

Revista Notarial 975

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 2014 / 2016

Presidente	Jorge Alberto Mateo
Vicepresidente 1°	Malvina Julia Zalabardo
Vicepresidente 2°	Alberto Oscar Fernández
Secretario de Gobierno	Marcelo Néstor Falbo
Secretario de Relaciones Institucionales	Marcelo Eduardo Pérez Consentino
Secretario de Asuntos Previsionales	Juan Esteban Fal
Secretario de Aportes	Martín Ariel Ferrari Riganti
Secretaria de Relaciones Profesionales y Cultura	Claudia Alejandra Rebagliati
Secretario de Administración	Esteban Rafael Tisnés
Tesorero	Leopoldo Bernard
Protesorero	Fernando Gabriel Sánchez
Consejeros	Eduardo Atilio Brizuela Martín Hernán Bruzzo Enrique Guillermo Castro Alejandro Alberto Glaría María Silvina González Taboada Fernando Esteban Lagae Nelly Olga López Haydeé Susana Maggiolo Roberto Daniel Mayo Maximiliano Molina Esteban Rafael Morcillo Paola Julieta Pierri Leandro Nicolás Posteraro Sánchez Nilda Cecilia Saling Susana Mabel Surace Christian Mauricio Flavio Troglio Santiago Luis Vassallo María Luciana Villate Eugenia Inés Zarranz Otilia del Carmen Zito Fontán
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	Alicia Elsa Cappelli Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	Maximina Zabala Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	Delia María Miranda General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Emilio Eduardo Ballina Benites 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	Diego Daniel de San Pablo San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	María Nélide Dómina Calle 60 N° 2664 - (B7630CMH) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Abel José Camiletti Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	Rubén Santiago Stradiot Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Pablo Augusto Villola 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 del Rosario Paso Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Jorge Alberto Mateo*

Comisión de Imprenta

Presidente: Alejandro Etchart.

Miembros: Mercedes Rosa Pérez, Raúl Armando Olocco, Gonzalo Matías Vásquez, Rubén Diego Martín Cavagna, María del Pilar Llorens, Analía Josefa Mangas, Juan Tamborenea y Pilar Susana Martín.

Fernando Agustín Pino, María Victoria Di Pietro, Jorge Daniel Biglieri, Santiago Martín Taborda, Jorge Pedro Di Giano, Patricio Tomás Street, Gustavo Damonte, Juan M. García Migliaro, Luis María Flores, Gonzalo María Usandizaga y Jorge A. Corral Costoya.

Comisión de Jornadas Notariales Deportivas y de Recreación

Presidente: Diego Daniel de San Pablo.

Miembros: Carla Merlini, Juan Manuel Espil,

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.

Miembros: Silvia Beatriz Salem, Nilda Beatriz Rosa, Juan Ignacio Melgarejo, Ana Clara Diana, Graciela Caruchelar, Armando Luis Arcone y José Inda.

Biblioteca "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Centro Institucional de Mediación

Comisión de Bibliotecas

Presidente: Nora Mabel Georgieff.

Departamento de Registros Especiales

Fundación Editora Notarial

Revista Notarial

Universidad Notarial Argentina

VICEPRESIDENCIA 2° / *Alberto Oscar Fernández*

Archivo de Actuaciones Notariales

Comisión de Bancos

Presidente: Fernando De Salas.

Miembros: Alejandro Nicolás Loyácono, Agustina Kelly, Gabriela Susana De Los Santos, Jorge Alejo Pandini, Daniela Paula Magnoni, Nicolás Cavagna, Fernando Javier Larre y Javier Delgado.

Sacoski, Darío Pecchinenda, Julio Hernán Draque y José Luis Cadierno.

Comisión de Regularización Dominial

Presidente: Marcela M. Voiscovich.

Miembros: Cecilia Cuitiño, María Isabel Ludevid, Esteban Bedoya, Selene E. Posteraro Sánchez, Guillermo Sergio Zanotto, María Cecilia

Departamento de Inspección General

Inspectores de Regularización Dominial

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

Tribunal de Regularización Dominial

Seguros

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Marcelo Néstor Falbo*

Asesoría Tributaria

Oficina de Concursos

Comisión de Asuntos Fiscales y Municipales

Presidente: Javier Hernan Moreyra.

Miembros: Juan Pablo Berné, Hernán Itoiz, María Cecilia Gutiérrez, Valeria Gatti, Raúl Malatini; Sebastián Lassalle, Francisco Calou y Valeria Bezruk.

Comisión de Concursos

Presidente: Raúl Félix Martínez.

Miembros: Mariana Ronchetti, Virginia Hilda Baccini, Natalia Blasi, Susana Rubí Brizuela, Claudio Federico Rosselli, Carolina Seoane, Gustavo Fabián Rullansky y María Larrañaga.

Comisión de Enlace con Arba

Presidente: Mirta Gladys Negrelli.

Miembros: Gustavo Aníbal Bras, Nicolás Más-poli, María Alejandra Re, Carlos Ernesto Soares, Brígida Gloria Raffo, Pablo A. Balero Reche y Carlos Agustín Sáenz.

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, Carina Pérez Lozano, Viviana Rita María Pellegrino de Scotto Lavina, Laura Garate, Paula Mariana Morello, Marcelo Eduardo Urbaneja, Verónica Estela Storti, Mariana Armendáriz, Alfredo Ceferino Troilo Marcos, Ana Antonieta Lavecchia, Gabriela Alejandra Vaccaro, Milena García, Julio Sebastián Ugalde y Guillermo Borges.

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / *Marcelo E. Pérez Consentino***Convenio con la Fundación Æquitas****Comisión de Autoprotección**

Presidente: Marcela Viviana Spina.

Miembros: Marina Gabriela Arana, Estela María Falocco, Fernando Adrián Rosende, René Carlos Casas, María Lucía Cajarville, Guillermo Sierz, María Andrea Sánchez Negrete y Marta Mabel Inorreta.

Comisión de Informática

Presidente: Martín Cabona.

Miembros: Pablo Oscar Galletti, Gastón Javier Bavera, Federico Travascio, Diego Emiliano Scotto Lavina, Rosario Zabala, María Natalia Sequeiro, Claudia Mirta Pastorino, Evelyn Elke Steinhaus y Enrique Javier Jonas.

Comisión de Legislación y Jurisprudencia

Presidente: María Luján Alejandra Lalanne.

Miembros: Sebastián Bermúdez, Sebastián

Cosola, María Rosa del Milagro Martín, Haydée Sabina Podrez Yaniz, Humberta Pilar De Angeli, Franco di Castelnuovo, Natalia Martínez Dodda, Elda Fernández Cossini y Cecilia Dubini.

Comisión de Vivienda Social y Trabajo Oficial

Presidente: Karen Maína Weiss.

Miembros: Osmar Ariel Pacho, Guillermo Romano, Sofía Teresa Scotti, Mariana Hefling, Roberto Adrián Favelis, María Jimena López, Liliana Olga Cossini, Marcos María Badillo y Francisco Alejandro Chicote.

Comisión de Enlace con la DPPJ

Presidente: Elina Inés Carreira.

Miembros: María Gimena Arias, Osvaldo Natalio Togni, María Alejandra Borelli, Dora Nancy Fiorentini, Diego Hernán Corral, Damián Federico Linares, Silvia Enseñat y Elisa Verónica Morello.

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *Juan Esteban Fal***Comisión de Atención de la Salud**

Presidente: Ramiro María Flores.

Miembros: Daniel Oscar García, María Carolina Méndez, Fernando Alfredo Villagarcía, Marcia Della Rosa, Cora Fidela Ocampo, María Florencia Segura, Guillermo Aníbal Longhi, Miguel Ángel Queirolo, Martín Guerrieri, Marta Catalina Loidi, Pablo Alejandro Di Giano, María Florencia Peries, Laura Marisa Patricio, Mónica Esther Saluppo, Gustavo Alfredo Silva y Raúl Alberto Borges.

Comisión de Jubilaciones y Subsidios

Presidente: Eduardo Mario de Jesús Rivarola.

Miembros: Pedro Gandini, Jorge Omar Cambet Lacoste, Laura Susana Montani, Ana Lía Diana, Néstor José Zaccardi, Omar Agustín Piaggio y Susana Beatriz Gualtierotti Morelli de Silva.

Comisión de Perfeccionamiento Previsional

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

Comisión de Préstamos y Turismo

Presidente: Juan Pedro Calou.

Miembros: Eugenia Irene María Bagnoli, Stella Maris Perdriel, Ciro Hernán Lúques, María del Carmen Gaudino, Julián De Marco, Eugenio de Miguel, Daniel Cristian Franco, Pedro Abel Illaregui y María del Rosario Paso.

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 Noemí Broccardo, Soledad Daniela Hassan, Mercedes Braun, Romina Valeria Guarino Schneider, Mariano Ignacio Socin y Elena Silvia Ugalde.

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales

Presidente: María de los Ángeles Pablos.
Miembros: Verónica Echeverría, María Alejandra Valero, Alicia Susana Salvatore, César Mariano Carleschi Gil, María Emilia Chalela, María Fernanda Lorenzo Mendy, Ester Carmen García, Ariel De Santiago y María Mercedes Braga Fusta.

SECRETARÍA DE RELACIONES PROFESIONALES Y CULTURA / *Claudia A. Rebagliati*

Boletín Informativo

Coordinación de Comunicación Institucional

Comisión de Comunicaciones

Presidente: Federico José Rodríguez Acuña.
Miembros: María Ana Mendía, Alicia Elsa Cappelli, Gabriela Verna, Adriana Myrtha Sosa, Elba María de los Ángeles Frontini, Paula Ortiz de Zárate, Aurelio García y Mariana Patricia Melchiori.

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros

Presidente: Julieta Ema Oriol.

Miembros: Maricel Hermida, Ignacio Macchi, Delfina Etchart, Norma Elena Ciuró de Castello, Sandra Mazziotta, Andrea Fernanda Salvini, Karina Salierno, Bárbara María Ríos y Carolina Boltiansky.

Comisión de Extensión Cultural

Presidente: Kelina Dinot López.
Miembros: Norma Elena Sanz, Daniela Villorres, María Eugenia Grébol, Matías Scandroglio, Patricia Mónica Etchegoyen, Verónica Galiana, Eva Torchia y Aníbal Heber Espinosa Viale.

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / *Esteban Rafael Tisnés*

Departamento de Recursos Humanos

Comisión de Personal y Administración

Presidente: Pablo Héctor Morrone.

Miembros: Marcela M. Muscariello, Mariana Julián, Leticia Emma Garello, Betina Lacasa, Diego Daniel de San Pablo, Abel José Camiletti, María Isabel Mosca y Esteban Pedro Morán.

TESORERÍA / *Leopoldo Bernard*

Bancos / Inversiones

Comisión de Edificios

Presidente: Juan Manuel Área.
Miembros: Nicolás Duba, Santiago Francisco Oscar Scattolini, Ignacio Fioramonti, Marisa Alejandra Martín, Juan Andrés Mourguy, Pablo Villola, Mariano Martín Guerra y Mauricio Esponda.

Comisión de Finanzas

Presidente: Diego José María Valentini.

Miembros: Julián Matías Castro, Federico Lalllement, Gerardo Agustín Clavin, Gastón Renato di Castelnuovo, Pablo Hugo Migueles, Alfredo Patricio Street y Carlos María Morello.

Comisión Especial Registral

Miembros: Luis María Cabona, Oscar A. Romandetta Maruffo, Diego Luciano Carbajal, Gabriela Figueredo, Carlos Ressia y Sebastián Sureda Lago.

Auditoría externa

PROTESORERÍA / *Fernando G. Sánchez*

Comisión de Hacienda

Presidente: Fernando G. Sánchez.
Miembros: Florencia Squirru, Ernesto Carlos Antollini, Jorge Ignacio Cambet, María Paula Velilla, Ana Laura Bastián, Diego Ariel Hollmann, Juan Pablo González Fortini, Juan Igna-

cio Cavagna, Diego Leandro Molina, Mariano Costanzo, Guillermo Martín Álvarez, Rubén Santiago Stradiot, Ignacio Javier Salvucci, Guillermo Agustín Lagier, Teresa María de los M. Gasparín, Silvia Marcolín de Raimondi y Bruno Maugeri.

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. Ciuró 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 Arreseyor

Cuerpo de inspectores:

Beatriz Mercedes Albizuri, Juan

Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli,

Carlota Caracciolo, María Cristina

Catalano, Francisco Alejo R. Domín-

guez Journet, Silvia Elena Doratti,

Federico Ricardo Gastaldi, Silvia L.

Kühne, Oscar Rodolfo Leggeri, María

Antonia Maggi, Hilda J. Manzanal,
Luis Alberto Milani, Virginia Milani,
Horacio T. Molina, 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

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo

Presidente:

Jorge Alberto Mateo

Vicepresidente y Directora Ejecutiva:

Malvina Julia Zalabardo

Secretario:

Marcelo E. Pérez Consentino

Tesorero:

Fernando G. Sánchez

Vocales:

Eduardo Gabriel Clusellas y María del
Pilar Llorens Rocha

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 Goytisoló (+)

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: Adelina Consentino

Vicepresidente: Carlos Martín Queirel

Secretaria: Amelia Teresita Pérez Amendolara

Prosecretario: Juan Carlos Placente

Tesorero: Héctor Arsenio De Nardo

Protesorera: Raquel Norma Rodríguez

Vocales titulares: Dora Rosa Mc Britton,
Alicia Mabel Dentone, Ángel Guerriero y
Juana Francisca del Pino

Suplentes: Nancy Soria, María de los
Ángeles González, Graciela Ruspil y Lucía
Seminara

Revisores de cuentas: María Teresa Fer-
nández, Beatriz Ercilia Damonte y Alicia
Beatriz Rabuffetti

Suplentes: Isabel Haydée Pepa y Leyla
Palumbo

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 apari-
ción 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 975

septiembre - diciembre 2013

DOCTRINA	Dos comunidades sin liquidar. Divorcio y fallecimiento de uno de los cónyuges <i>Zulma A. Dodda</i>	669
	Testamento. Preterición de herederos <i>Gastón R. di Castelnuovo</i>	677
CONGRESOS Y JORNADAS	Donaciones, observabilidad por sospecha <i>Karen Maína Weiss y Gastón Augusto Zavala</i>	687
	Antecedentes y sistema del régimen patrimonial matrimonial en el proyecto de Código Civil <i>Santiago Falbo</i>	749

NUESTRA REVISTA	Dación en pago Artículo publicado en los números 348 a 350 de La Revista Notarial, correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1923.	801
DERECHO REGISTRAL	El valor constitutivo de la inscripción chilena <i>Sergio Enrique Rossel Ricci</i>	809
SOCIEDADES	Limitación a la transferencia de partes sociales <i>Matías L. Salom y Susana Messina</i>	823
UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA	Protección al cónyuge supérstite: derecho real de habitación <i>Sebastián E. Sabene</i>	837
ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO	Usufructo de acciones y cuotas societarias <i>Pilar Rodríguez Acquarone y María T. Acquarone</i>	853
TÉCNICA Y PRÁCTICA NOTARIAL	Contrato oneroso de renta vitalicia con aporte de derechos hereditarios y gananciales con reserva de usufructo como capital <i>Nicolás Agustín Soligo Schuler</i>	879

DERECHO COMPARADO	CUBA El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado <i>Leonardo B. Pérez Gallardo</i>	893
JURISPRUDENCIA	Bien de familia Jurisprudencia y doctrina. Junio de 2013 a septiembre de 2014. Recopilación realizada por la Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield".	961
RECENSIONES	NOTA BIBLIOGRÁFICA Derecho societario: Recopilación de artículos, ponencias y ensayos <i>de Carmen Silvia Elena Magri</i> <i>(por Carina Naldi Ríos)</i>	969
INFORMACIONES	1° Congreso Interdisciplinario: Vulnerabilidad y Derecho Rosario, Santa Fe, 8 al 10 de mayo de 2014	975
	XXXI Jornada Notarial Argentina Ciudad de Córdoba, 7 al 9 de agosto de 2014	983

Los conceptos vertidos en los artículos firmados representan la opinión de sus autores, no comprometiendo la posición institucional del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

ISSN 0325-4607



Doctrina

Dos comunidades sin liquidar. Divorcio y fallecimiento de uno de los cónyuges

Zulma A. Dodda

Analizaremos el caso en el que se produce la siguiente secuencia: ambos cónyuges o uno de ellos adquiere un inmueble siendo casado; *a posteriori*, se inicia un proceso de divorcio que culmina con la sentencia que declara disuelta la sociedad conyugal y, antes de liquidar la misma, fallece uno de los excónyuges. Tramita la sucesión y se declara herederos a los hijos o a quien corresponda legalmente y se excluye al excónyuge que perdió su vocación hereditaria por el divorcio.

Hay dos comunidades sin liquidar: la de la sociedad conyugal y la hereditaria.

¿Quiénes disponen del inmueble y cuáles son los recaudos previos para este acto?

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires inscribe provisoriamente la escritura en la que venden el inmueble, el cónyuge supérstite y los herederos declarados en el sucesorio del otro. La observación se funda de la siguiente manera: "En virtud de surgir de la escritura que se pretende inscribir que los titulares de dominio son divorciados, y se trata de un bien ganancial, es necesario realizar un acto partitivo judicial que determine los bienes que componen el acervo hereditario, como así también los bienes que le corresponden al cónyuge supérstite".

Conforme a la observación transcrita, el Registro considera que se requiere un "acto partitivo judicial" para determinar los bienes del acervo hereditario y, en consecuencia, los que corresponden al cónyuge supérstite por disolución de la sociedad conyugal por divorcio.

Consideramos que es una exigencia que no tiene apoyo en la normativa vigente y desarrollaremos los fundamentos de nuestra opinión.

NORMAS APLICABLES

La sociedad conyugal se disuelve, entre otras causas, por la sentencia de separación personal o divorcio vincular con efecto al día de la notificación de la demanda o de la presentación conjunta de los cónyuges (art. 1306 CC).

Como consecuencia del divorcio vincular con sentencia de juez competente, los cónyuges perderán la vocación hereditaria (art. 3574 CC, último párrafo).

Los bienes gananciales que conforman el patrimonio de la sociedad conyugal, en caso de producirse su disolución por cualquiera de las causales previstas en el Código, *se dividirán por partes iguales entre marido y mujer o sus herederos*, sin tener en cuenta titularidades ni aportes de cada *uno* a la sociedad (art. 1315 CC).

Los requisitos (que se califican registralmente cuando la partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta se realice bajo la forma de escritura pública) son los siguientes: declaración de los cónyuges; relación de la sentencia de divorcio con la constancia de que se encuentra firme; identificación del juzgado, de la Secretaría y de la carátula; y verificación de que se cumplió con las obligaciones emergentes de las leyes 6716 y 9266 (DTR 4/83).

Los herederos son los sucesores de los derechos que tenía el causante (art. 3417 CC), por lo tanto, el primer requisito que exige la manifestación de la voluntad de ambos cónyuges para el acto partitivo debe suplirse con la de los herederos del cónyuge fallecido.

Cuando todos los herederos son mayores y capaces, la partición hereditaria, puede hacerse en la forma y por el acto que consideren conveniente por unanimidad (art. 3462 CC).

Disuelta la sociedad conyugal, se procederá a su liquidación en la forma que se dispone para la división de las herencias en el Libro Cuarto (art. 1313 CC). Si bien la norma citada se refiere a la disolución por muerte, la doctrina y la jurisprudencia lo extiende a los demás supuestos de disolución; en consecuencia, el acto partitivo podrá realizarse por escritura pública sin intervención del juez.

La DTR 15/83 de la provincia de Buenos Aires, modificando el art. 4º de la DTR 3/80, expresamente aclara que no se requiere resolución judicial que apruebe la partición o la homologue cuando ésta se instrumente por escritura pública, conforme lo dispone el art. 3462 CC, en concordancia con el inciso c) del art. 16 de la ley 17.801.

La DTR 14/83 considera inscribibles todos los documentos en los que se utilice la modalidad del tracto sucesivo abreviado, que cumplimenten los recaudos impuestos en el principio general del último párrafo del art. 16 de la ley 17.801; considera enunciativa y no taxativa la enumeración contenida en dicha norma.

DOCTRINA

Tracto abreviado

La disolución de la sociedad conyugal es reconocida como uno de los supuestos de tracto abreviado, y se suma a los enumerados en el art. 16 de la ley 17.801. Coincidieron con este criterio los directores de Registro, de la Propiedad Inmueble en la XVIII reunión nacional celebrada en Buenos Aires en 1981 y los especialistas en el tema que participaron del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, Mendoza, año 2004.

Participación de los herederos en la liquidación de las dos comunidades

En este último evento (XIII Congreso Nacional de Derecho Registral), se resolvió por unanimidad que “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...”.

La XVIII Jornada Notarial Argentina, celebrada en Salta en 1980, resolvió que, disuelta la sociedad conyugal por divorcio, *el convenio partitivo otorgado por escritura pública no requiere homologación judicial.*

El heredero continúa la persona del causante y, en consecuencia, es el propietario de todos los bienes y derechos de los que el causante era propietario, incluidos los derechos del cónyuge fallecido con relación a la comunidad de gananciales que forman el patrimonio de la sociedad conyugal disuelta por divorcio. En tal carácter, están legitimados para realizar actos de disposición o partición sobre los mismos en conjunto con el cónyuge supérstite.

La doctrina interpreta el art. 3417 CC armónicamente con los arts. 3419, 3420 y 3344 CC y las notas a los arts. 3282 y 3341, textos de los que surge

que la continuidad de la persona del difunto en el heredero es independiente o indiferente de la posesión de la herencia¹.

La nota al art. 3282 aclara que la muerte, la apertura y la transmisión de la herencia se causan en el mismo instante, no hay intervalo de tiempo, son indivisibles; todo ello sin perjuicio de que, para transmitir el dominio de los bienes de titularidad del causante o de su cónyuge, se deberán cumplir los recaudos ya citados en el proceso sucesorio para estar en condiciones de escriturar por tracto sucesivo abreviado. Lo destacamos para insistir en el punto acerca de que los herederos ocupan el lugar del causante en todo lo relativo a sus bienes.

El art. 1315 CC expresamente establece que *los bienes se dividirán por mitades entre los cónyuges o sus herederos*. Esta regla no es de la esencia de la comunidad, pero es la solución más generalizada en las legislaciones que la adoptan como régimen patrimonial matrimonial².

Los hijos declarados herederos del cónyuge fallecido podrán disponer del 50% de los bienes adquiridos por el causante (siendo casado). Son legitimados por el proceso sucesorio y al encontrarse el expediente en condiciones de escriturar por tracto abreviado. La cónyuge supérstite puede disponer del otro 50% de los bienes de la sociedad disuelta por divorcio. Se produce una concurrencia de masas: la del divorcio sin liquidar y la del sucesorio del cónyuge fallecido, las que pueden transmitirse en un mismo acto otorgado por el supérstite y los herederos que son quienes están legitimados para disponer del bien.

Debido al divorcio vincular con sentencia de juez competente, los cónyuges perderán la vocación hereditaria. En consecuencia, no están legitimados para participar del proceso sucesorio del excónyuge.

El art. 1374 CC, en cuanto prevé la pérdida de los derechos hereditarios, aun para el cónyuge inocente de una separación personal anterior convertida en divorcio vincular, no es inconstitucional porque no vulnera derechos adquiridos³.

Producida la disolución de la sociedad conyugal por divorcio, ambos cónyuges o uno de ellos, y los herederos del otro *pueden liquidar la comunidad en la forma y por el acto que consideren conveniente, aplicando lo establecido en el art. 3462 CC en virtud de la remisión del art 1313 CC*. Los requisitos son que el acuerdo sea unánime y que quienes estén legitimados para participar del acto sean capaces.

La partición pone fin a la comunidad, haciendo que cada uno adquiera de forma materializada parte que le corresponde, en orden a la vocación que puedan haber sustentado⁴.

1 BUERES, Alberto J. y Highton, Helena I. *Código Civil comentado*, Tomo 6 A, pág. 361.

2 BELLUSCIO, Augusto C. y Zannoni, Eduardo A. *Código Civil Comentado*, Tomo 6, pág. 276.

3 Plenario Cám. Nac. Civ. de la Capital Federal, 22-06-90, LL 1990- D- 337.

4 Cám. Nac. Civ., Sala D, 29/8/80, LL 1981-A 238.

En cuanto al contenido de la partición, rige la más absoluta libertad, por lo que los legitimados pueden acordar que las adjudicaciones sean desiguales aunque no haya compensación. La partición sería inatacable, aunque no se hubiera expresado que se hacía con conocimiento de la diversidad de valores, toda vez que la finalidad del acto es hacer, a cada heredero, dueño exclusivo de lo que se le adjudica⁵.

Cuando la sociedad conyugal no se disuelve por divorcio, sino por muerte, y hay otros herederos además del cónyuge, estamos ante otro caso de dos comunidades: la conyugal y la hereditaria, en un mismo proceso judicial: el sucesorio. No hay duda de que, en este caso, al supérstite le corresponde la mitad de los bienes gananciales y, a los herederos, la otra mitad. Este principio pone en duda el registro cuando una de esas comunidades se disuelve por divorcio y no por muerte. Estamos en una situación similar a lo de dos comunidades sin disolver y, por aplicación de las normas citadas, los herederos y el/la cónyuge podrán partir en forma privada sin intervención judicial alguna.

Partición litigiosa

El caso "Aubone"⁶, citado en algunos trabajos sobre este tema, no resuelve la partición por escritura pública, que se reserva para los casos en que las partes acuerdan voluntariamente los términos de la misma, ni se trata de la sociedad conyugal disuelta por divorcio. Se considera un caso en el que la liquidación de ambas comunidades (la de la sociedad conyugal y la hereditaria), generadas ambas por fallecimiento de uno de los cónyuges, no puede resolverse de común acuerdo entre herederos y cónyuge supérstite, y se pretende resolverlo en un juicio ordinario de división de condominio.

La Cámara considera que no existe condominio y, por lo tanto, no procede la acción del art. 2692 CC, sino que corresponde la partición de la sociedad conyugal y de la herencia en el juicio sucesorio en los términos de los arts. 3452 y sgts.

La sentencia desarrolla fundamentalmente el concepto relativo a los efectos de la inscripción de la declaratoria de herederos y concluye que se trata de la exteriorización o de la publicidad de la indivisión entre cónyuge supérstite y herederos del prefallecido, pero no implica adjudicación en condominio.

5 FORNIELES. *Tratado de las sucesiones*. Tomo 1, 2da. ed., 1941, pág. 246.

6 Cám. Nac. Civ., Sala C, 6/8/74, autos "Aubone Alfredo E v/ Aubone Juan y otros", JA., Tomo 27, pág. 215.

En el mismo sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Córdoba⁷, en pleno, ante el conflicto entre herederos y cónyuge supérstite, sostuvo que las cuestiones relativas a la calificación de los bienes como propios o gananciales deben resolverse ante el juez del sucesorio, cuando la composición del acervo hereditario está sujeto a previa liquidación de la sociedad conyugal en el mismo proceso.

Hay un requisito común a las resoluciones judiciales citadas: imponen la intervención del juez del sucesorio cuando hay conflicto entre herederos y cónyuge supérstite para liquidar las dos comunidades.

Si las partes no llegan a un acuerdo sobre el modo de partir, el procedimiento de liquidación será litigioso y, en ese caso, la partición naturalmente tendrá que realizarse con intervención judicial.

El caso en análisis es distinto. Se trata de bienes gananciales que (disuelta la sociedad conyugal por divorcio) no fueron adjudicados, no hubo partición y, en consecuencia, continuó la comunidad post-comunitaria; falleció uno de los cónyuges; tramitó el proceso sucesorio y los herederos y la cónyuge supérstite (mayores y capaces) acordaron partir ambas comunidades.

Al respecto la 37 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en la ciudad de Junín en el año 2011, concluyó que “Ante el fallecimiento de uno o ambos excónyuges de una sociedad conyugal disuelta por distinta causal, pero sin haberse liquidado, siendo todos los herederos del o de los causantes mayores y capaces, pueden partir y adjudicar privadamente los bienes no liquidados oportunamente, en los términos del artículo 3462 del Código Civil, sin necesidad de aprobación u homologación judicial alguna”.

ANÁLISIS FINAL

Coincidimos plenamente con la conclusión citada precedentemente y ratificamos la posibilidad de que los herederos mayores y capaces la cónyuge supérstite otorguen, por tracto sucesivo abreviado, escritura de adjudicación de los bienes gananciales o vendan los mismos a un tercero como acto liquidatorio de ambas comunidades.

Fundamentos

1) La DTR 14/1983 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires considera que la *enumeración del artículo 16 de la ley 17.801 es me-*

⁷ Autos: “C., S.- A., J. Divorcio vincular, no contencioso - cuestión de competencia”. Sentencia del 20-03-2012, elDial AA7707.

ramente enunciativa y no taxativa. Es posible, entonces, extender el art. 16, inciso c) (partición de bienes hereditarios) a la partición por liquidación de la sociedad conyugal disuelta por divorcio.

2) La DTR 15/83 del citado registro establece que *no se requiere resolución judicial que apruebe la partición o la homologue cuando la partición se otorga en escritura pública*, dentro de los supuestos del art. 3462 CC, que permite, a los herederos presentes y capaces, partir por la forma y por el acto que por unanimidad juzguen conveniente. En los considerandos, cita la opinión emitida por uno de los autores de la Ley Registral, Miguel Norberto FALBO⁸.

3) La DTR 3/83 referida a la adjudicación de bienes por disolución de la sociedad conyugal por divorcio, *determina que cuando el acto se formaliza en escritura pública, sólo se requiere la expresión de voluntad de los cónyuges y la relación de la sentencia firme de divorcio, sin requerir ninguna homologación ni resolución judicial* que lo avale o autorice. En los considerandos de esta resolución, se aclara que la liquidación o la adjudicación puede realizarse de dos maneras: en el mismo proceso judicial o por acto documentado en forma notarial, y que en este último supuesto son de aplicación los artículos 1262, 1788, 3462 y 1184 CC (este último, en la doctrina de sus incisos 1 y 2, está interpretado a *contrario sensu*). Los artículos citados remiten al Libro Cuarto del Código, relativo a división de la herencia, y determinan las normas aplicables y la forma exigida para liquidar los bienes que forman la comunidad disuelta por divorcio.

4) La DTR 3/80, referida al tracto sucesivo abreviado del art. 16 inc. b) de la Ley 17.801, o sea, en los *actos en los que los herederos disponen de derechos inscriptos a nombre del causante o de su cónyuge, requiere que se relacione la DH o aprobación del testamento, y la orden de inscripción con respecto al inmueble por el que se peticiona*.

5) Cuando la sucesión tiene lugar entre ascendientes, descendientes y cónyuge, el heredero entra en posesión de la herencia desde el día de la muerte del causante sin formalidad alguna; los otros parientes llamados por ley a la sucesión no pueden tomar posesión de la herencia sin pedirla al juez y justificar su derecho a la sucesión (arts. 3410 y 3412 CC).

6) *El heredero que entró en posesión de la herencia o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del causante* y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el causante era propietario, con excepción de los derechos que no se transmiten por sucesión (art. 3418 CC).

7) *Los gananciales de la sociedad conyugal se dividirán por iguales partes entre marido y mujer o sus herederos* (art. 1315 CC).

8 FALBO, Miguel N. "Calificación Registral y Recursos", Revista del Notariado, separata 776, pág. 5 y sgts.

8) CONCLUSIÓN FINAL

8.1) En el caso, motivo de estudio, se requerirá: la sentencia de divorcio firme y la expresión de voluntad de las partes interesadas (DTR 3/83) y la DH o la aprobación del testamento y la orden de inscripción respecto al bien objeto del acto (DTR 3/80).

8.2) Los legitimados para otorgar el acto de adjudicación o disposición del inmueble ganancial serán el cónyuge supérstite (por los derechos que le corresponden por la disolución de la sociedad conyugal por divorcio) y los herederos (por ser los continuadores de la persona del causante con relación a todos sus derechos, incluidos los que le corresponden por el divorcio).

8.3) La determinación de cuáles son los bienes que ingresan al sucesorio y en qué porcentual y, en consecuencia, cuáles corresponden al cónyuge supérstite, es calificación reservada al juez del sucesorio que cumplirá con la misma al conformar la declaración jurada patrimonial y ordenar la inscripción de la DH sobre los bienes declarados. Será de aplicación lo establecido en el art. 1315 CC que claramente establece que *los bienes gananciales se adjudican por mitades entre los cónyuges o sus herederos*.

8.4) Finalmente, conforme a la normativa de fondo citada y a la DTR 3/83, *no se requiere resolución judicial alguna que autorice o homologue el acuerdo entre los cónyuges*. Por lo expuesto precedentemente, ocupando los herederos el lugar del causante, cumplidos los recaudos indicados respecto al proceso sucesorio, no se requerirá resolución judicial que homologue el acuerdo particionario entre el excónyuge y los herederos que reemplazan al cónyuge fallecido.

Testamento. Preterición de herederos

Gastón R. di Castelnuovo

Como en otras ocasiones ha ocurrido, la reiteración de algunas consultas en el ámbito de la Asesoría Notarial nos da la oportunidad para tratar con un poco más de profundidad ciertos temas, que la que permite un breve dictamen.

Analizaremos aquí la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en un testamento, a propósito de varias inquietudes similares acerca de su viabilidad. Para ello, ejemplificaremos con un caso al azar, que además de haber sido tal como aquí lo relataremos, nos permitirá agregar algo más acerca de esta labor asesora.

Una señora, de avanzada edad, plenamente lúcida, ubicada en lugar, tiempo y espacio, que tuvo un único hijo, que era, a la fecha, su único heredero forzoso, quería dejar a una de sus amigas y vecina -quien la asistía desde hacía años- la mayor parte de los bienes que la ley le autoriza disponer. La colega requerida pensó, en un principio, en un testamento en el que legara, a esa amiga, la porción en ese momento disponible; pero la señora le solicitó que redactara el documento de modo tal que la instituyera heredera y nada dijera acerca de que tenía un hijo, pues estaba muy enojada con él, debido, principalmente -entre otros descuidos y malos tratos que adujo- a que la había internado en contra de su voluntad en un geriátrico del que felizmente había podido salir gracias a las gestiones de esa y otras amigas, también vecinas, pues no quería estar allí sino continuar viviendo en su casa, ya que todavía se bastaba a sí misma y, en todo caso, contaba con la asistencia de su amiga y con la ayuda de las otras para cualquier eventualidad.

Se preguntó, entonces, si la testadora podía o no instituir la heredera existiendo un heredero forzoso.

Antes de comenzar con el análisis de la cuestión, lo haremos con ese "algo más" acerca de esta labor asesora a la que nos referimos y que, creemos, nos permite un acercamiento al otro, al colega, en este caso, que rara-

mente puede obtener el profesor que dicta una clase y, desde ya, el académico que escribe un libro¹.

Son muchas las veces en que nuestro colega consultante nos llama, no sólo en busca de una respuesta a su inquietud, sino que, sabiendo ya que ha equivocado su hacer en un caso en particular, lo hace para encontrar una palabra de apoyo, de otra que lo deje un poco más tranquilo y quedará aún más contento si, acaso, encuentra otra más que le transmita que, en definitiva, no debe preocuparse tanto, pues el error no ha sido tan grave y no le traerá consecuencias que lamentar o, quizá, ninguna otra que una simple advertencia, o una recomendación del señor juez notarial para que se abstenga en el futuro.

En ocasiones, ese "algo más" va todavía un poco más allá. Somos de aquellos que -tal como la sabiduría del vulgo lo ha establecido- creemos que de psicólogos y de locos todos tenemos un poco. En estos casos, bien que sin título habilitante y como profesionales de extra muros, recibidos en estaños y cordones, llevamos a cabo la tarea con resultados provechosos. En ocasiones sólo bastará con escuchar al colega un poco más que lo habitual para que pueda expresar su sentir y quizá con pocas palabras (a veces con sólo un par de "ajáes...", al mejor estilo que utilizan algunos profesionales que sí han recibido su título *de* psicoanalistas *intra* muros), conseguimos no sólo dejar tranquilo al colega, sino que, luego de haber iniciado la charla casi transido y a veces hasta un tanto balbuceante², se queda con una palmada gratificante en su espalda y

1 Aprovecharemos la oportunidad para decir que no tenemos en claro si esa cualidad -la de académico- es imprescindible para escribir un libro o si ella nos asegurará que quien lo es lo hará bien. Más bien comprobamos a cada paso que mucho escriben quienes nada tienen nuevo para decir, en el sentido de algo original o, cuando menos, para abordar de un modo distinto un tema ya conocido. Pareciera que a escribir se anima cualquiera, aunque sólo se limite a no decir nada interesante o a "cortar y pegar", cuestión que sólo requiere un poco de voluntad y otro poco de desfachatez. Lo curioso es que esos libros llegan a venderse ¡y en ocasiones hasta con cierto éxito! Pensándolo un poco y aunque este es sólo un pequeño artículo, quizá sirva de acabado ejemplo...

2 Hace poco tiempo, ya finalizado un taller en la delegación del Santo Isidro, derivó la conversación hacia temas tan políticos como actuales. No recordamos por qué una colega rememoró a su vez que hacía un tiempo me había referido al posible (no digamos probable, pero sí que me resulta muy simpático) origen de la palabra "pontífice". Aquí, a propósito de la muy probable explicación de por qué los pueblos son diferentes y que tendría que ver con su diferente espíritu traducido en sus también diferentes idiomas, cuestión que obviamente dejaremos para otra oportunidad, para aquellos pocos que gustan de estos bocadoillos, dice Don José Ortega y Gasset que la palabra "balbucir" podría tener como origen el término "Babel". Bal-Bel (no como "Puerta de Dios" que alude a la famosa torre que lleva ese nombre y que cita el Génesis) sería el vocablo onomatopéyico que imita el efecto producido por el rumor de una lengua que no comprendemos (babel-babel babel...) y que tendría la misma raíz, que en Grecia formó la palabra "bárbaro", en latín "*barbarus*", en español "balbucir", y que aluden todas ellas a un hablar ininteligible para nosotros.

habiendo encontrado nuevamente su “lugar” en el mundo jurídico, porque ¿no es acaso nuestro perfil el hueco que los demás nos dejan?

Entonces, se despiden también sabiendo ya -pues también nos encargamos de decírselo-, que no ha sido el único en el error y que tampoco nadie queda a salvo de él, incluidos, desde ya, nosotros, los “asesores”.

Hecha esta digresión, vamos a las cosas pero comenzando por algo conexo al tema que nos convoca. Si bien para la mayoría de los colegas lectores no constituirá una novedad, resultará para algunos útil recordar, en primer lugar, una cuestión que podría derivar en una importante diferencia económica para la persona a quien el testador quiere favorecer, ya que solemos encontrarlos con redacciones erróneas.

Habitualmente, quien quiere legar la porción disponible, más allá de su decir, pretende en rigor beneficiar con el máximo posible de su patrimonio al legatario y es el notario quien le informa que el límite está impuesto legalmente y que no es otro que la parte de ese patrimonio de la que no pueden ser privados sus herederos forzosos y que se denomina “legítima”.

Ahora bien, como está hoy regulada la institución, esa legítima, en el caso de descendientes, para tomar el ejemplo más extremo -como el del caso aludido- es de cuatro quintas partes, es decir que la porción disponible es de sólo un quinto del patrimonio del testador. Sin embargo, en el tiempo que transcurra entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento de aquel, la ley podría cambiar, y, tal como lo han propuesto casi todos los proyectos de reforma y también el actual proyecto de unificación de los códigos civil y comercial -hoy en tratamiento en el Honorable Congreso de la Nación-, esa porción disponible podría llegar a ser pronto de una tercera parte del patrimonio. No estará de más decir que nos parece muy bien que la porción disponible aumente; la libertad suele siempre ser la mejor opción aun cuando sigamos estimando la institución de la legítima en oposición a la total libertad imperante en el *common law*.

Al sólo efecto ejemplificativo, citaremos una de las formas que puede emplearse para lograr ese efecto: “Joaquín lega a Lucía la porción disponible *que al tiempo de su fallecimiento la ley le permita disponer*”.

Dicho esto, ingresemos al tema. En su art. 3715, nuestro Código Civil, en su versión velezana, indicaba que la preterición de alguno o de todos los herederos forzosos en línea recta, sea que vivieran al tiempo de otorgarse el testamento o que nacieran, fallecido el testador, anulaba la institución de heredero, pero valían de todos modos las mandas y mejoras en tanto y en cuanto no resultaran inoficiosas.

Es que si bien la ley no se oponía a que pudieran coexistir herederos testamentarios y legítimos³, si entre estos existían forzosos que habían sido totalmente omitidos en el testamento por el cual se instituía heredero a un extraño y se producía así la denominada “preterición”, el legitimario podía solicitar la nulidad de la institución.

Se trataba de una defensa más de la legítima que no era igual a la acción de reducción, pues mientras el ejercicio de esta última sólo permite pedir la reducción de las disposiciones que afectan la porción legítima del heredero forzoso en la medida de su afectación, la preterición iba mucho más allá pues su solicitud implicaba la nulidad de la propia institución hereditaria. No creemos que haga falta decir más para advertir las diferentes consecuencias.

De todos modos y como lo decía expresamente la norma, quedaban en pie las demás mandas y mejoras que el testamento pudiera contener, en tanto y en cuanto no resultaran inoficiosas. El Codificador siguió así la tradición y evolución del Derecho Romano, ya que en una primera época todo el testamento era considerado nulo.

Esta norma carecía de toda lógica y resultaba sumamente injusta, pues de lo único que debería haberse ocupado era de salvar la legítima y, una vez obtenido esto, no ir más allá y desoír por completo la voluntad del testador. Veremos qué ocurrió.

Antes y ya que toda ocasión es buena para expresarse, repetiremos una vez más lo que en otras hemos dicho, haciéndolo aquí de un modo más amplio que abarque así supuestos ajenos a cuestiones jurídicas, lo que quizá nos permita una mejor comprensión.

Si se tratara de analizar una afirmación cualquiera expresada por el autor en un libro de pensamiento -que quizá haya incomodado al lector en su primera apreciación-, deberá él tener en cuenta su paisaje. ¿A qué nos referimos con “paisaje”? Pues bien, a lo mismo a lo que aludimos cuando hablamos del “fondo de un cuadro”. Ese lector debe tener entonces en cuenta, para comprender acabadamente la afirmación, el contexto en el que ella se encuentra, qué es lo que el autor nos quiso decir y qué no, para lo cual deberá rehuir a una reacción automática, esperar -en suma- a que su lectura concluya, para poder entender el libro todo y encontrar así la justificación de aquella frase, su integración con

3 Como todas las legislaciones modernas, nuestro Código Civil se apartó del Derecho Romano en el cual imperaba la regla *nemo pro parte testatus*, es decir que ninguna persona podía morir en parte testada y en parte no. Así, el art. 3710 dice que “...el testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas”.

otras que la explican, que la hacen verdadera y que seguramente aventarán esa perturbación inicial que lo embargó al leerla por primera vez, “despojada” de esa explicación. Esto es lo que, filosóficamente hablando, se llama “sistema”, lo que en modo alguno quiere decir que se aplique sistemáticamente un criterio, forzando la realidad a ajustarse a él, sino, por el contrario, que cada verdad a la que se alude esté o, mejor dicho, deba estar, apoyada en otras que la sustenten, la “ubiquen”, la adecuen, ya ampliando su concepto, ya disminuyéndolo. Es que la realidad no es nunca simple, sino hartamente compleja.

Tratándose de una interpretación jurídica, volveremos a decir lo que hace años: “...sin entrar en análisis mayores, convendría recordar aquí que no debe confundirse la interpretación del derecho con la interpretación de la ley. Sin duda, la misión de los jueces no debe limitarse a esto último, sino que están obligados a fallar aun en caso de duda, obscuridad o silencio de las leyes (conf. art. 15 CC). Así, como ha señalado la doctrina que compartimos, la sentencia no es (no debe ser) un acto de aplicación de la ley, sino un modo de resolver los conflictos jurídicos. La tendencia mejor y más moderna señala que el objeto de la interpretación no consiste solamente en indagar el sentido y el valor de la norma oscura (por contraposición a la norma ‘clara’ que no necesitaría interpretarse, según la escuela tradicional), sino que es siempre una tarea necesaria previa al acto de aplicación del derecho. También, que interpretar es subsumir en el caso la norma, y establecer, en virtud de la norma general (ley, costumbre), la regla particular (sentencia) que lo resuelve. Interpretar es, en definitiva y como sostenía un gran jurista italiano, un acto de razón, un proceso lógico que hace inteligible la norma”⁴.

La misión del intérprete no es, entonces (no debe ser), la de tomar una norma aislada, sino tener en cuenta ese paisaje al que nos referimos: cuáles otras pueden influir en su interpretación, qué es lo que esa norma quiere proteger, qué transmite el cuerpo legal todo, y, por último, pero no menos importante, cuáles son los principios jurídicos.

Pues bien, si tomamos el artículo mencionado y nos quedamos con su letra, interpretándolo así aisladamente, perderemos de vista el contexto del ordenamiento todo, del que esa norma sólo es una pequeña muestra. Si luego de su lectura, llegamos a la conclusión de que todo el testamento resulta nulo, sin darnos cuenta, nos habremos apartado de lo que el código todo transmite, pues resulta incongruente esa disposición así interpretada con el régimen general del mismo.

4 En comentario al fallo dictado en autos “Soncín, Zulema”, en REVISTA NOTARIAL N° 932, 1999, pág. 255.

Veámoslo así: si por una parte el Código admite la posibilidad de instituir herederos testamentarios cuando existan legítimos, si también lo hace en el caso de que a un heredero instituido se le haya asignado una porción mayor a la que el testador podía libremente disponer, bien que reduciéndola a su límite permitido, debemos preguntarnos por qué la preterición del heredero forzoso debe implicar la nulidad del testamento todo. La respuesta no surge de su texto.

De este modo procedió la jurisprudencia que, como en tantas otras cuestiones, realizó una verdadera labor pretoriana, analizando el problema como lo hemos señalado, es decir, desde la perspectiva del ordenamiento legal todo; sin quedarse con una lectura aislada y literal de la norma, sino teniendo en cuenta el contexto todo, qué era lo que se había querido proteger, evitando ir más allá, lo que en el caso no resulta beneficioso ni acorde con el sistema general.

Con una interpretación más amplia, la jurisprudencia (en rigor y como veremos, una parte de ella) logró encontrar un justo equilibrio: hacer valer al máximo la voluntad del causante, sin dejar de respetar el régimen que el Código impuso para la transmisión de bienes por causa de muerte, es decir, proteger la legítima a la que ha considerado una cuestión de orden público que no puede ser dejada entonces de lado por el testador.

Dicho de un modo simple, en tanto y en cuanto quedara salvada la porción legítima de los herederos forzosos, la voluntad del causante debía ser respetada⁵.

Pero, como adelantamos, esta interpretación no fue aplicada por todos los tribunales, ya que algunos continuaron con la tradicional y más estricta. Sin embargo, aun con esta interpretación literal, encontraron un resquicio que permitió, cuando menos, paliar la injusticia: como el texto hablaba sólo de “herederos forzosos en la línea recta”, quedaba fuera el cónyuge. Aprovechando este indudable “olvido”, se consideró entonces que la preterición de este no causaba la nulidad total de la institución hereditaria, sino sólo la reducción del exceso para dejar incólume la legítima.

Como puede apreciarse, esta interpretación quedaba a mitad de camino, pues si considerar nula la institución hereditaria resultaba incongruente con el régimen general del Código, considerar válida la institución en el caso de que se omitiera al cónyuge (o sólo a él) resultaba también incongruente con la interpretación literal, pues este también era heredero forzoso del causante,

⁵ Así lo interpretaron, por citar sólo unos pocos: C. Civ. 1era. Cap., 19/6/53, JA 1942 I, 716; C. Apel. Rosario, 6/44/26, JA T^o 23, 568; C. Civ. Sala E, 22/12/60, LL T^o 102, 421.

de lo cual se deduce que no existía motivo para tratarlo de forma diferente. De todos modos y pese a las críticas, estos tribunales continuaron con esta interpretación, lo cual no debía ser absolutamente descalificado, pues si bien no llegaba a la más amplia de considerar válida la institución -bien que reducida a los límites legales- implicaba un esfuerzo en aras de encontrar una solución más justa “dentro de la ley”. De todos modos -insistimos- no cabía duda de que si la intención del Codificador fue la de considerar nula la institución, no podía encontrarse, en una simple omisión, un justificativo para excluir al cónyuge de la norma⁶.

La situación imperante, antes de la reforma a la que ya aludiremos, era entonces la siguiente: la mayoría de los tribunales hacían una interpretación amplia del artículo (acorde con el resto del ordenamiento), entendiendo que la preterición no causaba la nulidad de la institución hereditaria, salvada la porción legítima y, desde ya, conservaban plena validez los legados y cualquier otra disposición que el testamento contuviera; para los demás, la nulidad era total pero quedaba fuera el cónyuge preterido en la medida en que se respetara su porción legítima.

Como podemos apreciar, en ocasiones, los jueces tratan de interpretar un texto alejándose un poco de su literalidad y, en otras, dejándolo lisa y llanamente de lado⁷.

6 Conf. BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino*, Sucesiones, II, 356. Talleres El Gráfico Impresores, Buenos Aires, 1964.

7 Traemos nuevamente aquí un ejemplo que siempre nos ha resultado esclarecedor y conducente para apreciar esta labor jurisprudencial y que hace años utilizábamos para trabajos prácticos en la UCA. Se trata de la interpretación del art. 43 de nuestro magnífico Código Civil, el que -dicho sea de paso- por un capricho matinal podrá pasar a la historia en un santiamén, sin la necesaria discusión doctrinaria que debería imponerse para su reemplazo por otro cuerpo normativo que así pudiera superarlo, cuestión de la que la mayoría de los doctrinarios habla por lo bajo pero que pocos dicen públicamente. En su versión velezana, decía: “No se pueden ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, aunque sus miembros en común, o sus administradores individualmente hubiesen cometido delitos que redunden en beneficio de ellas”. Hasta 1921, la CSJN lo aplicó literalmente, excluyendo toda responsabilidad, adoptando así la teoría de la ficción. Ello generó una discriminación irrazonable entre las personas visibles y las de existencia ideal. Luego, gracias a la elaboración de Barcia López, seguida por otros, se interpretó que él sólo determinaba la exención de responsabilidad respecto de delitos criminales, dejándola subsistente por delitos y cuasidelitos civiles. ¿Cómo se llegó a esta interpretación?, pues forzando un tanto las cosas. Así, Rivarola advirtió la diferencia entre el artículo y su fuente, que es el art. 300 del Esboço de Freitas: donde el brasileño dice “sendo que”, que puede traducirse por “cuando”, Vélez puso “aunque”, pero no para apartarse del autor, a quien dijo seguir a la letra, sino por error, el que según Aguiar pudo provenir del hecho de que el diccionario de la lengua castellana, redactado por la RAE, en el ejemplar de la 7ma. edición, conservado en la biblioteca de la Universidad de Córdoba, que seguramente pudo haber consultado Vélez por tener

Como era de prever, la reforma introducida por la ley 17.711, cambió esta conflictiva norma en el sentido en el que la jurisprudencia mayoritaria la había interpretado. El artículo quedó así redactado: "La preterición de alguno o todos los herederos forzosos, sea que vivan a la fecha del testamento o que nazcan después de otorgado, no invalida la institución hereditaria; salvada que sea la legítima y pagadas las mandas, el resto debe entregarse al heredero instituido".

Como puede apreciarse la modificación no dejó lugar a dudas. La preterición de alguno o de todos los herederos forzosos no invalida la institución hereditaria.

Volviendo a las consultas que dieron pie a este artículo, es bastante frecuente que el testador no quiera mencionar a alguno o a todos sus hijos, pues en el mejor de los casos se siente no querido por ellos o, peor aún, abandonado o agraviado como el del caso, y, con frecuencia, con razón. Si bien el hecho de que el testamento que otorgue en definitiva no los menciona, no tendrá, como consecuencia para esos herederos forzosos, ninguna disminución de su porción legítima, es más que entendible que con la omisión quiera nuestro requirente mostrar una reprobación moral para ese hijo o para todos. Si asistiéndole la razón, así lo hace, no podremos saber si ello causará o no el efecto deseado, pero habremos respetado su voluntad.

su firma auténtica, refiriéndose al vocablo "cuando", dice "Modo adversativo y vale lo mismo que aunque".

Borda, en cambio, entendió que había que prescindir lisa y llanamente del artículo pues la argumentación basada en la rectificación de la letra era "especiosa y en verdad no resiste el análisis crítico". Para él, la intención del legislador estaba clara: quiso apartarse de la fuente y rechazar de plano la responsabilidad extracontractual de las personas ideales, pero obviamente no se resignaba a soportar una directiva "anacrónica e intolerable", y agregaba que la "norma establece una solución que la experiencia jurídica ha demostrado ser injustísima e intolerable", e incompatible con lo dispuesto por los arts. 1113, 1124 y 1133, a cuyo respecto no veía por qué razón habría de caer la responsabilidad que establecen sobre las personas humanas y no sobre las jurídicas. "Dándole una aplicación general a estas normas los tribunales han concluido por prescindir del art. 43, aun en lo que atañe a los delitos. Este artículo debe tenerse por no escrito en nuestro derecho positivo: la jurisprudencia lo ha derogado".

Llambías, no tan terminante, pensaba que al intérprete le estaba vedado el recurso de la derogación, que no ha de confundirse con el "recurso heroico" que se resiste a la aplicación de la norma injusta, que como tal deja de ser derecho para pasar a ser un no derecho. Agregaba que no era ese el caso de este artículo, el que con algún artificio podía quedar reducido a un ámbito limitado. No podemos menos que coincidir con el artífice de la reforma del '68, aun con el riesgo de que alguien crea que para nosotros mejor resulta que en primer lugar sea la jurisprudencia y la costumbre la que nos rija y no la ley: No, muy lejos de ello; el sistema del *common law* funciona muy bien para los ingleses, pero para nosotros, los latinos, constituiría un desatino.



Congresos y Jornadas

Donaciones, observabilidad por sospecha*

*Karen Maína Weiss
Gastón Augusto Zavala*

SUMARIO. I. A modo de introducción. II. Desarrollo. 1. Legítima hereditaria. 2. Determinación y cálculo de la legítima. 3. Protección de la legítima. 4. Diferencia entre la acción de reducción y la de colación. 5. Colación. 6. Oferta de donación o donación sujeta a posterior aceptación. III. Ponencias.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Sorprende y constituye una novedad en derecho, la ineficacia u observación por *sospecha*; es así como se considera inoficiosa la donación, por la sola probabilidad de que a futuro existan legitimarios. Es cierto que podría ser inoficiosa, como una venta, simulada o fraudulenta, pero habría que probarlo; hasta podríamos concluir que toda donación es observable en tanto no se demuestre que no afecta la legítima del donante y su correlato jurídico que es la proscripción del contrato de donación.

La problemática radica en el conflicto entre los intereses del heredero afectado en su legítima y los del tercer adquirente de la cosa donada, a título oneroso y de buena fe. Se halla en juego el valor *justicia* como fin supremo del Derecho, pues, en el caso, el valor *certeza-seguridad jurídica* milita sin duda a favor de ese tercero.

* Este trabajo mereció, por su calidad académica, el premio “Delegación Bahía Blanca” en el marco de la 38 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en noviembre de 2013. Corresponde al tema 2 de dicha convocatoria. El despacho del tema se publica a continuación del presente.

Es evidente que la sociedad, su estándar de vida, el concepto de familia, la situación patrimonial y financiera, difieren de la existente a la época de elaboración del actual Código Civil y es así como surgen dos pretensiones: actualizar el sistema a las nuevas contingencias sociales y armonizar los contenidos de la estructura jurídica específica¹. La plataforma jurídica relativa al régimen sucesorio imbuida de normas imperativas provenientes del derecho romano y germánico es uno de los espacios normativos que menos se ha visto modificado o reformado desde 1871 y la influencia de corrientes innovadoras ha incidido en él de manera tangencial²; situación que no difiere demasiado en lo atinente a las donaciones.

La sanción del actual “Proyecto de Código Civil y Comercial” (el proyecto o PCC)³ tal como está redactado es susceptible de provocar un verdadero escándalo jurídico con amplia repercusión en el ámbito de la comunidad, pues cabe preguntar cómo se le explicaría al referido tercer adquirente su falta de derecho sobre la cosa que compró por el precio justo y de buena fe⁴.

Importantes y nutridas son las críticas que se esbozan desde los distintos operadores jurídicos, a las que no es ajena la óptica notarial. Los cambios son tan críticos como esenciales, requieren una metodología, una congruencia y sobre todo un fundamento de raigambre sociocultural, sin apasionamientos corporativos. Es por ello que revalorizamos la obra de DALMACIO VÉLEZ SANSFIELD, sin dejar de reconocer que al igual que lo acontecido con el resto de los códigos contemporáneos a él, demanda su correspondiente *aggiornamento*.

1 PÉREZ GALLARDO, Leonardo. *El derecho de sucesiones en Iberoamérica*, Ed. Reus - Temis - Ubijus - Zavalía. Madrid, Bogotá, México, Buenos Aires, 2010, pág. 12. Destaca que “El derecho de sucesiones necesita atemperarse a los cambios que han operado en la sociedad actual, y muchas veces resulta un derecho más estático”.

2 Claro ejemplo es el derecho de los descendientes extramatrimoniales a raíz de la sanción de la ley 23.264 y el fideicomiso testamentario.

3 Elaborado por la Comisión designada por el decreto PEN 191/2011, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes dirigieron la labor desarrollada por un centenar de juristas de notable prestigio con conocimientos específicos en determinados temas, aunque con una nimia participación notarial. Publicado por Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2012.

4 Distintas estructuras legislativas se han proyectado argumentando dar respuesta a las demandas socio-jurídicas de cada época. Es así como se sucedieron el Anteproyecto Biliboni; el Anteproyecto de Llambías de 1954; el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987; el Proyecto de la Comisión Federal de Juristas de 1993; la propuesta del Poder Ejecutivo del mismo año; el Proyecto de la Comisión Honoraria creada por decreto del Poder Ejecutivo Nacional 685/1995 (Proyecto de 1998), edit. Abelardo Perrot. Buenos Aires, 1999.

II. DESARROLLO

1. Legítima hereditaria

1.1. Concepto

La legítima es una institución protectora de la familia⁵, que se revela cuando la ley restringe, a una persona, la facultad de donar o legar bienes y no le permite beneficiar a extraños, sino dentro de cierta medida⁶. RÉBORA prefiere referirse a un régimen legal imperativo, que reserva a los legitimarios una porción en los bienes del difunto de la que no pueden ser privados y que existe aún contra la voluntad del mismo⁷.

Para MACHADO la herencia forzosa es un elemento de atraso⁸.

La obra magna de VÉLEZ, al igual que muchas otras legislaciones, protege la familia con porciones legítimas muy elevadas, siguiendo la legislación castellana (una cuota siempre fija, sin atender el número de los que hereden)⁹.

La legítima comprende tres acepciones: a) es una porción de la masa patrimonial integrante del acervo, deferida imperativamente a determinadas personas; b) es una restricción a los poderes de disposición del causante en referencia a los negocios a título gratuito; y c) es un derecho personal del heredero forzoso, que lo habilita para atacar los actos del causante que la comprometan.

1.2. Herederos legítimos y legitimarios

El derecho sucesorio se organiza en base al llamamiento supletorio que establece la ley. El art. 3545 CC y el 2424 PCC defieren la *sucesión* a los herederos legítimos o legales que son los descendientes, ascendientes, cónyuge

5 CERÁVOLO, Angel F. "Legítima e indivisión hereditaria". *La empresa familiar*. Director Eduardo M. Favier Dubois (h), Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010, pág. 155. La "querrela *inofficiosi testamenti*" parte de la ficción de que la exclusión de los hijos sólo podría nacer de una mente enferma.

6 MEDINA, Graciela. Art. 3591 del CC en pág. web gracielamedina.com/archivos/códigos. Una persona puede disponer de su patrimonio (consumirlo, o disponerlo a título oneroso). Lo que no puede es disponerlo a título gratuito por actos *inter vivos* o *mortis causa*, fuera de la cuota de libre disposición.

7 RÉBORA, Juan C. *Derecho de las Sucesiones*, T. II., 2ª edición, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1952, pág. 65.

8 MACHADO, José O. *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*, T. IX, Librería e Imprenta Europea de M. A. Rosas, Buenos Aires, 1921, pág. 369. Opina que los hijos en lugar de trabajar, esperan tranquilos esa fortuna que tanto costó a sus padres, para gozar de los placeres que ella proporciona.

9 Por ejemplo el código francés estableció una cuota variable según el número de hijos.

supérstite y parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive. Excepto los colaterales, los demás tienen derecho a una porción legítima de la herencia de la que no pueden ser privados (conf. arts. 3592, 3714 CC y art. 2444 PCC¹⁰), son los llamados herederos forzosos¹¹ o legitimarios¹².

La Cámara Nacional Civil en pleno expuso que los legitimarios son herederos más allá de la voluntad del testador y aun contra la voluntad de éste, no son sucesores en los bienes¹³ (la legítima integra la herencia, es *pars hereditatis*). Así, si el patrimonio del causante no contiene valores económicos transmisibles al momento de la apertura, la investidura hereditaria existe con prescindencia de una adquisición.

1.3. Descendientes

El art. 3593 del Código Civil indica que la porción legítima de los hijos es de cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que este les hubiera donado; mientras que el proyecto contempla un criterio harto reclamado por la doctrina y los congresos jurídicos, como lo es la reducción de la legítima, aunque leve, que, en estos casos, es fijada en dos tercios (art. 2445).

Los nietos y descendientes que heredan por representación tienen igual porción de legítima. Adoptados y descendientes en la sucesión del adoptante en adopción simple son herederos forzosos (art. 334 CC, 2430 PCC).

1.4. Ascendientes

El Código originario señalaba que la legítima de los ascendientes era de dos tercios de los bienes de la sucesión, mientras que la ley 23.264 adicionó al valor líquido de la herencia los bienes donados (conf. art. 3594). El proyecto actual, en el sentido expuesto, propone que la reducción de la porción legítima para ellos será de un medio (art. 2445 PCC).

10 El proyecto (art. 2444) los define como aquellos que “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”.

11 RÉBORA. Ob. cit., pág. 66. Rechaza el calificativo de “forzoso”, porque obligaría a pensar que el heredero no puede renunciar, y prefiere llamarlo legitimario que alude a la porción que la ley le garantiza.

12 El Código Civil también los denomina herederos *necesarios* -conf. arts. 1085 y 1831-.

13 C.N.C. en pleno. “Cambo, Francisco de Asís”. J.A. 1953-IV. En igual sentido C.S.J.N., J.A., 1955-IV, pág. 376. “Salamanca, María Julia Martínez de Hoz de (suc.)”.

1.5. Cónyuge

La legítima de los cónyuges cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad (1/2) de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595 CC); si concurre con descendientes (sobre los bienes propios del causante, art. 3576 CC) o con ascendientes (propios o gananciales) será tomada de la asignada a sus coherederos con las reglas de concurrencia de varios legitimarios.

Para determinar la legítima, ante el fallecimiento de uno de los cónyuges, hecho que produce la disolución de la sociedad conyugal, habrá que calificar los bienes en propios y gananciales, efectuar la calificación legal de bajas generales (deudas de la sociedad conyugal, cargas comunes, deudas del causante), el prorrateo de las cargas y la liquidación y división de la sociedad conyugal, para, luego, determinar el haber líquido de bienes propios del cónyuge fallecido¹⁴.

El cónyuge actualiza su vocación excluyendo llamamientos ulteriores, cuando no existen descendientes o ascendientes, en cuyo caso será un orden excluyente de los parientes colaterales (art. 3572 CC, 2435 PCC). Si concurre con descendientes será excluido de los gananciales que por liquidación de la sociedad conyugal hayan correspondido al fallecido (art. 3576 CC, 2433 PCC); concurre con ascendientes, heredará la mitad de los bienes propios del causante y la mitad de los gananciales del fallecido (art. 3571 CC, 2434 PCC).

