima deferida a su favor, con los efectos que en Derecho proceda.

3. EL “HEREDERO” ESPECIALMENTE PROTEGIDO EN LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO: EN LA BÚSQUEDA DE LOS CONTORNOS DEL ROSTRO DE UNA FIGURA

Sin dudas los “herederos” especialmente protegidos han ido asomando su perfil tras la labor interpretativa esencialmente de los jueces, a partir del casuis-

mo propio de esta manera de concebir las bases legales de su formulación. En 1988, con la entrada en vigor del Código Civil, el número de dudas era innumerable con el sentido que este vocablo tiene en el idioma español. Hoy, casi un cuarto de siglo después, muchas siguen en pie y otras han devenido como consecuencia de la agudeza de estudios a todos los niveles que han hecho pensar y repensar a los estudiosos del Derecho sucesorio sobre la verdadera naturaleza de estos legitimarios asistenciales y, ante todo, la riqueza que una visión práctica del Derecho puede tener para cualquier académico ante el contacto con la realidad vivida y sentida.

3.1. Menores, guarda y cuidado y especial protección

La situación de minoridad suele estar asociada con la de especial protección. Una parte de los casos que son conocidos en el orden judicial resultan supuestos en los que, quienes reclaman especial protección son menores de edad, de modo que la litis tiende a trabarse, no en torno al requisito del parentesco con el testador, fácilmente demostrable, ni tampoco a la ausencia de aptitud para trabajar, sino al concepto mismo de dependencia económica. ¿Se depende económicamente del padre o de la madre por el solo hecho de ser menor de edad? ¿Hay dependencia económica respecto de uno de los progenitores aunque fuere aquel que no tenía la guarda y cuidado? Dicho de otra manera, ¿haber tenido el fallecido la guarda y cuidado sobre el menor es un presupuesto para reclamar la condición de legitimario de éste? ¿La desatención del progenitor respecto del hijo libera de la protección legitimaria que el Derecho impone? ¿Se requiere la convivencia con el menor para que éste adquiera la condición de legitimario asistencial?

El Tribunal Supremo ha asumido, en este orden, posiciones interesantes que bien vale la pena tener en cuenta en estas cavilaciones; unas que van desde considerar que la sola existencia de hijos menores, por el solo hecho de serlos, limita la libertad de testar. Así la ha dejado dicha la Sentencia N° 872 de 29 de diciembre del 2006, segundo Considerando (ponente ARREDONDO SUÁREZ) al expresar que "... (Al) haber quedado justificado que el causante al momento de su deceso *contaba con descendencia en minoría de edad y por ende beneficiarios de la condición de herederos especialmente protegidos, (...)* (resulta) irrelevante lo argumentado en cuanto a la voluntad del causante para hacer valer las cuestionadas disposiciones testamentarias por ser preceptivo que la libertad de testar sólo alcanza la mitad de la herencia cuando existen, como en el caso, sujetos de especial protección". Este criterio puede ser contradicho si se logra demostrar que el menor de edad contaba, al momento del deceso de su padre con un patrimonio suficiente para hacer frente, no sólo a sus más apremiantes necesidades, sino para desplegar una vida en el orden económico con gran hol-

gura.

Se me ocurre pensar en la realidad cubana, el caso de que un menor hubiere heredado una fortuna de un pariente extranjero, administrada por sus padres, inconmensurablemente superior a todo el patrimonio de su fallecido padre. Por qué entonces considerarlo legitimario asistencial, si realmente no lo es, incluso con esa posición podría afectar la legítima de otros hijos menores de ese mismo padre a quienes el destino no les deparó igual fortuna, y nunca mejor dicha la expresión. No obstante, entiendo la posición del juzgador, pues he descrito un ejemplo no muy común, pero sí llamo la atención respecto a que necesariamente minoridad no es igual que especial protección, en todo caso, en expresiones matemáticas sería como el límite en esta ciencia exacta, a saber: la minoridad tiende a ser vista como una posible y muy probable condición de legitimario asistencial, la minoridad tiende a la legítima asistencial, pero no siempre tiene que alcanzarla. No es algo preceptivo, sin más, habría en todo caso que probar la condición de legitimario.

Este criterio vendría sustentado desde fecha anterior a la sentencia que acabo de citar. Así, en un caso en que también se apreció la condición de especialmente protegido, el Tribunal Supremo en un pronunciamiento, a mi juicio que extravasa el sentido que la legítima tiene en Cuba deja por sentado que *"... los padres están obligados al sostenimiento de sus hijos hasta que alcancen la mayoría de edad, independientemente de que tengan suficiente solvencia económica o no, obligaciones y deberes que comprenden el ejercicio de la patria potestad que le vienen impuestos por el art. ochenta y cinco del Código de Familia ..."* (Sentencia N° 637 de 17 de junio del 2001, único Considerando, ponente ARREDONDO SUÁREZ), o sea, del sentido de este Considerando, es suficiente que se trate de un hijo menor de edad para que los padres, por el solo hecho de su minoridad, tengan que atribuirle la legítima, lo cual contradice la esencia asistencial que tiene la legítima en Cuba.

3.2. Alimentistas y legitimarios asistenciales: ¿Círculos concéntricos?

Otro de los tópicos, no menos interesante, es el relativo a la vinculación entre alimentos y legítima, a los que en ocasiones se quiere acercar demasiado, a punto de darles una conexidad sustantiva, mayor de la que pudiera tener. Al respecto, me he referido en un comentario de una sentencia que recientemente se ha publicado²³, lo que retomo precisamente de dicho artículo. No cabe duda que la conexidad a la que aludo existe, en ambas instituciones hay cierto *officium pietatis* que no podemos soslayar, una razón tuitiva a personas carenciadas económicamente o desvalidas en el orden patrimonial, pero responden a circunstancias objetivas disímiles. Tómese en consideración que, ni tan siquiera, los sujetos beneficiarios de unos y otra son los

Derecho Comparado

mismos. Conforme con el art. 124 del Código de Familia, el círculo de alimentantes y alimentistas es más limitado que el de legitimarios, pues estos se extienden hasta los sobrinos, que, en cambio no tienen el deber de atribuir la legítima a sus tíos, por no ser legitimarios, y ni los unos ni los otros son entre sí parientes obligados a alimentos.

Sólo a modo de ejemplo, vale la pena citar dos sentencias en las que el Tribunal Supremo apoya la dependencia económica, en la obligación de dar alimentos. Así, en la Sentencia N° 275 del 9 de abril de 2004, único Considerando (ponente DÍAZ TENREIRO), al interpretarse el sentido del requisito de la dependencia económica con el causante se deja dicho que "...conforme al señalado artículo cuatrocientos noventa y tres, es conjuntamente con la no aptitud para trabajar uno de los dos requerimientos que deben concurrir necesariamente para la configuración en la persona del presunto legitimario del carácter de especialmente protegido no puede tener la rígida interpretación que ofrece el casacionista, *pues aun teniendo por sentado que el de cuius por las razones argüidas en los últimos meses de su vida se vio impedido de colaborar con la manutención de su menor hijo, tal impedimento no le liberaba de la obligación que por sentencia judicial firme le fue establecida, conforme a lo que regula el art. cincuenta y nueve del Código de Familia, y conforme a ello siendo de las personas obligadas a dar alimentos se puede afirmar la existencia en el presente del requerimiento legal de dependencia económica ...*" y la Sentencia N° 307 del 29 de abril de 2005, en su segundo Considerando (ponente ACOSTA RICART) en la que se afirma: "... visto que por parte de la recurrente se ha realizado una interpretación errónea del art. cuatrocientos noventa y tres, inciso uno del Código Civil, *al estimar que a los menores hijos del testador no les asiste el derecho a ser herederos especialmente protegidos de aquel, por el hecho de que su padre hubiere incumplido en mayor o menor medida, con la obligación de contribuir a su sustento obligación legal que le venía impuesta al ostentar la patria potestad sobre los mismos, en virtud del inciso uno del art. ochenta y cinco del Código de Familia, la cual resultaba legalmente exigible de conformidad con el art. ciento veintidós del propio Cuerpo Legal, y que podía llegar incluso a constituir ilícito penal, de modo que entenderlo como pretende la recurrente equivaldría a penar doblemente a los menores, al enervársele el derecho de ser herederos testamentario de su padre, precisamente por una causa de la cual fueron ellos los afectados ...*".

No obstante, como se ha dicho reiteradamente, nuestra legítima no es un supuesto de alimentos *post mortem*, como aducen ciertos autores foráneos que han estudiado las normas de nuestro Código Civil²⁴. Se trata, desde el punto de vista funcional, de una legítima de freno, que se erige; es una restricción a la libertad de testar del titular del patrimonio, con expre-

so reconocimiento de ella en el testamento a favor de sus beneficiarios y desde el prisma de su contenido, de una legítima *pars bonorum*, en tanto los legitimarios actúan como comuneros con derecho al activo líquido partible, pagándose aquella con bienes ciertos y determinados del haz hereditario. De ello se colige que en el ordenamiento jurídico cubano, a diferencia de otros de nuestro entorno geográfico²⁵, no existen los alimentos *post mortem* a favor de personas necesitadas, sino una clara y evidente legítima *pars bonorum* y que, si bien los sujetos atributarios de los alimentos pueden hacerse coincidir con los legitimarios, el círculo de los legitimarios es más reducido que el de los alimentistas, además de que el alimentista tiene un crédito frente al alimentante, que se paga esencialmente en dinero, aunque, como establece el Código de Familia en su art. 134, puede tratarse de una obligación facultativa, bajo ciertas precauciones legales, dado que “El obligado a prestar alimentos podrá, a su elección, satisfacerlos pagando la pensión que se fije o recibiendo y manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos. Esta última forma de prestar alimentos sólo procederá si no se afectan disposiciones relativas a la guarda y cuidado del alimentista y no existen impedimentos de orden moral o material”, en tanto la legítima asistencial se paga en bienes concretos de la herencia, de modo que el legitimario actúa como un comunero más, teniendo a su favor la *actio familiae erciscundae*.

3.3. La posición de estudiante universitario no condice con la especial protección en sede sucesoria

Durante mucho tiempo se debatió la posición del estudiante universitario en el escenario de los “herederos” especialmente protegidos. Esta posición hoy día ha quedado superada tras el importante fallo judicial contenido en la Sentencia N° 218 del 31 de mayo de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, de la cual fue ponente ACOSTA RICART. Los extremos enjuiciados en dicho fallo judicial se concretan en la posibilidad de que un notario autorice una escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia testamentaria, sin que comparezca en ella el hijo del testador, a quien éste le atribuyó la legítima, si a su muerte ya era mayor de edad y estaba cumpliendo el servicio militar activo, con posibilidad de continuar estudios universitarios, habiendo estado, incluso, durante ese período contratado laboralmente. Ante ello dice el Alto Foro que, reconocido un hijo menor de edad por el testador como “heredero” especialmente protegido al momento del otorgamiento del testamento, pero incumplidas las exigencias contenidas en el art. 493 del Código Civil para estimar en su persona esa condición, resultaban al momento de testar futuras e inciertas, concretamente la falta de apti-

tud para el trabajo y la dependencia económica respecto al testador. Es que, al ocurrir el deceso de éste, momento en que deben subsistir, para entonces ya era mayor de edad, y con plena aptitud para trabajar, de modo que carecía de los presupuestos legales de la especial protección, pues optó por continuar vinculado al Sistema Nacional de Educación al habersele asignado una carrera universitaria, lo cual se refuerza con la modificación del régimen laboral en nuestro país. Esta apertura permite a los estudiantes simultanear sus estudios con la realización de un trabajo remunerado, de modo que con ello se desvanece la posición por algunos esgrimida en cuanto a estimar a los estudiantes vinculados al Sistema Nacional de Educación como herederos especialmente protegidos.

Nadie ha dudado nunca de que el estudiante universitario que no tiene trabajo remunerado y que hasta fecha reciente no lo podía tener, podía cumplir con el requisito de la dependencia económica, v.gr., con respecto de sus progenitores; pero siempre resultó muy polémico sustentar que en ellos también se cumplía la no aptitud para trabajar. Como deja esclarecido la sentencia como ninguna otra, se trata de una posibilidad, de una elección, lógica y acertada, pero que no condice con la condición de legitimario. Este motivo impulsa a la jueza ponente a expresar en el segundo Considerando de la sentencia *in commento*, para combatir el cumplimiento del requisito de falta de aptitud para trabajar, que "...al ocurrir el deceso del testador, momento en que las mismas deben darse (se refiere a las exigencias legales ex art. 493.1 del Código Civil), para entonces el inconforme ya era mayor de edad, y en plena aptitud para trabajar, pero carecía de actitud para hacerlo, pues en su caso optó por continuar vinculado al Sistema Nacional de Educación al habersele asignado una carrera universitaria, esa fue su elección". Es decir que se trata de una decisión pensada, razonada, justa, adecuada, pero una opción que le lleva a mantener durante una etapa de su vida una situación económica menos holgada, aun cuando desde el año 2009, con la aprobación del Decreto-Ley N° 268/2009 del 26 de junio, "Modificativo del régimen laboral", se admite la posibilidad en Cuba de que aquellos jóvenes que tengan 17 años de edad o más, sin vínculo laboral, matriculados en los cursos regulares de los niveles medio superior y superior, puedan vincularse laboralmente y percibir el salario que les corresponda por el trabajo que realicen, siempre que ello no les afecte o limite en su rendimiento docente (vid. arts. del 11 al 13). Ello, a su vez le lleva a decir al Alto Foro en el tercer Considerando de esta sentencia que "con esa apertura que permite a los estudiantes simultanear sus estudios con la realización de un trabajo remunerado, se desvanece la posición por algunos esgrimida en cuanto a estimar a los estudiantes vinculados al Sistema Nacional de Educación como herederos especialmente

protegidos". Es decir, si el estudiante universitario puede trabajar en sesión contraria a aquella en la que recibe clases o incluso todo el día, optando por otras modalidades de enseñanza como la educación a distancia o los cursos para trabajadores, no hay razón para incluirles bajo el ropaje de la condición de legitimario asistencial, pues nunca cumpliría con el requisito de no aptitud para trabajar, pues esta la tendría, sólo que ha optado por una modalidad de enseñanza acorde con su proyecto de vida y sus perspectivas profesionales, pero no por ello puede reclamar de los parientes o del cónyuge que le atribuyan una legítima sucesoria respecto de la cual ningún derecho tiene. Sencillamente en tal supuesto se carece de derecho subjetivo y, en consecuencia, de legitimación activa para impugnar un testamento en el que no se le hubiere reconocido como legitimario o, tal y como acontece en el caso, una adjudicación hereditaria, en la que no tiene participación. De este modo, actuó conforme a Derecho el tribunal de instancia cuando en su sentencia declaró *con lugar* las excepciones perentorias alegadas por la contraparte en la contestación a la demanda, de falta de legitimación activa y carencia de derecho subjetivo.

3.4. Matrimonio, separación de hecho y condición de legitimario

En este ir y venir de los trazos de nuestro pintor, no menos interesante lo ha sido el develar los vínculos que operan entre el matrimonio y la condición de legitimario. *A priori*, cabe apuntar que solo aquel que demuestre su condición de cónyuge *supérstite*, tras la formalización del matrimonio, aun con carácter retroactivo, o el reconocimiento judicial del matrimonio (vid. arts. 2, 18 y 19 del Código de Familia) no podrá adquirirse el derecho a la herencia por sucesión *ab intestato*. El matrimonio no sólo crea un conjunto de deberes y derechos de contenido personal (vid. arts. 24 al 28 del Código de Familia), sino también de contenido patrimonial (vid. arts. 29 y ss. de aplicación), *ergo*, la sola existencia del matrimonio no supone la condición de legitimario asistencial, pero sí el cumplimiento de uno de los presupuestos, o sea, el de ser cónyuge. De este modo, demostrado que aun y existiendo un matrimonio, jurídicamente hablando, si la convivencia dejó de existir y, con ello, las relaciones afectivas, puede ser prueba suficiente para que se desmorone el argumento de quien sostenga que le sea atribuida judicialmente la condición de legitimario asistencial por el solo hecho de la subsistencia del vínculo legal (formal) del matrimonio. Así, se declara *sin lugar* el recurso de casación interpuesto por quien no fue favorecido con la especial protección sobre la base del incumplimiento del resto de los requerimientos legales exigidos por el art. 493 del Código Civil en la Sentencia N° 34 del 31 de enero de 2006, único Considerando (ponente ARREDONDO SUÁREZ), cuando el Tribunal Supremo se expresa en el sentido de que "... aun cuando consta acreditada la participa-

ción del recurrente en la unidad económica del núcleo familiar que conformara con la causante en razón del matrimonio que fuera judicialmente reconocido, el hecho mismo de encontrarse apto para el trabajo remunerado al que, por demás, se encuentra vinculado y el no haber dependido económicamente de la causante, lo excluye de la condición de heredero especialmente protegido que con su interpretación personal de las normas sustantivas al respecto pretende imponer ...”²⁶.

Por el contrario, en la Sentencia N° 80 del 29 de febrero de 2008, primer Considerando (ponente L. HERNÁNDEZ PÉREZ) se aprecia que “... concurre en la parte no recurrente la circunstancia de ser heredera especialmente protegida, ya que mantenía con el testador una unión matrimonial no formalizada, que cumplía los requisitos de aptitud legal, singularidad y estabilidad de la pareja durante el período comprendido desde (...), la que fuera reconocida judicialmente mediante sentencia firme, y por consiguiente con todos los efectos propios del matrimonio formalizado, por lo que tiene la condición de cónyuge sobreviviente que dependía económicamente del causante por ser ama de casa, careciendo de ingresos propios, además de no encontrarse apta laboral al tener cincuenta y siete años, edad que excede la establecida para que la mujer pueda obtener la jubilación ...”. El reconocimiento del matrimonio permitió que la parte no recurrente obtuviera la condición de “heredera” especialmente protegida, pero no sólo sobre la base del éxito de la demanda de reconocimiento judicial del matrimonio, sino sustentado en esencia en el cumplimiento -además del anterior requisito- del resto de los presupuestos o *conditio iuris* establecidas por el legislador. Se trataba de una ama de casa que siempre había dependido económicamente del esposo ya que no se incorporó a trabajar, desarrollando el trabajo doméstico del hogar, y al momento del fallecimiento de su esposo tenía ya 57 años, edad que en la fecha de la sentencia sobrepasaba la que establecía la legislación de seguridad social vigente entonces, para jubilarse²⁷.

3.5. Mayor de edad judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial, y el reconocimiento de la condición de legitimario asistencial

El concepto de dependencia económica ha de ser interpretado en sentido lato y no en el riguroso y estricto de sujeción monetaria con respecto del causante de la sucesión, que implica sostén, habitación y recursos imprescindibles para procurarse la alimentación. De tratarse de un hijo mayor de edad, judicialmente incapacitado, no ha de trascender el hecho de si éste se encuentra sometido a un régimen de internado asumido por el Estado, porque ello supondría convalidar cualquier actuación de desidia o desatención

por parte del padre de los deberes que, como progenitor, le corresponden sobre su hijo, entre ellos la atribución de una cuota de su patrimonio a su deceso en concepto de legítima asistencial; esta modalidad de legítima tiene un fin tuitivo, protector, garantista de personas desvalidas, con independencia de que el Estado le cubra sus más apremiantes necesidades. Admitir lo contrario supondría eximir a los progenitores de la restricción impuesta *ex lege*, bajo el manto de normas de *ius cogens*, y desplazar este deber insustituible a manos del Estado, de modo que de seguir este razonamiento, el progenitor que no asumió en vida la atención de su hijo incapacitado, obtendría una ventaja infundada en tanto que con ello se liberaría además de la restricción que la legítima supone a la libertad de testar.

Precisamente sobre tal particular versó la Sentencia N° 532 del 29 de diciembre de 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. En dicho fallo se discutió si cabía o no la nulidad de la institución de heredero testamentario, cuando el testador, al momento de su deceso, tenía un hijo judicialmente incapacitado por retraso mental severo, sometido a un régimen de internado en un centro asistencial estatal, a quien no reconoció como especialmente protegido en su testamento y no le atribuyó bien alguno como pago de la legítima asistencial, amén de las relaciones afectivas que tenía el causante con su hijo. Ante tales hecho enjuiciados, el Alto Foro dejó sentado que aun tratándose de un hijo judicialmente incapacitado por retraso mental severo, internado en centro asistencial estatal, no goza este de la cualidad de especialmente protegido respecto de su padre, si no se acredita la responsabilidad económica que en vida tuvo el padre respecto de él, en tanto su internación hace al Estado responsable de su asistencia gratuita, al cubrir las necesidades elementales de sustento, habitación y vestido.

Precisamente, el asunto sometido a consideración del Tribunal Supremo parte de un supuesto en el que el pretense especialmente protegido es un hijo mayor de edad, judicialmente incapacitado. En un caso de esta naturaleza nada hay que discutir sobre la aptitud para trabajar, el otro requisito -a modo de yuxtaposición-, que exige el art. 493.1 del Código Civil para asumir la condición de legitimario. Se trataba de una persona con retraso mental severo, motivo por el cual se le incapacitó, *ergo*, que carecía de aptitud para trabajar, nada ni nadie jamás lo discutió. La situación se hace polémica sobre la posible dependencia económica de dicho incapacitado respecto de su padre.

La incapacitación supone el nombramiento de un tutor, lo cual, en el caso, recayó en la madre. De esa manera si bien el padre no ostentaba la representación legal del incapacitado, no dejaba de ser padre, con los deberes que ello implicaba en situación tan especial como la de que el hijo, aun mayor de edad, careciera del ejercicio de la capacidad jurídica, además de un

Derecho Comparado

patrimonio que podía hacer frente a sus más apremiantes necesidades, porque si lo hubiera tenido, conforme con el Derecho cubano no había clasificado dentro de los legitimarios, pero no era el caso. Ahora bien, la particularidad que le da ribetes interesantes a este asunto es que el incapacitado estaba sometido a un régimen de internado en centro asistencial del Estado, con lo cual se asumía por dicho centro la alimentación, sustento, habitación y vestido del incapacitado, propio de los centros de esta naturaleza en el país. A fin de cuenta, quien lo estaba asumiendo era el Estado, pues el centro no es persona jurídica y consecuentemente no tiene patrimonio propio, es presu-puestado por el Estado.

Dadas estas circunstancias habría que dilucidar si una persona sometida a este régimen de internación asistencial deja de estar bajo el sostén económico de su progenitor. Dicho hasta aquí, es cierto, literalmente hablando, no se depende económicamente de los padres, sino del Estado. Las más imperiosas necesidades las cubre el Estado a través de ese centro asistencial, lo cual no supone que los progenitores se deban desentender, pues en tales circunstancias han de darle apoyo emocional, psíquico y afectivo al hijo. La familia no debe renunciar nunca al papel que le corresponde y que además le viene impuesto.

La legítima reconoce el Derecho cubano, si bien excepción y no regla, ha de entenderse como un paliativo a la especial situación de su destinatario, sobre todo de cara a sus derroteros tras la muerte de sus familiares más cercanos, que son su sostén. Una persona sometida a un régimen de internado en un centro asistencial necesita esparcimiento, períodos vacacionales fuera del centro, su propia vivienda y, con ello, lo que resulte indispensable para mantener una vida en el hogar, aun sean períodos cortos los que esté fuera de mencionado centro, lo que además no tiene por qué ser permanente, aun cuando en el caso sometido al foro, el incapacitado llevaba cerca de 29 años bajo ese régimen. Precisamente para hacer frente a esas necesidades, que no tienen carácter extraordinario, se trata de lo común y ordinario que una persona puede hacer, es que se necesita de un soporte patrimonial. Ni la discapacidad mental, ni la incapacitación judicial, incluso, privan a un ser humano de la distracción y del entretenimiento, necesidades que deben ser asumidas también por quienes correspondan. Por ello, el legislador sabiamente, no enunció a modo de *numerus clausus* el contenido de la dependencia económica del causante. Eso sí -a mi juicio y en ello discrepo del juzgador, en aras de una verdadera protección a las personas con discapacidad-, la legítima a que conduce el legislador ha de entenderse en tiempo futuro, si bien el art. 494 del Código Civil permite su atribución por cualquier título, con lo cual cabría su pago por donación en concepto de anticipo de legítima²⁸. No se trata únicamente de que el legitimario dependía del causante, lo cual es cier-

to que hay que probar, sino de cómo esa legítima, traducida en la mitad del patrimonio del causante deferido a favor del legitimario, puede hacer frente a la cobertura de las ulteriores necesidades patrimoniales de éste, que no debe recaer, en principio, en manos del Estado. No es el Estado quien debe asumir esa responsabilidad, sino la familia. No hay que invertir los roles, el Estado auxilia a la familia, contribuye con la familia, coopera con la familia, pero no a la inversa, aun en el supuesto de que la persona esté sometida a un régimen de internado de un centro asistencial. No es función netamente estatal, así se trate del Estado de bienestar.

El plexo de valores de una norma legal no puede apartarse por una férrea interpretación de los operadores del Derecho. El ordenamiento jurídico no es sólo una amalgama de preceptos legales *stricto sensu*, en él desempeñan una actuación, nada secundaria, los valores, y ellos deben ser rescatados y situados en el lugar que le corresponden. En el último de los apartados de la parte expositiva (*por cuantos*), el legislador del Código Civil deja esclarecido que este cuerpo normativo ha de "estimular la ayuda mutua entre los miembros de la sociedad". Ello no es sino expresión del principio de solidaridad en las relaciones jurídicas civiles, dentro de las que se sitúan las de naturaleza sucesoria. Cualquier interpretación de las normas contenidas en el Código Civil ha de ser conforme con este principio inmanente a la sociedad cubana y qué más solidaridad que la que fomenta e incentiva el legislador de este cuerpo legal entre los miembros de la familia (ciertos parientes consanguíneos y el cónyuge) en sede sucesoria, cuando uno de ellos es dependiente o vulnerable económicamente, por disímiles razones, entre las cuales han de ubicarse ciertas discapacidades (entre las que las intelectuales ocupan un sitio no menos significativo).

Una sentencia no sólo contiene la composición de una litis. Los jueces, quizás, sin saberlo, ofrecen, a través de las sentencias lecciones a sus destinatarios, que no son sólo las partes enfrentadas, no a modo de clase magistral, y sí como expresión de la experiencia acumulada con el decursar de los años. Las máximas de la vida tienen un valor no menos trascendente en los considerandos de una sentencia judicial, redoblado cuando ésta proviene del Alto Foro, cuyas líneas jurisprudenciales son seguidas por los operadores del Derecho y, por supuesto, por la doctrina científica. Una sentencia apegada al sentido estricto de una norma legal no cumple en mayor medida con el principio de legalidad, pues, si para pronunciar un fallo los jueces se adhieren como la hidra a una interpretación gramatical o filológica de los términos empleados por el legislador, con lo cual sacrifican el sentido que la equidad exige, inmolando entonces también el propio sentido de la legalidad, pues una ley no solo es lo que literalmente dice, sino lo que quiere cubrir; en ella hay que develar, como hace el artista, el plexo de valores que le informan y, entre

Derecho Comparado

ellos, se sitúa en sede sucesoria el de solidaridad familiar, cuya expresión más acabada hoy es constituido por la legítima asistencial a favor de personas discapacitadas o vulnerables económicamente. Estas deben ser centro de atención del Derecho Civil en aras de una efectiva inserción social, para su plena realización como persona y como sujeto de las más diversas relaciones jurídicas civiles, para lo cual la arista de naturaleza patrimonial que ofrece el Derecho sucesorio no deja de tener repercusión. Se trata entonces de que los jueces, como boca de la ley, la apliquen, buscando ante todo el sentido de la racionalidad, la proporcionalidad y la justicia.

3.6. Pensión por jubilación o viudedad y el derecho a la legítima asistencial: ¿acaso incompatibles?

El Tribunal Supremo ha utilizado una fórmula matemática, algo así como: Pensión por jubilación o viudedad \neq condición de especialmente protegido.

Es decir, si tienes atribuida una pensión por edad, en razón de la jubilación o una pensión por viudedad, a cargo ambas de la Seguridad Social, entonces, no tienes derecho a que te arropes con la condición de especialmente protegido, porque tienes sustento propio. Empero, ¿son acaso incompatibles la única con la otra? A mi juicio no, en lo absoluto. Se puede estar pensionado y a la vez depender económicamente de otra persona, pues las necesidades propias de esa persona hacen que la pensión no sea suficiente para cubrir con todos sus gastos y sea demostrable ante el órgano judicial que su pariente o cónyuge era el principal sostén económico y no la pensión, y que con esta pensión, tras el fallecimiento de aquél, no puede satisfacer sus más apremiantes necesidades de diversa índole. Casos de esta naturaleza no son tan excepcionales en la Cuba de hoy con los niveles que ha alcanzado la vida cotidiana. No obstante, para el Tribunal Supremo, la solución es distinta, de ahí la rigidez con la que se valora el requisito de la dependencia económica. El Alto Foro ha hecho reiterados pronunciamientos en este orden, a saber:

En su Sentencia N° 515 del 22 de julio de 2004, segundo Considerando, de la que fue ponente ARREDONDO SUÁREZ, dejó dicho: "...sentado por la sentencia combatida que *la recurrente siempre contó con ingresos económicos propios, consistentes* primero en su salario como trabajadora y luego *en la pensión por edad que al obtener su jubilación comenzó a percibir*, una recta aplicación de los aludidos preceptos conduce a colegir que se trata de dos cuestiones distintas, cuales son, en primer orden la participación económica en el núcleo familiar del causante que la hizo beneficiaria en su momento de la pensión provisional por causa de su fallecimiento y luego de la pensión definitiva por igual concepto, con el derecho de opción que le franquea el

precitado art. dieciséis de la Ley número veinticuatro y, en segundo orden la dependencia económica a que se contrae el apartado primero del art. cuatrocientos noventa y tres de la ley sustantiva en la materia como presupuesto indispensable para que le sea reconocida la condición de heredera especialmente protegida, por lo que al no existir la aludida dependencia forzosamente ha de estimarse que no le asiste el derecho a tal especial protección y, por ende, al no encontrarse limitada la libertad de testar no puede ser cuestionada la eficacia del legado contenido en el impugnado instrumento público ...”.

En su Sentencia N° 317 del 30 de mayo de 2007, primer Considerando, de la que fue ponente CARRASCO CASI también se hizo eco del anterior parecer al expresar que “...al quedar justificado en el pleito que ésta (la recurrente) disfrutaba de una prestación de la seguridad social a largo plazo, obvio resulta que no se encontraba en una situación que no podía valerse por sí misma, sino que al acogerse a la pensión que disfrutaba dicho causante, ejercitó el derecho de opción que concede el art. dieciséis de la Ley veinticuatro de Seguridad Social de veintiocho de agosto de mil novecientos setenta y siete ...”.

En la Sentencia N° 58 del 23 de marzo de 2009, tercer Considerando, con ponencia de GONZÁLEZ GARCÍA, de igual manera se adujo que “...no ha quedado demostrado que respecto a quien recurre, actora del proceso, concurren las condiciones personales que corporifican la especial protección a que se refiere el art. cuatrocientos noventa y tres, apartado primero, letra b, del Código Civil, a cuyo efecto *no basta encontrarse percibiendo una pensión por causa de muerte del régimen de seguridad social con motivo del deceso del causante, que se concede a determinados parientes con derecho a ello y no implica necesariamente una relación de dependencia económica ...*”.

En la Sentencia N° 322 del 29 de octubre de 2010, tercer Considerando, ponente ACOSTA RICART, igualmente se invoca la existencia de una pensión por edad para rebatir la dependencia económica respecto del causante, afirma la Sala que “... denunciada la infracción del inciso c) del apartado uno del art. cuatrocientos noventa y tres del Código Civil, tal vulneración no existe porque, sentado por la sentencia combatida que *la progenitora del testador cuenta con medios propios de subsistencia por recibir pensión por edad*, una recta aplicación del precitado precepto, conduce a colegir que carece del presupuesto de dependencia económica del causante que, al unísono con la ineptitud para el trabajo, exige la norma en cuestión para que se configure la institución del heredero especialmente protegido, lo que inequívocamente fuerza al rechazo del motivo”.

Por último, en la Sentencia N° 475 del 4 de noviembre de 2011, único Considerando de la primera sentencia, ponente ARREDONDO SUÁREZ, decla-

ró CON LUGAR el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de instancia, sobre la base de una apreciación errada de la condición de especialmente protegida de la impugnante del testamento (en buena lid lo que debió impugnar el recurrente era la institución de heredero, vid. art. 495.1 del Código Civil), por no estar legitimada para ello, al carecer de la condición de especialmente protegida, precisamente por ser titular de una pensión ordinaria por edad. A tal fin se dijo que "...es cierto, como aduce el recurrente, que la Sala que dictó la sentencia interpelada infringe, por indebida aplicación, el apartado uno inciso b) del art. cuatrocientos noventa y tres del Código Civil, puesto que al dictar fallo desestimatorio de la acción de nulidad del testamento notarial (...), se desentiende de la connotación que alcanza el hecho que sienta, referido a que *la designada como heredera especialmente protegida es beneficiaria del Sistema de Seguridad Social, por disfrutar de pensión ordinaria por edad, circunstancia que denota que no dependía económicamente del causante y que carece por ende, de presupuesto básico para ostentar tal condición sucesoria*, que en modo alguno puede asimilarse a la libertad de testar, en el entendido de que precisamente la institución en comento refrenda una limitación a tal prerrogativa con el fin de proteger a determinados parientes por su ineptitud para el trabajo y su dependencia económica del causante y, al desconocerlo la sentencia interpelada, incurrió en la vulneración denunciada, lo que fuerza a la estimación del motivo examinado ...". En todos los casos lo resaltado me pertenece.

De un mero análisis de las sentencias citadas cabe colegir que en todos los casos, siempre que haya un mero resquicio, el Alto Foro no concede la condición de legitimario a quien, al deceso del testador, disfrutaba de una pensión a cargo de la Seguridad Social. Ello que hace más palpable, en la última de las sentencias dictadas, en la que se deja inferir que el solo hecho de que la cónyuge era beneficiaria de la seguridad social, hace evidente que no podría interesar la condición de especialmente protegida, en tanto la pensión se erige en un obstáculo insalvable para que, además de pensionada, pueda revestirse en su favor la cualidad de legitimaria, como si ambas circunstancias fueran inexorablemente incompatibles, tal y como si se tratase de una fórmula de las ciencias exactas. De este modo se olvida una vez más que en las ciencias jurídicas no operan los resultados preestablecidos de las ciencias exactas. La condición de legitimaria de una persona condice perfectamente con la de beneficiaria de una pensión por la Seguridad Social, cuando esta última no es el pivote patrimonial de una persona. Se trata, en todo caso, de una situación circunstancial que, como tal, debe ser valorada en sede judicial o notarial.

No obstante, en honor a la justicia, cuando ya casi concluyo estas páginas, he podido constatar un giro importante que hace el Tribunal Supremo

en este orden en su Sentencia N° 288 del 31 de julio de 2012, en su primer Considerando, de la cual fue ponente ARREDONDO SUÁREZ, en un supuesto de sucesión *ab intestato*, en el que en principio no hay reconocimiento de la figura de los legitimarios, salvo el atisbo previsto de los padres con especial protección, a quienes se reconoció como herederos concurrentes en el primer llamado, a partes iguales con los herederos titulares, precisamente en razón de su especial protección (por dependencia económica y ausencia de aptitud para trabajar). La recurrente, en el recurso resuelto por el tribunal de casación, sustentaba la tesis de la no dependencia económica del padre respecto del causante, quien había sido incluido en el acta de declaratoria de herederos de su hijo, precisamente en razón de que no estaba apto para trabajar al deceso del hijo y dependía económicamente de él, requisito este último que alegaba no cumplir y, en consecuencia, no estar incluido entre los beneficiarios de la especial protección, motivo por el cual interesa la modificación del acta de declaración de herederos *ab intestato*, en el sentido de que dicho señor fuera excluido de la delación hereditaria, cuya expresión documental lo es la citada acta, como título sucesorio demostrativo.

En efecto, literalmente interpretado el precepto, el padre del causante en los últimos tiempos de la vida de éste no dependía económicamente de él, pues dada la enfermedad que le aqueja al hijo, le hizo estar sujeto a tratamiento de larga duración, que le impidió valerse por sí mismo, hasta el momento de su deceso. Empero, con total sentido de lógica, de racionalidad y de justicia, el Alto Foro declaró SIN LUGAR el recurso interpuesto sobre la base de sólidos argumentos, que suponen una interpretación correctora del art. 516 del Código Civil (en el sentido de dar una interpretación extensiva a éste), al sustentar que "si bien el instituto en cuestión exige la yuxtaposición de requerimientos para estar incurso en la cualidad apuntada, no lo es menos que aunque dicho padre resultara protegido por el régimen de asistencia social, como persona no apta para trabajar y carente de familiares en condiciones de prestarle ayuda, existen elementos de juicio suficientes que determinan que tal suceso no quebrante el presupuesto de dependencia económica e incida en la condición de legitimario, en tanto se debió a específico acontecimiento, dado por la propia ineptitud para el trabajo del causante, quien sufrió penosa enfermedad que lo hizo estar sujeto a tratamiento de larga duración, le impidió valerse por sí mismo y finalmente le ocasionó la muerte, de manera que por razones objetivas estuvo impedido temporal y circunstancialmente de ofrecer de modo directo la protección económica y las atenciones que dispensaba a su progenitor, y por propia gestión obtuvo ayuda de los servicios sociales comunitarios e institucionales para este, lo que denota el comprometimiento de todo tipo del descendiente con el bienestar de su padre, de ahí que se apartaría del criterio racional, justo y lógico que se

Derecho Comparado

acepte como buena una interpretación de la norma ajena a las vicisitudes de la vida y, consecuentemente, no puede estimarse la errónea apreciación de pruebas que injustificadamente le atribuye la inconforme”.

Es interesante este pronunciamiento del Tribunal Supremo, en tanto que reconoce que los padres con especial protección en la sucesión *ab intestato* son legitimarios, posición, no obstante, discutible en tanto que a su favor no se dispensa idéntica cuota a la que tenían derecho si el causante hubiera testado; si bien no cabe dudas de que los padres con especial protección son herederos concurrentes del primer llamado, precisamente en atención a las circunstancias que se dan en ellos, de lo contrario, de existir hijos, no heredarían. Vale la interpretación dada por el Alto Foro tendiente a la protección del padre, que va más allá del apego literal a la norma como suele acontecer en no pocas sentencias. La dependencia económica respecto del causante es una circunstancia muy relativa, coyuntural, apreciada *ad hoc*, con sentido de la proporcionalidad y de la lógica. Sólo así es posible lograr la verdadera tuiición que se propuso el legislador del Código Civil al refrendar un nuevo de legítima en sus normas. Se trata, como dice el propio Tribunal, la que él ofrece -y no la que quiere imponer el recurrente-, de una interpretación de la norma legal acorde con las vicisitudes de la vida.

4. EL RECONOCIMIENTO POR EL TESTADOR DE LA CONDICIÓN DE LEGITIMARIO ASISTENCIAL A QUIEN EN DERECHO NO CORRESPONDE

No menos trascendente ha sido el supuesto fallado por el Tribunal Supremo en el que el testador en su testamento ha reconocido como especialmente protegida a una menor que, en realidad, no era pariente de él, dentro de lo que el Código Civil le atribuye la condición de legitimarios (dígase ascendientes, descendientes), así como también al cónyuge.

En este sentido, cabría preguntarse: ¿hay error en la manifestación de voluntad testamentaria en la que su autor reconoce a una niña a la que le profesa extremo cariño, la condición de especialmente protegido sin serla? ¿Se trata de un error en la cualidad de las personas? ¿Trasciende en la eficacia del acto testamentario?

El testador había otorgado testamento ante notario el 24 de febrero de 2003, en cuya segunda cláusula reconoció a una menor como su hija, sin serlo y le atribuye la condición de heredera especialmente protegida. En la tercera de las cláusulas del mencionado testamento, aun otorgándole el erróneo carácter de especialmente protegida, la instituyó heredera en la mitad de sus bienes juntamente con sus tres hijos y la señora X, y le legó, de forma inequívoca en la propia cláusula, su cuenta bancaria de por mitad con la men-

cionada señora X. Ante tales hechos, uno de los hijos del testador ejercitó la acción de nulidad parcial del testamento, sobre la base de la existencia de error en la manifestación de voluntad del testador por reconocer, como especialmente protegida a alguien que sabía el propio testador que no era su hija y, en consecuencia, era obvio que no cumplía el primer requisito que establece el art. 493.1 del Código Civil. El tribunal *a quo* declaró CON LUGAR la demanda interpuesta, sentencia contra la cual se interpuso recurso de casación.

De dicho recurso de casación conoce la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, quien a través de su Sentencia N° 898 del 29 de diciembre de 2006 (ponente DÍAZ TENREIRO) lo declaró CON LUGAR. A juicio del Tribunal de Casación no se apreció error en la institución de heredero, a cuyo tenor se le atribuyó indebidamente la cualidad de especialmente protegida a la menor. Si bien no negó que existiera un error material que no trascendiera jurídicamente, pues de la lectura de las cláusulas testamentarias fue fácilmente apreciable el interés del testador por beneficiar a la menor, aún más allá de la condición de especialmente protegida putativa con la que la abriga. ¿Realmente incurrió en error el testador? A mi juicio, error, como apreciación equivocada de la realidad que distorsiona el sentido mismo de la manifestación negocial de voluntad (en el caso, testamentaria) y que además haya incidido notablemente en el otorgamiento del testamento, no existió; ni tan siquiera, un error en la cualidad de las personas, reconocido en el art. 70 c) *in fine* del Código Civil. No se ve afectado el *animus testandi*. Quedó evidentemente probado que el testador quería beneficiar a la menor y que, incluso, en la manera en que lo hizo ni tan siquiera se autolimitó el *ius disponendi* por causa de muerte en razón de la existencia de legitimarios. Tampoco pudo probarse que con la distribución que hizo de su caudal, afectara al resto de sus hijos, a los cuales instituyó también herederos. No obstante, sí que hay una declaración errónea en sentido lato por parte del testador al atribuirle una condición de la que no era atributaria la menor²⁹, tildado ello por el Alto Foro como "inexactitud" en el primer Considerando de la sentencia de casación, y luego, "declaración (...) errónea" en el único Considerando de la segunda sentencia. A criterio del propio Tribunal se trató, respecto del testador, de "... una manifestación ociosa de motivación afectiva, que no invalida su voluntad, habida cuenta que ésta quedó plasmada claramente en la tercera de las cláusulas del documento notarial, en la que aun otorgándole el erróneo carácter de especialmente protegida, la instituye heredera en la mitad de sus bienes conjuntamente con sus tres hijos y la señora (X), y le lega, de forma inequívoca en la propia cláusula su cuenta bancaria, de por mitad con la mencionada (señora X), pronunciamiento que constituye el núcleo esencial del testamento y que no deja lugar a dudas en cuanto a su voluntad".

Derecho Comparado

Ahora bien, ¿qué se entiende por “manifestación ociosa de motivación afectiva”? ¿En qué sentido el Alto Foro encuentra la ociosidad de la manifestación de voluntad externada por el testador? En un ejercicio de pura aproximación hermenéutica, la manifestación de voluntad testamentaria en la cual su autor reconoce a una persona como especialmente protegida, cuando en realidad no lo es, pero a la vez si con ello no restringe su libertad de testar en tanto no tiene otros herederos especialmente protegidos y le atribuye una participación igual a la del resto de los herederos nombrados (hijos y cónyuge), resulta algo perezoso, inocuo, que en nada transgrede los principios informantes del Derecho sucesorio. El apelativo afectivo, viene de la razón que motiva el tratamiento de especialmente protegido putativo, de la que resulta favorecida la menor que, en el orden de los afectos, al parecer, ocupaba un lugar señero en el corazón del testador.

En todo caso, no trasciende en el ámbito jurídico, a pesar de la alarma desatada. Ello es remarcado por el juzgador en el segundo Considerando de la primera sentencia o sentencia de casación objeto de examen, de modo que la inexactitud en la que incurre el testador, no “...afecte la validez del acto ni del documento, ni mucho menos contravenga una prohibición legal al punto de la nulidad, pues si bien la menor no se encuentra comprendida en el acápite primero del art. cuatrocientos noventa y tres del Código Civil, también lo es que la declaración de ese carácter por parte del testador no estuvo aparejada de los derechos que el heredero especialmente protegido goza en el artículo siguiente, pues su mención fue solo referativa, y el propio causante se desentiende de ella y dispone de sus bienes a su antojo, resultando inobjetable que en el testamento, cuya nulidad se pretende, queda suficientemente claro y determinante la declaración de herederos formulada por el causante, aun cuando a esta le apellide el inexistente término de ‘especialmente protegido’, y el destino a seguir por sus bienes”. Particular que luego refuerza en el único Considerando de la segunda sentencia, al aducir: “...la declaración de hija y heredera especialmente protegida a favor de la menor (...), si bien errónea, no afecta la declaración de voluntad del testador, manteniéndose por ende intacto el acto jurídico que la contiene, habida cuenta que se demostró que su declaración tuvo un contenido de origen afectivo, con el fin de proteger a la menor que convivía con él y a quien le prodigaba el cariño de un padre, de tal suerte que subsiste su declaración, al disponer de sus bienes con la libertad que la ley le confiere, de forma que no existe lugar a dudas, de ahí que el Testamento que pretende anularse no contiene vicios que permitan alegar que es ineficaz, al no encuadrarse en el inciso ch) del art. sesenta y siete del Código Civil en relación con el cuatro y cuarenta y nueve del propio cuerpo legal ...”. Ahora bien, la intrascendencia del equívoco del testador hace que no zozobre la institución de heredero testamentario, porque el testador en

el propio testamento, ante la ausencia de otro especialmente protegido, distribuyó el caudal a su antojo, con especial merecimiento para la menor, aun cuando ésta no hubiese sido legitimaria. Su condición de legitimaria putativa en nada le beneficia, pero si con ello hubiere perjudicado la libertad de testar del testador, sí que hubiera motivado el ejercicio de la acción de nulidad sobre la base de una formación equívoca de la voluntad testamentaria.