1.6. Nuera viuda

La ley 17.711 incorpora el art. 3576 bis al Código Civil, que prevé que la nuera viuda que permanezca en ese estado y no tenga hijos, o si los tuvo no hayan sobrevivido en el momento en que se abrió la sucesión de sus suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le habrían correspondido a su esposo en dichas sucesiones.

Para LÓPEZ DE ZAVALÍA¹⁵ es una heredera forzosa de vocación limitada. Para otros, es una sucesora universal pero no heredera, ya que su llamado no es potencialmente al todo sino a una fracción. Si le negamos el carácter de heredera y legitimaria no tendrá la acción de reducción. A partir de la ley de matrimonio

14 ZAVALA, Gastón A. y Weiss, Karen M. "Conquistas Patrimoniales Disciplinadas". XXXVII Jornada Notarial Bonaerense - Junín 2011. Si fallece uno de los cónyuges, el vínculo matrimonial se disuelve y al momento de la apertura de la sucesión, finaliza de pleno derecho la sociedad conyugal.

15 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los Contratos. "Parte Especial"*. T. I, Ed. Víctor López de Zavalía, Buenos Aires, 1976, pág. 520.

entre personas del mismo sexo, esa discriminación hacia un solo sexo en el matrimonio heterosexual, pasa a ser una discriminación vacía de sentido (ni la mujer de la hija, ni el marido del hijo, tendrían derechos sucesorios), basada en la pretérita presunción de una menor capacidad laboral, inferioridad y dependencia económica¹⁶.

El fundamento de su previsión fue la protección a la viuda frente a la premuerte del marido respecto de sus suegros¹⁷. Hoy ya no se justifica a partir de la modificación de los deberes alimentarios entre cónyuges y la obligación recíproca que prevé el art. 198 CC¹⁸ y es así como el proyecto de Código Civil y Comercial acertadamente suprime el derecho hereditario de la nuera viuda.

1.7. Colaterales

Los colaterales constituyen un llamamiento legítimo no legitimario.

Al no ser forzosos, actualizan su vocación con carácter supletorio al llamamiento que el causante hubiere efectuado en un testamento. Es el único orden que resulta excluido por el cónyuge supérstite (art. 3585 CC y 2435 PCC)¹⁹.

2. Determinación y cálculo de la legítima

2.1. Formación de la masa de cálculo

La legítima se conforma con los bienes que quedaron a la muerte del testador (masa efectiva, capital efectivo), las deudas que deben deducirse (pasivo computable) y las donaciones otorgadas por el causante (art. 3602 CC y 2445 PCC), tanto a sus herederos como a *terceros*. A partir de esta masa, se calcula la *legítima* y la *porción disponible*.

Se reconstruye (en valores) el patrimonio del causante, como si las donaciones nunca se hubieran hecho. Los legados entran entre los bienes existentes en el patrimonio a la muerte del testador (art. 3593 y 3602 CC) y todos

16 HERNÁNDEZ, Lidia B. y Ugarte, Luis A. "Algunas Propuestas para la reforma del derecho Sucesorio". *Derecho de Familia*. Aportes para el proyecto de reforma al Código Civil. N° 52, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, pág. 267.

17 Mayoría en el fallo plenario "Gorbea de Buonocore, Gertrudis", L.L. 1983-D-176.

18 Antes de la Ley 26.618, un tribunal de Córdoba declaró la inconstitucionalidad del art. 3576 bis CC por discriminatorio en razón del sexo y violatorio de la igualdad. Juzgado Civil y Comercial N° 27, 30/04/2009, "Morales o Morales Agustina suc.". RDF 2010-I-151.

19 El orden de los colaterales se integra por los que se encuentran dentro del 4° grado (art. 3545 CC, 2438 proyecto).

ellos integran la *masa hereditaria neta*. De ella se deducen las deudas (pasivo)²⁰ y se llega al *valor líquido* del acervo hereditario. Recién entonces se realiza la imputación de las donaciones (conf. 3602 CC y 2445 PCC)²¹.

El art. 3477 CC indica que los valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, existan o no en poder del heredero. El Código Civil en la redacción originaria del art. 3602, establecía que al valor líquido de los bienes hereditarios se agregaba el que tenían las donaciones al tiempo en que fueron realizadas²². El decreto-ley 17.711 modifica este precepto y establece que “Los valores deben computarse al tiempo de la apertura de la sucesión, sea que existan o no en poder del heredero”. Se critica la reforma porque plasma un criterio divergente con el sentado por la doctrina y la jurisprudencia, quienes atendían al valor intrínseco del bien a la época de la donación, midiéndose con la unidad de medida de valores del tiempo de la partición; mientras que la ley 17.711 consagra la consideración al valor intrínseco a la época de la muerte del causante-donante y queda sin solución el problema de la variación de la unidad de medida de valores, las situaciones derivadas de la pérdida, el deterioro y los aumentos materiales ocurridos entre la donación y la muerte del causante, y las mejoras introducidas o gastos hechos por el donatario; es decir, impone una tasación a la época de la apertura de la sucesión. Tampoco soluciona la depreciación producida durante la indivisión hereditaria²³.

Agrega el legislador del año 1968, que “Los jueces pueden determinar un equitativo reajuste según las circunstancias del caso”²⁴; el mismo que in-

20 Las deudas solo se deducen de los bienes que quedaron a la muerte del testador y no de la masa ficticia que se forma con la colación de las donaciones.

21 Por ejemplo: una persona cuyo patrimonio ascendía a \$1.000.000 y tenía 2 hijos, le donó a uno \$400.000 y antes de morir lega en su testamento \$200.000 a un extraño. Aquí la legítima de los hijos es de \$800.000 y la porción disponible de \$200.000. Si para calcular la porción disponible del causante no se considerase el anticipo de herencia contabilizándose sólo los bienes existentes al día del fallecimiento (es decir \$600.000), la porción disponible sería inferior (de acuerdo al código actual \$120.000) por lo que el legado sobrepasaría la porción disponible. Esta última interpretación es inadmisibles e incorrecta (conf. arts. 3593 y 3602 CC; art. 2445 del proyecto).

22 Al respecto ver fallos: CNCiv., sala E, 16/06/1964. L.L. t. 116 pág. 661, fallo 52.900. CNCiv., sala F, 26/12/1967. L.L. t. 131, pág. 197, fallo 60.357. CNCiv., sala C, 22/02/1968, L.L. t. 130, pág. 537, fallo 60.199. CNCiv., sala A, 08/11/1968, “Revol c. Revol”.

23 Ver BELLUSCIO, Augusto C. Ob. cit. L.L. t. 135, pág. 1241. “El valor de las donaciones a los efectos de la colación y del cálculo de la legítima en el Código Civil y en la ley 17.711”.

24 LLAMBÍAS, Jorge J. *Estudio de la reforma del Código Civil. Ley 17.711*, Buenos Aires, 1969, nota 428; Belluscio, Augusto C. “El art. 3604 del Código Civil, la colación y los intereses”. L.L. 2008-A-403. Contemplando así las vicisitudes económicas que se sucedieron en nuestro país y alteraron el poder adquisitivo o de cambio de la moneda, y el despacho de las I Jornadas de Derecho Civil (Santa Fe, 1963). Esta discrecionalidad atribuida a los jueces fue criticada por prestigiosos juristas como Llambías o Belluscio, quienes la califican de exagerada discrecionalidad y afirman que podía resolverse en términos matemáticos, como es la actualización de valores según la depreciación monetaria.

corpora un doble criterio de cálculo: las donaciones colacionables se valúan al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3477) y los bienes del caudal relicto se avalúan al momento de la partición. Esto se salva recurriendo a las obligaciones de valor, calculando el valor colacionable a la apertura de la sucesión, actualizable a la partición.

El proyecto actual dispone que en todos los casos, para la colación y el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo de las donaciones (art. 2445), apreciado a valores constantes. BELLUSCIO aplaude la propuesta, ya que vuelve al sistema del codificador, más aún, mejorándolo²⁵.

Conocida la masa de cálculo y el monto de las legítimas establecidas *in abstracto* por la ley, podemos determinar, en concreto, la porción legítima de la herencia, la cuota de legítima de cada legitimario si hay varios y la porción disponible²⁶.

El art. 2376 PCC indica que la masa partible se conforma con los bienes del causante existentes al tiempo de la partición; los que se han subrogado a ellos; los acrecimientos de unos y otros, para deducir luego las deudas y agregarle los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción.

2.2. Valor líquido

El art. 3602 CC señala que al “valor líquido” de los bienes hereditarios, se agrega el de las donaciones. La deducción del pasivo es previa a la agregación de las donaciones, los titulares de los créditos no pueden cobrarse más que sobre los bienes existentes al día del deceso. El proyecto se encausa en el mismo sentido como ya vimos (art. 2376).

Si deducidas las deudas, el caudal relicto fuera deficitario, porque el pasivo fuere superior al acervo constituido por bienes o valores hereditarios, la masa de cálculo se obtendrá exclusivamente con el valor de las donaciones. Si el causante dejó un pasivo superior al activo, el importe del déficit no debe deducirse del valor de los bienes donados, porque, como los acreedores de la sucesión no pueden cobrarse sobre esos bienes, pierden la diferencia²⁷ (la im-

25 BELLUSCIO, Augusto C. “Los puntos fundamentales del Anteproyecto de Código Civil en materia de sucesiones”. S.J.A. 2012/08/15-3; J.A. 2012-III.

26 Si los hijos del causante lo heredan por derecho propio y en partes iguales (art. 3565), a efectos de fijar la cuota de legítima, deberá dividirse la porción legítima global por el número de hijos que concurren -art. 3593 *in fine* CC-. Si lo hacen legitimarios con distinta porción legítima global (ejemplo: hijos y cónyuge, o ascendientes y cónyuge) la legítima individual o cuota de legítima de cada heredero se obtendrá según las normas de la legítima global mayor -la legítima menor se obtiene de la mayor- (art. 2446 PCC).

27 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*, T. II, 4ª Ed. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1958, pág. 105.

putación de las donaciones se produce en interés exclusivo de los legitimarios y no de los acreedores, a quienes no beneficia la colación ni la reducción). En igual sentido, se encauza el proyecto, cuyo art. 2445 indica que las porciones legítimas se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados *computables para cada legitimario* -es decir, no para los demás-, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación²⁸.

2.3. Imputación de las donaciones

Fijado el valor líquido de los bienes hereditarios, se incorpora el valor de todas las donaciones, aunque no se hayan verificado a través de un contrato de donación (por ejemplo una renuncia, cesión gratuita, donaciones directas o indirectas -arts. 3602, 3476, 3477, 3479 CC-)²⁹.

Se computan las donaciones a los propios legitimarios (sean en anticipo de herencia o sobre la porción disponible) y las efectuadas a terceros, cualquiera que sea la fecha de las mismas, aun aquellas efectuadas antes de la existencia del legitimario³⁰. Determinada la legítima y la porción disponible, se evaluará si ese legitimario puede accionar por reducción o no³¹. Tampoco es importante el tiempo que exista entre la donación y la apertura de la sucesión, todas se computan y son susceptibles de reducción³².

Si la donación es onerosa, sólo se computa en la medida en la que resulte gratuita (arts. 1825 y 1827 CC, 1564 PCC). Si se trató de una donación por partición hecha por un ascendiente, también se imputa, aunque se consideren a cuenta de herencia (salvo cláusula de mejora por testamento)³³.

28 La composición de la masa para la partición se realiza con los bienes del causante que permanecen hasta el acto partitivo o lo que se han subrogado a ellos, y los acrecimientos de unos y otros; aclara que “se deducen las deudas” y que finalmente “se agregan los valores que deben ser colacionados y los bienes sujetos a reducción” (conf. art. 2376 PCC).

29 Debe tratarse de donaciones verdaderas y se incluyen todas, directas, simuladas, sean muebles, inmuebles o valores. Las donaciones que se hacen ingresar a la masa para calcular la legítima, son las mismas sujetas a reducción, ya que si alguna liberalidad no fuera reducible, tampoco deberá incluirse en la masa de cálculo.

30 Sólo puede demandar la reducción el heredero que existía a la fecha de la donación (art. 1832, inc. 1º CC). Pero una cosa es demandar la reducción de una donación y otra muy distinta el requerir su inclusión para el cálculo de la legítima.

31 Puede suceder que alguno tenga la acción, otro no, o que no la tenga ninguno. Pero aunque ninguno pueda accionar, siempre resultará útil computar la donación anterior.

32 Son situaciones diferentes: una cosa es que una donación se compute y otra es que sea susceptible de reducción (por ejemplo: una donación hecha antes que nazca el legitimario).

33 El proyecto incorpora un último párrafo al art. 2445 que establece que “para el cálculo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables

2.4. Porción disponible

La porción disponible es la fracción hereditaria no comprendida dentro de la legítima protegida por la ley y puede ser objeto de disposiciones a título gratuito (conf. art. 3602 CC y 2445 PCC). Se obtiene restando de la masa de cálculo (activo líquido más donaciones), la porción legítima según el tipo de heredero existente (en abstracto, se fija en un quinto para los descendientes; un tercio, si son ascendientes y de un medio si se trata del cónyuge supérstite; mientras que en el proyecto, la porción disponible se amplía al tercio en caso de los descendientes; la de los ascendientes, al medio y la del cónyuge permanece en la misma alícuota).

Si, establecida la legítima, el activo líquido integrado con bienes hereditarios fuera suficiente para colmar la cuota correspondiente, las donaciones hechas por el causante se reputarían efectuadas con imputación a la porción disponible, salvo que hubiesen beneficiado a un legitimario, en cuyo caso, conforme con el art. 3476 CC habrán de considerarse como anticipo de su porción hereditaria y deberán colacionarse.

2.5. Mejora

El causante puede destruir la presunción de anticipo, declarando que quiere mejorar al donatario con un legado o dispensándolo de colacionar de manera inequívoca lo que se deduce de la porción disponible.

El proyecto en la última parte del primer párrafo del art. 2385 establece que no se debe colación cuando exista dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento³⁴. Así, se revierte la limitación de nuestro Código Civil que establece en el art. 3484 que “la dispensa de la colación sólo puede ser acordada por el testamento del donante, y en los límites de su porción disponible”, y el art. 3524 CC concluye que en la partición por donación, no puede haber cláusula de mejora.

Esto quiere decir que los legados o las donaciones que el causante haya hecho en vida al legitimario que acepta la herencia, se imputarán en principio a su porción hereditaria como anticipo de herencia (art. 3476 CC), pero si en el

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”.

34 La mejora es un acto directamente encaminado a beneficiar, que contiene dentro de sí la liberalidad, mientras que la dispensa, obra sobre una donación ya existente, a la que le da carácter distinto.

testamento del donante se lo dispensa de colacionar el valor de lo donado, este se imputará a la porción disponible a título de mejora³⁵.

El proyecto establece, conforme con el art. 2411, que la persona que tiene descendientes puede hacer la partición de sus bienes entre ellos por donación o por testamento y el art. 2414 amplía la forma de efectuar la mejora ya que señala que en la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente, ya sea en la donación o en el testamento.

2.5.1. Mejora al heredero con discapacidad

El proyecto establece que el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad (conf. art. 2448)³⁶. Ello constituye el reconocimiento a la función social de la herencia como herramienta equiparadora de posibilidades³⁷.

El proyecto aclara que una persona con discapacidad es toda aquella que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social presenta desventajas considerables para su integridad familiar, social, educacional o laboral³⁸. Así, quien intente realizar tal mejora podrá hacerlo “por el medio que estime conveniente”, con lo cual ya no queda reducida al testamento ni a la donación, sino que por tal puede entenderse cualquier medio fehaciente e incluso mediante fideicomiso (el art. 2448 PCC expresamente lo cita).

3. Protección de la legítima

Distintos son los dispositivos legales tendientes a proteger la legítima, algunos de los cuales operan automáticamente³⁹ mientras, en otros casos, la

35 La doctrina ha cuestionado la literalidad del concepto, propiciando que la dispensa pueda exteriorizarse en documento auténtico, por ejemplo, en la misma donación, sin arribar a un pronunciamiento unívoco.

36 La Com. 7 de la XXIV J.N.D.C. concluyó incorporar al cónyuge discapacitado, reemplazar herederos con capacidad restringida por herederos con discapacidad y adecuar la definición de personas con discapacidad del art. 2448 del proyecto, adecuándola a la definición de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad (ley 26.378).

37 CÓRDOBA, Marcos. “Las reformas en materia de sucesiones”. *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Director Julio César Rivera, Coordinadora Graciela Medina, ed. Abeledo Perrot, Capág. XV, pág. 1105.

38 ¿Quién certificará tal alteración en particular cuando su afección no sea física y notoria y si la misma es permanente, prolongada o transitoria; y quién evaluará las desventajas que le signifique tal discapacidad? Cuestiones que quedaron sin previsión alguna.

39 a) Ineficacia de condiciones y gravámenes: art. 3598 CC considera no escrita, toda cláusula testamentaria por la cual se impusieron condiciones o gravámenes a la porción le-

defensa se ejerce por vía de acción. El Código Civil, a diferencia del proyecto, contempla la acción de rescisión contra la partición hecha por donación de ascendientes a los descendientes, la que puede intentarse después de la muerte del ascendiente, cuando no salva la legítima de alguno de los herederos (conf. art. 3536 CC). Ambos cuerpos normativos tratan la acción de preterición por la que el heredero legitimario preterido u omitido en el testamento del causante puede exigir que se salve su legítima (art. 3715 CC y 2450 PCC); las de complemento y reducción cuando se haya dejado al heredero forzoso, por cualquier título, menos de la legítima (art. 3600 CC y 2451 PCC) o se la haya menguado por disposiciones testamentarias (art. 3601 CC y 2452 PCC) o por donaciones inoficiosas (art. 1830 CC y sgts. y 2453 y sgts. PCC).

3.1. Principio de integridad

La legítima se juzga inviolable y las disposiciones que la fijan y protegen son de orden público; debe ser entregada al heredero íntegra, libre e intacta: no ha de ser disminuida ni tampoco afectada. Cualquier gravamen o condición que se le imponga, es nula (conf. art. 3598 CC y art. 2447 PCC). Siempre que sean respetadas las legítimas de sus hijos, los padres pueden hacer partición de bienes por testamento o por donación, pueden adjudicarlos y dividirlos como crean mejor (arts. 3514 y 3523 CC y 2411 PCC), incluso pueden establecer el condominio del patrimonio heredado por 10 años (ley 14.394).

A partir de la ley 24.441 y de la posibilidad de hacer fideicomiso por testamento, se ha planteado a qué título recibirá los bienes fideicomitados el beneficiario o fideicomisario al tiempo de la extinción del fideicomiso, porque de ello dependerá la impugnación que podrán efectuar los legitimarios si la gratuidad del acto testamentario afecta sus legítimas, a través de la acción de reducción. Pensamos que en la generalidad de los casos será a título gratuito y que si el bien o los bienes fideicomitado(s) que sea(n) imputado(s) a la porción disponible del testador, no alcanza(n) a agotarla, no hay duda de que el acto será plenamente válido y eficaz.

Sin embargo, el caso de que se involucren bienes que superen la parte disponible y se afecte la legítima, dos respuestas se imponen como posibles.

gítima (en igual sentido el art. 2447 PCC). b) Nulidad de pactos o convenios sobre la legítima futura. El heredero presuntivo que hubiere aceptado o renunciado la sucesión de una persona viva, podrá aceptarla o repudiarla después de la muerte de dicha persona (conf. arts. 3312 y 3599 CC y 1010, 2286 y 2449 PCC). c) Inoponibilidad de las transferencias presumidas como liberalidades entre el causante y los legitimarios, con la salvedad de admitir como pacto de mejora tácito, sólo colacionable por el valor que exceda de la porción disponible (conf. art. 3604 CC y art. 2461 PCC).

La primera, tradicional, con fundamento en el orden público, hace lugar a la acción de reducción. La segunda, en posición que compartimos, sostenida por ARMELLA, ORELLE y CAUSSE⁴⁰, considera que este supuesto es una excepción a la intangibilidad de la legítima, que sólo se verá postergada temporariamente en la partición de bienes (art. 3452 CC), en miras a bienes fideicomitidos que le correspondan al heredero incapaz, en tanto y en cuanto se involucre en el acto a todos los legitimarios como fideicomisarios y no se pretenda beneficiar, a través de esta figura, a alguno de entre todos.

Así como la afectación a un inmueble al régimen de bien de familia (ley 14.394) por vía testamentaria y la indivisión forzosa por voluntad del testador (art. 51) convenida por los herederos o porque el cónyuge supérstite se opone a la partición (art. 53), se consideran excepciones al derecho de pedir la partición de los bienes en cualquier tiempo⁴¹ así puede interpretarse cuando la finalidad del fideicomiso es la administración e inversión tendiente a la protección y al desarrollo del patrimonio de incapaces o de la familia toda y, armonizando la legislación vigente, podría pensarse en una postergación de la disponibilidad de los bienes del causante, aplicando los plazos vigentes para las divisiones postcomunitarias hereditarias (ley 14.394).

Fue así discutido en la XXXII Jornada Notarial Bonaerense, donde se aprobó por mayoría el siguiente despacho: "El fideicomiso testamentario puede interpretarse como una excepción más a la disponibilidad inmediata de la legítima por parte de los herederos forzosos cuando los bienes fideicomitidos exceden la parte disponible y los beneficiarios fueren menores o incapaces". De la misma forma, las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA 2013) declararon en mayoría que la ley 24.441 en su art. 4° inc. c) constituye una excepción a la prohibición de condicionar la legítima (art. 3598 CC)⁴².

3.2. Irrenunciabilidad de la legítima futura

No se admiten pactos de herencia futura ni sobre la legítima -arts.1175, 3311 y 3599 CC y 2449 PCC-. Toda renuncia sería sin valor y el que la efectúe

40 ARMELLA, Cristina N. - Orelle, José M. y Causse, Jorge R. *Financiamiento de la Vivienda y de la Construcción*. Ley 24.441. Ed. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1995, pág. 240.

41 "Los arts. 51 y siguientes ley 14.394 han modificado explícita e implícitamente disposiciones del Código Civil". "Llantada, Próspero s. Suc." Cám. 1º Apelac. Mar del Plata. Fallo del 28/4/64, JA. 1964-V-216 y L.L. 115-167. Confirmado por la Suprema Corte de Buenos Aires. Fallo del 27/12/66, J.A. 1967-VI-489 (Sec. Prov.). Con nota de Guastavino, Elías P. "Legítima y Bien de Familia".

42 La XXIV JNDC, UBA 2013, en despacho unánime, señaló como posible el plazo de 30 años.

antes de morir el causante, no quedará atado a ella⁴³. Pero si recibió algo por la renuncia o el pacto, se le descontará, se le imputará a la parte legítima (como colación) y no a la porción disponible -art. 3599 *in fine*-.

La doctrina mayoritaria ha interpretado que el consentimiento que dan los herederos en aquellas donaciones simuladas (conf. art. 3604 CC), implica una derogación excepcional a la prohibición de pactar sobre herencias futuras⁴⁴.

Los coherederos no pueden consentir con una enajenación gratuita que afecte sus derechos hereditarios; sólo podrían -en este caso- reconocer que hubo otros beneficios recibidos del donante (por ejemplo: donaciones manuales)⁴⁵.

El proyecto en su art. 1010 indica que la herencia futura no puede ser objeto de los contratos, ni pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto que se trate de pactos relativos a una explotación productiva o participaciones societarias con miras a la conservación de la empresa, o a la prevención de conflictos que puedan incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de otros legitimarios, mientras no afecten la legítima, ni los derechos del cónyuge o de terceros.

3.3. Acciones de complemento y reducción

Ambas acciones se identifican y deben compatibilizarse. La acción de complemento alude a la integración de la cuota -el complemento-, mientras que la de reducción prevé el modo de lograr dicho complemento, reduciendo los legados o las donaciones en la medida en que están sujetas a declaración de inoficiosidad (arts. 3601, 1830 y 1831 CC). Si está afectada la legítima hereditaria, procederá la acción de reducción. La reducción se ejerce hasta lograr el complemento de la legítima y ese es su límite. Si la cuota de legítima está cubierta, las donaciones o legados que realizó el causante serán inatacables y se imputarán a la porción disponible.

La acción de reducción o de complemento se ejerce como excepción, negándose el heredero a entregar la cosa legada o frente a una donación aún

43 C.N.C., Sala B. 20-02-2002. "Renuncia a la legítima futura, vedada por la norma del art. 3599 CC".

44 ARMELLA, Cristina N.; Llorens, Luis R.; Lamber, Rubén A. *Usufructo y Donaciones como Negocios Jurídicos Familiares*, Ed. Centro Norte. Buenos Aires, pág. 140. Llorens considera que dicho consentimiento es una manifestación de los coherederos acerca de la sinceridad del acto, reconociendo que la contraprestación se abonó.

45 Debe tenerse especial atención al momento de incorporar este tipo de declaraciones en los textos escriturarios a los fines de demostrar la sinceridad de las manifestaciones vertidas.

no aceptada por el donatario y cuyo cumplimiento demanda este donatario con posterioridad a la muerte del causante; o de acción, en caso de una donación hecha en vida que ha transferido la propiedad, para traerla a su límite exacto o anularla íntegramente.

3.3.1. Objeto de la acción de reducción

La acción de reducción pretende reintegrar, al activo líquido del patrimonio hereditario, valores en cuanto excedan la porción disponible y no los bienes mismos⁴⁶. La suma de las donaciones que haya hecho el causante serán pasibles de la acción: si el causante hizo sólo una donación, ésta será disminuida; si hizo más de una, podrán quedar afectadas las últimas, pero alguna subsistirá o lo hará en parte.

Debe tratarse de verdaderas donaciones, todo lo que se colacione, será reducible⁴⁷; pero no se reducen las liberalidades que no sean colacionables. Las donaciones deben ser gratuitas, no remuneratorias si son con cargo⁴⁸, sólo en la parte de gratuidad que contengan (art. 1832 inc. 2º CC).

3.3.2. Orden en que opera la reducción

Tanto el Código Civil como el proyecto prevén que no se llegará a las donaciones mientras pueda cubrirse la legítima, reduciendo a prorrata o dejando sin efecto los legados (conf. art. 3602 CC y 2453 PCC). El principio que rige es que se empiece la reducción por las últimas donaciones, siguiendo un orden cronológico inverso⁴⁹.

Las donaciones no se reducen a prorrata porque, en principio, no hay simultaneidad; y si la hubiera, se reducirían proporcionalmente. Se reduce primero la última donación y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante (conf. art. 2453 PCC); las de igual fecha, se reducen a prorrata.

46 LAFAILLE, Héctor. *Curso de Derecho Civil (Sucesiones)*, T. 2, Ed. Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1932.

47 Si un heredero puede obligar a otro a que traiga el valor de lo donado con el fin de restablecer la igualdad, con mayor razón frente a un tercero a los fines de proteger su legítima.

48 CNCiv, Sala B, 3/5/60, LL 99-719. "Badaracco D. s/suc y otros c/ Vidal de Tejada, María I.": "Si la prestación efectivamente cumplida por la demandada hubiera absorbido o al menos representado equitativamente, el valor íntegro del bien transmitido por el padre de los actores, el acto debe reputarse totalmente oneroso, no sujeto a ninguna de las condiciones de las donaciones gratuitas -arts. 1827 y 1828 CC-, e insusceptible de reducción como donación inoficiosa -art. 1832 CC-".

49 Las donaciones cupieron dentro de la porción disponible y el que las hizo entregó lo que podía entregar; las que atacan la legítima son las que vienen después de agotada la porción disponible. Si se redujeran proporcionalmente todas las donaciones o estas junto con los legados, estaríamos dejando en manos del autor un modo indirecto de anular las primeras, efectuadas dentro de la porción disponible.

3.3.3. Donaciones Inoficiosas

Si el total de las liberalidades hechas por el causante excede la porción disponible, hay inoficiosidad⁵⁰ de las mismas (art. 1830 CC). El proyecto prescribe que se considera inoficiosa la donación cuyo valor exceda la parte disponible del patrimonio del donante (conf. art. 1565), y advierte que si la donación es a un descendiente o al cónyuge, a la porción disponible, corresponde sumarle la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, la que está sujeta a reducción por el valor del exceso (conf. art. 2386).

La donación inoficiosa sólo podrá impugnarse por los herederos forzosos, después de que ha fallecido el donante; mientras tanto, nadie tienen acción.

Algunos autores -posición que no compartimos- sostienen que toda donación proviene de un título que en virtud de la ley, conlleva la posibilidad de ser resuelto o revocado⁵¹, tesis que es receptada en el primer párrafo del art. 2454 del proyecto.

3.3.4. Donaciones a herederos forzosos

En honor a la brevedad, nos limitamos a sintetizar que -a nuestro entender-, corresponde aplicar las reglas de la colación a las donaciones a legitimarios. Es decir, no se devuelven las cosas mismas, sino que se consideran los valores. La acción es personal entre coherederos sin efectos reales para los terceros adquirentes (no se aplica el art. 3955 CC).

Los herederos forzosos a quienes se hace una donación, deben reunir a la masa los *valores* dados en vida por el difunto (conf. art. 3477 CC y art. 2385 PCC). En la colación, las cosas donadas a un heredero quedan irrevocablemente en su propiedad y sólo se considera el valor de ellas en la cuenta de partición. El propósito de la ley ha sido y *debe ser* el de dejar irrevocablemente adquirido el dominio en cabeza del legitimario donatario⁵².

Lamentablemente, el proyecto no dilucida esta cuestión, sino que deja abierto un abanico de alternativas hermenéuticas aunque alineado en un sentido que difiere con nuestra posición interpretativa. El art. 2453 establece genéricamente y sin distinciones que el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Encontramos el único elemento de

50 Conf. GARCÍA GOYENA el calificativo de inoficiosa no resulta apropiado en materia de donaciones, ya que al tiempo de la donación no se sabe cuál será la composición del patrimonio al día de su muerte, época en la que se sabrá si fue o no inoficiosa. López de Zavalía, Fernando. Ob. cit., T. I. pág. 517.

51 ZANNONI, Eduardo. *Derecho Civil - Derecho de las Sucesiones*, T. 2, 4ª ed., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1997, pág. 193.

52 También teniendo en cuenta el art. 3604 CC en los casos en que el causante ha disimulado la donación bajo la forma de contrato oneroso, la ley computa valores.

disquisición en el art. 2445, el cual predica que las porciones legítimas se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante, más el de los bienes donados y aclara que “para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles...”. Lamentablemente no creemos -y no surge claramente de su letra- que haya querido referirse con donaciones colacionables a las realizadas a favor de legitimarios y las reducibles a terceros. Sería muy oportuno salvar esta omisión a fin de evitar innumerables inconvenientes generadores de inseguridad en el tráfico jurídico⁵³.

3.3.5. Donaciones a terceros

La incertidumbre generada por ciertas posiciones sobre si la acción de reducción implica la restitución del valor excedente o del inmueble mismo que fue donado a un tercero, para cubrir la legítima, ha provocado el desaliento al otorgamiento de este tipo de donaciones.

La actualidad nos encuentra con dos posiciones fuertemente definidas: para la mayoría de la doctrina civilista, parte de la jurisprudencia y el notariado porteño, esta acción tiene efectos reipersecutorios (y así también lo concluyó la mayoría en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en septiembre de 2013); y para una minoría de la doctrina civilista, parte de la jurisprudencia y mayoría del notariado argentino (excepto Capital Federal), no los tiene. Nosotros pensamos que la acción no tiene efecto reipersecutorio, lo que no significa que no pueda exigirse nunca el inmueble al adquirente de un donatario, sino que podrá hacerse por otros medios y a través de otros institutos, recurriendo a la gratuidad del acto, la mala fe del tercero, la simulación, el fraude, por citar algunos.

Del rechazo provocado en algunos tribunales, de las actuaciones promovidas en juicios sucesorios para probar que no hay herederos, se evidencia el estado de indefensión que tiene el donatario -no legitimario-, ya que teniendo un derecho, no puede defenderlo⁵⁴. El problema se plantea también si no existen herederos legitimarios, porque mientras no presenten, el título no puede sub-

53 Para F. CERÁVOLO se impone hacer la salvedad correspondiente en el art. 2453, agregando a continuación de su primer párrafo: “a quienes no fueren herederos legitimarios del donante”. “Donaciones inoficiosas. Propuesta de modificación del Proyecto de Código”. L.L. 08/11/2012.

54 CNCiv. Sala H. “Soncin, Zulema A.” 20/11/96. La donataria inició proceso sucesorio del causante donante a los efectos de perfeccionar su título, lo que le fue rechazado por falta de interés suficiente para promover el mismo: “No existe acción idónea para obtener el perfeccionamiento del título (...) tal extremo sólo se configurará ante el vencimiento del plazo de prescripción de la acción mencionada (reducción) cuyo cómputo se inicia a partir del fallecimiento de causante”.

sanarse⁵⁵, por lo que el bien quedará fuera del comercio. Derogar el art. 3955 CC, tampoco es la solución, porque generaría una verdadera desprotección a la legítima si no se complementa con otras normas. Asumimos que esta ha sido la postura minoritaria y que el proyecto actual recoge la opinión dominante. Aspiramos a que se revea la tesis y se establezca el alcance no reipersecutorio de la acción de reducción, como también que toda acción se agote con el donatario o sus sucesores universales.

3.4.1. Caso en que el donatario conserva el bien en su patrimonio

Cuando el donatario conserva el bien en su patrimonio, puede ofrecer entregarlo, es decir, restituir en especie; y puede suceder que con la restitución del bien a la masa hereditaria, los legitimarios deban satisfacer al donatario, la diferencia del valor en cuanto excede de lo necesario para cubrir la legítima; o bien, el donatario puede pagar su valor o la parte que salve la legítima, para conservar el bien recibido en donación⁵⁶. El proyecto asigna expresamente esta facultad al donatario, a punto tal que este puede “impedir” la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima (conf. párr. 3, art. 2454). Esta atribución también es operativa para aquellos casos en los que la reducción es parcial, sea el bien donado divisible o indivisible.

3.4.2. Caso en que el bien hubiese perecido en poder del donatario

Se aplica aquí, por analogía, lo previsto en los arts. 584 a 590 CC. La cosa habrá perecido para los herederos cuando el pericimimiento fuera sin culpa del donatario. El bien donado no habrá de computarse en la masa de cálculo y, por lo tanto, la legítima y la porción disponible se calcularán sobre los restantes bienes. Si la cosa hubiera perecido por culpa del donatario, este habría sido responsable frente a los herederos por el equivalente y los perjuicios e intereses. El proyecto (art. 2455) aporta claridad en este sentido y establece que si el bien perece por culpa del donatario, este debe su valor. Si perece sin su culpa,

55 Se han intentado modalidades compensatorias, aun cuando no ha habido herederos legitimarios, con la intención de perfeccionar el título, que han sido ignoradas, sospechadas de simulación o por el valor que representan. Se han buscado mecanismos de subsanación a través del transcurso de los 10 años del fallecimiento del donante, se halla transmitido el bien a terceros o continúe en poder del donatario; transcurrido el plazo de la usucapión larga desde la donación, en iguales casos; el distracto (doctrina notarialista porteña, doctrina civilista y mayoría de jurisprudencia); por renuncia a la acción de colación o reducción de los herederos declarados; reconocimiento de una simulación, o de la onerosidad, o de adeudar alimentos al donante; o reconocer cargos omitidos en la donación.

56 Conf. LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., pág. 181; Fornieles, Salvador. Ob. cit., pág. 81.

el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente. Debería también preverse el supuesto de que el bien hubiera perecido sin culpa del donatario y este hubiera percibido una indemnización -como acontece con la colación-, en cuyo caso, ese importe debería haberse computado para el cálculo de la legítima⁵⁷.

3.4.3. Caso en que el donatario hubiese transferido el bien a terceros

Debido a que la donación no es un acto nulo o anulable, no es de aplicación el art. 1051 CC, por lo que es irrelevante si el donatario transmitió por título oneroso o gratuito. Para quienes la acción es personal, podría reclamarse al titular dominial (incluso sucesor del donatario a título oneroso) el valor del inmueble; pero entonces quien es titular del inmueble, si bien no lo pierde, debería pagarlo dos veces.

La cuestión es si quien es sucesor por actos entre vivos de quien adquirió por una donación, en caso de que sufriera el embate de la acción contra él, podría obligar al heredero accionante a aceptar una suma de dinero equivalente al valor reclamado que afecte su legítima, o este puede negarse e insistir en reclamar el inmueble mismo. Claro es que, si ambos se ponen de acuerdo y convienen una suma de dinero, u otro bien en dación en pago y hay acuerdo, nada hay que discutir. Si no hubiera acuerdo, para la mayoría de la doctrina civilista, se habría podido obligar al heredero a recibir dinero. Esta parecería ser la posición plasmada en el art. 2458 del proyecto.

El art. 2457 PCC indica que la reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. El art. 2458 PCC termina con la discusión, aún sin indicar la naturaleza de la acción y señala que el heredero preterido puede perseguir contra terceros adquirentes, los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero, el perjuicio a la cuota legítima. El art. 2459 PCC concluye que la acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente, quienes han poseído la cosa donada durante 10 años computados desde la adquisición de la posesión, y se aplica aquí la unión de posesiones prevista en el art. 1901 PCC.

57 FERRER, Francisco; Córdoba, Marcos M. y Natale, Roberto M. "Observaciones al proyecto de Código Civil y Comercial en materia sucesoria". Revista de Derecho de Familia y de las Personas, N° 9, 2012, pág. 137.

3.5. Donatario insolvente

LÓPEZ DE ZAVALÍA⁵⁸ indica que tres soluciones se han propuesto para el tema, y se ha inclinado por la última: 1) la que sacrifica la legítima entiende que la reducción es soportada por el legitimario; 2) la que sacrifica la porción disponible y la insolvencia es soportada por el donatario anterior ya que contra él se dirige el legitimario; 3) el valor de esa donación no se computa para formar la masa de cálculo y la insolvencia es soportada, en parte, por el legitimario y, en parte, por el donatario anterior.

El art. 2456 PCC establece que, en caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria del art. 2458 PCC, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior.

3.6. Legitimación para demandar la reducción

En virtud de que la acción ampare la legítima, está claro que tienen la legitimación todos los herederos forzosos⁵⁹. Es necesario ser legitimario, haya aceptado con o sin beneficio de inventario. Si es heredero puro y simple, es incompatible con la acción de reducción y se entiende tácitamente renunciada⁶⁰. Al que ha renunciado se lo juzga como si nunca hubiera sido heredero (art. 3353 CC) y quien acciona por reducción acepta tácitamente la herencia (art. 3319 *in fine* CC).

Quienes acuden por representación del renunciante (art. 3554 CC), o del indigno (art. 3301 CC) y del desheredado (art. 3749 CC), pueden intentar la acción como así también el heredero preterido, cuya legítima debe quedar a salvo (art. 3715 CC)⁶¹.

Los acreedores de los herederos podrían accionar en la medida de sus créditos en nombre del deudor, como si fuera este quien acciona (conf. art. 1196 CC y 739 PCC)⁶². Para los acreedores del causante, los bienes donados por el

58 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., pág. 549.

59 Los donatarios, los legatarios, no pretenden ninguna reducción, todo lo contrario, se oponen a ella.

60 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., pág. 550.

61 Si la adopción es plena se juzga como si el adoptante hubiera engendrado al adoptado (art. 323 CC) En la adopción simple, la situación es diferente según título de adquisición de los bienes del adoptado (art. 333 CC).

62 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., pág. 524. Para este autor, desde que la letra de la ley dice que la reducción "sólo" puede ser demandada por las personas que enumera, ni los acreedores del heredero ni del causante podrían pretender ejercer la acción por vía subrogatoria.

difunto salieron de su patrimonio y dejaron de ser garantía de sus créditos, aunque siempre podrán ejercer la acción pauliana o la acción de simulación⁶³. Los acreedores de la sucesión, sólo en caso de que el heredero acepte la herencia pura y simple, y recupere algún objeto para completar su legítima, podrán así embargarlo, pero no ya como acreedores de la sucesión, sino como acreedores personales del heredero que aceptó la herencia sin beneficio de inventario y, por lo tanto, responde con todos sus bienes -entre los que se encontrarán los ingresados como consecuencia del triunfo de la acción de reducción- por las deudas del causante.

Conforme con el art. 1832 inc. 1º CC, la reducción de las donaciones sólo puede ser demandada por los herederos forzosos que existían a la época de la donación, pero si existen descendientes que tienen derecho a ejercer la acción, también competirá el derecho de obtener la reducción a los descendientes nacidos después de la donación⁶⁴. Este inciso 1º exige que el heredero forzoso exista en la época de la donación, refiriéndose a una existencia física, pero acompañada de un vínculo, que le da la calidad de heredero forzoso, que parece redundante en el caso de ascendientes y descendientes pero no es así en el caso del cónyuge, la nuera viuda, y parientes en razón de adopción. El cónyuge que existía como persona, pero no revestía la calidad de cónyuge⁶⁵ al momento de la donación, no puede demandar reducción⁶⁶; en el caso de la adopción, si la liberalidad se hizo antes de la promoción de la acción de acción que condujo a la sentencia que acordó la adopción.

63 Si la sucesión es insolvente, los acreedores del causante tienen prioridad sobre los legatarios (art. 3797 CC) Este artículo se aplica aun cuando no existan herederos legitimarios, o cuando existan, aún comprometiendo la legítima. "Primero es pagar que heredar".

64 BUERES, Alberto J. y Highton, Elena I. *Código Civil y normas complementarias*. T. 4D. Ed. Hammurabi. Buenos Aires, 2003. Resulta indiferente que el heredero que demande la reducción de las donaciones que lo perjudican, hubiera nacido o no al tiempo de la celebración de la donación, pero a condición de que exista al tiempo de la misma, por lo menos un heredero. Así también los que hubieren nacido antes, pero reconocidos con posterioridad a la donación.

65 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., pág. 522. Para que la nuera viuda pueda atacar una donación, la misma deberá haber sido otorgada después de que ella haya adquirido su calidad de nuera viuda; las anteriores a su estado de viudez serán computadas para calcular la porción legítima que haya correspondido al esposo, si viviera, y así determinar el cuarto que le corresponde a ella, pero una vez obtenido ese cuarto, sólo podrán demandarse en reducción las liberalidades posteriores a su viudez.

66 J.A. 25, año 1927, pág. 927. En un juicio por cumplimiento de boleto, el comprador demandó por rescisión, ya que en los antecedentes de su vendedor había una donación de una persona soltera a un tercero, invocando el art. 1425 CC, a lo que la Cámara contesta rechazando la acción porque a la fecha de la donación no existían herederos legitimados para iniciar la acción de reducción.

Los descendientes nacidos después⁶⁷ y los adoptados con adopción plena, simple y sus descendientes podrán obtener la reducción de la donación (conf. art. 132 inc. 1º CC) a través de una especie de vía refleja, ya que para que un descendiente nacido después de la donación tenga derecho a ejercer la acción, será preciso que sobreviva, al donante, un descendiente que ya existía a la época de la liberalidad⁶⁸. En el mismo sentido se expide el proyecto en su art. 2417.

La acción de reducción es divisible, por lo cual, si son varios legitimarios, cada uno puede intentarla por su parte.

3.7. Renuncia a la acción de reducción

Se puede hacer una renuncia expresa, indubitable, a la acción de reducción sin renunciar a la herencia⁶⁹. La renuncia tácita podría tener lugar cuando el heredero forzoso cumpla algunos legados que comprometan su legítima, a menos que luego pruebe su ignorancia respecto a la cantidad de bienes heredados. La renuncia a la sucesión comprende la renuncia a la legítima.

3.8. Prescripción de la acción de reducción

Para quienes la acción de reducción es una acción real, sólo se paraliza frente a la prescripción adquisitiva a favor del donatario o del tercero a quien se han transferido los bienes donados, y se discute si el accionado puede o no invocar la buena fe, a los fines de disfrutar o no de la usucapión breve. Para quienes opinan que es una acción personal, la prescripción que se aplica es la de 10 años del art. 4023 CC, contados a partir de la muerte del donante. El art. 2459 PCC establece que la acción de reducción no procede contra el donatario

67 Debe entenderse que “nacidos después” se refiere a “concebidos después”, ya que los concebidos antes y nacidos después no tienen por vía refleja la acción, sino que la tienen directamente, porque “existían” al momento de la donación.

68 Si, teniendo un hijo, el donante hace una donación y luego el hijo fallece, no porque nazca después otro hijo, este tendrá la acción de reducción. Así es que la ley no sólo se conforma con que exista un heredero forzoso con derecho a ejercer la acción, sino que exige que sea un descendiente, y habiendo ese descendiente, no ha dicho que le compete la acción a los herederos forzosos que surgirían después, sino que exige que se trate de descendientes nacidos después. Así, si al tiempo de la donación, hubiera un cónyuge, él podría intentar la reducción como heredero forzoso, pero no es soporte a la reducción que inicien los hijos, ya que el cónyuge no es descendiente. Y si al momento de la donación había un hijo, y luego se casó el donante, el hijo podrá ejercer la acción de reducción, pero no el cónyuge supérstite.

69 La acción de reducción es de orden público por proteger la legítima y, por lo tanto, no es renunciante antes de la muerte, ni admite dispensa.

ni contra el subadquirente, quienes han poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión, es decir, sin importar que haya fallecido o no el donante. Esta situación es positiva ante la incertidumbre que existe en la actualidad frente a los diez años que se computan a partir del fallecimiento del donante (conf. art. 3955 CC)⁷⁰.

Podemos suponer⁷¹ que si la posesión se adquiere en el mismo acto de la donación (existiendo transmisiones se unen las posesiones -art. 1901 PCC-), es de buena fe⁷², y a través de un vínculo jurídico. Así, el subadquirente que recibe de quien adquirió por donación (título legítimo, no prohibido) podría estar sujeto a una acción de reducción si, en el plazo indicado, se presentase algún legitimario que reclamara su perjuicio causado por la donación, por lo que conocería el título que causó su transmisión, pero que por esta razón pensamos que no lo transforma en mala fe⁷³.

El art. 2450 PCC indica que la acción de entrega de la legítima también es tenida por el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones. En este caso, la acción que tiene el legitimario es la de reducción, regulada en los artículos que le siguen, por lo que esta mención está de más y debería suprimirse por incorrecta.

70 ¿Qué sucede con las donaciones hechas con anterioridad a la sanción del proyecto? Se debe aplicar en principio la nueva ley, ya que la misma opera sobre las consecuencias del acto celebrado. Conforme con el art. 2537 PCC “los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior. Pero si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia”. En caso de que el plazo conforme al Código Civil haya transcurrido por efecto del cómputo desde la muerte del causante, se aplicará la ley anterior.

71 El artículo no aclara que la posesión a la que se hace referencia es la que se adquirió *por esa donación*, y no por otro título anterior, por ejemplo, un usufructuario al que luego le donan la nuda propiedad. Hubiera sido deseable que fuera indicado expresamente y no diera lugar a dudas. Pero quien alegue lo contrario deberá probarlo.

72 En la accesión de posesiones breve, ambas deben ser de buena fe. ¿Podría considerarse que el adquirente (ejemplo: comprador) sabía o debía saber que el título de su enajenante estaba afectado por una posible violación a la legítima? Esta alternativa podría surgir del hecho de no ser el donatario un heredero forzoso del donante. Pero la remisión al art. 1901 que realiza el 2459 es al solo efecto de enfatizar la idea de la aplicación de la accesión de posesiones (interpretando que esos 10 años pueden ser aprovechados *también* por el subadquirente), pero no que impida la aplicación de ese plazo por renegar de la “buena fe” del adquirente. Ese adquirente siempre podrá aprovecharse de los 10 años transcurridos desde la donación, aun cuando él haya adquirido directamente de ese donatario.

73 Si la buena fe consistiera en el análisis de la documentación conf. art. 1902 (estudio de títulos), no habría adquirente que pueda aprovechar el plazo de 10 años, por cuanto a todos les surgiría la donación del análisis de antecedentes. No tendría sentido que el art. 2459 permita al subadquirente aprovechar el plazo y en el art. 1902 se lo negara.

Los arts. 2451 y 2452 PCC refieren a la acción de complemento cuando el legitimario recibe, por cualquier título, menos de su porción legítima y el segundo a la acción de reducción, y limita esta última a la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados que hayan afectado la legítima del heredero forzoso.

El art. 2453 PCC refiere a la reducción de las donaciones inoficiosas en el caso de que reducir los legados sea insuficiente. Se las distingue como si fueran distintos tipos de acciones: la de complemento, la de reducción de la institución de heredero de cuota o de legados, y la de reducción de donaciones, cuando en verdad se trata de la misma acción de reducción que procede en todos estos casos (siendo esta, la doctrina y jurisprudencia lógica, sencilla y dominante, que el proyecto ha dejado de lado).

En el PCC, la donación no está afectada de nulidad si afecta la legítima; ante el reclamo por reducción, se puede entregar su valor en lugar de la cosa donada y, si nadie plantea la acción en el plazo establecido, el título queda perfeccionado⁷⁴.

No puede sostenerse que adquiere de mala fe quien lo hace de un donatario, porque sabe que lo hace como dominio revocable o sometido a una condición que acepta, y trata de unir posesiones para que el paso del tiempo produzca la extinción del posible reclamo de herederos legitimarios perjudicados⁷⁵. Queda claro que la acción de reducción se extingue por la prescripción corta, perfecciona lo que estaba sujeto a reducción, y el título deviene en dominio pleno y perfecto⁷⁶.

4. Diferencia entre la acción de reducción y la de colación

La acción de reducción tiene por objeto disminuir las donaciones que se hagan más allá de la porción disponible en mengua de la legítima de los herederos

74 Ahora sí, ya no puede dudarse de que con el transcurso de 10 años el problema se ha solucionado. El plazo de la prescripción larga se conserva en los 20 años. Así, al ser más extenso, no se interpondrá este último cuando el primero resulte más favorable a la circulabilidad de los títulos.

75 El art. 1902 PCC establece: "Cuando se trata de cosas registrables la buena fe requiere el examen previo de la documentación y constancias registrales, así como el cumplimiento de los actos de verificación pertinentes establecidos en el respectivo régimen especial".

76 La resolución de la donación por la violación de la legítima de un heredero forzoso, es una vicisitud diferente a la nulidad del indicado art. 392, por lo que dicho supuesto resolutorio no estaría comprendido en dicha norma, que deja a salvo los derechos adquiridos por el tercero de buena fe y a título oneroso. Tenemos también que el art. 392 PCC indica que: "Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo quedan sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso".

forzosos. Ampara sólo a la legítima, sin influir en las desigualdades que provengan de que el testador haya beneficiado a alguno de sus herederos forzosos.

La acción de colación, en cambio, se diferencia porque tiende a mantener la igualdad en el reparto de todos los bienes, y se funda en la idea de que no se ha querido establecer mejoras -situación que para los acreedores de la sucesión es ajena y no interesa-. Rige aun cuando envuelva una simulación.

Ambas acciones son exclusivas de los herederos legitimarios, pero por motivos distintos. Cuando la donación se hace con el propósito de mejorar se imputa a la porción disponible. Si se verifica como un adelanto, se imputa a la legítima. La colación se desinteresa de la protección de la legítima; resulta dispensable testamentariamente por el donante y se presume que no se dio para mejorar y no tiene como finalidad aportar bienes a la masa sino considerar sus valores.

Mientras la colación cuenta con un capítulo dentro del título de la división de la herencia en el Libro IV del Código, los arts. 3600 y 3601 CC se dedican a la acción de reducción específicamente -junto a algunas menciones en el título de las donaciones (arts. 1831 y 1832) y en el de prescripción-, lo que ha generado interpretaciones dispares en torno a los efectos de esta acción.

Adelantando nuestra opinión, expusimos que la acción de reducción es de carácter personal entre coherederos sin efectos reales para los terceros adquirentes⁷⁷. Cuando se insiste en el carácter real de la acción de reducción, indirectamente se sugiere instrumentar donaciones simuladas bajo el ropaje de algún acto oneroso y se desprotege así al heredero lesionado, quien tendrá que probar la simulación.

La donación, en cuanto transfiere la propiedad al donatario, es un hecho definitivo e irrevocable y la acción de reducción se refiere al valor que excede la parte disponible sobre la cual procedería una acción personal. A la misma conclusión se llega estudiando los arts. 1830 y 1831 CC, ya que en las donaciones inoficiosas no puede demandar el heredero sino su reducción para cubrir su legítima. En este sentido, expresa HELGUERA⁷⁸ que “La ley quiere que dicho heredero tenga derecho a salvar su legítima simplemente y para ello le basta la acción personal por reducción de la donación (...) no podría haber una acción

77 La XXXIII Jornada Notarial Bonaerense de 2003, concluyó que “1) La acción de reducción tiene siempre carácter personal. Es imposible asignar a la palabra ‘reivindicación’ del art. 3955 CC su sentido técnico (...) 2) Aun cuando se considere que esta acción personal tenga efectos reipersecutorios, posición que no compartimos, deben preservarse los derechos del tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, privilegiando la seguridad jurídica en la circulación de los títulos”.

78 En su voto. CNCiv. en el pleno, 11/06/1912, “Escary, José y otra v. Pietranera, Tancredi”. J.A. 1965-VI-127.

reivindicatoria sobre el total del bien raíz donado, ya que el interés es la medida de las acciones y que nadie puede reivindicar lo que no le pertenece...". El plenario "Escary c/ Pietranera" dispuso que "La acción reivindicatoria compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación inoficiosa, sujeto a reducción por comprender parte de la legítima del heredero". Esto paradójicamente y ante una lectura parcializada del fallo⁷⁹, desencadenó la errónea conclusión de que las donaciones a extraños (no legitimarios) son títulos imperfectos y pierden todo valor circulatorio en el mercado inmobiliario, por la sola sospecha de la existencia de dichos legitimarios.

Lo resuelto por la Cámara Nacional Civil en el citado plenario, sobre el art. 3955 del CC. y la existencia de una acción reivindicatoria contra terceros adquirentes, es sólo aplicable a casos como el allí juzgado: una donación inoficiosa con el agravante de que existía una heredera reconocida en la misma escritura.

No basta presumir hipotética y eventualmente que haya existido al momento de la donación, un heredero habilitado para accionar sobre el inmueble donado en los términos del art. 3955, ni conjeturar la posibilidad de una descendencia no probada para que 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 perturbar el dominio del adquirente.

No existe disposición alguna que prohíba donar a quienes no son legitimarios; la regulación en materia de donaciones carece de discriminación y las normas que originan el cuestionamiento demuestran que son válidas las donaciones a extraños, tanto como a legitimarios. Las normas de los arts. 1830 a 1832 CC, que se refieren a las donaciones inoficiosas, son excepciones que indican que, mientras la donación no excede la porción que el donante podía disponer, no es inoficiosa, sea a legítimo o a extraños. Pero aun cuando resulte inoficiosa cierta donación, ello no condena su validez ni su observabilidad, ya que podría suceder que los herederos legitimarios no demanden la reducción de ella; renuncien a demandarla; no renuncien a demandarlas, pero renuncien a la acción reipersecutoria sobre la cosa donada; fuesen compensados por un valor equivalente, dejando desierta la acción, por la onerosidad del complemento a la legítima. En el primer caso habrá que esperar que prescriba la acción y, en los últimos tres, el título observable se transforma en definitivamente perfecto⁸⁰.

79 El voto de Giménez Zapiola, en mayoría, se dijo que debía separarse la acción de colación de la reducción, para eximir a las donaciones entre legitimarios de toda acción reipersecutoria: "No es para mí dudoso, que tratándose de colación entre coherederos, tal acción reivindicatoria no existe, y no puede, por lo tanto, ser ejercitada contra terceros adquirentes de los bienes donados".

80 CERÁVOLO. Ob. cit. L.L. 08/11/2012. En su crítica al proyecto de Código Civil actual, recomienda: "...volver al texto del artículo 2340 del Proyecto de 1998, de él se desprende

5. Colación

5.1. Concepto

Se puede conceptualizar a la colación como la imputación de las donaciones realizadas en vida por el causante a cualquiera de los herederos forzosos que concurren a la sucesión, respecto de la parte o porción que al donatario corresponde en la herencia (conf. art. 3476 CC)⁸¹. Su finalidad conjuga dos directivas, la presunta voluntad del causante de no mejorar a ninguno de sus herederos -salvo que expresamente lo dispusiese por testamento- y la igualdad entre todos los legitimarios, que es por la que se pronuncia VÉLEZ.

Se considera que el donante ha querido llevar a cabo un adelanto de herencia, sin favorecer al donatario de una manera especial, porque, si así fuera, lo debería haber manifestado en términos expresos. En virtud de esta colación se añaden al caudal relicto, todos los valores donados por el causante a cualquiera de los legitimarios⁸².

La colación no representa una defensa de la legítima. La igualdad entre todos los herederos forzosos se obtiene computando el llamado valor colacionable a la masa hereditaria, acreciéndola como si el bien existiese realmente en el patrimonio del causante al momento de su muerte y, finalmente, adjudicando ese mismo valor al heredero afectado, a quien se le da menos, por figurar en su hijuela como ya recibido⁸³. Se halla ligada inescindiblemente a la partición⁸⁴.

que no procede acción alguna contra el tercero de buena fe que, a título oneroso, adquirió la cosa donada del donatario-legitimario o de sus sucesores, atento a que esa buena fe, principio inconcluso del derecho universal, halla incommovible sostén en el hecho de que no conoció la existencia de eventuales otros herederos legitimarios del donatario o no pudo llegar a ese conocimiento actuando con razonable prudencia, o que los derechos de ese donatario legitimario estuvieran judicialmente controvertidos”.

- 81 Tribunal Supremo de España (Sala Civil) Sentencia 29/2008. “La colación (...) es la adición contable a la masa hereditaria del valor del bien donado; o, más precisamente, la agregación intelectual que deben hacer al activo hereditario los legitimarios que concurren en una sucesión con otros, de los bienes que hubieren recibido del causante en vida de éste, a título gratuito, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición”.
- 82 En la tradición germana, se colaciona toda donación hecha por el causante a quien es heredero al momento de la apertura de la sucesión, ya que no interesa la voluntad presunta del causante, sino esa situación objetiva de igualdad que previene la ley, salvo que el donante haya dispuesto que la donación no se colacione.
- 83 *Imputación* es la atribución al heredero donatario del valor colacionable en su hijuela; *computación* es la agregación del valor colacionable al de la masa partible.
- 84 Cámara Civil 2ª -G. Del Foro 36, pág. 360. Resolvió la Cámara que el heredero obligado a la colación es propietario de los bienes recibidos, de los que no debe intereses nunca; que todo lo que la obligación de colacionar impone es tomar de menos en la masa hereditaria lo que antes se había percibido y que cuando se haga la partición se verificará el descuen-

Por eso, LAFAILLE sostiene que la colación es ficticia, todo se resuelve con un aumento de la masa y una partida de cargo en la respectiva hijuela. Es un asunto de contabilidad y por ello el art. 3477 CC y el art. 2385 PCC hablan de valores, sin exigir la entrega de los objetos, ni siquiera el reintegro de su equivalente en efectivo.

La colación no determina una restitución en especie ni restitución en dinero. Sirve de base a un nuevo reparto del acervo con un descuento que se verifica al heredero y un aumento numérico que recibe la masa para tornar posible aquel cargo⁸⁵.

5.2. Colación y legítima

La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia (conf. art. 3591 CC y art. 2444 y sgts. del proyecto), mientras que la *pars hereditatis* que comprende el caudal relicto más las donaciones efectuadas en vida por el causante, constituye una cuota de herencia global, o sea, una fracción aritmética del caudal hereditario que en virtud de la ley tiene que ser deferido *como mínimo* entre ciertos herederos. Pero esa porción legítima (por ejemplo 4/5 para los descendientes) no tiene atinencia *necesaria* con la porción viril que a cada heredero corresponderá según los principios de concurrencia y división. Conviene distinguir entre las operaciones que tienen por objeto calcular la legítima, y, en su caso, defenderla de las que están destinadas a repartir el caudal relicto correspondiente a los legitimarios como un complemento de lo recibido⁸⁶.

Con meridiana claridad exponen LACRUZ y ALBALADEJO que la colación no tutela la porción legítima global, pues cualquiera fuera esta, los valores colacionables son debidos para integrar el total de la masa hereditaria, al efecto de imputarlos como recibidos por el heredero beneficiado. Si al efectuar el cálculo de las donaciones hechas por el causante en vida a aquel, se descubre que exceden la cuota que, conforme a las normas de concurrencia y partición le corresponde, entrará a jugar la reducción como acción distinta de la colación. Tanto es así que las operaciones destinadas a imputar el valor colacionable, acreditándolo en la hijuela del heredero, no tienen nada que ver con el cálculo de la porción disponible: esta sólo interesa cuando el causante ha dispuesto en

to; y finalmente, que sólo cuando el valor a colacionarse superase al haber del heredero obligado, este quedaría deudor de la diferencia, y aun así, para conocer el monto de esa deuda, es preciso realizar la partición.

85 LAFAILLE, Héctor. Ob cit., pág. 336.

86 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., pág. 773.

vida de bienes a título gratuito a favor de terceros no herederos, cuando efectúa legados o mejora expresamente a uno o a varios herederos legitimarios⁸⁷. Ni las legítimas de los hijos ni la porción disponible del causante deben sufrir alteración porque se hagan o no anticipos hereditarios.

5.3. Formas de colacionar

La reunión en la masa hereditaria de los bienes puede realizarse de dos formas sustancialmente diferentes.

5.3.1. Colación real

Este sistema se configura aportando los bienes *in natura* a la masa. La obligación para el heredero se traduce en integrar⁸⁸ en la masa partible la liberalidad recibida en especie. El bien es puesto en el caudal relicto y sufrirá la suerte de la partición como si no hubiera salido del patrimonio del difunto.

Este procedimiento respeta mejor la igualdad material en la partición, ya que todos los herederos gozarán de idénticas expectativas para obtener el bien sujeto a colación, pero constituye un sistema económicamente perjudicial porque el beneficiario sabe que estará obligado a devolver el bien y no goza de ningún derecho definitivamente adquirido sobre él, lo que genera serias dificultades y peligros en la contratación sobre el bien con terceros.

5.3.2. Colación de valor o ficticia

Es una reunión ficta en el caudal hereditario para computar su valor y acreditarlo en la hijuela del heredero, quien no introduce en la sucesión el precio de la cosa que le fue donada, en dinero efectivo, sino que la suma correspondiente se agrega en número a la masa y luego se saca por adjudicación en su hijuela⁸⁹. Nada de lo recibido se devuelve, sino que se descuenta; el acervo hereditario no experimenta ningún acrecentamiento y si permanece el mismo se distribuye de manera distinta, tomando unos más y otros menos de lo que

87 LACRUZ y Albaladejo. *Derecho de sucesiones*, pág. 567, N° 424 -citado por Zannoni, Eduardo. Ob. cit., pág. 773-.

88 Para nosotros la donación efectuada se cumple en plenitud -salvo condicionamientos o cargos- y con todas sus consecuencias jurídicas, importa un desprendimiento actual e irrevocable del dominio de quien la realiza y por ello no hablamos de restituir, sino de integrar los bienes percibidos a título de donación a la masa. La CNCiv., sala A, expuso ante la impugnación del título antecedente (donación) que formulara un comprador por boleto, que el título proveniente de donación es perfecto y que no hay razón para oponerse a celebrar el pactado contrato de compraventa, con motivos de objeción alguna respecto del mismo. L.L. t. 77, 384.

89 Es lo que los franceses denominan colacionar *en moin prenant* -tomando de menos-.

tomarían si ningún adelanto hubiera existido. Tampoco se deben intereses después de abierta la sucesión porque no existe obligación de entregar ni la cosa ni su equivalente en dinero, sino que se colacionan valores⁹⁰. Expone LLAMBÍAS que cuando lo donado excede la porción legítima del heredero beneficiario de la donación, aun en ese caso, el demandado por colación, que ya nada tiene que recibir del acervo sucesorio por haber quedado satisfecho con la recepción de su porción hereditaria, en vida del causante, debe reintegrar el “valor excedente” de dicha porción, y no los mismos bienes recibidos, pues se trata de una acción personal y no real⁹¹.