5. EL CONTROL NOTARIAL O JUDICIAL *EX POST* DEL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE ESPECIALMENTE PROTEGIDO AL MOMENTO DEL DECESO DEL TESTADOR

Precisamente, en razón de lo que he venido explicando, que los condicionantes o requerimientos legales para cobijarse en la condición de especialmente protegido en sede de legítimas han de cumplimentarse al momento del deceso del testador, compete al notario o al tribunal, su control.

El notario tiene el deber de controlar el cumplimiento de los requisitos de la especial protección, al momento del deceso del testador. No se trata de un acto que compete a la autonomía de la voluntad de los herederos. No puede olvidarse que la legítima comprime la parte de libre disposición; si no se tienen legitimarios, la libre disposición es el total del patrimonio hereditario del causante. Cuando éste les reconoce y les atribuye esa mitad, lo está haciendo por respeto a la ley que le impone el deber de legítima; por ello, lo atinado es que el testador diga, en su testamento, que en la parte de libre disposición que tenga o que tuviere al momento de su deceso, instituye y nombra como herederos universales o como legatarios, a las personas que él desee o, en todo caso, que exprese que en el todo de la herencia nombra como herederos a dichas personas. De este modo, si al momento de su muerte no hay legitimarios, el todo le corresponde a sus herederos voluntarios, que pueden coincidir perfectamente con los legitimarios que reconoció; de la misma manera que si no reconoció legitimarios, pero los instituyó herederos universales en el todo, no habría preterición, pues los tuvo en cuenta y les atribuyó bienes del acervo hereditario.

Otra cosa sería, y es posible que suceda, que no les reconozca como especialmente protegidos y sí como herederos universales, pero al ser varios, (v.gr., en el caso de sus descendientes), los instituya a partes iguales y, por regla matemática, a los que son legitimarios (minoría) les corresponda en total menos de la mitad. En dicho supuesto las propias matemáticas harían que los legitimarios afectados pudieran ejercitar la acción de complemento de legítima, bajo la cobija del art. 494 del Código Civil, pero nunca la acción de nulidad de la institución de heredero ex art. 495.1 del Código Civil, aun y cuando en el

Derecho Comparado

testamento no se haya hecho mención alguna de su cualidad de “herederos” especialmente protegidos, pues no habría preterición material, incluso ni formal, pues los tuvo en cuenta aunque no les hubiere nombrado como correspondía en Derecho³⁰.

Existe, no obstante, la práctica notarial de atribuirles la mitad de la herencia al especialmente protegido y la otra mitad de libre disposición a los herederos voluntarios. En tal caso ¿qué acontecería si al momento del deceso del testador, ya los legitimarios reconocidos no fueron tales? Una interpretación del testamento podría afectar los derechos de los herederos universales a quienes les fue atribuida la “mitad” de libre disposición, pues en ese momento, trascendental en sede sucesoria, no hay mitad de libre disposición, sino el todo, al no subsistir la legítima que frenaba la libre voluntad del testador. Una interpretación correctora del testamento permitiría su adecuada ejecución, entendiendo que el testador se refería a lo que resultara de libre disposición a su deceso, ya fuera una mitad o el entero. Situación más difícil operaría cuando la partición se hace en el propio testamento, de modo que el testador deja esclarecido qué bienes serían atribuidos al legitimario y qué bienes a los herederos voluntarios. De no existir legitimarios a su deceso, en principio, dichos bienes no acrecerían a los herederos voluntarios, pues la legítima y la libre disposición son partes determinadas del caudal hereditario que hace, a sus beneficiarios dueños de un cuerpo cierto y determinado de bienes; este supuesto haría inoperante las normas sobre acrecimiento hereditario (vid. art. 471 del Código Civil). Tendría entonces que abrirse la sucesión *ab intestato*, lo cual no necesariamente era la voluntad del testador, más bien diría que era lo contrario. Aquí juega un papel esencial la labor de asesoramiento del notario, dado que la gran mayoría de los testamentos que se otorgan en Cuba son notariales, no ológrafos, ni especiales. Es el notario quien tiene que moldear esa declaración postrera de voluntad que constituye el testamento. Nadie mejor que él para conocer agudamente las sucesiones *mortis causa* y redactar con pulcritud las cláusulas testamentarias. Como aduce VALLET DE GOYTISOLO: “El notario puede intervenir en el actum, como asesor, como traductor jurídico de la voluntad empírica de los otorgantes y siempre es función suya la de redactor del *dictum*”³¹. De ahí que compete a él no sólo traducir al lenguaje jurídico la voluntad del testador, sino también la de redactar en el instrumento esta voluntad con la mayor exactitud posible, conforme con los designios que ella exige.

En cualquier circunstancia, el control del cumplimiento de los requisitos de la especial protección es deber inexcusable del notario o del tribunal. No es posible que los herederos pacten sobre ello. Se trata de normas de *ius cogens*, el legitimario tiene derecho a la legítima no porque el testador quiere, sino porque al testador se lo impone el legislador. Si usted quiere que su hijo

sea el heredero de todo su patrimonio y su hijo tiene 5 años de edad, además de reconocerle su condición de legitimario y atribuirle la legítima, debe nombrarlo como heredero universal en el todo de la herencia, de manera alternativa, subsidiaria y previsorora. Es *Alternativa* porque usted está previendo que a su deceso ya su hijo no sea legitimario; es *subsidiaria*, porque esta disposición está en correspondencia con su libérrima voluntad, con el Derecho dispositivo que, en materia de legítimas, cede ante las normas imperativas que protegen los derechos de los destinatarios de ésta; y es previsorora porque, como todo el contenido del testamento, el testador tiene que prever las circunstancias reinantes al momento de su deceso, que pueden ser muy distintas a las existentes en el instante en que otorga el testamento.

Si, como ha dicho el Tribunal Supremo a través de su Sala de lo Civil y de lo Administrativo, las normas sobre legítimas tienen un carácter excepcional en nuestro Derecho positivo, posición con la que estoy conteste³², no puede admitirse ni en sede notarial, ni en sede judicial, que un sujeto reconocido como legitimario en testamento, pero que no cumple los requerimientos de ley al momento de la muerte de este, se adjudique una herencia a la que no tiene derecho. Sencillamente carece de derecho subjetivo, porque perdió la cualidad de legitimario. Él no estaba reconocido como legitimario por entera voluntad del testador, sino porque el legislador le impone al testador el cumplimiento del deber de legítima, so pena de que se desate el espectro de sus acciones protectoras tanto en el orden cuantitativo como en el orden cualitativo, con los efectos fatales que pudiera tener para la subsistencia de las cláusulas de contenido patrimonial, el éxito de la acción reconocida en el art. 495.1 del Código Civil.

El freno a la libertad de testar en nuestro ordenamiento jurídico no es regla, sino excepción. Si usted no tiene los legitimarios asistenciales a que alude el art. 493.1 del Código Civil, usted puede testar libremente sobre el todo de su patrimonio, pero entiéndase que esta regla debe interpretarse y aplicarse conforme con el momento del deceso del testador, no sólo con el del otorgamiento. Si al otorgar el testamento no fue previsor y sobrevino un especialmente protegido que no lo era en el momento del otorgamiento del testamento, hay preterición formal y material y, al haber preterición, tendría éxito la acción de nulidad de la institución de heredero; pero si al otorgar el testamento había un especialmente protegido, pero ya no lo era al momento del deceso del testador³³, cae la barrera que obstaculizaba la libre disponibilidad del patrimonio por causa de muerte, y el heredero voluntario tiene derecho a adjudicarse el todo del caudal hereditario, porque esa fue la voluntad del testador cuando dispuso que su heredero voluntario, lo fuera, v.gr., su hija y no su hijo.

No obstante, siempre me temo que por desconocimiento de nuestro

Derecho Comparado

sistema legitimario, lo cual, repito, es inexplicable, el notario no haga esa advertencia al testador, pues puede darse el caso de que el testador sí quisiese que ambos hijos le heredaren, pero como uno era menor de edad, resolvemos con "equidad" la distribución del caudal patrimonial, y le atribuimos al legitimario, la legítima que le compete (equivalente a la mitad) y a la heredera voluntaria, la otra mitad. Esta posición que lacera y vulnera los derechos del testador, pues ni el hijo tendrá derecho perennemente a esa mitad -si no cumple con todos los requisitos legales que impone el legislador para erigirse en legitimario asistencial-, ni la verdadera voluntad del causante fue esa, sino que en todo caso su hijo también heredase. Por lo tanto, lo atinado hubiera sido expresar, en el testamento, que, de no reunir a su fallecimiento el legitimario los requisitos establecidos en la ley para arroparse de tal cualidad, le instituye y nombra al igual que a su hija y en partes iguales en lo que resultare de libre disposición a su deceso, o (otra fórmula testamentaria) en el todo de la herencia.

Insisto, no le es dable al notario autorizar una escritura de partición y adjudicación de herencia en que concurra un legitimario putativo, o sea, quien realmente no lo es por no reunir los requisitos legales al momento del deceso del testador, aun cuando haya pleno "acuerdo" entre los coherederos concurrentes, pues los herederos voluntarios no pueden contravenir las normas de *ius cogens* que regulan la legítima asistencial en nuestro ordenamiento jurídico. Si no se es legitimario, se carece de derecho subjetivo para reclamar la legítima. Es como si los herederos de común acuerdo hicieran concurrir a la partición a una persona vinculada afectivamente con el testador, pero no instituida por éste como heredero o legatario de parte alícuota. Recuérdese que el legitimario sólo es reconocido por el testador, su configuración es legal, no voluntaria. El legitimario se aproxima así al heredero *ab intestato*.

¿Cómo puede operar el control notarial?

Pues se necesitará probar ante notario que el legitimario no reúne los requisitos de ley. Se necesitará la práctica de prueba testifical o documental. Por ello, sería recomendable la autorización, previa a la escritura de partición y adjudicación hereditaria, de un acta de notoriedad que pruebe que el fallecido testador no tenía a su deceso "heredero" especialmente protegido alguno, en tanto él o los que fueron reconocidos en el testamento no reunían los requerimientos legales. Quizás fuera conveniente una certificación salarial del pretense legitimario, una certificación de nacimiento para probar que ya había arribado a la mayoría de edad, o la práctica de una prueba testifical para probar el hecho negativo de que el pariente o cónyuge tenía plena aptitud para trabajar y, por su libérrima voluntad, no se había incorporado³⁴. Recordemos que el art. 85 e) del Reglamento de la Ley Notarial regula las actas de notoriedad como aquellas que "... acreditan la comprobación o fijación de hechos

notorios sobre los cuales podrán ser fundados, declarados o reconocidos derechos o se legitimen hechos, situaciones o circunstancias personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica". Se trata de declarar la notoriedad del fallecimiento del testador sin legitimario como vía para hacer valer los derechos que le competen a los herederos voluntarios sobre el todo de la herencia sobre el cual pendía la legítima, a la postre inexistente. En tanto el art. 103 b) del propio Reglamento, en ocasión de regular este tipo instrumental de acta notarial, deja explícito que "el Notario practicará o exigirá cuantas pruebas estime necesarias para comprobar la notoriedad pretendida". Sólo, tras la práctica de las pruebas pertinentes, podrá el notario dar el juicio de notoriedad requerido³⁵.

También se han dado casos en los que el sujeto que no cumple con los requisitos para ser legitimario es el propio promovente del instrumento notarial. No se trata de una renuncia. Recordemos que renuncia el legitimario³⁶. Podría, en tal supuesto, el notario, autorizar un acta de manifestaciones de parte, en la que la persona que había sido reconocida por el testador como legitimario y que al deceso de aquél no cumpliera con todos los requisitos legales, manifieste este particular ante notario competente, aportando a tal fin las pruebas que acreditan que, en efecto, o bien no dependía económicamente del causante (para lo cual adjunta documento acreditativo de su salario al momento del fallecimiento del testador) o tenía plena aptitud para trabajar (por ser mayor de edad y, en tal sentido, lo acredita con la certificación de nacimiento o documento expedido por la Dirección de Seguridad Social, justificativo del cese de la pensión que, por este concepto, recibía al haberse incorporado al trabajo socialmente útil o a la empresa privada -dígase como trabajador por cuenta propia-).

5.1. La dubitable declaración judicial de nulidad de la atribución por el testador de la legítima asistencial, a quien a su fallecimiento no cumpliera alguno de los presupuestos para ser atributario de ella

Muy vinculado con los anteriores razonamientos, conviene esclarecer que el no cumplimiento de los requisitos de la especial protección, exigidos por el legislador del Código Civil cubano, no implica en modo alguno la nulidad de la cláusula de reconocimiento de la especial protección de la persona o de las personas nombradas por el testador. Podría acontecer que quien, nombrado especialmente protegido por el testador al momento de otorgar testamento, no lo sea, al preciso momento del deceso del testador y no por ello es dable anular tal reconocimiento.

No se trata de anular o no esa cláusula testamentaria. Un endeble análisis del art. 67 me daría la razón ¿Al amparo de qué apartado de dicho precep-

Derecho Comparado

to legal se sustentaría tal nulidad? No se olvide que la acción de nulidad es de naturaleza excepcional. Los actos por naturaleza son válidos, no ineficaces (téngase en cuenta que la nulidad es un supuesto de ineficacia del acto jurídico), *ergo*, el no cumplimiento de los requisitos de la especial protección, no conlleva a la nulidad. En todo caso, sería inejecutable esa cláusula, en tanto la previsión del testador tendrá lugar en otro sentido, o sea, en la alternativa de que de no tener herederos especialmente protegidos, el todo de su patrimonio, que se hace coincidir con la parte de libre disposición, tendrá como destinatarias las personas previstas por él mismo para el supuesto de que a su muerte, de no haber reunido aquellas, existentes al momento de otorgar el testamento, los requisitos para ser legitimarias, yo no lo hubieran cumplido, o incluso, si se demostrara que al momento de testar, la persona reconocida por el testador en su testamento como legitimaria o especialmente protegida, no cumplía con los requerimientos impuestos *ex lege*, *se trataría de una valoración inadecuada por parte del testador quien consideró a una persona como especialmente protegida, cuando en el orden de los hechos no lo era*. No se puede olvidar tampoco que los presupuestos de no aptitud para trabajar y dependencia económica son de valoración o apreciación notarial o judicial, según corresponda, y no de mero capricho del testador. Por muy especialmente protegida que resulte una persona, a juicio del testador, si, *a posteriori*, se prueba que no lo era, no tendrá derecho a la legítima. No obstante, algo tan sencillo como esto es resuelto por el testador, cuando, al testar, de no tener -objetivamente hablando-, especialmente protegidos, puede hacerlo a favor de quien quiera, para lo cual no habría que acudir a la complicada figura de los especialmente protegidos para atribuirle una mera mitad de su patrimonio, cuando, a su favor, tiene la libre disponibilidad de este para quien quiera, sin ninguna otra cortapisa legal.

Una vez fallecido el testador, la litis se traba en torno a si la persona o las personas reconocida(s) por el testador como especialmente protegida(s) cumple(n) con los requerimientos legales para serlo. Quien esté interesado en lo contrario debería sustentar como pretensión la atribución *in integrum* del caudal hereditario, por no existir legitimario, ya sea, porque nunca hubo la convergencia de los requerimientos legales del art. 493.1 del Código Civil en la persona nombrada por el testador como especialmente protegida en su testamento, o porque habiendo cumplido con tales requerimientos al momento de testar, esto no se prolongó hasta el momento del deceso del testador, preciso instante que ha de tenerse en cuenta para ser arropado con la condición de legitimario.

En este orden discrepo de la solución dada por la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia N° 475 del 4 de noviembre de 2011 de la que fue ponente ARREDONDO SUÁREZ, que en su

Considerando único de la primera sentencia, acoge el motivo primero del recurso de casación interpuesto por la parte recurrente en el sentido de apoyar la errada tesis de este, a cuyo tenor, al no demostrarse que la nombrada especialmente protegida por el testador no dependía económicamente de

-
- ¹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunos interrogantes al respecto", en *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999, págs. 15-59; "A una década de la promulgación del Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto" (en coautoría con María Elena Cobas Cobiella), en *Ob. cit.*, págs. 61-221; Pérez Gallardo, Leonardo B. "Naturaleza *intuitu personae* de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia N° 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica*, N° 1, enero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000, págs. 6-25; Capítulo X, "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", en *Derecho de Sucesiones, bajo mi coordinación*, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004, págs. 200-310; "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo Derroteros del último lustro (2000-2004)" en *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010, págs. 49-152; "Declaración *post mortem* de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima. (A propósito de la Sentencia N° 58 de 23 de marzo del 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho*, N° 34, La Habana, julio-diciembre 2009, págs. 141-159; "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", en *Estudios...*, *cit.*, págs. 153-270; "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", en *Revista Norte Notarial*, del Colegio de Notarios de La Libertad, N° 1, año I, Trujillo, Perú, 2011, págs. 23-44; "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario Comentarios a la Sentencia N° 218 de 31 de mayo del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, N° 42, La Habana, junio-diciembre de 2011, págs. 5-17; "¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia N° 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", inédito.
- ² Vid. la reciente tesis de doctorado defendida por Yanet Alfaro Guillén. "El régimen jurídico de la preterición en Cuba", bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de

- La Habana, 2012 (en biblioteca de dicha Facultad).
- ³ FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel y Ediltrudis Panadero de la Cruz. "Las donaciones colacionables: el enigma de una institución jurídica. Incidencias sustantivas para el Derecho positivo cubano", en Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la universidad de Caldas, Vol. 8, N° 1, Manizales, Colombia, enero-junio 2011, págs. 13-44.
- ⁴ Marcado esencialmente por la función social que tiene la legítima, catalogada como asistencial, precisamente en razón de la protección que despliega hacia un cierto sector de la población, en esencia personas dependientes económicamente o con discapacidad.
- ⁵ Como exponen CZACHORSKI, Witold y Stelmachowski, Andrezj. "Evolución del Derecho Civil en los países socialistas", en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/889/3.pdf>, consultado el 2 de agosto del 2012, págs. 57-58, en Rusia y la ex Checoslovaquia eran llamadas a la sucesión del de *cuius* las personas que hubieran estado en dependencia económica con este por lo menos un año antes de su muerte. El actual Código Civil ruso mantiene esta dirección. En efecto, el art. 1148 regula la sucesión por discapacitados dependientes del testador. A su tenor: "1. Los ciudadanos que se encuentran comprendidos entre los herederos legales, especificados en los artículos 1143-1145 del presente Código que se encuentran discapacitados en la fecha de apertura de la sucesión, pero que no están incluidos en la categoría de herederos llamados a la herencia, deben heredar, por ministerio de la ley, de conjunto y a partes iguales con los herederos de esa categoría, si eran dependientes del testador, al menos un año antes de su muerte, sin importar si residían o no con el testador".
- "2. Los herederos legales no deben ser incluidos en el círculo de herederos especificados en los artículos 1142-1145 del Código, salvo que fueren discapacitados en el momento de apertura de la sucesión, y que fueren dependientes del testador al menos por un año antes de su muerte, habiendo residido con él. Si existen otros herederos legales deben heredar a partes iguales con los herederos de la categoría llamada a la herencia".
- "3. Si no hay otros herederos legales, los discapacitados dependientes del testador deben heredar por derecho propio como herederos de la octava categoría".
- ⁶ Paradójicamente, casi un cuarto de siglo después de que el legislador cubano sancionara el Código Civil de 1987, la polémica en la doctrina española sobre la necesidad de reformas en materia sucesoria, y en concreto en sede de legítimas resulta bien enconada. Autores como Calatayud Sierra, Adolfo. "Consideraciones acerca de la libertad de testar", en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, EDERSA, 1995, págs. 243-263, en su sentida condición de notario, propone una absoluta abrogación absoluta de las legítimas (tanto material como formal) y de las reservas, y en sustitución de las primeras, el establecimiento del derecho de alimentos a cargo de la herencia y a favor de los descendientes del causante. Asimismo De la Esperanza Rodríguez, Pablo. "Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión", en *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, 2002, págs. 1097-1116, con similar parecer, siguiendo los derroteros de Calatayud Sierra, aboga por la supresión de las legítimas y en su lugar "un sistema de alimentos respecto de los hijos o nietos que, al fallecimiento del testador, estén en situación de pedirlos". Similar posición la de Magariños Blanco, Victorio. "La libertad de testar", en Revista de Derecho Privado, N° 9-10, septiembre-octubre 2005, consultado en <http://vlex.com/vid/libertad-testar-289842>, el 7 de agosto del 2012, pág. 25, quien aboga por una libertad de testar, en tanto que las legítimas, a su juicio, constituyen un escollo en una importante etapa de la vida como es la vejez, dado que se le impide a la persona "subvenir a las atenciones que su vida reclama, sirviendo de substrato económico para que (...) pueda desarrollarse plena y dignamente hasta el momento mismo de su muerte", mientras que "la libertad de testar es hoy el instrumento más idóneo para ajustar el patrimonio a la finalidad que debe cumplir, que es atender a las necesidades del que lo ha creado". Gomá Lanzón, Ignacio, Tema 8 "Atribuciones legales (Legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo", en *Instituciones de Derecho*

Privado, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), tomo V - *Sucesiones*, volumen 3º - *Las atribuciones legales*, Martín Garrido Melero (coordinador), Thomson - Civitas, Madrid, 2005, pág. 934, con un tono algo más moderado, pero en esencia, con los mismos derroteros, expone que “el progresivo desarrollo del individualismo y de la libertad personal parecen exigir la *reducción o eliminación* de las legítimas en aquellas legislaciones en las que su existencia supone una verdadera traba para la libertad de testar que permita al causante adaptar su sucesión a las necesidades familiares”. Asimismo, García Sánchez, José Aristónico. *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N° 24, marzo-abril 2009, págs. 78-80, aprovecha la ocasión para rematar una idea que en España ha fecundado en los despachos notariales, por ser precisamente los notarios, como expresa Gomá Lanzón, quienes tienen un “conocimiento directo del pensamiento de los testadores”. De modo que acusa a las legítimas de ser una institución anacrónica “cuya rigidez los avispados encuentran mil escapes para burlar y que, en cambio, para los ciudadanos de a pie que son los más, se convierten en obstáculos insuperables que les impiden conseguir el mejor favor familiae”. No obstante, sus palabras finales se dirigen a la reorientación de las legítimas a los efectos de “asegurar la responsabilidad del testador respecto de los que lo necesiten y sólo en la cuantía en que lo necesiten”. Otros como Delgado Echevarría, Jesús. “¿Qué reformas cabe esperar del Derecho de sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)”, en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=742>, consultado el 6 de agosto de 2012, proponen, entre otros temas, que en futuras reformas al Derecho de sucesiones español se prevean “reglas según las cuales los allegados a quienes la muerte del causante ha privado de recursos para la vida hayan de recibir necesariamente alguna cantidad a cargo de la herencia”.