Esta modalidad confiere certeza a los derechos adquiridos por el donatario y los bienes donados no están sometidos a esa suerte de dominio imperfecto que lo hace revocable (conf. art. 2663). Los coherederos del obligado a colacionar cuentan con la ventaja de que los valores no perecen. En caso de que la sucesión sea insolvente y que un heredero que recibió donaciones en vida tenga que abonar a sus coherederos alguna suma de dinero como consecuencia de la colación, ningún derecho sobre este crédito pertenecerá a los acreedores de la herencia. Si hay varios herederos, todos beneficiarios, se harán en la sucesión dos masas: una con los bienes colacionables, cuyos valores se suman dividiéndose por el número de herederos que existen, para obtener la parte de cada uno en esos bienes y hacerse las compensaciones pecuniarias que sean exigidas para que todos queden iguales; y otra con los bienes que componen la herencia, que se entregan a los acreedores⁹².

5.4. *Momento para determinar el valor*

Es posible atenerse a dos diferentes criterios, el valor de los bienes donados al tiempo en que las donaciones fueron hechas o el que esos bienes tienen al tiempo de morir el donante (equivalente pecuniario a la colación en especie); sin perjuicio de que, en cuanto a la colación, un tercer momento cobre inci-

90 FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 278. Agrega este autor que se convierte en deuda pecuniaria, si la cuota de la persona obligada no alcanza para compensar el valor de la donación, o sea cuando recibió en vida más de lo que le tocaba en la sucesión, en cuyo caso, tendrá que pagar en efectivo la diferencia.

91 LLAMBÍAS, Jorge J., en su voto. CNCiv., Sala A., “Revol, Adolfo C. c. Revol, Pedro”, 08/11/1868. Agrega: “la colación de bienes que un heredero exige a otro se realiza, ficticiamente, mediante la aportación de los valores correspondientes al acervo sucesorio para someterlos a la distribución que fuera arreglada a derecho, pero no se practica en especie...”.

92 Conf. BAUDRY y Lacantinerie, citado por Fornieles, Salvador. Ob. cit., pág. 286.

dencia y fuera el de la partición⁹³. El art. 3477 CC no indicaba el momento en el cual debía determinarse el valor colacionable. La reforma de 1968 modificó este precepto y consagró la consideración al valor intrínseco a la época de la muerte del causante-donante⁹⁴.

Se incorpora así una dualidad de criterios de cálculo ya que las donaciones colacionables se valúan al tiempo de la apertura de la sucesión (art. 3477), actualizable al momento de la partición, en tanto que los bienes del caudal relicto se avalúan al momento de la partición.

La obligación de colacionar no es estrictamente una deuda, sino que constituye la obligación de soportar que en la partición se atribuya, al heredero donatario, una porción menor de bienes que a sus coherederos del mismo rango, con el fin de que la suma del valor de lo donado y de los bienes adjudicados sea igual al valor de los bienes adjudicados a cada uno de aquellos. No hay, pues, ni deudor ni obligación de depositar sumas de dinero. No existe un capital adeudado que produzca intereses⁹⁵.

El proyecto actual establece (arts. 2385) que el valor colacionable se determina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación; lo que se complementa con el art. 2418 que dispone que, en todos los casos, para la colación y para el cálculo de la legítima, se debe tener en cuenta el valor de los bienes al tiempo en que se hacen las donaciones, apreciado a valores constantes.

93 Conf. BELLUSCIO, Augusto C. Ob. cit., pág. 1253. Este último momento es inaplicable para la determinación de la legítima porque la situación de los donatarios extraños no es susceptible de ser modificada en razón del tiempo que los herederos, a su voluntad, hagan durar la indivisión hereditaria.

94 Ver BELLUSCIO, Augusto C. Ob. cit., pág. 1241. Queda sin solución el problema de la variación de la unidad de medida de valores, las situaciones derivadas de la pérdida, el deterioro y los aumentos materiales ocurridos entre la donación y la muerte del causante y de las mejoras introducidas o gastos hechos por el donatario.

95 BELLUSCIO, Augusto C. Ob. cit. En la deuda u obligación de dinero, el objeto propio de la prestación es la moneda misma, en tanto que en la deuda u obligación de valor, el objeto de la prestación es una determinada utilidad que el deudor debe procurar al acreedor. El dinero no es el objeto de la prestación, sino la medida de su valor o la utilidad que debe ser procurada. La CNCiv., Sala G ("H., A. M. R. c. H. M., J. E. y otro", 20-03-2007) resolvió la improcedencia de computar intereses sobre el valor colacionable en el caso de una suma de dinero que había sido donada por el causante a uno de sus hijos, quien con ese dinero había comprado un inmueble. La actora pretendía que se tomase como valor colacionable el del boleto de compraventa celebrado por el donatario del dinero. Aclara el voto fundante de la Cámara que nada tiene que ver el destino que se dé al dinero donado ni el importe por el cual había vendido el inmueble adquirido; y se limita a considerar como valor colacionable el importe que había sido objeto de la donación, ajustado en virtud de la apreciación monetaria. L.L. 2008-1-402.

5.5. La forma de la colación en el Código Civil

VÉLEZ SANSFIELD fue categórico en la redacción dada al art. 3477 y en su nota. El precepto normativo *impone* reunir a la masa hereditaria los *valores* dados en vida por el difunto. Aclara la nota “designamos los valores dados por el difunto, y no las cosas mismas (...) La donación fue un contrato que transfirió la propiedad de las cosas al donatario, y éste ha podido disponer de ellas como dueño. Ese mismo dominio no se revoca por la muerte del donante, y los frutos de las cosas donadas deben pertenecer al donatario aun después de abierta la sucesión”.

No obstante ello, no existe impedimento alguno para que el obligado a colacionar ofrezca, a los coherederos, incorporar a la masa hereditaria el bien donado y que estos acepten esa integración dentro del marco normativo del art. 3462 CC (en igual sentido, el art. 2369 PCC) que permite convenir el modo de partición.

5.6. Caracteres

5.6.1. Acción personal

El derecho de exigir la colación y la obligación correlativa son de naturaleza personal, prescriptible, por lo tanto, a los diez años, entre presentes según la norma del art. 4023, contados desde el fallecimiento del causante⁹⁶. El contenido de la obligación consiste, no en la entrega de una suma de dinero, sino en el deber de soportar una merma dentro del reparto de la herencia⁹⁷.

El proyecto no establece un plazo de prescripción para la acción de colación -como sí lo establece el art. 2459 para la de reducción-; en consecuencia, se le aplicarían los 5 años del plazo genérico previsto en su art. 2559. No obstante ello, lo que interesa en este análisis hermenéutico normativo es la incidencia del proyecto en relación al tráfico inmobiliario. Es aquí donde el tenor propuesto dirime la dualidad interpretativa de los últimos años, aunque lo hace en un sentido opuesto al expuesto por la doctrina notarialista y la realidad social tendiente a proteger la circulación de títulos y bienes, apartándose de la

96 La CNCiv., sala A, mencionaba que es una acción personal que sólo tiene por objeto obligar al heredero a incorporar a la masa sucesoria los valores que ha recibido en vida del causante a efecto de establecer su verdadero monto, que si no alcanzan para dar de ellos al accionante el importe de su porción hereditaria, surgirá un crédito a favor del perjudicado contra los coherederos, pero sin acción real contra terceros adquirentes de los bienes sujetos a colación. “Apeceche, Rodolfo C. c. Navarro Viola, María del C. y otra”. L.L. t. 77-382.

97 Conf. LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., pág. 337.

solución propuesta en el proyecto de 1998, cuyo art. 2340 predicaba que “La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero”. El proyecto introduce un cambio esencial al expresar que “está sujeto a reducción por el valor del exceso”. De tal modo, da cabida a una interpretación de carácter o efectos reipersecutorios.

5.6.2. Obligación divisible

La colación es divisible, por ser prestaciones susceptibles de cumplimiento parcial (conf. arts. 667 y 3496 CC) y de mancomunación simple; es decir, el crédito y la deuda se consideran fraccionados en tantas partes como titulares haya y todas funcionan independientes entre sí (art. 691 CC). En similar tenor, el art. 808 del proyecto establece que cada una de las partes equivale a una prestación diversa e independiente. Los acreedores tienen derecho a su cuota y los deudores no responden por la insolvencia de los demás. Si el heredero obligado a colacionar fallece y deja varios hijos que lo representen y uno de estos renuncia a la herencia, los restantes que vienen en representación del padre fallecido no están obligados a cumplirla sino en proporción de sus partes hereditarias, y quedará sin verificarse en la parte del nieto renunciante (conf. art. 675, 3655 y 3496 CC)⁹⁸.

Esto significa que, existiendo varios herederos y demandando algunos la colación y otros no, el partidor practicará distintas operaciones, formando una masa con agregación de los valores colacionables para extraer de ella la hijuela o las hijuelas del o de los herederos reclamantes, y otra masa sin esta agregación para sacar el monto que toca a los demás. La hijuela del heredero parcialmente sometido a colacionar se verá disminuida sólo en la parte en que reciba aumento la del que reclamó.

5.6.3. Interés de los herederos

La colación no procede de oficio, aunque entre los herederos forzosos esta es ley, pues el art. 3477 dice expresamente: “deben reunir a la masa hereditaria los valores dados en vida por el difunto”. Se promueve a instancia de los herederos legitimarios (conf. art. 3476 CC), quienes pueden usar o no este derecho, aclarando el 3478 CC que “no es debida a legatarios ni a acreedores de la sucesión”⁹⁹. Si un coheredero la hubiese planteado y otros no, sólo apro-

98 Conf. FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 279.

99 MACHADO, José O. Ob. cit., pág. 126. Precisa que no hay cuestión ni dificultad alguna cuando sean herederos legítimos en grado sucesible sin ser forzosos.

vechará a quien la reclama y la partición se realizará de manera distinta, y se cargará en la hijuela del donatario la porción relativa a quien hubiera ejercitado aquella facultad. Si nadie la solicita, el partidor se atenderá a los bienes que componen la herencia.

El proyecto actual establece que la colación sólo puede ser pedida por quien era coheredero presuntivo a la *fecha de la donación* (art. 2395), y el descendiente que no era heredero presuntivo *al tiempo de la donación*, pero que resulta heredero, *no debe* colación (art. 2388). Este supuesto se presenta cuando el donante adopta luego al donatario, por lo que este queda equiparado al hijo (legitimario) en la sucesión del donante o en la donación realizada al nieto cuando vivía su padre, la cual no es colacionable, a pesar de que, al momento de la apertura de la sucesión, el padre habría fallecido y el nieto se presenta a la sucesión como heredero forzoso (sí estaría obligado a colacionar el nieto si la liberalidad se le hace cuando el padre ya ha fallecido)¹⁰⁰. Tanto el art. 3476 CC como el derecho proyectado (art. 2388) son categóricos en este sentido.

Los acreedores del heredero pueden demandar la colación en nombre de su deudor, legitimados en la acción subrogatoria (conf. art. 1196 CC). En el mismo sentido, se pronuncia el proyecto en los arts. 739, 741 y conc.

Los acreedores de la sucesión no tienen derecho a incluir como bienes de la herencia, a aquellos dados en vida del causante, aunque su valor deba colacionarse (arts. 3441 y 3372 CC).

5.6.4. Reciprocidad

Los herederos forzosos están en igualdad de condiciones tanto para exigirla como para prestarla entre ellos.

5.7. Requisitos

5.7.1. Pluralidad de herederos legitimarios. Requisito básico

Debe haber más de un heredero forzoso para que cobre sentido la acción de colación, ya que si sólo existe uno, faltará el conflicto de intereses que la sustenta.

100 En la Comisión 6 de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2001) se concluyó: "que para ser sujeto pasivo de la acción de colación, la calidad de legitimario debe tenerse al momento de la donación". El fallo plenario de la CNCiv. del 22/8/2002 sostuvo: "Si una persona que es soltera, viuda o divorciada y que no tiene hijos hace a una persona cualquiera una donación, el valor de ella no será computable en la masa de cálculo de la porción legítima del cónyuge con quien el donante se casó después de la donación, ni en la de los hijos que nacieren ulteriormente. Esto significa que para esos herederos el patrimonio del causante está integrado por los bienes que existían al tiempo en que se emplazaron como sucesibles con eventual vocación legitimaria futura, y quedan excluidos los bienes que salieron de ese patrimonio con anterioridad a tal emplazamiento". L.L. 2002-E-459.

5.7.2. Aceptación de la herencia

La obligación de colacionar nace a partir de la apertura de la sucesión, con la aceptación de la herencia que realice el coheredero, expresa o tácitamente. Al heredero que renuncia a la sucesión se lo juzga como si no hubiera sido nunca heredero y puede retener la donación que el causante le haya hecho, como también, reclamar el legado que el testador le haya dejado (conf. arts. 3353 y 3355 CC; en igual sentido el art. 2387 del Proyecto).

El acervo hereditario se conforma con el patrimonio transmisible por causa de muerte, pero no toda la masa está afectada al pago de las deudas de la sucesión. Para ciertos fines, se acrece esa masa con la colación y reducción de donaciones de bienes que habían dejado de pertenecer al causante y que únicamente tienden a mantener la igualdad entre los coherederos, garantizando la legítima.

5.7.3. Donación

La colación prospera siempre que se trate de una donación entre vivos, simple, gratuita o con cargo (conf. art. 3476 CC), y no otras liberalidades en las que el causante haya querido favorecer al heredero forzoso aunque sin desprenderse de la propiedad (conf. art. 1791 inc. 8; por ejemplo las renunciaciones u omisiones que se traduzcan en ventajas), difíciles para determinar su valor¹⁰¹.

5.7.4. Ausencia de dispensa

El deber de integrar los valores al acervo deriva de la presunción legal de que no ha existido mejora. Para aniquilar esta presunción, el causante debe haberse expresado de manera inequívoca; excepcionalmente, la ley prevé la presunción de mejora -o mejora tácita- para aquellos casos en que el causante entregó *por contrato* -dice el art. 3604-, a un heredero forzoso, algún bien con cargo de renta vitalicia o con reserva de usufructo¹⁰².

101 MACHADO, José O. Ob. cit. pág. 118. Expone que para que sea colacionable la donación debe ser gratuita, porque si es remuneratoria sólo podrá reducirse si perjudicase las legítimas, en lo que excede de la remuneración. Belluscio por su parte sostiene que no comprende cómo presumir gratuito un acto que lo es sin lugar a dudas ni por qué motivo deberían someterse a distinto régimen las donaciones gratuitas y las donaciones con cargos, imputando a la porción hereditaria las primeras y a la porción disponible las segundas. Belluscio. Ob. cit. "El artículo 3604 ..." L.L. 2008 A-403.

102 Tribunal Supremo de España (Sala Civil). Sentencia 391/2008. Si la donación fuese inoficiosa, no por ello perdería eficacia la dispensa de colación. El art. 1036 lo que ordena, en consonancia con el carácter imperativo de las normas sobre las legítimas, es que se reduzca la donación, no que toda ella sea colacionable. Salvaguardada la legítima de otros herederos forzosos y, si quedare algún resto, sobre él ha de recaer la dispensa de colación porque nada hay ya que proteger imperativamente. Por tanto, si hubiese inoficiosidad

5.8. Obligados a colacionar

5.8.1. Descendientes y ascendientes

El art. 3477 extiende la obligación de colación a los ascendientes y descendientes que hayan aceptado la herencia -con beneficio de inventario o sin él-¹⁰³. Quedan excluidos los colaterales dentro del cuarto grado (art. 3585) que carecen de vocación legitimaria. El texto del proyecto modifica este criterio y elimina a los ascendientes de la obligación de colacionar (art. 2385). Ello responde a un criterio natural, ya que es excepcional que un hijo done en favor de su padre y porque, en estos casos, la donación estaría inevitablemente destinada a volver en corto plazo a la línea descendente de donde partió¹⁰⁴.

A su vez, el art. 2389 del proyecto establece que las donaciones hechas a los descendientes del heredero no deben ser colacionadas por este¹⁰⁵, con lo cual advertimos que el principio general sentado en el art. 2385 se limita a los *descendientes de grado preferente y concurrente*, conclusión que se ve ratificada por el segundo párrafo del precepto que establece que “el descendiente del donatario que concurre a la sucesión del donante por representación debe colacionar la donación hecha al ascendiente representado”.

5.8.2. Cónyuge supérstite

VÉLEZ omitió incluir en el art. 3477 al cónyuge supérstite, entre los obligados a colacionar. Incluirlo parecería ser un sinsentido, considerando la prohibición expresa para donarse entre esposos (art. 1801 inc. 1). La doctrina se ha mostrado vacilante en este sentido.

PRAYONES expresa que el cónyuge, si bien es un heredero forzoso, no está obligado a colacionar, porque no pueden hacerse donaciones durante el ma-

y dispensa de colación, el donatario verá reducida la donación solamente en la medida necesaria para el pago de las legítimas lesionadas.

103 FORNIELES, Salvador. *Tratado de las Sucesiones*. T. I, 2ª ed. Editor Valerio Abeledo. Bs. As., 1941, pág. 291. El texto originario del art. 3475 CC establecía la colación a favor de todos los herederos, hallándose los demás artículos en armonía; fue la ley de correcciones la que modificó su texto incorporando “a un heredero forzoso” en reemplazo de “a una persona”. En el derecho romano se fundaba esta obligación en la voluntad presunta del *de cuius* que deseaba que sus bienes se distribuyesen por igual entre sus descendientes. Mientras que el derecho francés la decreta entre toda clase de herederos.

104 La conclusión de la Comisión 7 de la J.N.D.C. 2013 cuestiona esta omisión y solicita la reincorporación de los ascendientes.

105 Conf. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Apuntes de derecho sucesorio*, pág. 332. Vallet de Goytisoló sostenía que cuando se trata de una liberalidad hecha por el abuelo mientras vive el padre, es una donación que el donante al otorgarla, por hacerla a un descendiente, que no cree presunto heredero forzoso, debe considerar como no colacionable y como mejora *lato sensu*.

trimonio y cuando se le hagan en las capitulaciones matrimoniales, estas no serán regidas por la colación, sino por la reducción cuando proceda (porque entonces era un simple tercero en la relación jurídica)¹⁰⁶.

FORNIELES, con un fino criterio interpretativo, sostiene que las donaciones hechas por el contrato de matrimonio sólo tendrán efecto si el matrimonio se celebra (art. 1238 CC), de modo que recién nacen en el momento de la celebración. Expresa que “hablar de donación a quien no es heredero es estampar un aserto jurídicamente imposible” y que, por ello, le parece evidente la necesidad de colacionar¹⁰⁷.

LAMBER adhiere a este criterio y cita, como otro de los casos posibles, los supuestos de donaciones entre cónyuges para después del fallecimiento (art. 1232 y sgts. CC)¹⁰⁸.

La Cámara Nacional Civil¹⁰⁹, en un particular pronunciamiento, expuso que “no existe ninguna razón interpretativa para excluir de la obligación de colacionar a los supuestos de donaciones efectuadas a quien a raíz del matrimonio con el donante, concurre, muerto éste, a su sucesión como heredera legítima y con derecho a exigir la colación”, fallo que, al decir de ZANNONI, más allá de que se compartan o no sus conclusiones, no debe pasar inadvertido por la doctrina civilista argentina¹¹⁰.

El art. 2385 del proyecto zanja esta disyuntiva y menciona expresamente al cónyuge; de manera oportuna agrega el art. 2395 que “el cónyuge supérstite no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio”¹¹¹, como tampoco debe colación cuando la donación se

106 PRAYONES, Eduardo. *Nociones de Derecho Civil. - Derecho de Sucesión*. Edit. Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1957, pág. 256.

107 FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 291. Este criterio es seguido por Zannoni, Eduardo. Ob. cit., pág. 759.

108 LAMBER, Rubén Augusto. *Donaciones*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 152.

109 CNCiv., sala F, 29/08/1978, “Magurno, Ethel R. c. Costa de Magurno, María I.”, E.D., 82-285.

110 ZANNONI, Eduardo A. “La obligación de colacionar a cargo de quien no era heredero forzoso al tiempo de la donación realizada por el causante”. E.D. 82-285.

111 La CNCiv. en pleno -conservando el criterio de los plenarios “Prelat, Emilio c/del Campo, José Julián” de 1947 y “Spota, Eugenio M. c/ Spota, Alberto Gaspar”-, dispuso que “el cónyuge supérstite no se encuentra legitimado para demandar la colación de donaciones realizadas antes de contraer matrimonio con el causante”; “S., E. M. G. c. S., A. G. M. y otro”, 22/08/2002. L.L. 2002-E-456. En idéntica corriente interpretativa la CCiv. y Com. de Azul, sala II expresó que “la cónyuge supérstite no está legitimada para reclamar la colación de bienes donados al hijo del causante si la donación tuvo lugar previamente a la celebración del matrimonio, puesto que en ese momento no revestía la calidad de heredera forzosa”. Autos: “J. de C., M. A. c. C., C. M.”, 13/09/2011. L.L. Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Año 4, N° 1, Ene/feb., 2012.

realiza antes del matrimonio (art. 2388)¹¹². Aunque de una interpretación integral con el art. 2386 del proyecto, corresponde considerar que estará sujeta a reducción por el valor que exceda a la porción disponible.

5.8.3. Legatarios

El art. 2385 del proyecto establece que “hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada”. Agrega en el último apartado que “el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario”. Aquí será imprescindible determinar si el legado es oficioso, es decir, si comprende o excede la porción disponible del testador y para ello al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el que tenían las donaciones (conf. art. 2376 PCC).

Interesa recordar que, cuando el legado es de parte alícuota, si el testador no dispone otra cosa, dicha parte se calcula sobre los bienes hallados a la muerte del causante, sin incluir los que se colacionen, en virtud del principio de que los valores colacionables no forman parte del contenido de la herencia¹¹³.

5.8.4. Terceros

En el espectro legislativo vigente, la colación no procede entre personas extrañas instituidas herederos en testamento (art. 3713 CC); situación que se presenta confusa en el proyecto de código unificado al disponer en un párrafo poco claro del art. 2385 que “hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada”.

Quien no es heredero al tiempo de la donación, no deberá colación; como tampoco la deberá el cónyuge del heredero (conf. arts. 2388 y 2390 proyecto).

5.9. Objeto de la colación

5.9.1. Donación entre vivos

Deben ser colacionados todos los bienes que fueron donados en vida por el causante, a los ascendientes, descendientes y cónyuge según el Código

112 En nuestro país se registran antecedentes jurisprudenciales en los que se dispuso la obligación de colacionar a quien no era heredero forzoso al tiempo de la donación que le hizo el causante, argumentando tratarse de donaciones *propter nupcias*. CNCiv., sala E, 3/9/68, E.D., 31-200; CNCiv., sala F, 29/8/78, E.D. 82-285.

113 Conf. FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 284.

Civil actual y sólo para los dos últimos en el proyecto¹¹⁴. El código actual es terminante en su redacción, ya que, luego de emplear el término donación cada vez que habla de bienes colacionables, refuerza la idea, agregando en el art. 3479 que todas aquellas liberalidades enumeradas en el art. 1791 bajo la leyenda “no son donaciones”, quedan excluidas de la colación. El proyecto se encausa en el mismo sentido (Capítulo 3, Título 8 del Libro V).

El art. 2391 PCC amplía el objeto y establece que “Los descendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular -excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con capacidad restringida en el artículo 2448-“. V. gr. una cesión de créditos efectuada por el causante al legitimario.

Cuando la donación es hecha a un descendiente o al cónyuge, cuyo valor excede la suma de la porción disponible, más la porción legítima del donatario -aunque haya dispensa de colación o mejora- el proyecto prevé que está sujeta a reducción por el valor del exceso.

5.9.1.1. Donación simulada del causante bajo la apariencia de un acto oneroso

La simulación de una donación bajo la apariencia de una compraventa del futuro causante en favor de un heredero forzoso, si es con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, conlleva la aplicación de las normas de la colación. Los legitimarios tratarán de invocar y demostrar el negocio encubierto bajo la apariencia de otro, el que afecta su interés propio en la sucesión del causante. Este es el real interés que los impulsa y el motivo determinante de las acciones de colación y reducción¹¹⁵.

El art. 3604 CC creó una presunción *iure et de iure*, como si fuese una mejora y su excedente, sujeto a colación y reducción. Adherimos a COMPAGNUCCI DE CASO, quien sostiene que para los herederos forzosos que hubiesen consentido la enajenación, implica una renuncia a posibles futuras acciones de colación y de reducción¹¹⁶. En las demás enajenaciones onerosas, se aplican las reglas generales y si un heredero pretende su nulidad, deberá demostrarlo¹¹⁷.

114 Están excluidos los bienes legados en testamento, ya que no han salido nunca del patrimonio del causante y al disponer que se entreguen a uno de sus herederos forzosos después de su muerte, manifiesta la voluntad de beneficiarlo.

115 Cuando se disfraza una donación bajo la forma de un acto a título oneroso, hay dos acciones en juego: la de simulación y la de reducción. C.N.C. sala E, 03-10-1998, “Calejman, Ricardo T. c/Calejman, Luisa S. y otro”. Se planteó exitosamente la acción de simulación, y luego las acciones de colación y reducción.

116 Para SPOTA el art. 3604 CC es un verdadero pacto sobre herencia futura admitido por el legislador.

117 Conf. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H. “Acción de colación”. L.L. 1995-C-470.

De todos modos, el enajenante puede, por testamento y en contra de la parte final del art. 3604 CC, decir que no era su voluntad mejorar a ese heredero forzoso¹¹⁸.

El art. 2461 del proyecto, de manera tajante y expresa, establece la presunción, sin admitir prueba en contrario acerca de la gratuidad del acto y de la intención de mejorar al beneficiario. Este *sinsentido jurídico* incorpora un párrafo que lo hace más contradictorio aún, al sostener que se deben deducir del valor de lo *donado* las sumas que el adquirente demuestra haber efectivamente *pagado*¹¹⁹.

Entonces, ¿cómo compatibilizar la terminante redacción del art. 2461 PCC con una permuta entre causante y heredero forzoso co-permutante? Sería injusto hacer colacionar al heredero el valor de lo que recibió, sin que se le devuelva aquello que dio en cambio y que se encuentra entre los bienes del causante.

El art. 2461 *in fine* PCC incorpora un innovador párrafo que dispone que los legitimarios que consintieron la enajenación -sea gratuita u onerosa- no pueden pedir imputación y colación, y extienden, de este modo, a las enajenaciones francamente gratuitas, la presunción de que el causante quería mejorar a su heredero, tal como lo hace cuando utiliza la vía indirecta (conf. art. 3604 CC y 2461 PCC).

La Cámara Nacional Civil en pleno sostiene que, cuando el heredero legítimo ejerce la acción de colación contra el coheredero beneficiado por una donación obtenida del causante mediante venta ficticia directa o a través de la intervención de una persona interpuesta que la adquiere simuladamente de aquel para luego transmitirla al heredero¹²⁰, en realidad, está invocando la simu-

118 XVI Jornada Notarial Argentina, Mendoza 1976, despacho en mayoría. Se decidió que sólo se incluyen en el art. 3604 CC los negocios ostensiblemente onerosos, con cargo de renta vitalicia o reserva de usufructo; que la imputación dispuesta por la norma no opera de pleno derecho, sino a la petición de parte legitimada (coheredero forzoso que no haya consentido con la enajenación); el consentimiento es una declaración del coheredero que impide que luego pueda intentar la acción prevista, aunque siempre tenga la vía ordinaria de simulación o vicio.

119 SEGOVIA, Lisandro. "El Código Civil de la República Argentina con su explicación (sic) y crítica bajo la forma de notas", t II, ed. Coni, Buenos Aires, 1881, pág. 555; Machado, José Olegario. Ob. cit., t. IX, pág. 405 y sgts. Yerro normativo que fue debatido y generó controversias en el Congreso al tratarse la Fe de Erratas de 1882 y también fue causal de interpretaciones disímiles, ya que conllevaba una prohibición implícita de contratar entre padres e hijos -felizmente desechada-.

120 MÉNDEZ COSTA, María Josefa. "Derechos de los herederos forzosos con respecto a las donaciones del causante a favor de un coheredero". J.A. t. 28 (1975), pág. 42. Explica que la doble simulación de venta de una cosa, del futuro causante a un tercero y de este a un heredero forzoso presuntivo de aquel a la época de ambos negocios, oculta una donación del primero a favor de dicho sucesible, y debe quedar sujeta a las normas específicas

lación no a efectos de obtener la nulidad de la enajenación, sino la inoponibilidad de la causa aparente que la funda¹²¹.

5.9.2. Mejoras y deterioros en la cosa

Si las cosas acrecen para su dueño, el mayor valor que ellas adquieren por mejoras realizadas por el coheredero donatario con posterioridad a la donación no deben aprovechar a la masa hereditaria. Ante el silencio de la ley, la doctrina sostiene que si bien el cómputo del valor del bien donado, a los fines de la colación, se hace al momento de la apertura de la sucesión, deberán deducirse las mejoras realizadas por el donatario. Expone ZANNONI que una interpretación contraria representaría un despojo en flagrante contradicción con la garantía constitucional de la propiedad¹²². En cuanto al deterioro, se aplica el criterio del art. 3477 por el cual el valor de la cosa, al momento de la apertura de la sucesión, perjudica al propietario de ella. Para algunos, se debe exceptuar cuando se pruebe que tal disminución ha ocurrido del mismo modo encontrándose en poder del donante (caso fortuito).

El art. 2385 del proyecto establece que el valor colacionable se determina a la época de la partición según “el estado del bien a la época de la donación”, con lo cual se ha dado respuesta en el esquema legislativo proyectado al actual vacío normativo.

5.9.3. Pérdida de la cosa donada (antes o después del fallecimiento del causante)

Para la literalidad del art. 3477 CC no sería relevante que el bien exista o no al momento de la apertura de la sucesión ni de celebrarse el acto partitivo. La alocución “existan o no en poder del heredero” conduciría a la colación del valor del bien periculado en todos los casos, es decir, sin importar la culpa en el deterioro o la pérdida, ya que la excepción no está establecida; aunque la esencia de la colación por el valor del bien, a la muerte del donante -sustituto de la colación en especie que implica la reconstrucción del patrimonio del causante como si la donación no hubiera sido hecha- resultara que no debería colacionarse el bien que igualmente pericudara en poder del donante. El proyecto de Código (art. 2393) clarifica la situación y expone que “no se debe colación por el bien que ha periculado sin culpa del donatario”, aunque aclara que si fue indemnizado debe colacionar el importe percibido¹²³ -lo que no fue incorporado en el art. 2455 para la acción de reducción-

cuando acaezca el fallecimiento del donante, si cobra vida el conflicto latente entre el donatario y sus coherederos.

121 “Arce, Hugo Santiago c. Arce, Haydée Cristina Carmen” 01/02/2011.

122 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., pág. 751.

123 Art. 855 Código Civil francés y art. 744 Código Civil italiano de 1942.

5.9.4. Enajenación

La enajenación del bien donado por el donatario no incide en el cómputo del valor colacionable. Igual criterio se aplica al caso de expropiación, sin que interese el precio o la indemnización obtenida.

5.10. Colación de deudas

Tanto la doctrina como la jurisprudencia plantean la posibilidad de que un legitimario colacione la deuda que hubiese tenido contra el causante, sin perjuicio de que existan otros acreedores que aspiren a cobrar sobre la hijuela¹²⁴. Esta interpretación fluye a partir del art. 3477 CC que alude a la reunión en la masa hereditaria de "los valores dados en vida por el difunto". En este sentido hermenéutico debaten si se crea un privilegio en interés de la herencia, puesto que el obligado debería reintegrar las sumas percibidas y ser ellas imputadas a su hijuela.

LAFAILLE se muestra contrario a esta interpretación, basado en que el art. 3476 contempla las donaciones y no las deudas¹²⁵ y que la nota al art. 3479 sostiene que "...seguimos las disposiciones de las leyes que hasta ahora nos rigen, que sólo obligan a colacionar los bienes que han sido objeto de una verdadera donación...".

Si los herederos son solventes no hay problema alguno con la colación de deudas. El planteo cobra interés cuando el heredero deudor es insolvente, porque se producirá allí un conflicto entre coherederos y sus acreedores. Los coherederos no tendrán que soportar su eventual insolvencia, tendrán un derecho de preferencia para satisfacer el crédito que adquieren en su carácter de sucesores del causante acreedor, descontando de la hijuela del deudor el importe de la deuda, que quedará así disminuida para pagar a sus acreedores particulares.

FORNIELES sostiene que corresponde desechar la disyuntiva o calificación de situación de privilegio que se suscita, porque los coherederos no obran como acreedores, sino como copropietarios de una masa indivisa en que las partes de cada uno son diferentes¹²⁶. El heredero recibió su haber en dos eta-

124 DÍAZ DE GUIJARRO. "Colación de deudas", J.A. 76-683. Receptan la colación de deudas Guastavino, Colmo, Díaz de Guijarro y jurisprudencia mayoritaria. Díaz de Guijarro sostiene que en "la colación de deudas se trata de compensar el crédito de la sucesión con la porción hereditaria del heredero deudor y entregarle su hijuela previa deducción íntegra de lo que debía al causante" y agrega que "este procedimiento no es de colación, sino una compensación obligatoria entre la hijuela y la deuda del heredero".

125 LAFAILLE, Héctor. Ob. cit., pág. 355. Para Borda tampoco deben colacionarse las deudas. Borda, Guillermo. Ob. cit., pág. 481.

126 FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 315.

pas, una antes de morir el causante y otra después, pero todo ingresó a su patrimonio, de lo contrario sí recibiría más bienes de los que le corresponden.

El Código Civil no contiene norma expresa sobre la colación de deudas, no obstante, las fuentes empleadas sí la contemplaban¹²⁷. Dentro de las relaciones internas de la comunidad, la colación de deudas es perfectamente viable a partir del art. 3477 y del art. 3469 que disponen la reunión en la masa hereditaria de los créditos a favor de la sucesión, los demás pueden exigir que el deudor colacione su deuda y que, por consiguiente, se impute en su hijuela como ya recibido, el importe del crédito que contra él tiene aquella. Los herederos, por unanimidad, si son todos capaces y están presentes, podrán acordar la colación en la partición hereditaria. Si no hay unanimidad (por oposición, por ejemplo, del heredero deudor) la partición deberá ser judicial (art. 3465 CC) y se preserva la igualdad de todos los herederos forzosos.

ZANNONI sostiene que si los acreedores personales del heredero insolvente se oponen a que este colacione deudas al momento de partir, ya que supondrá adjudicar a su heredero menos bienes que los que le corresponderían de no hacerlo, los herederos no podrán imponerla y deberán concurrir con aquellos y, en su caso, soportar a prorrata la insuficiencia de los bienes que se le adjudiquen al deudor¹²⁸.

El proyecto innova e incorpora un capítulo de "Colación de deudas" dentro del título de la "Partición". Establece la colación de las deudas de uno de los coherederos a favor del causante subsistentes hasta el momento de la apertura de la sucesión que no fueron pagadas voluntariamente durante la indivisión -aunque sean de plazo no vencido al tiempo de la partición (conf. art. 2397)- y las que se generen en ocasión de la indivisión, cuando el crédito es relativo a los bienes indivisos (conf. art. 2399). Si el crédito se extinguió por cualquier causa no habrá deuda que colacionar: por ejemplo, si el deudor pagó, ya no estará sometido a esta obligación; pero si el padre remitió gratuitamente la deuda, esta figurará extinguida como deuda, pero su importe se colaciona como donación (conf. art. 2392 *in fine*).

Una particularidad de la colación de deudas es que generan intereses desde la apertura de la sucesión si el coheredero era deudor del difunto -si no los devengaban ya con anterioridad- y desde el nacimiento de la deuda si esta surge en ocasión de la indivisión (art. 2400).

El proyecto establece el modo de hacer la colación de deudas y prevé que se hará no antes de la partición, deduciendo su importe de la porción del deudor; si la excede, deberá pagarlas en las condiciones y plazos establecidos

127 Por ejemplo el 829 del Código Civil francés y el art. 991 del Código Civil italiano.

128 ZANNONI, Eduardo. Ob. cit., pág. 791.

para la obligación (art. 2402). Si el coheredero es a la vez deudor y acreedor se colaciona el exceso de su deuda sobre el crédito, aun en el caso de que el crédito no sea exigible al tiempo de la partición. Cuando el coheredero que debe colacionar deudas, tiene acreedores, estos sufrirán las consecuencias de la imputación de la deuda a su lote, porque su deudor recibirá menos, por el valor descontado. Esto es oponible a los acreedores (conf. art. 2402 PCC).

5.11. Casos en los que no tiene lugar la colación

Tanto el Código Civil (art. 3480) como el proyecto (art. 2392) contemplan expresamente algunos casos en los que no corresponde colacionar. (1) *Alimentos*. Ambos cuerpos consideran que los gastos por alimentos se encuentran excluidos. Más que liberalidades representan obligaciones legales y por la naturaleza misma están lejos de ser un mejor desprendimiento. Se incluyen también aquí los gastos de asistencia y curación. (2) *Educación y capacitación*. El proyecto de Código se *aggiorna* a la actualidad, con una terminología que excluye de la colación a los gastos de educación y capacitación profesional o artística de los descendientes (el Código lo limitaba a los hijos), aunque con la salvedad de exceptuar aquellos que sean desproporcionados con la fortuna y condición del causante. (3) *Gastos de boda* que no excedan lo razonable, ni los presentes de uso, son otros de los bienes excluidos de la colación en el proyecto. El Código sólo aludía a “los regalos de costumbre” y a “los objetos muebles que sean regalo de uso o de amistad”, hipótesis más genérica que la norma proyectada. (4) *Deudas de los descendientes*. El Código, expresamente establece que no es colacionable el pago de deudas de los ascendientes ni descendientes; mientras que el proyecto, en la última parte del art. 2392, haciendo eco de las críticas doctrinarias, expresa “que se debe por lo empleado para establecer al coheredero o para el pago de sus deudas”¹²⁹. Resulta lógico interpretar este cambio de criterio si consideramos que las donaciones se entienden verificadas como adelanto de la porción hereditaria, mientras que aquí las circunstancias y el criterio son diferentes. (5) El proyecto incorpora entre los bienes excluidos, el seguro de vida que corresponde al heredero, pero sí por las primas pagadas por el causante al asegurador, hasta la concurrencia del premio cobrado.

129 Conf. KIPP y WOLFF. *Tratado de derecho civil*. “Derecho de Sucesiones”, t. V, Vol. II, Traducción de la 8ª revisión alemana, Ed. Bosch, Barcelona. 1951. Las atribuciones que, según el derecho romano, debían ser aportadas a colación, eran la *donatio propter nuptias*, el valor de un empleo comprado por el ascendiente para el descendiente y, en ciertos casos, también la simple donación. En Alemania la práctica extendió la colación a cualquier donación, o sea, a todo lo que el ascendiente había dado al descendiente para la constitución de una economía autónoma.

5.12. *Compensación entre coherederos*

FORNIELES argumenta que el heredero llamado a colacionar, tiene la facultad de compensar la suma colacionable con el crédito que él tuviese contra el causante, dividido por ministerio de la ley en créditos contra cada uno de sus herederos¹³⁰.

5.13. *Dispensa de la colación*

El proyecto propone que no se deba colación cuando exista dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. El Código de fondo establece que la dispensa de la colación sólo puede ser acordada por testamento y en los límites de su porción disponible. Esto quiere decir que las donaciones que el causante hubiese hecho en vida al legitimario que acepta la herencia se imputan en principio a su porción hereditaria como anticipo de herencia (art. 3476 CC), pero si en el testamento del donante se lo dispensase de colacionar el valor de lo donado, este se imputará a la porción disponible a título de mejora.

El cuerpo normativo vigente contempla una “dispensa legal”¹³¹, hecha en vida, con la particularidad de que para acordarla será necesario que vaya envuelta en un acto simulado. Es el caso del *causante* que ha entregado por contrato -por ejemplo compraventa-, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo, allí el valor de los bienes será imputado sobre la porción disponible y el excedente será traído a la masa de la sucesión.

La Cámara Nacional Civil, en el plenario “Arce”, es categórica en sus fundamentos; destaca que “no puede aceptarse que haya una correlación necesaria entre donación simulada y voluntad de dispensar de la colación. No es exacto que siempre y en todo momento una donación disimulada esté motivada en mejorar al heredero que la recibe. Ello es posible pero no necesario, ya que puede responder a distintas motivaciones, como por ejemplo, evitar las objeciones que suelen hacerse a los títulos provenientes de una donación o en el deseo de no crear celos o discordias entre futuros herederos por el adelanto de la cuota hereditaria, pero sin ánimo de mejorar”. Critica aquellas opiniones que entienden que el “rodeo” dado por el causante -a través de una donación disimulada- es demostrativo de su deseo de dispensar la colación y concluye

130 FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 280.

131 FORNIELES, Salvador. Ob. cit., pág. 288. Fornieles dice que el Código “... crea una donación con dispensa, pues no otra cosa importa sacarla de la parte de libre disposición”.

que ante la inexistencia en nuestro derecho sucesorio de una norma general que permita la mejora tácita, debe considerarse de acuerdo al principio sentado en el art. 3476 CC un adelanto de herencia, un anticipo de lo que le tocará al heredero en el reparto de los bienes y por lo tanto colacionable¹³².

6. Oferta de donación o donación sujeta a posterior aceptación

6.1. Concepto

VÉLEZ establece que hay donación cuando una persona, por un acto entre vivos transfiere de su libre voluntad gratuitamente a otra, la propiedad de la cosa, quien podrá aceptar de manera expresa o tácita (arts. 1789 y 1792 CC)¹³³. El proyecto expone que hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y esta lo acepta. Observamos, en este concepto legal, la bilateralidad de voluntades que deben interactuar para que el contrato quede configurado. De las normas proyectadas surge que la aceptación puede ser expresa o tácita, y que aunque es de interpretación restrictiva, está sujeta a las reglas de la forma de las donaciones.

La donación sujeta a posterior aceptación, a la que denominamos simplemente *oferta de donación*, implica la expresión de una de las voluntades esenciales que deben producirse para conformar una donación, la que requiere la aceptación por parte de un donatario específico a fin de consolidar la adquisición del derecho o el ejercicio de una acción, sin existir una obligación previa o preconstituida. Mientras no se haya configurado la donación, mal puede denominársela así. Tomamos el concepto de *oferta* porque queda circunscripta a la emisión, exteriorización de sólo una de las voluntades. VÉLEZ SARFIELD en la nota al art. 1792 CC predica que la aceptación del donatario, en cuanto constituye su consentimiento, no es una condición de forma sino parte esencial de la substancia misma de la convención.

A diferencia de la prelación contractual o en el pacto de preferencia y de mejor comprador, no se presenta sustento alguno, sino que, por lo general, el oferente actúa y exterioriza una voluntad esencial para generar el acto futuro

132 CNCiv., en pleno. "Arce, Hugo Santiago c. Arce, Haydée Cristina Carmen". L.L. 28/02/2011.

133 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., Parte Especial (1), t. 2, Ed. Zavalía. 2ª edic. Buenos Aires, 1991, pág. 371. Dice que la "donación-acto" es el acto jurídico entre vivos, referido a una relación patrimonial que no sea de garantía, y realizado con espíritu de liberalidad, por el cual una persona enriquece gratuitamente a otra, liberándola de un deber, o transfiriéndole un derecho cesible preexistente, o transfiriéndole u obligándose a transferirle un derecho real.

como lo es la donación, que el destinatario se limitará a aceptar o a rechazar lisa y llanamente¹³⁴.

La oferta de donación no debe confundirse con la promesa de donar. La relación terminológica es tan semántica como básica; una cosa es dar en donación para que sea aceptada con posterioridad y otra es *prometer* dar. La primera variante conlleva la exteriorización y configuración de la voluntad, de manera tal que no requiere una nueva expresión, sino que el derecho se adquiere por la sola aceptación. La promesa de dar es una simple expresión de deseos o posibilidades, irrelevantes como expresión de voluntad para otorgar una liberalidad e ineficaces para concretar el acto, aunque cumpla con las formas requeridas para el objeto del contrato¹³⁵.

La escisión entre la exteriorización de la oferta y su aceptación, no difiere en líneas generales del resto de los tipos contractuales, pero sí se registran diferencias con los supuestos de donaciones con efectos para después del fallecimiento del donante en las que la declaración de voluntad será nula como contrato, pero valdrá como testamento si reúne las formalidades de tal acto jurídico (conf. arts. 1790, 3654, 3705 y conc. CC).

6.2. Acto y forma

Los elementos del contrato de donación son el contenido y la forma. En cuanto a la donación de inmuebles el art. 1810 CC, requiere que sean hechas ante escribano público, de la correlación con el art. 1811 resulta que lo prescripto es la *escritura*; siendo insuficientes los demás instrumentos públicos (inc. 2 del art. 979 CC).

Lo que debe constar en la escritura notarial es el contrato, es decir, tanto la oferta como la aceptación. Pero si el donatario no participara de ese documento notarial, podría aceptar con posterioridad, ajustándose a la misma forma pública, bajo pena de nulidad. Si la donación de un inmueble se realiza verbalmente o por instrumento privado o, incluso por un instrumento público que no sea escritura pública, no vale en consecuencia ni siquiera como obligación de escriturar.

El art. 1552 del proyecto establece literalmente que “deben ser hechos en escritura pública, bajo pena de nulidad, las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias”.

134 Conf. LAMBER, Rubén Augusto. *Donaciones*. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2008, pág. 90.

135 LLORENS, Luis Rogelio en Armella, Cristina N.; Llorens, Luis Rogelio - Lamber, Rubén Augusto. *Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares*, Carlos A. Vicino Editor, Buenos Aires, 1990, pág.146.

6.3. Donación diferida a pluralidad de herederos

Cuando la donación se realiza a una pluralidad de donatarios y es aceptada por todos, el acto queda perfeccionado y se inscribe, en su caso, en el registro competente. Pero si la donación se hace a varias personas separadamente, la aceptación de uno no modifica el derecho de los demás, beneficia al que acepta sólo por lo que le corresponde; si los otros no aceptan, la propiedad en esa parte indivisa quedará en cabeza del donante y si mueren sus herederos deberán abrir la sucesión y la parte de donación aceptada por el legitimario se podrá colacionar. Si, antes de fallecer, el donante hubiese revocado la oferta, esta surtirá plenos efectos en las partes aún sin aceptar.

La situación expuesta cambia considerablemente si la oferta de donación es hecha *solidariamente*, a varias personas donde la aceptación de uno o alguno de los donatarios se aplica a la donación entera independientemente de lo que pase con el o con los restantes donatarios (conf. art. 1794 CC y 1547 PCC)¹³⁶. En estos casos, tal como sucede con el derecho de acrecer (art. 1498 CC) o el de reversión, debe haber una expresión concreta que imponga la solidaridad a los donatarios. Aquí será suficiente con que uno de los donatarios haya aceptado para que el donante no pueda revocar la donación ni recuperar la cosa, ni siquiera en la parte no aceptada.

LAMBER sostiene que cuando se hace la donación a varias personas, sin establecer ninguna cláusula de solidaridad -que permita aplicar el párr. 2 del art. 1794-, para que haya acrecimiento por renuncia o imposibilidad de aceptación

136 Por ejemplo se ofrece solidariamente a tres donatarios W, X y Z y sólo es aceptada por W. En la aceptación W hará relacionar la oferta de donación que se le realizó, aclarando que lo fue solidariamente a su favor y de X y Z. Tal declaración es exclusiva suya y los otros beneficiarios podrán adherirse posteriormente a la mencionada aceptación o rechazarla. Debido a esta incertidumbre inicial, por la solidaridad estipulada, W titulariza el dominio sobre el todo y así deberá constar en el asiento registral con nota que aclare que se trata de una donación solidaria a favor del aceptante y de X y Z. Luego si Z acepta la oferta de donación, deberá relacionarse no sólo la oferta sino también la aceptación inicial realizada por W y, en el nuevo asiento, se consignará el nuevo co-titular y la proporción en la titularidad en la que quedan -que al menos transitoriamente será de la mitad para cada uno- porque la solidaridad beneficia a ambos. Es así como W habrá *perdido* un medio como consecuencia de la aceptación de Z generándose un condominio; mientras que si X finalmente aceptase, se deberían relacionar todos los actos precedentes y en el asiento registral se haría constar que este recibe el tercio del bien, mientras que W y Z verían reducida su proporción a un tercio. Si X hubiese rechazado la oferta de donación o muriese antes de aceptar, esta quedaría sin efecto y W y Z habrán consolidado su dominio en la proporción de la mitad indivisa para cada uno de ellos. En este último caso es oportuno que mediante acta notarial se tome nota del desistimiento o de la defunción del otro donatario y se perfeccione el asiento con la titularidad de los que hubieran aceptado, a fin de que los asientos reflejen la realidad extrarregistral.

de algunos, debe existir una cláusula expresa de que este tenga lugar¹³⁷, con lo cual, creemos que esa cláusula expresa no es otra cosa que una especie de solidaridad por la que se adquiere una mayor proporción o cantidad.

6.3.1. Donación a pluralidad de herederos con derecho de acrecer

Cuando la oferta de donación se realiza a favor de varios donatarios, ninguno de ellos tendrá derecho de acrecer, a menos que el donante lo hubiese conferido expresamente; de lo contrario, el donante habría querido dar a cada uno de los donatarios conjuntos una parte igual en la cosa donada.

Para la operatividad de este instituto es menester la aceptación por los beneficiarios, ya que si ellos no han aceptado no hay contrato ni donación, la disposición queda sin efecto y, por lo tanto, no puede servir de base al derecho de acrecer (conf. nota al art. 3810 CC). Si alguno desistiera de aceptar o perdiera el derecho, produciría el acrecimiento en el que hubiere aceptado.

Predica LAMBER que la forma de instrumentar el acrecimiento podría ser por acta notarial, donde comparecen el aceptante y quien rechaza serlo, se relaciona la modalidad de la donación, el derecho de acrecer establecido, la aceptación de uno y el desistimiento a aceptar por parte del otro. Así, se presentará el título resultante al Registro de la Propiedad para que inscriba el incremento producido en cabeza del aceptante. Si fuera por fallecimiento, se podría acreditar el hecho y consiguiente pérdida de la facultad de aceptar, por acta notarial que acreditase el deceso con el certificado de defunción, tal como se acredita la extinción del usufructo para consolidar el dominio en el nudo propietario.

Aclara LAMBER que si el donatario sobrevive al donante y no se ha pronunciado en su aceptación o rechazo, puede ser intimado por el otro donatario -que ya aceptó- para definir su actitud.

No debe confundirse el derecho de acrecer con la donación realizada solidariamente a los beneficiarios. Para la operatividad del derecho de acrecer por parte de alguno de los donatarios, como se expuso precedentemente, es necesario que los demás también hayan aceptado la donación o producido y acreditado algunas de las situaciones expuestas. Mientras, en la donación realizada a varias personas solidariamente, su adquisición es mayor o total y automáticamente eficaz ante la aceptación de uno o algunos y la no aceptación del resto. No se acrece sino que se adquiere en mayor proporción. Es criticable en el proyecto de 2012 la omisión de toda referencia al derecho de acrecer en las donaciones.

137 LAMBER, Rubén Augusto. *Donaciones*, pág. 103.

6.4. Efectos de la oferta de donación

La oferta de donación, más allá de dejar expresa y formalmente exteriorizada la liberalidad ofrecida y dejar estipuladas las condiciones y elementos del acto, como las particularidades a las que habrá de sujetarse, es un acto eminentemente revocable.

Nada transmite, sólo contiene la exteriorización de voluntad de una de las partes, la del donante. No produce efectos *per se* frente a terceros, pero conlleva ventajas importantes frente a determinadas circunstancias. Supera el inconveniente de la ausencia frente a la unidad de acto y ante al fallecimiento del donante ofrece la ventaja al *donatario* de que al aceptarla evite la apertura del proceso sucesorio para lograr la adquisición dominial de un bien.

Para que la donación tenga efectos legales, debe ser aceptada por el donatario en la misma escritura o, aclara el art. 1811 CC, por “otra escritura de aceptación”. La aceptación, como forma externa de manifestación de la voluntad, se encuentra en las mismas condiciones de los demás contratos. Es, pues, condición esencial, sin ella no existe. Una vez manifestada, el contrato queda formado¹³⁸.

BORDA sostiene que la aceptación de la donación tiene mayor analogía con la aceptación de una herencia o legado que con la teoría del consentimiento contractual¹³⁹.

El Código Civil establece una excepción al principio general (art. 1149 CC) por el cual la oferta queda sin efecto si alguna de las partes fallece o se incapacita. El fundamento radica, según LÓPEZ DE ZAVALÍA, en que la ley aproximó las ofertas de donación a los testamentos, ha hecho aplicación extensiva del instituto de la conversión, y parte de la base de que quien quiso donar en vida, *a fortiori* quiso legar. Es fundamental la aclaración que realiza el maestro tucumano cuando advierte que la aproximación entre las ofertas de donación y los legados no es absoluta, y sostiene -por ejemplo- que “no es necesario que la oferta haya sido hecha con las formalidades de los testamentos” (a diferencia de lo que acontece en la hipótesis del art. 1790)¹⁴⁰.

6.5. Oportunidad para aceptar

La oportunidad para aceptar marca una de las diferencias cruciales entre la legislación vigente y la normativa proyectada. Actualmente, el Código Civil no

138 Conf. MACHADO, José Olegario. Ob. cit., pág. 64.

139 BORDA, Guillermo citado por Llorens. Ob. cit., pág. 149.

140 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., pág. 398.

impide la aceptación cuando el ofertante de la donación ha fallecido o sobrevenido su incapacidad y los herederos del donante están obligados a entregar la cosa (art. 1795 CC); aunque sí pierde eficacia la oferta con la defunción del donatario sin haber concretado la aceptación y los herederos nada podrán pedir ni al donante, ni al donatario que aceptó la donación solidariamente (conf. art. 1796 CC)¹⁴¹.

El proyecto pretende incorporar un cambio radical en este sentido: limita la eficacia de la oferta de donación a que la aceptación se produzca por el donatario durante la vida del donante (conf. art. 1545). Será ineficaz toda aceptación que se realice con posterioridad y los bienes que fueran de su titularidad pasarán indefectiblemente a integrar el acervo hereditario¹⁴².

La capacidad en el donante debe evaluarse y existir al momento del otorgamiento de la oferta, situación que se aparta de los principios generales en los que su incapacidad sobreviniente conlleva la caducidad (art. 1149 en similar sentido el art. 1548 del proyecto). Nuevamente aquí se presenta el paralelismo entre la oferta de donación y el testamento. Por interpretación del art. 1795 CC puede sostenerse que la oferta no caduca por incapacidad sobreviniente del ofertante. A su vez, el donatario deberá ser capaz al momento de aceptar la oferta, siendo irrelevante su incapacidad anterior o posterior al momento de la aceptación.

Se advierte, asimismo, que la oferta de donación no caducaría ante la incapacidad sobreviniente del oferente. El art. 1545 del proyecto dispone que la aceptación es de interpretación restrictiva, que está sujeta a la reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones y que debe producirse en vida del donante y omitir toda mención a su incapacidad sobreviniente. Si analizamos este precepto con el art. 976 PCC, advertimos que la regla general para los contratos es la caducidad de la oferta cuando el proponente o el destinatario de ella fallecen o se incapacitan, antes de la recepción de su aceptación. El segundo párrafo de este precepto no deja lugar a hesitaciones frente a argumentos que pretendan basarse en el desconocimiento de la defunción del oferente para aceptar el negocio, al indicar que en estos casos podrá reclamar la reparación sufrida por pérdidas o gastos realizados por la aceptación posterior al deceso.

141 MACHADO, José O. Ob. cit., pág. 21. Explica que la razón reside en la circunstancia de que la donación, como contrato consensual, necesita que la manifestación de la voluntad, sea hecha por los mismos contratantes o por los que tengan poder a ese objeto.

142 Las conclusiones del tema 4 sobre “Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato” de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UBA, 2013) recomendaron “Al regularse la caducidad de la oferta, debe mantenerse como excepción la oferta de donación” (unanimidad).

6.6. Revocación de la oferta

La revocación expresa podrá hacerse por instrumento público o por instrumento privado, debiendo tener este, fecha cierta para su oponibilidad antes de la aceptación que pretenda formular el donatario. Por más que el donante hubiera renunciado a la posibilidad de revocar su oferta o se hubiera obligado a mantenerla durante determinado período de tiempo, este no pierde su facultad de retractarla.

La revocación tácita se produce cuando el donante da a *otro* la cosa comprendida en la donación. VÉLEZ ejemplifica en el art. 1793 CC este tipo de revocación cuando el donante, antes de que la donación sea aceptada, vende o hipoteca el bien. Las hipótesis alternativas son múltiples (dación en pago, fideicomiso, donación a un tercero, por sólo citar algún supuesto más)¹⁴³. La revocación también se puede instrumentar en un acto de última voluntad, el cual si bien será expreso cuando lo dispone el testador claramente, no implica revocación hasta la muerte del revocante, ya que el testamento puede a su vez ser revocado en cualquier momento.

6.7. Aceptación formal y tácita de la donación diferida

La aceptación de la donación puede ser realizada expresa o tácitamente por el donatario -o su representante-, siempre que no haya sido notificado de la revocación de la oferta.

La aceptación tiene un efecto esencial, que es constituir la donación. La aceptación no hace irrevocable y perfecta la donación, simplemente la "hace", la conforma, que por sí es *irrevocable*.

Antes de la aceptación no hay donación, sólo hay oferta de donación. El art. 1792 CC es contundente al establecer que para que la donación tenga efectos legales debe ser aceptada por el donatario, expresa o tácitamente, recibiendo la cosa donada.

MACHADO expresa que la aceptación debe ser expresa y constar en instrumento público o privado, según haya sido hecha la donación; pero que por excepción, por la fuerza misma de los hechos, se impone la aceptación tácita, cuando ella consista en el recibo por parte del donatario de la cosa donada, aplicable a las donaciones manuales, no así para la donación de inmuebles, de prestaciones periódicas o vitalicias que deban ser hechas en escritura pública. El otorgamiento de la aceptación por el carácter público del documento -además de su vocación registral-, hace innecesario enviar cualquier notificación al ofertante.

143 La doctrina no es uniforme en cuanto a si la constitución de hipoteca de un bien produce o no la revocación tácita de la donación del mismo.

El proyecto de Código predica que la aceptación puede ser expresa o tácita, pero es de interpretación restrictiva y está sujeta a las reglas establecidas respecto a la forma de las donaciones (conf. art. 1545), conservando como forma de ser la escritura pública para las donaciones de cosas inmuebles, las de cosas muebles registrables y las de prestaciones periódicas o vitalicias (conf. art. 1552), mientras que para la donación de cosas muebles no registrables y títulos al portador, será suficiente con la tradición del objeto donado (conf. art. 1554).

En el momento de otorgarse la aceptación, se produce la donación en los términos del art. 1789 CC y, por tratarse de inmuebles, se da cumplimiento al acto formal previsto en el art. 1810 CC, que sumado a la tradición de la posesión (art. 577 CC) implicará la transmisión de la propiedad¹⁴⁴.

La donación como contrato consensual no requiere para consumarse de la entrega de la cosa, pero la entrega de la cosa puede ser importante para tener por aceptada tácitamente la donación¹⁴⁵.

Interesa el interrogante de si prima la revocación de la oferta de donación o el derecho resultante por quien tiene una reserva de prioridad registral para la aceptación de la donación. De manera consecuente con el otorgamiento de la revocación, será imprescindible la notificación de tal acto, lo cual más allá de la eficacia que pueda tener notificar al notario que posiblemente esté interviniendo en la elaboración de la escritura de aceptación para detener tal actuación, lo esencial es la notificación al donatario, ya que de lo contrario se podría burlar el cambio de criterio en relación a la liberalidad ofrecida, si el donatario suspicaz se dirigiera a otro notario para que instrumente la aceptación formal de la donación del bien raíz.

6.8. Registración

Como ya se anticipó, la aceptación diferida de una oferta de donación que tenga por objeto un inmueble, tiene vocación registral. Este documento posee una particularidad a diferencia de otras escrituras registrables y es que aquí contaremos con un instrumento notarial portante de la voluntad donante y otro igual que contendrá la voluntad aceptante; así se conformará la donación. Ambos documentos, presentados de manera conjunta, tendrán curso en el

144 LÓPEZ DE ZAVALÍA. Ob. cit., pág. 395. Expone que la expresión de la ley en el art. 1792 ha sido harto incidental, colocándose en el caso que generalmente acaece, donde la iniciativa de la donación la toma el donante, sin que niegue que pueda proceder del donatario y que para ello basta con los principios generales.

145 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit., pág. 394.

iter registral. Pero también puede suceder que el notario interviniente resuelva protocolizar la oferta de donación y relacione sus partes pertinentes o las transcriba, en cuyo caso el único documento a presentarse al Registro será el de aceptación que contendría el acto en su conjunto.

III. PONENCIAS

1. Debe rescatarse la esencia de la donación como contrato perfecto y traslativo de la propiedad de las cosas al donatario, desarrollándose una adecuada difusión jurídico académica de él como contrato irrevocable aun ante la muerte del donante, y rechazar la observabilidad de las donaciones por la mera sospecha.

2. A la reducción de las donaciones realizadas a legitimarios, corresponde aplicar las reglas de la colación. No se devuelven las cosas mismas, sino que se consideran los valores de los bienes dados en vida por el difunto.

3. Tanto la acción de colación como la de reducción son de carácter personal.

4. La colación de deudas no crea una situación de privilegio. Los coherederos no obran como acreedores, sino como copropietarios de una masa indivisa en la que las partes de cada uno son diferentes; donde un heredero recibe su haber en dos etapas, una antes de morir el causante y otra, después.

5. Cuando se autoriza una escritura de aceptación de donación de un inmueble, será innecesario acompañar al Registro inmobiliario el documento portante de la oferta, cuando el notario autorizante la haya protocolizado, sea relacionando sus partes pertinentes o bien transcribiéndola.

6. En aras de la realidad social tendiente a proteger la circulación de títulos y bienes, sugerimos que una futura reforma a la legislación civil:

- Reduzca la herencia forzosa a porciones legítimas que no excedan del medio, lo cual implica conservar la función protectora a la familia pero también brindar seguridad jurídica a la circulación de los bienes, especialmente, para quienes atribuyen efectos reipersecutorios a la acción de reducción.

- Refleje la propuesta normativa del proyecto de Código Civil de 1998, cuyo art. 2340 predicaba que "La donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor exceda la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a colación, debiendo compensarse la diferencia en dinero" y no enrolarse en los efectos reipersecutorios que propone el proyecto de 2012, en el que se indica que "está sujeto a reducción por el valor del exceso".

- Incorpore la colación de deudas.

- Conserve la eficacia de la oferta de donación para después de la defunción del donante.

38 Jornada Notarial Bonaerense

Bahía Blanca, 12 al 16 de noviembre de 2013

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

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 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, entiéndese 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

Habrá 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.

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.

Congresos y Jornadas

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”

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.

Antecedentes y sistema del régimen patrimonial matrimonial en el proyecto de Código Civil*

Santiago Falbo

SUMARIO: 1. *Introducción. A) Aspectos generales de la reforma. 2. Antecedentes doctrinarios. Del sistema vigente al sistema proyectado. 3. Antecedentes legales. Los proyectos de reforma del Código Civil argentino. 4. Hacia la determinación del sistema proyectado. B) Análisis del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. 5. Proyecto de Código Civil y Comercial de la nación de 2012. 6. Régimen primario, fijo o inderogable. Disposiciones comunes a todos los regímenes -arts. 454 al 462-. 7. El asentimiento conyugal. Introducción 8. Los regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto. Introducción. 9. El régimen de comunidad -arts. 463 al 474-. 10. Extinción de la comunidad. 11. Régimen de separación de bienes -arts. 505 a 508-. C) Ponencias.*

1. Introducción

Como primer punto para el desarrollo del presente estudio, debemos apuntar cuál será el objeto del mismo. Es sabido que la temática principal que ha sido propuesta para estas jornadas versa sobre el proyecto de reforma y unificación de los códigos civil y comercial de la Nación. Antes que nada, debemos

* Este trabajo mereció el primer premio en la categoría “trabajos individuales” de la 38 Jornada Notarial Bonaerense, realizada en Bahía Blanca en noviembre de 2013. Corresponde al tema 1 de dicha convocatoria, cuyo despacho se publica a continuación del presente.

precisar que nos referiremos al proyecto elaborado por la comisión creada por decreto 191/2011¹.