Por su parte VAQUER ALOY, Antoni. “Reflexiones sobre una eventual reforma a la legítima”, *InDret*, 3/2007, en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf, consultada el 6 de agosto del 2012, desecha la posibilidad de admitir en España la sustitución de las legítimas por un derecho de alimentos, de modo que es partidario de un cambio en la función social de las legítimas, en todo caso habría que reducir el número de sus beneficiarios. En este sentido, “las razones de simplificación y previsibilidad del sistema legitimario llevarían, una vez desestimada la opción de vincular legítima con derecho de alimentos de un modo más íntimo, a establecer una categoría fija de legitimarios. En ella (...) no entrarían los ascendientes. La legítima quedaría restringida, pues, a los hijos -y a su descendencia por derecho de representación- y al cónyuge. Al cónyuge en todo caso, a los hijos sólo en el supuesto que deba manifestarse con vigor el principio de solidaridad intergeneracional. De entrada, sin duda deberían serlo los hijos menores de edad y los incapacitados”. En el caso de los menores de edad su propuesta se reduce a los que tengan menos de 25 años, en tanto que en sede de incapacitados judicialmente “la propuesta sería ampliar la categoría de legitimarios a quienes tienen reconocido algún grado de discapacidad por las autoridades administrativas competentes.

Con una posición más escéptica y ambivalente se pronuncia PARRA LUCÁN, María de los Ángeles. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio”, en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7529/1/AD_13_art_24.pdf, consultada el 6 de agosto del 2012. Esta autora si bien reconoce la necesidad de una reforma en materia de legítimas, no comparte del todo la opinión de una revisión a fondo de la función de las legítimas, de modo que se oriente el timonel hacia una legítima de corte asistencial. A su juicio “a las opiniones de fondo enfrentadas en este debate debe añadirse, (...), que la sustitución del sistema de legítimas por un derecho de alimentos ofrece para su implantación general en el Derecho español algunas dificultades. A los problemas de determinación de si el momento relevante para apreciar la situación de necesidad es exclusivamente el de la muerte del causante (lo que puede resultar injusto) se añaden otros, como el excesivo choque con la tradición de las legítimas por cuotas, lo que indudablemente daría lugar a costes adicionales de transacción (consultas jurídicas, pleitos).

“Además, quienes defienden este derecho de alimentos para los descendientes necesita-

dos como alternativa a su derecho a la subsistencia no son totalmente coherentes con los derechos que reconocen al cónyuge o a la pareja de hecho, que no se hacen depender de situación de necesidad alguna, dando por supuesto que la mejor situación del viudo o la pareja así lo exige, con independencia de su nivel y situación económica tras el fallecimiento”, en la cual le asiste razón su crítica.

⁷ En su art. 807 se regulaba quiénes se consideraban herederos forzosos, a saber:

“1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes.

2º A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes.

3º El viudo o viuda, en la forma y medida que establecen los artículos 834, 835, 836 y 837”.

⁸ Intenta el legislador estar a tono con la fórmula empleada por el ya promulgado en 1975, Código de Familia que en su art. 99 establecía que el parentesco por adopción es igual al existente entre padres e hijos. He de advertir que la adopción regulada por el Código de Familia, luego fue modificada por el Decreto-Ley 76/1984 pero no en cuanto a este principio enarbolado desde su primigenia aprobación por el Código, en 1975.

⁹ El Derecho de la antigua Unión Soviética establecía bajo la categoría de herederos indispensables con derecho a una “parte hereditaria obligatoria”, a los hijos del causante, incluidos los adoptivos, el cónyuge, los padres (ya sean consanguíneos o por adopción) que dependieran económicamente de aquél o estuvieran en situación de incapacidad para trabajar, cuota que ascendía a dos tercios de los bienes, que correspondieran a cada uno de ellos al heredar por ley. Incluso en los casos en que el testador privare del derecho de heredar a los sucesores indispensables, estos tenían derecho sobre la parte obligatoria de la herencia. Si tales derechos eran conculcados, se reconocía entonces inválido el testamento. *Vid.* Colectivo de autores. Derecho Civil soviético, tomo II (traducido del ruso), Yneshtorgizdat, Moscú, 1985, págs. 386-387.

¹⁰ *Vid.* entre otras, en la interpretación del art. 493 del Código Civil, Sentencia N° 75 del 31 de marzo de 2009, segundo Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente Díaz Tenreiro) y en sede de preterición (art. 495 del Código Civil) la Sentencia N° 317 de 12 de mayo de 2005, primer Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo (ponente González García), Sentencia N° 828 del 23 de noviembre de 2004, único Considerando y Sentencia N° 768 del 30 de noviembre de 2005, Único Considerando, ambas de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo, Tribunal Supremo (ponente Díaz Tenreiro).

¹¹ *Rectius*, interpretación jurisprudencial.

¹² Ejemplo de ello es la reciente XV Jornada Notarial Iberoamericana, celebrada a finales de mayo, de este año 2012, en Madrid. En efecto, una de las conclusiones (la número 6) de la Comisión N° 3 que se dedicó al estudio del Derecho de personas, familias y sucesiones. Experiencias en Iberoamérica, se ha dejado dicho que “Se sugiere revisar la función y cuantía de las legítimas hereditarias, privilegiando la libertad del testador y salvaguardando su aspecto asistencial”.

¹³ Califica la existencia de una legítima a favor de los “herederos” especialmente protegidos, la cual ha de mantenerse íntegra, en respeto a su intangibilidad cuantitativa la Sentencia N° 314 de 12 de mayo del 2005, primer Considerando, de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente González García). Con similar sentido, en un supuesto de preterición, la Sentencia N° 317 del 12 de mayo de 2005, primer Considerando (ponente González García) de la propia Sala. Alude como legitimarios al referirse a los “herederos” especialmente protegidos en un caso relativo a la inoficiosidad de las donaciones la Sentencia N° 58 de 23 de marzo del 2009, primer Considerando, Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo (ponente González García). Para hacer referencia a la preterición de los legitimarios, de la propia Sala, la Sentencia N° 395 del 27 de diciembre de 2010, único Considerando (ponente Acosta Ricart).

¹⁴ En un supuesto también de preterición se hace alusión al deber de legítima en la Sentencia N° 13 del 26 de marzo de 2010 (proceso ordinario), tercer Considerando, de la

Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana (ponente Insua Gamboa).

- ¹⁵ Así, a guisa de ejemplo el dictamen N° 1/2010 del 12 de febrero, sobre la posibilidad de que el caudal hereditario deferido a la muerte de una persona, pueda adjudicarse por sus herederos a través de varias escrituras públicas.
- ¹⁶ Colígease de la última edición del *Código Civil de la República de Cuba, Ley N° 59/1987 de 16 de julio (anotado y concordado)*, Ciencias Sociales, La Habana, 2011, y de las acotaciones jurisprudenciales a los arts. 492, 493 y 495 que en él se contienen.
- ¹⁷ *Vid.* sobre el tema mi reciente artículo "Cumplimiento de los requisitos...", *cit.*
- ¹⁸ Resulta interesante la Sentencia N° 46 del 29 de enero de 1999 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo que motivó un comentario de quien escribe estas páginas, en un supuesto muy peculiar en que los extremos enjuiciados eran si la condición de especial protección que dispensa la ley a los padres del causante (en la sucesión *ab intestato* según art. 516 del Código Civil) puede reconocerse aún después del fallecimiento de éstos y, en consecuencia, si es transmisible vía *mortis causa* a los herederos testamentarios instituidos por los padres con especial protección en sus actos de última voluntad, la atribución patrimonial de que son merecedores en la sucesión intestada, a la muerte del hijo del que dependían económicamente, dada su falta de aptitud para trabajar. En la ocasión, la Sala deja sentado que la institución de los herederos especialmente protegidos es propia de la sucesión testamentaria. En la sucesión *ab intestato* sólo se les reconoce a los padres con especial protección (dependientes económicamente del causante y no aptos para trabajar) el derecho de ser incluidos como un heredero más en el primer llamado, derecho que tiene un carácter personalísimo al estar indisolublemente ligado a su titular, a los fines de tutelarlos patrimonialmente, no siendo, en consecuencia, dable su reconocimiento después de su muerte, como pretendía la heredera testamentaria de la madre con especial protección que no había sido incluida como tal en la declaración de heredero *ab intestato* del hijo, a pesar de que ciertamente lo era. *Vid.* Pérez Gallardo, L. B. "Naturaleza intuitu personae..." *passim*.
- ¹⁹ *Vid.* Capítulo IV: "Constitución del derecho hereditario", en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004, págs.161-167; "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria...", *cit.*, págs. 68-76 y "El Derecho de Sucesiones a la luz...", *cit.*, págs.195-197.
- ²⁰ *Vid.* también el dictamen N° 4/2008 del 15 de octubre, de la Dirección de Registros Civiles y Notarías del Ministerio de Justicia (en archivo del autor) que interpreta las normas del Código Civil en materia de legados y que hace extensiva, vía analogía *legis*, las figuras del acrecimiento y la sustitución vulgar, así como la transmisión del derecho a renunciar al legado, a favor de los herederos del legatario que muere sin haber ejercitado en tiempo dicho derecho. Se colige de tal dictamen, aunque no lo diga expresamente, que por analogía *legis* es aplicable el plazo de caducidad establecido para la renuncia a la herencia, a la figura del legado. *Vid.*, en concreto APARTADO 11°.
- ²¹ *Vid. infra* 5.
- ²² *Vid. infra* 5.
- ²³ *Vid.* "Cumplimiento de los requisitos...", *cit.*
- ²⁴ Algún autor, sin mucho detenimiento en su estudio, la ha incluido dentro de los llamados modelos "espurios" en que la legítima se aprecia como una obligación alimentaria *post mortem*. *Vid.* Iannaccone, Atilio. *Legittimari e eredi legittimi nel diritto comparato*, en *Notariato*, Rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali, año III, N° 5, septiembre-octubre, 1997, en concreto, págs. 470-471. El citado autor ubica, inexplicablemente, el modelo cubano junto al de México, China y Québec (Canadá), para lo cual afirma que: "La disciplina adottata in questi Paesi condiziona il vantaggio hereditario in favore di un succesibile -ovvero il suo ammontare-. All'esistenza di alcune situazioni di bisogno o difficoltà che fanno assumere alla 'riserva' un carattere fortemente 'alimentare'". Con similar interpretación, pero desde otro ángulo de análisis, Leña Hernández, Rafael. "El tráfico jurídico negocial y el discapacitado" en *La protección jurídica de discapaces*,

incapaces y personas en situaciones especiales, 1ª edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000, pág. 161, quien llega a decir que el legislador cubano ha dado entrada en materia sucesoria, en función tuitiva, “al cumplimiento *mortis causa* de la obligación de dar alimentos a favor de los hijos menores o discapacitados”, extremo que sabemos no resulta exactamente ser así.

²⁵ Así, art. 1141 del Código Civil de El Salvador que regula las asignaciones alimenticias, el art. 979, segundo párrafo, arts. 1147.1, 1148 y 1149, todos del Código Civil de Honduras, reguladores de las asignaciones alimenticias, las cuales, junto a la porción conyugal, son calificadas como asignaciones forzosas, igual tratamiento que da el Código Civil de Nicaragua en sus arts. 1197.1 y 1198 a 1200. El Código Civil de Panamá en su art. 778 reconoce también el principio de la libertad de testar que tendrá como cortapisa el reconocimiento de los alimentos a favor de los hijos, de los padres, o del cónyuge, siempre que al momento de la muerte del testador éstos no tuvieren bienes bastantes (vid. art. 778, 813 sobre los alimentos a favor del cónyuge sobreviviente, arts. 814 al 817 en relación con los hijos, art. 1204 sobre la liquidación de la sociedad legal de gananciales y el derecho de alimentos del cónyuge y de los hijos).

El Código Civil de Costa Rica establece en su art. 595 el derecho de alimentos a favor de los hijos menores, mayores incapacitados, los padres o el cónyuge o compañero de hecho, siempre que al fallecimiento de causante estuvieren necesitados económicamente. Ha dicho la jurisprudencia de este país centroamericano (Tribunal primero civil, voto N° 528, de las 8.20 a.m. del 21 de mayo de 2003 que “En materia de sucesiones testamentarias, en virtud de las limitaciones a la libre testamentación, los alimentos deben quedar asegurados. Así lo dispone el artículo 595 del Código Civil, norma que establece un crédito alimentario a favor de los hijos, padres y consorte, desde luego en caso de no quedar asegurados en las disposiciones del testamento. En esa hipótesis, los acreedores deben promover un incidente de pago de alimentos y no un incidente de pensión alimenticia. La distinción es importante porque no se trata de fijar una pensión en los términos del derecho de familia. El crédito alimentario lo regula el citado numeral 595 del Código Civil y la pensión alimenticia en el 939 del Código Procesal Civil. El primero tiene como supuesto un testamento donde no se aseguran los alimentos y, en vía incidental con dictamen pericial, la finalidad es reservar un monto suficiente para cubrir la alimentación. El segundo depende de que la sucesión produzca rentas y se entregue a los herederos, por concepto de alimentos, hasta la cantidad que respectivamente pueda corresponderle por cuota hereditaria. En el caso del 595 del Código Civil el reclamo lo hace quien no es heredero y por ese motivo se convierte en acreedor alimentario, cuyo monto total se define en el incidente con el consecuente pago prioritario, todo a pesar de lo dispuesto en el testamento. Lo previsto en el numeral 939 del Código Procesal Civil es diverso, pues la pensión alimenticia la pide un heredero pero como parte de lo que le pueda corresponder en la distribución final”. Vid. Alpízar Rojas, María del Pilar. “Análisis del artículo 595 del Código Civil de Costa Rica a la luz de la jurisprudencia costarricense: ¿Una verdadera limitación a la libertad de testar?”, en www.ijj.ucr.ac.cr/download/file/fid/425, consultada el 1 de agosto del 2012, en nota (104), pág.120. Esta autora hace un agudo análisis de la figura de estos alimentos forzosos en el Derecho de su país, abogando por un sistema de legítimas, calcado del modelo español, sin más cortapisas. Su visión es crítica pues considera que los alimentos regulados en el art. 595 del Código Civil no resultan verdaderamente una cortapisa efectiva a la libertad de testar. A su juicio (pág. 208), esta norma legal: “... no logra su fin cual es la protección de la familia, pues pretender limitar la voluntad del testador con la simple expresión ‘con tal de que’ resulta erróneo e inconsistente (al) presentarla como una limitación para el causante puesto que tropieza con los alcances del Derecho de Familia y con el Derecho Sucesorio con respecto a los acreedores alimentarios quienes se les otorga un crédito con privilegio general pero ese crédito no le garantiza con respecto a otros acreedores un privilegio especial.

En el caso de que se quebrante la advertencia que hace la norma 595 del Código Civil

no se producirá invalidez alguna al testamento, por consiguiente según el artículo 835 del Código Civil no existen elementos esenciales en su constitución que lo invaliden”, lo cual hace muy endeble la verdadera protección de tales acreedores alimentarios.

- ²⁶ Posición que también refuerzan los tribunales de instancia. La Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de Ciudad de La Habana en su Sentencia N° 27 del 30 de marzo de 2007 (Proceso Ordinario), segundo Considerando (ponente Alfaro Guillén) expresa: “no basta detentar la condición de viuda del causante, para el goce del beneficio que dispensa el estatus sucesorio de devenir heredero especialmente protegido, lo que podrá verificarse únicamente en aquellos supuestos en los cuales quien se considere dignatario de tal condición, demuestre fehacientemente encontrarse en las situaciones constitutivas de los requisitos legalmente exigidos al efecto”.

Más ilustrativa resulta la Sentencia N° 104 del 28 de diciembre de 2007 (proceso ordinario), único Considerando (ponente Torres Torres) de la propia Sala, en un supuesto de ruptura de hecho de la vida convivencial de la pareja por un período superior a los treinta años. Se trataba de un caso de matrimonio constituido legalmente pero con ruptura fáctica ininterrumpida que llevó a los cónyuges a rehacer su vida sentimental, pero sin romper nunca el vínculo legal marital. En este sentido se pronuncia la Sala de que “... al ocurrir el fallecimiento de la causante (...) el reclamante no dependía económicamente de ésta, por tanto no estaba obligada la testadora a reservar para el mismo la porción de la herencia que impone el artículo cuatrocientos noventa y dos punto uno del Código Civil para herederos especialmente protegidos, declarado como efectivamente hizo en el instrumento notarial examinado que respecto a ella no existían estos herederos, hecho que resulta cierto en tanto *no basta para alcanzar la condición reclamada por el actor que fuese el cónyuge de la causante por matrimonio formalizado (...) sino que requiere para encontrarse incurso en tal especial condición de que su sustento dependiera de aquélla*, lo que no se observa en el caso en examen, habida cuenta que desde que se produjo el rompimiento de la relación marital de la pareja (...) yéndose el demandante a residir fuera del domicilio conyugal por espacio de treinta años, período en el que la señora (...) estableció otra relación marital no formalizada con otro hombre con el que hizo vida común por veinticinco años, y aún habiendo regresado el actor a la vivienda (...) por petición del hijo de ambos, retorno que no significó el restablecimiento de la antigua relación de esposos; no tenían una vida en común y menos dependencia económicamente de la señora (...) quien tenía para sustento propio una pensión por jubilación obtenida por haber laborado durante muchos años para obtener su propia economía en una vida independiente de la persona con la que solo le unió un matrimonio formal luego del rompimiento de la pareja, existiendo entre ambos además una pésima relación interpersonal donde la testadora, por razón de su género fue víctima de conducta abusiva que llegó incluso al maltrato físico por parte de quien ahora ocurrido el fallecimiento de dicha causante pretende (...) sin razón moral alguna obtener beneficio patrimonial ilegítimo en la sucesión *mortis-causa ...*”.

- ²⁷ Recordemos que la Ley N° 24/1979 estableció los 55 años para obtener la pensión ordinaria por jubilación en el caso de las mujeres, además de los 25 años de servicios.
- ²⁸ El legislador en el art. 494, reproduce el art. 815 del Código Civil español, sin tener en cuenta que el modelo legitimario que incluye en el Código se distancia del español, en su función esencialmente asistencial, motivo por el cual debiera haberse previsto que su pago sólo fuera posible a la muerte del causante, con ello se garantizaría su disfrute *post mortem*, momento en el cual se carece por el causahabiente protegido de la persona que hasta el momento era el soporte para la satisfacción de sus más imperiosas necesidades de contenido económico.
- ²⁹ También lo hay del notario que como profesional del Derecho debió advertir al menos, que se estaba reconociendo como especialmente protegida en un testamento a una menor que no llevaba como primer apellido el primero del testador, tratándose de una descendiente de un varón, era ineludible que así fuera, motivo por el cual debía coincidir el primer apellido de la hija con el del padre (*vid.* art. 45 de la Ley del Registro del

Estado Civil).

En mi experiencia como notario también conocí del caso en que la testadora en su testamento reconoció como “heredero” especialmente protegido a su hermano, judicialmente incapacitado, por quien tenía especial desvelo y atención. Es lógico que la notaria no podía haber autorizado el testamento en los términos en que redactó esa cláusula, pues al amparo del art. 493.1 del Código Civil, la condición de especialmente protegido no se extiende a los hermanos, así de sencillo. Fue suficiente comprobar tal extremo para no tenerlo como legitimario, a los efectos de ejecutar el testamento a favor del heredero voluntario. La cláusula en cuestión de la escritura de adjudicación de la herencia de la finada señora a favor del heredero voluntario quedó redactada de la siguiente manera: “CUARTA: Que en el mencionado testamento, la testadora, declaró en la primera de sus cláusulas que tenía un heredero especialmente protegido, nombrado este A.D.P., hermano de la hoy causante, por lo cual, acreditado en este acto que el vínculo parental existente entre la testadora y el hipotético heredero especialmente protegido no está comprendido dentro de los que el Código Civil establece en su artículo 493.1 para estar favorecido de la condición de legitimario, es inoperante el contenido de dicha cláusula, al no resultar limitada la facultad de disposición por causa de muerte de la testadora, ni al momento de testar, ni tampoco al momento del fallecimiento, época, esta última, en la que deben cumplimentarse los requisitos exigidos *ex lege* para arroparse de la cualidad de legitimario, motivo por el cual se entiende que la testadora siempre tuvo libre facultad dispositiva *mortis causa*. En tal sentido, doy fe en este acto que he tenido a la vista y he adjuntado a la matriz para que formen parte del protocolo a mi cargo, las certificaciones de nacimiento de los hermanos S. y A., de apellidos D.P., expedidas el 12 de junio del 2008 y el 13 de noviembre de 2009, ambas por la registradora a cargo del Registro del Estado Civil de Playa, en esta ciudad, en las que se acredita que el nacimiento de la primera obra asentado en el tomo (...), folio (...), y el del segundo en el tomo (...), folio (...), ambos del Registro del Estado Civil del municipio Cienfuegos, provincia homónima”.

³⁰ Vid. *per omnia* en el Derecho cubano, Alfaro GUILLÉN, Y. “El régimen...”, *cit.*, *passim*.

³¹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Determinación notarial del Derecho”, en *Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2006, pág. 102.

³² Vid. *supra* 2.2.1.