En este marco, nos detendremos en el análisis de la regulación específica del sistema de regímenes patrimoniales del matrimonio en el articulado propuesto.

Teniendo en cuenta los antecedentes del tema bajo estudio, podremos observar que el proyecto actual recoge, en gran medida, las disposiciones contenidas en los anteriores proyectos de reforma del Código Civil de los años 1993 y 1998. A su vez, estos proyectos han intentado armonizar un sistema a través del cual se vean plasmadas las más profundas interpretaciones doctrinarias sobre la materia. De lo dicho hasta aquí, surge, a simple vista, la importancia de estas fuentes para el presente análisis.

Habiendo transcurrido más de 140 años desde la sanción de nuestro Código hasta nuestros días, resulta lógica la necesidad de una adecuación de las normas de nuestro derecho Civil a las nuevas concepciones de vida en la actualidad. Sin ahondar demasiado, es evidente que la estructura familiar actual no es la misma que la que podía pensarse en el año 1871.

Desde nuestra perspectiva, partiendo del derecho notarial, nos encontramos íntimamente vinculados en nuestro día a día con cuestiones atinentes al régimen patrimonial del matrimonio. Como operador jurídico por excelencia, será tarea del notario el asesoramiento a los requirentes respecto de las nuevas regulaciones propuestas.

Es por ello que aspiramos, desde aquí, a afrontar esta tarea con la seriedad y el compromiso que nuestra función demanda, y a aportar humildemente nuestro estudio sobre la materia, para que sirva, al menos, como una aproximación al sistema que el proyecto aspira a introducir en nuestra legislación de fondo.

Retomando lo dicho en oportunidad de celebrarse la trigésima Jornada Notarial Argentina, destacamos la inconmensurable trascendencia que representa actualmente el proyecto de reforma, pues sea que este alcance a tener fuerza de ley o que solo se mantenga a la postre como un proyecto de legislación,

1 El 23 de febrero de 2011, el Poder Ejecutivo nacional creó por decreto 191/2011 la “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 prestigiosos juristas: doctor Ricardo Luis Lorenzetti, como presidente, y las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, cuya principal tarea sería la de redactar y elaborar un anteproyecto de Código Civil y Comercial para nuestra nación. El día 7 de junio de 2012, se ha elevado al Congreso de la Nación, el anteproyecto de Código Civil y Comercial elaborado por la mencionada comisión para su tratamiento legislativo. A partir de entonces, corresponde hablar de proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

en ningún caso podrá negarse su valor académico y doctrinario. Para quienes estamos transitando por la senda del estudio del derecho, nos encontramos ante un hito de innegable valía.

Más allá del análisis que realizaremos en las páginas que siguen con relación al tema bajo estudio, es importante destacar que la ponderación de las nuevas realidades sociales en nuestro país ha sido guía para nuestros legisladores y le ha dado, así, una mayor injerencia al principio de la autonomía de la voluntad, aun en las relaciones de familia².

A) ASPECTOS GENERALES DE LA REFORMA

2. Antecedentes doctrinarios. Del sistema vigente al sistema proyectado

Para comenzar el estudio, debemos tener en cuenta que, a partir de la celebración del matrimonio, en la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo de origen romanista, el orden público que rige al derecho de familia históricamente ha venido a imponerse en el campo de las relaciones jurídicas de los cónyuges, tanto desde el punto de vista asistencial como patrimonial.

En general, todas estas normas se apoyan en el principio de la solidaridad familiar. De esta manera, se entiende que la mayoría de los sistemas jurídicos se hayan preocupado por regular, de manera diferenciada, las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

Así, esto se da, en algunos casos, limitando las facultades dispositivas de algunos de los bienes que ingresen al patrimonio de cualquiera de ellos (como se da en el caso del inmueble en el que está radicado el hogar conyugal), o estableciendo derechos a la participación de los bienes gananciales adquiridos por uno de ellos, en cabeza del otro.

Claro está que, como ocurre en todos los campos del derecho y como consecuencia lógica del dinamismo que necesariamente caracteriza a todo sistema jurídico, en el sentido de acompañar los diversos fenómenos sociales que la conducta generalizada de una comunidad considere aceptada, también

2 El despacho del tema 1 "Rol del notario en materia de derecho de familia", de la 37 Jornada Notarial Bonaerense, respecto del subtema "Régimen patrimonial del matrimonio", expresó que "En el estado actual de derecho y los avances sociales, se reconoce una mayor injerencia del principio de la Autonomía de la voluntad aun dentro de las relaciones patrimoniales de familia y su disolución. La soberanía privada no menoscaba la seguridad jurídica y compatibiliza el consentimiento personal matrimonial con el orden público, cuando la posibilidad de elegir o mutar se dirime entre regímenes económicos preestablecidos por la ley".

aquí se destaca una tendencia evolutiva en la regulación de las relaciones patrimoniales de los cónyuges.

2.1. De la unión indisoluble en comunidad forzosa, a la autonomía de la voluntad

Para comprender esto, resulta conveniente analizar, en un primer punto, el sistema actualmente vigente en nuestro Código Civil; luego, las diferentes opiniones doctrinarias respecto de la conveniencia de dicho sistema. Finalmente nos detendremos en el sistema proyectado por la reforma a los códigos civil y comercial de la Nación.

Procuraremos no perder de vista, como meta última, el análisis concreto de la reforma proyectada, pues anticipamos desde aquí que aquel será el punto central del presente estudio.

Sin embargo, como bien se ha destacado en las pautas elaboradas para estas jornadas, una consideración aislada de las normas concretas del nuevo cuerpo normativo implicaría desatender las diversas motivaciones y fuentes jurídicas que los prestigiosos juristas que han llevado adelante el proyecto han tenido en miras.

Debemos tener en cuenta que, en la concepción original de VÉLEZ, y yendo estrictamente al régimen patrimonial del matrimonio, se establecía un sistema estructurado en torno al régimen de comunidad, de manera forzosa y como único régimen aplicable. Dos aspectos paralelos, si se quiere, pero que mantienen una estrecha vinculación con esta concepción originaria, son: la incapacidad de la mujer casada, sumada a la administración marital de los bienes³ y la unión matrimonial indisoluble, pues no existía la posibilidad de divorcio vincular⁴.

Luego de las reformas introducidas por las leyes 11.357 (de ampliación de la capacidad civil de la mujer), 17.711 y 23.515 (de divorcio vincular), muchas de las normas ubicadas dentro de la sección que regula a la sociedad conyugal han sido derogadas, ya sea explícita o tácitamente, o modificadas.

3 Conforme al primitivo art. 55 inciso 2 del Código Civil. A su vez, el art. 1276 en la redacción original de Vélez Sarsfield establecía que: "El marido es el administrador legítimo de todos los bienes del matrimonio, sean dotales o adquiridos después de formada la sociedad, con las limitaciones expresadas en este Título, y con excepción de los casos en que la administración se da a la mujer, de todo el capital social o de los bienes de ella".

4 Al respecto, el art. 198 en la redacción original de Vélez Sarsfield establecía que: "El divorcio que este Código autoriza consiste únicamente en la separación personal de los esposos, sin que sea disuelto el vínculo matrimonial". El Título Primero ("Del Matrimonio") de la sección segunda ("De los derechos personales en las relaciones de familia") del libro primero del Código Civil de Vélez, fue modificado por las leyes 2393, 2681, 17.711 y 23.264. Finalmente, el articulado completo (arts. 159 a 239) fue reemplazado por la ley 23.515.

Ello se debe, en rigor, a que la estructura de la sociedad fue modificándose al punto de admitir la igualdad del hombre y la mujer. Esta igualdad, que redundaba (entre otras cosas) en la inserción de la mujer al mercado laboral, fue generando un quiebre en la estructura familiar clásica del hombre proveedor y la mujer ama de casa.

Las normas citadas vinieron a legitimar, desde el plano jurídico, aquellas concepciones admitidas en nuestra comunidad. Claro está que todo cambio social requiere de una evolución paulatina que, con el pasar de los años, sea admitida como justa, pues ninguna norma puede comprenderse como un hecho aislado del legislador.

No es nuestra intención desarrollar aquí un estudio pormenorizado respecto de la evolución de nuestra realidad social. Sólo mencionamos estas consideraciones al respecto para identificar el origen de nuestras normas, pues de allí debemos partir para comprender nuestro régimen actual. Luego, mucho más necesario resulta recordar de dónde venimos, a la hora de analizar los cambios propuestos en la proyectada reforma.

2.2. La vigencia actual del orden público

Resulta necesario detenernos para realizar una breve reseña histórica del pensamiento jurídico en torno a la conveniencia del sistema del régimen patrimonial matrimonial vigente. Todo lo apuntado en el apartado anterior sirve de base para centrar aquí la cuestión.

Principalmente, y para delimitarlo de antemano, se discutió en nuestra doctrina la adecuación del sistema vigente a estas nuevas realidades sociales. Así, se consideraba acertada la regulación del régimen de comunidad de ganancias como único y forzoso en sociedades cuyas familias mantenían el esquema clásico que mencionábamos anteriormente. En consecuencia, al considerar que uno de los cónyuges se encontrará en una situación más apta para la acumulación de riquezas, mientras que el otro se abocará a las tareas del hogar, resultaba justo admitir la participación de ambos en las ganancias.

Sobre este esquema de familia es que se implementa el régimen de comunidad de ganancias, según el cual todo incremento patrimonial de cualquiera de los cónyuges que reconozca su causa en una actividad o prestación realizada durante la vigencia del matrimonio, será ganancial.

Admitida ahora la igualdad jurídica del hombre y la mujer, sumada a la coexistencia de una pluralidad de formas familiares dentro de nuestra socie-

dad⁵, cabe cuestionarse respecto de la bondad del mantenimiento de un único régimen forzoso, impuesto a los cónyuges a partir de la celebración del matrimonio⁶.

Como corolario de este acápite no debemos olvidar que el orden público se mantiene en nuestros días como rector en todo el ámbito del derecho de familia.

2.3. La posición doctrinal mayoritaria. Hacia la morigeración del orden público

Teniendo todo esto en consideración, destacamos los valiosos aportes doctrinarios vertidos en el seno de los más importantes encuentros académicos, tanto nacionales como internacionales, cuyo antecedente más remoto data del año 1986. Así transcribiremos aquí algunas de sus conclusiones:

En el marco del XVII Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1986), se resolvió: “Que los diversos ordenamientos deben reconocer la madurez y capacidad de los miembros de la familia, de acuerdo con las indicaciones de la realidad social, permitiendo la estipulación de convenciones matrimoniales en la medida que no perjudiquen el interés público...”.

Las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 1987), dentro de la comisión 5 referida al Régimen patrimonial del matrimonio: Reformas posibles, recomendaron que: “1) Debe posibilitarse a los futuros cónyuges la adopción, mediante capitulaciones matrimoniales, de regímenes patrimoniales alternativos que regulen sus relaciones de los cónyuges con terceros. A falta de capitulaciones, se aplicará un régimen legal supletorio”.

La XXX Jornada Notarial Bonaerense (Villa Gesell, 1995), dentro del Tema IV, Subtema 4 (“Régimen Patrimonial Matrimonial y la reforma legislativa proyectada”), resolvió que: “Una futura reforma legislativa deberá regular la existencia de pluralidad de regímenes patrimoniales matrimoniales de fuente legal...”.

El X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998) se encargó de recomendar que: “El principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio, y los cón-

5 A modo de ejemplo, mencionamos a la familia nuclear, la familia ensamblada (reconocida por el proyecto como familia afín), y el matrimonio igualitario.

6 Siguiendo esta línea de pensamientos, en los fundamentos del actual proyecto de reforma se expresa: “La igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura (...) En este sentido, se veda toda discriminación en razón de la orientación sexual de sus integrantes (como surge de la ley 26.618) y del género (como lo dispone la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 75, inc. 22)”.

yuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que registrá su matrimonio”.

A su vez, también se ha reconocido la necesidad de admitir la posibilidad a los cónyuges, de optar por otros regímenes patrimoniales del matrimonio en el Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur (Buenos Aires, 2005) y en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 2009).

Finalmente, destacamos aquí los últimos aportes de los principales encuentros notariales en la materia: en el marco de la XXXVII Jornada Notarial Bonaerense (Junín, 2011), en sus consideraciones de *lege ferenda*, se recomendó: “Que en una futura reforma legislativa se modifique el régimen patrimonial del matrimonio estableciendo la posibilidad de optar a los futuros contrayentes, mediante convenciones matrimoniales, entre alguno de los regímenes legales”.

Dentro de las conclusiones de la XXX Jornada Notarial Argentina (Mendoza, 2012), en las cuales se analizó el actual proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial, se resolvió que “Se considera auspicioso: A. La consagración del principio de autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial matrimonial; B. El reconocimiento de la coexistencia de pluralidad de formas familiares, que hacen necesario admitir la opción entre diversos regímenes patrimoniales...”.

De todos estos aportes doctrinarios, sólo destacamos las referencias hechas en relación a la consagración del principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia. Sin embargo, tanto en las conclusiones como en las ponencias que las han motivado, se encuentran valiosos aportes relacionados con el tema bajo estudio. En honor a la brevedad, no las trataremos aquí, aunque volveremos sobre algunas de ellas al analizar en detalle la proyectada reforma legislativa.

Finalmente, como corolario de este punto y para aproximarnos hacia el tratamiento en concreto, del actual proyecto de reforma, destacamos el siguiente extracto de sus fundamentos: “...De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vidas propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender”.

2.4. Hacia la armonización de la autonomía de la voluntad y el orden público

Admitir la posibilidad de opción a los cónyuges en la elección del régimen patrimonial aplicable entre diversos regímenes legales no implica que la autonomía de la voluntad se extienda a todo el ámbito de aplicación del derecho de familia, pues las normas de carácter asistencial y el principio de solidaridad familiar deben mantener su carácter de orden público que caracteriza a esta rama del derecho.

Dicho de otra forma, lo que se plantea aquí y, a su vez, lo que surge de los aportes precedentemente referidos, es una armonización entre ambos principios⁷. Se debe brindar a los cónyuges las más amplias libertades para la determinación del régimen patrimonial aplicable, preservando la justicia y la equidad que en todos los casos resguardará el ordenamiento jurídico.

Así también podemos destacar algunos aspectos que han sido abordados por nuestra doctrina y encuentran su reflejo en las mencionadas conclusiones.

Por un lado, encontramos que se ha destacado la necesidad de establecer un régimen primario, fijo o inderogable, independientemente de los diversos regímenes patrimoniales que el sistema prevea.

El objeto de este régimen primario radica en regular determinadas cuestiones, que los cónyuges no podrán alterar, sea cual sea el régimen que los rija; es que, en rigor, se parte de la concepción de que determinadas normas resultarán indisponibles para los cónyuges, por estar impuestas en pos de intereses superiores, de contenido extrapatrimonial (como ya hemos dicho, por ser normas de carácter asistencial).

Dentro de estas cuestiones, podemos mencionar el deber de contribución al sostenimiento del hogar y de los hijos que pesa sobre ambos cónyuges, la necesidad del asentimiento conyugal para disponer de la vivienda familiar por parte del cónyuge no titular y la responsabilidad solidaria de ambos cónyuges por las obligaciones contraídas para solventar las necesidades del hogar y el sostenimiento y educación de los hijos.

2.5. La compensación económica ante el desequilibrio manifiesto

Por otra parte, también se ha planteado la siguiente inquietud: ¿es conveniente la admisión de la elección del régimen de separación en familias donde existe una clara división de tareas, manteniendo aquel esquema clásico del hombre proveedor y de la mujer ama de casa?

Pues, más allá del reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer, no podemos desconocer la subsistencia de familias bajo este típico esquema. Así podría argumentarse que, para estos casos, la elección del régimen de separación de bienes acarrearía el peligro latente de generar, una vez disuelto el vínculo matrimonial, un manifiesto desequilibrio económico entre ambos cónyuges.

⁷ En este sentido, en los fundamentos del proyecto se expresa: “Por eso, se introducen modificaciones de diversa índole a los fines de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden público...”.

De esta manera, podríamos sostener que no sería justo que todos los bienes adquiridos por uno de los cónyuges lo beneficiaran sólo a él, sin considerar las tareas del hogar desempeñadas por el otro; pues, una vez disuelto el vínculo afectivo, se encontrará con un patrimonio desproporcionadamente inferior al de su cónyuge, a pesar de haber contribuido con la generación de aquellas riquezas, a través del esfuerzo llevado a cabo en el seno del hogar.

Sin embargo, tanto en los diversos sistemas vigentes en el derecho comparado⁸, como en el actual proyecto de reforma, encontramos institutos tendientes a resguardar estos casos de desequilibrio económico entre cónyuges que tengan su causa en la ruptura del vínculo matrimonial, que se apoyan en el principio de equidad.

Así, dentro de los derechos y deberes de los cónyuges, encontramos la regulación de los alimentos posterior al divorcio, y se contempla la posibilidad de ser fijados a favor del cónyuge que no tenga recursos propios suficientes, teniendo en consideración la edad, el estado de salud y la capacitación laboral, entre otros⁹.

A su vez, también se contempla la posibilidad de establecer una compensación económica a favor del cónyuge, a quién el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tenga por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura¹⁰.

8 Al respecto, ver HERTEL, Christian, gerente del instituto Notarial Alemán, en "Sistemas jurídicos del mundo", Edición 1-2, 2009 de la Revista de la Unión Internacional del Notariado Latino, pág. 188. Cita online: http://www.notarius-international.uinl.org/DataBase/2009/Notarius_2009_01_02_hertel_es.pdf. Explica el autor, bajo el título "Asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad" que "La separación judicial de bienes es el régimen legal en prácticamente todos los países del common law. Según el common law, el matrimonio no tiene efecto alguno sobre la propiedad y la capacidad de disposición de los cónyuges. Por ello en el common law no se cita ni una sola vez el concepto de régimen económico del matrimonio. Sin embargo, en caso de divorcio, el tribunal puede asignar bienes de un cónyuge al otro cónyuge, aplicando el principio de equidad... De ahí que en muchas ocasiones la denominación habitual de 'régimen económico' del common law como separación de bienes, se entiende como demasiado limitada. En mi opinión resultaría más apropiado hablar de una separación de bienes con asignación judicial del patrimonio según el principio de equidad".

9 Contemplado en nuestro proyecto en los arts. 433 y 434.

10 Contemplado en nuestro proyecto en los arts. 441 y 442. Destacamos, en este último artículo, la expresa referencia del inciso b) por cuanto establece que el juez debe determinar la procedencia y monto de la compensación, teniendo en consideración: "la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia...". Finalmente, agregamos que ambos institutos se encuentran regulados dentro del Libro Segundo: "Relaciones de Familia", Título 1: "Matrimonio". En cambio, las normas relativas al régimen patrimonial del matrimonio, se encuentran reguladas en el título siguiente del mismo libro.

3. Antecedentes legales. Los proyectos de reforma del Código Civil argentino

Dentro de los antecedentes legislativos más recientes, podemos destacar como fuente directa del actual proyecto de reforma, los proyectos que han tenido lugar en nuestro país en el año 1993 y 1998.

El primero de ellos fue elaborado por la comisión legislativa designada por decreto 468/92¹¹. En principio, diremos que, en lo que aquí nos interesa, no existen grandes diferencias entre ambos, pues mantienen un esquema similar en la regulación del régimen patrimonial del matrimonio.

A su vez, la mayor importancia en el estudio de estos antecedentes radica, justamente, en la similitud que encontramos entre estos y el actual proyecto de reforma; pues, a grandes rasgos, la proyectada reforma legislativa reproduce, aunque con algunas diferencias, el articulado propuesto en 1993. En otros casos recepta, casi literalmente, algunas normas del proyecto del año 1998, que vinieron a superar cuestiones que, en el proyecto de 1993, resultaban incompletas.

El art. 495 del proyecto del año 1993 es el que se encarga de dar inicio a la Sección Tercera (“Del Régimen Patrimonial del Matrimonio”), Título I (“Disposiciones Generales”), Capítulo I (“De las Convenciones Matrimoniales”), el cual dispone en su inciso 4º que antes de la celebración del matrimonio, los futuros contrayentes pueden, mediante convención, optar por alguno de los regímenes matrimoniales legales previstos en el Código. El art. 497, a su vez, establece a la escritura pública como forma de esas convenciones, y la necesidad de que su otorgamiento deba ser mencionado en el acta de matrimonio como requisito de oponibilidad frente a terceros.

Dentro de las opciones de los diferentes regímenes patrimoniales, el proyecto prevé, en su art. 514 y como régimen supletorio, al régimen de comunidad; es decir que ante la falta de elección de los cónyuges por alguno de los otros dos regímenes, se aplicará este. A su vez, el art. 556 del proyecto prevé la elección por el régimen de separación de bienes, y el art. 561, el de participación en las ganancias como regímenes convencionales.

Al igual que en el proyecto del año 1993, en el proyecto del año 1998¹² se establece la opción para los cónyuges, de elegir por uno de los regímenes

11 La comisión estuvo integrada por Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico N. Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni.

12 La comisión encargada de elaborar este proyecto estuvo integrada por Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

previstos (art. 438), sólo que en este proyecto son dos: el de comunidad (con carácter supletorio, según el art. 456) y el de separación de bienes (art. 497).

Dado su incuestionable valor doctrinario, anticipamos desde aquí que recurriremos muchas veces a las notas elaboradas por los miembros de la comisión designada por decreto 468/92 al momento de analizar el actual proyecto de reforma, pues nos servirá de herramienta a la hora de interpretar el alcance de sus normas.

4. Hacia la determinación del sistema proyectado

Como último paso previo al análisis concreto del articulado del proyecto, resulta conveniente determinar de antemano qué tipo de sistema se aspira a introducir en nuestra legislación de fondo.

Aun sabiendo que la operación de clasificar y dividir puede ser infinita, y sólo será de utilidad en la medida en que, a través de ella, se pueda extraer algún concepto o se logre un mayor entendimiento del objeto que se estudia¹³, intentaremos aquí una breve clasificación de los sistemas posibles¹⁴.

Así, según la fuente u origen que los diferentes regímenes reconocen dentro de un sistema, este podrá ser convencional o legal.

Dentro de los primeros, los diferentes regímenes patrimoniales quedarán librados a la autonomía de la voluntad de las partes. Claro está que tal autonomía encontrará un límite infranqueable más allá del cual los cónyuges no podrán decidir, esto es, que sea contrario al orden público. Pero, en principio, el régimen será el que resulte de la libre convención de las partes.

En los sistemas legales, en cambio, los diferentes regímenes están previamente establecidos por la ley.

4.1. En los sistemas legales todos los regímenes son legales

Al hablar de la fuente que da origen a un régimen, debemos tener en cuenta lo siguiente: en sistemas jurídicos como el nuestro, tanto en el actual como

13 Al respecto, FALBO, Marcelo N. "Hacia una depuración de la teoría de las nulidades... y notas para una depuración de la teoría de las nulidades", REVISTA NOTARIAL N° 942, La Plata, 2002, pág. 330. El autor ha expresado: "...analizar es relacionar, y para relacionar necesitamos al menos dos términos. Así la humanidad ordena el caos que la rodea: clasificándolo, dividiéndolo, comparándolo y señalando sus diferencias y caracteres. Es legítimo hacerlo en la medida en que nos ayuda a comprender, ordenar y clarificar. Lo que no debemos hacer es dividir por el mero placer de dividir, pues no hay límite para esta operación...".

14 Al referirnos a los sistemas de regímenes patrimoniales, hablamos del conjunto de normas y principios jurídicos destinados a regir las relaciones de orden patrimonial de los cónyuges entre sí y de estos con terceros, que, a su vez, puede prever la existencia de uno o más regímenes patrimoniales.

en el proyectado, los regímenes están previstos en la ley. En este sentido, decimos que son regímenes legales.

A su vez, el sistema proyectado prevé la posibilidad de opción mediante convención. En este sentido, ambos regímenes previstos (el de comunidad y el de separación) son, a su vez, convencionales.

Lo que queremos dejar en claro en este punto es que, al momento de definir un régimen dentro de los sistemas legales, por definición, todos los regímenes serán legales. A su vez, en la mayoría de los casos¹⁵, puede que también sean convencionales. Lo que no debemos hacer es confundir los conceptos de régimen legal y régimen supletorio.

4.2. El régimen supletorio

Es que en todos los sistemas, ya sean legales o convencionales, deberá existir un régimen supletorio. Muchas veces se ha denominado a este régimen supletorio como “legal”¹⁶. Por la aclaración precedente, consideramos esta terminología incorrecta.

Dentro de un sistema convencional, en cambio, por lo general, el régimen supletorio suele ser el único previsto por la ley. En este sentido, sí será el único régimen legal. En estos casos, los cónyuges pueden, por imperio de la autonomía de la voluntad, determinar el régimen de la manera que mejor se adecúe a sus necesidades, teniendo, como hemos dicho, el límite infranqueable del orden público (o las buenas costumbres)¹⁷.

Al no existir ningún otro régimen previsto, por dejarlo abierto, de alguna manera, a las convenciones de los cónyuges, el régimen supletorio aquí viene a ser el único que la ley regula.

15 A modo de ejemplo y como excepción, en nuestro derecho vigente, el régimen de comunidad no es convencional, sino imperativo. En otros ordenamientos jurídicos encontramos ejemplos de regímenes imperativos en determinadas circunstancias. Así, el actual Código Civil de Brasil, en su art. 1641, impone de manera forzosa el régimen de separación de bienes para los contrayentes en determinados casos: “Es obligatorio el régimen de separación de bienes en el casamiento: 1) De las personas que lo contrajeren con inobservancia de las causas suspensivas de la celebración del casamiento. 2) De la persona mayor de 70 (setenta) años. 3) De todos los que dependieren para casarse de auxilio judicial”.

16 Incluso dentro del texto mismo del proyecto se hace referencia al régimen de comunidad de ganancias como el régimen legal. El art. 449, primer párrafo, dispone textualmente: “...Esta convención puede ser otorgada después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o *legal*, mediante escritura pública...”. El régimen de comunidad de ganancias en el sistema proyectado es tan legal como el de separación de bienes.

17 A modo de ejemplo, podemos mencionar al Código Civil Uruguayo, ver Título VII de la Segunda parte del Libro Cuarto, especialmente arts. 1938, 1941 y concs.

De esta manera, la norma viene a determinar el régimen aplicable ante la falta de opción de los contrayentes. Así, si al momento de celebrarse el matrimonio nada se ha dicho, operará por imperio de la ley un régimen preestablecido, que supla aquel silencio de las partes.

4.3. *El sistema patrimonial del matrimonio en el proyecto*

Como hemos dicho párrafos atrás, el proyecto establece un sistema legal. Esto implica que los diferentes regímenes por los que los cónyuges podrán optar estarán previamente establecidos por la ley. Aunque no lo hemos mencionado al hablar del orden público, esto también representa una limitación a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, ya que la decisión que ellos podrán tomar se limita a la elección entre uno de los dos regímenes previstos.

B) ANÁLISIS DEL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

5. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012¹⁸

Partiendo de la ubicación que ocupa el tema del régimen patrimonial del matrimonio en el proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se destaca un primer acierto de orden metodológico¹⁹, pues los legisladores han destinado el Libro Segundo en su totalidad a las “Relaciones de Familia”.

Dentro de este libro, el Título II trata específicamente sobre el “Régimen patrimonial del matrimonio”, el cual se divide en tres capítulos: el capítulo 1 regula, bajo el nombre de “disposiciones generales”, lo que la doctrina ha de-

18 FALBO, Santiago. “El orden público y la autonomía de la voluntad del sistema patrimonial matrimonial en el Proyecto de Código Civil”. Publicado en: *XXX Jornada Notarial Argentina*, Mendoza, 29-31 de agosto de 2012. Tema III: “La legítima, convenciones matrimoniales, matrimonio celebrado por instrumento notarial”, pág. 531-545. Retomaremos aquí (aunque modificado y ampliado) algunas cuestiones que hemos planteado en ocasión de celebrarse la XXX Jornada Notarial Argentina, en la ciudad de Mendoza en el mes de agosto de 2012.

19 Al respecto, SOLARI, Néstor E. “El régimen patrimonial del matrimonio en el Anteproyecto de Código Civil”, Ed. Abeledo Perrot, AP/DOC/2204/2012. Este autor ha dicho: “Desde el punto de vista metodológico, la reforma incluye -con buen criterio- el Título respectivo en la parte correspondiente a las instituciones del derecho de familia (específicamente, al legislarse la institución matrimonial), de manera que se corrige la ubicación que tiene en el Código Civil vigente -en el libro de los contratos-, por ser ajena a dicha materia”.

nominado como “Régimen primario”²⁰, el cual mantiene el carácter de orden público en la materia, ya que se trata de normas inderogables por la voluntad de los cónyuges. El capítulo 2 trata específicamente del régimen de comunidad (arts. 463 a 504) y, finalmente, el capítulo 3 trata sobre el régimen de separación de bienes (arts. 505 a 507) y da cierre de esta forma al Título II.

5.1. Las convenciones matrimoniales en el proyecto

Del análisis del primero de los artículos del proyecto que trata sobre la materia, surgen las características del sistema adoptado. En efecto, del inciso d) del art. 446 se desprende que el proyecto regula un sistema legal que abre la posibilidad de elección entre diferentes regímenes²¹.

A su vez, la elección prevista a los cónyuges por uno de los regímenes convencionales establecidos se dirime entre el régimen de comunidad de ganancias y el régimen de separación de bienes²².

Finalmente, el régimen de comunidad de ganancias es, además, el régimen supletorio aplicable ante la falta de convención de los cónyuges.

Manda el mencionado artículo: “Antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos; d) la opción que hagan por alguno de los regímenes matrimoniales

20 A su vez los propios legisladores así lo han llamado en los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación.

21 BELLUSCIO, Augusto César; Bergel, Salvador Darío; Kemelmajer de Carlucci, Aída Rosa; Le Pera, Sergio; Rivera, Julio César; Videla Escalada, Federico N. y Zannoni, Eduardo Antonio. *Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, pág. 42. La norma reconoce como fuente directa al art. 495 del proyecto de reforma al Código Civil de la comisión designada por decreto 468/92. Explican los miembros de la comisión en la nota al mentado artículo que “La posibilidad de acuerdo entre los cónyuges se limita a la opción por alguno de los regímenes expresamente legislados (...) no sería necesario ni adecuado a las costumbres nacionales autorizar, como lo hacen otros Códigos, la creación de un régimen distinto, o la modificación parcial de los previstos en las disposiciones que se proyectan”.

22 FALBO, Santiago. “El régimen patrimonial del matrimonio en el derecho argentino”, *REVISTA NOTARIAL* N° 969, La Plata, septiembre-diciembre 2011, pág. 824. Destacamos el acierto de la opción entre estos dos regímenes por cuanto, como hemos dicho: “... mientras que el proyecto de reforma del Código Civil del 93’ preveía la opción entre el régimen de comunidad, de separación de bienes y de participación en las ganancias, el proyecto de reforma del Código Civil del 98’ solo prevé la opción entre los dos primeros, dejando afuera el régimen de participación. Nos inclinamos por la opción propuesta en el proyecto del año 1998 por cuanto resulta, justamente, acorde a las costumbres instauradas en nuestra sociedad. Creemos que la inclusión del régimen de participación en las ganancias en nuestro sistema jurídico acarrearía más inconvenientes que virtudes”.

previstos en este Código”.

Como se observa, los cuatro incisos regulan cuestiones estrictamente patrimoniales, las cuales serán el único objeto posible de convención matrimonial. El artículo siguiente (art. 447) viene a delimitar la cuestión al establecer la nulidad de toda convención sobre cualquier otro objeto relativo a su matrimonio.

Teniendo en consideración la trascendencia del acto jurídico que tratamos con relación al desenvolvimiento familiar, se establece la escritura pública como forma de las convenciones, (art. 448). Los efectos jurídicos de tal convención, cuando sea realizada de manera previa al matrimonio, quedan supeditados a la efectiva celebración del mismo. A su vez, los efectos respecto de terceros quedan supeditados a la anotación marginal en el acta de matrimonio.

5.2. Modificación del régimen

Siguiendo un criterio, que compartimos²³, el proyecto admite la posibilidad de modificación del régimen aún después de la celebración del matrimonio²⁴.

Como ya hemos dicho, el proyecto ha tenido en especial consideración como antecedentes a los proyectos de reforma del año 1993 y 1998. Principalmente, respecto de la materia bajo estudio, es este último proyecto el que se ha seguido de manera casi literal.

Muchas cuestiones se suscitaban ante la posibilidad de modificación del régimen patrimonial, luego de haberse celebrado el matrimonio. Una de las mayores preocupaciones en este punto fue la protección a los terceros que pudieran contratar con los cónyuges, pues la modificación del régimen puede llegar a generarles perjuicios.

En primer término diremos que el art. 449 del proyecto establece la posibilidad de modificación del régimen por convención de los cónyuges mediante escritura pública. Igual que sucede respecto de las convenciones pre-matrimo-

23 En este punto, el despacho del tema I “Rol del notario en materia de derecho de familia”, de la 37 Jornada Notarial Bonaerense, respecto del subtema: “Régimen patrimonial del matrimonio”, en sus conclusiones de *lege ferenda*, expresó: “Se recomienda... 3. Que se permita la posibilidad de mutar convencionalmente entre los regímenes patrimoniales que se establezcan”.

24 “Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 44. Al respecto, los miembros de la comisión encargada de realizar el proyecto de 1993 explican en la nota al art. 498: “Se modifica el art. 1219 permitiendo el cambio de régimen matrimonial durante el matrimonio, pues, al autorizarse la opción antes del matrimonio, no se ven razones para no permitir el cambio posterior”.

niales, para que el cambio de régimen produzca efectos respecto de terceros, debe anotarse marginalmente en el acta de matrimonio. A su vez, se agrega, como requisito para convenir la modificación, el transcurso de un año²⁵ de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal²⁶.

En ambos casos, la anotación marginal en el acta de matrimonio se impone como requisito para su publicidad y será, a partir de allí, oponible a terceros.

Ahora bien, el segundo párrafo del art. 449 del proyecto, siguiendo de manera literal el art. 441 del proyecto de 1998, establece: "Los acreedores anteriores al cambio de régimen que sufran perjuicios por tal motivo pueden hacerlo declarar inoponible a ellos en el término de un (1) año a contar desde que lo conocieron".

Esta norma contempla la posibilidad de que la modificación del régimen genere un perjuicio a quien haya contratado con anterioridad a dicha modificación, con uno de los cónyuges, ya sea por modificar las reglas de la responsabilidad o porque produzca una disminución del patrimonio de uno de los cónyuges, pues los bienes gananciales de su titularidad (los que se encontraban afectados al pago de la obligación anterior) pasarán a dividirse por mitades entre ambos.

6. Régimen primario, fijo o inderogable. Disposiciones comunes a todos los regímenes -arts. 454 al 462-

Tal como anunciábamos al comienzo del presente estudio, el proyecto recepta, en este punto, la inclusión de un conjunto de normas inderogables y aplicables a cualquier régimen elegido por los cónyuges (art. 454).

Este régimen primario viene a establecer un límite infranqueable a la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Se regulan cuestiones que responden al principio de la solidaridad familiar; las cuales, por responder a intereses superiores y en virtud del orden público que rige en la materia, imponen determinadas obligaciones y restricciones a los cónyuges en distintos supuestos.

Para ordenar su estudio, dividiremos esta sección en tres partes.

6.1. El deber de contribución

25 Esto impone una modificación respecto de los dos proyectos de reforma anteriores, pues en ambos se preveía el requisito del transcurso de dos años de aplicación del régimen patrimonial.

26 Ver nota 16. Creemos que el artículo en cuestión debió decir convencional o supletorio, pues en el sistema adoptado por el proyecto, ambos regímenes son legales.

Por el art. 455, se impone a ambos cónyuges el deber de contribución a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos. Como se observa, el primer párrafo de la norma viene a reproducir el actual art. 1300 del Código Civil (que sólo se aplica a la etapa de separación), aunque ampliándolo y corrigiendo su redacción.

Este primer párrafo reconoce su fuente en el art. 504 del proyecto del año 1993. Al respecto, explican los miembros de la comisión reformadora que: "La disposición del art. 1300 del Código Civil, referente a la separación de bienes, se extiende a todos los regímenes, incluso el de comunidad, ya que al adoptarse la comunidad de gestión separada, resulta apropiada a ésta. Se corrige, siguiendo la norma francesa, la regla de proporcionalidad, refiriéndola a los recursos y no a los bienes...²⁷".

En su segundo párrafo (tomado del art. 447 del proyecto de 1998, aunque ampliándolo) hace esa obligación extensible a las necesidades de los hijos menores de edad o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

Finalmente se prevé una acción judicial ante el incumplimiento de uno de los cónyuges de estas obligaciones, en cabeza del otro.

6.2. Responsabilidad de los cónyuges

La cuestión de la responsabilidad de los cónyuges se relaciona directamente con las deudas contraídas con terceros y tienden a determinar sobre qué bienes pueden cobrar los acreedores. Más específicamente, podríamos referirnos a cuáles son los bienes que están afectados al pago de las obligaciones contraídas por los cónyuges con terceros (hoy rigen los arts. 5º y 6º de la ley 11.357).

El principio que establece el proyecto (en concordancia con la mencionada ley 11.357) es de responsabilidad separada. Cada uno de los cónyuges responde frente a sus acreedores con todos sus bienes, sean propios o gananciales, pero no con los bienes de su cónyuge (art. 461, segundo párrafo).

Sin embargo, este principio reconoce dos excepciones: por un lado, el primer párrafo del art. 461 establece la responsabilidad solidaria de ambos, por las obligaciones contraídas por cualquiera de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes.

El sentido de esta norma radica en que las obligaciones contraídas por aquellos conceptos responderán a intereses superiores a los personales de los

27 *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1993, pág. 46.

cónyuges, para ingresar al ámbito del interés común de la familia. Consecuentemente, todos los bienes de ambos cónyuges se verán afectados al cumplimiento de esas obligaciones.

Siguiendo en este punto al art. 453 del proyecto del año 1998²⁸, creemos que hubiera sido conveniente que el art. 461 del proyecto remitiera al art. 455 (referido al deber de contribución), pues de otra manera, se estaría dejando fuera de esta protección a las obligaciones contraídas para solventar los gastos de sostenimiento y educación de los hijos menores de edad o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ambos.

Teniendo en cuenta los altos valores que se pretenden tutelar con la norma bajo estudio, pareciera incongruente que la responsabilidad solidaria no se extienda también a las obligaciones mencionadas en el párrafo anterior (que, por otra parte, sí están incluidas dentro del deber de contribución).

Encontramos la segunda excepción al principio de la responsabilidad separada de los cónyuges dentro de la regulación del régimen de comunidad. El art. 467 extiende la responsabilidad al cónyuge que no contrajo la deuda, por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales; aunque, en este caso, el otro cónyuge sólo responderá con sus bienes gananciales.

7. El asentimiento conyugal. Introducción

Llegamos ahora a uno de los temas que mayor interés despierta dentro del ámbito notarial.

A partir de la reforma de la ley 17.711, que modificó el régimen de administración y disposición de los bienes de los cónyuges, se tornó necesario, en determinados supuestos, que la voluntad de ambos concorra para los actos que implicaban la enajenación o gravamen de los inmuebles gananciales o, incluso, el inmueble propio en el que esté radicado el asiento del hogar conyugal cuando hubieran hijos menores o incapaces.

Siendo que la oportunidad de otorgar el asentimiento, en principio, deberá ser en el mismo acto por el cual se dispone del inmueble, la doctrina notarialista se vio interesada en su estudio desde sus orígenes.

Así surgió la necesidad de delimitar sus alcances, de comprender su naturaleza jurídica y de establecer si se trataba o no de un tipo de disposición

28 El cual dispone: "Los cónyuges responden solidariamente por las deudas contraídas por uno de ellos para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos a que se refiere el artículo 447". Recordamos que el art. 447, reproducido por el actual art. 455, extendía el deber de contribución de los cónyuges al sostenimiento de los hijos menores de edad, o con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos.

conjunta de ambos cónyuges.

Nuestra más autorizada doctrina civilista vino a esclarecer algunas de estas cuestiones. Luego, la jurisprudencia se encargó de definir sus alcances y es en torno a toda esta construcción jurídica que nos detendremos para comprender nosotros la correcta medida del instituto del asentimiento conyugal.

7.1. Algunas consideraciones previas

Para comenzar, analizaremos la doctrina y la jurisprudencia actual en la materia, tomando como base el art. 1277 de nuestro Código Civil vigente. Luego, analizaremos el tratamiento que se le da al asentimiento conyugal en el proyecto de reforma.

Al detenernos en el estudio del asentimiento conyugal, debemos tener presente que este es, probablemente, el punto que mayores discrepancias ha generado dentro de nuestra doctrina nacional, principalmente, a la hora de analizar los efectos del acto jurídico celebrado sin el cumplimiento de los recaudos exigidos por el art. 1277.

Básicamente la discusión se ha centrado en dos posturas contrapuestas: por un lado, una parte de la doctrina ha entendido que el acto celebrado sin el asentimiento requerido por la ley resulta inoponible al cónyuge cuya conformidad se omitió; por el otro, se ha sostenido que aquel acto resultaría viciado por una nulidad relativa.

A través de las siguientes líneas intentaremos explicar estas diferentes posturas y sus alcances, pues, como puede observarse desde aquí, ambas soluciones vienen a ser sustancialmente diferentes.

7.2. La interpretación actual del art. 1277

Quizás sea este el único instituto en el que pueden observarse rasgos de comunidad durante la vigencia de la sociedad conyugal²⁹, pues la finalidad misma del asentimiento conyugal tiende a proteger al cónyuge no titular en sus derechos a la partición en los bienes gananciales, los que se encuentran en estado de expectativa hasta el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

29 FLEITAS ORTIZ de ROZAS, Abel y Roveda, Eduardo G. *Régimen de bienes del matrimonio*, 2da. ed., Ed. La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 29. Recordamos aquí la paradigmática frase que tiende a destacar el aspecto esencial de la comunidad de ganancias. Al considerar que la masa de bienes gananciales no se formará en concreto sino hasta la disolución de la sociedad conyugal, se ha dicho que, paradójicamente, la comunidad se forma cuando termina.

Ya veremos que, ni en el Código actual ni en el proyectado corresponde hablar de sociedad conyugal; sin embargo, emplearemos la terminología clásicamente utilizada por nuestra doctrina, por cuestiones de utilidad didáctica.

El principio rector en nuestro sistema, partiendo del art. 1276, es el de la administración separada: cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de los bienes por él adquiridos³⁰, "...con la salvedad prevista en el art. 1277".

Por su parte, el art. 1277 establece las limitaciones a esta libertad de disposición de los bienes. Manda, la mentada norma, que será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate, entre otros, de inmuebles.

A su vez, el segundo párrafo del artículo establece que también será necesario el consentimiento de ambos para disponer del inmueble propio de uno de ellos en que esté radicado el hogar conyugal, si hubiera hijos menores o incapaces.

Finalmente, el tercer párrafo del artículo prevé la posibilidad de la autorización judicial, si el interés familiar no resultara comprometido.

7.3. Naturaleza jurídica del asentimiento del cónyuge no titular

El primer aspecto que debemos destacar, admitido por nuestra doctrina de manera pacífica, es que no corresponde hablar aquí del consentimiento del cónyuge no titular³¹, sino de su asentimiento³².

30 Relacionado con lo dicho en la primera parte del presente estudio, destacamos que el principio de administración separada fue consagrado luego de la modificación introducida por la ley 17.711 (eliminando así la administración marital de los bienes). Por otra parte, recién en el año 2003, con la sanción de la ley 25.781, se elimina la administración marital de los bienes de origen dudoso. Al respecto, ver VIRAMONTE, Carlos Ignacio. "Los bienes de origen dudoso en el matrimonio", DJ17/05/2006, 151. El autor analiza la constitucionalidad de la norma en cuestión, concluyendo en que la mentada presunción Muciana choca con lo dispuesto por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de jerarquía constitucional en virtud de su inclusión en el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, luego de la reforma del año 1994.

31 Respecto de las cuestiones terminológicas, ver el profundo análisis realizado por PELOSI, Carlos A. "Art. 1277 del Código Civil: Cuestiones relativas al consentimiento". Conferencia pronunciada en el Colegio de Escribanos - Capital Federal- el 18 de julio de 1968, publicado en Revista del Notariado N° 700, 1968, pág. 738; y en *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Director Jorge Horacio Alterini, Ed. La Ley; Tomo II, Ciudad de Buenos Aires, 2012 pág. 38 y sgts.

32 BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, 6ta ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 260. "La jurisprudencia y la doctrina prácticamente uniforme, sostienen que, no obstante la terminología empleada por la norma, lo que se requiere del otro cónyuge es un mero asentimiento, o sea, que se trata de un requisito que hace a

En este sentido, se ha dicho que "...en el acto de enajenación (...) quien dispone del bien es el cónyuge administrador, el otro no hace más que prestar su asentimiento al acto; en otras palabras, mientras el primero dispone, el segundo asiente (...) no puede ser demandado por incumplimiento ni responde por evicción"³³.

En efecto, siguiendo esta línea de interpretación, el actual proyecto de reforma, corrigiendo la actual redacción, se refiere a los actos que requieren el asentimiento del cónyuge no titular (arts. 456 y sgts. y 470).

Aclarado esto, resta por analizar otro aspecto de su naturaleza jurídica, esto es, ¿cuál es la finalidad que el instituto del asentimiento persigue?

Indudablemente, se destaca su carácter tuitivo, tendiente a la protección y preservación del patrimonio común "...del empobrecimiento que pueda derivarse de la ligereza, mala fe o imprevisión del cónyuge administrador..."³⁴. En rigor, es la protección de un crédito en expectativa que le corresponderá al cónyuge en el patrimonio común, una vez disuelto el matrimonio. Respecto de los actos de disposición del inmueble propio en que estuviera radicado el hogar conyugal, si hubiera hijos menores o incapaces, destacamos como bien jurídico tutelado a la protección integral de la vivienda familiar³⁵.

la eficacia del acto, el cual es celebrado exclusivamente por el cónyuge en cuya masa se encuentra el bien que se dispone o grava. No se trata, entonces, del consentimiento del otro cónyuge".

- 33 Con cita a BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil Argentino, "Familia"*, T, 1, pág. 285, 4ª ed.; ver también Llorens, Luis R., "Asentimiento Conyugal del art. 1277 CC", *REVISTA NOTARIAL* N° 954, La Plata, 2006, pág. 745. Voto del Dr. Speroni, CNCiv., sala F, abril 21-1981, "P. de D., C. c. R., J. A.", en ED. 95-586.
- 34 FASSI, Santiago C. "El consentimiento del cónyuge del art. 1277 del Código Civil" (La Ley, 1976-B, 528); en *Tratado de Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario*, Tomo II, director Jorge Horacio Alterini, Ed. La Ley; Ciudad de Buenos Aires, 2012; pág. 64.
- 35 "La exigencia del asentimiento del cónyuge en estos casos tiende, pues, en forma inequívoca a la protección del núcleo familiar integrado por hijos menores o incapaces, que en ausencia de aquélla podrían quedar privados de vivienda...". "Carou de Demianiuk, María Adela contra Sapowicz de Demianiuk, Agafía y otros. Nulidad de compraventa"; del 22 de agosto de 1989, publicado en "Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires", tomo 1989-III, La Plata, 1992, pág. 68. En idéntico sentido, ver también Belluscio, Cesar A., *Código Civil y leyes complementarias. Comentario, anotado y concordado*, T. 6, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982; pág. 173, citado por Jorge R. Causse en su dictamen del "Cuaderno de apuntes notariales" N° 98 de febrero de 2013, Ed. FEN, La Plata, pág. 13. Destacamos el profundo análisis realizado por el autor en el referido dictamen, en el cual desarrolla con precisión la doctrina notarial referida a los recaudos exigibles en el supuesto bajo estudio.

7.4. Efectos del acto celebrado sin el asentimiento

Como hemos anticipado, respecto de los efectos del acto jurídico celebrado sin el asentimiento requerido, se han sostenido dos interpretaciones distintas³⁶. Debemos apuntar desde aquí que la norma (art. 1277) no prevé una sanción específica y es justamente ello lo que permite que ambas posturas puedan considerarse válidas.

Por una parte, y tomando como base el art. 18 de nuestro Código Civil, se ha sostenido que aquel acto se encuentra viciado de una nulidad relativa³⁷. Así, el cónyuge que no ha prestado su asentimiento (y solo él³⁸) en los casos del art. 1277, podría demandar la nulidad del acto³⁹.

Consecuentemente, también podrá confirmarlo⁴⁰, y de no iniciar la acción de nulidad, el acto será reputado válido. A su vez, según el art. 4023 del Código Civil, la acción prescribirá a los diez años.

En la posición contraria, se ha sostenido que la falta del asentimiento acarrea la inoponibilidad del acto⁴¹. En este sentido, el acto jurídico será válido entre las partes, aunque ineficaz respecto del otro cónyuge⁴².

En efecto, se ha sostenido que en muchos supuestos, la sanción de nulidad del acto celebrado sin el asentimiento requerido por el art. 1277 representa una solución excesiva⁴³, pues, teniendo en miras la protección al cónyuge del disponente, se desprotege en sus derechos al tercero adquirente del bien.

36 Ver BOSSERT, Gustavo A. y Zannoni, Eduardo A. *Manual de derecho de familia*, 6ta ed., Astrea, Buenos Aires, 2004, pág. 266 y sgts.

37 En este sentido, LLAMBÍAS, Guastavino (ambos apoyándose en la tesis de la incapacidad de derecho) y Mazzinghi, entre otros. También adopta esta postura una gran parte de nuestra jurisprudencia.

38 “La nulidad en la infracción al art. 1277 del Cód. Civil sólo puede ser invocada por el cónyuge de cuyo consentimiento se prescindió”. CNCiv., sala A, julio 5-1973; ED, 61-823.

39 Ver CNCiv., sala F, abril 21-1981. “P. de D., C. c. R., J. A.”, en ED. 95-576.

40 “La falta del asentimiento conyugal previsto por el art. 1277 del Cód. Civil origina una nulidad relativa que, como tal, puede ser cubierta por confirmación del acto (art. 1058, Cód. Civil)”. CNCiv., sala B, diciembre 14-1971; ED, 42-608.

41 Ver Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán 1981-12-10, “G. de D., P. c. D., V. H.”; y su comentario: “El artículo 1277 del Código Civil y una interpretación desafortunada”, por Mazzinghi, Jorge Adolfo, publicado en *La Ley* 1982-C, 439.

42 Ver BORDA, Guillermo A. *Manual de derecho Civil Parte General*, 5ª edición, ed. Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 544. “El acto inoponible (...) es ineficaz respecto de ciertas personas, pero conserva toda su validez entre las partes y con relación a los demás terceros (...) los efectos (...) en la inoponibilidad se limitan estrictamente al interés amparado por la ley...”. En igual sentido: “El acto de disposición que efectúa el cónyuge administrador es válido y eficaz entre las partes, pero es ineficaz para el cónyuge que debió prestar el asentimiento, para quien el acto es como si no existiese”. C.Apel. Junín, febrero 11-1977; JA, 1977-IV-373.

43 “La moderna idea de la inoponibilidad es la que mejor responde a la cuestión de falta de asentimiento conyugal. La nulidad puede ser una solución demasiado grave, porque no

Quizás haya sido FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALÍA quien, con mayor precisión, ha sostenido esta postura. Partiendo de la premisa de que el cónyuge no titular no es parte del acto jurídico, expresa que “Si no se observa el mecanismo autorizado previsto por la ley, el acto resulta inoponible al cónyuge que no asintió...”, asimilándola a la “... acción pauliana o de fraude adaptada a las necesidades del régimen de la sociedad conyugal, donde el interés tutelado es el que tiene el cónyuge no disponente por su participación en los gananciales al tiempo de la disolución de la sociedad conyugal”⁴⁴.

Siguiendo esta interpretación, el acto será reputado válido y el cónyuge podrá exigir la inclusión del valor del bien, al momento de la liquidación de la sociedad conyugal (o de la comunidad).

7.5. Conclusión respecto de la interpretación actual

Debemos asentar aquí que, tanto en el art. 1277 de nuestro Código Civil, como en el actual proyecto de reforma, se prevén dos supuestos distintos en los cuales el asentimiento del cónyuge no titular es requerido, de manera que es posible hablar de un asentimiento en interés familiar⁴⁵, por un lado, y de un asentimiento en interés individual⁴⁶, por el otro⁴⁷.

Respecto del supuesto contemplado en el primer párrafo del art. 1277, nuestra Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires ha adoptado la teoría de la inoponibilidad del acto al cónyuge, cuyo asentimiento se omitió. Parte de la base de que la falta en el cumplimiento de tal recaudo, no constituye una causal de invalidez del acto, desde que el juez puede suplirla, en los casos que el bien resulte prescindible y el interés familiar no resulte comprometido⁴⁸.

siempre es imprescindible que el acto caiga en su totalidad”, En C.Apel. Junín, noviembre 20-1980; JA, 1981-I- 373.

44 LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J. *Teoría de los contratos*, Ed. Zavallía, Buenos Aires, 1976, pág. 115. Agrega el autor que: “Ésta es la tesis que ha triunfado en las Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, celebradas en Tucumán durante el presente año, donde se aprobó la siguiente ponencia: Los actos concluidos en infracción al art. 1277 del Código Civil, son inoponibles al cónyuge que no los asintió”.

45 Regulado en nuestro Código en el art. 1277 segundo párrafo, y en los arts. 456 y sgts. y 522 del proyecto.

46 Regulado en el art. 1277, primer párrafo de nuestro Código actual, y en el art. 470 del proyecto, para el régimen de comunidad.

47 Respecto de la terminología empleada, ver LAMBER, Néstor Daniel. “Primera aproximación al asentimiento en interés familiar en el proyecto de unificación de Código Civil y Comercial”, Centro de Estudios Notariales de la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Cuaderno N° 9, 2012, pág. 48.

48 “...en el caso del acto de disposición o gravamen de bienes gananciales registrables, la falta de consentimiento de uno de los cónyuges en el otorgamiento del acto hace que éste le sea inoponible -esto es, que los efectos no le pueden ser opuestos- pero dicha falta

En los casos del inmueble propio de uno de los cónyuges en que esté radicada la vivienda familiar, al existir hijos menores e incapaces, también ha tenido oportunidad de expedirse en un sentido similar al anterior. Sin embargo, la cuestión versa, solamente, respecto de la validez o invalidez del acto celebrado sin el debido asentimiento, teniendo en cuenta la posibilidad de ser suplida por el juez, mas aquí no se hace alusión alguna a la inoponibilidad del acto⁴⁹.

En verdad debemos apuntar aquí lo siguiente: la doctrina de nuestra Suprema Corte Provincial, si bien se ha inclinado por caracterizar al acto celebrado sin el debido asentimiento como inoponible, lo hace en los casos en que aquella falta es suplida por el juez de conformidad con el art. 1277 en su tercer párrafo.

Con lo cual el supuesto de la venia supletoria se asimila al acto otorgado con el debido asentimiento conyugal, pues de la correcta lectura del art. 1277, surge claramente que, tanto para el acto de disposición de un inmueble ganancial, como para la venta del inmueble propio en que esté asentado el hogar conyugal si hubiera hijos menores o incapaces, será necesario el asentimiento del otro cónyuge, o la autorización del juez.

Luego, así como el cónyuge omitido puede confirmar después el acto, también el juez puede autorizarlo con posterioridad (en los casos vistos, dentro del planteo de la acción de nulidad en cabeza del cónyuge cuyo asentimiento se omitió), en la medida en que el bien fuera prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.

o renuencia no determina la invalidez del acto, ya que el déficit puede ser salvado por el juez si no existe causa en la negativa (art. 1277, CC y su doct.) (...) Ello establecido, también ha de aceptarse que la falta de asentimiento (o consentimiento) del cónyuge ausente, no es causa en sí misma de resolución del contrato. Si bien es causa necesaria, no lo es suficiente, pues la voluntad concurrente puede ser otorgada o suplida por el juez aun en la etapa de ejecución de sentencia, por lo que la resolución del contrato será la consecuencia de que se hubiere juzgado justa la oposición del causante". "Ale, Roberto Amado contra Dall'Orto, Jorge Lorenzo. Escrituración" del 26/03/1991. Publicado en *Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, Tomo 1991-I, La Plata, 1993, pág. 382. También en: "Martínez de Oubiña, Teresa c/Corbanini, Delmar E. y otros s/Resolución de Compraventa" del 22/12/1987. Publicado en *Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, Tomo 1987-V, La Plata, pág. 389.

- 49 "...el régimen de excepción creado por el art. 1277 del Código Civil en cuanto a los bienes propios no constituye una imposibilidad absoluta de disposición, desde que el consentimiento del cónyuge la borra, y también la oposición incausada (...) si el interés familiar ha quedado resguardado la enajenación en sí sólo atañe al cónyuge vendedor, lo cual es lógico dado el carácter del bien (...) La falta de asentimiento no ocasiona un impedimento definitivo para que el acto sea otorgado, ya que si no media justa causa para la negativa, la disposición del bien puede ser autorizada judicialmente". "Carou de Demianiuk, María Adela contra Sapowicz de Demianiuk, Agafia y otros. Nulidad de compraventa"; del 22 de agosto de 1989, publicado en *Acuerdos y Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires*, tomo 1989-III, La Plata, 1992, pág. 67.

Sin embargo esto no hace más que ratificar que el vicio que pesa sobre aquel acto es la nulidad relativa, pues de no ser confirmado por el cónyuge, o autorizado por el juez, el acto deberá ser privado de sus efectos propios, por padecer de un vicio congénito.

Como analizaremos en el punto siguiente, este es el camino que toma el proyecto de Código Civil al establecer como sanción la nulidad relativa del acto.

Finalmente, y para completar el panorama propuesto, la acción de inoponibilidad (siguiendo la interpretación citada), tendrá lugar respecto de los bienes gananciales, en los casos en que el acto de disposición se considere válido, aun cuando carezca del asentimiento conyugal, por la autorización supletoria del juez.

De esta manera se podrá plantear, en la relación interna de los esposos y al momento de la disolución de la sociedad conyugal, la inclusión del valor del bien en la masa de gananciales; pero, como se observa, ambos institutos no resultan ser excluyentes⁵⁰, y la nulidad relativa estará siempre patente. El vicio sólo puede salvarse con el otorgamiento del asentimiento requerido o con la venia judicial.

7.6. *El asentimiento conyugal en el proyecto (arts. 456 a 459 y 470)*

El instituto del asentimiento conyugal encuentra su regulación específica en el art. 456 y siguientes (dentro de las disposiciones comunes a todos los regímenes). Anticipamos desde ya que, dentro de la regulación del régimen de comunidad, el art. 470 *in fine* remite también a la aplicación de estas normas⁵¹. A su vez, dentro de la regulación de las uniones convivenciales, el art. 522 prevé una regulación casi idéntica, aplicable al caso de la vivienda familiar de la unión convivencial inscripta.

Considerando todo lo dicho en los apartados anteriores, podemos destacar algunos aspectos, en los cuales se ve claramente la recepción de las principales interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales en la materia.

Por el art. 456, se dispone que ninguno de los cónyuges puede disponer sin el asentimiento del otro, de los derechos sobre la vivienda familiar. Como se observa, la norma corrige la redacción actual, pues ya no se habla del consentimiento de ambos cónyuges, sino del asentimiento.

50 “El hecho de no prosperar la acción tendiente a la nulificación de un negocio por haberse celebrado en violación a lo dispuesto por el art. 1277 del Cód. Civil, no impide, dado sus menores efectos y por el principio *iura novit curia* que se estudie la cuestión con el objeto de vehicularizar, en su caso, un pronunciamiento de inoponibilidad”, en C.Apel. Junín, noviembre 20-1980; JA, 1981-I-373.

51 “...Al asentimiento y a su omisión se le aplican las normas de los arts. 456 a 459”.

Luego, respecto de los efectos del acto jurídico celebrado sin el asentimiento requerido, se establece que el cónyuge que no ha dado su asentimiento puede demandar la anulación del acto⁵².

Se trata aquí de una nulidad relativa, que toma partida por una de las dos posturas que analizamos en los puntos anteriores⁵³. Finalmente, se establece como plazo de caducidad para entablar la acción, el de seis meses desde que el otro cónyuge lo conoció; pero no más allá de los seis meses de la extinción de la comunidad.

A diferencia de la normativa actual, por el art. 456 se protege a la vivienda familiar y se elimina como recaudo la condición de que existan hijos menores o incapaces. Coherentemente con el sistema proyectado, se ha elevado el instituto de la vivienda familiar⁵⁴, erigiéndolo como bien jurídico tutelado en virtud de su importancia para el desenvolvimiento del núcleo social básico de toda comunidad.

El proyecto prevé la posibilidad de la autorización judicial para otorgar un acto que requiera el asentimiento del otro cónyuge en determinados supuestos (en caso de ausencia, incapacidad, capacidad restringida o cuando esté impedido transitoriamente de expresar su voluntad, conforme al art. 458), o si su negativa no está justificada por el interés de la familia.

Para complementar el análisis previo respecto de la regulación de nuestro Código actual, el mismo art. 458 del proyecto expresamente establece en su parte final que "el acto otorgado con autorización judicial es oponible al cónyuge sin cuyo asentimiento se lo otorgó...".

Cabe destacar aquí que los legisladores han tenido en especial consideración la problemática planteada, tanto en nuestra doctrina como en nuestra

52 Explican los miembros de la comisión del proyecto del 93 en la nota al art. 506 (fuente directa del 456), que: "...La fórmula disponer de los derechos sobre la vivienda común tiende a englobar todos los derechos, reales y personales (...). En cuanto a la sanción, se deja en claro que se trata de un acto anulable, no nulo de pleno derecho...". Aclaramos que en el actual proyecto de reforma, se elimina la categoría de actos nulos y anulables, manteniendo la clasificación de nulidades absolutas y relativas. Ver arts. 386 y siguientes del proyecto.

53 Ver LAMBER, Néstor Daniel. Ob. cit. pág. 53: "La reforma opta por la postura de la nulidad relativa, descartando la de la inoponibilidad del cónyuge, e impone la sanción de invalidez del acto. Esto aparece admisible para este supuesto de interés familiar, pero no es justificable su extensión al caso del asentimiento conyugal en interés individual de la protección de la futura división de los bienes gananciales. Habiendo diferenciado metodológicamente ambos y en forma autónoma, devenía más equitativo prever este segundo supuesto como de inoponibilidad y no de invalidez por la remisión a éste del art. 470 *in fine* Proyecto, criticable en este punto".

54 La segunda parte del art. 456 establece que "La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro".

jurisprudencia, respecto de los efectos del acto celebrado sin el debido asentimiento. Así, no sólo se establece la sanción de nulidad relativa del acto celebrado sin el debido asentimiento, sino que se excluye la posibilidad del planteo de la acción de inoponibilidad en la relación interna de los cónyuges -actualmente admitida por nuestra Suprema Corte Provincial-, en los casos en que la falta del asentimiento conyugal sea suplida por el juez.

Respecto de las normas del régimen de comunidad, podemos señalar que se mantiene el mismo principio de administración y disposición separada de los bienes, teniendo en cuenta quién los ha adquirido, aun tratándose de bienes gananciales. El art. 470 requiere del asentimiento del cónyuge no titular para enajenar o gravar⁵⁵ los bienes gananciales, cuando se trate, entre otros, de bienes registrables.

Finalmente, se aclara, que también requieren del asentimiento las promesas de los actos comprendidos en los cuatro incisos del artículo, "...a fin de dejar aclarada la situación de los boletos de compraventa"⁵⁶, hartamente debatida en nuestra doctrina y jurisprudencia.

7.7. Poder entre cónyuges para dar el asentimiento. Distintos supuestos

Una consideración especial merece el art. 459. Básicamente, se establece que uno de los cónyuges no puede dar poder al otro para darse a sí mismo el asentimiento, en los casos del art. 456. En principio, resulta clara la finalidad de la norma, pues pretende que no se pueda desvirtuar la protección impuesta a la vivienda familiar.