³³ Vid. el caso fallado por el Tribunal Supremo que motivó mis comentarios, publicados bajo el título: “Cumplimiento de los requisitos...”, *cit.*

³⁴ Aunque dirigido su análisis a la práctica de la prueba testifical en sede acta de notoriedad en función de declaración de herederos *ab intestato*, Chikoc Barreda apunta que “en ella el hecho principal a acreditar: la notoriedad, no es un elemento sensible o perceptible por la experiencia directa del Notario, sino por la declaración de aquellos que tienen con los hechos una relación concreta y que, en consecuencia, pueden asegurar su realidad de ciencia propia”, y en el mismo sentido agrega: “La esencialidad de la prueba testifical, queda, por tanto, justificada. El Notario no funciona en las actas de notoriedad, como el *testigo cualificado*, con rol protagónico e independiente que señala la dogmática en materia de actas notariales. Existe, recordemos, esa *desviación* de la función notarial típica (...), en la cual la declaración de la situación jurídica, dependiente de la valoración sobre la suficiencia del material probatorio, confiere al Notario una facultad decisoria ajena al contenido esencial de la fe pública”. Vid. Chikoc Barreda, Naiví. “La actuación notarial en las actas de declaratoria de herederos”, Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial, bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, pág. 129 (inédita), en archivo personal del autor.

³⁵ Como acertadamente apunta Chikoc Barreda “... el contenido del Acta de Notoriedad es complejo y está integrado por actuaciones del fedatario consistentes en acumular y valorar una serie de pruebas, de carácter documental y testimonial fundamentalmente, sobre determinados hechos que no le constan de ciencia propia, y que van dirigidas tanto a acreditar su realidad como su publicidad o notoriedad en el círculo limitado de personas a las cuales afecta, siendo el resultado final exteriorizar un juicio de valor por el Notario que incluso puede ser seguido de la declaración de derechos, lo que dota a esta acta de mayor grado de complejidad y especialidad en relación con otras”. Vid.

Chikoc Barreda, N., “La actuación notarial...”, *cit.*, pág. 36.

BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales

- ALFARO GUILLÉN, Yanet. "El régimen jurídico de la preterición en Cuba", bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2012 (en biblioteca de la Facultad de Derecho).
- ALPÍZAR ROJAS, María del Pilar. "Análisis del artículo 595 del Código Civil de Costa Rica a la luz de la jurisprudencia costarricense: ¿Una verdadera limitación a la libertad de testar?", en www.ijj.ucr.ac.cr/download/file/fid/425, consultada el 1 de agosto del 2012.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo. "Consideraciones acerca de la libertad de testar", en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo IX, EDESA, 1995.
- CHIKOC BARREDA, Naiví. "La actuación notarial en las actas de declaratoria de herederos", Tesis en opción al título de especialista en Derecho Notarial, bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007, pág. 129 (inédita), en archivo personal del autor.
- COLECTIVO DE AUTORES. *Derecho Civil soviético*, tomo II (traducido del ruso), Yneshtorgizdat, Moscú, 1985.
- CZACHORSKI, Witold y Andrej Stelmachowski. "Evolución del Derecho Civil en los países socialistas", en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/889/3.pdf>, consultado el 2 de agosto del 2012.
- DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo. "Perspectiva de la legítima. Notas para una posible revisión", en *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, volumen I, Consejo General del Notariado, 2002.
- DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús. "¿Qué reformas cabe esperar del Derecho de sucesiones del Código Civil? (Un ejercicio de prospectiva)", en <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=742>, consultado el 6 de agosto del 2012.
- FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel y Ediltrudis Panadero de la Cruz. "Las donaciones colacionables: el enigma de una institución jurídica. Incidencias sustantivas para el Derecho positivo cubano", en *Revista del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la universidad de Caldas*, Vol. 8, No. 1, Manizales, Colombia, enero-junio 2011.
- GARCÍA SÁNCHEZ, José Aristónico. *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, N° 24, marzo-abril 2009.
- GOMÁ LANZÓN, Ignacio. Tema 8 "Atribuciones legales (Legítimas, los derechos del cónyuge viudo y de las parejas, reservas) Parte segunda. Los derechos del cónyuge viudo", en *Instituciones de Derecho Privado*, Juan Francisco Delgado de Miguel (coordinador general), tomo V - *Sucesiones*, volumen 3º - *Las atribuciones legales* Martín Garrido Melero (coordinador), Thomson - Civitas, Madrid, 2005.
- IANNACCONE, Atilio. "Legittimari e eredi legittimi nel diritto comparato" en *Notariato, Rassegna sistematica di diritto e tecniche contrattuali*, año III, N° 5, septiembre-octubre, 1997.
- LEÑA HERNÁNDEZ, Rafael. "El tráfico jurídico negocial y el discapacitado" en *La protección jurídica de incapaces, incapaces y personas en situaciones especiales*, 1ª

Derecho Comparado

- edición, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 2000.
- MAGARIÑOS BLANCO, Victorio. "La libertad de testar", en *Revista de Derecho Privado*, N° 9-10, septiembre-octubre 2005, consultado en <http://vlex.com/vid/libertad-testar-289842>, el 7 de agosto del 2012.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "Los herederos especialmente protegidos, la nueva visión de los legitimarios en el Código Civil cubano: algunas interrogantes al respecto", en *Temas de Derecho Sucesorio Cubano*, Félix Varela, La Habana, 1999.
- "A una década de la promulgación el Código Civil cubano: reflexiones sobre algunos aciertos y desaciertos de su Libro Cuarto" (en coautoría con María Elena Cobas Cobiella), en *Temas...*, *cit.*
- "Naturaleza *intuitu personae* de los derechos deferidos a favor de los padres con especial protección (y no herederos especialmente protegidos) en el primer llamado sucesorio. (Comentarios a la Sentencia N° 46 de la Sala de lo Civil y lo Administrativo del Tribunal Supremo del 29 de enero de 1999)", *Revista Jurídica*, N° 1, enero, Ministerio de Justicia, La Habana, 2000.
- Capítulo IV, "Constitución del derecho hereditario", en *Derecho de Sucesiones*, tomo I, bajo mi coordinación, Félix Varela, La Habana, 2004.
- Capítulo X, "Los herederos especialmente protegidos. La legítima. Defensa de su intangibilidad cualitativa y cuantitativa", en *Derecho de Sucesiones*, bajo mi coordinación, tomo II, Félix Varela, La Habana, 2004.
- "Algunos criterios jurisprudenciales en sede sucesoria de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Derroteros del último lustro (2000-2004) en *Estudios de Jurisprudencia sucesoria*, Bitecsa, Managua, 2010.
- "Declaración *post mortem* de la inoficiosidad de la donación y la protección de la legítima. (A propósito de la Sentencia N° 58 de 23 de marzo del 2009 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo)", *Revista Cubana de Derecho*, N° 34, La Habana, julio-diciembre, 2009.
- "El Derecho de Sucesiones a la luz de la interpretación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en el cuatrienio 2005-2008", en *Estudios...*, *cit.*
- "Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos *ex lege* para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial", en *Revista Norte Notarial*, del Colegio de Notarios de La Libertad, N° 1, año I, Trujillo, Perú, 2011.
- "Cumplimiento de los requisitos de la especial protección (legitimario asistencial) a la muerte del testador: La situación del estudiante universitario. Comentarios a la Sentencia N° 218 de 31 de mayo del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo", *Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos*, N° 42, La Habana, junio-diciembre de 2011.
- "¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia N° 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo) (inédito).

- PARRA LUCÁN, María de los Ángeles. "Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio", en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/7529/1/AD_13_art_24.pdf, consultada el 6 de agosto del 2012.
- VAQUER ALOY, Antoni. "Reflexiones sobre una eventual reforma a la legítima", *Indret*, 3/2007, en http://www.indret.com/pdf/457_es.pdf, consultada el 6 de agosto del 2012.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. "Determinación notarial del Derecho", en *Derecho Notarial*, tomo I, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2006.

II. Fuentes legales

- Código Civil de la República de Costa Rica* del 26 de abril de 1886 (revisado y actualizado), 9ª edición, Porvenir, San José, 1996.
- Código Civil de la República de Cuba*, Ley N° 59/1987 del 16 de julio, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código Civil del Reino de España* del 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005.
- Código Civil de la República de El Salvador*, decretado el 23 de agosto de 1859, ordenada su promulgación por Decreto Ejecutivo del 10 de abril de 1860, publicado en el Diario Oficial el 14 de abril de 1860, actualizado con sus reformas, Ricardo Mendoza Orantes, editor, Editorial Jurídica salvadoreña, 2006.
- Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto N° 76/1906 del 19 de enero, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.
- Código Civil de la República de Nicaragua*, 4ª edición, Editorial Jurídica, s. l., 1999.
- Código Civil de la República de Panamá*, contenido en Ley 2 del 22 de agosto de 1916 y en vigor desde 1º de octubre de 1917 según Decreto 95 del 1º de junio de 1917, 3ª edición, Mizrahi and Pujol, Santa Fe de Bogotá, Abril, 1993.
- Código Civil de la Federación Rusa*, en <http://www.oapi.wipo.net/wipolex/es/details.jsp?id=6775>, consultado el 3 de agosto de 2012.
- Código de Familia de la República de Cuba*, Ley N° 1289 de 1975, vigente desde el 8 de marzo de 1975, Divulgación del MINJUS, La Habana, 1999; *Ley de Seguridad Social, Reglamento, Disposiciones complementarias*, del 28 de agosto de 1979, Divulgación, Ministerio de Justicia, 1987.

Derecho Comparado



Jurisprudencia

SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL

MEDIDAS CAUTELARES

Acción de daños deducida en reclamo de una indemnización ante las consecuencias de su dictado. Prescripción de la acción. Cómputo del plazo.

HECHOS:

Fue rechazada una demanda contra el Banco de la Nación Argentina en reclamo de los daños sufridos como consecuencia de la ejecución de la garantía de una deuda que sería inexistente, que se habrían producido por las medidas cautelares dictadas sobre los bienes del reclamante. La entidad financiera demandada solicitó que se declare la prescripción de la acción, pedido que fue rechazado en primera instancia y admitido por la Cámara. El accionante interpuso recurso ordinario de apelación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la decisión recurrida.

DOCTRINA:

Si el objeto de la demanda fue el reclamo de una indemnización por los daños derivados del dictado de medidas cautelares -calificadas como ilícitas y abusivas por el reclamante- el plazo de prescripción de la acción comienza a correr desde que el ejecutado embargado se encontró en condiciones jurídicas de accionar, y ello acontece al quedar demostrado por sentencia judicial la ilicitud de las medidas.

Tribunal: Corte Suprema. **Fecha:** 4 de septiembre de 2012. **Autos:** Pognante, Raúl Matías c. Bco. de la Nación Argentina s/ordinario.

Publicado en: La Ley, 10 de enero de 2013.

PROPIEDAD HORIZONTAL

Nulidad parcial de asamblea. Requisitos para su procedencia. Modificación del reglamento de copropiedad sin unanimidad. Citación válida mediante carta documento. Mayorías necesarias para tomar decisiones. Simple mayoría y mayoría absoluta.

HECHOS:

La Cámara decretó la nulidad parcial de una asamblea de propietarios, en cuanto decidió modificar una cláusula del reglamento de copropiedad y administración referida al destino de las unidades funcionales. Para así decidir, sostuvo que no se había cumplido el régimen de mayorías previsto en la Ley 13.512.

DOCTRINA:

1. La decisión dictada en una asamblea de propietarios es nula, en cuanto modificó la cláusula del reglamento de copropiedad referida al destino de las unidades funcionales, pues se omitió cumplir un requisito esencial para su validez, como es la necesaria unanimidad de los titulares de la propiedad horizontal, preceptuada por la Ley 13.512.

2. La citación a asamblea de propietarios mediante la remisión de una carta documento fue correctamente cumplida, pues el hecho de que la pieza fuera devuelta por el correo por no hallar al destinatario no implica una deficiencia de notificación, ya que, de lo contrario, bastaría con negar la recepción por cualquier motivo para frustrar voluntariamente la celebración del acto.

3. La previsión de un reglamento de propiedad y administración que faculta a adoptar con el voto de la simple mayoría cualquier decisión que no requiera una superior carece de valor, pues esta no existe en nuestro régimen de propiedad horizontal, sino que la mayoría más estrecha es la denominada absoluta, que debe ser entendida como más de la mitad de los propietarios.

4. La acción de nulidad de las decisiones assemblearias del consorcio de copropietarios sólo procede si la parte que la intenta acredita la existencia de un perjuicio, es decir, de un interés serio y legítimo, pues nunca corresponde decretar la nulidad por esta misma.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, sala G. **Fecha:** 2 de julio de 2012.

Autos: Pesqueira, Liliana Cristina y otro c. Cons. Prop. Avda. Directorio 1204 s/nulidad de asamblea. **Publicado en:** La Ley, 1 de febrero de 2013.

DERECHO A LA INFORMACIÓN

Alcance. Deber de cumplimiento por parte de organismos cuyos fines son públicos. Publicidad oficial. Presupuesto.

HECHOS:

Una asociación por los derechos civiles promovió acción de amparo contra PAMI, con el objeto de obtener la información relativa al presupuesto en concepto de publicidad oficial del organismo y a la inversión publicitaria de dicha institución -año 2009-. Ante la negativa del instituto a otorgar lo pedido, el juez de primera instancia hizo lugar a la acción y ordenó la entrega de la información solicitada, decisión que fue confirmada por la Alzada, interpuesto recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la sentencia apelada.

DOCTRINA:

1. Aun cuando el PAMI no posea naturaleza estatal, dadas sus especiales características y el interés público involucrado, está obligado a brindar información acerca de la publicidad oficial que desarrolla en los términos del Decreto 1172/2003, y la negativa a ello constituye un acto arbitrario e ilegítimo en el marco de los principios de una sociedad democrática e implica una acción que recorta en forma severa derechos que son reservados a cualquier ciudadano, en tanto se trate de datos de indudable interés público y que hagan a la transparencia y a la publicidad de gestión de gobierno.

2. El alcance dado por la Cámara a la legislación federal que regula el acceso a la información, como al Decreto 1172/2003, en tanto lo consideró aplicable para exigir al PAMI que brinde la información solicitada por una asociación civil, relativa al presupuesto en concepto de publicidad oficial del organismo, resulta razonable y deriva del derecho a la información pública que tiene todo ciudadano de conformidad con los arts. 10, 14, 16, 31, 32, 33 y 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

3. Tratándose de una solicitud de información pública -presupuesto para publicidad oficial- a una institución que gestiona intereses públicos y que ejercita una función delegada del Estado, como es el PAMI, de indiscutible interacción con la administración estatal, la asociación civil actora posee el derecho a que le brinden la información que solicita en forma completa y el organismo tiene la obligación de brindarla, siempre que no demuestre que le cabe alguna restricción legal, circunstancia que no se da en el caso.

4. El fundamento central del acceso a la información en poder del Estado consiste en el derecho que tiene toda persona de conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan, mediante el acceso a la información.

Tribunal: Corte Suprema. **Fecha:** 4 de diciembre de 2012. **Autos:** Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI s/amparo ley 16.986. **Publicado en:** La Ley, 18 de febrero de 2013.

SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA

Omisión de los socios gerentes de poner en marcha el proceso de liquidación. Responsabilidad solidaria por crédito laboral. Abuso del derecho. Deberes de los administradores.

HECHOS:

La sentencia hizo lugar a la demanda de apremio promovida por un acreedor laboral contra una sociedad de responsabilidad limitada y, en consecuencia, mandó llevar adelante la ejecución contra ésta. Asimismo, rechazó la acción respecto de quienes se desempeñaron como socios y administradores del ente. La Cámara la revocó parcialmente, extendiendo la condena a estos últimos.

DOCTRINA:

1. La ejecución de una sentencia laboral dictada contra una sociedad de responsabilidad limitada disuelta debe ser llevada adelante contra los socios gerentes, quienes devienen solidariamente responsables, pues incurrieron en una conducta antijurídica consistente en el incumplimiento del deber de poner en marcha la liquidación de la entidad, lo que configuró un daño para el acreedor, al impedirle conocer la existencia de bienes de la entidad.

2. El incumplimiento de los socios gerentes de una SRL de su obligación de poner en marcha el proceso de liquidación de la sociedad disuelta por vencimiento del plazo -art. 99, LSC- los hacen responsables solidarios frente a un tercero reclamante de un crédito laboral, siendo irrelevante que la causa del reclamo de éste sea de fecha previa a la disolución.

3. Si bien la falta de cumplimiento de la obligación de iniciar los trámites para la liquidación de una sociedad disuelta no tiene prevista sanción alguna en el art. 99 de la Ley de Sociedades Comerciales, ello no significa que esa inconducta quede impune, sino que, por el contrario, entran a jugar las disposiciones del art. 59 de dicha norma respecto a la responsabilidad de los administradores y representantes por la omisión de obrar con diligencia y lealtad.

4. La pretensión de los socios de utilizar la figura societaria para liberarse de toda responsabilidad frente a un acreedor laboral, cuando el plazo contractual está vencido y no se realizaron los trámites tendientes a su liquidación, debe considerarse un abuso de derecho, máxime cuando, por tratarse ade-

más de gerentes, no puede alegar desconocimiento de la desobediencia a la ley.

5. El primer deber que tiene el administrador de una sociedad es el de desempeñar su cargo ajustándose a las disposiciones legales y estatutarias, y amoldando su conducta a las pautas fijadas en el art. 59 de la Ley de Sociedades Comerciales, siendo ésta una obligación de medios y no de resultados.

Tribunal: Cámara Civil, Comercial y Laboral, Rafaela. **Fecha:** 25 de septiembre de 2012. **Autos:** Frenquelli, Marcela Claudia y ot. c. Tendidos y Montajes S.R.L., s/apremio. **Publicado en:** La Ley, 27 de febrero de 2013.

RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO

Actuación ajena a la función notarial. Arbitrariedad de la sentencia que le extendió la condena de una acción de daños al fondo fiduciario creado por el art. 158 de la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires.

HECHOS:

En el marco de una acción de daños y perjuicios seguida contra un notario, que persigue la restitución de una suma de dinero depositada para su inversión, la Cámara revocó el fallo de primera instancia, admitiendo la citación a juicio del fondo fiduciario creado por el art. 158 de la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires y le extendió la condena. El Colegio de Escribanos de la Ciudad, en carácter de administrador del fondo, interpuso recurso extraordinario, cuya denegación dio lugar a la queja. La Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó sin efecto la decisión apelada.

DOCTRINA:

1. Es arbitraria la sentencia que estableció que la responsabilidad del fondo fiduciario creado por el art. 158 de la ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires opera frente a las consecuencias dañosas producidas por tres tipos de actos: a) los realizados por los escribanos en ejercicio de sus funciones; b) los que sean de su aparente incumbencia profesional y c) los que se encuentren directamente vinculados con su calidad de notario público, porque la norma no hace ninguna referencia a dos de los supuestos que la resolución tuvo por comprendidos en la ley, esto es la apariencia y directa vinculación con la función notarial (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

2. La ley 404 de la Ciudad de Buenos Aires enuncia como su objeto

Jurisprudencia

específico la regulación de las funciones del notario y las enumera en su art. 20 sin incluir a la intermediación financiera, que les está vedada -art. 17, inc. e)-, razón por la cual, es arbitrario el fallo que admite que ese tipo de gestiones excede el marco de la actuación notarial y, pese a ello, al mismo tiempo afirma que las operaciones efectuadas por el escribano demandado, al recibir en depósito una suma de dinero para su imposición en contratos de mutuo, no configuran “actos claramente ajenos” a ella a los fines de extender la condena de una acción de daños al fondo fiduciario creado por el art. 158 de la norma (del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo).

Tribunal: Corte Suprema. **Fecha:** 2 de octubre de 2012. **Autos:** S., J. A. c. B. de D. B., A. M. y otro s/cobro de sumas de dinero. **Publicado en:** La Ley, 28 de febrero de 2013.

BANCO

Responsabilidad de la entidad por la apertura indebida de una caja de seguridad. Rechazo del reclamo en concepto de alhajas desaparecidas. Falta de prueba. Daños y perjuicios. Daño moral. Intereses. Fecha desde la cual corren.

HECHOS:

Los actores promovieron demanda contra una entidad bancaria por los daños derivados de la apertura indebida de la caja de seguridad de los reclamantes a raíz de un yerro de la demandada que confundió su numeración y autorizó que el cofre fuere abierto mediante un cerrajero poniendo sus efectos a disposición de un tercero. El juez a quo hizo lugar a la demanda y contra dicha decisión ambas partes interpusieron recursos de apelación. La Cámara confirmó la sentencia apelada, modificándola en cuanto a que se devengaron intereses sobre los rubros que integran la condena.

DOCTRINA:

1. La entidad bancaria demandada resulta responsable por la apertura indebida de una caja de seguridad a raíz de una confusión en la numeración y debe responder por la suma de dinero reclamada por los actores, pues éstos lograron acreditar una holgada posición económica y que contaban con los recursos para atesorar progresivamente los fondos que denunciaron faltantes.

2. Debe desestimarse la indemnización en concepto de alhajas que se dijeron desaparecidas de una caja de seguridad bancaria, pues los actores no aportaron ni una mínima evidencia fáctica que dé cuenta de que poseían las

joyas que refirieron al demandar, máxime ante la demostrada conservación de una numerosa cantidad de piezas preciosas dentro del cofre.

3. El agravio moral debe ser entendido en su doble función, como sanción ejemplar al proceder reprochable y como reparación a quienes padecieran las aflictivas consecuencias de dicho proceder.

4. La indemnización por daño moral tiene carácter exclusivamente resarcitorio, dada la procedencia de otorgar en forma independiente a los daños que revisten estricta naturaleza reparatoria, otros montos económicos que sólo tienen por objeto sancionar la conducta del responsable, como sería el caso de los daños punitivos (del voto en disidencia parcial de la doctora Tévez).

5. Tratándose de una obligación contractual y dado que no se acompañó evidencia fáctica que permita concluir que medió interpelación hasta la notificación de la demanda, corresponde admitir que se devengaron intereses desde que la demandada estuvo incurrida en mora, esto es, desde la fecha de notificación del reclamo.

Tribunal: Cámara Nacional Comercial, sala F. **Fecha:** 28 de agosto de 2012. **Autos:** Maero Suparo, Hernán Diego y otros c. Banco Francés S.A. s/ordinario. **Publicado en:** La Ley, 1 de marzo de 2013.

DAÑOS Y PERJUICIOS

Obra en infracción en tres pisos de un edificio. Demolición y resarcimiento según el valor de los metros cuadrados ocupados.

HECHOS:

Un consorcio demandó al propietario de una unidad ubicada en los tres pisos superiores de un edificio, por los daños derivados de construcciones que realizó en infracción al Reglamento de Copropiedad. El Juez admitió el reclamo en forma parcial. La Cámara condenó a la demandada a demoler la construcción antirreglamentaria de un balcón, reinstalar una escalera de acceso al piso superior, reparar los daños, y pagar una suma de dinero en compensación por los metros cuadrados de la superficie común apropiada indebidamente.