Sin embargo, por la remisión hecha por el art. 470, cabe cuestionarse si esta limitación también alcanza a los actos por los cuales, a modo de ejemplo, se pretenda enajenar un bien inmueble ganancial.

Creemos que se trata de dos supuestos distintos y que la prohibición del otorgamiento de un poder entre cónyuges para dar el asentimiento sólo se extiende al supuesto del art. 456, mas no a los casos del art. 470.

Finalmente agregamos que, según el art. 457, el asentimiento debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (lo que deja afuera, consecuentemente, la posibilidad del otorgamiento de un asentimiento general anticipado).

55 Corrigiendo la redacción del actual art. 1277: "...para disponer o gravar...".

56 Conforme resulta de la nota de los miembros de la Comisión del Proyecto del 93 al art. 523. En *Reformas al Código Civil. Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993.

En opinión coincidente, explica NÉSTOR DANIEL LAMBER que “La remisión que hace el art. 470 del Proyecto a esta norma para el asentimiento conyugal relativo a bienes gananciales, entendemos que se debe interpretar estrictamente, y es solo para el caso en que en este inmueble ganancial esté radicada la vivienda familiar, y no para los restantes bienes, pues el art. 459 del Proyecto refiere exclusivamente a los casos en que es aplicable el art. 456 del Proyecto”⁵⁷.

De esta manera, nada impide que un cónyuge dé poder al otro para otorgar su asentimiento de manera anticipada con el acto por el cual se enajene un bien inmueble ganancial, siempre que verse sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos.

7.8. La protección a la vivienda familiar del art. 522 y la inscripción de la unión convivencial

Como último aspecto a tratar en este punto, resta realizar aquí algunas consideraciones respecto del proyectado art. 522 y su preciso alcance con relación a la protección a la vivienda familiar de la unión convivencial.

A grandes rasgos, debemos tener en cuenta que el proyecto viene a regular las uniones convivenciales (a partir del art. 509 al 528), estableciendo un régimen similar al de separación de bienes en el matrimonio.

Uno de los requisitos para el reconocimiento de los efectos jurídicos que surgen de esta unión radica en la convivencia durante un período no menor a dos años, de dos personas que comparten un proyecto de vida en común, basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente (arts. 509 y 510).

En lo que respecta a la protección de la vivienda (lo que aquí nos interesa), el art. 522 impone requisitos casi idénticos a los del art. 456 (en cuanto al asentimiento), aunque, como recaudo, agrega que la unión convivencial haya sido inscripta⁵⁸.

Dada la trascendencia de la protección que la norma consagra y teniendo en especial consideración el debido resguardo de los derechos de los terceros que contraten con alguno de los convivientes, surge la necesidad de delimitar correctamente sus alcances.

⁵⁷ LAMBER, Néstor Daniel. Ob. cit, pág. 52.

⁵⁸ Es de destacar que el recaudo de que la unión convivencial haya sido inscripta, importa una modificación introducida por el poder ejecutivo nacional, respecto del anteproyecto original, elaborado por la comisión creada por decreto 191/2011. Textualmente, se agrega al comienzo del art.: “Si la unión convivencial ha sido inscripta...”.

Creemos que, para que esta limitación a la facultad de disposición del inmueble que sea asiento de la vivienda familiar de la unión convivencial tenga efectos, la misma deberá haber sido previamente inscrita en el registro de la propiedad inmueble y, sólo a partir de allí, será exigible el asentimiento del conviviente no titular del bien.

Consecuentemente, en caso de no encontrarse inscrita en el registro mencionado y aunque exista la posibilidad de probar por cualquier medio la existencia de la unión (art. 512), por cuestiones de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, no será exigible el cumplimiento de tal recaudo.

8. Los regímenes patrimoniales del matrimonio en el proyecto. Introducción

Como punto de partida para el análisis de los distintos regímenes que el actual proyecto prevé, debemos mencionar que el régimen de comunidad de ganancias mantiene los mismos principios y lineamientos generales que en nuestro Código Civil actual.

En efecto, por una marcada influencia de los usos y costumbres, ante la falta de opción por parte de los futuros contrayentes, este será el régimen aplicable (art. 463 del proyecto). Debemos tener en cuenta que, en nuestro sistema vigente, el régimen de comunidad viene a ser el único previsto, que opera de manera forzosa respecto de los cónyuges a partir de la celebración del matrimonio.

Consecuentemente, podemos destacar, en nuestro país, la ausencia de una tradición en la celebración de convenciones matrimoniales. En efecto y desde un enfoque consuetudinario, se observa un fuerte arraigo en nuestra sociedad con el régimen de comunidad de ganancias, a tal punto que suele entenderse que la comunidad de vida y la comunidad de bienes son conceptos que se encuentran íntimamente relacionados entre sí, de tal manera que no es concebible su disociación.

Por todo ello, nuestra doctrina ha considerado favorable el mantenimiento del régimen de comunidad de ganancias como régimen supletorio. Los proyectos de 1993 y de 1998 así lo han establecido. Finalmente, el actual proyecto de reforma (que, como hemos visto, se ha basado en aquellos) también recepta esta solución.

9. El régimen de comunidad -arts. 463 al 474-

El principio rector en este régimen se mantiene idéntico al actual, esto implica que todo incremento patrimonial que reconozca su causa u origen en una actividad o prestación realizada durante la vigencia de la comunidad será

ganancial. A su vez, por el art. 466, primer párrafo, se mantiene el principio de presunción de ganancialidad que rige en la materia.

La inclusión de un bien en la masa de gananciales cobrará una especial trascendencia al momento de la extinción de la comunidad, pues, respecto de estos bienes, ambos cónyuges tendrán derechos a la adjudicación por mitades. Como se observa, los derechos de los cónyuges a la participación en los bienes gananciales se encuentra en estado de expectativa hasta el momento de su disolución.

Claro está que, para determinar correctamente cuáles son los bienes que pasarán a formar parte de la masa de gananciales, debemos tener en cuenta las normas referentes a la calificación de los mismos (arts. 464 y 465).

Así, en este punto, podemos destacar algunas modificaciones que el proyecto introduce en nuestro sistema.

9.1. La calificación de los bienes en el régimen de comunidad

En principio, podemos decir que todos los bienes que los cónyuges adquieran luego del inicio de la comunidad, serán gananciales⁵⁹. Excepcionalmente y en los casos expresamente previstos en el proyecto, un bien podrá ingresar al patrimonio propio del cónyuge adquirente, aunque esa adquisición suceda durante la vigencia de la comunidad.

Pero, aun en estos casos, podemos observar que no representan una excepción a la regla propiamente dicha. Para comprender esto, debemos tener en cuenta que, si todo incremento patrimonial que reconozca su causa en una actividad o prestación realizada durante la comunidad será ganancial, entonces todo incremento cuya causa provenga de una actividad o prestación realizada con anterioridad, será propia⁶⁰.

Por otra parte, las adquisiciones a título gratuito (ya sea por donación, herencia o legado, conforme al art. 464 inciso b del proyecto) también serán propias, pues aquí no habrá contraprestación alguna; lo cual justifica su exclusión de la masa de bienes gananciales.

La mayor utilidad práctica de las disposiciones contenidas en los arts. 464 y 465 radica en dos aspectos distintos: por un lado, estas normas vienen a con-

59 Conforme al art. 465 inciso a. A su vez, el art. 466, en su primer párrafo, establece que “Se presume, excepto prueba en contrario, que son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad...”.

60 Mencionamos como ejemplo de la aplicación de este principio, lo dispuesto por el art. 464 inciso g): “Son bienes propios de cada uno de los cónyuges: (...) los adquiridos durante la comunidad, aunque sea a título oneroso, si el derecho de incorporarlos al patrimonio ya existía al tiempo de su iniciación”; en idéntico sentido pero planteando el caso opuesto, encontramos al art. 465 inciso j).

templar supuestos en los cuales existían interpretaciones encontradas, tanto en doctrina como en jurisprudencia; por el otro, vienen a delimitar claramente los casos de recompensas en razón de la calificación de los bienes. Para su detenido estudio, trataremos ambos aspectos por separado.

9.1.1. Calificación de los bienes: posturas superadoras de las interpretaciones actuales

Uno de los principales inconvenientes que se ha planteado radica en la calificación de un bien determinado, en el supuesto de que el cónyuge titular haya adquirido diferentes partes indivisas en diferentes momentos y por diferentes causas, o el caso de la inversión conjunta de fondos, en parte, propios y, en parte, gananciales, para la adquisición de un nuevo bien⁶¹.

Un sector de nuestra doctrina sostiene que corresponde calificar cada adquisición por separado, de manera que un mismo bien podría ser, en parte, propio y, en parte, ganancial. Esta es la tesis de la calificación mixta (o dual).

En la interpretación contraria, se ha sostenido que un bien sólo puede tener una calificación, lo cual requiere adoptar criterios que regulen los casos de duda o controversia, a fin de evitar conflictos.

Así, se ha tenido en cuenta la calidad de la primera adquisición: si el cónyuge adquirió originariamente una parte del bien en carácter de propio, las restantes partes indivisas del mismo bien, que adquiera por cualquier causa, serán también propias.

Por otra parte, en el caso de la reinversión de fondos (o subrogación real), también se ha tenido en cuenta la calidad del aporte mayor para la adquisición: si la mayor parte del valor del nuevo bien adquirido proviene de la venta de un bien propio, este será igualmente propio. Si el saldo es superior al aporte propio, el nuevo bien será ganancial. Esta es la tesis de la calificación única.

9.1.2. La tesis de la calificación única en el proyecto. Una consideración al margen

Al igual que ocurre respecto de los efectos del acto otorgado sin el asentimiento conyugal requerido, podemos observar aquí que el proyecto viene a tomar postura por alguna de las interpretaciones existentes, y quizás sea este el aspecto de mayor relevancia que se destaca en el actual proyecto de reforma. Partiendo de la base de nuestro sistema actual, se han analizado las diversas controversias planteadas en nuestra jurisprudencia en los últimos años.

61 Respecto de la tesis de la calificación única o mixta, ver fallo "Sanz, Gregorio O.", Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal, en Pleno, del 15 de julio de 1992, según el cual se adopta, por mayoría, la postura de la calificación única. Luego, dentro del voto en minoría, se adopta la postura de la calificación mixta. Si bien el plenario en cuestión no resulta vinculante para los tribunales de la provincia de Buenos Aires, destacamos la importancia de los fundamentos allí vertidos.

Congresos y Jornadas

Podríamos ubicar el inicio de nuestro régimen en el año 1968, con la reforma de la ley 17.711, pues esta vino a modificarlo sustancialmente. De allí en adelante, hasta el año 1993, los autores del proyecto elaborado en dicho año han tenido en especial consideración los casos en los que se presentaban mayores divergencias interpretativas y han tomado partida por la solución que se consideró más justa.

Independientemente de coincidir o no con la solución efectivamente adoptada, no caben dudas de la gran virtud que esto representa para nuestro derecho Civil, pues, de esta manera, se tiende a evitar un sinnúmero de contiendas que en la actualidad se plantean. Luego, cuanto menor sea el ámbito de divergencia interpretativa de una norma, mayor será la seguridad jurídica que el ordenamiento resguarde.

9.1.3. Adquisiciones sucesivas de partes indivisas de un mismo bien

En lo concerniente a la tesis de la calificación única, el proyecto viene a regular los dos supuestos en los que podía haber discusiones en la interpretación.

Por un lado, el art. 464 inciso k) y el art. 465 inciso n) contemplan el supuesto de las adquisiciones sucesivas de partes indivisas de un mismo bien.

Ambas normas consagran idéntico principio: las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de ese mismo bien, mantendrán el carácter de la adquisición originaria. Si la primer adquisición tenía carácter de propia, las restantes partes indivisas mantendrán el mismo carácter, aunque sean adquiridas durante la comunidad y a título oneroso, y quedará a salvo la recompensa debida a la comunidad por el monto ganancial invertido para su adquisición.

En cambio, por otro lado, si la primera adquisición tenía carácter de ganancial, las restantes partes indivisas mantendrían el mismo carácter, aunque hayan sido adquiridas a título gratuito durante la comunidad, o, incluso, si las hubiera adquirido luego de extinguida la comunidad (se entiende que durante el período de liquidación), quedando a salvo el derecho de recompensa en cabeza del cónyuge en contra de la comunidad en caso de haberse invertido bienes propios para su adquisición (o por el monto que le hubiera correspondido en carácter de propio).

9.1.4. Reinversión de fondos o subrogación real. El aporte mayor

El supuesto (en lo que respecta a la relación interna de los cónyuges) está contemplado en el art. 464 inciso c) y en el art. 465 inciso f). En principio, serán propios los bienes adquiridos con el producto de la venta de un bien propio durante la comunidad y serán gananciales los bienes adquiridos con el producto de la venta de un bien ganancial luego de la extinción de la comunidad.

Sin embargo, en el caso en que los valores de ambos bienes sean diferentes, se tendrá en cuenta el valor del aporte mayor. Así, si el saldo es superior al valor del aporte propio, el nuevo bien será ganancial en el primer caso y, si el saldo es superior al valor del aporte ganancial, el nuevo bien será propio, dejando a salvo el derecho de recompensa que le corresponda a cada uno de los cónyuges en contra de la comunidad o viceversa.

9.1.5. Casos de recompensas en razón de la calificación de los bienes

Dada la extensa enumeración de los arts. 464 y 465 del proyecto, referidos a la calificación de los bienes de los cónyuges, intentaremos extraer aquí un principio general en el que se funden estas normas, haciendo sólo una breve referencia a cada caso en particular.

En todos los casos en que se hayan invertido fondos gananciales o se hayan realizado erogaciones con bienes de la comunidad para adquirir un bien en carácter de propio, el cónyuge que lo ha adquirido debe recompensa a la comunidad por el monto de esas erogaciones efectuadas, pues las mismas se realizan solamente en beneficio de su patrimonio propio⁶².

En el supuesto inverso, es decir, cuando se hayan invertido fondos propios para la adquisición de un bien ganancial, la comunidad debe recompensa al cónyuge por el monto invertido⁶³.

62 Al estar incluidos dentro de los bienes propios del cónyuge que los ha adquirido, este debe recompensa a la comunidad en los siguientes casos: art. 464 inc. b) 1er. párrafo: por los cargos soportados por la comunidad para la adquisición de bienes por herencia legado o donación; 464 inc. c) 4to. párrafo y art. 465 inc. f) 2do párrafo: por el saldo soportado por la comunidad en la reinversión de fondos propios en la adquisición de un nuevo bien (subrogación real, si el valor del primer bien es superior al saldo); 464 inc. j): por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero de la comunidad, en los bienes incorporados por accesión a las cosas propias; 464 inc. k): por la inversión de bienes de la comunidad en los casos de adquisición de partes indivisas por el cónyuge que ya era propietario de una parte con carácter de propia; 464 inc. i): por el empleo de bienes gananciales en la extinción de derechos reales que graven al inmueble sobre el cual el cónyuge era nudo propietario en carácter de propio; 464 inc. m): por la adquisición de ropas y objetos de uso personal (si son de gran valor) y los bienes necesarios para el trabajo o profesión de uno de los cónyuges si se han adquirido con bienes gananciales.

63 Al calificarse como bienes gananciales, la comunidad debe recompensa al cónyuge que haya realizado erogaciones de su patrimonio propio en los siguientes casos: art. 464 inc. b) 3er. párrafo: por la diferencia entre el valor de lo donado y el valor de la remuneración prestada en las donaciones remuneratorias, en caso de que el primero de estos valores exceda de una equitativa remuneración; 464 inc. c) 2do. párrafo y 465 inc. f) primer párrafo: por las erogaciones propias efectuadas en la reinversión o permuta de un bien ganancial, luego de la extinción de la comunidad, si el saldo es inferior al valor del bien ganancial; 465 inc. m): por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con dinero propio, en los bienes incorporados por accesión a las cosas gananciales; 465 inc. n): por la inversión de bienes propios en los casos de adquisición de partes indivisas por

9.2. Subrogación real

Nos detendremos ahora en el análisis de otro supuesto que mantiene una importante relación con el derecho notarial. A grandes rasgos, diremos que la subrogación real importa una ficción creada por la ley, mediante la cual se trasladan los derechos y caracteres que pesaban sobre un bien determinado, a otro bien diferente que ingresa en reemplazo del anterior: ocurre una sustitución en el objeto, pero se mantienen los mismos caracteres.

Lo que se ha discutido en nuestra doctrina es, específicamente, cuáles son los recaudos exigibles para que la subrogación real opere. En este sentido, el tema debe analizarse desde dos perspectivas diferentes: por un lado, en la relación interna de los cónyuges; por el otro, respecto de su oponibilidad a terceros.

9.2.1. La subrogación real entre cónyuges

En verdad, en lo que respecta a la relación interna de los cónyuges, la doctrina es pacífica al aceptar que, entre los esposos y sus sucesores universales, siempre podrá discutirse el verdadero carácter del bien⁶⁴.

En efecto, serán de aplicación los arts. 464 y 465, que ya hemos analizado⁶⁵. De esta manera, cualquier bien adquirido por la reinversión de fondos provenientes de la venta de un bien propio, será igualmente propio, sin que sea necesario el cumplimiento de mayores recaudos.

Para graficar lo que aquí afirmamos, debemos tener en cuenta que, aunque nada se haya dicho al momento de adquirir el bien por subrogación real, en la etapa de liquidación de la comunidad podrá siempre demostrarse, por cualquier medio de prueba, que la nueva adquisición debe reputarse como propia.

Según nuestro Código Civil actual, será de aplicación el art. 1266: "Los bienes que se adquieren por permuta con otro de alguno de los cónyuges, o el inmueble que se compre con dinero de alguno de ellos (...) pertenece al cónyuge permutante, o de quién era el dinero...".

el cónyuge que ya era propietario de una parte con carácter de ganancial; 465 inc. ñ): por el empleo de bienes propios en la extinción de derechos reales que graven al inmueble sobre el cual el cónyuge era nudo propietario en carácter de ganancial.

64 Ver MARIANI de VIDAL, Marina (Directora) y Abella, Adriana Nélica (Coordinadora) en *Colección de plenarios de derecho Civil*; Tomo I, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2009, pág. 1086. Analizando la doctrina plenaria "Serrey de Drabble, María C. c. Drabble, Leslie C., suc.". ED, 43-515.

65 Al respecto, los miembros de la comisión designada por decreto 468/92, expresan en la nota al art. 515 inc. 3 (fuente del art. 464 inc. c del actual proyecto): "Se mantiene el régimen del Código argentino de inversión o reinversión de pleno derecho, y de libertad de pruebas". En *Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, pág. 54.

Sin embargo, si analizamos este instituto desde un enfoque dinámico, observando la circulación del bien dentro del tráfico inmobiliario, la oponibilidad del carácter del bien resulta ser trascendental. En consecuencia, los recaudos exigidos para hacer valer el carácter del bien a terceros, constituyen un aspecto medular dentro del instituto de la subrogación real.

9.2.2. La oponibilidad a terceros. El sistema actual

Antes de la reforma de la ley 17.711 y teniendo en cuenta el régimen de administración marital que resultaba del Código Civil de VÉLEZ (arts. 1276 y 1277), la reserva del art. 1246 importaba un caso de excepción a favor de la mujer. Por ello, la norma establecía requisitos aún más rigurosos que los del art. 1266 para que opere la subrogación real⁶⁶.

Luego de la reforma, al modificar sustancialmente el régimen de administración y reconocer definitivamente la igualdad entre el hombre y la mujer, la doctrina mayoritaria consideró la necesidad de reinterpretar algunas normas del Código Civil, principalmente, las contenidas en los capítulos II, III y VIII del Título II.

En general, se expresó que la mayoría de estos artículos se encontraban tácitamente derogados, por no ser compatibles con las nuevas normas o chocar con el destacado reconocimiento de la igualdad entre el hombre y la mujer. Sin embargo, no fue esta la interpretación predominante con relación al art. 1246.

En efecto, se ha sostenido que, para que la subrogación real sea oponible a terceros, deberán cumplirse los recaudos exigidos por el art. 1246; por lo tanto, la escritura de adquisición debe contener la manifestación de que el dinero le pertenece al cónyuge adquirente⁶⁷ en carácter de propio, así como la designación de cómo el dinero le pertenece en aquel carácter⁶⁸.

En este sentido, remarcamos que "...donde el tema asume mayor relevancia es en la eficacia de los actos de disposición hechos por la mujer sin el

66 Art. 1246: "Los bienes raíces que se compraren con dinero de la mujer, son de la propiedad de ella si la compra se hiciese con su consentimiento y con el fin de que los adquiriera, expresándose así en la escritura de compra, y designándose cómo el dinero pertenece a la mujer".

67 Al respecto, la comisión IV de la XXX Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en Villa Gesell del 22 al 25 de noviembre de 1995, ha resuelto: "1) Se considera que el art. 1246 del CC con referencia a la posibilidad de determinar la subrogación real del carácter propio del bien que se adquiere, es aplicable a ambos cónyuges y a cualquier clase de bien registrable".

68 Conforme CNCiv., en pleno, julio 14-1972. "Serrey de Drabble, María C. c. Drabble, Leslie C., suc.". ED, 43-515. En verdad, la cuestión planteada en el plenario se refiere a la subrogación real de un inmueble adquirido por la esposa. Sin embargo no hay dudas de que sus opiniones se aplican a ambos cónyuges.

asentimiento del marido prescripto por el art. 1277, ya que en opinión de parte de la doctrina bastaría esa manifestación para hacer inatacable el acto de disposición otorgado a título oneroso con un tercero de buena fe. El tercero que lo adquiere en estas condiciones queda amparado en su buena fe y la adquisición es inobjetable, salvo fraude”⁶⁹.

Al analizar los fundamentos de la exigencia de tales recaudos, se ha dicho que “...la organización del régimen de la subrogación real en materia de bienes propios (...) se ha concebido en defensa de los intereses de terceros, y así en beneficio de la noción de la seguridad jurídica”⁷⁰.

9.2.3. La subrogación real en el proyecto. Requisitos para su oponibilidad

En este punto debemos partir del art. 466, segundo párrafo. De su lectura surgen claramente tres requisitos diferentes para que el carácter de propio de un bien por subrogación real sea oponible a terceros: a) se debe hacer constar, en el acto de adquisición, la circunstancia de que el bien se adquiere por la reinversión del producto de la venta de un bien propio; b) se debe determinar el origen del dinero propio que se ha utilizado, y c) el otro cónyuge debe prestar su conformidad⁷¹.

Como se observa, el nuevo artículo requiere de la conformidad del otro cónyuge y se modifica de esta manera el régimen legal actualmente vigente. Recordemos que la doctrina notarial había considerado que, para que opere la subrogación real, “la participación del otro cónyuge no titular es conveniente pero no necesaria”⁷².

Sin perjuicio de lo expuesto precedentemente, el artículo prevé, en su parte final, que, en caso de no poder obtener la conformidad del otro cónyuge,

69 MARIANI de VIDAL, Marina (Directora) y Abella, Adriana Nélica (Coordinadora) en “Colección de plenarios de derecho Civil”; Tomo I, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; Ed. La Ley; Buenos Aires, 2009; P. 1086. Analizando la doctrina plenaria “Serrey de Drabble, María C. c. Drabble, Leslie C., suc.”. ED, 43-515.

70 Voto del Dr. Garzón Maceda en CNCiv., en pleno, julio 14-1972. “Serrey de Drabble, María C. c. Drabble, Leslie C., suc.”. ED, 43-515 (pág. 519).

71 Al respecto, los miembros de la comisión designada por decreto 468/92, expresan en la nota al art. 517 (fuente del art. 466 del actual proyecto): “El segundo párrafo sustituye el régimen de los arts. 1246 y 1247 del Código Civil, adaptándolo a las necesidades actuales mediante la fijación del modo de demostrar a terceros, durante la comunidad, el carácter propio de los bienes adquiridos por inversión o reinversión”. En “Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92”, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, pág. 59.

72 XXX Jornada Notarial Bonaerense celebrada en Villa Gesell, del 22 al 25 de noviembre de 1995, Comisión IV. Mencionamos esta conclusión como un antecedente dentro de la materia, aunque debemos aclarar que la misma se refería a la subsanación por vía notarial de la declaración insuficiente en el título de adquisición. Aún así el criterio expuesto puede ser extendido al supuesto regulado por la norma bajo estudio.

“...o de negarla éste, el adquirente puede requerir una declaración judicial del carácter de propio del bien, de la que se debe tomar nota marginal en el instrumento del cual resulta el título de adquisición. El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”.

A su vez, respecto del último supuesto contemplado en la norma, también aquí podemos apuntar las conclusiones a las que se arribó en ocasión de la trigésima Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en Villa Gesell en 1995: “La omisión o insuficiente declaración del origen del dinero utilizado en la adquisición puede subsanarse en la vía notarial por medio de una escritura complementaria aclaratoria”⁷³.

Si bien puede resultar cuestionable el requisito de la conformidad del otro cónyuge, se destaca un acierto en la materia, al establecer que estos recaudos son exigibles para su oponibilidad; mas, en la relación interna de los cónyuges, regirán los arts. 464 y 465, tanto respecto de la calificación como de las recompensas debidas en razón de ella. De esta manera, se delimita claramente el alcance de la norma.

Por otra parte, debemos destacar que, con el fin de resguardar los derechos del tercero adquirente de un bien que resulte ser propio por subrogación real, el recaudo de la conformidad del otro cónyuge al momento en que ese bien se adquirió suele ser una práctica común dentro de nuestro quehacer notarial.

10. Extinción de la comunidad

Al tener en cuenta las diferencias que se presentan entre nuestro sistema actual y el sistema proyectado, resulta necesario detenernos aquí para realizar unas breves consideraciones al respecto.

Es que, como es sabido, nuestro sistema regula un único régimen patrimonial, estructurado en torno al concepto de sociedad conyugal⁷⁴. En consecuen-

73 XXX Jornada Notarial Bonaerense, Comisión IV.

74 ZANNONI, Eduardo A. *Derecho de familia*, Tomo I, 5ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006, pág. 486. Al respecto, explica: “...el término sociedad conyugal, en la concepción de Vélez Sarsfield, tiende a destacar el aspecto fundamental de coparticipación en las ganancias obtenidas y contribución en las deudas contraídas durante el matrimonio”. El proyecto pone fin a esa discusión doctrinaria respecto de la naturaleza jurídica de la misma, pues ya no se utiliza este término al regular el régimen patrimonial del matrimonio. En consecuencia deberíamos referirnos aquí, estrictamente, a los bienes de la comunidad. En verdad, si bien ya era doctrina unánime en el derecho argentino el considerar que el concepto “Sociedad conyugal” debía entenderse como la referencia al régimen de comunidad de ganancias y no como un sujeto de derecho distinto de los cónyuges (“La sociedad conyugal no es persona jurídica que pueda ser propietaria de bienes: los pro-

cia y salvo el caso excepcional de la separación judicial de bienes, la disolución del vínculo matrimonial trae como resultado la extinción de la comunidad.

Al preverse la existencia de dos regímenes distintos en el actual proyecto, la disolución del vínculo matrimonial sólo implicará la disolución y liquidación de los bienes del matrimonio, cuando estos estén regidos bajo el régimen de comunidad de ganancias, mas no sucede lo mismo respecto de los matrimonios celebrados bajo el régimen de separación de bienes.

Por ello debemos distinguir a la disolución del matrimonio⁷⁵ de la extinción de la comunidad⁷⁶ pues tanto los supuestos previstos, como las consecuencias jurídicas son sustancialmente diferentes⁷⁷.

10.1. Extinción de la comunidad. Causales -art. 475-

Manda el art. 475: "Causas: La comunidad se extingue por:

- a) la muerte comprobada o presunta de uno de los cónyuges;
- b) la anulación del matrimonio putativo;
- c) el divorcio;
- d) la separación judicial de bienes;
- e) la modificación del régimen matrimonial convenido⁷⁸".

10.2. Indivisión poscomunitaria -arts. 481 a 487-

Al igual que ocurre en nuestro sistema actual, luego de que se produzca alguna de las causales por las cuales se extingue la comunidad de ganancias,

pietarios son uno u otro de los cónyuges", voto del Dr. Augusto César Belluscio en fallo de la C.N. Civ., Sala C, 2/11/76, ED, 72-605).

75 Conforme al art. 435 del proyecto.

76 Regulada en el art. 475 del proyecto.

77 Claro está que ambos supuestos pueden producirse en un mismo momento. Así, ante el divorcio en los casos de matrimonios bajo el régimen de comunidad, se habrán extinguido tanto el matrimonio como la comunidad en el mismo acto. Pero puede suceder que ocurra el divorcio de un matrimonio que se rige bajo el régimen de separación de bienes, y aquí no habrá comunidad alguna; o, por el contrario, el cambio del régimen de comunidad por el de separación, implica la extinción de la comunidad, mas no la disolución del matrimonio.

78 Como se observa de la norma transcripta, debemos considerar, por su especial trascendencia, el caso de la extinción de la comunidad por la modificación del régimen matrimonial, cuando se opta por la elección del art. 449. Así, al pasar del régimen de comunidad al régimen de separación, todos los bienes que integren la masa común pasaran a un estado de indivisión poscomunitaria, lo que implica la necesidad de llevar adelante todos los procedimientos que analizamos en el presente trabajo, respecto de la liquidación y partición de dichos bienes. Al requerir tal modificación de la escritura pública, y en caso de acuerdo de voluntades de los cónyuges, podría analizarse la posibilidad de una partición en sede notarial, dentro del mismo acto de modificación del régimen.

todos los bienes que integren esa masa común ingresarán a un estado de indivisión forzosa⁷⁹.

Esto implica que, a partir de ese momento, ninguno de los cónyuges podrá, por su sola voluntad, ni aun con el asentimiento del cónyuge no titular, realizar acto dispositivo alguno sobre dichos bienes. Asimismo, la indivisión de la masa de bienes gananciales requerirá, en todos los casos, de un acto partitivo que ponga fin a tal estado.

En cambio, los bienes propios no se verán afectados por esta restricción legal, por estar impuesta en pos de la protección de los derechos de los cónyuges respecto de la mitad de los bienes que conformen la masa de gananciales (art. 498), que hasta ese entonces se encontraban en estado de expectativa.

Todo esto impone la necesidad de determinar cuáles son los bienes que pasarán a integrar la masa común y, en definitiva, cuál será el valor líquido de los mismos (cuantificable en dinero), para fijar, en última instancia, el monto total de la masa. En consecuencia, debemos abocarnos al estudio de las recompensas, pues puede suceder que un cónyuge invierta bienes de su patrimonio propio en la adquisición de bienes gananciales, lo que genera un derecho de carácter crediticio a su favor, en contra de la masa común.

Para aclarar la cuestión de antemano, diremos que el proceso lógico que debe seguirse es el siguiente: la extinción de la comunidad genera la indivisión poscomunitaria de los bienes que integran la masa común. Para delimitar correctamente cuáles son esos bienes que integren dicha masa, debemos estar a las normas referentes a la calificación de los mismos (contenidas en los arts. 464 a 466). Luego, para determinar la masa definitiva sobre la cual cada uno de los cónyuges tendrá derecho a la adjudicación por mitades, se deben seguir las normas referentes a la liquidación de la comunidad (computando las recompensas debidas). Finalmente es necesaria la división de esos bienes, a través de un acto partitivo en el cual concurren las voluntades de ambos cónyuges con el objeto de poner fin a ese estado de indivisión que la extinción de la comunidad genera⁸⁰.

10.3. Liquidación de la comunidad -arts. 488 a 495-

Las normas referidas a la liquidación de la comunidad establecen, principalmente, lo que la doctrina ha denominado "cuestión de la contribución", es

79 Conforme al art. 497, la masa común se integra con la suma de los activos gananciales de uno y otro cónyuge.

80 Así, en esta etapa, para la venta de un inmueble ganancial de titularidad de uno de los cónyuges no se requiere ya el asentimiento del otro, sino que son ambos cónyuges quienes disponen conjuntamente del bien, siempre que dicha venta se realice como acto partitivo y con la finalidad de poner fin al estado de indivisión poscomunitaria.

decir, la forma en que deben efectuarse las recompensas a cada uno de los cónyuges sobre la masa de bienes gananciales y viceversa.

En principio, la masa de gananciales estará compuesta por todos los bienes adquiridos durante la vigencia de la comunidad, a título oneroso, de conformidad con lo establecido en los arts. 464 al 466.

El art. 488 establece que, luego de la extinción de la comunidad, se debe proceder a su liquidación con la finalidad de establecer el monto definitivo que, sobre la masa común, corresponda a uno y a otro cónyuge.

El art. 489 dispone que están a cargo de la comunidad: a) las obligaciones contraídas durante la comunidad, no previstas en el artículo siguiente (referido a las obligaciones personales de los cónyuges); b) el sostenimiento del hogar, de los hijos comunes y de los que cada uno tenga, y los alimentos que cada uno está obligado a dar; c) las donaciones de bienes gananciales hechas a los hijos comunes y aun la de bienes propios, si están destinados a su establecimiento o colocación; d) los gastos de conservación y reparación de los bienes propios y gananciales.

Como se observa, la norma recoge, a grandes rasgos, el mismo sistema vigente en la actualidad según el art. 1275 de nuestro Código Civil⁸¹.

El fundamento de estas cargas de la comunidad radica en el principio de la solidaridad familiar, es que los gastos realizados por alguno de estos conceptos son considerados efectuados en pos del interés de la familia. Consecuentemente, el cónyuge que haya invertido parte de su patrimonio propio en estas cargas de la comunidad, tendrá un crédito a su favor en contra de la masa común.

Completando el supuesto del inciso a) del art. 489, el art. 490 viene a establecer cuáles de las obligaciones contraídas durante la comunidad serán personales. Haremos una pequeña observación con relación al primer inciso de este último artículo ("Son obligaciones personales de los cónyuges (...) las contraídas antes del comienzo de la comunidad"), pues si sólo son cargas de la comunidad las obligaciones contraídas durante su vigencia, pareciera innecesario excluir, en esta segunda norma, a las obligaciones anteriores (que ya estaban excluidas por el 489 inciso a).

Por lo demás, la norma contempla supuestos en que las obligaciones son contraídas en interés y, principalmente, en beneficio del patrimonio personal (o propio) del cónyuge que se ha obligado. En consecuencia, estas obligaciones,

81 En *Reformas al Código Civil, Proyecto y notas de la comisión designada por decreto 468/92*, Ed. Astrea, Buenos Aires 1993, pág. 60. La norma toma como fuente al art. 518 del proyecto de reforma del año 1993. En la nota al citado art. los autores expresan que "Se reproduce, con modificaciones, el actual art. 1275 del Código Civil".

aunque hayan sido contraídas durante la vigencia de la comunidad, serán consideradas personales⁸².

De esta manera, las erogaciones efectuadas por uno de los cónyuges con fondos correspondientes a la masa común, como consecuencia de las obligaciones contraídas antes del comienzo de la comunidad, o aun durante ella en los casos de los incisos b) a e) del art. 490, generarán un crédito a favor de la masa, en detrimento del cónyuge que las haya efectuado.

10.4. Casos de recompensas

En verdad, todo lo dicho en el punto anterior se aplica a lo que trataremos en el presente, pero creemos que es conveniente realizar tratamiento diferencial para analizar cómo funcionan las recompensas en el proyecto.

El art. 491 establece, en su primer párrafo, que “la comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad”. De esta manera, se debe tener en cuenta el beneficio que aquellas erogaciones generen para el cómputo de las recompensas debidas.

A su vez, dentro de la sección tercera, referente a las deudas de los cónyuges, el proyecto establece en su art. 468 el caso de las recompensas debidas a un cónyuge por haber solventado con fondos propios deudas de la comunidad, y, a la comunidad, por haber solventado con fondos gananciales sus deudas personales⁸³.

82 *Ibidem*, págs. 60 y 61. Manda el art. 490: “Obligaciones personales: Son obligaciones personales de los cónyuges: a) las contraídas antes del comienzo de la comunidad; b) Las que gravan las herencias, legados o donaciones recibidos por uno de los cónyuges; c) Las contraídas para adquirir o mejorar bienes propios; d) Las resultantes de garantías personales o reales dadas por uno de los cónyuges a un tercero, sin que de ellas derive beneficio para el patrimonio ganancial; y e) Las derivadas de la responsabilidad extracontractual y de sanciones legales”. Esta norma, al igual que la mayoría de los arts. que aquí tratamos, reconoce su fuente en el art. 519 del proyecto de reforma del año 1993. Al respecto, los miembros de la comisión encargada de realizar el proyecto de 1993 explican en la nota al art. 519: “Se propone incluir la enunciación de las deudas que deben quedar a cargo exclusivamente de uno de los esposos, que por no existir en la legislación actual, solo puede extraerse de la interpretación *a contrario sensu*”.

83 Ver MÉNDEZ COSTA, María Josefa. “Las deudas de los cónyuges después de la ley 26.618”, La Ley 16/06/2011 (aclaramos que el art. de referencia es previo al proyecto de reforma). En verdad, esta norma pareciera innecesaria, pues las recompensas debidas por aquellas erogaciones efectuadas en virtud de deudas de la comunidad con fondos propios ya estaban previstas en los artículos referentes a la liquidación de la comunidad. Creemos que se parte de una confusión pues, en rigor, todo lo referido a la liquidación de la masa se ubica dentro de lo que la doctrina ha llamado “cuestión de la contribución”, que funciona respecto de los cónyuges, para determinar el monto líquido y definitivo de

Por el segundo párrafo del art. 491, se presume que la enajenación a título oneroso de un bien propio sin reinversión del precio beneficia a la comunidad; en consecuencia, esto genera un crédito a favor del cónyuge que haya efectuado esta enajenación, en detrimento del haber de la comunidad.

Finalmente, el tercer párrafo del art. 491 contempla el caso del mayor valor a causa de la capitalización de utilidades de una sociedad en que un cónyuge ha participado con carácter propio (también aplicable a los fondos de comercio). En estos casos, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad por el mayor valor.

Este párrafo representa un agregado respecto de sus fuentes y viene a poner fin a una controversia respecto de la materia. En efecto, la capitalización de utilidades de una sociedad no es propiamente un fruto⁸⁴, sino que representa un aumento del valor de las cuotas sociales. La solución dada implica reconocer al cónyuge no socio un derecho de recompensa por ese mayor valor adquirido, que seguirá siendo propio del cónyuge socio.

Finalmente, el art. 495 establece la forma en que debe practicarse la liquidación, a fin de establecer concretamente la participación que a cada cónyuge corresponde sobre la masa partible, en los siguientes términos: "Efectuado el balance de las recompensas adeudadas por cada uno de los cónyuges a la comunidad y por ésta a aquel, el saldo a favor de la comunidad debe colacionarlo a la masa común, y el saldo a favor del cónyuge debe ser atribuido a éste sobre la masa común...".

10.5. Partición de la comunidad -arts. 496 a 504-

La masa común se integra con los activos gananciales líquidos de uno y de otro cónyuge, es decir, con la suma de todos los bienes gananciales determinados en dinero, luego de la colación y de la atribución de las recompensas, según corresponda. De esta manera, se llega al importe definitivo, el cual, en principio, se dividirá por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración del monto de los bienes propios ni de la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales⁸⁵.

la masa común. El art. 468 del proyecto, en cambio, se regula en la sección destinada a las deudas de los cónyuges, que se refieren a lo que se ha denominado "cuestión de la obligación" y tienden a determinar sobre qué bienes (y en qué casos) pueden los terceros acreedores cobrarse (arts. 461, 467 y 468 del proyecto). Más específicamente, podríamos referirnos a cuáles son los bienes que están afectados al pago de las obligaciones contraídas por los cónyuges con terceros (hoy rigen los arts. 5° y 6° de la ley 11.357).

84 Lo cual la excluye de la enumeración del art. 465 inciso d) respecto de los bienes gananciales.

85 Conforme a los arts. 497 y 498 primera parte.

A su vez, para el caso de que todos los interesados sean plenamente capaces, también aquí se recepta el principio de la autonomía de la voluntad, pues por el art. 498, en su parte final, se dispone que: "Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado"⁸⁶.

A su vez, el art. 500 remite, en cuanto a la forma de la partición de la masa común, a la forma prescripta para la partición de las herencias contempladas en el art. 2369: "Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial"⁸⁷.

Naturalmente, esto requiere, además de la capacidad plena de los copartícipes, de un acuerdo de sus voluntades en cuanto a la manera en que se practique la partición. Consecuentemente, ante la falta de un acuerdo entre los excónyuges, la partición deberá ser judicial, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2371, y siguiendo las reglas establecidas en los arts. 2369 al 2384, dentro del capítulo 2 del título VIII ("Partición"), ubicados dentro del libro V del proyecto ("Transmisión de derechos por causa de muerte"), por la remisión hecha por el art. 500, mencionada en el párrafo anterior.

Por lo demás, ante el acuerdo de la voluntad de ambos cónyuges (o excónyuges en su caso), estando presentes y siendo plenamente capaces, el acto partitivo deberá realizarse mediante escritura pública, conforme al art. 1017 del proyecto, siempre que a través de aquel se adquieran, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles.

11. Régimen de separación de bienes -arts. 505 a 508-

El segundo régimen que contempla el proyecto de reforma se encuentra regulado en los arts. 505 al 508. Tal como venimos anticipando, la inclusión de otro régimen opcional a los cónyuges, a la par del régimen de comunidad de ganancias actualmente vigente, importa una de las principales innovaciones que la reforma prevé dentro del sistema de regímenes patrimoniales del matrimonio en el derecho argentino.

En efecto, antes del inicio del matrimonio, los futuros contrayentes pueden, mediante la celebración de convención matrimonial, optar por regirse bajo las normas del régimen de separación de bienes. Como hemos visto, también

86 Se refiere al convenio regulador previsto en el art. 439 del proyecto, relativo a los efectos del divorcio (consecuentemente, sólo aplicable al caso de la extinción de la comunidad por divorcio).

87 La primera parte del artículo mantiene el principio vigente en nuestra legislación, conforme al art. 3462 del Código Civil.

pueden, luego de la celebración del matrimonio, modificar el régimen patrimonial de comunidad de ganancias para regirse, a partir de allí, por el régimen de separación de bienes.

En estos dos casos, la decisión de acogerse al régimen de separación proviene de la voluntad de los futuros contrayentes (o de los cónyuges en su caso), quienes pueden acordar libremente el ejercicio de esta opción. Asimismo, el proyecto contempla un supuesto en el que el régimen de separación opera de manera imperativa a partir del pronunciamiento judicial que así lo resuelva.

En efecto, manda el art. 477: “La separación judicial de bienes puede ser solicitada por uno de los cónyuges: a) si la mala administración del otro le acarrea el peligro eventual de perder su eventual derecho sobre los bienes gananciales; b) si se declara el concurso preventivo o la quiebra del otro cónyuge; c) si los cónyuges están separados de hecho sin voluntad de unirse; d) si por incapacidad o excusa de uno de los cónyuges, se designa curador del otro a un tercero”.

Finalmente el art. 480, en su párrafo final, dispone que “en el caso de separación judicial de bienes, los cónyuges quedan sometidos al régimen establecido en los arts. 505, 506, 507 y 508”.

Claro está que se trata de dos supuestos diferentes, pues, en el primer caso, la modificación del régimen proviene de la voluntad de los cónyuges, mientras que, en el segundo, la decisión será judicial y sólo en la medida en que se den las situaciones previstas en alguno de los cuatro supuestos contemplados en la norma.

Sin embargo, es de destacar que, por la remisión que surge del art. 480 en su parte final, el régimen patrimonial que opere a partir de aquel pronunciamiento judicial o de la convención matrimonial que así lo disponga, será el mismo.

La nota característica que define a este régimen es que cada uno de los cónyuges conserva tanto la libre administración como la libre disposición de todos sus bienes, pues, como hemos dicho anteriormente, al no existir ganancialidad alguna, todos los bienes son propios de uno u otro cónyuge (o en condominio de ambos en su caso). Respecto de la responsabilidad por las deudas (la llamada “cuestión de la obligación”), se recepta el principio de responsabilidad separada.

Naturalmente, por su carácter de orden público, también aquí serán de aplicación las normas contenidas dentro del “régimen primario”. El art. 505 remite expresamente al art. 456 (respecto del asentimiento conyugal para disponer de los derechos de la vivienda familiar y los muebles indispensables de esta) y al art. 461 (respecto de la responsabilidad solidaria por las obligaciones

contraídas para solventar las necesidades del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos comunes).

Apuntamos que esta remisión no es excluyente, pues, en todos los casos, cualquiera sea el régimen patrimonial al que se encuentren sometidos los cónyuges y en virtud del art. 454⁸⁸, todas las disposiciones de la sección 3° (arts. 454 al 462 del proyecto) son aplicables e inderogables.

C) PONENCIAS

1) El reconocimiento de la existencia de una pluralidad de formas familiares dentro de nuestra sociedad, torna necesaria la adecuación de las normas relativas al régimen patrimonial del matrimonio. En este sentido, se considera satisfactoria la regulación propuesta por la proyectada reforma legislativa, en la medida en que admite la opción de elección para los cónyuges entre diversos regímenes patrimoniales de carácter legal.

2) La libertad contractual de los cónyuges no trasgrede el orden público, siempre que la ley reconozca, a su vez, instituciones imperativas que tengan por finalidad la protección y el amparo de situaciones que atenten contra los derechos fundamentales de la familia y de sus miembros. En este sentido, se destaca la existencia del régimen primario, fijo o inderogable, aplicable a todos los regímenes matrimoniales previstos e, incluso, a las uniones convivenciales.

3) Respecto del asentimiento conyugal (arts. 456 y 470), se establece la sanción de nulidad relativa del acto celebrado sin el debido asentimiento, a la par que se excluye la posibilidad del planteo de la acción de inoponibilidad en la relación interna de los cónyuges, actualmente admitida por nuestra Suprema Corte Provincial, en los casos en que la falta del asentimiento conyugal sea suplida por el juez.

4) Respecto del asentimiento contemplado en el art. 522 del proyecto, relativo a los actos de disposición del inmueble en donde esté radicada la vivienda familiar de la unión convivencial, la inscripción deberá practicarse en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda, teniendo en especial consideración el debido resguardo de los derechos de los terceros que contraten con alguno de los convivientes, por razones de seguridad jurídica en el tráfico

88 Art. 454: "Las disposiciones de esta sección se aplican, cualquiera sea el régimen matrimonial, y excepto que se disponga otra cosa en las normas referentes a un régimen específico. Son inderogables por convención de los cónyuges, anterior o posterior al matrimonio, excepto disposición expresa en contrario".

Congresos y Jornadas

inmobiliario. En este sentido, debemos bregar por el dictado de una norma reglamentaria de aquel artículo que así lo establezca.

5) Se destaca, dentro del articulado propuesto, el reconocimiento normativo de las diferentes posiciones doctrinarias y la adopción de la solución que se consideró más justa en los casos en los que se presentaban mayores divergencias interpretativas, pues, de esta manera, se tiende a evitar un sinnúmero de contiendas que en la actualidad se plantean. Luego, cuanto menor sea el ámbito de divergencia interpretativa de una norma, mayor será la seguridad jurídica que el ordenamiento resguarde.

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

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 carác-

Congresos y Jornadas

ter 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, trátense 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.

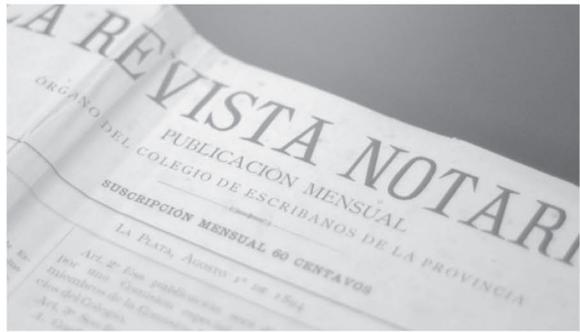
7) Matrimonio en sede notarial

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.



Nuestra Revista

HACE 90 AÑOS...

AÑO XXX LA PLATA, (R. A.), OCT. NOV. Y DIC. DE 1923 Ns. 348 349 y 350

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 Imeroni

(Continuación)

Los sociólogos meditarán el concepto que fluirá de ese nuevo estado, en asociación más perfecta con la nueva era de vida, y la ley no será tildada ni por los geómetras, ni por los sociólogos y menos aún por los poetas. Los abogados y sus exegetas, serán meros auxiliares autómatas, y el más bello de los ideales colmará la existencia ideal.

*
**

Ya que estamos en presencia de un título putativo, por fuerza será necesario entrar en el campo de la prescripción, por cuanto es indudable que sea preciso buscar cualquier recurso o lenitivo que contribuya a consolidar su existencia y hacer desaparecer los vicios que presentare.

Comencemos por la prescripción de dos años que determina el art. 4030 del Código Civil, cuando el acto jurídico pudiera ser corregido por ese tracto, en razón de contener los vicios de error, dolo o falsa causa.

Tratándose como se trata, — la dación, — de una obligación genuinamente personal, de suerte, que la prescripción de dos años, no es procedente. Vá envuelto el interés personal, de modo que la prescripción que sería procedente, es la de 10 años entre presentes, y 20 entre ausentes.

La prescripción de dos años es relativa a la celebración del acto jurídico, independientemente de todo interés y de ahí que ella solamente pueda oponerse en los casos que el mismo articulado lo considera, tal cual lo ha resuelto una uniforme jurisprudencia y de la que nos será oportuno detenernos.

No hay duda alguna que protegiéndose en la prescripción el título quedaría a cubierto del vicio inherente a la dación en pago. No se nos oculta el embarazo en prevalecerse de ese derecho, como así el que representa tener un dominio en forma tan precaria, pero con ello se evitaría tener la cosa alejada del comercio, procurando no desvirtuar el pensamiento precursor de Alberdi, más tarde mantenido por Avellaneda, de dar movilidad a la tierra, poniéndola de mano en manos, como si con ello quisiera ser de todos.

Luego entonces, el lapso de tiempo necesario para prescribir, es uno de los purificadores del título que estudiamos.

No es el recurso de una defensa escudada en un derecho, sino que es la necesidad de sanear una situación de hecho que cae dentro los límites de la justa medida que representa la equidad.

La jurisprudencia es de cita indispensable en una cuestión como la sub-júdice.

Lerminier, ha dicho que «una jurisprudencia fuerte y científica no es solamente una distracción erudita, sino también un elemento necesario a la vida de un pueblo».

Yhering, agrega: «La jurisprudencia es un precitado de la sana razón humana en materia de derecho», y a su vez Portalis, «la jurisprudencia, el verdadero suplemento de la legislación».

Es por eso que vamos a entrar al exámen de la jurisprudencia, con relación al caso que nos ocupa, para definir cual es el concepto dominante de la cuestión, que, al fin y al cabo, demuestra que la dación en pago no es un derecho inconcuso y que es menester apelar a los estrados en demanda de su reconocimiento.

**

En la Gaceta del Foro, de fecha 22 de Octubre de 1922, se consigna un fallo dictado por el Sr. Juez de la Capital Federal, Dr. Martín Abelenda, en el juicio promovido por el Banco de Italia y Río de la Plata, contra el Dr. Manuel Augusto Montes de Oca, donde se resolvió que «no es defectuoso el título proveniente de una dación en pago, si la deuda en pago de la cual se entregó el bien, era real e inobje-

table y aún cuando a la acción por nulidad del acto no esté prescripta, desde que no es posible la acción que otorga el art. 787 del Código Civil».

La cuestión se había producido, como consecuencia de haber vendido el Establecimiento actor, en remate, una propiedad de la que resultó adquirente el Dr. Montes de Oca. Este se negó a escriturar, sosteniendo que el título es defectuoso por provenir de una dación en pago, desde que el art. 787 del Código Civil autoriza al que ha dado un bien raíz en pago de lo que no debe, a reivindicarlo contra cualquier poseedor, aún de buena fe. Se agregaba, que la sucesión de Juan Mondelli, que fué quien dió en pago el inmueble, debía al Banco sumas de dinero en cuenta corriente y en pagarés descontados y que después de muchas tramitaciones, se llevó a cabo la escrituración, con la conformidad de todos los deudores.

El Juez de la causa, condenó al Dr. Montes de Oca, en razón de que en la secuela del juicio se demostró acabadamente la existencia de la deuda que motivó la dación en pago.

Existe otro fallo dictado en la causa seguida por el Banco Germánico de la América del Sud contra Hernan Rojo que se registra en el N°. 183, página 1752 de la Gaceta del Foro, por la Exma. Cámara 1ª. de la Capital, confirmando una resolución de 1ª. Instancia.

En ese fallo se declaró que se había producido a favor del Banco la prescripción de 10 años, desde la fecha que el deudor del Banco había transferido la propiedad que el Sr. Rojo había adquirido y que se rehusaba escriturar en virtud de lo dispuesto por los arts. 787 y 1425 del Código Civil y que la bondad del título no podía ponerse en duda dada la veracidad de la deuda.

El Señor Camarista Dr. Colmo que le tocó votar en primer término hizo una brillante exposición que por su índole nos vamos a permitir a transcribirla en obsequio a la ilustración más eficiente del caso que nos ocupa.

«El actor se niega a escriturar la promesa de venta a que se refiere el boleto de fs. 3, so pretexto de que el título de propiedad vendido emana de una dación en pago y es así deficiente, pues la acción de reivindicación contra la cosa dada en pago es posible según el art. 787 del Código Civil. Yo sostengo y no quiero repetir lo que tengo expuesto en mi curso universitario, en artículos de revistas y en libros

de fondo, que el Código no autoriza, ni en el citado precepto, ni en ningún otro, la acción de reivindicación contra terceros adquirentes de buena fé y a título oneroso. Deriva de ello, en el Código, de los principios esenciales adoptados en el régimen de los derechos reales y en el profundo respeto de los terceros, que el legislador aplica en cientos de casos particulares.

Y todo en éste se inspira en la estabilidad de las relaciones jurídicas debidamente contraídas, en el afán de fomentar y proteger la circulación de los valores en el propósito de dar garantías firmes a las transacciones económicas, que mira como uno de los grandes fundamentos de la actividad general y del adelanto del país; y todo en él se resuelve en un elemental problema de política jurídica, cual es el de posponer posible derecho individual violado a los derechos colectivos, y por eso de interés público, sin perjuicio de la acción que el perjudicado pueda tener personalmente, no contra terceros así sinó contra quién le ha irrogado el daño.

Eso es para mí la evidencia misma.

Bien me consta que no es ese el criterio imperante en nuestra jurisprudencia, que todavía admite en más de un supuesto, por aplicación simplemente literal de textos, como en los artículos 787, 1487, 3955 etc., la reivindicación contra los terceros de buena fé y a título oneroso.

Yo estoy a leguas de compartirlos. Afirmo, repitiéndome, que no hay en todo el Código un solo texto que expresamente disponga la procedencia de la acción en esas condiciones. Y sostengo que, en tal virtud, la acción no puede ser reconocida a nadie, dentro de supuestos así muchos más cuando se pretende hacerlo en virtud de simples liberalidades que entrañan varios defectos. 1º. no son explícitas sinó meramente interpretadas; 2º. corresponden a textos aislados, siendo infinitamente más numerosos los textos que expresamente resuelven lo contrario; 3º. no encuadran dentro del sistema ni mucho menos, dentro de los principios básicos del Código adopta en punto al régimen de los derechos reales y a la protección de terceros; 4º. implican un desmedro de todo lo que es conquista en el buen derecho, pues no se citará un solo buen Código en el cual se autorice esa acción traidora, por oculta, contra terceros dignos de más hondo respeto.

De ahí que el título del caso sea para mí más que bueno. Y de ahí que para mí no se requiera una posesión ul-

terior de diez años, ni de nada parecido, para bonificarlo o perfeccionarlo. El título es de por sí perfecto ya que nada se ha alegado acerca de las condiciones en que la acción pudiera ser a mi juicio, procedente: mala fé o adquisición gratuita.

Por estos fundamentos, voto en el sentido de que se confirme la sentencia. En cuanto a las costas, yo las cargaría al impugnante, pero me inclino ante la circunstancia de que la jurisprudencia imperante, que le dá algún derecho para litigar.

El Señor Vocal Dr. Pera dijo:

El demandado no ha producido prueba alguna, ni respecto a los motivos fundados a que se refiere el art. 1425 del Código Civil, ni en cuanto a los posibles errores que con arreglo a lo dispuesto por el art. 787 del mismo Código autorizan una acción real ulterior en su contra.

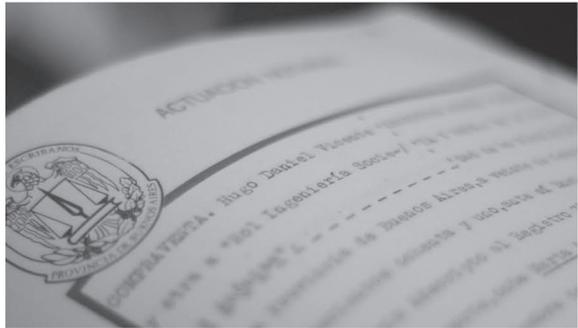
El instrumento de fs. 9 y siguientes, que no ha sido objetado en forma alguna, establece auténticamente, la existencia de la deuda con arreglo a las constancias de los libros y documentos del Banco actor que su otorgante reconoce y tal afirmación no ha sido, como digo, desvirtuada por ninguna comprobación.

Los temores del demandado aparecen entonces meramente conjeturables y no bastan, por consiguiente, para fundar un pronunciamiento que habría de reducirse en el caso a declarar que todo título de dación en pago es imperfecto, a pesar de que esa forma de transmisión se encuentra autorizada y reglamentada por la ley que la equipara a la compra-venta en el caso del artículo 781.

Voto por la afirmativa. Los Sres. Vocales Doctores Juarez Celam, Repetto y de la Torre, por análogas razones a las expuestas por el Sr. Vocal Dr. Pera, votaron en igual sentido.

Las consideraciones expuestas, y más aún, la opinión de los autores que han coincidido con nosotros y la jurisprudencia, demuestran que la dación en pago es un contrato correcto y que a pesar de la impresión ocasional, la ley le ha brindado una solución favorable y que demuestra que en su espíritu es homogénea.

FÉLIX IMERONI



Derecho Registral

El valor constitutivo de la inscripción chilena*

Sergio Enrique Rossel Ricci

1. LA GÉNESIS DE LOS REGISTROS AMERICANOS

A nosotros nos cuesta, a veces, dimensionar el fenómeno posesorio histórico porque estamos acostumbrados a una creciente división del suelo y a una gran movilidad de los dueños con múltiples posesiones repartidas en diversas secciones territoriales y un floreciente mercado inmobiliario. Asignamos un elevado valor y una enorme importancia comercial al dominio sobre el suelo. Pero la situación descrita precedentemente constituye un fenómeno moderno y si nos remontamos a los albores del renacimiento podremos observar cómo, hasta ese momento, la sociedad fue fundamentalmente agraria y contó con una escasa división del suelo. La tierra estuvo hasta entonces en posesión de poquísimas *familias* que ejercieron su señorío de forma evidente y reconocida, pocos y conocidos dueños que vivieron en sus tierras y ejercieron en ellas posesión evidente, en un mundo cuyas fronteras eran estrechas y las posibilidades de tener dominios en otras comarcas resultaba impensable. Lo más sorprendente, sin embargo, es que por esas épocas nos encontrábamos con que el suelo no tenía gran importancia económica, no porque haya carecido de valor intrínseco, sino porque rara vez fue objeto de transferencias comerciales. Los terratenientes tendían a permanecer en la titularidad de la tierra y esta mudaba de manos, no por actos comerciales sino por herencias; de ahí que hayamos destacado el término *familia* en relación a la posesión del suelo, más que a un titular individual del dominio inmobiliario.

* El autor, miembro correspondiente del Instituto de Derecho Notarial y Registral de la Universidad Nacional de La Plata, elaboró este aporte en base a la presentación que realizara en el marco del Encuentro Internacional de Derecho Notarial, Registral y Catastral, La Plata, octubre de 2009.

Ello explica el escaso interés en dar publicidad a la titularidad dominical inmobiliaria que caracteriza la historia jurídica occidental hasta mediados del siglo XVIII, ya que la publicidad material de la posesión se consideraba suficiente.

Distinto es el caso de los gravámenes inmobiliarios, fundamentalmente hipotecas y censos, ya que estos derechos en favor de terceros no se manifiestan por signos externos ni por materialidad alguna. He aquí la razón de que estas afectaciones al dominio hayan constituido el núcleo de la registración más antigua sobre bienes raíces. La preocupación por dar publicidad a la hipoteca nació en los orígenes del instituto en la antigüedad clásica. Su nombre griego, *υποθήκη*, trasunta precisamente la forma publicitaria, muy deficitaria por cierto, que idearon los griegos para dar a conocer al público, el gravamen que afectaba a un determinado inmueble: una lápida puesta sobre el terreno a la entrada del predio que anunciaba esta carga¹.

Sin embargo, de estos rudimentos de publicidad histórica, más anecdóticos que eficaces, los esfuerzos para organizar un verdadero sistema publicitario de los gravámenes inmobiliarios comenzaron a gestarse hacia fines de la época medieval y, fundamentalmente, durante el renacimiento, con la creciente división del suelo y la aparición de las ciudades; ello conllevaría un aumento de la comerciabilidad de los inmuebles, accesibles entonces en propiedad también a la pequeña burguesía.

El instrumento que dio origen a los Registros Hipotecarios en España fue la Real Pragmática de Carlos III, del 31 de enero de 1768, que creó los *oficios de hipoteca* y reguló su organización y sus funciones.

Estas oficinas públicas *llevaban cuenta* únicamente de las hipotecas y censos que afectaban a la propiedad raíz. La titularidad dominical, como hemos advertido, no estaba considerada por esta labor registral, librada a la suficiencia, la posesión material del *dominus*.

La expresión *llevar cuenta* es de interés, pues precisamente estos oficios fueron conocidos generalizadamente como *contadurías de hipotecas*.

Como quiera que estos oficios se encontraban a cargo de un escribano y que la ley utilizaba la expresión *toma de razón* de las hipotecas, los asientos registrales se practicaban en Protocolos encuadrados al modo de una reseña y a renglón seguido, según el orden cronológico de su presentación. Este es el origen del formato del folio chileno al modo de crónica que relata la presentación

1 La voz *υποθήκη* (léase *ipothiki*) procede de la partícula preposicional *υπό* (*ipó*), que significa debajo, y del verbo *τίθημι* (*titheme*), ser puesto. Esta idea: *ser puesto debajo de* que contiene el nombre del instituto hace referencia a la losa que anunciaba públicamente el gravamen al ingreso del predio. Hemos preferido utilizar las formas modernas de los vocablos griegos por ser más sencillos, aunque las formas clásicas de las que procede directamente el nombre tienen estructura semejante: *‘υπό; τιθημι*.

del título hipotecario y de su contenido. Se trata de un folio que dista mucho de ser "personal", como se lo suele motejar sin mucho conocimiento.

Atendidos los requerimientos de la Pragmática, la inscripción de una hipoteca o censo tenía el carácter de *constitutiva* y pasaba a ser obligatoria y de plazo.

Establecíase un plazo de un año para inscribir las escrituras otorgadas con anterioridad a la Pragmática (plazo que debió ser varias veces prorrogado) y para las escrituras otorgadas con posterioridad, seis días para las dadas en Madrid y un mes para las demás.

Se imponía a los escribanos la carga de dar noticia escrita y verbal a los otorgantes de la garantía, de la obligación que tenían las partes de hacer inscribir sus hipotecas en los señalados plazos, so pena de ser "nulas, de ningún valor ni efecto, no pudiendo formar autos ni admitir demandas algunas los jueces, ni perseguir las hipotecas sin que les constase la precisa toma de razón"².

Esta forma registral fue extendida al Nuevo Continente con la expedición de la Real Cédula del 8 de mayo de 1778, dada en Aranjuez, la que ordenó a los virreyes y gobernadores el cumplimiento de la citada Pragmática y dispuso la inscripción de todas las escrituras que contuvieran hipotecas expresas y especiales sin limitación alguna.

La legislación precedente fue recepcionada por la Novísima Recopilación de las Leyes de España, proyecto de Carlos IV sancionado por Real Cédula del 17 de agosto de 1802 (Ley III, Título 16, Libro X).