DOCTRINA:

1. El propietario de la unidad que construyó sobre superficies comunes en infracción al reglamento de copropiedad, debe indemnizar al consorcio por el valor de la totalidad de los metros cuadrados de la obra sobre la cual no se

Jurisprudencia

practicará una demolición, pues ésta importará volver las dimensiones de la unidad a su estado anterior.

2. El frente del edificio, al igual que el contrafrente, por tratarse de muros maestros, son de propiedad común, razón por la cual no puede ser objeto de ninguna modificación sin el consentimiento de todos los propietarios, pues los derechos de los copropietarios sobre las partes comunes encuentran su límite en un uso adecuado a la finalidad a la que se han afectado y en igual derecho por parte de los restantes.

3. El propietario de una unidad que realizó obras antirreglamentarias debe indemnizar al consorcio únicamente por los daños acreditados por el perito como consecuencia de la construcción -en el caso, en la escalera del edificio, en el ascensor, en la portería y en la sala de máquinas- pues al estar obligado a desmontar todo lo realizado, preservará el metraje original dominial del bien que adquiriera (del voto en disidencia parcial del Dr. Bellucci).

Tribunal: Cámara Nacional Civil, sala G. **Fecha:** 29 de noviembre de 2012. **Autos:** Consorcio de Propietarios Jorge Newbery 1609/11/13 c. Popovsky, Alejandra Fabiana s/daños y perjuicios. **Publicado en:** La Ley, 7 de marzo de 2013.

CESIÓN DE CRÉDITOS

Contrato de crédito garantizado con una cesión de facturas. Entidad bancaria. Legitimación para reclamar el importe impago de las facturas. Falta de notificación al deudor del incumplimiento de los deudores cedidos.

HECHOS:

Una entidad bancaria otorgó a una sociedad un crédito y como garantía de pago se pactó una cesión de facturas, constituyéndose una prenda comercial y luego denunció que el préstamo no fue totalmente cancelado a su vencimiento intentando percibirlo mediante el cobro de los instrumentos cedidos en garantía. El juez a quo rechazó la demanda sosteniendo que la actora era responsable por su negligente accionar al no realizar ninguna gestión para percibir el crédito siendo la única legitimada para ejercer acciones en defensa de las acreencias. La actora interpuso recurso de apelación y la Cámara confirmó la sentencia apelada.

DOCTRINA:

1. Si las partes se vincularon a través de un contrato de crédito y en garantía de la operación se concertó una cesión de facturas emitidas por la

demandada, constituyéndose sobre ellas una prenda comercial, no puede concluirse que las facturas fueron cedidas en propiedad y por ello no existe óbice para que la cedente iniciara su ejecución con el simple recaudo de citar al acreedor prendario antes de percibir suma alguna de dinero.

2. La entidad bancaria carece de acción para reclamar el saldo impago de un contrato de crédito garantizado con una cesión de facturas emitidas por la demandada, constituyéndose sobre ellas una prenda comercial, pues no fue acreditada la realización de diligencias idóneas a fin de advertir a su deudor del incumplimiento de los deudores cedidos, pese que sólo de tal modo podía la demandada conocer que le asistía derecho a intentar el cobro del crédito objeto de la cesión.

Tribunal: Cámara Nacional Comercial, sala F. **Fecha:** 29 de noviembre de 2012. **Autos:** ABN Amro Bank N.V. (Suc. Arg.) c. Tornillos Especiales Lanús S.A. y otros s/ordinario. **Publicado en:** La Ley, 20 de marzo de 2013.

EMBARGO PREVENTIVO

Levantamiento. Personas que gozan del beneficio de litigar sin gastos.

HECHOS:

El juez ordenó trabar embargo preventivo en los términos del art. 212, inc. 3 del Cód. Proc. Civil y Comercial sobre el acervo hereditario que correspondiera a las actoras en dos procesos sucesorios. Estas apelaron, invocando que la medida era improcedente por haberles sido concedido el beneficio de litigar sin gastos. La Cámara admitió el recurso.

DOCTRINA:

Encontrándose vigente el beneficio de litigar sin gastos concedido a la parte actora, debe levantarse el embargo preventivo trabado sobre sus bienes en los términos del art. 212, inc. 3, del Cód. Proc. Civil y Comercial, pues la actual imposibilidad de iure para ejecutar las costas contra ella deja huérfana de sustento en derecho la pretensión cautelar.

Tribunal: Cámara Nacional Civil, sala C. **Fecha:** 1 de noviembre de 2012. **Autos:** Zalazar, Silvana Esteal c. Arzalluz, Silvia Adela s/art. 250 C.P.C. - incidente civil. **Publicado en:** La Ley, 27 de marzo de 2013.



Informaciones

40 Convención Notarial

Ciudad de Buenos Aires, 31 de julio, 1 y 2 de agosto de 2013

INFORME FINAL

ASESORAMIENTO INTEGRAL TRIBUTARIO COMO NUEVA INCUMBENCIA NOTARIAL

El asesoramiento impositivo en la transmisión de los derechos reales. Implicancias impositivas pre y post escriturarias de autorizar escrituras de compraventa, hipotecas, cesiones, aportes, etc. Origen del dinero (justificación, capacidad contributiva de las partes, patrimonios separados o unificados en caso de sociedad conyugal, correcto uso de la reinversión). Moneda de contratación (nacional, extranjera, mixta, cotizaciones). Consecuencias impositivas extra escriturarias (bienes personales, habitualidad en la actividad inmobiliaria, concepto de fuente generadora del impuesto a las ganancias frente a la pluralidad de bienes de presunción locativa). El escribano como agente de retención e información: límites y alcances de la carga pública (constitucionalidad y legalidad de excesos reglamentarios).

Coordinador: Bernardo Mihura de Estrada

Subcoordinadores: Karina Gissara, Roxana Cutri Hollar y Joaquín Cinque

Informaciones

- Si apuntamos a la excelencia, la labor notarial exige el acercamiento al Derecho Tributario y a las necesidades contributivas de nuestros requirentes-contribuyentes. No podemos ser ajenos a esta realidad que hoy atraviesa nuestra profesión y nuestra actividad.

- No sólo somos recaudadores de impuestos para el fisco, a esto indudablemente le tenemos que sumar a nuestra labor, el asesoramiento, a nuestros requirentes en aras de facilitarles el logro de objetivos económicos y tributarios.

- La autonomía de Derecho Tributario no justifica el desconocimiento de los principios, derechos y garantías que informan el plexo normativo vigente. El límite a la autonomía del derecho tributario es el propio ordenamiento jurídico nacional, comenzando por la CN y continuando por los Códigos de fondo y las demás leyes formales.

- El contribuyente tiene derecho a conocer anticipadamente las consecuencias tributarias de sus actos. Una forma clara de conocer las consecuencias tributarias es mediante un correcto asesoramiento notarial.

- La "audiencia notarial" es el ámbito adecuado por excelencia que permite al notario auscultar las necesidades de los requirentes de sus servicios.

- En la interpretación de las normas tributarias debe priorizarse su tésis y los principios propios del derecho tributario.

- En la interpretación de los hechos de trascendencia tributaria debe estarse a la realidad económica.

- Es primordial atender a la redacción en las escrituras públicas, ya que de ella dependerá, en muchos casos, sus consecuencias tributarias.

- Nuestro asesoramiento no es sólo impositivo y para beneficio de una parte sino para el beneficio de todos, incluso el del Estado.

- En su labor como asesor en temas tributarios-legales el escribano debería cobrar un honorario diferenciado de los honorarios como sujeto fedatario, motivando de este modo una capacitación impositiva específica.

- En consideración de las normas impositivas actuales, sus vacíos, lagunas y/o grises, los escribanos no debemos actuar con temor, y en consecuencia recomendar el pago de impuestos sólo por las posibles consecuencias, sino que debemos tener en cuenta el marco legal integral y su jerarquía, antes de asesorar a nuestros requirentes.

ACTAS

(En especial las de informática y notificaciones procesales)

Coordinadores: Ángel Cerávolo y Mariana C. Massone

Las situaciones y los hechos materiales constituyen el presupuesto de aplicación de las normas jurídicas. El continuo acaecimiento de hechos que modifican situaciones jurídicas, y su no permanencia, su esencia efímera, determinan la dificultad de la prueba de su existencia¹.

Todo documento lleva en sí la virtud de hacer conocer (docet) debido a su contenido representativo que le confiere atributos de intermediación y permanencia, objetivando el medio de prueba sustrayéndolo de toda influencia de interés ajena a lo puramente fáctico, y otorgándole durabilidad y estabilidad a esa objetivación, elementos que lo diferencian del testimonio oral². El estricto cumplimiento del medio de objetivación que se impone a la actuación notarial, permiten dotar al relato que cumple con el "cauce legal de la narración"³, de una especial protección jurídica, la fe pública. El relato de los hechos constatados *de visu et audibus suis sensibu* por el notario, hecho con las formas de ley, tiene esa especial protección que en nuestro derecho otorga el art 993 del Código Civil. El documento notarial goza de tres características que determinan su gran eficacia: la autenticidad, exactitud, integridad y permanencia. El acta notarial se erige así en medio de preconstitución de prueba por excelencia.

La XL Convención Notarial nos ha convocado nuevamente a discurrir en torno a los alcances de las actas notariales, prestando ahora especial atención a las adecuadas formas de constatación de hechos que se manifiestan de modos distintos, conforme las nuevas tecnologías en materia de comunicaciones.

Se han presentado ocho trabajos en el seno de la comisión; fueron expuestos por sus autores cinco de ellos, provocando en todos los casos, muy interesantes intervenciones de los presentes.

En base a las mismas, la Comisión Redactora, integrada por los

¹ Se ha llegado a afirmar que "el hecho no sirve sin la prueba en cambio la prueba puede servir sin el hecho" Carnelutti, "Teoría...".

² CARNELUTTI, Francisco. *Sistema de derecho Procesal Civil*, T. 2, Bs. As., 1944, pág. 414, N° 289.

³ Véase NUÑEZ LAGOS, Rafael. "Hechos y derechos en el documento público", Madrid, 1950. Publicaciones del Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, pág. 43 y sgts.

Informaciones

Escribanos Luciana Torres Dubecq, Arnaldo Dárdano (h), Hernán Ferretti y los coordinadores del tema, ha formulado las siguientes conclusiones y recomendaciones:

i) Las notificaciones por acta notarial son un instrumento sumamente útil en el proceso judicial; posibilitan el anoticiamiento fehaciente y con mismos efectos que las efectuadas por los oficiales notificadores, pero en tiempos más acotados y manejables, coadyuvando a su eficacia. En el cumplimiento de dicha diligencia, los escribanos requeridos deben cumplir los mismos extremos que los previstos por las normas procesales para los oficiales notificadores.

ii) Ha de tenerse especial cuidado en la recolección y resguardo de la prueba digital, debiendo ponderarse en cada caso, la eventual necesidad de la colaboración de asesores técnicos informáticos a efectos de acceder a la denominada “metadata” o datos adicionales ocultos a simple vista pero accesibles con conocimientos técnicos, que pueden determinar el emisor de la información y su ruta. Asimismo, se ha aconsejado la utilización de elementos técnicos que resguarden la prueba informática, en forma previa al acceso al ordenador del cual se pretenda extraer la misma.

iii) En las actas de las que resulte el resguardo o custodia de documentación u otros bienes por parte del autorizante, ha de tenerse especial cuidado en que de su redacción no resulte una violación a lo dispuesto por el art. 985 del Código Civil; el autorizante puede atestar válidamente hechos por él realizados en tanto los mismos formen parte de su función notarial, conforme el caso y las normativas aplicables.

iv) En la constatación de hechos que surjan publicados en redes sociales, ha de tenerse presente el límite que en todos los casos imponen el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, reconocidos a letra expresa por la Constitución Nacional en sus artículos 18 y 19 y por numerosos tratados internacionales de rango constitucional.

v) Es característica esencial de las actas la constatación de hechos; a diferencia de las escrituras, no contienen, por principio, negocios jurídicos. Es en tal virtud que la actuación notarial, que en las escrituras propiamente dichas supone la elaboración de su contenido de modo de adecuar la voluntad de las partes conforme la naturaleza del negocio a efectos de dotarlo de plena eficacia, en las actas, ha de ser meramente pasiva, actuando como mero espectador y relator de lo que ocurre en su presencia. En las actas, el hecho debe quedar desnudo; en ellas el escribano despliega su función a través de la descripción y narración de lo que ve, tal como lo ve. Por ello, son válidas las transcripciones del contenido de páginas web, correos electrónicos, así como

cualquier otro documento susceptible de ser objeto de un acta de comprobación o presencia que se encuentre total o parcialmente redactado en idioma extranjero. No es, por tanto, de aplicación la exigencia de la traducción prevista en el art. 999 del Código Civil para las escrituras propiamente dichas.

CONTRATOS PRELIMINARES A LA COMPRAVENTA

Oferta. Reserva. Aceptación. Boleto de compraventa: naturaleza jurídica.

Oponibilidad. Protección del adquirente por distintos medios. Boleto de compraventa con o sin posesión. Interpretaciones jurisprudenciales. Registración.

Coordinadora: Ana Stern

Subcoordinador: Leonardo Schestenger

Se presentaron siete trabajos, y todos ellos fueron expuestos por sus autores.

En la totalidad de los trabajos presentados se ha puesto de manifiesto la necesidad de adaptar los instrumentos a otorgar en forma previa a la escritura de compraventa teniendo en consideración las cambiantes y volátiles circunstancias del mercado inmobiliario actual.

Los escribanos, desde que somos convocados por las partes a asesorarlos en el negocio que ellas pretenden celebrar, nos vemos en la necesidad de replantear cuál es el mejor camino que permitirá ulteriormente la positiva conclusión del negocio. En tal sentido se recomienda además de intervenir desde el inicio de las negociaciones buscar las herramientas que mejor se adapten al negocio y ello en el marco de una relación económica cambiante en la que el tiempo puede resultar perjudicial para cualquiera de las partes.

Se repasaron en forma previa los conceptos acerca de la naturaleza jurídica del boleto de compraventa y de la posesión del adquirente mediante dicho instrumento.

Se analizó la trama de relaciones previas a la contratación, entendiéndose que bajo algunas circunstancias ellas podrían generar efectos jurídicos.

Se propuso replantear la redacción del documento inicial que regule la relación entre los contratantes, propiciando el otorgamiento de un instrumento que resulte autosuficiente y permita el arrepentimiento de cualquiera de las partes de tal manera de poder facilitar así la celebración de los contratos que deriven ulteriormente en la celebración de la escritura pública, previendo asimismo las consecuencias ante el posible arrepentimiento tales como el pago de gastos y honorarios que se hubieren generado, el modo en que deberán realizarse las notificaciones y otros elementos propios derivados de la retractación.

Se analizó la naturaleza jurídica de la reserva y su aceptación así como el vínculo que ella genera con el corredor inmobiliario y con los oferentes.

Informaciones

Se diferenci6 la autorizaci6n de venta de la oferta contractual regulada en el C6digo Civil, entendiendo que la primera constituye seg6n su redacci6n, una oferta efectuada en forma general que puede incluir o no la autorizaci6n al corredor inmobiliario para la suscripci6n posterior de la se6a y/o del boleto de compraventa; en tanto que la segunda, es decir, la oferta regulada en el C6digo Civil para que surta sus efectos propios, deber6 encontrarse dirigida a persona o personas determinadas y cuya aceptaci6n har6 nacer el contrato.

Se propugn6 que en la reserva se establezca un plazo determinado y una forma de notificar al oferente de que su oferta ha sido o no aceptada, a fin de

XVII Jornada Notarial Cordobesa

Córdoba, 15 al 17 de agosto de 2013

CONCLUSIONES

TEMA I: CAPACIDAD. RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD.
INCAPACIDADES. INHABILITADOS

Coordinadora: María Eugenia Chavez de Bono (Córdoba)

Autoridades de la Comisión

Presidente: María Eugenia Chavez de Bono (Córdoba)

Secretario: Carlos Manuel Conrad (Córdoba)

Comisión Redactora: Ezequiel Cabuli (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Constanza María Chayep (Catamarca), Marcela Viviana Spina (Buenos Aires), Marcela M. Voiscovich (Buenos Aires), María Celina Belmonte (Córdoba), Luis R. Llorens (Buenos Aires), Mariana Claudia Massone (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Carlos Manuel Conrad (Córdoba), María Eugenia Chavez de Bono (Córdoba)

Relatora: María Celina Belmonte (Córdoba)

Conclusiones

La capacidad es un concepto que se define dentro de un ordenamiento jurídico, influenciado por su entorno temporal, histórico, cultural y sociológico; su evolución es permanente y requiere la constante actualización de las normas legales involucradas.

El notario, depositario de la fe pública y custodio de la seguridad jurídica, no debe desconocer ni estar ajeno a esa evolución, no sólo en el tema que nos convoca, que es la capacidad, sino en todo otro aspecto del orden jurídico vigente.

En consideración con ello la XVII Jornada Notarial concluye:

De lege lata

1) Las Convenciones y Tratados Internacionales tales como: Convención de los Derechos del Niño (Ley 23.849), Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) y las leyes sancionadas y que recepcionan sus principios, como la Ley de Protección de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (Ley 26.061), Ley de Salud Pública. Salud Mental. Derecho a la protección (Ley 26.657) deben interpretarse en forma armónica dentro de todo el ordenamiento jurídico vigente teniendo en cuenta la seguridad jurídica

2) La autonomía progresiva y el derecho a ser oídos, previstos en las convenciones internacionales y leyes ya mencionadas, no derogan el régimen vigente de la representación legal.

3) La edad avanzada no es argumento para considerar insuficientes las facultades de una persona, si ella no influye en su discernimiento. El notario podrá valerse de los elementos que crea necesarios para llegar a esa convicción

4) Los actos celebrados por incapaces de derecho serán nulos de nulidad absoluta o de nulidad relativa, dependiendo del interés que se afecta con la violación de los preceptos legales.

En la actualidad, la Doctrina y la Jurisprudencia, en ciertos y determinados casos, modifica la valoración del orden público, como bien jurídico tutelado, teniendo en cuenta las circunstancias de tiempo y lugar.

5) Con respecto a las disposiciones previstas en el inciso 6) del artículo 1361 del Código Civil, se concluyó lo siguiente: a) su enumeración es taxativa; b) las compras realizadas por los funcionarios judiciales de bienes que sean objeto directo o indirecto de cualquier proceso, sea éste de naturaleza contenciosa o de jurisdicción voluntaria, son de nulidad absoluta; c) para los restantes sujetos enumerados, la prohibición pesa sólo cuando el bien es objeto directo de cualquier proceso en el que intervengan y el

carácter de la nulidad es relativa.

6) La obligación alimentaria prevista en la última parte del artículo 265 del Código Civil es debida a los hijos por ambos progenitores y desde que cesa la patria potestad, sea por emancipación o por mayoría de edad y hasta que ellos alcancen la edad de 21 años.

De lege ferenda

Se propone:

1) Circunscribir la causal de interdicción por sordomudez a los supuestos en los que la persona que padece la afección no pueda expresar su voluntad de manera indubitable.

2) Incorporar expresamente la aplicación de la solución dada a los que no hablan el idioma nacional, prevista en el vigente artículo 999 del Código Civil, para los supuestos de los sordomudos que se expresan mediante el lenguaje gestual o de señas.

TEMA II: PROPIEDADES ESPECIALES. CONJUNTOS INMOBILIARIOS.
DISTINTOS SUPUESTOS. LA ESCRITURA DE AFECTACIÓN: SU
REGISTRACIÓN

Coordinador: Gabriel B. P. R. Ventura (Córdoba)

Autoridades:

Presidente: Gabriel B. Ventura (Córdoba)

Vicepresidente: Augusto Luis Piccón (Córdoba)

Secretarías: Silvina V. Pollano (Córdoba) y Marina Zuvilivia (Santa Fe)

Comisión redactora: Silvia M. Massiccioni (Santa Fe), Elba M. Frontini (Buenos Aires), Pamela E. Snopek (Córdoba), Ramiro M. Flores (Buenos Aires), Abog. Ana B. Villar (Córdoba), Mónica P. Sosa Teijeiro (Córdoba), Pilar Rodríguez Acquarone (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), María de la Cruz Barrenechea (Córdoba), Mario Rodolfo Jiménez (Córdoba), José Esteban Gutiérrez Alzola (Córdoba), Gabriela Inés Pacheco (Córdoba)

Relatora: Pamela E. Snopek (Córdoba)

Conclusiones

1- Respecto al Proyecto de Modificación del Código Civil y Comercial 2012, se produjeron dos posturas: A- para una postura mayoritaria no

Informaciones

es conveniente la sustitución global del Código Civil en vigencia, tanto en el contexto actual como en lo futuro, habida cuenta de la doctrina y jurisprudencia que ya vienen perfilando su interpretación, lo cual no es óbice de considerar positiva su actualización y adecuación a los nuevos fenómenos; B- para otra posición, si bien el Proyecto 2012, no es el adecuado para generar la subrogación del Código en vigencia, una ulterior modificación podría tener la entidad suficiente como para producirla. En tal sentido, se sugirió que el futuro proyecto mantuviera estructuralmente la sistemática del Código.

2- La ausencia a nivel nacional de una normativa que contemple las nuevas figuras para los conjuntos inmobiliarios ha hecho proliferar reglamentaciones locales. Estas normas, en cuanto perfilen sustancialmente las figuras, atribución exclusiva del Congreso de la Nación, devienen inconstitucionales. No obstante, hasta tanto se dicte una normativa general, las citadas normas locales resultan un paliativo temporal.

3- No obstante lo argumentado por los Proyectistas respecto a no incluir definiciones doctrinarias, el Proyecto 2012 las contiene en cantidad. En particular, la definición de derecho real contenida en el mismo resulta errónea e imprecisa.

Un Código no debe contener definiciones conceptuales; éstas son propias de la doctrina. De ser necesario, una ley de fondo sólo puede contener definiciones preceptuales.

4- No es clara la redacción del art. 2085 del Proyecto 2012 que alude al derecho de admisión en los Conjuntos Inmobiliarios, pues, a pesar de manifestarse a favor de la posibilidad que los Reglamentos de Propiedad y Administración prevean limitaciones, determina al mismo tiempo que éstos no pueden impedir la libre transmisión de unidades funcionales.

No resulta aceptable el derecho de admisión en los conjuntos inmobiliarios, ya que el mismo se encuentra en franca contradicción con el derecho vigente (art.1° Ley 23.592).

5- El Proyecto 2012 recepta los conjuntos inmobiliarios en el art. 1887 como derecho real; sin embargo, al regularlos de manera expresa en el art 2075, contempla la posibilidad de que éstos adopten la forma de derecho personal, lo que resulta de una contradicción manifiesta. No es correcto que se deje librado al criterio de los particulares, su configuración como derecho real o personal. La figura en cuestión debe ser regulada exclusivamente como derecho real, exigiendo respecto de los conjuntos actualmente existentes, su adecuación en un plazo prudencial.