Destacan en esta legislación peninsular con aplicación en América hispana, las siguientes características del Derecho Inmobiliario registral:

- La propiedad inmobiliaria se constituye al modo clásico por título y tradición³.

- No existe publicidad registral respecto de la titularidad dominical inmobiliaria.

- La actividad registral está reducida a las contadurías de hipoteca que inscriben los contratos hipotecarios en protocolos a folio continuo como requisito constitutivo del derecho real.

Este fue el panorama de principios del siglo XIX, cuando en Europa comenzaba a desarrollarse el fenómeno codificador, ciertamente tributario de los ideales de la ilustración, del racionalismo del siglo XVIII y, fundamentalmente,

2 RODRÍGUEZ DE SAN MIGUEL, Juan N. *Pandectas Hispano Megicanas*, tomo II, Librería de J. F. Rosa, México 1852, págs. 640-641.

3 "E porendedezimos, que por tal apoderamiento como este que fagavnome a otro de su cosa, o que lo faga otro alguno por su mandado, que passa el señorío de la cosa, a aquel a quien apoderasse della" (Partida III, Título XXVIII, Ley XLVI).

del enciclopedismo. Entre los años 1751 y 1772 se había publicado en Francia la *Encyclopédie* de DIDEROT y D'ALAMBERT que, sosteniendo el postulado esencial del racionalismo, confiaba en que una publicación sistemática podía contener todo el conocimiento universal. Como espejo de este pensamiento del siglo de las luces, la corriente codificadora postuló que el Derecho constituía un sistema normativo cerrado que podía, por consiguiente, contenerse íntegramente en un compendio articulado de preceptos.

Así, en 1804 vio la luz el código de los códigos, el Código Civil de los Franceses, llamado Código Napoleón desde 1807⁴ y que sería, al orden jurídico francés, lo que la Enciclopedia era al conocimiento universal.

Aparte de sus reconocidos méritos generales en la materia que nos ocupa, este cuerpo legal organizaba deficientemente la propiedad raíz, e introducía el principio de la adquisición por el contrato y uno de los más deficientes sistemas registrales que se conocen⁵.

El Código Napoleón acogió una registración exclusivamente hipotecaria que, incluso en relación al gravamen, era de mera oponibilidad y no era constitutiva, lo que producía así un retroceso claro al desarrollo registral de la Europa de principios del siglo XIX.

El paradigma del código francés rápidamente fue emulado en Europa y así sobrevino la dictación de los más famosos compendios civiles del viejo continente: 1812, Austria; 1865, Italia; 1889, España.

En tanto, en América comenzaba el proceso de independización que llevaría a las nacientes repúblicas a darse unas leyes propias, más o menos próxi-

4 El código había sido promulgado como "Code Civil des Français" por ley de 21 de marzo de 1804 durante el Primer Consulado de Napoleón Bonaparte. El 18 de mayo de ese mismo año, Napoleón fue proclamado Emperador, lo que llevó a la necesidad de reeditar el Código, haciendo los cambios lingüísticos pertinentes, donde, entre otros, los términos "República", "Nación" y "Primer Consulado" fueron sustituidos por "Imperio", "Estado" y "Emperador". Una ley del 3 de septiembre de 1807 se encargó de promulgar nuevamente el cuerpo legal bajo el título "Code Napoléon". Aunque a la caída del Emperador, la Carta Constitucional de 1814 restituyó el nombre original, durante la Dictadura de Carlos Luis Napoleón, por Decreto de 27 de marzo de 1852 se dispuso nuevamente la denominación de "Code Napoléon" para el célebre cuerpo jurídico.

5 El art. 711 dispone que "La propiedad de los bienes se adquiere y transmite por herencia, por donación entre vivos o testamentaria y por efecto de las obligaciones", introduce el principio de la adquisición por el contrato, apartándose de la concepción clásica que requería título y modo.

El art. 1583 sobre la venta establece que "...el comprador adquiere la propiedad con respecto al vendedor, desde que se convienen en la cosa y en el precio, aunque aquélla no se haya entregado ni pagado el precio".

El art. 1605 sobre la entrega a que es obligado el vendedor señala que "cumple con entregar las cosas inmuebles, cuando entregó las llaves, si se tratase de un edificio, o cuando entregó los títulos de propiedad".

mas a la legislación peninsular hasta entonces vigente, acogiendo el principio *codificador* dentro de este proceso de generación de un marco jurídico propio.

En la estructuración del marco civil de las repúblicas americanas, destacaron claramente cuatro proyectos trascendentales de creación auténtica, tres de los cuales vieron la luz como códigos civiles nacionales:

- El Código Peruano de 1852, que constituyó el primer cuerpo legal americano que se apartaba de una mera traducción o adaptación del código francés. Aunque siguió muy de cerca el Código Napoleón, introdujo importantes adecuaciones que asumieron la raíz castellana de las costumbres locales.

- El Código de BELLO de 1855, de inspiración diversa y que constituyó una creación completamente novedosa y auténtica.

- El *Esboço* o Proyecto Inacabado de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS (1860-1865), con inspiración importante en el anterior.

- El Código de VÉLEZ de 1869, que constituyó otra pieza auténtica y que tuvo una inspiración diferente de la del código chileno, con influencia importante del proyecto de Freitas.

Tanto el Código Peruano como el Código de VÉLEZ, en materia de adquisición del dominio, volvieron a la fuente romanista, exigiendo título y modo. Sin embargo, en lo que refiere al campo registral, teniendo al frente de una parte el sistema francés y, de otra, la legislación castellana, mantuvieron el esquema de la *registración hipotecaria* y asumieron el principio entonces imperante que postulaba que el dominio se publicitaba a sí mismo por el ejercicio posesorio del *dominus*.

2. LAS FUENTES DE LA INSCRIPCIÓN CHILENA

Fue, específicamente, el Código chileno el primer estatuto americano que organizó la propiedad raíz de acuerdo a un modelo totalmente extraño al esquema que ya existía en ciernes en América.

Cuando BELLO comprendió la necesidad de una moderna organización registral *inmobiliaria*, en contraposición a la clásica *registración hipotecaria*, estableció un sistema donde no sólo se publicita la existencia de las cargas que afectaban los predios, organizándose, en cambio, a partir de la titularidad inmobiliaria, que es la primera publicidad registral, para luego dar a conocer todos los derechos que afectarían o pudieran afectar la titularidad y todos sus accidentes.

Sin lugar a dudas, Prusia tenía, para esos tiempos, el ejemplo más insigne de una legislación registral moderna. Federico II había dado su célebre Ordenanza del 20 de diciembre de 1783, con la que organizó el sistema cuyas bases habían sido establecidas ya por la Ordenanza Hipotecaria de 1722.

Derecho Registral

El ejemplo de la legislación prusiana de 1722 fue seguido por Austria⁶, Baviera⁷ y Wurtemberg⁸. En todos estos países se recogieron los principios esenciales de publicidad y especialidad, configurando el panorama de lo que conocemos como Sistema registral alemán.

Este Sistema alemán, expresado en las diversas ordenanzas hipotecarias a partir del ejemplo prusiano, contemplaba una inscripción de tipo *constitutivo*, donde el dominio se adquiría a virtud del *acto abstracto dispositivo* ante el registrador, configurando los célebres e inefables actos *trilaterales* del derecho alemán, en cuya conformación estaba involucrada la inscripción, y que producían como consecuencia el tránsito del dominio desde el transferente al adquirente con la participación del registrador.

La denominación de trilateral, que normalmente se utiliza para los contratos traslaticios de dominio alemanes, resulta ser equívoca. Lo que se pretende explicar con ello es que la tradición dominical, en el sistema germánico, requiere la ejecución de tres actos distintos:

a) El acto negocial constituido por el contrato, que en el esquema alemán no es traslativo tal como nosotros lo entendemos. Así, la compraventa del inmueble no es la causa de la adquisición del dominio por parte del comprador y sólo justifica la realización del acto dispositivo a que se refiere el punto siguiente.

b) El acto abstracto dispositivo que constituye una manifestación solemne y simbólica, en el que el transferente expresa ante el registrador el deseo de que, a virtud del título, le sea transferido el dominio al adquirente por medio de la inscripción. Durante este acto, las partes realizan *actos sobre el registro*, consistentes en que el disponente entregue el folio al adquirente por intermedio del registrador, simbolizando, así, el deseo de transferir el dominio.

Este acto dispositivo es la causa de la tradición posterior y es abstracto porque, si bien tiene como antecedente el acto negocial, no se relaciona causalmente con este, y trae consigo que la nulidad del contrato no afecte a la tradición, ya que esta tendrá como causa, el acto dispositivo y no el contrato.

c) La tradición realizada *per inscriptionem*, donde el *actus inscriptorius* corresponde a la resolución del registrador, que es un juez y provoca la tradición a modo de sentencia, que atribuye el dominio fundado en los antecedentes constituidos por el acto abstracto de disposición.

El esquema que precede implica que sin inscripción no hay dominio y que, practicada la inscripción, por efecto del carácter incausado del acto dispositivo,

6 Reales Cédulas de 1758 y 1765 y Ordenanza Hipotecaria de 1781.

7 Ley Hipotecaria de 1822, de folio real.

8 Ley Hipotecaria de 1823, de folio personal.

quedarán convalidados los posibles vicios del acto negocial, siendo la inscripción, por regla general, inatacable por causas del contrato. Con lo dicho se observa que la inscripción alemana no es sólo constitutiva, sino, además, y por sobre todo, *convalidante*.

La solemnidad de los *actos sobre el registro* proviene en la tradición germánica del *Derecho de Investiduras* medieval, donde el título se *impone* al señor por autoridad y se adquiere gracias a solemnidades visibles.

En este orden de ideas el dominio sobre el inmueble se adquiere siempre que se realicen los *actos de investidura* o *actos sobre el Registro*, sin que importe ni la validez del título, ni la titularidad del transferente. El derecho se adquiere *per sacramentum*, a virtud del conjunto de solemnidades, y lo que se adquiere de tal guisa no puede deshacerse ni aun cuando ha existido error o vicio.

BELLO comprende que este sistema no podía ser importado *in integrum* por muy bien que hubiera funcionado entre los alemanes, puesto que resultaba necesario respetar la titulación de la propiedad entonces constituida en Chile y, siendo esa titulación incierta, en muchos casos, se requería de una fórmula que dejara a salvo los derechos del verdadero dueño, en caso de error o fraude.

La solución es encontrada por BELLO en el propio derecho de investiduras, pero no se relacionará con el dominio, sino con la posesión. Es precisamente este aspecto de la inscripción chilena el que ha destacado por sobre su carácter traslaticio entre los autores y es, por ello, su mayor gloria y su mayor desgracia: lo primero, por constituir la en la más romanista de las inscripciones en el mundo y, lo segundo, por hacer de ella una de las más incomprendidas, especialmente, entre sus connacionales... *nemo profetur patriam*.

Es verdadero que la inscripción chilena no inviste del dominio como en el derecho germánico. A este respecto se contenta con *transferirlo* y, desde que sin inscripción no hay tradición, la inscripción chilena es clara e indiscutiblemente constitutiva⁹.

Sin embargo el *derecho de investiduras* se encuentra presente en el Sistema de BELLO, al recoger el elemento esencial de la *posesión*, que pasa a tener importancia central en el registro, toda vez que fue introducido a la cultura jurí-

9 El CCV 686 no admite interpretación alguna: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador. De la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso constituidos en bienes raíces, de los derechos de habitación o de censo y del derecho de hipoteca". Los artículos citados del Código Civil chileno van precedidos de la abreviatura CCV (Código Civil).

dica nacional por vía peninsular¹⁰. A este respecto, la inscripción chilena aparte de ser constitutiva del dominio, es constitutiva de la posesión. Trátase de una posesión legal que prima y es protegida *en contra de la posesión material* y a la que el Código denomina *posesión efectiva*¹¹.

El *constitutum possessorium*¹² es tan relevante en la inscripción chilena que los críticos suelen discurrir exclusivamente a sus efectos, suponiendo que la inscripción *sólo confiere posesión*, ya que al no saberse si el tradente es dueño, únicamente existe seguridad de la inscripción en cuanto fuente de la posesión, y el dominio inmueble sólo podrá adquirirse por prescripción mas no *per inscriptionem*.

El razonamiento anterior choca frontalmente con un principio esencial del derecho de los bienes: no se puede adquirir el dominio por dos modos de adquirir diferentes, porque si ya se es dueño, no puede uno llegar a serlo por otra vía.

Ante la disposición inequívoca CCV 686¹³, que produce la tradición por la inscripción y la definición esencial de modo de adquirir de esta en CCV 670¹⁴, no queda sino admitir que la inscripción es constitutiva, pues sin ella no hay dominio adquirido por derivación. De este modo, la usucapión¹⁵ sólo operará en los casos en que el transferente no sea dueño. Esta, por lo demás, es una regla general en el derecho chileno, no exclusiva de los inmuebles¹⁶.

Como el sistema jurídico está construido sobre la normalidad y no sobre las anomalías, es necesario postular que la regla general será que, en todo el régimen de bienes, el adquirente se haga dueño por la tradición y no por la

10 “E según dixeron los Sabios antiguos, possession es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales con ayuda del cuerpo, e del entendimiento” (Partida III, Título XXX, Ley I).

11 La adjetivación de *efectiva* contrapone la posesión inscrita a la posesión material, siendo sólo la primera habilitante o efectiva para adquirir el dominio por usucapión, supuesto que el tradente no haya sido dueño.

12 Véase cita N° 18.

13 Véase cita N° 9.

14 CCV 670: “La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo. Lo que se dice del dominio se extiende a todos los otros derechos reales”.

15 Llamada, en el código de Bello, “prescripción adquisitiva”.

16 CCV 683: “La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho”. Arrancando el comentario crítico de este principio, habría que extender el reparo a todo el derecho de bienes nacionales, con lo cual se llegaría al absurdo de afirmar que, después de todo lo dicho en el título VI del Libro II del Código (la tradición como el principal modo de adquirir), se concluiría que el dominio sobre toda clase de bienes sólo podría ganarse en Chile por prescripción y la tradición no operaría jamás ni tratándose de un alfiler, al no haber certeza de si el tradente es o no dueño de la cosa entregada.

usucapión, la que podrá operar, por lo demás, sólo si el tradente no es el verdadero dueño, pues, adquirido el dominio por la tradición, no se puede llegar a ser dueño por un segundo modo de adquirir.

De otra parte, el principio de *tracto sucesivo* garantiza suficientemente, en el Registro chileno, la sanidad de la tradición, especialmente luego de más de 150 años de registración y con un índice de inmuebles no registrados meramente anecdótico.

La inscripción que practica el registrador chileno ante un título traslativo de dominio se asienta en el Registro de Propiedad, siendo su contenido el dominio inmobiliario. Desde que la inscripción deriva del anterior titular inscrito, que a su vez ha sido declarado dueño en el Registro y dado que la tradición se produce por la inscripción del respectivo título, el carácter constitutivo de la inscripción chilena debe quedar fuera de cualquier duda, siendo el vehículo que produce el tránsito inmobiliario de un titular a otro y la radicación del dominio en el caso de la inscripción originaria.

Dicho lo precedente, volvemos sobre los requisitos del *constitutum possessorium* para encontrarnos con un detalle generalmente olvidado por la crítica: la posesión *efectiva* hábil para prescribir en caso de que el transferente no sea dueño *sólo se constituye por la inscripción*¹⁷.

La disposición trascendental de CCV 696¹⁸ nos lleva a concluir que si de usucapión se trata y desde que para que opere la prescripción se requiere posesión, y dado que no hay posesión útil si no hay inscripción, *sin inscripción no hay dominio*, siendo la inscripción constitutiva tanto del derecho de dominio cuanto del estado posesorio¹⁹. En los casos normales ambas lo serán: transferirá el dominio y constituirá la posesión legal²⁰; y cuando el transferente no sea verdadero dueño, lo constituirá en poseedor habilitado para adquirir por usucapión²¹.

17 Atendida esta característica he recurrido a la locución latina *constitutum possessorium* por su significado literal, aunque el instituto latino al que se aplicaba en Roma tenía un matiz diferente. Lo cierto es que la inscripción es la que constituye la posesión útil, sin la cual, ni hay dominio, ni hay posesión, ni usucapión posibles.

18 CCV 696: "Los títulos cuya inscripción se prescribe en los artículos anteriores, no darán o transferirán la posesión efectiva del respectivo derecho, mientras la inscripción no se efectúe de la manera que en dichos artículos se ordena..."

Nótese el sutil posicionamiento mnemotécnico en el Código, de los artículos que perfilan el carácter de la inscripción: CCV 686 y 696; CCV 724 y 924.

19 CCV 724: "Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio".

20 CCV 924: "La posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla".

21 CCV 683: "La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho".

Derecho Registral

Ha de advertirse que tanto la disposición de CCV 683 cuanto la última parte de CCV 924 (“...con tal que haya durado un año completo...”) son disposiciones pensadas para el ingreso originario al Registro en la primera época registral.

Hoy, la aplicabilidad de estos preceptos, atendido el efecto del tracto, queda reducida a casos extrañísimos, en tanto el sistema opera sobre la base de miles de inscripciones que diariamente se asientan en los registros de la propiedad nacionales, que transfieren el dominio según el principio del tracto sucesivo y constituyen al nuevo dueño en poseedor inscrito del inmueble y lo protegen en su posesión, mientras otra inscripción de dominio derivada de la suya no se presente a transferirlo a un tercero.

3. CARACTERIZACIONES CONSECUENCIALES

Establecidos los principios precedentes, podemos hacer un breve análisis de las principales características del sistema chileno en los puntos comparativos que han sido propuestos.

1.- Los derechos reales en Chile están establecidos por ley. El Código Civil, actualmente una ley orgánica constitucional, los caracteriza como derechos de *numerus clausus*, lo que no se opone a que leyes especiales creen otros derechos reales, con o sin declaración de que constituyen tales entidades jurídicas.

2.- Todos los derechos reales que recaen sobre inmuebles se adquieren derivativamente por *título traslativo e inscripción*, que constituye la forma de la tradición de inmuebles.

Se excluyen las servidumbres que se adquieren por tradición instrumental,²² y existe en la actualidad un proyecto de ley que propone que este derecho real pase a regirse por la norma general. Esta forma de tradición de un derecho real inmueble *extra tabulæ* constituye una patología del sistema sólo explicada por el escaso desarrollo que tenía el derecho de servidumbre a mediados del siglo XIX y que hoy necesita urgente acogida obligatoria en el Registro con carácter constitutivo a fin de mantener la coherencia del sistema y la protección de terceros y de los propios titulares de las servidumbres frente a los terceros adquirentes del predio sirviente.

Otro tanto debe decirse respecto del contrato de arriendo que, permaneciendo en el campo de las obligaciones, tiene trascendencia real y que, otor-

22 CCV 698: “La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública en que el tradente exprese constituirlo, y el adquirente aceptarlo: esta escritura podrá ser la misma del acto o contrato”.

gado por escritura pública, obliga a respetarlo al tercero adquirente a título oneroso²³. Si bien históricamente el hecho del arriendo pudo tener suficiente publicidad proveniente del cotilleo local, la extensión de las ciudades y la movilidad de sus habitantes hace hoy que se imponga una imperiosa reforma que establece la registración del contrato como única forma de hacerlo exigible a terceros, al menos en los casos de adquisición por título oneroso.

3.- La inscripción registral es, además, constitutiva de la posesión inmueble que desplaza y se superpone a la posesión material. La inscripción registral es la forma, garantía y publicidad de la posesión inmueble.

Esta forma de posesión, *llamada efectiva o inscrita*, es la única que habilita para adquirir por prescripción adquisitiva²⁴, en los casos en que, por defectos de titulación, la inscripción no haya transferido el dominio por no ser dueño el transferente que figuraba como titular inscrito; sistema estructurado fundamentalmente para salvar los defectos de las inscripciones originarias de ingreso al Registro, pues el tracto sucesivo en las transferencias posteriores supone la adquisición de quien, si no era dueño, haya llegado a serlo en cualquier caso por vía prescriptiva.

De lo anterior, fluye que en el sistema del Código de Bello no existe posesión útil contra título inscrito. El que desea disputar el derecho posesorio debe obtener una inscripción que lo constituya, a su vez, en poseedor del inmueble y que cancele la anterior²⁵.

4.- De lo precedente queda claro que en el campo inmobiliario no tienen relevancia las formas abstractas de tradición por mutación del título, desde que la tradición se efectuará siempre de un único modo: la inscripción del título.

5.- Junto con las inscripciones de tipo constitutivo, que caracterizan la registración impuesta por el Código de Bello conviven unas inscripciones de tipo declarativo que tuvieron por finalidad evitar que, en paralelo a la titulación que había ingresado al Registro, se estableciera una titulación extra registral posterior, truncando así la historia de la propiedad raíz: inscripción de títulos

23 CCV 1962: "Estarán obligados a respetar el arriendo: ...2. Todo aquel a quien se transfiera el derecho del arrendador, a título oneroso, si el arrendamiento ha sido contraído por escritura pública; exceptuados los acreedores hipotecarios".

24 Usucapión.

25 El decreto ley 2695 de 1979 introdujo en Chile una cuestionada forma de saneamientos inmobiliarios, en la cual, mediante un procedimiento administrativo, se reconoce una situación de posesión de hecho, aun en contra de título inscrito, que finaliza en una inscripción que se mantiene en paralelo con la del titular cuyo inmueble es objeto del saneamiento y habilita al saneador para adquirir por una prescripción de corto tiempo: 1 año de inscripción. Transcurrido este plazo, se cancela la inscripción prevalente.

hereditarios²⁶ y de actos particionales²⁷. Han sido escasamente estudiados en Chile y, al menos, los primeros han causado una total confusión con el instituto que representan, y existe una tendencia generalizada a darles la entidad de títulos de dominio.

6.- La reseña precedente lleva a reconocer que el Código de Bello se adelantó 150 años a las necesidades actuales de asegurar la titularidad dominical frente a la rapiña oportunista, en un mundo donde la posesión material no puede ejercerse por la presencia física del titular desde que el dominio inmobiliario no se circunscribe hoy exclusivamente al solar familiar o el fundo provincial ocupado y explotado por su titular, sino a una multiplicidad de inversiones que producen el acelerado flujo comercial inmobiliario que hoy interesa proteger.

La solidez del sistema, unida a la inclusión de tecnologías modernas en el Registro, han sido la clave para la consolidación del mismo. La seguridad que brinda en el tráfico inmobiliario y el amplio desarrollo del sistema financiero hipotecario, que basa su éxito en un Registro seguro y con bajísimo nivel de litigiosidad en torno a la titulación, dan cuenta de un sistema que no necesita otros ajustes más que los propios de los avances tecnológicos, donde los mayores cambios a introducir no pasan de ser meramente accesorios.

26 CCV 688: "En el momento de deferirse la herencia, la posesión de ella se confiere por el ministerio de la ley al heredero; pero esta posesión legal no habilita al heredero para disponer en manera alguna de un inmueble, mientras no preceda:

1. El decreto judicial que da la posesión efectiva: este decreto se inscribirá en el Registro de la comuna o agrupación de comunas en que haya sido pronunciado; y si la sucesión es testamentaria, se inscribirá al mismo tiempo el testamento;

2. Las inscripciones especiales prevenidas en los incisos 1. y 2. del artículo precedente: en virtud de ellas podrán los herederos disponer de consuno de los inmuebles hereditarios;

y

3. La inscripción especial prevenida en el inciso 3: sin ésta no podrá el heredero disponer por sí solo de los inmuebles hereditarios que en la partición le hayan cabido".

La referencia a los incisos 1 y 2 del CCV 687 supone que el título hereditario se inscribe, respecto de los inmuebles que forman la masa, en el Registro Conservatorio respectivo.

27 CCV 687,3: "Si por un acto de partición se adjudican a varias personas los inmuebles o parte de los inmuebles que antes se poseían proindiviso, el acto de partición relativo a cada inmueble o cada parte adjudicada se inscribirá en el Registro Conservatorio en cuyo territorio esté ubicado el inmueble".



Sociedades

Limitación a la transferencia de partes sociales*

*Matías L. Salom
Susana Messina*

SUMARIO. Ponencias. Las limitaciones en general. Tipos de restricciones sobre las participaciones sociales. Impedimento de establecer el derecho de preferencia en la adquisición mortis causa. Mejor tipo societario para establecer cláusulas limitativas. Bibliografía.

PONENCIAS

1. Dadas las características propias de los distintos tipos sociales y teniendo en cuenta el grado de responsabilidad que asumen los socios en cada una de ellas, las sociedades de responsabilidad limitada reúnen las mejores condiciones para la constitución de sociedades familiares.

2. Para armonizar el protocolo familiar con su estatuto social, manteniendo una coherencia entre ambos, es necesario que este último contenga las restricciones a la transferencia de las cuotas o acciones, a fin de mantener su núcleo familiar y una cohesión del grupo en la sociedad, respetar la hegemonía en las conducciones y su ideología de trabajo.

* Trabajo presentado en el marco de la XXX Jornada Notarial Argentina, realizada en Mendoza, del 29 al 31 de agosto de 2012.

Sociedades

3. El derecho de preferencia no es aplicable ante la incorporación de los herederos del socio fallecido, ya que no se trataría de una transferencia de dominio sino que los mismos continúan la persona del difunto, conforme lo establecido en el art. 3417 del Código Civil. No obstante, de acuerdo a las características *intuito personae* que los socios poseen en las sociedades de responsabilidad limitada, sería aplicable en dicho caso, la resolución parcial del contrato respecto al socio fallecido.

4. Debe garantizarse a los herederos del socio fallecido una justa compensación, en caso de impedirse su ingreso a la sociedad, teniendo en cuenta el valor que el mercado establezca a sus cuotas o acciones a fin de no perjudicar los derechos de los mismos.

5. Se recomienda la creación de un fondo especial, el cual podría estar establecido en el protocolo familiar, a fin de responder a las compensaciones resultantes del ejercicio del derecho de preferencia que la sociedad pretenda aplicar o ante la resolución parcial del contrato por el fallecimiento de un socio y la no incorporación de sus herederos a la sociedad.

LAS LIMITACIONES EN GENERAL

Para que la sociedad familiar pueda mantener su núcleo, cohesión del grupo, la hegemonía en las conducciones y su ideología de trabajo, entre otros, debe tener una estructura societaria acorde para impedir el ingreso de terceras personas que no cumplan con los requisitos que la sociedad pretenda imponer para seguir dicho parámetro, ya sea estableciendo normas que limiten la libre transmisibilidad de las partes societarias por actos entre vivos o por *mortis causa*. Mal podría funcionar un protocolo familiar si el mismo no está acorde con las cláusulas del contrato social.

Los arts. 89 y subsiguientes de la ley 19.550 establecen algunos supuestos de restricciones para las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación y el art. 214¹ de dicho ordenamiento confiere la facultad a los socios de establecer cláusulas de restricciones a la transmisibilidad para las sociedades por acciones.

Es necesario que el estatuto establezca la forma de incorporación en caso de fallecimiento del socio, respecto de sus herederos en línea directa y por

1 Art. 214, ley 19.550: "La transmisión de las acciones es libre. El estatuto puede limitar la transmisibilidad de las acciones nominativas o escriturales, sin que pueda importar la prohibición de su transferencia. La limitación deberá constar en el título o en las inscripciones en cuenta, sus comprobantes y estados respectivos".

consanguinidad o la forma de determinar lo más objetivamente posible quiénes podrán ingresar en la sociedad. Para los herederos a los cuales se les establezca la no incorporación como socios, se debe garantizar la compensación correspondiente, mediante un precio equitativo calculado a través del valor que la participación tenga en el mercado, para no violar sus derechos adquiridos por la muerte del socio. A tal fin, consideramos que es conveniente crear un fondo especial, que pueda hacer frente a dichos inconvenientes para que, en caso de ser necesario, se afronte la indemnización con el mismo y la sociedad absorba la participación del socio fallecido, contemplando las partidas suficientes para cubrir dicho desembolso y evitando que la sociedad se encuentre comprometida patrimonialmente. Dicho fondo también podría responder en caso de que se trabase algún embargo sobre las participaciones; tomar posteriormente las medidas necesarias contra el socio embargado, evitar de dicha manera la ejecución forzada, más allá de las facultades que confiere el art. 153, *in fine*, de la ley 19.550, que veremos más adelante.

En el caso de transferencia entre vivos, se puede establecer que el socio que pretenda transferir su participación deba informar dicha voluntad a la sociedad para que esta la ofrezca entre los restantes socios. En el caso de que la transferencia de las participaciones sea efectuada a otro socio, en principio, no debería aplicarse ningún tipo de restricción, ya que si esa persona es socia de dicha sociedad es porque cumple con los requisitos necesarios para ello, prohibiéndose la transmisibilidad de las participaciones a personas que no reúnan las condiciones necesarias de vínculo familiar y de forma de trabajo. Así se tendrá en miras la conservación de la empresa y el interés familiar.

Sin embargo, nada obsta a que se establezca un derecho de preferencia en las transmisiones de cuotas o acciones que pretendan hacer los socios entre sí; servirá en dicho caso, por ejemplo, para mantener el *status quo* entre los socios.

En las sociedades que existen distintas clases de acciones, se podría plantear algún límite a la transferencia entre socios de distintas clases. Puede ocurrir que tener determinados requisitos le permita poseer determinada clase de acciones, pero no de otras. Para ello, habrá que establecer los motivos por los cuales se crearon distintos tipos de acciones y determinar la forma en que podrán transferirse las mismas entre los socios de distintas clases.

Es necesario que dichas cláusulas surjan del contrato social y no de reglamentos internos o del protocolo familiar, ya que cualquier persona que pretenda contratar con la sociedad o adquirir las participaciones de algún socio debe tener pleno conocimiento de las características propias que posee.

Las cláusulas podrán establecerse al constituirse la sociedad o posteriormente, mediante la modificación del mismo. En este último caso, la doctrina se encuentra dividida respecto a la mayoría necesaria para adoptar dicha decisión.

Sociedades

Algunos consideran que la resolución debe ser adoptada por la mayoría especial que establecen el art. 160 (los socios que representen 3/4 partes del capital social) y el art. 244 de la Ley de Sociedades, salvo que el estatuto establezca una mayoría superior.

Otra parte de la doctrina considera que dicha modificación debe ser adoptada por unanimidad. Por nuestra parte, coincidimos con esta última postura ya que la incorporación de cláusulas de restricción a la transferencia de cuotas o acciones no afecta en forma directa la relación sociedad-socio, sino que regularía las futuras contrataciones entre los socios y los terceros que pretendan adquirir sus participaciones en la sociedad. Además, al suscribir dichas cuotas o acciones, se confirió al socio la facultad de transmitirla libremente. La incorporación de una cláusula limitativa equivaldría a una renuncia a dicha facultad.

La ley 19.550 establece en los arts. 153 y 214 que el contrato social podrá contener cláusulas que limiten la transferencia de las participaciones societarias de los socios siempre y cuando no importe la prohibición. Mientras la limitación no implique el cercenamiento de la posibilidad de transmitir las participaciones societarias que un socio posea, dicha limitación será aplicable.

TIPOS DE RESTRICCIONES SOBRE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES

La ley 19.550 establece varios tipos de restricciones. Entre ellas, encontramos:

1. *Resolución parcial*: es aquella que implica el retiro de un socio de la sociedad sin que esta última se disuelva, por algunas causales que la ley establece (por ejemplo, la muerte del socio) o por alguna causal especial que se haya contemplado en el contrato social (art. 89 de la Ley de Sociedades).

La ley 19.550 trata en forma conjunta la resolución parcial y la disolución. Claro está que las diferencias entre ellas radican en que la disolución implica una extinción de la persona jurídica, mientras que la resolución parcial implica una extinción de la relación que un determinado socio tiene con la sociedad.

La ley establece las siguientes reglas:

a) la muerte del socio es causal de resolución parcial en las sociedades colectivas, en comanditas simples, de capital e industria y en participación -salvo en las dos primeras, en pacto de continuación con los herederos que los obliga asimismo-, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte comanditaria, limitando, de esa manera, su responsabilidad (art. 90 de la ley 19.550).

b) En las sociedades de responsabilidad limitada, en caso de preverse, en el contrato social, la incorporación de los herederos del socio, la muerte

del mismo no resuelve parcialmente el contrato. En tal caso, los herederos se incorporarán recibiendo las cuotas del acervo que les correspondan. Dichas cuotas que reciban los herederos podrán ser cedidas a favor de terceras personas, por el plazo de 3 meses, sin que en dicho lapso sea aplicable ningún tipo de limitación a la transferencia. Sin embargo, los restantes socios tendrán en ese caso un derecho de preferencia para adquirir las cuotas, sin posibilidad de impugnar el precio, conforme lo establecido en el art. 155² de la Ley de Sociedades. Dicho artículo nos da la pauta de que, en caso de omitirse la mención sobre la continuidad del heredero del socio, se aplicará la resolución parcial del contrato social.

c) En las sociedades por acciones (sociedades anónimas y comanditas por acciones en la parte comanditaria) la ley no prevé la resolución parcial del contrato social, aunque los socios pueden pactarlo incorporando dicha cláusula en forma expresa en el contrato social, de acuerdo a lo establecido en el art. 89³ de la ley 19.550. Asimismo, dicho artículo plantea la posibilidad de que los socios establezcan en el contrato constitutivo diferentes causales de resolución parcial, incluso las no previstas por la Ley de Sociedades.

2. *Exclusión del socio:* se encuentra comprendida en los arts. 91 y 152 de la Ley de Sociedades. Establecida para las sociedades de personas, las sociedades de responsabilidad limitada y los comanditados de las sociedades en comandita por acciones. Dichos artículos confieren la facultad de excluir a cualquier socio si mediara justa causa. A diferencia de la resolución parcial, el mencionado art. 91 establece que es nulo el pacto en contrario, por lo que los socios no podrán dejarlo de lado, aunque se encuentre establecido expresamente en el contrato social. Dicho artículo continúa diciendo que estaremos ante una “justa causa” cuando el mismo incurra en grave incumplimiento de sus obligaciones; también cuando es justa causa de exclusión, la declaración de incapacidad, inhabilitación, de quiebra o concurso civil del socio, pero estos supuestos no son aplicables para las sociedades de responsabilidad limitada, dadas las características propias de dicho tipo social que limita la responsabili-

2 Art. 155, ley 19.550: “Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para éstos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el ínterin actuará en su representación el administrador de la sucesión.

Las limitaciones a la transmisibilidad de las cuotas serán, en estos casos inoponibles a las cesiones que los herederos realicen dentro de los tres (3) meses de su incorporación. Pero la sociedad o los socios podrán ejercer opción de compra por el mismo precio, dentro de los quince (15) días de haberse comunicado a la gerencia el propósito de ceder la que deberá ponerla en conocimiento de los socios en forma inmediata y por medio fehaciente”.

3 Art. 89, ley 19.550: “Los socios pueden prever en el contrato constitutivo causales de resolución parcial y de disolución no previstas en esta ley”.

dad de los socios al capital suscrito y, por lo tanto, la insolvencia del socio no perjudicaría a la sociedad.

En el presente caso, no estamos ante una limitación a la transferencia de las partes de interés de una sociedad, sino ante una consecuencia de algún hecho o condición que emana del socio y que debe perjudicar inexorablemente a la sociedad. Basándose el presente derecho en el principio de conservación de la empresa, excluye al socio para que dicho hecho o condición no perjudique la sociedad.

Para que se configure una justa causa, debe existir un evidente accionar del socio en desmedro de la sociedad. La destitución del gerente de una sociedad, quien a la vez reviste el carácter de socio, no implica que se haya realizado un acto que pueda provocar su destitución como socio; así se ha dispuesto en los autos "Mónaco, Pablo F. contra Cicem S.R.L. y otros"⁴. Allí se establece que "la remoción con justa causa del gerente de una sociedad de responsabilidad limitada que reviste también la calidad de socio es insuficiente para excluirlo como integrante del ente si los incumplimientos como gerente no alcanzan la gravedad necesaria para adoptar tal medida".

3. *Derecho de receso*: es el derecho del socio a retirarse de la sociedad por su propia voluntad unilateral, percibiendo el valor de su participación. Se encuentra establecido en el cuarto párrafo del art. 160 y el art. 245, ambos de la Ley de Sociedades. El primero de ellos establece la posibilidad de ejercer dicho derecho en caso de transformación, fusión, escisión, prórroga, reconducción, transferencia de domicilio al extranjero, cambio fundamental del objeto y todo acuerdo que incremente las obligaciones sociales o la responsabilidad de los socios que votaron en contra; pero por la remisión que dicho artículo hace al art. 245, se incorporan también los socios ausentes.

Es una potestad del socio ejercer o no dicho derecho en determinados casos, lo que no quiere decir que deba hacerlo; así se pronunció la jurisprudencia en el fallo "Guelar, Juan contra Mandataria Rural S.A."⁵ al resolver que "el derecho de receso que le asiste al socio, así como la posibilidad de impugnar las resoluciones del órgano de gobierno social son dos alternativas cuya elección queda en cabeza del accionista. Así el socio puede reclamar la invalidez de lo decidido u optar por su retiro de la sociedad, pero no está obligado a esto último".

El art. 245 posibilita ejercer el derecho de receso para las sociedades por acciones, y establece que pueden ejercerlo los accionistas disconformes con la resolución que establezca la transformación, prórroga o reconducción (salvo en las sociedades que hacen oferta pública o cotización de sus acciones), la

4 Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, 6-12-02, L. L. 2003, fallo 105.917.

5 Cámara Nacional en lo Comercial, sala C, autos "Guelar, Juan contra Mandataria Rural S.A."

transferencia del domicilio al extranjero, el cambio fundamental del objeto, la reintegración total o parcial del capital, la fusión (respecto a los socios de la sociedad incorporada) y la escisión. También establece el derecho de receso para los casos de aumento de capital que competan a la asamblea extraordinaria y que impliquen un desembolso para el socio, el retiro voluntario de la oferta pública o la cotización de las acciones. Dicho artículo posibilita que la sociedad revoque la resolución adoptada para dejar sin efecto los derechos de receso que se hubieran ejercido. Asimismo expresa que es nula toda disposición que excluya el derecho de receso o agrave las condiciones de su ejercicio.

4. *Derecho de preferencia*: contemplado en el artículo 153 de la Ley de Sociedades, el derecho de preferencia establece la posibilidad para los socios o para la sociedad (si esta adquiere las cuotas con utilidades o reservas disponibles o reduce su capital) de adquirir las participaciones sociales del socio que pretenda transferirlas a un tercero, por el mismo precio y en las mismas condiciones que dicho tercero pretenda adquirirlas. Por lo tanto, el socio que pretenda transmitir su participación en la sociedad, una vez que posee un comprador, debe informar a la sociedad quién sería el adquirente, cuál sería el precio y cuáles las condiciones en las que se pactó la transferencia. La sociedad podría ejercer el derecho de preferencia adquiriendo dichas acciones u ofrecerlas a los restantes socios para que ellos también puedan ejercer el derecho de preferencia. No ejercido este derecho o extinguido el plazo establecido para ejercerlo, el socio podrá ceder su participación a la persona y en las condiciones comunicadas.

El art. 194 y subsiguientes plantea la posibilidad de ejercer el derecho de preferencia en la adquisición de nuevas suscripciones que la sociedad ofrezca, pero dicha adquisición no sería una limitación a la transferencia, ya que nos encontraríamos ante una adquisición originaria -por lo que no lo trataremos en el presente trabajo, más allá de que dichos artículos puedan servir de base normativa para ejercer dicho derecho ante la transferencia de la cuota o acción-.

La fundamentación clásica del derecho de suscripción preferente se vincula con "la necesidad de conceder al accionista la posibilidad de conservar en la sociedad la misma proporción entre el importe nominal de sus acciones y el capital social"⁶. Sin embargo, en las sociedades familiares, este derecho de preferencia no sólo persigue dicho fundamento, sino, también, pretende mantener la relación familiar que los caracteriza, la cohesión del grupo, la hegemonía en las conducciones, su ideología de trabajo, etcétera.

6 Cámara Nacional en lo Comercial, sala C, 28-12-84, E. D. 114-373, y 29-3-85, L. L. 1985-B-409; Cámara Nacional en lo Comercial, sala B, 26-10-88, L. L. 1989-B-148.

Sociedades

Es imprescindible que se establezcan los procedimientos a que se sujetará el otorgamiento de la conformidad o el ejercicio de la opción de compra. Tan imprescindible es establecer el procedimiento, que el mencionado art. 153 lo establece como un requisito de validez de la cláusula. La notificación del ejercicio de la opción de compra o no al socio que se propone ceder no puede exceder de treinta días desde que este comunicó a la gerencia, el nombre del interesado y el precio. Por último, el art. 197 establece la posibilidad de que la asamblea extraordinaria pueda resolver en casos particulares y excepcionales, la limitación o suspensión del derecho de preferencia en la suscripción de nuevas acciones.

Ante la ejecución forzada de la acción o cuota social, el mencionado art. 153 plantea un sistema para que la sociedad pueda evitarla o, incluso, en caso de haberse llevado adelante la subasta, ejercer el derecho de preferencia a favor de los socios o de la sociedad por el mismo precio y condiciones que fueron adquiridas. Es importante remarcar que el derecho de preferencia en el caso de la ejecución forzada está dado para todas las sociedades, tengan contemplado este derecho en el contrato social o no; en cambio, el derecho de preferencia en cualquier otro caso debe estar contemplado en el contrato social para que pueda ser ejercido. También se establece un sistema para impugnar judicialmente el precio de la cuota o acción.

5. *Derecho de tanteo*: también contemplado en el art. 153 de la ley de sociedades, el derecho de tanteo puede exigir la necesidad de obtener la conformidad de los socios, de una mayoría de ellos, o de un órgano especial, para poder transferir la cuota o acción a una tercera persona ajena a la sociedad. Dicho artículo establece que “denegada la conformidad para la cesión de cuotas que tienen limitada su transmisibilidad, el que se propone ceder podrá ocurrir ante el juez quien, con audiencia de la sociedad, autorizará la cesión si no existe justa causa de oposición. Esta declaración judicial importará también la caducidad del derecho de preferencia de la sociedad y de los socios que se opusieron respecto de la cuota de este cedente”.

Está claro que solamente en estos dos últimos casos nos hallamos ante restricciones a las transferencias de cuotas o acciones y, en los restantes casos, nos encontramos ante facultades para excluir algún socio o para que el socio se autoexcluya de la sociedad.

IMPEDIMENTO DE ESTABLECER EL DERECHO DE PREFERENCIA EN LA ADQUISICIÓN *MORTIS CAUSA*

Para analizar el presente supuesto, es necesario comprender las características propias de la transmisión *mortis causa*. Es conocido el concepto de que

el sucesor continúa la persona del causante pero ¿de dónde surge el mismo? Si nos remontamos al derecho romano podemos encontrar el mencionado concepto con un fundamento religioso. Muerta una persona, era indispensable que alguien ocupara su lugar, tanto en la familia como el *pater*, como en lo patrimonial, aunque este último no era sino un efecto de carácter secundario.

El sistema romano como el del Código Civil argentino tuvo una importante influencia de AUBRY y RAU, al considerar que el patrimonio es un atributo de la personalidad; se trata de una universalidad de derecho independiente de los elementos concretos que lo integran. No se concibe, por tanto, persona sin patrimonio, ni este es susceptible de alienación total o parcial. Por último, es único e indivisible. Siendo el patrimonio una emancipación de la personalidad, siendo indisoluble, no puede concebirse su transmisión a los herederos, sino mediante la ficción de que estos continúan la persona del difunto. El sistema romano viene así a dar explicación satisfactoria a la transmisión de los derechos y deudas. Nuestro actual sistema establece que el heredero sucede al causante únicamente en los bienes. El art. 3417⁷ del Código Civil establece el principio de continuidad del heredero en los bienes del causante. De todo ello, resulta la confusión de los patrimonios del heredero y del causante como así lo consagra el art. 3342⁸ y la responsabilidad *ultra vires* que se establece para determinados supuestos.

Por otra parte, los arts. 2695⁹ y 3503¹⁰ del Código Civil establecen que la adjudicación de bienes por partición tanto de condominio como de un acervo hereditario posee un carácter declarativo y no traslativo de dominio. Es por ello

7 Art. 3417 Código Civil: "El heredero que ha entrado en la posesión de la herencia, o que ha sido puesto en ella por juez competente, continúa la persona del difunto, y es propietario, acreedor o deudor de todo lo que el difunto era propietario, acreedor o deudor, con excepción de aquellos derechos que no son transmisibles por sucesión. Los frutos y productos de la herencia le corresponden. Se transmiten también al heredero los derechos eventuales que puedan corresponder al difunto".

8 Art. 3342 Código Civil: "La aceptación de la herencia causa definitivamente la confusión de la herencia con el patrimonio del heredero; y trae la extinción de sus deudas o créditos a favor o en contra del difunto, y la extinción también de los derechos reales con que estaban gravados sus bienes a favor del difunto, o que le competían sobre sus bienes".

9 Art. 2695 Código Civil: "La división entre los copropietarios es sólo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiese sido, desde el origen de la indivisión, propietario exclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningún derecho de propiedad en lo que ha tocado a los otros condóminos".

10 Art. 3503 Código Civil: "Se juzga que cada heredero ha sucedido solo e inmediatamente en los objetos hereditarios que le han correspondido en la partición, y que no ha tenido nunca ningún derecho en los que han correspondido a sus coherederos; como también que el derecho a los bienes que le han correspondido por la partición, lo tiene exclusiva e inmediatamente del difunto y no de sus coherederos".

Sociedades

que no nos encontramos frente a una verdadera transmisión de dominio y, en lo que a inmuebles respecta en la adquisición *mortis causa* y por la partición del acervo hereditario no sería aplicable lo establecido en el art. 1184 inc. 1º del Código Civil¹¹. Por ello, no sería necesario, en forma obligatoria, la protocolización de las sucesiones para poder inscribirlo a nombre del heredero.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el heredero continúa a la persona del causante, en lo que al patrimonio respecta y debido a que la adquisición posee simplemente un carácter declarativo y no constitutivo de derecho, no podría ejercerse el derecho de preferencia. Al no haber una verdadera transmisión de dominio de las partes de interés de un socio a su heredero, no podría ejercerse un derecho de adquirirlas preferentemente.

Por otro lado, las sociedades denominadas de personas y las sociedades de responsabilidad limitada, ponen un énfasis especial en la persona que se tiene como socio. Tanto es así que la doctrina mayoritaria lo considera como un derecho *intuito personae*. Es por eso que para dicho tipo de sociedades se establece, como elemento natural, la resolución parcial del contrato social ante el fallecimiento del socio. Si bien no sería aplicable un derecho de preferencia, podría establecerse la resolución parcial del contrato ante el fallecimiento del socio para no permitir el ingreso a terceras personas que no reúnan las características necesarias, como es la falta de un grado de parentesco familiar especial o una ideología de trabajo acorde a las que se pretenden seguir.

MEJOR TIPO SOCIETARIO PARA ESTABLECER CLÁUSULAS LIMITATIVAS

Consideramos que los mejores tipos societarios aplicables para sociedades familiares son las denominadas sociedades de personas (comandita simple, capital e industria, colectivas), ya que serán de suma importancia las personas que revistan el carácter de socios, otorgado derechos de receso, limitaciones a la transferencia de las cuotas y hasta resoluciones parciales en determinados casos, como elementos naturales de los contratos sociales. Recordamos que los elementos naturales son aquellos derechos y obligaciones que se entienden incorporados al contrato, pero las partes pueden dejarlos de

11 Art. 1184 Código Civil: "Deben ser hechos en escritura pública, con excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública:

1º Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro".

lado mediante manifestación expresa y, en caso de no hacerse mención alguna, los mismos serían aplicables.

Ahora bien, dado el grado de la responsabilidad que los socios contraen por las obligaciones sociales, las sociedades de persona no son muy utilizadas en la actualidad. Se calcula que del total de las sociedades que se constituyen anualmente, menos de un 5% corresponden a sociedades denominadas de personas. Atento a ello, las sociedades de responsabilidad limitada (SRL) plantean una buena solución. Si bien, generalmente, se entiende que no son de las sociedades denominadas de personas, sino de capital mixto, la jurisprudencia¹², en forma reiterada, ha manifestado respecto de la aplicabilidad como elementos naturales el derecho de receso, la disolución parcial del contrato social y otras limitaciones, para este tipo social.

Como hemos visto en el presente trabajo, la estructura funcional de las sociedades anónimas en la ley 19.550 no prevé varias vías idóneas para limitar el ingreso de personas ajenas a la sociedad, como, por ejemplo, la resolución parcial del contrato ante el fallecimiento del socio. Incluso, parecen ser más acordes los órganos de una sociedad de responsabilidad limitada, que prevé convocatorias a las reuniones de socios sin necesidad de publicar edictos o resolver por unanimidad de socios y quórum del 100%. Si bien las restricciones pueden ser previstas e incorporadas en forma expresa en las sociedades anónimas, es preferible tener un cuerpo normativo que supla cualquier tipo de falencia o confusión que la cláusula estatutaria pueda llegar a tener. Es por ello que consideramos que las sociedades de responsabilidad limitada ofrecen un buen equilibrio entre la limitación de la responsabilidad de los socios y las características propias que dicho tipo social ofrece, y, por ende, serían las que mejor se amoldarían en la actualidad a las necesidades de las sociedades de familia.

12 "Zoilo, Osvaldo Pablo y otra c/Zoilo Hermanos SRL s/resolución parcial del contrato de sociedad", Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala I, 24/11/1992, Ed. Errepar, DSE, N° 81, agosto/94, T. VI, pág. 300.

Sociedades

BIBLIOGRAFÍA

- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). *Las sociedades comerciales y la transmisión hereditaria*, editorial Ad-Hoc, 1993.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h) y Sandler, Max M. *Negocios sobre partes cuotas, acciones y otros títulos societarios*, editorial Ad-Hoc, 1995.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). *La Empresa Familiar. Encuadre general, marco legal e instrumentación*, editorial Ad-Hoc, 2010.
- FAVIER DUBOIS, Eduardo M. (h). *El Protocolo de la Empresa Familiar. Elaboración, cláusulas y ejecución*, editorial Ad-Hoc, 2011.
- VÍTOLO, Daniel Roque. "Sociedades anónimas cerradas y empresa familiar", V Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de la Empresa.
- ZANNONI, Eduardo. *Derecho de Familia*. Tomo I, editorial Astrea, 1978.



Universidad Notarial Argentina

Protección al cónyuge supérstite: derecho real de habitación

Sebastián E. Sabene

SUMARIO. 1. *La concepción de esta figura desde el enfoque protector de la vivienda familiar.* 2. *Naturaleza jurídica del derecho conferido al cónyuge supérstite.* 3. *Caracteres.* 4. *La hipótesis normativa.* 5. *El derecho conferido: la habitación.* 6. *Causales de extinción.* 7. *Derecho proyectado.* 8. *Conclusión.*

1. LA CONCEPCIÓN DE ESTA FIGURA DESDE EL ENFOQUE PROTECTOR DE LA VIVIENDA FAMILIAR

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite llegó a nuestra legislación en el año 1974, a través de la sanción de la ley 20.798, veinte años después de la ley 14.394 (instrumento normativo que había dado importantes avances en materia de protección jurídica de la familia y de sus aspectos patrimoniales, no sólo a partir de la instauración del régimen jurídico del bien de familia, sino mediante la incorporación de tres indivisiones hereditarias contempladas en sus arts. 51, 52 y 53).

La protección de la vivienda familiar debe preocupar al legislador, sencillamente porque se trata de una cuestión de orden constitucional, si advertimos que el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional establece claras referencias a la *protección integral de la familia*, la *defensa del bien de familia* y el *acceso a una vivienda digna*.

En el ámbito de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, la vivienda familiar es contemplada principalmente en los siguientes instru-

mentos: a) la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948)¹; b) la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (1948)²; c) la *Convención Americana sobre Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica* (1969)³; d) el *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (1966)⁴; y e) la *Convención sobre los Derechos del Niño*⁵. La cuestión se traslada, a su vez, a las constituciones provinciales⁶.

Es claro que, sin perjuicio de que todas las normas jurídicas internacionales, nacionales y locales a las que nos referimos, hagan alusión general a la tutela de la familia y su vivienda, la protección jurídica que la ley 20.798 acuerda al cónyuge supérstite en la circunstancia pautada en la norma, no es sino una manifestación específica de aquel principio.

La referida ley nacional incorporó, a nuestro Código Civil, el art. 3573 bis, cuyo texto reproducimos a continuación: "Si a la muerte del causante, éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge contrajere nuevas nupcias".

La norma jurídica se propone brindar tutela al cónyuge supérstite cuando este se encuentre en estado de comunidad hereditaria y/o cuando existan legados que involucren el inmueble que haya sido sede del hogar conyugal, en tanto se verifiquen los recaudos que exige la norma. A medida que avancemos en el abordaje de esta figura, comprenderemos su funcionamiento.

1 Art. 25.1: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios ...".

2 Art. XXIII: "Toda persona tiene derecho a la propiedad privada correspondiente a las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya a mantener la dignidad de la persona y el hogar".

3 Art. 17.1: "La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado".

4 Art. 11.1: "Los Estados Partes en el presente pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia".

5 De su comprensión global, se desprende que todo niño tiene derecho a obtener un hábitat donde desarrollarse.

6 V. gr.: Constitución de la Provincia de Buenos Aires, art. 36, inc. 7: "A la vivienda. La provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia, garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblo".

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO CONFERIDO AL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

La determinación de la verdadera naturaleza jurídica de este instituto nos conducirá a determinar el derecho aplicable, motivo por el cual no resulta una cuestión simplemente teórica.

En una primera instancia, en torno a la calidad en virtud de la cual se ejerce el derecho conferido, se han esbozado cuatro corrientes doctrinarias, a saber:

a.- Derecho que se ejerce in iure hereditatis: para esta doctrina, el cónyuge puede ejercer esta prerrogativa en tanto ostente la calidad de heredero. De lo contrario, no podrá acogerse a los beneficios de la norma⁷. Ha sido el despacho aprobado en las Primeras Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, el que impuso al cónyuge, para la procedencia de la invocación del derecho, la previa aceptación de la herencia⁸.

b.- Derecho que se ejerce in iure proprio: los sostenedores de esta segunda corriente aseguran que la protección jurídica es independiente de la calidad de heredero, con lo cual, aun el cónyuge que no herede podrá utilizar esta defensa. Así lo ha considerado la XIX Jornada Notarial Bonaerense⁹ y es sostenido por un importante sector de la doctrina¹⁰.

c.- Derecho que se ejerce in iure legati: para un sector minoritario, este derecho constituiría un prelegado particular forzoso, el que sostiene que, a partir de la sanción de la ley 20.798, debe admitirse la concurrencia a la sucesión intestada con un llamamiento a título singular¹¹.

d.- Carga común de la herencia: la teoría, sustancialmente defendida por ZANNONI¹², asegura que el derecho del cónyuge constituirá una *carga común de la herencia*, en virtud de los términos en que fue concebido el proyecto legislativo en su origen¹³. De este modo, para el autor deberá deducirse su valor del

7 MOLINARIO, Alberto D. "Estudio del art. 3753 bis del Código Civil". LL, 1975-B-1040; Andorno, Luis. "El derecho de habitación del cónyuge supérstite". JA, 29-1975-625.

8 Las referidas Jornadas recomiendan: "...5º.- El cónyuge supérstite deberá aceptar la herencia y peticionar concretamente el derecho de habitación conferido por la ley...".

9 Declaró que " II.- Es un derecho *in iure proprio*, extrasucesorio, renunciable y susceptible de registración".

10 VIDAL TAQUINI, Carlos. "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite". Revista del Notariado N° 743, pág. 1531; Borda, Guillermo A. "El derecho de habitación del cónyuge supérstite". ED, 57-755; Cafferata, José Ignacio. "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite". LL, 1977-B-721.

11 MAFFÍA, Jorge O. *Manual de Derecho Sucesorio*, Tomo II, N° 427/3.

12 ZANNONI, Eduardo. *Derecho de las Sucesiones*, Tomo I, N° 636. En la jurisprudencia: CNCiv., Sala H, 25/04/1996, "Piñeiro, J. C/ Limonta, E.", LL, 1996-E-564.

13 Resalta el autor que el proyecto legislativo del Diputado por Entre Ríos, Cossy Isasi, acordaba el derecho "sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho le correspondiere".

activo líquido de la masa de cálculo de la legítima, en función de lo normado en el art. 3602 del Código Civil.

A este punto, creemos oportuno manifestarnos decididamente a favor de la segunda postura. No pensamos que se trate de una carga impuesta a los coherederos o legatarios ni que pueda sostenerse la idea de un legado, puesto que estos no pueden tener fuente legal en nuestro sistema jurídico.

Por otra parte, tampoco creemos conveniente afirmar que se trate de un derecho *in iure hereditatis*. Sostener ello importaría excluir la posibilidad de que el cónyuge supérstite se proteja cuando el inmueble en cuestión sea ganancial y concorra a la sucesión con sus descendientes, puesto que sobre ese bien no ostentará ningún derecho hereditario. De este modo, estaríamos negando protección al cónyuge, justamente en la situación de mayor comprobación en la realidad, que ha sido, sin dudas, la que especialmente ha contemplado el legislador.

Pero, avanzando aún más, centrándonos en la verdadera sustancia del derecho, no ya en la calidad en virtud de la cual el sujeto lo ejerce, cabe preguntarnos: ¿se trata de un *instituto propio del derecho sucesorio* o estamos en presencia de un *derecho real de habitación*?

Coincidimos, con la mayor parte de la doctrina, en que es ciertamente un derecho real de habitación, sin negar que este posee ciertos rasgos particulares en atención a la especialidad de la situación que legisla y a su *fundamento asistencial*. Es también el criterio seguido por la jurisprudencia plenaria capitalina¹⁴.

Por tal motivo, cuando el cónyuge supérstite concorra con coherederos, invoque su derecho real de habitación y obtenga éxito en su planteo, lo que se excluirá de la masa partible será el *dominio útil* o *desmembración*, pudiendo incluirse, en consecuencia, la nuda propiedad del inmueble en la partición.

No entorpece la conclusión la circunstancia de que el cónyuge supérstite, por hipótesis, resulte titular de una parte indivisa del inmueble -ya sea a título hereditario o ganancial- ni lesione ello el principio *nemini res sua servit* (nadie puede tener servidumbre sobre cosa propia).

Señala MARIANI DE VIDAL, en criterio que seguimos, que si es válida la servidumbre constituida, sobre un fundo en condominio, a favor de un condómino, no se advierten razones para negar la validez de este derecho real de habitación que estudiamos¹⁵.

14 CNCiv., en pleno, 15/08/1979, "Falland, Federico S/ Sucesión", LL, 1979-C-530. En igual sentido: CNCiv., Sala D, 29/02/1984, "De la Mela, Marcelo S/ Suc.", LL, 1984-C-199.

15 MARIANI DE VIDAL, Marina. "Ley 20.798: Derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente", LL, 1976-C-498.

Afirma esta jurista que el carácter de derecho real surge también del trámite parlamentario de la ley 20.798, puesto que en el debate ocurrido en la Cámara de Diputados, a propuesta de quien presentó el proyecto, se modificó la expresión “derecho de habitarlo”, y se la sustituyó por la frase “derecho real de habitación”¹⁶.

De lo expuesto, resulta, entonces, que se aplicarán a esta figura, además del art. 3573 bis del Código Civil, las normas que regulan este derecho real, a menos que estas se contrapongan con su naturaleza.

3. CARACTERES

De la norma en estudio, se desprenden los siguientes caracteres de este derecho:

a.- Fuente legal:

Se trata de un derecho real designado por la ley, lo que constituye una excepción al art. 2949 del Código Civil, por cuanto establece la improcedencia de la constitución legal de derechos reales de uso y habitación. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, entonces, nacerá con la muerte del causante.

La circunstancia de que el derecho tenga fuente legal no implica que este se haga operativo de pleno derecho, sino que, en cualquier caso, debe ser invocado por el cónyuge supérstite. La invocación debe ser *oportuna*, esto es, antes de que, en el proceso sucesorio, consienta cualquier acto que resulte incompatible con su derecho¹⁷.

Sin perjuicio de ello, un sector de la jurisprudencia ha considerado que no es necesario que se lleven a cabo los trámites sucesorios para que proceda la invocación de esta prerrogativa¹⁸.

16 *Ibidem*.

17 CSJN, 23/03/1985, “Castañares de Román”, Fallos, 307:266; CNCiv., Sala B, 03/06/1982, “Moreira, R.”, JA, 1983-II-116. Ver también: Mariani de Vidal, Marina. *Curso de Derechos Reales*, 6ª edición, Tomo 3, pág. 67. Alterini, Jorge Horacio, en: Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge Horacio. *Tratado de los Derechos Reales*, Tomo IV, N° 1438 ter. Tanzi, Silvia. “Los límites de aplicación del derecho real de habitación”, LL, 1998-F-12. Gurfinkel de Wendy, Lilian. *Derechos Reales*, Tomo II, pág. 1045. Papaño, Ricardo; Kiper, Claudio; Dillon, Gregorio y Causse, Jorge. *Derechos Reales*, Tomo I, N° 188.

18 Cám. Apel. Civ y Com. San Martín, Sala II, 05/10/2000, “F., M. A. C/ A., N. F. y otros”, JA, 2001-III-795. En contra: Cám. Apel. Civ., Com. y Trabajo, Villa Dolores, 30/08/1999, “Galván de Oviedo, Felipa J. y otras C/ Salvador, Américo, suc.”, LLC, 2000-1364; Méndez

b.- Vitalicio

Con perfecta claridad, se desprende del art. 3573 bis del Código Civil que el cónyuge supérstite gozará de su derecho hasta que acaezca su muerte, oportunidad en la cual, por aplicación remitida¹⁹ del art. 2920 del Código Civil, se consolidará *ipso iure* el dominio pleno en cabeza del nudo propietario.

Sin perjuicio de ello, el derecho podrá extinguirse anteriormente por alguna de las otras causales que abordaremos *ut infra*.

c.- Gratuito

La gratuidad, claramente proclamada en la letra del artículo antes reproducido, se traduce en la imposibilidad de que los coherederos o legatarios puedan reclamar, al cónyuge habitador, el pago de suma dineraria alguna en concepto de ocupación exclusiva o compensación por el uso.

d.- Fuera del comercio

Por resultar aplicable el art. 2963 del Código Civil, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite no podrá ser cedido, ni tampoco darse en locación el inmueble sobre el que se asienta el derecho. En rigor de verdad, compartimos la idea de quienes sostienen que este derecho se encuentra *fuera del comercio*, lo que encuentra raíz en su fundamento asistencial.

e.- Publicidad registral

Sobre la base de la concepción de esta figura como un derecho real, reconociendo por objeto una cosa inmueble, debe aplicarse el art. 2505 del Código Civil, de modo que, a los fines de la oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe, procede la inscripción del título en sentido instrumental en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente²⁰.

En la Provincia de Buenos Aires, se ocupa de reglamentar esta inscripción, la Disposición Técnico-Registral N° 3/1976, cuyo art. 1° dispone que el documento registrable portante del derecho real de habitación del cónyuge

Costa, María Josefa, en: Llambías, Jorge y Méndez Costa, María J. *Código Civil Anotado*. pág. 389 y sgts.

19 Código Civil, art. 2969: "Lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos".

20 CNCiv., Sala K, 23/06/1995, "M., C. A. S/ Suc.", DJ, 1996-1-1299.

supérstite puede ser de origen judicial o notarial. Cualquiera sea su origen, el documento debe hacer referencia a la legitimación probada en el proceso sucesorio y puntualizar el cumplimiento de los recaudos de procedencia del derecho.

El art. 2° de la norma registral exige que el oficio judicial o minuta rogatoria se redacten de manera tal que permitan la inscripción del derecho real de habitación “con mención de los sujetos titulares activos y pasivos respectivamente”. Nos permitimos observar el segmento de la norma que reproducimos, puesto que, como indicaremos más adelante, tratándose de un derecho real, sólo identificamos un sujeto activo, que en el caso será el cónyuge supérstite.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cambio, la inscripción registral está contemplada en el art. 134 del Decreto 2080/1980 (t.o. Decreto 466/1999) que, reconociendo también la posibilidad de que el documento sea judicial o notarial, exige, además de los recaudos propios de todo documento registrable, que se consigne: a) los autos sucesorios, indicando juzgado, secretaría y jurisdicción; b) el cumplimiento de los requisitos que exige el art. 3573 bis del Código Civil; y c) transcripción del auto que ordena la inscripción.

En cualquier caso y demarcación, el asiento registral debe practicarse en el sector del folio correspondiente a las inscripciones de derechos reales sobre cosa ajena (gravámenes) puesto que estamos en presencia de un derecho de esa especie.

A nuestro criterio, pese a la opción que brindan las normas registrales locales, nos parece recomendable la instrumentación en un documento notarial por la seguridad jurídica que brindará la incorporación al protocolo y la posibilidad de obtener eventualmente segundas o ulteriores copias testimoniadas, con arreglo a lo dispuesto por los arts. 1007 y 1008 del Código Civil y las legislaciones notariales locales.

4. LA HIPÓTESIS NORMATIVA

El art. 3573 bis diagrama un supuesto fáctico, verificado el cual se tornarán aplicables las consecuencias jurídicas allí dispuestas. Proponemos ahora un breve tratamiento de la hipótesis normativa atendida por el legislador, bifurcándola en sus dos elementos: un *elemento objetivo*, que está dado por el *inmueble* y un *elemento subjetivo*, personificado en el *cónyuge supérstite*.

4.1. Elemento objetivo: el inmueble

El objeto de este derecho real especial es siempre un *inmueble*. Pero no cualquier inmueble es el que ha contemplado el legislador al incorporar esta

figura, sino que ha exigido que se cumplan, en torno a él, determinados requisitos, a saber: a) que sea el *único habitable*; b) que integre el *haber hereditario*; c) que haya constituido la *sede del hogar conyugal*; y d) que no exceda los *topes* para la afectación a bien de familia.

La *unicidad* exigida ha motivado que se considere improcedente el derecho, cuando en el acervo existan otros bienes inmuebles que permitan al cónyuge resolver sus necesidades habitacionales²¹, o aun cuando se acredite que el cónyuge tiene otros bienes ajenos al acervo con los que pueda atender tal necesidad²². En cambio, se ha entendido que la existencia de otros bienes no impide la procedencia de este derecho, cuando ellos se encuentran afectados a otro destino o son ocupados por locatarios²³. Se ha resuelto, asimismo, que si el hogar conyugal del sobreviviente con el causante se asentaba sobre una parte material del inmueble, corresponde atribuir el derecho real de habitación sobre esa porción física del inmueble²⁴ y que si, antes del deceso del causante, el cónyuge supérstite convivía con otros parientes, no cabe por ello excluir a estos últimos de la vivienda, puesto que su presencia no obsta al ejercicio del derecho del cónyuge²⁵.

Pero no obstará a la procedencia del derecho si existen otros bienes en el acervo que no resulten habitables²⁶. La exigencia de que el inmueble sea el único habitable obedece a la naturaleza asistencial de este derecho. En tal orden de ideas, existe una abundante casuística que permite afirmar, en resumen, que la habitabilidad del inmueble debe analizarse objetiva y subjetivamente, esto es, no sólo debe ponderarse si los inmuebles integrantes del acervo revisten la calidad de habitables para cualquier persona (parámetro objetivo), sino también si son susceptibles de habitación por el cónyuge supérstite en el caso particular (parámetro subjetivo).

La exigencia de que el inmueble *integre el haber hereditario* debe ser interpretada con precisión. No caben dudas en torno a que ningún inconveniente se presenta si el inmueble integra el haber relicto en un medio indiviso, en virtud

21 CNCiv., Sala A, 18/02/1985, "Fincic, Silvio S/ Suc.", LL, 1985-C-3; CNCiv., Sala F, 19/03/1996, "F. T., R. C. S/ Suc.", LL, 1997-A-249; CNCiv., Sala E, 30/11/2004, "G., C. A. S/ Suc.", LL, 2005-A-413; CNCiv., Sala A, 17/10/2002, "A., R. B. S/ Suc.", LL, 2002-F-738.

22 CNCiv., Sala I, 13/11/1997, "Noailles, Juan J. S/ Suc.", LL, 1998-F-14.

23 CNCiv., Sala A, 24/03/1998, "Poltarak, Alfredo S/ Suc.", DJ, 1998-2-1051.

24 Cám. 2ª de Apelación Civil y Comercial, La Plata, Sala II, 09/03/2004, "De la Torre, Guillermo y otra", LLBA, 2004-865. En sentido contrario, extendiendo la protección a la totalidad del inmueble: CNCiv., Sala E, 18/10/2006, "Ortiz de Zárate, Pedro O.", LL On Line, AR/JUR/7213/2006.

25 CNCiv., Sala B, 18/03/1986, "Soriano de García, M.". En relación a este fallo, Mariani de Vidal apunta que, por el fundamento asistencial de la figura, se persigue que el cónyuge, por el fallecimiento del causante, no quede en peores condiciones, pero tampoco en mejores. Ver: Mariani de Vidal, Marina. *Curso de Derechos Reales*. Tomo 3, pág. 69.

26 CNCiv., Sala I, 03/02/2004, "O., E. R.", LL, 2004-D-513.

de su carácter ganancial, pero se ha debatido intensamente si es procedente invocar este derecho cuando el inmueble era tenido en condominio por el causante con terceros. Compartimos la opinión de quienes se han manifestado en sentido negativo, puesto que lo contrario importaría imponer una indivisión hereditaria a un sujeto ajeno a la comunidad²⁷. Más aún, afirmamos idéntica conclusión cuando el condómino del causante sea también coheredero, toda vez que, a pesar de ser también partícipe de la comunidad hereditaria, lo opuesto implicaría una restricción indebida al derecho de propiedad²⁸.

El inmueble debe haber constituido el hogar conyugal *en el tiempo de la muerte del causante*²⁹, motivo por el cual, si medió separación personal entre el causante y el cónyuge sobreviviente, aun subsistiendo el vínculo matrimonial, toda vez que haya existido dispensa judicial del deber de cohabitación, no existía por entonces hogar conyugal, no correspondiendo la procedencia del derecho invocado. Igual solución corresponde aplicar cuando haya mediado separación de hecho: es que la expresión hogar conyugal supone la convivencia entre los esposos³⁰.

Por último, cabe referirnos al segmento de la norma que remite a los topes para la afectación al régimen de bien de familia. Es sabido que los topes han sido derogados por las legislaciones locales, cuando el inmueble tuviera destino de vivienda o mixto³¹, motivo por el cual tampoco regirán para la aplicación de este instituto que, por hipótesis, se encontraba destinado a la vivienda conyugal y, posterior al deceso, a la vivienda del viudo o viuda.

En concreto, el juez deberá resolver en cada supuesto particular si el ejercicio del derecho invocado resulta abusivo o no, considerando la composición del acervo sucesorio y las circunstancias del caso. Por tal motivo, se ha resuelto la improcedencia de este derecho, cuando los bienes que pudiera recoger el cónyuge supérstite con la partición de la herencia fueran suficientes para atender sus necesidades habitacionales³².

4.2. El cónyuge supérstite

Como hemos señalado anteriormente, al concebir a esta figura como un derecho real, sólo identificamos un sujeto activo, que será el cónyuge supér-

27 CNCiv., Sala L, 28/09/2006, "Gómez, Olegario", LL On Line, AR/JUR/6166/2006.

28 CS Santa Fe, 01/03/2007, "O. de G., N. L. C/ G. de N., L. B. E.", LL Litoral, 2008 (junio), 487.

29 BORDA, Guillermo A. Ob. cit.

30 En igual sentido: MARIANI DE VIDAL, Marina. Ob. cit.

31 Existe destino mixto cuando el inmueble es también destinado a la explotación comercial.

32 CNCiv., Sala G, 08/11/2005, "Forti, Pedro", LL On Line, AR/JUR/9239/2005.

tite habitador. No compartimos el criterio de quienes sostienen que los eventuales coherederos y legatarios son sujetos pasivos.

Lo que ocurre es que la norma sólo concede este derecho al cónyuge sobreviviente si este concurre a la sucesión con otros herederos o con legatarios, pero ello no significa que estos últimos sean sujetos de este derecho.

Por consiguiente, no corresponde esta prerrogativa cuando ha mediado sentencia de divorcio vincular³³ ni, por supuesto, cuando sólo haya mediado unión convivencial entre el sobreviviente y el fallecido, por muy extenso que haya sido el plazo de convivencia.

5. EL DERECHO CONFERIDO: LA HABITACIÓN

Cuando se verificaron los recaudos objetivos y subjetivos que abordamos en el punto anterior, la ley concede al cónyuge supérstite un *derecho real de habitación*. Por consecuencia, el cónyuge supérstite será *poseedor legítimo* del inmueble, en los términos de lo normado en el art. 2355, primer párrafo, del Código Civil.

Resultando aplicables las normas que regulan el derecho real de habitación, podemos decir que el cónyuge habitador:

a.- En orden a lo normado en el art. 2967 del Código Civil, deberá hacer *inventario* y otorgar *fianza*, con la salvedad del caso en que su derecho recaiga sólo sobre una parte material del inmueble. Ante la falta de facción de inventario, se presumirá que el inmueble fue recibido en buen estado³⁴, sin perjuicio de lo cual los coherederos o legatarios podrán reclamar su realización en cualquier tiempo³⁵; facultad, esta última, que podrá ejercerse también ante la falta de fianza³⁶. Compartimos el criterio de MARIANI DE VIDAL, por cuanto debieron haberse contemplado las dispensas de inventariar y afianzar legalmente, por ser incompatibles con los fundamentos de este derecho real especial³⁷.

b.- Como poseedor legítimo, tendrá el derecho de usar y servirse del inmueble, aunque, por su calidad de habitador, con la *carga de no alterar la sustancia*³⁸, en función de los arts. 2948, 2966, 2807, 2878 y concordantes del Código Civil.

33 Cfr. art. 213, inc. 3°, Código Civil.

34 Cfr. art. 2847, Código Civil.

35 Cfr. art. 2849, Código Civil.

36 Cfr. art. 2852, Código Civil.

37 MARIANI DE VIDAL, Marina. Ob. cit.

38 Debemos recordar que, aplicándose subsidiariamente las normas sobre el derecho real de usufructo (arg. art. 2966, Código Civil), el término sustancia tiene dos acepciones: la

c.- Deberá contribuir al pago de las cargas y contribuciones, en proporción a la parte del inmueble que posea³⁹, sin que ello se oponga a la gratuidad del derecho. En dicha tesitura, será a su cargo el pago de impuestos, tasas y contribuciones que graven el inmueble. Deberá, asimismo, contribuir con los nudos propietarios con el pago de impuestos, tasas y contribuciones de carácter extraordinario⁴⁰.

d.- Deberá poner en conocimiento de los nudos propietarios, eventuales perturbaciones al derecho, bajo pena de responder por los daños y perjuicios⁴¹.

e.- Deberá realizar, a su costa, las mejoras necesarias para la conservación del inmueble⁴², en tanto lo hayan sido con posterioridad al nacimiento del derecho (es decir, a la muerte del causante), no correspondiendo que las asuma cuando el inmueble se hubiese arruinado por vejez o causa de un estado anterior⁴³. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que este deber del habitador tiene un límite cuantitativo, consistente en que las reparaciones ordinarias no deben exceder las tres cuartas partes de la renta líquida anual, por tratarse de una habitación gratuita⁴⁴.

En materia de mejoras facultativas, tendrá el derecho de hacerlas en tanto no impliquen una alteración de la sustancia⁴⁵, teniendo en consideración que no tendrá, por ellas, derecho a indemnización⁴⁶.

f.- Por su calidad de poseedor legítimo, cuando fuese turbado en la posesión, podrá deducir la *acción real negatoria*⁴⁷, la *acción posesoria* strictu sensu *de mantene*⁴⁸ o la *acción policial de manutención*⁴⁹ (esta última, reglamentada mediante el *interdicto de retener*⁵⁰). Asimismo, en caso de *desposesión*, podrá incoar la *acción real reivindicatoria*⁵¹, la *acción posesoria* strictu sensu *de recuperari*⁵² o la *acción policial de despojo*⁵³ (reglamentada con el *interdicto de*

sustancia como *materia* y la sustancia como *destino*. Ninguna de ambas podrá ser alterada por el cónyuge habitador.

39 Cfr. arts. 2957 y 2968, Código Civil.

40 Cfr. art. 2895, Código Civil.

41 Cfr. art. 2880, Código Civil.

42 Cfr. arts. 2881 y 2884, Código Civil.

43 Cfr. art. 2883, Código Civil.

44 Cfr. art. 2884, Código Civil.

45 Cfr. art. 2874, Código Civil.

46 Cfr. art. 2888, Código Civil.

47 Cfr. arts. 2800 y ss. Código Civil.

48 Cfr. art. 2495, Código Civil.

49 Cfr. art. 2469, Código Civil.

50 Cfr. arts. 604 a 607, CPCCBA; arts. 610 a 613, CPCCN.

51 Cfr. arts. 2758, 2772 y conc., Código Civil.

52 Cfr. art. 2487, Código Civil.

53 Cfr. art. 2490, Código Civil.

*recobrar*⁵⁴). Contará, asimismo, con las defensas frente a la *obra nueva*⁵⁵ o el *daño temido*⁵⁶.

6. CAUSALES DE EXTINCIÓN

Resultan aplicables a esta figura, las causales extintivas propias de todo derecho real de habitación, que resulten compatibles. Concluirá, entonces, por: a) renuncia del cónyuge habitador⁵⁷; b) pérdida o deterioro de la cosa⁵⁸; c) resolución del derecho del propietario⁵⁹; d) no uso⁶⁰; y e) consolidación⁶¹.

La extinción de este derecho real de habitación por fallecimiento del habitador, sin perjuicio de estar contemplada en el art. 3573 bis⁶², correspondería también a la luz del art. 2920 del Código Civil, por remisión del art. 2969.

El art. 3573 bis, sin embargo, prevé otra causal de extinción, que es el nuevo matrimonio que contrae el habitador⁶³. Su inclusión obedece a que, celebrado un nuevo matrimonio, parece desaparecer la situación fáctica que determinó el propósito tuitivo de la norma. En tal orden de ideas, MOLINARIO asegura que “si desea contraer matrimonio, su derecho caduca pues, es de suponer que está en condiciones de constituir económicamente un nuevo hogar”⁶⁴.

Sin embargo, ha sido una disposición muy criticada por un sector de la doctrina, por entender que se estaría aplicando una sanción a la celebración del matrimonio⁶⁵. Por tal motivo, en las Primeras Jornadas de Derecho de Familia celebradas en Morón en 1989, se concluyó que existían razones de orden moral, ético y sociológico para entender que no resulta valioso mantener esta causal de extinción⁶⁶.

54 Cfr. arts. 608 a 612, CPCCBA; arts. 614 a 618, CPCCN.

55 Cfr. art. 2499, 1° párrafo, Código Civil; arts. 613 y 614, CPCCBA; arts. 619 y 620, CPCCN.

56 Cfr. art. 2499, 2° párrafo, Código Civil; art. 617 bis, CPCCBA; art. 623 bis, CPCCN.

57 Debe tenerse en cuenta que, conforme a lo que dispone el art. 2969 *in fine*, Código Civil, sus acreedores no podrán atacar el acto de renuncia invocando, v.gr., el fraude a sus derechos.

58 Cfr. arts. 2937, 2938, 2939 y 2941, Código Civil.

59 Cfr. art. 2918, Código Civil.

60 Se trata del no uso por el plazo de diez años, conforme surge del art. 2924, Cód. Civ.

61 Cfr. art. 2928, Código Civil.

62 Es que la norma mencionada hace referencia al carácter *vitalicio* del derecho.

63 Código Civil, art. 3573 bis *in fine*: “Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias”.

64 MOLINARIO, Alberto D. Ob. cit.; Cafferata, José Ignacio. Ob. cit.

65 BORDA, Guillermo A. Ob. cit.; Levy, Lea y Bacigalupo de Girard, María. *Protección de la vivienda familiar*, pág. 110.

66 En igual sentido: IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (1989); V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático (Junín, 1992).

Un sector de la doctrina entendió que, aun sin haberse celebrado la unión matrimonial, si el cónyuge supérstite entabla una unión de hecho o incurre en alguna inconducta notoria, corresponde declarar la extinción del derecho⁶⁷.

7. DERECHO PROYECTADO

El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación de 2012 contempla esta misma figura en su art. 2383, agregando el derecho real de habitación del conviviente supérstite en su art. 527.

Resumidamente, señalamos como notas distintivas del derecho real de habitación del cónyuge supérstite: a) su específica consagración como una figura de pleno derecho; b) la referencia específica al "último" hogar conyugal; c) la exclusión explícita de su procedencia cuando, a la fecha de la apertura de la sucesión, el inmueble se encontrara en condominio "con otras personas"; d) la inoponibilidad de este derecho frente a los acreedores del causante; e) la omisión de la causal extintiva fundada en el nuevo matrimonio celebrado por el cónyuge supérstite; f) la omisión de toda referencia a los topes; g) la inexigibilidad de que sea el único inmueble habitable.

Se observa una mayor flexibilidad y apertura en la proyección de la reforma con actual estado parlamentario.

A su turno, el derecho real de habitación del conviviente supérstite tendría los siguientes rasgos característicos: a) el conviviente supérstite debe carecer de vivienda propia para que proceda el derecho, o no contar con bienes suficientes para que pueda acceder a ella; b) no procedería de pleno derecho sino que se requeriría su invocación; c) no sería vitalicio sino limitado a un plazo máximo de dos años; d) sólo puede recaer sobre el inmueble que haya sido el último hogar familiar; e) no procedería cuando el inmueble haya estado en condominio con otras personas a la fecha de la apertura de la sucesión; f) sería inoponible a los acreedores del causante; y g) se extinguiría si el conviviente constituyera una nueva unión convivencial o adquiriera vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

8. CONCLUSIÓN

Pensamos que la tarea del legislador debe tender a la construcción de mecanismos adecuados para tutelar la vivienda familiar, siendo este instituto sólo un claro ejemplo de ello.

67 VIDAL TAQUINI, Carlos. "El derecho real de habitación del cónyuge supérstite". Revista del Notariado N° 743, pág. 1531.

Nos sumamos a las voces que exigen una modernización de todas las figuras que persiguen este fin por los constantes cambios que ha experimentado la conformación de la familia en nuestra sociedad actual. Sin perjuicio de lo manifestado, abonamos las posturas doctrinarias flexibles que no por ello extienden protección a situaciones que el legislador no contempló, abrigando adecuadamente el verdadero espíritu de la ley.

Desde otro ángulo, creemos que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite es la cabal demostración del rol asistencial y la función social que puede tener el régimen jurídico de los derechos reales para proteger a distintos sujetos, en situaciones particulares, a partir de la solidez que estos suponen y de la aplicación de un sistema de orden público que lo vincule directa e inmediatamente con la cosa. Ese esquema, aplicado al inmueble que ha sido sede del hogar conyugal y a la situación diseñada en el art. 3573 bis del Código Civil, se traduce en una sólida protección para el cónyuge supérstite.



Academia Nacional del Notariado

Usufructo de acciones y cuotas societarias*

Pilar Rodríguez Acquarone

María T. Acquarone

I. USUFRUCTO DE CUOTAS Y ACCIONES. GENERALIDADES

1. La posibilidad de desmembrar el derecho real de dominio y otorgar el usufructo a una persona distinta al titular de la nuda propiedad de las cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada, o de acciones de una sociedad anónima, es una herramienta que brinda la ley 19.550 para distribuir el peso del poder que compone el conjunto de derechos y deberes que representa la acción.

La figura es muy dúctil y puede adaptarse a las circunstancias que plantea cada negocio en particular.

Es posible utilizar la figura del desmembramiento de los derechos de propiedad a los efectos de garantizar obligaciones pendientes durante un lapso cierto a convenir.

También pueden pactarse distintas modalidades respecto del ejercicio de los derechos patrimoniales y políticos, ya que la ley no restringe los pactos, sino que los permite expresamente (art. 218 de la ley 19.550).

2. Es indudable que el derecho al cobro de los dividendos está en directa relación con las decisiones que se tomen en materia de política empresarial y el modo de convenir el ejercicio de los derechos puede desnaturalizar o no la sustancia del *status socii*.

En cuanto a la definición legal, el art. 218 de la ley 19.550 no define el usufructo societario sino que lo regula, por lo que debemos remitirnos a la definición contenida en el art. 2807 del Código Civil, que textualmente prevé que “El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”.

* Trabajo elaborado por las autoras para su exposición en el LXVI Seminario Teórico Práctico “Laureano A. Moreira”, desarrollado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los días 7 y 8 de noviembre de 2013.

En el caso del usufructo de cuotas sociales y de acciones de sociedades anónimas, hay que adaptar la normativa del usufructo desarrollado en el Código Civil a las especiales características que reviste el objeto sobre el cual recae¹.

Por lo tanto, el análisis debe consistir en cómo se concreta el *ius utendi* y el *ius fruendi* en materia societaria y cuál es la sustancia que no puede alterarse.

3. Tanto la cuota social en el caso de las SRL, como las acciones en las SA, representan una proporción en el capital social y representan el estatus de socio².

Este último carácter es el que se debe tener en cuenta en el desmembramiento de los derechos de socio y en la regulación que organice ese desmembramiento, regulación o pactos que son expresamente autorizados por el art. 218 de la Ley de Sociedades Comerciales, pero que no deben desnaturalizar su sustancia.

El estado de socio implica un complejo de derechos y obligaciones, que indica una posición que tiene el sujeto con relación a la persona jurídica: la sociedad.

Esta posición, que es absolutamente dinámica y cambiante, es lo que diferencia esta regulación del desmembramiento de los derechos de propiedad respecto de una cosa, que determina una relación estática.

El desmembramiento de los derechos tiene que contemplar la dinámica del universo de la actividad empresaria para que asegure la disociación de los derechos, pero, al mismo tiempo, permita el desenvolvimiento de la actividad empresaria.

4. A los efectos de su estudio y de realizar el contenido de los pactos autorizados por el art. 218 del ordenamiento societario vigente, se estudiará el conjunto de derechos y deberes desde el punto de vista de los derechos patrimoniales y políticos o cuasipolíticos³, aun cuando no desconocemos la incidencia de estos últimos sobre los efectos patrimoniales.

1 Conf. PELAYO MUÑOZ, Tomás. *Las acciones: derechos del accionista, representación, transmisión, derechos reales, negocios sobre las propias acciones*, CISS, Valencia, 1999. En España ocurre la misma remisión legal, ya que el art. 57 del TRLSA (Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real decreto 1564 de 1989 -22/12/89- que fuera modificado en el año 2010 pero en lo relativo a la adaptación a la normativa comunitaria y no afecta estas normas) declara que en la constitución de derechos reales limitados sobre acciones se procederá en conformidad a las reglas del derecho común. "Por lo tanto el usufructo (art. 468, Código Civil) se constituirá por ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad y por prescripción".

2 Conf. BRUNETTI, Antonio. *Tratado del derecho de las sociedades*, t. II, Uteha, Buenos Aires, 1960.

3 Conf. SASOT BETES, Miguel A. y Sasot, Miguel P. *Sociedades anónimas. Acciones, bonos, debentures y obligaciones negociables*. Ábaco, Buenos Aires, 1985, págs. 149 y sgtes. Si bien se ocupan separadamente de los derechos patrimoniales y políticos, también resaltan la visión del conjunto.

a) Derechos patrimoniales. Derecho a cobrar dividendos

Este es el derecho que comprende al usufructo, sin el cual carecería de objeto, es decir, es esencial. El art. 218 de la ley 19.550 establece expresamente que el usufructuario tiene derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el usufructo⁴.

Cabe preguntarse si las ganancias obtenidas durante el usufructo son las obtenidas por la sociedad o por el socio.

El art. 218, a nuestro entender, claramente establece que el dividendo sobre el que puede pactarse es el dividendo que la sociedad efectivamente paga al socio. El mismo artículo establece al respecto: "...el dividendo se percibirá por el tenedor del título en el momento del pago" y continúa diciendo: "...si hubiere distintos usufructuarios se distribuirá a prorrata de la duración de sus derechos".

Por lo que antecede, nuestra interpretación de la ley 19.550, en lo que aquí interesa, es que, al abonarse el dividendo, será percibido por quien tiene en ese momento ese derecho, quien a su vez será deudor de aquellos dividendos que no le pertenezcan, por haber tenido otros usufructuarios que concurren en ese ejercicio social.

La cuestión radica en analizar si se pueden incluir en las estipulaciones pactos respecto de la percepción de los dividendos. Entendemos que sí y que ello puede ser un contenido del pacto que produzca el desmembramiento, en especial cuando esta se produce como forma de garantizar una situación determinada.

1. Derecho a cobrar dividendo proveniente de capitalización de utilidades. El art. 218 de la ley 19.550 reglamenta esta situación y establece que el usufructo también comprende las ganancias correspondientes a las acciones entregadas por la capitalización, de modo tal que, automáticamente, en el aumento de capital con acciones emitidas e integradas por capitalización de dividendos, quedan desmembrados los derechos sobre las acciones; pero si las circunstancias del negocio no resultan convenientes, podrá y deberá pactarse lo contrario.

2. Utilidades pasadas a reservas o capitalizadas. El art. 218 de la ley 19.550 también establece que no incluye las ganancias pasadas a reserva o capitalizadas y, de esta manera, resuelve una cuestión que había sido objeto de dis-

4 Conf. PELAYO MUÑOZ, Tomás. Ob. cit., pág. 140. En España, el art. 67, TRLSA, declara: "El usufructuario, tendrá derecho en todo caso a los dividendos acordados por la sociedad durante el usufructo". Asimismo: "La sociedad deberá pagar los dividendos acordados al usufructuario, que tenga legitimada y reconocida su situación frente a la sociedad en el momento en que estos sean acordados en la junta general de socios. Ello supone que el usufructuario, desde su legitimación como tal frente a la sociedad, resultará acreedor frente a la misma por el concepto beneficios, sin perjuicio de que las partes internamente hayan acordado un régimen distinto respecto de la distribución de beneficios que en nada afectará a la sociedad".

cusión con anterioridad a la sanción de la ley 19.550. El texto del artículo en análisis resulta una norma supletoria adecuada, sin perjuicio de poder pactar lo contrario en caso de que la circunstancia lo requiera y, en especial, lo referido a que, si la sociedad se liquida, esta reserva pase al patrimonio del usufructuario.

3. *Cuota a la liquidación.* El derecho a la cuota de liquidación es inherente a la calidad de socio y así lo expresa el art. 218, párr. 3º, que prevé también que se puede pactar lo contrario⁵. No obstante permitirlo expresamente, hay que analizar el tema desde la óptica de la desnaturalización del carácter de socio en el caso de otorgarle el derecho a la cuota de liquidación al usufructuario, de modo que el pacto podría interpretarse *junto con otras cláusulas*, desnaturalizando el derecho del nudo propietario, a quien no le quedaría ninguna sustancia de sus derechos⁶.

b) Derechos políticos o cuasi políticos.

Como dijimos al comienzo, no hay derechos que se puedan desprender de lo estrictamente patrimonial, de modo que los derechos políticos más importantes -como el de voto- en las sociedades por acciones están directamente relacionados con los dividendos y con la adquisición, la transferencia o la pérdida de los derechos económicos.

Por ello, además de interpretar la norma en este aspecto, veremos cuáles son los pactos más convenientes, como, asimismo, la discusión que la doctrina ha desarrollado sobre el tema, también relacionada con la desnaturalización del desmembramiento⁷.

5 Conf. PELAYO MUÑOZ, Tomás. Ob cit., pág. 141. En España la norma del art. 67.1, TRLSA, establece que "los demás derechos del socio corresponden, salvo disposición contraria de los estatutos, al nudo propietario". "Por tanto, ante una concreta falta de previsión estatutaria, la cuota de liquidación corresponderá al nudo propietario, pudiendo el usufructuario exigir a este una parte de la cuota de la misma y extendiéndose el usufructo al resto de tal cuota, tal y como establece el art. 68.2 del TRLSA, siempre y cuando no se dispusiese otra cosa en el título de constitución (art. 67.2, TRLSA)".

6 NISSEN, Ricardo A. *Ley de Sociedades Comerciales*, t. 3, Ábaco, Buenos Aires, 1997, pág. 263, opina que: "...cuando la ley se refiere al pacto en contrario que autoriza el art. 218, párr. 3º, se refiere exclusivamente a la cesión a favor del usufructuario de los resultados de la liquidación, lo cual es congruente con la naturaleza de los derechos que pueden ser cedidos al usufructuario". El Dr. Ricardo Augusto Nissen se refiere a que lo que desnaturaliza la figura del usufructo es el otorgamiento de los derechos políticos al usufructuario. Parece coherente con el sistema de la ley que, como parte de los derechos de naturaleza económica, se le otorguen al usufructuario los derechos al reembolso del capital social y a la cuota liquidatoria.

7 Al respecto ver BROSETA PONT, Manuel. *Manual de derecho mercantil*, 10a. ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 277. En el derecho español, la ley 19 de 1989 introduce innovaciones en el régimen jurídico del usufructo sobre las acciones, otorgando, como en nuestro art. 218, los derechos de la calidad del socio al nudo propietario. La doctrina admite expresa-

1. *Derecho de asistencia y voto en las reuniones de socios.* Cuando la ley societaria, en el art. 218, dice que "... los derechos inherentes a la calidad de socio le corresponden al nudo propietario", pero al mismo tiempo le permiten realizar pactos, la doctrina se cuestiona si es posible que el nudo propietario otorgue al usufructuario todos los derechos de voto, sin desnaturalizar su calidad de socio.

Al respecto, AZTIRIA⁸ sostiene que el voto le corresponde al titular del derecho cartular, o sea, del *status socii*, incorporado al título acción, siendo consustancial con la calidad de accionista.

Asimismo, NISSEN sostiene que no es posible la cesión del ejercicio del derecho de voto al usufructuario, porque el legislador ha declarado intransferibles estos derechos y, además, porque no se entiende cuál sería el rol que le corresponde al nudo propietario de las cuotas o acciones cuando se ha desprendido de todos los derechos políticos y patrimoniales que confiere esa participación societaria⁹.

Este es el criterio actual de la IGJ en el art. 128 de la Resolución General 7/05 ("Nuevas Normas de la Inspección General de Justicia") cuando establece que "No se inscribirá la constitución de usufructo de cuotas que comprenda la transmisión de derechos de voto al usufructuario".

2. *La íntima relación entre los derechos patrimoniales y políticos.* Lo que resulta indudable es que el derecho al cobro de los dividendos está en directa relación con las decisiones que, en materia de política empresarial, se quieran dar a la empresa, hasta un punto que se hacen inescindibles. También hay que tener en cuenta que el pacto puede involucrar situaciones parciales, como ejercer por un tiempo el derecho de voto o que el usufructuario lo tenga en asambleas extraordinarias y no en las ordinarias¹⁰.

3. *Derecho de información.* Ambos deben tener este derecho, tanto el titular de la nuda propiedad como el usufructuario, y es conveniente que así se exprese, ya que hace a la transparencia del negocio y al principio de buena fe que debe regir la contratación. El usufructuario debe estar legitimado para ejercer el derecho de información, con las limitaciones legales existentes en cuanto a la proporción de acciones que usufructúa¹¹.

mente la inclusión dentro de los pactos permitidos no sólo del derecho a votar sino de los derechos conexos a este derecho, tal como el derecho a la información, de impugnación de asambleas, de receso, etc.

8 AZTIRIA, Enrique. *Usufructo de acciones de sociedades anónimas*, Tea, Buenos Aires, 1956, pág. 74.

9 NISSEN, Ricardo A. "El art. 218 de la ley 19.550 y los derechos políticos del usufructuario de acciones", en *Negocios sobre partes, cuotas, acciones y otros títulos societarios*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág. 205.

10 Ver PELAYO MUÑOZ, Tomás. Ob. cit., CJ SS, Valencia, 1999, pág. 138. Véase además, Broseta Pont, Manuel. Ob. cit. En especial en el derecho español puede estudiarse la versatilidad de la figura.

11 Conf. MATTA Y TREJO, Guillermo. "Apuntes para una revisión del régimen de prenda de acciones de sociedades anónimas", LL, l. 1983-A, pág. 718, especialmente, pág. 724.

4. *Respecto de los derechos de impugnación de asambleas, transferibilidad de las acciones y de receso*, la jurisprudencia no es unánime al respecto¹². Para no correr riesgos, la doctrina y la práctica societaria han implementado el poder especial irrevocable, de dudosa validez. De todas formas, también puede preverse estatutariamente que esta facultad de cesión de los derechos sociales está permitida, temporalmente, ya que en forma indefinida o irrevocablemente sería desnaturalizar la sustancia del derecho del socio.

5. *Derecho a la suscripción preferente en los aumentos del capital*. Es importante tener en cuenta qué derechos a suscribir nuevo capital tiene quien sea titular del derecho de voto, ya que la falta de ejercicio de este derecho puede dar lugar a disminuir la proporción en la participación del capital societario.

II. RESPECTO A LA RESERVA DE USUFRUCTO PARA EL CÓNYUGE NO TITULAR DE UN BIEN GANANCIAL

El escribano RUBÉN AUGUSTO LAMBER¹³ en opinión favorable a la reserva para el cónyuge no titular ha dicho:

Queda claro que se trata de un supuesto de constitución al no titular, porque no hay reserva de lo que no se tiene titularizado a su nombre. Pero que no exista tal titularidad no excluye la expectativa jurídica que por cierto tiene el no titular, en razón de la ganancialidad del bien y del serio daño que le provocará la muerte del titular, con la extinción del usufructo (art. 2920) intransmisible y sin efecto alguno a partir de ese hecho.

Si partimos del principio de que rige al matrimonio un régimen de “comunidad de bienes” con las variantes que pudieran darse entre comunidad universal o restringida, es evidente que todos los bienes, de la masa de uno o del otro, integran esa comunidad y que a la disolución del matrimonio se divide por partes iguales.

El cónyuge no titular no es un extraño en esa comunidad sino parte indiscutida de ella. Y no se trata de una mera cuestión económica, sino que su alcance lo supera largamente. Como dice VIDAL TAQUINI: “La sociedad conyugal que comienza con la celebración del matrimonio presupone la vida en comunidad integral de afectos e intereses materiales. De ahí, que

12 La doctrina está dividida en cuanto a si es válido o no el poder especial irrevocable. HALPERIN, Isaac. *Sociedades anónimas*, pág. 579; Ripert, Georges. *Derecho comercial*, “Sociedades”, t. II, pág. 357 y Nissen, Ricardo A. Ob. cit., pág. 360, comentario al art. 239, están en contra de la validez de tales poderes.

13 LAMBER, Rubén Augusto. *Donaciones*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, 2008, págs. 225 y sgts.

los bienes gananciales son obra conjunta de ambos cónyuges, aunque no se tiene en cuenta el aporte ni el esfuerzo desplegado por cada uno de los cónyuges”.

(...) ¿Dónde está la intención de donar, cuando el titular, sabedor del derecho de su cónyuge en la ganancialidad del bien que dona a los hijos comunes se lo da para evitar que su propia muerte lo despoje, atento a que no haciendo la donación de la nuda propiedad, el 50% del bien será del no titular, por disolución de la sociedad conyugal, y no en usufructo, sino en propiedad, en comunidad hereditaria con sus hijos?

¿Dónde está la intención de aceptar una donación que la está despojando anticipadamente de un derecho que tiene en mucho mayor extensión que el mero usufructo de una parte?

(...) ¿Se cumple el deber asistencial y alimentario, despojando al cónyuge no titular del derecho del uso y goce de la cosa, en virtud de un acto ingenuo de su parte que acepta la donación a los hijos sin tener garantía alguna?

Todos estos argumentos son los que nos llevaron desde hace varios años a defender la validez de la constitución del usufructo al cónyuge no titular, como parte de un negocio familiar genuino, donde las partes están acordando lo que el mismo derecho ha alentado y regulado, como es en el caso de la partición-donación de ascendientes (arts. 3514, 3526 y concs. del Código Civil.)

Y luego, continúa profundizando su tesis:

Quizás el mayor descuido del juzgador está en desconocer la admisibilidad del usufructo reversible (al titular y al no titular) en la donación-partición de ascendientes, con importante doctrina que la avala, desde las profundas investigaciones de GUASTAVINO¹⁴, hasta la más moderna doctrina de LLAMBÍAS que señala claramente que esos pactos no afectan la prohibición del art. 1218 del Cód. Civil ni representan un acto disolutorio de la sociedad conyugal al margen del régimen específico¹⁵, pasando por la doctrina y la legislación extranjera, en particular la reforma francesa a su derecho civil en materia de partición por donación de ascendiente, que exige, con independencia de la titularidad del bien, la afectación de usufructo a favor de ambos cónyuges¹⁶.

“La génesis del usufructo, por lo que se refiere a su momento histórico, va ligada a una finalidad netamente alimenticia, al objeto de proveer a la viuda durante su vida, de lo necesario para que continuase viviendo según las condiciones en que había vivido su marido, gozando de sus

14 GUASTAVINO. *Pactos sobre herencias futuras*, pág. 339.

15 LLAMBÍAS. *Código Civil*, tomo V-B, pág. 299.

16 MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*. Vol. IV, pág. 245.

bienes, sin que por otra parte se le instituya heredera, para así no sustraer los bienes del marido a sus herederos, en particular a sus hijos”.

Por su parte, MARTÍNEZ CALCERRADA¹⁷ reafirma esta interpretación histórica, con cita de PUGLIESE, quien afirma que “la función más antigua y típica del usufructo es precisamente la de proveer a las exigencias o necesidades del cónyuge supérstite en especial de la mujer, sin sustraer del patrimonio hereditario a los hijos o descendientes”. Esta garantía era prestada a partir de disposiciones testamentarias, pero “si el marido difunto no disponía el usufructo, la mujer podía sucederle en la propiedad de los bienes, en cuanto fuese *in manu* -y por ello *loco filiae*- en cuanto no existieran ni hijos ni otros parientes”.

Ese usufructo se lo asegura Justiniano a través de las novelas 53,6 y 117,5; esta última en particular disponía: “si la mujer concurría con hijos propios la correspondencia de la cuarta parte (era) en usufructo mientras la nuda propiedad se reservaba a los hijos y cuando éstos eran más de tres; le correspondía siempre en usufructo, una cuota igual a la que perleneciese a cada hijo. Esto, que a la luz de la historia parece ser un solo antecedente sucesorio, no es tal, porque junto con el derecho de ser viudo, “de origen legal, se pueden señalar otras formas de origen *convencional* o testamentario nacidas a través de la denominada ley de unidad para la que mediante convenio se establecían los famosos ‘pactos de hermandad de bienes’ (de *untate viriet uxoris*) a través de los que se mantenía la indivisión de la herencia durante la supervivencia de uno de los cónyuges”.

Según ALBERTO G. SPOTA¹⁸:

La moderna doctrina plantea el interrogante de si la clasificación dual (respecto a la onerosidad o gratuidad) se puede transformar en una división tripartita. Es decir si al lado de los contratos a título gratuito y de los a título oneroso existe un *tertium genus*. Esto ha sido tratado por diversos autores¹⁹, poniéndose de relieve la existencia de contratos que no pueden calificarse ni de onerosos ni de gratuito -contratos neutros- o bien, de contratos que en ocasiones son onerosos y en otros casos gratuitos -contratos incoloros o indiferentes-. Estas últimas calificaciones son aplicables, pues, a aquellos contratos que pueden asumir la fisonomía del contrato gratuito o del oneroso, según el punto de vista en que nos coloquemos.

17 MARTÍNEZ CALCERRADA. “Directrices históricas del usufructo mortis causa” en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Castán Tobeñas*, T. VI, págs. 438 y 439.

18 Contratos. *Instituciones de Derecho Civil*. “Parte General”, Tomo I, 2a. edición actualizada y ampliada, La Ley, pág. 309.

19 CARIOTA FERRARA, Luigi. *El negocio jurídico*, pág. 187.

El escribano ZINNY²⁰ en contra de la posibilidad de reservar el usufructo para sí y para el cónyuge no titular, ha dicho:

La intención de quien dona la nuda propiedad del inmueble (propio o ganancial a su nombre) pretendiendo que la nuda propiedad se transfiera al hijo y el usufructo quede de por vida a nombre del donante y su cónyuge, con o sin derecho de acrecer ha venido siendo notarialmente, satisfecha por alguno de los siguientes procedimientos. 1) Donan ambos conyuges la nuda propiedad, codisponiendo de ella, y se reservan ambos el usufructo (con certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular y certificado registral de libre inhibición a nombre del cónyuge no titular). 2) Dona el cónyuge titular, con el "asentimiento" en su caso del no titular, y se reserva el usufructo para ambos (aquí sólo se solicita certificado registral de dominio a nombre del cónyuge titular). Uno y otro procedimiento sin embargo, deben descartarse. El primero porque la codisposición, inadmisibile en el caso de bien propio, no se compadece tampoco con el régimen de titularidad y disposición que la ley ha previsto para los bienes gananciales adquiridos por uno de los cónyuges (Art. 1276 y 1277 CC y ley 11.357 arts. 5 y 6). De dicho régimen resulta que el cónyuge no titular del dominio del inmueble, que codispone de la nuda propiedad del mismo y se reserva su usufructo, está disponiendo y haciendo reserva de lo que no le pertenece: y no puede sostenerse que esta disposición y reserva de derechos ajenos se ve tácitamente ratificada por el acto de disposición y reserva del cónyuge titular por cuanto en tal caso la ratificación pasa a encubrir una transferencia entre cónyuges, transferencia que la ley reprueba sancionándola con la nulidad tanto si se la concreta a título oneroso (Código Civil art. 1807-1 y 2837) bien entendido que la nulidad en cuestión tan solo afecta al usufructo del cónyuge no titular del dominio y no la nuda propiedad del donatario, cuyo título sigue siendo perfecto. En lo que al segundo procedimiento respecta, debe también descartárselo por cuanto la reserva del usufructo a favor de ambos cónyuges efectuada por uno de ellos (titular del dominio que dispone de la nuda propiedad) equivale asimismo a que el usufructo se transfiera por uno de los cónyuges al otro (solo así cabe explicar que el derecho de uno pase a ser compartido por ambos)...".

EDUARDO BAUTISTA PONDÉ²¹ ha expresado:

20 ZINNY. *Casos notariales*. Ed. Depalma, Buenos Aires, 1983, págs. 125 y sgts.

21 PONDÉ, Eduardo Bautista. Seminario sobre "Técnica Notarial" 11 y 12 de octubre de 1982. Tema 8: Proyecto de escritura de donación de nuda propiedad con reserva de usufructo.

La reserva del usufructo queda limitada al cónyuge no titular y no puede extenderse al otro cónyuge, porque el usufructo no puede constituirse para durar después del fallecimiento del usufructuario, ni a favor de otras personas para gozarlo sucesivamente (art. 2825: “El usufructo no puede ser constituido para durar después de la vida del usufructuario ni a favor de una persona y sus herederos”, art. 2824: “El propietario no podrá constituir el usufructo a favor de muchas personas llamadas a gozarlo sucesivamente las unas después de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitución del usufructo”). Indefectiblemente el usufructo termina con la muerte del usufructuario (art. 2920: “El usufructo se extingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda; y el que es establecido a favor de una persona jurídica, por la cesación de la existencia legal de esa persona y por haber durado veinte años”).

La escribana CRISTINA N. ARMELLA²² sostiene al respecto:

Aparece como fundamento principal²³ el que sostiene que, cuando el cónyuge dona la nuda propiedad a un tercero y se reserva el usufructo para sí y para el cónyuge no titular (lo que equivale a constituir un usufructo gratuito y actual por el cincuenta por ciento indiviso a favor del otro cónyuge) no están realizando un contrato prohibido entre ambos esposos (art. 1807 inciso 1 CC) sino que se trata de una liberalidad permitida entre ellos de acuerdo a lo normado en el art. 1791, inc. 8 del Código Civil: “no son donaciones todos aquellos actos por los que las cosas se entregan o se reciben gratuitamente, pero no con el fin de transferir o adquirir el dominio de ellas”²⁴ (...) Si pretendiéramos sostener que la reserva que realiza un cónyuge a favor del otro no es una donación y como tal configuraría una liberalidad permitida entre esposos (art. 1791 inc. 1° CC) creemos que dejaríamos de lado la aplicación de estrictas normas que implican la presencia del orden público que rige a los derechos reales. Si buscáramos elípticamente desplazarnos de este ámbito de los contratos

22 ARMELLA, Cristina N.; Llorens, Luis Rogelio; Lamber, Rubén Augusto. *Usufructo y Donaciones como Negocios Jurídicos Familiares*. Carlos A. Vicino Editor Ediciones Centro Norte, Buenos Aires, 1991, págs. 63 y sgts.

23 ARMELLA, Cristina N. cita a Capparelli, Julio César. “Donación de nuda propiedad de un bien ganancial a terceros con reserva de usufructo a favor del cónyuge no titular: ¿un contrato permitido?” en *Revista del Notariado* N° 791, pág. 1347, año 1983, citado también por Gattari, Carlos Nicolás. *Práctica Notarial*, T. 5, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, pág. 132.

24 En contra SPOTA, Alberto G. “De nuevo sobre el artículo 3604 del Código Civil” en E.D. T. 100, pág. 387, cuando expresa: “Y la donación del usufructo, aunque no signifique la adquisición del dominio -prescindiendo de que se verifique a favor del nudo propietario-, es en nuestro derecho positivo, una donación”.

nominados, para sostener que el contrato de usufructo es atípico y no puede considerarse, ni donación, ni compraventa propiamente dichas, por lo que tampoco se aplicarían sus incapacidades específicas, también estaríamos cayendo en un yerro, ya que no podemos afirmar que hay un contrato de usufructo. Lo que realmente existe es un verdadero contrato de compraventa (cosa por precio, dominio útil por precio) o donación (transmisión gratuita del dominio, del dominio útil), que genera el derecho real de usufructo.

Agrega la escribana CRISTINA N. ARMELLA²⁵:

La solución esbozada en consecuencia ante tal problemática es la siguiente: el donante titular exclusivo de la propiedad con o sin el asentimiento de su consorte, según el caso, debe transferir el dominio al donatario o donatarios, y éstos a su vez constituir "per translationem" usufructo a favor de ambos cónyuges, con o sin derecho a acrecer. Esta propuesta la cual analizamos pormenorizadamente *infra*, fue criticada por MARIO ANTONIO ZINNY²⁶, afirmando que si bien por este medio se impide al hijo nudo propietario impugnar el usufructo del cónyuge supérstite, anterior no titular del dominio, "permite que lo impugne el nieto" accionando por colación, simulación, lesión, etc. Para evitar tal efecto aconseja la práctica de modalizar la donación de la propiedad con la obligación accesoria de que el donatario establezca usufructo a favor de ambos cónyuges, pues "con el cargo, se logra que el hijo no constituya el usufructo porque 'quiere' sino porque se lo impone el donante, con lo cual automáticamente quedan excluidas las posibles pretensiones del nieto".

También en contra de la posibilidad de reservar el usufructo para sí y para el cónyuge no titular de un bien ganancial se ha pronunciado con fecha 26 de mayo de 2005 la Cámara Nacional de Apelaciones, Sala Segunda, de la Provincia de Buenos Aires. Dicho pronunciamiento se ha efectuado en un recurso de apelación contra la denegatoria a inscribir un título deducido por el escribano Rubén Crego contra el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires²⁷.

Dejando explícitamente de lado la facultad calificadora del Registro de la Propiedad Inmueble, nos permitimos reproducir lo dicho por el juez opinante, Dr. Juan Carlos Rezzónico para fundar el rechazo del recurso interpuesto por el escribano Crego:

25 ARMELLA, Cristina. Ob. cit., pág. 73.

26 ZINNY, Mario Antonio. *Casos Notariales*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1986, pág. 125.

27 Ver publicación en REVISTA NOTARIAL con nota del Dr. Patricio Gabriel Galiano, con opinión favorable al fallo de Cámara rechazando la inscripción registral.

...debiéndose presumir conocida la normativa aplicable al caso (art. 20 del Código Civil) más aún ante lo dispuesto por el art. 902 del mismo Código, es oportuno recordar que nuestro Superior Tribunal Provincial ha señalado en forma reiterada que cuando el texto de las normas es claro y expreso debe aplicárselo estrictamente y en el sentido que resulta de sus propios términos (...) Y si la aplicación de la norma lleva a situaciones que pueden llegar a considerarse inequitativas, la modificación debe provenir necesariamente de una reforma legislativa (...) dado que al intérprete de la ley no puede acordársele el poder variar el contenido del texto legal interpretado al grado de prescindir de él (...) Siendo esto así, ante la denuncia efectuada a fs. 133, segundo párrafo, respecto de la subsistencia del matrimonio de quienes comparecieran a los actos escriturarios hoy en revisión (escrituras N° 711 y 722), cobran operatividad las prohibiciones estatuidas por los arts. 1218, 1219, 1358, 1807 y 2831 del Código sustantivo. Esta última norma expresamente señala en lo aquí pertinente que no siendo fungible la cosa fructuaria no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato gratuito quien no la tenga para donar. Y no teniéndola el cónyuge respecto de su consorte en los términos previstos por el art. 1807 inciso 1, de igual ordenamiento, no otra solución que la confirmación de las resoluciones impugnadas debe imponerse. Sólo resta señalar que la interpretación que propone el recurrente a partir de fs. 135 hasta fs. 139 punto VI) luego de reconocer la efectiva prohibición contractual antes analizada, en cuanto resulta contraria a la norma, no puede ser atendida a tenor de la doctrina legal de nuestro Superior Tribunal Provincial, a la que corresponde dar acatamiento maguer cualquier criterio disidente (art. 279 del C.P.C.). Finalmente y sin dejar de poner de resalto que la calificación legal de los bienes como propios o gananciales sólo resulta relevante a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal y no durante su vigencia (arts. 1272, 1291, 1315 del CC) tiempo este en el que cada cónyuge resulta titular dominial de los bienes que adquiera (art. 1276 del CC) la constitución de usufructo que se requiere tampoco puede ser considerada como una liberalidad autorizada con el alcance establecido por el art. 1791 del Código Civil. En definitiva, teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente se concluye en el rechazo del recurso intentado (...) La Plata, 26 de mayo de 2005.

III. EN MATERIA SOCIETARIA

Ya por el año 1951 y con anterioridad a la sanción de la ley 19.550 de 1972, la doctrina debatía acerca de la posibilidad de la celebración del contrato de sociedad entre cónyuges. El profesor CARLOS C. MALAGARRIGA²⁸ ha dicho:

...Problema más arduo es el de la sociedad entre cónyuges, pese a que tampoco ha ofrecido dudas a civilistas tan eminentes como SALVAT.

Estas sociedades -ha dicho este profesor, magistrado y tratadista- son perfectamente válidas en tanto que ellas no se realicen con el propósito de violar disposiciones fundamentales del régimen de la sociedad conyugal. Podría invocarse en contra, reconoce, las reglas consagradas por los arts. 1217, 1218 y 1219 del Código Civil; pero debe observarse, agrega, que del texto de las últimas resulta que lo único prohibido son los contratos de "matrimonio". Cabría igualmente decirse -añade- que del mismo modo que está prohibida la compraventa entre esposos (art. 1358 CC) o la donación (art. 1810 Cód. cit.) debe considerarse implícitamente prohibida la sociedad, pero -arguye- si en cuanto a la compraventa y la donación la prohibición se explica porque esos contratos podían constituir un medio fácil de modificar la situación económica de los esposos, con perjuicio y en fraude de terceros, la sociedad más bien podría ser causa de agravación de la responsabilidad de aquellos, frente a estos últimos, de manera que faltaría toda base para entender y generalizar las prohibiciones expresadas, fuera -concluye- de que la ley 11.357 "no hace distinción alguna entre asociaciones o sociedades, ni entre sociedades con terceros o entre esposos"²⁹

(...) Más recientemente F. J. GARO, se pronuncia rotundamente a favor de la validez de la sociedad entre esposos, por considerar que es la solución que "se ajusta mejor a los propósitos liberales y racionales que inspiraron la sanción de la ley 11.357".

Aunque también reputa obvio que si esa sociedad se constituyese para violar la ley, ella sería ineficaz, nula, como cualquier otra que así lo hiciese. Ya no juegan ningún papel singular esta especial vinculación entre esposos. Se trata de una nulidad genérica, o sea, impuesta por la ley, cualesquiera fuesen sus agentes³⁰.

28 MALAGARRIGA, Carlos C. *Tratado Elemental de Derecho Comercial. "Primera Parte"*. T. I. Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, pág. 220 y sgts.

29 SALVAT, Raymundo M. *Tratado de Derecho civil Argentino. Fuentes de las obligaciones*. Segunda Edición actualizada por Arturo Acuña Anzorena. T. II. Tipográfica de Argentina, Buenos Aires, 1957, pág. 385 y sgts.

30 GARO, tomo I, vol 1º, págs. 202 y sgts.; De Solá Cañizares. *Las sociedades comerciales en la Argentina* cita en el sentido de la validez de la sociedad entre cónyuges a Allende Iriarte. Jur.

La sanción de la ley 19.550 en 1972 ha despejado toda duda respecto a la validez del contrato de sociedad de responsabilidad limitada constituida entre cónyuges, pero no ha dicho nada sobre la negociación de acciones o cuotas entre ellos, vigente la sociedad conyugal.

En este sentido ha sido deficiente la redacción del art. 27, dejando dudas sobre la aplicabilidad o no de los arts. 1358, 1435 y 1441 CC.

En este sentido NISSEN ha opinado:

Las prohibiciones previstas por los arts. 1358 y 1441 del Código Civil se fundan en razones de orden público, y tienen una doble finalidad cautelar. Por una parte, se pretende, a través de esas normas, impedir las donaciones disfrazadas y la posible sustracción de los bienes al poder de agresión de los acreedores, máxime cuando en el régimen actual se consagra un sistema de administración separada que conduce a una responsabilidad también separada por parte de ambos cónyuges. Por otro lado, se intenta, por encima de todo, la necesidad de preservar el matrimonio de conflictos de intereses entre los cónyuges³¹.

Acorde con lo dicho, en la Sentencia número 18 de fecha 26 de marzo de 2009, la Excelentísima Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Familia y Contencioso Administrativo de la Cuarta circunscripción Judicial con sede en la Ciudad de Villa María, en su voto en minoría el Dr. Juan María Olcese dijo:

...El Sr. Juez de Primera instancia ha denegado la inscripción de ese acto en el Registro Público de Comercio, fundando prolijamente su sentencia después de analizar las dos teorías que ha elaborado la doctrina y la jurisprudencia, optando por aquella que se fundamenta en las disposiciones de los arts. 1441, 1358 del CC. Entiendo, empero, que pese a los loables esfuerzos que ha hecho el Sr. Juez, la resolución tiene que ser revocada. 2. Es cierto que el art. 1441 CC dispone que "no puede haber cesión de derechos entre aquellas personas que no pueden celebrar entre sí el contrato de compra y venta" y que, a su turno, el art. 1358 anate-

Arg. 1945, t. I, sec. doct., pág. 93; Cardone. Revista del Notariado, N° 514, pág. 464; Pithod. Jur. Arg. 1943, t. III, sec. Doct., pág. 49; Stratta. *Capacidad de la mujer casada para formar parte de sociedades comerciales, sin autorización marital*, Santa Fe, 1946; Yorio. *Tratado de la capacidad jurídica de la mujer*, 1943; Halperin. *Sociedades de responsabilidad limitada*, pág. 26. En contra, Lafaille. *Contratos*, T. II, pág. 352.

31 NISSEN, Ricardo Augusto. *Ley de Sociedades comerciales 19.550 y modificatorias. Comentada, anotada y concordada*, Tomo 2, 3° edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2010, pág. 334, quien cita a Llambías - Alterini en *Código Civil anotado*, tomo II-A, pág. 421; CNCiv. Sala A 31/5/67, ED 28-167; CNcom, en pleno 19/8/1975, "Banco Provincia de Buenos Aires c/Sztabinski, Simón", ED 63-496, entre otros.

matiza el contrato de compraventa celebrada entre marido y mujer “aunque hubiese separación judicial de los bienes de ellos”. Sin embargo, regla tan tajante fue dejada de lado por el art. 27 de la Ley de Sociedades en cuanto a los contratos constitutivos de sociedad de responsabilidad limitada y por acciones. El tema de las cesiones de cuotas de ese tipo de sociedades ha quedado como un *tertium genus* que ha dado lugar a la discusión que he apuntado. El tema de las sociedades entre cónyuges no es novedoso, ya era motivo de discusión cuando regía el texto original del C.C. y la Ley de Derechos Civiles de la Mujer 11.357, al punto que en el viejo pero siempre útil *Tratado de Derecho Civil* del Dr. RAYMUNDO SALVAT cuando lo abordó, comenzó señalando que es “un punto que ha dado lugar a las más graves controversias” (*Fuente de las obligaciones, Contratos*, 2a. ed. Actualizada por ARTURO ACUÑA ANZORENA, Ed. TEA, 1952, t. II, § 1300, p. 384) y el autor, después de señalar las discusiones habidas en el derecho francés, daba la suya: “En nuestra opinión, en tanto que ellas no se realicen con el propósito de violar disposiciones fundamentales del régimen de la sociedad conyugal que el CC consagra, las sociedades entre esposos son perfectamente válidas” y líneas más abajo tomando el argumento de quienes se oponen para lo que invocan las prohibiciones de contratar (art. 1358) o el de donar (art. 1810, inc. 1º). En materia comercial, también para esas épocas, se pueden consultar las diferentes opiniones en la obra de CARLOS C. MALAGARRIGA *Tratado elemental de Derecho comercial*, Ed. TEA, 1951, t. 1, p. 220. Desde la sanción de la Ley de Sociedades el asunto quedó aclarado, a lo menos en cuanto a las SRL y a las SA, ya que el Art. 27 autoriza a los esposos para celebrar entre sí este contrato. 3. Queda empero el tema ahora en discusión: esos esposos que han contratado en la forma que la ley les ha autorizado ¿pueden cederse recíprocamente parte de sus intereses sociales? Como he dicho más arriba, la sentencia de primera instancia ha explicado suficientemente la tesis negativa, admitida generalmente en la jurisprudencia no así en la doctrina, pues -dice el magistrado- no “por el hecho de permitir (la LSC) la constitución de sociedades entre cónyuges haya derogado las prohibiciones del CC que tienden a evitar fraude en perjuicio de la sociedad y violar la regulación legal de la sociedad conyugal” (fs. 24v), ya que “no es lo mismo integrar una SRL que transferir sus cuotas” (fs. 25), pues “no existe razón alguna que autorice a suponer que la LSC, por el hecho de permitir la constitución de sociedad, derogó implícitamente claras prohibiciones del cesión que tienden a evitar el fraude a terceros y violar la regulación legal de la sociedad conyugal (fs. 25)” y sigue opinando que “el Art. 27 al disponer sobre la forma en que debe liquidarse la situación creada en otros tipos de sociedades cuando un cónyuge adquiera por cualquier título la calidad de socio del otro y señalar que uno de los procedimientos es el de que cualquiera de los esposos ceda su parte, indica ‘a otro socio

o a un tercero' excluyéndose así al cónyuge" (fs. 25). Como se ve, el basamento fundacional reposa sobre todo en el orden público, tanto para preservar el sistema patrimonial del matrimonio, así como para tutelar a terceros, pero me parece que, a la luz de la situación social y jurídica de los días en que vivimos, eso no es suficiente...". Sin embargo, por el voto de dos de los jueces contra uno, ha prevalecido la tesis de la prohibición de la cesión de cuotas entre cónyuges, vigente la sociedad conyugal.

El Dr. ENRIQUE M. BUTTY siendo Juez de Registro ha dicho: "No siendo la cesión de cuotas de SRL entre cónyuges sino una especie del género de la contratación de sociedad de tal tipo entre ellos, y en orden a la prevalencia en el caso de la regla del artículo 27 de la ley 19.550 sobre el derecho común el acto aparece legítimo, a lo que no se oponen las razones que hipotéticamente podrían esgrimirse sobre la claridad del régimen de la sociedad conyugal frente a terceros, de por sí perjudicadas -en todo caso- por la norma general del artículo 27 citado". Sentencia del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial de Registro, febrero 5 de 1981, firme (Enrique M. Butty. Juez) en autos "Savaghe Sociedad de Responsabilidad Limitada".

ESQUEMAS CONTRACTUALES

I. CESIÓN DE CUOTAS DE SRL

Esquema de contrato de cesión gratuita de cuotas de sociedad de responsabilidad limitada con reserva de usufructo

En el esquema que realizamos a continuación se plantea una cesión gratuita de derechos sobre cuotas de una sociedad de responsabilidad limitada realizada entre padres e hijos, con el usufructo de los padres y la reserva de ciertos derechos políticos.

En la ciudad de Buenos Aires a ... de 2013 comparecen Juan GONZÁLEZ, Rosario CAMPO de GONZÁLEZ, Héctor GONZÁLEZ, y Felicitas GONZÁLEZ Intervienen todos por sí y, además, los dos primeros como únicos integrantes de la sociedad, domiciliada en la calle Perú 123 de la CABA denominada "Campillo S.R.L.", carácter que acreditan como se indica al final de esta escritura, EXPOSICIÓN: I) ANTECEDENTES. Juan GONZÁLEZ y Rosario CAMPO de GONZÁLEZ (en adelante, la "CEDENTE") es la parte transmitente de las cuotas, y Héctor GONZÁLEZ, y Felicitas GONZÁLEZ (en adelante, los "CESIONARIOS") son los adquirentes de las cuotas objeto de esta transmisión, y CONSIDERANDO

QUE: 1. Juan GONZÁLEZ y Rosario CAMPO de GONZÁLEZ son propietarios de 100 cuotas sociales cada uno de la sociedad "Campillo S. R. L.", que constituyen la totalidad del capital de la sociedad. 2. Esta sociedad ha sido constituida según las leyes de la República Argentina (en adelante, la "Sociedad"), tiene domicilio en la calle Chile 234 de la Ciudad de Buenos Aires y se encuentra inscripta en el Registro Público de Comercio con fecha 4 de enero de 2004 en el Libro 3456 de Sociedades de Responsabilidad Limitada. 3. Los titulares de las cuotas y CEDENTES desean TRANSMITIR a título gratuito a sus hijos las CUOTAS de su propiedad como anticipo de herencia en los términos y condiciones establecidos a continuación. Por lo tanto se conviene en celebrar la presente CESIÓN de CUOTAS SOCIALES a título gratuito: PRIMERO: A) El señor Juan GONZÁLEZ CEDE la nuda propiedad de 100 cuotas a favor de Héctor GONZÁLEZ; B) Rosario CAMPO de GONZÁLEZ CEDE la nuda propiedad de 100 cuotas de su propiedad a Felicitas GONZÁLEZ. SEGUNDO: Juan GONZÁLEZ y Rosario CAMPO de GONZÁLEZ se reservan el USUFRUCTO VITALICIO y GRATUITO y con derecho de acrecer entre ambos usufructuarios, sobre la totalidad de las cuotas sociales enunciadas en el artículo primero. TERCERO: Los señores Héctor GONZÁLEZ y Felicitas GONZÁLEZ aceptan la cesión de la nuda propiedad de las cuotas. CUARTO: Entre los nudos propietarios y los usufructuarios pactan que los derechos que les corresponden a los usufructuarios son: a) La percepción de los dividendos de las cuotas mencionadas en los puntos primero y segundo. Los que correspondan al ejercicio económico corriente le corresponderán totalmente al usufructuario. b) Los dividendos de las cuotas que provengan de todo tipo de capitalización, como por ejemplo, capitalización de utilidades, de reservas, revalúos contables y cualquier otra. c) El derecho a participar con voz y voto en las reuniones de socios en donde se resuelva la aprobación de los estados contables. QUINTO: Asimismo, pactan que los derechos que le corresponden a los nudos propietarios son: a) transferir libremente la nuda propiedad de las cuotas; b) suscribir las cuotas que en el futuro emita la sociedad en virtud del ejercicio del derecho de preferencia, obligándose a notificar con 48 horas de anticipación a su vencimiento si optare por no ejercerlo; c) adquirir la nuda propiedad de las cuotas que se emitan por capitalización de cualquier tipo que se realice; d) la cuota por la liquidación parcial o total de la sociedad que provenga por disolución parcial o total; e) en caso de liquidación, las reservas de todo tipo que la sociedad haya dispuesto; f) los derechos a participar con voz y voto en todas las restantes reuniones de socios. SEXTO: Los señores Juan GONZÁLEZ, y Rosario CAMPO de GONZÁLEZ, declaran que: a) la propiedad de las cuotas descriptas en el punto PRIMERO constan en el contrato constitutivo de la sociedad, inscripta en el Registro Público de Comercio el... son bienes gananciales y consecuentemente se otorgan recíprocamente

el consentimiento conyugal; b) no constan sobre ellas medidas cautelares ni derechos reales; c) no están inhibidos para disponer de sus bienes. SÉPTIMO: Los usufructuarios se obligan a la realización de cualquier acto jurídico que provenga de la conservación de los derechos. OCTAVO: Ambas partes se obligan: a) a notificar a la sociedad de la presente constitución de usufructo para todos los efectos que correspondan y b) a realizar la inscripción en el Registro Público de Comercio.