En cuanto al tiempo compartido, más allá de merecer la misma crítica vertida previamente (art. 2088), se consideró que dicha figura no puede

adoptar, por no contener los típicos elementos esenciales, el carácter de derecho real.

6- Si bien lo ambiental y urbanístico no son temática de estas Jornadas, los estudios requeridos para su factibilidad deben ser tenidos en cuenta al momento del otorgamiento de las habilitaciones, que este tipo de emprendimientos requieren.

7- En el actual derecho vigente, no es conveniente que la entidad administradora adopte la forma de una sociedad. Sin satisfacer plenamente las necesidades, la asociación resultaría más adecuada, según la mayoría. Otra postura sostiene que la asociación no es en absoluto pertinente.

De *lege ferenda* la personalidad jurídica que se le otorga al Consorcio de Propietarios, en los Conjuntos Inmobiliarios en el Proyecto 2012, es la figura más adecuada para la regulación del complejo de relaciones jurídicas entre los integrantes del sistema.

8- No constituye elemento caracterizante de los Conjuntos Inmobiliarios, el cerramiento al que alude el Proyecto 2012.

9- El régimen de la Propiedad Horizontal reformulado resulta el marco más adecuado para la regulación de estos Conjuntos Inmobiliarios.

10- Las servidumbres prediales constituyen una herramienta útil en los Conjuntos Inmobiliarios, a los fines de lograr la inescindibilidad del sistema,

38 Jornada Notarial Bonaerense

Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013

TEMA 1: MATRIMONIO Y UNIONES CONVIVENCIALES. MATRIMONIO IGUALITARIO. MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL. RÉGIMEN PATRIMONIAL MATRIMONIAL EN EL DERECHO PROYECTADO. CONVENCIONES PRENUPCIALES Y ACUERDOS CONVIVENCIALES. REGISTRO DE CONVIVIENTES. EFECTOS ECONÓMICOS

Coordinador General: Néstor Daniel Lamber

Subcoordinadora: María Rosa del Milagro Martín

Autoridades de mesa:

Presidente: Néstor Daniel Lamber

Vicepresidente: María Rosa del Milagro Martín

Secretaria: Ana Clara Galeazzi

Moderador: Jorge Alberto Mateo

Comisión redactora: Néstor Daniel Lamber; María Rosa del Milagro Martín; Ana Clara Galeazzi; Laura Isabel Bresso; Sonia Mabel Cardozo; Paula Crego; Zulma A. Dodda; Santiago Falbo; Carlos Martín Pagni; Laura Marisa Patricio; María del Carmen Perea Madrid; Paola Julieta Pierri; Andrea Fernanda Salvini; María Fernanda Zarich

Relatoras: Laura Marisa Patricio y Andrea Fernanda Salvini

Informaciones

La Comisión del Tema I de la 38 Jornada Notarial Bonaerense abordó el estudio del proyecto de unificación de Código Civil y Comercial con relación a las siguientes materias: matrimonio y uniones convivenciales, régimen patrimonial matrimonial, convenciones prenupciales y acuerdos convivenciales, elevando en consecuencia a este plenario el siguiente despacho:

1) Consideraciones generales

El aumento de la autonomía de voluntad en el derecho de familia proyectado, entendida en forma amplia, con un núcleo de normas inderogables, fundadas en la solidaridad y responsabilidad familiar, aplicables tanto al matrimonio como la unión convivencial, tiene como resultado un régimen de equidad en protección de la familia.

2) Opción de régimen patrimonial matrimonial

2.1. El proyecto admite que los cónyuges puedan optar entre dos regímenes patrimoniales de carácter legal: el de separación o el de comunidad de ganancias (de carácter supletorio), lo que se considera un avance con respecto a la ley vigente, sin perjuicio de propiciarse una mayor libertad de las partes en la determinación de los mismos, como lo prevé el proyecto para la unión convivencial.

2.2. La libertad contractual de los cónyuges no transgrede el orden público, dado que la ley proyectada reconoce a su vez, instituciones imperativas que tienen por finalidad la protección y el amparo de situaciones que atenten contra los derechos fundamentales de la familia y sus miembros.

2.3. La opción de régimen podrá hacerse en forma previa al matrimonio mediante escritura pública de convención prematrimonial, supeditada a la condición de la celebración del matrimonio válido. Hasta ese momento, podrá modificarse cuantas veces los futuros cónyuges estimen oportuno.

2.4. Durante el matrimonio podrá cambiarse de régimen, mediante el otorgamiento de escritura pública de convención matrimonial.

2.5. La mutación del régimen de comunidad de ganancias al de separación de bienes traerá aparejada la extinción de la comunidad y será conveniente liquidar y partir los bienes en ese momento.

Es aconsejable que se asesore notarialmente, realizar en el mismo acto la partición de bienes o, en su defecto, pactar el régimen de administración y disposición de los bienes indivisos, con su correspondiente inscripción en los registros según su naturaleza, en caso contrario se aplican las reglas de la indivisión postcomunitaria.

Se considera adecuada la determinación de un plazo para el ejercicio de la opción de modificación de régimen.

2.6. El Proyecto prevé la registración de las convenciones matrimoniales por nota marginal en el acta de matrimonio en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, para producir efectos respecto de terceros.

2.7. Se recomienda la inclusión en el texto de toda escritura que tenga por objeto, entre otros, la constitución, modificación o transmisión de derechos reales sobre bienes registrables, de la declaración de existencia de la opción del régimen patrimonial matrimonial, aun cuando no esté inscripta al margen del acta de matrimonio.

La falta de inscripción de estas convenciones en el Registro Civil produce igualmente la oponibilidad frente a terceros, si las mismas han sido inscriptas en los registros de los bienes en particular, como consecuencia del acto de adquisición.

2.8. *De lege ferenda* se recomienda la registración de la convención de opción de régimen en los registros de los bienes en particular.

2.9. El proyecto admite la plena libertad de contratar entre cónyuges sin prohibición alguna.

3) Uniones convivenciales

3.1. Se destaca positivamente el espíritu general de la reforma en el sentido de establecer un marco regulatorio de las uniones convivenciales, en atención a la protección del principio de solidaridad familiar.

No obstante se considera excesiva la normativa al obligar a los convivientes a celebrar un pacto expreso para no quedar sometidos al régimen supletorio (compensación económica, atribución del uso de la vivienda familiar, y distribución de los bienes).

3.2. Los notarios asesorarán y redactarán los pactos de convivencia, regulando cuestiones patrimoniales, asistenciales y sus efectos, rogando la inscripción en los diferentes registros, en seguridad de los derechos de los convivientes y de los terceros.

3.3. Los pactos referidos a las uniones convivenciales para ser oponibles a terceros, deben inscribirse tanto en el registro previsto para ellas, como en los registros de bienes incluidos en los mismos, a diferencia de las convenciones matrimoniales.

3.4. Se propone que el registro en el cual se inscriban las uniones convivenciales sea de carácter nacional y digital. La recepción y publicidad de la información deberá realizarse en las jurisdicciones locales.

Hasta la implementación del mismo, se sugiere la creación de un registro especial al efecto, en el marco del Registro de Anotaciones Personales.

3.5. El acta notarial es un medio idóneo para probar la unión convivencial.

4) Del régimen de ganancias y asentimiento

4.1. Los requisitos exigidos por el proyecto para el asentimiento (individualización del acto en sí y sus elementos constitutivos) deben interpretarse, en una lectura armónica con las normas previstas para la representación, como referidos a la identificación del acto y la designación de los bienes que comprende.

4.2. Se recomienda suprimir la prohibición del otorgamiento de poder al otro cónyuge para darse el asentimiento a sí mismo en los supuestos de disposición de derechos sobre la vivienda familiar, admitiendo su posibilidad.

Esta prohibición no se extiende al asentimiento para enajenar o gravar otros bienes gananciales.

4.3. El asentimiento prestado en el marco temporal del actual Código, en relación a actos que sean otorgados después de la entrada en vigencia del proyecto, conserva su plena eficacia, en virtud de tratarse una consecuencia de este acto, ya cumplida con anterioridad.

4.4. El asentimiento para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables de la misma, se requiere tanto para ambos regímenes patrimoniales matrimoniales, como para las uniones convivenciales inscriptas, trátase en todos los casos de bienes propios, gananciales o personales, como cualquier otro derecho sobre la vivienda.

4.5. La declaración del cónyuge o conviviente titular, en el sentido de que el bien transmitido no constituye la vivienda familiar, será manifestación suficiente para: 1) dar por cumplido con los requisitos de ley, 2) considerar al título inobservable desde el punto de vista de un futuro estudio de títulos.

5) Protección de la vivienda

5.1. Consideramos al notario como la autoridad pública con competencia material para certificar la firma del titular y su cónyuge o conviviente, renunciando al beneficio de la protección de la vivienda otorgado por la ley 14.432 de la Provincia de Buenos Aires.

5.2. Más allá del loable propósito perseguido por los legisladores bonaerenses estimamos que la ley 14.432 puede ser declarada inconstitucional, ya que avanza sobre las facultades del Congreso Nacional conforme lo establece el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional.

Esta situación subsistiría en caso de aprobarse el Proyecto en estudio, que recepta sólo la protección de la vivienda familiar, sin extenderlo a los restantes supuestos de vivienda, que exigen la registración de su afectación.

5.3. Se recomienda que la reglamentación de la ley 14.432 y el decreto 547/13, establezca la registración del beneficio de la vivienda familiar con relación al inmueble, en el registro correspondiente.

6) Régimen patrimonial matrimonial

6.1. El proyecto recoge la postura monista en la calificación de los bienes del matrimonio, en sentido amplio, aceptando que la adquisición de toda nueva parte indivisa (aún no completando el total) mantiene el carácter de la primera adquisición.

6.2. En el caso de inversión o reinversión de bienes propios y gananciales, el bien adquirido tendrá el carácter del aporte mayor.

6.3. En el supuesto de subrogación real, el Proyecto incorpora la exigencia de la conformidad del cónyuge, además de la circunstancia de la determinación del origen, para su oponibilidad a terceros.

En caso de impedimento o negativa del cónyuge, u omisión de la declaración de la determinación del origen de los fondos, se exige la vía judicial, si lo solicita sólo el adquirente.

No se prevé la posibilidad de solicitarlo conjuntamente. En este supuesto podrá completarse por escritura pública complementaria.

Si en la escritura de adquisición se hubiera dejado constancia de la determinación del origen del bien invertido o reinvertido, bastará solamente con la conformidad del cónyuge del titular por escritura complementaria.

7) Matrimonio en sede notarial

El notario como profesional del derecho en ejercicio de una función pública, se encuentra altamente calificado para celebrar el acto matrimonial por escritura pública, como sistema opcional, brindando certeza, celeridad y seguridad al acto.

8) Incidencia notarial del cambio de nombre e identificación por la ley de identidad de género (26.743)

Las consecuencias del cambio de identidad de género originan una discordancia entre la realidad registral y extrarregistral.

La escritura complementaria rectificativa autónoma es el medio idóneo para inscribir en los registros especiales de bienes las modificaciones, manteniendo la confidencialidad con relación terceros.

TEMA 2: ACCIONES DE COLACIÓN Y REDUCCIÓN Y DONACIÓN SUJETA A POSTERIOR ACEPTACIÓN EN LA REFORMA PROYECTADA.
MODIFICACIÓN EN LA TRANSMISIÓN *MORTIS CAUSA*: LEGÍTIMA HEREDITARIA

Coordinador General: Gastón di Castelnuovo

Subcoordinadoras: Sabina Podrez Yaniz y Natalia Martínez Dodda

Informaciones

Moderadora: Malvina Julia Zalabardo

Comisión redactora: Pablo Alexander Balero Reche, Silvina del Valle Colombo, Gastón di Castelnuovo, Elda Fernández Cossini, Mariana Heffling, Natalia Martínez Dodda, Sabina Podrez Yaniz, Bárbara María Ríos, Gonzalo Matías Vásquez, Karen Maína Weiss, Gastón Augusto Zavala

Relatores: Bárbara María Ríos y Gonzalo Matías Vásquez

DESPACHO

La Comisión del Tema 2 de la 38 Jornada Notarial Bonaerense, por unanimidad, somete a consideración de este plenario el siguiente despacho:

1. La legítima hereditaria

La legítima hereditaria es un derecho a la sucesión, protegido por la ley. La porción legítima es la alícuota de los bienes de la herencia de la que ciertos herederos, llamados legitimarios o forzosos, no pueden ser privados. Es de carácter global ya que no interesa la cantidad de legitimarios que concurren a la sucesión. De existir pluralidad, la cuota de legítima individual determina el interés de cada heredero.

La existencia de la legítima responde a razones de índole filosófica y práctica.

Nos encontramos aquí con dos principios protagónicos del derecho que se encuentran en pugna: la autonomía de la voluntad y la defensa de los intereses familiares.

Nuestro Código Civil admite la legítima, combinada con la porción disponible, que permite al interesado disponer en vida -ya sea por testamento, ya sea por donación- de una parte de sus bienes.

La última reforma proyectada mantiene el sistema. En coincidencia con la mayoría de las legislaciones en el derecho comparado, y siguiendo anteriores proyectos y la opinión general de la doctrina, aumenta la porción disponible, quedando la legítima de los descendientes reducida a $2/3$ y a $1/2$ la de los ascendientes, manteniendo la del cónyuge en esta última porción, criterio que esta comisión comparte.

El proyecto suprime el instituto de la desheredación y deja subsistente el de la indignidad sucesoria, ampliando sus causales y adaptándolas a la denominación de los delitos del Código Penal, con el argumento de que ésta, por ser más amplia, permite abarcar todos los supuestos de aquélla. El interesado podrá hacer cesar las mismas mediante la figura del perdón.

Esta comisión entiende que esa supresión no es acertada. La desheredación prevista como sanción para el heredero legitimario que ofendió gravemente al causante, resulta un instrumento necesario para este último. Si la

ley le impone en forma imperativa un heredero, es más que razonable que en vida tenga la posibilidad de excluirlo si fue agraviado. La regulación proyectada no remedia su situación, ya que la acción corresponderá al sucesor a quien le interese el desplazamiento del indigno, y no al propio ofendido, que es el único que puede medir la gravedad de la ofensa. De aprobarse el nuevo régimen, sucederá lo que en otros institutos: el causante encontrará el medio de eludir la legítima para que, a su fallecimiento, quien lo ofendió, no encuentre bienes en el acervo.

Tal como lo ha señalado la doctrina civilista, debe mantenerse la desheredación ampliando sus causales como se ha proyectado con la indignidad.

2. Protección de la legítima

Las acciones de colación y de reducción tienen por objeto la protección de la legítima. La primera pretende preservar la igualdad entre los herederos que concurren a la sucesión y la segunda, la integridad de la porción legítima que corresponde a los herederos forzosos del causante y de la cual no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito.

La colación se funda en la voluntad presunta del causante de que, salvo dispensa o cláusula de mejora, toda donación hecha a favor de un heredero forzoso constituye un adelanto de herencia. Tiene carácter personal, se toman en cuenta los valores, no opera de pleno derecho y sólo beneficia a quien ejerce la acción.

El proyecto de reforma adopta el criterio que esta comisión entiende como vigente en nuestro Código Civil, en el sentido de que si la mejora excede la porción disponible, el exceso quedará sujeto a colación. Si la mejora excede la porción disponible y además la cuota de legítima del heredero, el exceso quedará sujeto a reducción por el valor de ese exceso.

El proyecto sólo obliga a colacionar a los descendientes y al cónyuge supérstite las donaciones que recibieron del causante y excluye a los ascendientes salvo que ellas excediesen la porción disponible y estuvieran por lo tanto sujetas a reducción.

El Código Civil determina que el valor de los bienes colacionables debe ser computado al tiempo de la apertura de la sucesión, al igual que a los fines de la determinación de la legítima.

La reforma proyectada indica, en cambio, que el valor colacionable se determinará a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación, mientras que las porciones legítimas se calcularán 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 a la época de la

Informaciones

partición, según el estado del bien a la época de la donación. Esta comisión entiende que no resulta razonable la existencia de diferentes criterios de valuación.

El proyecto establece que la dispensa de colación o cláusula de mejora puede efectuarse no sólo en el testamento, sino también en la propia donación. Pretende así superar la que juzga una contradicción existente entre los artículos 3484 y 1805 del Código Civil. El primero establece que sólo puede ser acordada por el testamento del donante y en los límites de su porción disponible, y el segundo, que trata de las donaciones de padres a hijos, dice que cuando no se expresare a qué cuenta debe imputarse la donación, entendiéndose que fue hecha como adelanto de herencia.

Para esta comisión, tal contradicción no existe, pues una cosa es decir que ante la falta de imputación, la donación se considerará un adelanto de herencia, y otra es el lugar en donde la dispensa debe hacerse. De aprobarse el proyecto de reforma, el donante quedará impedido de cambiar su voluntad, lo que no puede ser aceptado pues debe mantener esa posibilidad hasta su muerte. Se recomienda que la dispensa sólo pueda ser efectuada por testamento.

El plazo de prescripción de las acciones que protegen la legítima en el Código Civil es el genérico de diez años a contar desde el fallecimiento del causante. La reforma proyectada lo reduce a cinco años, salvo el plazo especial que se aplica a la reducción de las donaciones.

3. El *animus donandi*

El ánimo de liberalidad es propio de la naturaleza humana.

Sea cual fuera la legislación que se adopte, las donaciones continuarán llevándose a cabo. Ese espíritu seguirá expresándose, de un modo u otro.

Es deber del notario preservar esa voluntad, permitiendo y facilitando su realización.

La simulación de las donaciones bajo el ropaje de contratos onerosos y las supuestas subsanaciones de títulos que se cuestionan, afectan gravemente el orden jurídico y moral.

Resulta inadmisibles que el notario, depositario de la fe pública y hacedor de la seguridad jurídica preventiva, consienta el otorgamiento de actos que no se ajustan a la verdad ni responden a la voluntad de sus requirentes.

La intención del proyecto no puede ser entonces la de evitar la realización de donaciones.

4. Donaciones inoficiosas

Habrà donación inoficiosa -que no significa nulidad, ni anulabilidad, sino ineficacia- cuando su valor exceda la parte que el donante podía disponer. Si

por el inventario de los bienes del donante *fallecido*, se conociere que en definitiva la donación resultó inoficiosa, sus herederos forzosos podrán demandar su reducción, hasta que queden cubiertas sus legítimas. La acción corresponde a los herederos legitimarios existentes al tiempo de la donación y, en caso de existir descendientes que tuvieran derecho a ejercerla, también a los descendientes nacidos con posterioridad.

El impropio uso del término, hace necesario insistir en que la reducción sólo podrá operar después de la muerte del donante.

5. Los títulos provenientes de donación y su circulación

Tres son las posturas acerca de este tema:

a) La que entiende que el art. 3955 del Código Civil no puede ser interpretado literalmente y que, por lo tanto, no puede deducirse de él la existencia de una verdadera acción reipersecutoria. Esta posición es la que ha venido sosteniendo históricamente el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

b) La que distingue si la donación se efectúa a favor de un heredero forzoso, en cuyo caso no cabe la acción reipersecutoria, o si, en cambio, es a favor de un extraño, donde sí cabe la reipersecución.

c) La posición sostenida por parte de la doctrina civilista y de la jurisprudencia, para quienes en cualquier caso el heredero preterido tiene una acción de carácter reipersecutorio.

Esta Comisión sostiene en primer lugar que las dos últimas carecen de sustento legal. En segundo, que no basta presumir hipotética y eventualmente que haya existido en el momento de la donación un heredero habilitado para accionar sobre el inmueble donado en los términos del art. 3955 del Código Civil. No basta conjeturar la posibilidad de una descendencia no probada para que dentro de los términos legales pueda reivindicarse la cosa. Es indispensable que se acredite inequívoca y fehacientemente que el titular de ese derecho existe y que, mediando circunstancias particulares, pueda llegar a molestar o perturbar el dominio del adquirente. Esta ha sido la jurisprudencia constante e inequívoca de las Cámaras Civiles en reiterados fallos recaídos en todos los casos en los que no se acreditó la existencia de esos herederos y la mala fe del tercer adquirente.

Por lo tanto coincidimos con quienes proponen excluir de la acción de reducción al tercer adquirente de buena fe y a título oneroso. El conocimiento que tenga el subadquirente de la existencia de una donación entre los antecedentes del título de su transmitente no afecta su buena fe. La mala fe del tercero no podrá presumirse y consistirá en el conocimiento cierto y probado de su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido.

Informaciones

El proyecto de reforma de algún modo trata de zanjar esta contienda. Por un lado, establece que la reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores y que aquel podrá perseguir contra terceros adquirentes, los bienes registrables. Por otro, agrega que la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión, a cuyo efecto se aplica la unión de posesiones.

Esta comisión interpreta, en primer lugar, que este plazo no es de prescripción sino de caducidad de la acción, ya que el dominio fue adquirido por el donatario en el momento de celebrarse la donación, y, en segundo, que si bien resulta ser un avance para sanear estos títulos, no parece la solución más adecuada.

Se han formulado otras soluciones para terminar con la cuestión, como la que en varias oportunidades tuvo media sanción en la Cámara de Diputados de la Nación. Así, el proyecto Cigogna, propuso: "Incorpórase como apartado final del artículo 1831 del Código Civil el siguiente párrafo: La reducción declarada por los jueces, no afectará la validez de los derechos reales sobre bienes inmuebles, constituidos o transmitidos por el donatario a favor de terceros de buena fe y a título oneroso. La mala fe del tercero no podrá presumirse, y consistirá en el conocimiento por su parte de que la donación afectaba ostensiblemente los derechos del heredero preterido" y "Sustitúyese el artículo 3955 del Código Civil, por el siguiente: La acción contemplada por los artículos 1831 y 1832 de este Código no es prescriptible sino desde la muerte del donante".

Consecuentemente, esta Comisión sugiere, tal como fue propuesto por el Consejo Federal del Notariado Argentino ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, que los artículos 2457, 2458 y 2459, queden así redactados:

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

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

"Artículo 2459. Acción de reducción. En cualquier caso, 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. No obstará la buena fe del poseedor el conocimiento de la existencia de la donación”.

El fin principal de esta sugerencia no es otro que advertir al legislador que no debe perder de vista que la circulación de los valores es todo un postulado de la ley, y que cualquier norma que la restrinja o la encarezca no es de buen Derecho. Ese es el interés social que debe protegerse en aras de la grandeza y prosperidad del pueblo todo de la Nación.

La donación no puede constituirse en un contrato al que el ciudadano común deje de recurrir y deba obtener el fin deseado disfrazando con un ropaje oneroso su ánimo de liberalidad. Y así procederá porque de otorgar esa donación derechamente, el título que le entregará a su donatario no será aceptado en el mercado inmobiliario y, menos aún, en el financiero, quedando así, el bien fuera del comercio hasta que transcurra el plazo de diez años.

6. Oferta de donación o donación sujeta a aceptación

Se recomienda que el proyecto mantenga la posibilidad de que la oferta de donación pueda ser aceptada aun después de la muerte o de la incapacidad sobreviniente del donante, ya que constituye un instituto útil, contemplado hoy por nuestro Código Civil. Se fundamenta en que, quien en vida quiso donar, *a fortiori* quiso legar.

Así se ha expresado la última Jornada Nacional de Derecho Civil que, al respecto, por unanimidad, resolvió que: “Al regularse la oferta debe mantenerse como excepción la oferta de donación”.

7. Otros aspectos a tener en cuenta en la legislación proyectada

a) Capacidad para aceptar donaciones

No se justifica ni resulta conveniente la necesidad de designar un tutor especial para aceptar una donación cuando el donante fuera su representante legal y el donatario menor de edad, cuando no existan derechos controvertidos, como propone la reforma.

Tampoco resulta necesario ni conveniente la autorización judicial cuando la donación es con cargo.

Lo contrario sería aumentar la judicialización cuando no es el objetivo del legislador, tal como lo expresan en forma precisa los fundamentos del proyecto.

Esta comisión comparte la eliminación de la prohibición de efectuar donaciones entre cónyuges.

b) La regla “Donar y retener no es válido”

Informaciones

El proyecto sólo prohíbe las donaciones hechas bajo la condición suspensiva de producir efectos a partir del fallecimiento del donante.

Esta comisión entiende que debe mantenerse la clara regla que hoy establece el art. 1802 del Código Civil en su segunda parte, pues ella refuerza la regla donar y retener no es válido.

c) Donaciones al Estado

Se recomienda que la reforma se expida en cuanto a la naturaleza de la forma exigida para las donaciones al Estado y sobre la posibilidad de recurrir optativamente al acto administrativo para efectuarlas. Ello permitiría distinguir entre la forma y la prueba.

d) La acción de colación en los casos del actual art. 3604 del Código Civil y la norma del proyecto que lo reemplaza

Esta comisión entiende que la norma proyectada no soluciona las cuestiones a las que ha dado lugar, la actual.

Dicha norma resulta contradictoria, ya que en su primera parte presume, sin admitir prueba en contrario, que en los casos en que el causante transmite a alguno de sus legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, lo hace a título gratuito y con la intención de mejorar, para, a continuación, agregar que deben deducirse del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre efectivamente haber pagado.

Para esta comisión, tal como hoy sucede, es inaceptable premiar a quien ha simulado el acto, ya que quien ha recibido derechamente en donación, debe colacionar.

Consecuente con lo que ya expresamos, afirmamos también que resulta inaceptable entender que hay dispensa de colación en forma tácita fuera del testamento y, menos aún, en un acto simulado.

Sí parece quedar claro -tal como lo ha entendido la doctrina respecto del art. 3604 del Código Civil- que la nueva norma sólo se aplicaría a los actos en apariencia onerosos y no a los ostensiblemente gratuitos.

e) El caso de la nuera viuda sin hijos

La reforma proyectada suprime el derecho hereditario de la nuera viuda sin hijos, con lo que esta comisión coincide.

Se propone incorporar a nuestra legislación un derecho habitacional concedido a la nuera o yerno viudos sin hijos, si al momento del fallecimiento de los suegros convivían con ellos y no tuvieran otros bienes, en forma analógica a lo que la reforma prevé respecto del conviviente supérstite.

f) La mejora estricta a favor del heredero discapacitado

Valoramos la posibilidad que el proyecto permita al disponente mejorar con un tercio de la porción legítima, para aplicarla como mejora estricta, al descendiente o ascendiente con discapacidad.

Se propone que el cónyuge con discapacidad también pueda ser beneficiado con esta mejora.

Asimismo debe modificarse la definición de discapacidad que da el proyecto de reforma, adecuándola a la dada por la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (Ley 26.378).

g) Los pactos sobre herencia futura

El proyecto posibilita la celebración de pactos sobre herencia futura con una regulación sumamente restrictiva. Esta comisión considera que ello constituye un avance y entiende que futuras reformas deberán valorar la ampliación de los supuestos.

TEMA 3: DERECHOS REALES. NUEVA ENUMERACIÓN. PROPIEDAD HORIZONTAL. SUBCONSORCIOS. CONJUNTOS INMOBILIARIOS. TIEMPOS COMPARTIDOS. CEMENTERIOS PRIVADOS. SUPERFICIE: BARRIO CERRADO. EL ESPACIO COMO OBJETO DEL DERECHO REAL. HIPOTECA DE MÁXIMO. HIPOTECAS ABIERTAS.

Coordinador general: Jorge R. Causse

Subcoordinadores: Marcela H. Tranchini y Matías A. Carabelli

Autoridades de la Comisión:

Presidente: Jorge R. Causse

Subcoordinadores: Marcela Haydée Tranchini y Matías Adrián Carabelli

Moderador: Emilio Eduardo Ballina Benites

Relatora: Marcela Viviana Spina

Comisión redactora: Matías Adrián Carabelli, Jorge Raúl Causse, Paula Cecilia Giacomaso, Fernando Luis Montes, Marcela Viviana Spina, Francisco Matías Stickar y Marcela H. Tranchini

DESPACHO

La Comisión del Tema 3 de la 38 Jornada Notarial Bonaerense

Resuelve:

A) Parte General

A.1.) Metodología: En lo que concierne al método y a la técnica legisla-

Informaciones

tiva empleados para la regulación de los Derechos Reales en el Libro Cuarto del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (elaborado por la Comisión creada mediante Decreto 191/2011 del Poder Ejecutivo Nacional) se aprecia conveniente, además de la sensible reducción en el número de las normas que lo integran, la inclusión de DISPOSICIONES GENERALES bajo el Título de PRINCIPIOS COMUNES, aplicables a los derechos reales, superando la brevedad normativa de la PARTE GENERAL concebida por el Código vigente.

A.2.) Número cerrado, título y modo, nueva enumeración:

A.2.1.) Más allá de considerar inconveniente la incorporación de algunos en la nómina propuesta por el art. 1887 del Proyecto 2012, adherimos al mantenimiento de la limitación numérica de los derechos reales admitidos, siguiendo el criterio sostenido en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2013), en el sentido de "...que la creación de nuevos tipos sólo se justifica cuando exista la imposibilidad estructural de encuadrar los fenómenos económico-sociales en los derechos reales existentes (cfr. XI y XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil)".

A.2.2.) De igual modo, adherimos a la permanencia de los requisitos del título y modo para la adquisición de los derechos reales admitidos y que continúe siendo declarativa la inscripción registral de los documentos portantes de la constitución, modificación, transmisión o extinción de derechos reales sobre inmuebles.

A.2.3.) Ratificamos lo resuelto en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1987, en la que se sostuvo lo siguiente: "...La honda gravitación de los derechos reales en el orden político, económico y social de los estados determina que el orden público deba presidir el régimen que los regula. Y son esas consideraciones las que determinan que deba manejarse con suma prudencia lo relativo a la creación de nuevos tipos. La creación indefinida de nuevos tipos atenta contra el principio del 'numerus clausus'. Este principio, si bien posibilita la creación legislativa de nuevos derechos reales, impone, al mismo tiempo, que ello ocurra tan solo ante la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación a las categorías existentes". Por ello objetamos la incorporación como derechos reales autónomos, de los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido y los cementerios privados.

A.3.) Derecho real. Concepto y objeto: La incorporación de definiciones de carácter preceptual es necesaria, pero los conceptos pedagógicos deben ser formulados por la doctrina, y no por la ley. El proyecto contiene infinidad de estos últimos, incluyendo entre ellos al derecho real y sus elementos. En esta línea de pensamiento encontramos superflua la autonomía atribuida al

ejercicio del poder del titular respecto del objeto, ya que su inmediatez descarta la interposición de cualquier otra voluntad extraña.

B) Propiedad horizontal: Celebramos la recepción legislativa de un nuevo régimen de propiedad horizontal como derecho real autónomo, sustituyendo la vigente ley 13.512. No obstante se advierte que algunas cuestiones debieron merecer su consideración en particular, tales como:

Que el plano de mensura y subdivisión resulta un requisito esencial para el otorgamiento del reglamento de propiedad y administración, por cuanto determina las unidades (funcionales y/o complementarias) y cosas y partes comunes, de conformidad con las normas de orden local.

Que el otorgamiento del reglamento de propiedad y administración puede ser simultáneo con el de las escrituras de disposición o gravamen de las unidades y, de igual modo, su inscripción en el registro inmobiliario.

Que constituye un acierto atribuirle la calidad de persona jurídica al consorcio de propietarios, que se integra con las normas generales sobre personas jurídicas. Propiciamos considerar lo que preveía el Proyecto de 1998 sobre la integración del patrimonio del consorcio, cuyo texto se transcribe: “El patrimonio del consorcio se integra con el fondo de reserva, otras recaudaciones, los créditos contra los consortes o terceros, las unidades funcionales que se le asignen o adquiera en el inmueble, y en general las cosas y bienes afectados en su beneficio dentro de los fines que justifican su existencia”.

En la normativa del Proyecto 2012 se prevé que la asamblea, el consejo de propietarios y el administrador constituyen los órganos obligatorios del consorcio.

- Debe interpretarse que los reglamentos de propiedad y administración pueden diferir en la decisión de la asamblea de propietarios la designación del consejo de propietarios y las facultades especiales que se le otorgarán.

- Debe contemplarse la situación de los edificios de pocas unidades, en los cuales no es viable el consejo de administración.

- El administrador debe obrar con lealtad y diligencia y no puede perseguir ni favorecer intereses contrarios al consorcio. Por ello, entre otras cuestiones, los reglamentos de propiedad y administración pueden atribuirle a la asamblea la decisión sobre quién los representará en la fijación de las remuneraciones del personal que presta servicios en el edificio.

C) Conjuntos inmobiliarios: Se advierte una evidente asimetría, en tanto, primero se incluyen a estas manifestaciones de la propiedad inmobiliaria en la nómina de derechos reales, para luego admitir que sus titulares puedan serlo también de un derecho personal. Ello anima a esta Comisión a pronunciarse con disfavor respecto de lo proyectado relativo a los conjuntos inmobiliarios

Informaciones

y el desglose que subsigue. Preferimos el mantenimiento del texto sugerido por el Proyecto de 1998 para las propiedades especiales, que dice: “Los clubes de campo, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras, y entidades similares pueden sujetarse al régimen de los derechos personales o de la propiedad horizontal. En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de la propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común”.

D) Tiempo compartido: Es ajena a la estructura y a los elementos de los derechos reales predispuesta en el Proyecto 2012, la incorporación del régimen regulatorio del tiempo compartido. En efecto, la ley 26.356, que estableció la afectación al sistema de tiempo compartido, está articulada teniendo en mira la protección del consumidor, circunstancia que la descalifica para integrarse al referido al Libro de los Derechos Reales.

E) Superficie: No se comprende la disposición material que se prevé en el concepto de este nuevo instituto legal cuando aquello de lo que se va a disponer es un derecho. Las dos variantes que se admiten para la superficie -sobre cosa propia o ajena, a favor de una o de varias personas- permite que se lo constituya abarcando la totalidad del inmueble o una parte de él. En este último caso su determinación material deberá resultar de un documento cartográfico aprobado y registrado. Debe admitirse que el derecho real de superficie se pueda adquirir por prescripción larga.

F) Hipoteca: La terminología empleada en la redacción de las disposiciones comunes aplicables a los derechos reales de garantía, padece de una vaguedad que aleja a la norma proyectada de la certidumbre que el lenguaje le debe proveer al operador del derecho. Adviértase, desde esta perspectiva, que, en los artículos relativos a los créditos garantizables, a la especialidad en cuanto al objeto y en cuanto al crédito, sería dable interpretar que se le otorga carta de ciudadanía a la hipoteca concebida para el derecho alemán, esto es, sin que exista la causa que origina la obligación que se garantiza mientras que, desde el artículo que establece el principio de accesoriedad, debería admitirse que ninguna obligación (nacida al tiempo de la constitución del gravamen o posteriormente a ello) puede garantizarse sin la existencia de la causa que le da nacimiento.

TEMA 4: DERECHO SOCIETARIO. REFORMAS AL RÉGIMEN SOCIETARIO.

PERSONAS JURÍDICAS, SOCIEDADES COMERCIALES, ASOCIACIONES CIVILES Y FUNDACIONES. CONTRATOS ASOCIATIVOS. SOCIEDADES UNIPERSONALES. ATIPICIDAD.

Coordinador general: Carlos María Morello

Subcoordinadores: María Luján A. Lalanne y Franco di Castelnuovo

Autoridades de mesa:

Presidente: Carlos María Morello

Vicepresidente 1: María Luján Lalanne

Vicepresidente 2: Franco di Castelnuovo

Moderadora: Patricia Elena Trautman

Comisión redactora: Carlos María Morello, María Luján Lalanne, Franco di Castelnuovo, Martín Roberto Tótaró, María Gabriela Gullo, Guillermo Agustín Lagier, Daniela Hassan, Augusto Pablo Mariño Galasso, Joaquín Néstor Barreneche y Alejandro Turjansky.

Relatores: María Gabriela Gullo, Daniela Hassan y Martín Roberto Tótaró

Considerando:

1) Nos encontramos ante una posible modificación de suma envergadura para el Derecho Privado, de la mano del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, redactado por la Comisión designada por decreto 191/2011, que luego de algunas reformulaciones por parte del Poder Ejecutivo Nacional, ha sido elevado al Honorable Congreso de la Nación para su tratamiento.

2) En el marco de esta Jornada, se nos convoca para el estudio del derecho societario, las personas jurídicas, las asociaciones civiles, las fundaciones, los contratos asociativos y la posible reforma de su normativa vigente.

3) La existencia de los actuales Códigos de fondo se remonta a la segunda mitad del siglo XIX y, puntualmente la Ley de Sociedades Comerciales, al año 1972. Con sólo pensar, al menos, en los cambios que nuestra comunidad ha vivido durante los últimos veinticinco años en el ámbito social y negocial, podríamos vislumbrar el *aggiornamento* que debe dársele a la legislación nacional para que, conforme al pensamiento de Otto Von Gierke, su aplicación resulte adecuada a la realidad social en los momentos actuales.

4) El proyecto de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación en lo referente a personas de existencia ideal modifica en un principio el régimen de personas jurídicas, incorporando una parte general en el Título 2, Capítulo 1, Asociaciones Civiles en el Capítulo

Informaciones

2 y Fundaciones en el Capítulo 3. También, modifica 31 artículos y agrega 7 nuevos subincisos a la Ley de Sociedades Comerciales, que pasará a llamarse Ley General de Sociedades.

5) Fueron presentados ocho trabajos, de los cuales fueron expuestos siete. De los mismos han surgido interesantes ponencias que enriquecieron el estudio y el debate de la temática, a partir de la cual la Comisión 4 de la 38 Jornada Notarial Bonaerense.

Concluye:

Personas jurídicas. Nacimiento. Efectos de la modificación. Principio de Inoponibilidad

Destacamos la postura que adoptan los redactores del Proyecto de Unificación Civil y Comercial respecto a la existencia de la persona jurídica a partir del momento de su constitución, quedando excluida la posibilidad de postergar su nacimiento a la inscripción de la misma. Asimismo, no necesitan autorización para funcionar, excepto disposición legal en contrario.

Asimismo, se contempla que la modificación estatutaria produce efectos desde su otorgamiento; y se resalta que si esta modificación requiriera inscripción, será oponible a terceros a partir de dicha registración, excepto que el tercero la conozca.

Destacamos la incorporación de la clasificación de personas jurídicas privadas a la Sección Segunda del Proyecto, entre las cuales se enumera, como novedad, a los consorcios de copropietarios.

Se observa que el Proyecto de Unificación ha incorporado distintas disposiciones que tienden a proteger los intereses de terceros, como es el caso de la aplicación de la figura de la inoponibilidad de la personalidad jurídica a todos los entes ideales, cuando ésta sea utilizada en casos de fraude o para perseguir fines extrasocietarios.

Sin embargo, se verifica que la seguridad jurídica proyectada no es congruente con los valores y principios propugnados en sus fundamentos.

Responsabilidad de los administradores

El sistema de responsabilidad de los administradores previsto en el Proyecto es insuficiente, al compararlo con los actuales artículos 59 y 274 de la Ley de Sociedades y la doctrina que de ellos se ha derivado.

En consecuencia, proponemos desarrollar con mayor amplitud el sistema de responsabilidad de los administradores, mediante normas comunes a todos los tipos, que hoy se encuentran dispersas.

Sociedades entre cónyuges

Otra de las innovaciones del proyecto se da en materia de sociedades entre cónyuges, quienes podrán integrar entre sí sociedades de cualquier

tipo, incluso las reguladas en la Sección IV, en armonía con la modificación propuesta en el régimen patrimonial del matrimonio, que permite a los contrayentes elegir entre dos regímenes: comunidad y separación de bienes.

Socios herederos menores, incapaces o con capacidad restringida

Destacamos que la Ley General de Sociedades otorga protección a los menores de edad, a las personas incapaces y con capacidad restringida, para la conformación de sociedades constituidas con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, quienes sólo podrán ser socios con responsabilidad limitada y con previa aprobación judicial del contrato o estatuto social.

Empresa familiar

La incorporación del Protocolo Familiar en la legislación proyectada es un acierto, ya que resultará una herramienta útil para regular y conciliar los intereses de la familia con los de la empresa. Ello permitirá planificar la sucesión generacional de la misma, habilitando los pactos sobre herencia futura, en tanto y en cuanto no afecten la legítima, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Control de legalidad y Registro Público

El actual artículo 6 de la LSC dispone lo que se conoce como el control de legalidad a cargo del juez o de la autoridad registral, instituto que se encuentra suprimido en el proyecto bajo estudio.

Sin embargo, en la regulación de las sociedades anónimas, se mantiene la redacción del actual artículo 167 de la LS que establece, como atribución de la Autoridad de Contralor, la verificación del cumplimiento de los requisitos legales y fiscales, antes de elevar el expediente o la actuación al Registro Público de Comercio.

Esta aparente eliminación del referido control de legalidad con relación al resto de los tipos sociales atentaría contra la seguridad jurídica en el tráfico negocial, generando litigiosidad.

Consideramos que sería acertado el reemplazo del Registro Público de Comercio por un Registro en el ámbito de la administración pública, con revisión de sus decisiones en sede judicial.

No obstante, entendemos que existe actualmente un vacío normativo, ya que la reforma necesariamente debe proyectar la ley de creación del referido "Registro Público", estableciendo su competencia, funciones, ámbito público del que dependerá, y quién estará a su cargo.

A los fines de dicha regulación, sería adecuado permitir la participación de representantes de los Colegios Profesionales de Escribanos, Abogados

Informaciones

y de Ciencias Económicas elegidos a ese efecto, que aportarían ideas y propuestas propias del ejercicio en cada área en beneficio de todos los profesionales y, en definitiva, de la comunidad toda.

Asociaciones civiles y fundaciones

En el Capítulo 2 del Título 2, Libro Primero del Proyecto de Unificación Civil y Comercial, se establece que las asociaciones civiles deben tener un objeto que no sea contrario al interés general o al bien común, interpretando el primero dentro del respeto a las diversas identidades, creencias y tradiciones.

Por otra parte, celebramos la incorporación de la regulación de las fundaciones al cuerpo del Código único.

Contratos asociativos

El Capítulo 16 del Proyecto de Unificación regula los contratos asociativos que constituyen vínculos de colaboración, plurilateral o de participación, con comunidad de fines, que no son sociedades, ni tampoco personas jurídicas ni sujetos de derecho.

Dentro de estas modalidades asociativas, la propuesta legislativa incorpora la figura del "Negocio en participación" y los "Consortios de cooperación". Respecto al primero, se continúa con los lineamientos regulados por la ley 19.550 para la sociedad accidental o en participación; y con relación a los consortios de cooperación, se adopta la regulación establecida en la ley 26.005.

Otra novedad es la libertad brindada a las partes para que además de los contratos asociativos regulados, puedan configurar otros con distintos contenidos.

Sociedades unipersonales

Es auspiciosa la incorporación de las sociedades unipersonales a la legislación, en virtud de su importancia para el desarrollo de determinados emprendimientos que hoy son realizados bajo otras figuras societarias.

Pero tal como está concebida la sociedad unipersonal en el Proyecto de Código Único, no brindará solución alguna al pequeño y mediano empresario.

La exigencia de fiscalización permanente, directorio plural e integración total del capital social al momento de su constitución resulta excesiva puesto que tornará en la práctica demasiado oneroso y complicado el funcionamiento de este tipo de sociedades, produciendo un doble efecto negativo: disuadir al empresario individual de optar por este tipo y continuar con la existencia de las "sociedades de cómodo", que son endebles pluralidades de socios para satisfacer formalmente los recaudos legales.

Debe regularse la figura de la empresa unipersonal, ya sea a través de la creación de un instituto nuevo, o bien, admitiéndola para todos los tipos societarios cuyo socio tenga responsabilidad limitada.

Sociedades incluidas en la Sección IV

Consideramos positivo que el proyecto admita la oponibilidad del contrato social entre los socios, de conformidad con el principio de buena fe contractual y la teoría de los actos propios.

También es atinada la eliminación de la sanción de nulidad para las sociedades que omitan elementos tipificantes o que sean incompatibles con el tipo legal.

Sin embargo, entendemos que no es propicio moderar la responsabilidad directa, solidaria e ilimitada de los socios y de los administradores frente a los terceros, ya que el patrimonio de los socios es la efectiva garantía que protege tanto a los acreedores sociales como a los personales.

Con la normativa proyectada, se daría la paradoja de que los socios de una sociedad colectiva u otra de las consideradas de personas se encuentren frente a los terceros en una situación de responsabilidad patrimonial más agravada que aquéllos de las sociedades comprendidas dentro de la Sección IV.

Por su parte, no se advierte el beneficio de acceder a la regularidad societaria, si aun incumpléndola podrían oponerse las cláusulas contractuales contenidas en el acto constitutivo a través de la exhibición del contrato social o el estatuto, manteniéndose en principio la responsabilidad mancomunada por las deudas sociales.

Corresponde que la legislación fomente la regularidad societaria, dado que la mera exhibición del instrumento no debería ser asimilable a la inscripción, pues faltaría el control de legalidad por parte de la autoridad registral.