Notas

Es conveniente establecer la finalidad de las partes en el acto que celebran. En el caso, se trata de un anticipo de herencia.

Se aplican las reglas en materia de usufructo de acciones en virtud de la remisión que el art. 156 efectúa al art. 218 de la misma ley.

Consideramos importante establecer los derechos de los nudos propietarios y de los usufructuarios para mejor claridad del desarrollo posterior de la sociedad.

Es en el Registro Público de Comercio donde se inscriben las medidas cautelares con referencia a las cuotas sociales y donde se debe inscribir el derecho real de usufructo sobre estas. Es importante la notificación a la sociedad, para el pago de los dividendos a quien corresponda.

II. DONACIÓN DE ACCIONES

En los esquemas que se presentan a continuación, se plantean dos supuestos de donación entre padres e hijos, pero con soluciones estructurales diferentes.

Donación de acciones con usufructo y derecho de acrecer entre los progenitores

COMPARECEN los cónyuges en primeras nupcias Federico HERRAN (datos) y María Elena SANDOVAL (datos), por una parte, y José HERRAN (datos), María del Carmen HERRAN (datos), hijos de los cónyuges HERRAN SANDOVAL y expresan:

CONSIDERANDO

Que la sociedad "La Tranquera SA" tiene un capital de \$100.000 dividido en 1.000 acciones de \$100 cada una nominativas no endosables, tiene por objeto la explotación agropecuaria y se encuentra inscrita en el Registro Público de Comercio el 23 de octubre de 2008 bajo el número 2345 de Sociedades por Acciones.

Que Federico HERRAN, y María Elena SANDOVAL son accionistas de la totalidad de las acciones en las siguientes proporciones:

Federico HERRAN es titular del 80% y María Elena SANDOVAL es titular del 20% de las acciones.

Que los comparecientes José HERRAN, María del Carmen HERRAN, son los únicos hijos de Federico HERRAN, y María Elena SANDOVAL.

Que la intención de los padres es realizar una donación de la nuda propiedad de las acciones de la sociedad por partes iguales a cada uno de sus hijos, como anticipo de herencia.

Asimismo, desean conservar el usufructo por partes iguales cada uno de los cónyuges con derecho de acrecer entre ambos.

En consecuencia ESTIPULAN

PRIMERO: Federico HERRAN DONA el 50% de las acciones de su propiedad, que consisten en el 40% del capital de la sociedad a José HERRAN (títulos del 1 al 40) y a María del Carmen HERRAN, el restante 50% de sus acciones, que consisten en el 10% del capital de la sociedad (títulos del 41 al 80) con el cargo de que constituyan usufructo a su favor y a favor de la cónyuge, María Elena SANDOVAL.

SEGUNDO: María Elena SANDOVAL DONA el 50% de las acciones de su propiedad, que consisten en el 10% del capital de la sociedad, a José HERRAN (títulos 81 al 90) y a María del Carmen HERRAN el restante 50% de sus acciones, que consisten en el 10% del capital de la sociedad (títulos del 91 al 100) con el cargo de que constituyan usufructo a su favor y a favor de su cónyuge, Federico HERRAN.

TERCERO: Los señores José HERRAN, María del Carmen HERRAN aceptan la donación realizada a su favor y en cumplimiento del cargo impuesto CONSTITUYEN USUFRUCTO vitalicio y gratuito a favor de sus padres Federico HERRAN y María Elena SANDOVAL por partes iguales.

CUARTO: Los usufructuarios Federico HERRAN y María Elena SANDOVAL, aceptan el usufructo constituido a su favor y pactan entre sí el derecho de acrecer entre ambos en los términos del art. 2823 del Código Civil.

QUINTO: Entre los nudos propietarios y los usufructuarios pactan lo siguiente: que los usufructuarios tendrán los siguientes derechos:

- 1) Al cobro de los dividendos del presente ejercicio social.
- 2) A participar de todas las asambleas ordinarias y extraordinarias.
- 3) A votar en las asambleas ordinarias.

4) A usufructuar las acciones provenientes de capitalización de dividendos capitalización de utilidades, de reservas, revalúos contables.

5) A las rentas que produzca la cuota de liquidación, si la sociedad se disuelve antes de los 15 años subsiguientes.

6) El ejercicio del derecho de receso.

7) Las rentas que devengue la cuota de reintegro a los nudos propietarios en caso de amortización o rescate de acciones.

Los nudos propietarios tendrán derecho a:

1) Transferir libremente la nuda propiedad de las acciones.

2) La cuota de liquidación de la sociedad.

3) A todos los beneficios que conceda la calidad de socio.

4) A deliberar y decidir en todas las asambleas extraordinarias.

5) A mantener en el directorio, como representante de la sociedad, a Federico HERRAN y a María Elena SANDOVAL, como directora suplente.

6) A no introducir modificaciones al estatuto de la sociedad sin la conformidad del directorio.

SEXTO: Los cónyuges, Federico HERRAN y María Elena SANDOVAL declaran: a) La propiedad de las acciones descritas en los puntos PRIMERO y SEGUNDO, constan en el Registro de accionistas número uno de la sociedad, rubricado en el Registro Público de Comercio, el...; b) No constan sobre ellas medidas cautelares ni derechos reales; c) Se encuentran en posesión de los títulos que en este acto exhiben y que depositan en la sede de la sociedad a efectos de que los firmantes de la presente ejerciten los derechos que constan en la presente.

SÉPTIMO: Los usufructuarios se obligan: a) a efectuar el canje de los títulos si ello fuera decidido por la sociedad y b) a la realización de cualquier acto jurídico que provenga de la conservación de los derechos que implica la tenencia de los mismos.

OCTAVO: Ambas partes se obligan: a) a notificar a la sociedad de la presente donación, para todos los efectos que correspondan y, en especial, para su inscripción en el Registro de accionistas. Yo, la autorizante, dejo constancia de que agrego al presente certificado de la sociedad "La Tranquera SA" del que surge que los cónyuges Federico HERRAN, y María Elena SANDOVAL son propietarios de los títulos indicados en la presente, no constando ninguna medida cautelar ni derechos reales que afecten a la libre disponibilidad de los mismos.

LEO a los comparecientes quienes la otorgan y firman ante mí.

Notas

Para efectuar la donación con reserva del usufructo, se podría realizar una donación de la nuda propiedad reservándose el usufructo de cada cónyuge a favor de dos de sus hijos. Pero es dificultoso que el cónyuge no titular pueda ser usufructuario en caso de fallecimiento del titular de las acciones, por eso

pensamos que es mejor realizar la donación con el cargo para el donatario de constituir el usufructo con derecho de acrecer a favor de ambos padres.

Es en el Registro de accionistas donde consta la propiedad de las acciones, y si hubiera alguna medida cautelar sobre las mismas también tendría que constar en aquel. Asimismo se debe hacer tradición de los títulos representativos porque es una prueba de legitimación para ejercer los derechos de accionista.

Los usufructuarios toman a su cargo obligaciones que hacen a la conservación de los derechos de los nudos propietarios.

Es importante que la donación conste en el Registro de Accionistas de las acciones y el desmembramiento de los derechos del nudo propietario y del usufructuario con la constancia de quien tiene los derechos políticos.

Donación de la nuda propiedad de las acciones con reserva del usufructo

COMPARECEN los cónyuges en primeras nupcias Federico HERRAN (datos) y María Elena SANDOVAL (datos), por una parte, y José HERRAN (datos), María del Carmen HERRAN (datos), hijos de los cónyuges HERRAN SANDOVAL y expresan:

CONSIDERANDO

Que la sociedad "La Tranquera SA" tiene un capital de \$100.000 dividido en 1000 acciones de \$100 cada una nominativas no endosables, tiene por objeto la explotación agropecuaria y se encuentra inscrita en el Registro Público de Comercio del 23 de octubre de 2008 bajo el número 2345 de Sociedades por Acciones.

Que Federico HERRAN y María Elena SANDOVAL son únicos accionistas de la totalidad de las acciones en la misma cantidad de acciones o sea el 50% cada uno.

Que los comparecientes José HERRAN, María del Carmen HERRAN, son los únicos hijos de Federico HERRAN, y María Elena SANDOVAL.

Que la intención de los padres es realizar una donación de la nuda propiedad de las acciones de la sociedad por partes iguales a cada uno de sus hijos como anticipo de herencia.

Asimismo desean conservar el usufructo por partes iguales cada uno de los cónyuges con derecho de acrecer entre ambos.

En consecuencia ESTIPULAN

PRIMERO: Federico HERRAN DONA la nuda propiedad de las acciones de su propiedad que constituyen el 25% del capital de la sociedad a José HERRAN (títulos del 1 al 25) y a María del Carmen HERRAN la nuda propiedad del 25% del capital de la sociedad (títulos del 26 al 50).

SEGUNDO: María Elena SANDOVAL DONA la nuda propiedad de las acciones, que constituyen el 25% del capital de la sociedad de las acciones de su propiedad, que consisten en el 25% del capital de la sociedad, a José HERRAN (títulos 51 al 75) y a María del Carmen HERRAN, la nuda propiedad del restante 25% de sus acciones que consisten en el 25% del capital de la sociedad (títulos del 75 al 100).

TERCERO: Los señores José HERRAN, María del Carmen HERRAN aceptan la donación de la nuda propiedad de las acciones realizada a su favor y reconocen el USUFRUCTO vitalicio y gratuito a favor de sus padres Federico HERRAN y María Elena SANDOVAL por partes iguales.

CUARTO: Los usufructuarios Federico HERRAN y María Elena SANDOVAL, pactan entre sí el derecho de acrecer entre ambos en los términos del artículo 2823 del Código Civil.

QUINTO: Entre los nudos propietarios y los usufructuarios pactan lo siguiente: que los usufructuarios tendrán los siguientes derechos:

- 1) Al cobro de los dividendos del presente ejercicio social.
- 2) A participar de todas las asambleas ordinarias y extraordinarias.
- 3) A votar en las asambleas ordinarias.
- 4) A usufructuar las acciones provenientes de capitalización de dividendos, capitalización de utilidades, de reservas, revalúos contables.
- 5) A las rentas que produzca la cuota de liquidación si la sociedad se disuelve antes de los 15 años subsiguientes.
- 6) El ejercicio del derecho de receso.
- 7) Las rentas que devengue la cuota de reintegro a los nudos propietarios en caso de amortización o rescate de acciones.

Los nudos propietarios tendrán derecho a:

- 1) Transferir libremente la nuda propiedad de las acciones.
- 2) La cuota de liquidación de la sociedad.
- 3) A todos los beneficios que conceda la calidad de socio.
- 4) A deliberar y decidir en todas las asambleas extraordinarias.
- 5) A mantener en el directorio como representante de la sociedad a Federico HERRAN y a María Elena SANDOVAL como directora suplente.
- 6) A no introducir modificaciones al estatuto de la sociedad sin la conformidad del directorio.

SEXTO: Los cónyuges Federico HERRAN y a María Elena SANDOVAL declaran: a) la propiedad de las acciones descriptas en los puntos PRIMERO y SEGUNDO, constan en el Registro de accionistas número uno de la sociedad, rubricado en el Registro Público de Comercio, el ...; b) no constan sobre ellas medidas cautelares ni derechos reales; c) se encuentran en posesión de los títulos que en este acto exhiben y que depositan en la sede de la sociedad a

efectos de que los firmantes de la presente ejerciten los derechos que constan en la presente.

SÉPTIMO: Los usufructuarios se obligan: a) a efectuar el canje de los títulos, si ello fuera decidido por la sociedad y b) a la realización de cualquier acto jurídico que provenga de la conservación de los derechos que implica la tenencia de los mismos.

OCTAVO: Ambas partes se obligan: a) a notificar a la sociedad de la presente donación, para todos los efectos que correspondan y, en especial, para su inscripción en el Registro de accionistas. Yo, la autorizante, dejo constancia de que agrego a la presente certificado de la sociedad "La Tranquera SA" del que surge que los cónyuges Federico HERRAN, y María Elena SANDOVAL son propietarios de los títulos indicados en la presente, no constando ninguna medida cautelar ni derechos reales que afecten a la libre disponibilidad de los mismos.

LEO a los comparecientes quienes la otorgan y firman ante mí.

Nota

En este supuesto no hay ningún problema en efectuar la reserva del usufructo, ya que no existe la dificultad que plantea el primer supuesto.



Técnica y Práctica Notarial

Contrato oneroso de renta vitalicia con aporte de derechos hereditarios y gananciales con reserva de usufructo como capital

Nicolás Agustín Soligo Schuler

SUMARIO. *Aspectos generales. Forma. El capital, la renta y la desvalorización monetaria. Carácter real del contrato. Garantías de la renta. Modelo de contrato oneroso de renta vitalicia.*

ASPECTOS GENERALES

En nuestro ordenamiento jurídico, la renta vitalicia puede adoptar carácter oneroso¹ o gratuito² y, paralelamente, reconocer como causa fuente un acto entre vivos³ o por causa de muerte⁴.

Cuando se configura onerosamente y por un acto entre vivos, VÉLEZ SANSFIELD contempló la renta vitalicia como un acuerdo de voluntades en virtud del cual una parte (deudor de la renta), a cambio de haber recibido de la otra parte (constituyente) una suma de dinero u otro bien, se obliga hacia una o varias personas (beneficiario) a pagarles una renta periódica durante la vida de uno o varios individuos (cabeza de la renta).

1 Título 12 de la Sección Tercera del Libro II del Código Civil.

2 Art. 1810, inc. 2º, Código Civil.

3 V.gr., los casos citados en las notas precedentes.

4 V.gr., la cláusula testamentaria que establece un legado de renta (arg. art. 3794, Código Civil).

Las partes contractuales son las siguientes: el constituyente, que entrega el capital, y el deudor de la renta, que recibe la cosa y se obliga a pagar una suma periódica⁵. Si bien la renta generalmente se abona a quien transmitió el capital, resulta válida la estipulación a favor de un tercero, que adoptará el rol de beneficiario (conf. art. 2072, Código Civil). Si la renta se estipula a favor de varias personas, se divide entre ellas por partes iguales, salvo que se establezca otra proporción (art. 2084, Código Civil)⁶.

Por lo general, la duración de la renta se refiere a la vida del beneficiario, pero también puede tomarse como parámetro la supervivencia del deudor o la de un tercero (conf. art. 2077). La persona a cuya existencia se vincula el plazo contractual se denomina “cabeza de la renta”.

El acuerdo de voluntades presenta los siguientes caracteres: 1) es de tracto sucesivo, pues las obligaciones del deudor de la renta se prolongan en el tiempo; 2) es aleatorio, ya que las ventajas o las desventajas para las partes dependen de la duración de la vida del cabeza de la renta; 3) es de carácter real, porque el contrato nace con la entrega del capital (conf. art. 2071); 4) es unilateral, porque en virtud del acuerdo de voluntades sólo queda obligado el deudor de la renta; y 5) es oneroso, ya que las ventajas que el negocio procura al beneficiario son concedidas por la entrega del capital al deudor.

FORMA

El contrato debe instrumentarse por escritura pública (arts. 2071 y 1184, inc. 5º, Código Civil), sea que el capital consista en un inmueble o en cualquier otra cosa.

Cuando la renta vitalicia es gratuita, la escritura pública es requerida como una forma solemne absoluta, en los rigurosos términos del art. 1810, inciso 2º, del Código Civil, y no existe la posibilidad de celebrar un contrato preliminar bajo instrumento privado.

En cambio, bajo la modalidad contractual onerosa, la doctrina discute si la forma de escritura pública consiste en una solemnidad absoluta o relativa⁷, a raíz de la subsistencia inalterada del art. 2071 del Código Civil, que la impone bajo “pena de nulidad”.

5 Conf. ZAGO, Jorge A. *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Buenos Aires, Universidad, 1990, pág. 35. El beneficiario y el cabeza de la renta no son partes en el contrato.

6 Asimismo, puede pactarse el derecho de acrecer para el supuesto de que algún beneficiario falleciese.

7 Conf. ALTERINI, Atilio A. *Contratos. Civiles - comerciales - de consumo. Teoría general*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pág. 248; Kiper, Claudio M. *Juicio de escrituración. Conflictos derivados del boleto de compraventa*, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pág. 40.

Entendemos que el contrato instrumentado bajo forma privada obliga a las partes a elevarlo a escritura pública por aplicación de los arts. 1185 y 1187 del Código Civil, en base a los siguientes argumentos:

1) si el legislador hubiese querido impedir la aplicación de las normas citadas, habría incorporado al art. 2071 un párrafo similar al contenido en el art. 1810, que niega expresamente la aplicación del art. 1185 al contrato gratuito⁸;

2) según el art. 2072, cuando el beneficiario consiste en un tercero, resultan inaplicables al contrato oneroso las formalidades requeridas para las donaciones, sin perjuicio de que entre el constituyente y el tercero se apliquen las disposiciones sobre los actos a título gratuito. Como la escritura pública siempre es requerida, la norma citada carecería de sentido si la exigencia no tuviera carácter solemne absoluto, para el contrato gratuito, y, relativo, para el oneroso⁹.

EL CAPITAL, LA RENTA Y LA DESVALORIZACIÓN MONETARIA

El capital que el constituyente entrega al deudor puede ser una suma de dinero o una cosa mueble o inmueble (art. 2070). Sin embargo, la doctrina admite que también puedan transmitirse derechos susceptibles de apreciación económica, como la nuda propiedad, las acciones societarias, los créditos y las herencias¹⁰.

Si la periodicidad de la renta no está prevista en el contrato, se considera que es anual (conf. art. 2070). El beneficiario tiene la libertad de cederla a título oneroso o gratuito, sin que se admita el pacto en contrario (art. 2075).

Lamentablemente, el fenómeno inflacionario atenta contra la utilización de este contrato¹¹, en razón de la vigente prohibición legal de indexar (conf. art. 10, ley 23.928, modificado por ley 25.561).

8 Conf. ZAGO, Jorge A. op. cit., págs. 53 y 54; Centanaro, Esteban, *El contrato oneroso de renta vitalicia*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1996, pág. 45.

9 Conf. BORDA, Guillermo A. *Tratado de derecho civil. Contratos*, Tomo II, Buenos Aires, Perrot, 1997, pág. 520 y 521.

La escasa jurisprudencia sobre el tema respalda nuestra postura: C.Civ.Com. Rosario, Sala 3°, 17/5/1935, "Torrione Francisco c/Hospital Italiano Garibaldi de Rosario", J. A., Tomo 52, pág. 321; C.Civ.Com. Mar del Plata, Sala 1°, 25/9/1996, "Ricart, Santiago v. Costa, Gustavo y otro", J.A., Tomo 1997-II, pág. 139.

10 Conf. BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo II, pág. 520.

11 Conf. GARDEY, Juan Carlos. "Renta vitalicia", en Revista del Notariado N° 713, año 1973, pág. 1581. Lo mismo ocurre con otras figuras tales como la locación por un plazo superior a los mínimos legales o el *leasing*.

El mantenimiento del valor adquisitivo de la renta frente a la prohibición de actualización monetaria configura una cuestión similar, pero no idéntica, a la que se observa respecto del precio en la locación. Resulta semejante en razón de que el valor de la renta puede estipularse en una cantidad fija o según una progresión paulatina¹²; asimismo, resulta frecuente la contratación en moneda extranjera¹³.

Sin embargo, el contrato oneroso de renta vitalicia presenta rasgos particulares, ya que según el art. 2074 del Código Civil, la renta fijada en frutos naturales o servicios será siempre pagadera por el equivalente en dinero. En este supuesto, la ley no provoca la nulidad del acuerdo, sino que convierte el objeto de la prestación. Por esta razón, las partes pueden negarse a recibir o pagar la deuda en especie.

Como destaca ALBERTO G. SPOTA, “ese ‘equivalente’ [en dinero] tiene singular relevancia económica en épocas de inflación monetaria (...). En efecto, si la renta consiste en frutos, en vestidos, en alimentos, en casa habitación, la depreciación monetaria no tiene ninguna consecuencia perjudicial para el acreedor de la renta, porque, claro, el deudor de la renta deberá entregar tanto dinero como sea necesario para que (...) pueda adquirir los artículos de alimentación, de ropa, o pagar el precio de la locación, etc.”¹⁴. La conversión en dinero debe efectuarse al valor que los frutos o el servicio tengan al momento de cada pago periódico¹⁵.

La norma citada “trae ínsita la posibilidad de actualización del monto de la renta, comparando su precio con el de los frutos o servicios que se hubiesen determinado en el contrato, sin que fuere afectado por el art. 9° de la ley 23.928...”¹⁶.

Respecto de la teoría de la imprevisión (art. 1198, Código Civil), la doctrina ha señalado que si el contrato fue celebrado durante un período de inflación que se mantiene a un ritmo constante, el acreedor de la renta no puede reclamar la actualización del valor, porque la depreciación es un hecho que pudo

12 Esta situación es análoga a los denominados “alquileres escalonados” en la locación, admitida por la generalidad de la doctrina.

13 Conf. arts. 617 y 619, Código Civil.

14 *Instituciones de derecho civil. Contratos*, Volumen VIII, Buenos Aires, Depalma, 1983, pág. 354.

15 Conf. BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo II, pág. 518. De lo contrario, la equivalencia computada al momento de la celebración del contrato resulta injusta.

16 CENTANARO, Esteban. Op. cit., pág. 90. En cambio, en la locación urbana, el art. 3° de la ley 23.091, que preveía el ajuste del precio según el valor de las mercaderías del ramo de explotación, ha quedado derogado implícitamente por la ley de convertibilidad. Conf. Salgado, Alí Joaquín. *Locación, comodato y desalojo*, Buenos Aires, La Rocca, 2003, pág. 58; Flah, Lily R. y Aguilar, Rosana I. *Locaciones urbanas. Ley 23.091*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pág. 52.

preverse al celebrar el negocio jurídico. En cambio, si la renta se constituyó en un período sin inflación (o con una inflación de ritmo constante) y posteriormente esa desvalorización sufre un cambio súbito que la acelera violentamente, ese acontecimiento extraordinario que las partes no pudieron prever razonablemente torna aplicable el art. 1198 del Código Civil¹⁷.

CARÁCTER REAL DEL CONTRATO

A pesar de no encontrarse enumerado en el art. 1142 del Código Civil, el contrato oneroso de renta vitalicia reviste carácter real, porque el artículo 2071 prevé que no queda concluido, sino por la entrega del capital.

La doctrina discute los efectos de la falta de la entrega de la cosa. Según ALBERTO G. SPOTA, "La promesa de celebrar este contrato real debe tener, por analogía, los efectos de la promesa de mutuo oneroso, o sea, que su incumplimiento origina una pretensión resarcitoria conforme al art. 2244"¹⁸.

En cambio, la mayor parte de la doctrina sostiene que la promesa tiene fuerza vinculante, "pues de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad, basta para la validez de los contratos que tengan una causa lícita y que las partes capaces hayan prestado un consentimiento no viciado"¹⁹.

Entendemos acertada la postura mayoritaria, no sólo por el principio de la autonomía de la voluntad, sino porque en los preliminares de contratos reales no desautorizados por la ley²⁰, ante la falta de tradición, se produce el fenómeno jurídico de la conversión, por analogía con otras situaciones²¹.

En este sentido, ALBERTO J. BUERES ha sostenido acertadamente que "Se trata de un supuesto de conversión *compleja* o *material*, es decir, de aquella que supone un cambio de negocio, al operarse la transformación del *tipo* (el contrato real se trastoca en un *preliminar* consensual)"²².

Por tanto, la promesa de contrato oneroso de renta vitalicia, al no estar desautorizada por la ley, se convierte en un preliminar consensual que permite exigir el contrato definitivo²³.

17 Conf. SPOTA, Alberto G. Op. cit., Volumen VIII, págs. 355 y 356.

18 Op. cit., Volumen VIII, pág. 353.

19 BORDA, Guillermo A. Op. cit., Tomo II, pág. 511; Ver, por todos, Bueres, Alberto J., *La entrega de la cosa en los contratos reales*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1977, pág. 94.

20 Son promesas prohibidas por la ley las referidas a los contratos de mutuo y comodato (arts. 2244 y 2256, Código Civil).

21 Por ejemplo, arts. 1185, 987, 1505, 1790, 3010, 3670, entre otros.

22 Op. cit., pág. 105.

23 Conf. CENTANARO, Esteban. Op. cit., pág. 88. La promesa, si bien es vinculante para las partes, no constituye propiamente el contrato oneroso de renta vitalicia, que sólo

Cuando el capital consista en la transmisión de la nuda propiedad de una cosa, la tradición se verificará a través del *constituto posesorio* (art. 2462, inc. 3º, Código Civil). Aunque el usufructuario no sea tenedor sino poseedor, la excepción a la entrega de la cosa resulta procedente en virtud de la mutación de la causa de la relación real; el poseedor que antes ostentaba la cosa a título de dueño, ahora lo hace a título de usufructuario²⁴.

Inversamente, si el deudor de la renta era tenedor de la cosa al momento de celebrar la renta vitalicia (por ejemplo, a título de locatario o depositario), adquiere la posesión a través de la *traditio brevi manu* (art. 2387, Código Civil)²⁵.

GARANTÍAS DE LA RENTA

Las obligaciones asumidas por el deudor de la renta pueden ser aseguradas a través de garantías reales o personales.

En el ámbito de los derechos creditorios, la fianza añade otro deudor a la relación contractual. En el campo de las prerrogativas reales, la hipoteca resulta especialmente útil cuando el contrato carece de pacto comisorio expreso, ya que el deudor de la renta puede enajenar el inmueble a terceros para reducir la solvencia patrimonial. Puesto que el monto garantizado depende de la vida del cabeza de la renta, resulta necesario establecer un valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca (art. 3109, Código Civil).

MODELO DE CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA

A continuación se presenta un modelo de escritura pública de contrato oneroso de renta vitalicia, con aporte de derechos hereditarios y gananciales con reserva de usufructo como capital, cuya renta posee el carácter de pensión alimentaria.

ESCRITURA ... CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA. "A" a "B".
En la localidad de ..., partido de ..., Provincia de Buenos Aires, República Ar-

quedará configurado con la tradición voluntaria o forzada de la cosa prometida.

24 Se trata de una situación similar a la donación con reserva de usufructo, en la que el donatario adquiere el dominio sin la entrega material de la cosa y el donante permanece en la posesión a título de usufructuario.

25 Conf. CENTANARO, Esteban. Op. cit., pág. 43.

gentina, a ... de ... de ..., ante mí ..., Notario titular del Registro número ..., COMPARECEN: *por una parte "A", por la otra parte "B" y además "C" [datos personales]*. La identidad de los comparecientes queda justificada por la exhibición de los documentos de identidad idóneos, que en fotocopia autenticada de las partes pertinentes agrego a esta escritura.

El orden de los comparecientes se expresa de la siguiente manera: la constituyente de la renta, que aporta el capital, el adquirente de la nuda propiedad de los derechos hereditarios y gananciales, que se encuentra obligado a pagar las sumas periódicas a la primera, y el fiador de las obligaciones asumidas por el deudor de la renta.

INTERVIENEN por sí y manifiestan: EXPOSICIÓN: a) "A" es única heredera de ... (datos personales) y recibe además los bienes gananciales en su carácter de cónyuge supérstite; b) ante la falta de parientes y de cónyuge, y en razón de su edad avanzada, "A" se encuentra en la necesidad de ser asistida patrimonialmente; c) por tal razón, pretende transmitir la nuda propiedad de los mencionados derechos hereditarios y gananciales a cambio de una renta vitalicia que le permita cubrir las necesidades alimentarias; d) asimismo desea reservar el usufructo de los bienes existentes en la sucesión de su marido; y e) en garantía del cumplimiento del contrato, es su voluntad contar con la garantía personal de la fianza. En virtud de tales motivos, los comparecientes formalizan el presente CONTRATO ONEROSO DE RENTA VITALICIA, con el contrato accesorio de fianza, de acuerdo con las cláusulas que a continuación se establecen:

En este sector de la escritura, denominado "exposición", las partes efectúan declaraciones de ciencia sobre los antecedentes del negocio jurídico contenido en el capítulo siguiente, denominado "estipulación". Se afirman datos existentes, tales como el carácter de sucesora universal de su cónyuge, y se describen los motivos que han llevado a celebrar el negocio.

ESTIPULACIÓN: PRIMERO: "A" transmite a "B", en concepto de capital y en los términos del artículo 2070 del Código Civil, la nuda propiedad de todos los derechos y acciones, que en su carácter de cónyuge supérstite, tiene y le corresponden, ya sea como propios y/o gananciales, en la sucesión de ..., fallecido con fecha ..., cuyos datos personales han sido consignados precedentemente, con reserva de usufructo vitalicio sobre la universalidad.

En este sector de la escritura, denominado “estipulación”, se exteriorizan las declaraciones de voluntad. Es innecesario reiterar los datos consignados en la exposición.

A través de la referencia al artículo 2070, se indica que la transmisión es en carácter de aporte del capital.

La transmitente se reserva el derecho real de usufructo sobre todos los bienes de la sucesión, en los términos del artículo 2827 del Código Civil.

SEGUNDO: “B” acepta la cesión a su favor y se obliga a pagar mensualmente a “A”, como contraprestación y a título de renta vitalicia, la suma necesaria para su manutención, subsistencia, vestuario, esparcimiento y asistencia en la enfermedad. “A” se constituye en beneficiaria y asimismo en cabeza de la renta. Las partes asignan a dicha renta el carácter de pensión alimenticia, en los términos del artículo 2076 del Código Civil, y pactan el monto mensual para los primeros seis meses de vigencia del contrato en quinientos dólares billetes estadounidenses. Con posterioridad, el valor será fijado por acuerdo de partes cada seis meses o, en su defecto, a través de la determinación judicial. Resulta condición esencial del contrato que la renta sea pagada, exclusivamente en dólares billetes estadounidenses, en dinero efectivo, por adelantado y del primero al quinto día de cada mes, en el domicilio de “A” o donde ésta indique al deudor por un medio fehaciente. Si a la fecha de pago no existiera en el país un mercado libre de cambios, deberá efectuarse a través de la entrega de la cantidad de moneda de curso legal necesaria para adquirir el importe en dólares, según cotización de la moneda nacional en los mercados de Nueva York o Montevideo, a opción de la beneficiaria.

El deudor de la renta vitalicia acepta la transferencia de la nuda propiedad sobre la universalidad y asume la obligación principal del contrato, que consiste en pagar a la beneficiaria una pensión alimentaria traducida en la suma de dinero necesaria para su manutención y asistencia. No se incluye en la renta el alojamiento, pues se encuentra cubierto por la reserva de usufructo.

Como destaca nuestra doctrina, los alimentos pueden provenir de un contrato, al convenirse a favor de una de las partes que presenta la necesidad de ser asistida, ya que nada obsta a que aquella prestación constituya el objeto de los actos jurídicos (art. 953, Código Civil)²⁶.

26 Conf. ZANNONI, Eduardo A. *Derecho Civil. Derecho de familia*, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, Tomo 1, 1998, pág. 114.

Dicho objeto cuenta con la ventaja de no ser afectado por la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, porque la prestación en servicios es pagadera por el equivalente en dinero (art. 2074, Código Civil). Por otra parte, la renta que ostente tal carácter no puede ser embargada por los acreedores (art. 2076, Código Civil).

Se fija un valor sólo para los primeros seis meses de vigencia del contrato, porque los alimentos son esencialmente variables y no pueden predeterminarse para toda la vida de la beneficiaria. Por esta razón, se prevé la renegociación periódica del valor. No obstante, si el monto establecido dejara de responder a las necesidades alimentarias y no existe acuerdo de partes, podrá recurrirse a una determinación judicial del valor²⁷.

En la transmitente coinciden los roles de constituyente, beneficiaria y cabeza de la renta. Por tanto, será la vida de aquélla la que determinará la duración del plazo contractual.

Las partes pactan la moneda estadounidense como exclusivo medio de pago, en virtud de la actual redacción de los artículos 617 y 619 del Código Civil.

Puesto que el pago se ha convenido "por adelantado", el período comenzado debe ser abonado totalmente aunque la cabeza de la renta hubiese fallecido antes de la finalización del mes (conf. art. 2081, Código Civil).

TERCERO: "A" hace reserva para sí del derecho real de usufructo sobre todos los bienes que integren la sucesión de su cónyuge, sean propios o gananciales, por todo el tiempo que dure su vida.

La reserva del usufructo se efectúa en forma vitalicia. Si bien al momento de la transmisión se reserva sobre la universalidad de los bienes, al momento de la partición el usufructo se materializará efectivamente sobre los bienes *ut singuli*.

CUARTO: "A" responde por evicción y vicios redhibitorios.

27 Conf. LAMBER, Rubén A. "La defensa de los derechos personalísimos a través de la escritura pública y algunas de sus relaciones patrimoniales", en Seminario Teórico Práctico "Laureano Arturo Moreira", 18 y 19 de junio de 1992, punto "b", nota 5. El trámite procesal se asemeja a la promoción de un incidente de aumento de la cuota alimentaria en las relaciones de familia.

Técnica y Práctica Notarial

La inserción del pacto relativo a la evicción y vicios redhibitorios es facultativa, ya que se trata de una cláusula natural en todo contrato oneroso.

QUINTO: "A" manifiesta que: a) es capaz y no se encuentra inhibida para disponer de sus bienes; y b) los derechos que por este acto se transfieren no han sido anteriormente cedidos.

La manifestación acerca de la inexistencia de medidas cautelares y de cesiones se corrobora con los certificados registrales detallados en las constancias notariales.

SEXTO: El incumplimiento de las obligaciones a cargo de "B" confiere a "A" los siguientes derechos: a) percibir diariamente el dos por ciento de la renta mensual respectiva en concepto de sanción por el retardo, a partir de la mora y hasta el cumplimiento, de pleno derecho y sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial; y/o b) exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, a través del presente PACTO COMISORIO EXPRESO, de pleno derecho y sin necesidad de decisión judicial al respecto, con indemnización por daños y perjuicios.

Se conviene una cláusula penal por el retardo en el cumplimiento de las obligaciones del deudor y, también, el pacto comisorio expreso.

SÉPTIMO: "C" se constituye en FIADOR PRINCIPAL PAGADOR, con renuncia al beneficio de excusión, respecto de todas las obligaciones asumidas por "B" en este contrato, que podrán ser demandadas a aquél en forma directa y sin necesidad de interpelación previa. "A" acepta la fianza.

A las garantías precedentemente pactadas, se agrega el contrato accesorio de fianza (art. 1986, Código Civil), que permite a la beneficiaria reclamar directamente el pago al fiador, que se obligó como principal pagador (art. 2005, Código Civil).

OCTAVO: A los efectos de este contrato, las partes y el fiador constituyen domicilios especiales en los precedentemente mencionados, donde tendrán eficacia todas las notificaciones que se realicen, se someten a la competencia de los tribunales de ... y renuncian a cualquier otra que pudiera corresponderles.

Se trata de una cláusula similar a la contenida en cualquier contrato del cual surjan obligaciones pendientes de cumplimiento.

CONSTANCIAS NOTARIALES: CERTIFICADOS REGISTRALES: De acuerdo con los certificados de anotaciones personales expedidos por el Registro de la Propiedad con fecha ... de ... de ... bajo los números ... el de inhibiciones y ... el de cesión, "A" y "C" no están inhibidos para disponer de sus bienes y no constan inhibiciones ni cesiones de acciones y derechos hereditarios por el nombre del causante. Leo a los comparecientes esta escritura, quienes la otorgan y firman ante mí, doy fe.



Derecho Comparado

CUBA

El notario ante las recientes o posibles reformas a los códigos civiles y de familia latinoamericanos en materia de autoprotección: crónica de un protagonismo anunciado*

Leonardo B. Pérez Gallardo

*“Aquello que pesa más de todas las cosas es la falta de amor.
Pesa no recibir una sonrisa, no ser recibidos.
Pesan ciertos silencios.
A veces, también en familia, entre marido y mujer,
entre padres e hijos, entre hermanos.
Sin amor el esfuerzo se hace más pesado, intolerable.
Pienso en los ancianos solos,
en las familias que tienen que fatigar porque no reciben ayuda para sostener,
a quien en casa tiene necesidad de atención especial y cuidados”.*
Franciscus, P. P.

SUMARIO. 1. Lectura y exégesis del artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en clave notarial. 2. Brevíssima visión panorámica de los actos de autoprotección en el Derecho comparado latinoamericano, tras las recientes o inminentes reformas a los códigos civiles y familiares. 3. Los cambios de paradigmas que la Convención impone en el ámbito competencial del notario. 4. Ideas conclusivas. 5. Bibliografía.

* Transcripción de la disertación del autor, en el marco de los Cursos Internacionales dictados en la Universidad Notarial Argentina, realizados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, entre los días 12 y 16 de mayo de 2014.

1. LECTURA Y EXÉGESIS DEL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN CLAVE NOTARIAL

El art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad abre los derroteros hacia un nuevo enfoque de la capacidad jurídica, sobre todo al concebirse esta desde una visión unitaria, o sea, sin el necesario desprendimiento en el que tradicionalmente se ha concebido, a saber: la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio, lo cual a la postre no deja de ser difícil de superar.

La Convención, que ha recibido el beneplácito de la gran mayoría de la doctrina civilista, hace un giro copernicano en la manera en que tradicionalmente se ha enfocado la discapacidad. De una discapacidad medicamente asistida¹, el tratamiento se vuelca hacia una discapacidad con un enfoque social y de derechos.

Desde un enfoque de derechos, se integra la salud, pero se concibe la persona con discapacidad como un sujeto multidimensional al cual deben garantizárseles sus derechos humanos y el acceso a los servicios públicos en términos de igualdad y de inclusión social: desde el enfoque de derechos la salud es solo una parte y la persona con discapacidad entendida desde su dignidad y autonomía pasa a ser el centro de atención².

De este modo, la Convención persigue proteger a las personas con discapacidad de las más diversas barreras, que -según dice el propio art. 1- "... puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás".

Como se ha sostenido, se trata del más importante tratado de derechos humanos aprobado en lo que va del siglo, de ahí los retos que depara para el Derecho Civil, cuyo centro de atención es, sin dudas, la persona. Empero, el análisis que pretendemos ofrecer en esta oportunidad se centra en dar una lectura pausada, con la mirada puesta en el ejercicio de la función notarial. ¿Qué

1 Vid. OLMO, Juan Pablo. "Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?", en Revista de Derecho de Familia y de las personas (República Argentina), año 4, N° 6, julio 2012, pág. 341. Desde esta visión, la educación especial se convierte en una herramienta de las personas, la asistencia social y el empleo protegido son los principales medios de manutención. Hay una actitud paternalista y de subestimación de las personas con discapacidad, de ahí la búsqueda de instituciones jurídicas cuya finalidad es la sustitución en la toma de decisiones.

2 CORREA-MONTOYA, Lucas. "Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia", en Universitas, Bogotá, N° 118, enero-junio de 2009, pág. 135.

supone para el notario el que la Convención en su art. 12 consagre lo que se ha dado en llamar el derecho humano a la capacidad jurídica? La capacidad y el discernimiento son las piezas claves para apreciar la voluntad de un sujeto, nervio central de los actos y negocios jurídicos de la más diversa naturaleza, una buena parte de los cuales tiene como reservorio una forma solemne instrumental, cuyo artífice es el notario.

La Convención propicia la toma de decisiones por las personas con discapacidad, incentiva un modelo en el que las personas, cualesquiera que sean sus potencialidades, puedan tomar decisiones *per se*, de modo independiente y autónomo, o con un sistema de apoyos y de salvaguardias reconocidos por el Derecho, pero que en todo caso no le anulen o le excluyan de sus decisiones.

La Convención se fundamenta en los principios de dignidad, libertad, igualdad y autonomía o autogobierno de la persona. No cabe duda de que

La libertad y la igualdad, son los principios de naturaleza dinámica, que garantizan a la persona el desarrollo de su personalidad, proceso que consiste en actuar y decidir por sí misma, y en los supuestos en los que no puede hacerlo por carecer de facultades para asumir responsablemente los efectos y consecuencias de sus actos, entrará en juego el principio de protección de carácter subsidiario, con el fin de que esa persona en circunstancias especiales, no experimente una merma en las posibilidades de ejercicio de sus derechos fundamentales³.

La aprobación de una Convención internacional como la comentada, ha supuesto la necesidad de una conciliación de intereses muy diversos, máxime cuando estos atañen a un atributo esencial de la persona, como lo es la capacidad. La manera diversa en la que se entiende y se aplica el Derecho en ordenamientos tan disímiles como los que se adscriben al Derecho continental (bajo la influencia de la codificación, inspirada en el modelo francés, impuesto por el *Code* de 1804), o los que forman el *common law*, o países árabes, musulmanes, o asiáticos -como China-, o incluso en la misma Europa -como Rusia-, ha llevado a la necesidad de formular en la Convención, principios de alcance general, que posibiliten que la comunidad internacional que la ratifique ajuste, en lo que resulte pertinente, sus leyes internas a dichos postulados. De este modo se dará respuesta al reclamo contenido en este tratado de derechos humanos, pero se dará en el sentido sustantivo y también adjetivo que

3 MELÉNDEZ ARIAS, María del Carmen. "La autoprotección de las personas con capacidad modificada", Tesis doctoral, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Valladolid, 2012, pág. 25, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763>, consultada el 12 de febrero de 2014.

se reclama, y no a partir de lo que una buena parte de la doctrina civilista, que ha estudiado el tema, se afana, que es en los giros lingüísticos y el empleo de expresiones, que de modo ilustrativo, palpable y señero, demuestre, al menos eufemísticamente, la recepción de la Convención en el Derecho interno de cada Estado. Nos explicamos mejor, no creemos que la clave del éxito esté en remover las instituciones reguladoras de la incapacitación o interdicción para algunos ordenamientos jurídicos, y las instituciones de guarda y protección clásicas (como la tutela o la curatela), sino en redefinirlas, en encauzarlas con un sentido y un alcance diferente, y educar a protectores y a protegidos, a apoyadores y a apoyados en lo que implica convivir en una sociedad plural, con cabida para todos, en ese sentido inclusivo de las personas, cualquiera sea su grado y poder de autonomía y de decisión, con respeto a su voluntad, a su proyecto de vida y a su autogobierno y autogestión, sin perder de vista -en todo caso- que el ejercicio de la capacidad jurídica debe limitarse o restringirse, solo en casos excepcionales⁴.

El derecho a ejercer la capacidad jurídica es un derecho humano, inalienable del ser humano; no obstante, el Derecho, sólo excepcionalmente podrá restringirlo, modulando su graduación en proporción a las potencialidades del sujeto, que pueden llegar incluso a un mínimo en casos excepcionalísimos. Para ello, el diapasón de medidas de apoyo o de ayuda y de salvaguardias será conectado con tales potencialidades, de manera que aquellas no excluyan o vedan el ejercicio de estas.

Sin embargo, en todo caso, ese sistema de ayudas o apoyos no tiene por qué reñir con las figuras tradicionales. La tutela no es rechazable como significativa, sino por el significado que históricamente se le ha atribuido. La tutela ha ido de la mano de un sistema de sustitución de la voluntad de la persona con discapacidad intelectual o psicosocial; de ahí el rechazo que ha concitado, en los últimos tiempos, por los partidarios de la interpretación revolucionaria que preconiza la Convención.

4 Vid. PEREÑA VICENTE, Monserrat. "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?", en *Diario La Ley*, N° 7691, Doctrina, 9 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial La Ley, pág. 16. A juicio de la profesora española Pereña Vicente; "Entendemos que su objetivo es que el sistema que en cada país exista o se apruebe en el futuro, sea respetuoso con la dignidad y promueva la autonomía de las personas con discapacidad. Es decir, obliga a que se cumplan sus objetivos pero no impone un único modelo universal llamado 'sistema de apoyos'. Esta terminología flexible y genérica utilizada por la Convención (...) consagra un concepto muy abierto o genérico de discapacidad en el que se incluyen tanto las personas en las que concurre causa de incapacidad porque no pueden gobernarse por sí mismas, como las personas dependientes o las que sufren una discapacidad física que en nada afecta a la capacidad cognitiva y volitiva de la persona".

Pero nada se logrará si el cambio de paradigmas del cual tanto se habla queda en el terreno de los conceptos; el daño social no está necesariamente en los conceptos legales ni en las instituciones sin más, sino en la interpretación y aplicación de estas, en la rigidez de los fallos judiciales y en la cuadratura perfecta con la que -en ocasiones- instituciones públicas, incluido algunos notariados -sobre todo de este lado del Atlántico-, ha encarado el tema de la discapacidad.

Precisamente con este enfoque pretendemos ofrecer nuestras consideraciones. El notario, que es guardián en primera fila de los derechos de las personas, baluarte de su ejercicio y que precautela no solo el patrimonio, sino también los derechos personalísimos, debe ser el primer aplicador de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, cuyo art. 12 es un indiscutido catalizador de la concepción socio-jurídica de la discapacidad.

El Derecho notarial ha sido concebido tradicionalmente como un Derecho, en esencia, de formas. Como diría el notario español GONZÁLEZ PALOMINO, de formas de ser y de formas de valer. El notario actúa como un arquitecto sobre planos supuestos y superpuestos. En esos planos, los actos y negocios jurídicos adquieren las dimensiones de contenido y de continente. El notario es el forjador del continente, hacedor de una geometría en proyección caballera que permite vislumbrar un negocio o un acto jurídico, robustecido de legalidad, autenticidad, legitimidad, veracidad y de una forma solemne que les da un blindaje para navegar por el tráfico jurídico, pero no deja de influir en la validez del contenido, a través de su preventivo asesoramiento.

En ese quehacer artístico que el arte notarial -al que se refería ROLANDINO PASSAGERI- supone, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad introduce cambios que soliviantan las bases estructurales de la función notarial. Analicemos, con alcance general, en qué sentido opera ello.

La Convención rompe el esquema binario con el que simplonamente se ha regulado el ejercicio de la capacidad jurídica, si bien es justo reconocer que no es mérito de la Convención dicha ruptura, pues ya en algunos códigos civiles latinoamericanos decimonónicos se habían introducido cambios en este orden⁵, en tanto que otros -sancionados en el siglo XX- regulan la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica, o la modulación de esta, sin que la combinación binaria capacidad-incapacidad, en sede de capacidad de obrar, o ejercicio de la capacidad jurídica, haya sido la única alternativa⁶.

Claro está, es función de los jueces tal modulación, sustentados esencialmente en un modelo médico de la discapacidad, o sea, compete al médico,

5 Entre otros, en el Código Civil argentino de Vélez Sarsfield, tras la reforma de 1968.

6 Así, los códigos civiles peruano, boliviano, cubano y paraguayo, entre otros.

en su condición de perito de la justicia, dictaminar según ciertos baremos, en ocasiones más matemáticos que apreciativos o valorativos, el grado de discapacidad del sujeto; hará incluso caso omiso al entorno familiar y social en el que la persona con discapacidad se inserta para determinar, más que desde la Medicina Psiquiátrica, el grado de dependencia o vulnerabilidad que tiene la persona. De ahí que, como expresa la profesora PEREÑA VICENTE, haya resultado, en España, letra muerta o “papel mojado” -según su expresión literal- los cambios introducidos en 1983 en el régimen tutelar, que permitió revivir la institución de la curatela, como paradigma de las instituciones de asistencia o acompañamiento a la persona, a la cual tan solo se le restringía el ejercicio de la capacidad jurídica para determinados actos o negocios jurídicos, ya sea en el orden personal o en el de índole patrimonial⁷. La combinación binaria, aunque ya desfasada en el Derecho español, siguió imponiéndose, de manera que las sentencias de incapacitación no han cumplido en todos los casos la verdadera función que les compete, o sea, modular o graduar la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica en proporción al grado de discapacidad del sujeto, entendida esta discapacidad, no sólo en su modalidad psíquica o intelectual, sino también -aunque en menor medida-, sensorial o físico-motora.

Es cierto que de una primera lectura del art. 12 de la Convención, pareciera que lo que en él se propugna no le es tan cercano al notario y que cuando se exhorta a los Estados partes en su apartado 2 a que reconozcan “que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida”. Ello podría incidir en el desempeño de la función notarial a modo de rebote, o sea, por vía indirecta. Sin embargo, un razonamiento de tal índole estaría equivocado. Si bien no somos los notarios quienes determinamos la incapacitación o interdicción de la persona, en algunos ordenamientos jurídicos como el español o el cubano, nos compete apreciar la capacidad legal del sujeto, en el entendido de capacidad natural o cabal juicio de la persona, tal y como apuntaré *infra*, para el acto, el negocio o el ejercicio de un determinado derecho que se pretende que sea instrumentado.

El juicio de capacidad que hace el notario, no sólo trasciende en el orden sustantivo, sino también en el olvido de la mención instrumental que acarrea en algunos ordenamientos notariales, la nulidad en el plano instrumental o formal, aunque exista constancia o prueba, incluso, del pleno ejercicio de la capacidad jurídica del compareciente. Su no mención puede actuar como una bacteria oportunista que se aloja en uno de los hemisferios cerebrales, causando la muerte del paciente, en este caso, lleva aparejada la nulidad del documento, si se ejercita la acción a instancia de parte interesada.

7 Vid. PEREÑA VICENTE, M. Ob. cit., pág. 4.

Los ecos de la Convención llegan velozmente al ejercicio de la función notarial. Es cierto que el Derecho sustantivo, a través, en primer orden, de los códigos civiles, deberá ajustar, en lo que resulte pertinente, la manera en que se tiene concebido el sistema de regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, su restricción excepcional y las instituciones de guarda, protección y apoyo. Pero ello no será suficiente y aun sin que se incorporen estos cambios, habría que determinar el valor que tiene la sola ratificación de la Convención para que su aplicación opere por vía de interpretación y autointegración del Derecho, en el cual se inserta la Convención, aun cuando esta no tuviera jerarquía constitucional. Es decir, no hay que esperar la modificación normativa sustantiva, para que el notario -orfebre del Derecho- tenga que dar respuestas, a modo pretoriano, de las disímiles situaciones que pueden enfrentarse en torno a los actos y negocios jurídicos de los que son protagonistas personas con las más disímiles discapacidades. Así, de lo que venimos explicando, cabe colegir que el art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad tiene una lectura muy especial en clave notarial, de modo que su exégesis deberá ser lo suficientemente flexible en pos de que esa integración social no tenga, como primera barrera, la propia función notarial.

En tal orden, compete al notario procurar por esa integración en el plano jurídico, de modo que se refuerce la idea rectora de la Convención, que las personas con discapacidad se conviertan en hacedoras de su propia vida. Ese cambio de paradigmas, al que de manera tan recurrente se alude en la reciente literatura jurídica, no es otro que un redimensionamiento en la escala social, una reversión de roles, una búsqueda del sitio adecuado para cada ser humano. Se trata de abrir cauces que permitan la verdadera identidad personal y social de la persona con discapacidad, sin menoscabo del ejercicio de sus derechos, con respeto a su parecer, a la toma de las propias decisiones, a su participación en cada acto de su vida personal y de aquellos de naturaleza patrimonial en los que resulta también esencial su participación; pero, en este orden, es que llamamos a la reflexión y en ello juega un papel decisivo el notario.

Esta nueva lectura que incardina el art. 12 ha de ser racional, con sentido de la lógica, por ello los apartados 3 y 4 del citado precepto reclaman que los Estados partes brinden los apoyos necesarios y las salvaguardias⁸ pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercitar su capacidad jurídica.

8 Señala OLMO, J. P. Ob. cit., pág. 343, que "Dichas salvaguardias se proyectan, entre otros, en lo siguientes aspectos: 1) como garantía del debido proceso para el trámite en el cual se determinará la aplicación o no de una medida de apoyo; 2) a los fines de determinar el contenido y alcances de los apoyos y su posible modificación -teniendo en cuenta que deben ser revisados por el mero transcurso del tiempo-, como garantía de proporcionalidad y adecuación, para no dejar desprotegida a la persona ni tampoco so-

Derecho Comparado

No se trata de que, por la Convención, las personas que hasta hoy no podían ejercitar *per se* la capacidad jurídica, mañana sí lo puedan hacer, sin más. Se trata de humanizar la discapacidad, de verla tal cual es: una capacidad diferente, pero la justicia está en esa diferencia. Tal diferencia, no ha de interpretarse como vejamen, discrimen, trato peyorativo. No puede interpretarse el art. 12 con tremendismos jurídicos. La diferencia existe y su sola existencia no puede convertir a la persona en objeto de derecho. La diferencia es marcada por la discapacidad. El hecho de que existan personas con discapacidad, sustenta la idea de una sociedad plural, no de una sociedad perfecta, clonada sobre la base de personas con una dotación genética idéntica que las haga superiores. Es precisamente lo contrario: se trata de una sociedad donde tienen cabida todos, con plenas posibilidades para ejercitar los derechos humanos. Ahora bien, el Derecho no puede ser ingenuo, ni puede criticársele, como en ocasiones advertimos que determinadas instituciones de guarda y protección conspiran contra la eficacia plena del art. 12 de la Convención. Puede que el sistema sueco de salvaguardias y apoyos sea superior, pero no porque haya suprimido la tutela o la curatela, sino por la educación y formación de la población en ese afán de integración social de la persona con discapacidad, por el sentido cívico de cada institución propugnada. Es cierto que hay que redimensionar los cánones establecidos, pero figuras como la curatela pueden perfectamente sintonizar con los principios de la Convención, en el sentido de una curatela asistencial, de apoyo, si se quieren utilizar los mismos términos del apartado 3 del art. 12.

El notariado debe entonces enfilear sus instituciones en estos derroteros. Las personas con discapacidad, incluidas las que tienen discapacidades psíquicas o intelectuales, se convierten en artífices de sus propios actos, asistidas por las más diversas figuras de apoyo, ya se trate de un tutor parcial, de un curador, de un guardador, de un administrador, de un consejero, de un asistente, de un ayudante, de un intérprete en el lenguaje de señas. Aquí marca la diferencia a la que hacemos alusión. En cualquier caso, se requerirán salvaguardias que velen o cautelen el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, pero, como propugna el apartado 4 *in fine* del art. 12 de la Convención,

...asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se

brepotejerla; 3) en el marco del control del ejercicio del sistema de apoyos, para evitar que haya conflicto de intereses o influencia debida”.

apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

En ello juega un papel principal el notario. Una parte de tales derechos se ejercita en sede notarial, e incluso, con un afán preventivo o tuitivo, en tiempo presente, pero para evitar las circunstancias ulteriores en las que el ejercicio de la capacidad jurídica sea mucho más limitado o casi reducido a la mínima expresión, cuando la enfermedad que se padece o que se previó padecer, haya avanzado a estadios que hagan muy limitado el ejercicio de las facultades volitivas del sujeto (lo que hoy se llama de distintas maneras, como estipulaciones y disposiciones sobre la propia incapacidad, autotutela, autocuratela, o directivas avanzadas).

En tales circunstancias, el notario también debe estar educado en esta nueva filosofía que nos enseña la Convención. El Derecho notarial tiene que ofrecer alternativas viables para lograr la certidumbre y garantías legales en el tráfico jurídico. El ejercicio de la capacidad jurídica por personas con discapacidad abre las puertas a nuevas formas de concurrencia al documento público, más allá de la combinación binaria: por sí y por representación.

Las distintas vías de asistencia a la persona con discapacidad suponen una concreción instrumental. Así, el asistente o consejero, actuaría cual si fuera un curador y, en este orden, será su concurrencia al instrumento público. Los intérpretes en el lenguaje de señas también fungen como apoyos de la persona con discapacidad sensorial auditiva. La firma ha de expresar los rasgos propios de su autor, no vinculado directamente con las manos. No ha de hablarse de firma manuscrita, sino de firma a secas. Lo importante es que se externalice con ella, cualquiera sea la parte del cuerpo que se utilice, el asentimiento del autor del acto o negocio con lo expresado en el documento público. Los testigos de asistencia serán otros apoyos con los cuales se cuente para que las personas con discapacidad puedan ejercitar por sí mismas su capacidad jurídica. Precisamente, esa es su función, mucho antes de que la Convención hiciera referencia a los distintos apoyos que los Estados partes deberán facilitar para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. Ya las leyes reguladoras de la función notarial preveían la figura del testigo de asistencia, como un apoyo ineludible de la persona con discapacidad. Pero donde se hace más necesario que el notariado abra su mente es en la comparecencia al instrumento público de las personas con discapacidad intelectual o psíquica, en la valoración misma que, como profesional del Derecho que ejerce una función pública, le compete, hacer sobre el grado de discernimiento del sujeto, el conocimiento y querencia de los efectos jurídicos del acto que persigue documentar

y en el propio asesoramiento y consejo que le atañe.

El art. 12 de la Convención debe ser interpretado en clave notarial con especiales ribetes. No es un artículo ajeno a la función notarial, es la piedra angular desde la cual hoy habrá que interpretar la capacidad jurídica de los sujetos, cualquiera sea su graduación. Es cierto que le competirá a los jueces la graduabilidad del ejercicio de la capacidad, la determinación de los actos que podrá concluir por sí y aquellos en los que necesitará apoyos, así como la determinación concreta de esos apoyos, y recabar -ante todo- la voluntad presente de la persona con discapacidad, quien deberá ser oída en el proceso o lo que esta ha dejado expresado en etapas anteriores de su vida, en las que expresó su voluntad respecto de aquellas medidas de apoyo que sugirió para su persona, más acorde con sus deseos y su voluntad, con su proyecto de vida, con sus inquietudes e intimidad personal. También le competirá la revisión periódica de la resolución judicial que la contiene contiene, a los efectos de adecuar la graduabilidad de ese ejercicio de la capacidad jurídica al cambio de circunstancias que puede operar, motivado, entre otras causas, por la evolución de la enfermedad o los estadios por los que esta atraviesa.

Sin embargo, es cierto que en estas coordenadas será difícil para un juez, determinar con exactitud, pautar el comportamiento del sujeto de cara al futuro. El principio enarbolado por la Convención implica que el ejercicio de la capacidad jurídica es consustancial al ser humano, cualquiera sea la discapacidad o el grado de esta que se tenga; pero aun con carácter excepcional, cabe graduar o restringir el ejercicio de la capacidad jurídica y de ahí los apoyos y salvaguardias.

En esta tesitura deberá actuar el notario, acostumbrado a abstenerse a autorizar una escritura pública cuando el más mínimo asomo de discapacidad pueda oscurecer el crisol con el que se ha bautizado el concepto de "pleno ejercicio de la capacidad jurídica", a salvo ante la actuación en intervalos lúcidos en los que determinados ordenamientos jurídicos permiten el otorgamiento de escrituras públicas, incluso bajo dictamen médico.

El notario, como sastre del Derecho, ha de diseñar el acto o negocio jurídico a la medida del sujeto, según sus potencialidades y facultades, utilizándose los apoyos necesarios para que esa voluntad pueda ser exteriorizada, exenta de vicios, de modo que, como preconiza el apartado 5 del art. 12, se convertirá en guardián de primera fila, celador de los derechos de las personas con discapacidad, de tal forma que estas "no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

Será el notario el primer recurso con el que cuente la persona con discapacidad, incluso en supuestos en los que pudieran existir intereses contrapuestos con quienes le apoyen o le asistan. Competirá al notario deslindar los

intereses protegibles y buscar soluciones que superen la contraposición de intereses, o los conflictos que puedan derivarse, en todo caso, velando por la protección del interés superior de la persona con discapacidad.

2. BREVÍSIMA VISIÓN PANORÁMICA DE LOS ACTOS DE AUTOPROTECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO LATINOAMERICANO, TRAS LAS RECIENTES O INMINENTES REFORMAS A LOS CÓDIGOS CIVILES Y FAMILIARES

En este entorno y con estas claves hermenéuticas del art. 12 de la Convención, es dable ofrecer una visión -al menos panorámica-, acerca de cómo han dado respuesta algunos Estados que la han ratificado de los reclamos que este artículo impone.

Los retos del art. 12 no son fáciles de alcanzar, más que por los medios de que se dispone para ello, por la visión que se pueda tener de este fenómeno. Es cierto que los Estados partes, una vez que ratifican un tratado internacional, adquieren un compromiso internacional que les compele a ajustar su ordenamiento interno a los principios rectores enarbolados en la Convención internacional.

No consideramos que sea fácil romper con una manera de pensar arraigada en nuestros países desde hace más de un siglo. En Latinoamérica, el proceso de recodificación ha sido muy lento. Una buena parte de las codificaciones latinoamericanas son del siglo XIX o principios del siglo XX. Es cierto que en los últimos años algunas constituciones han incorporado en su plexo de derechos, el de protección integral a las personas con discapacidad⁹ e, incluso, algunos países han sancionado leyes protectoras de las personas con discapacidad; pero de ahí a reformular el sistema de protección a través de la incapacitación o de la interdicción y de expulsarlos del ordenamiento jurídico juntamente con instituciones clásicas de guarda y protección como la tutela y la curatela, va un gran trecho. No obstante, nuestro parecer no trata de sustituirlas, sino de adecuarlas a la filosofía de los apoyos que la Convención reclama.

No hay dudas de que el lenguaje que utiliza el art. 12 proviene de países anglosajones, entre ellos, Suecia, Inglaterra y Canadá (aun en la parte francesa de la provincia de Québec) por el desarrollo que han alcanzado en el tema. Pero la filosofía que encara el Derecho de personas en estos países es distinta a la

9 Vid. art. 75, apartado 23, de la Constitución de la República Argentina, arts. 23.3, 47, 50.3, 53, 57, 60, 66 y 82 de la Constitución de Ecuador, art. 47 de la Constitución de Colombia, art. 7º, 16 y 23, primer párrafo de la Constitución de Perú, art. 81 de la Constitución de Venezuela.

de los países latinoamericanos.

Aun cuando un sector de la doctrina resulta crítico con los pasos que se han dado en el continente, no puede perderse de vista que la Convención pretende un giro copernicano del asunto en una región en la que los cambios no pasaban el vértice de un ángulo de 30°.

Analicemos algunos países del entorno en los que se han propugnado cambios interesantes. El derecho de autoprotección en el entendido -como opinan RAJMIL y LLORENS en la doctrina argentina- de aquel "derecho que tiene todo ser humano a decidir acerca de las materias autorreferentes a su persona y a su patrimonio para el futuro, ante una eventual pérdida de sus aptitudes de autogobierno"¹⁰, por cuya razón toman vida los actos de autoprotección, conceptuados por los mismos autores como aquellos en el cuales "una persona deja plasmada su voluntad en ese sentido, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, para que sea respetada en el futuro, en el supuesto de hallarse en situación de vulnerabilidad tal que le impida expresarse por sí misma"¹¹, ha prendido en algunos países del continente, pero en la fecha de hoy en la mayoría de los países se conserva hasta el lenguaje peyorativo para hacer referencia a las personas con discapacidad.

Así, en Uruguay, el Código Civil emplea el término "dementes" para referirse a las personas con discapacidad psíquica e intelectual. A estos se les excluye de ser tutores (art. 352.5); no pueden dar su asentimiento a la adopción, sino sus representantes legales (art. 247, segundo párrafo), respecto de los cuales, además, se les somete a curatela, aun cuando tengan intervalos lúcidos (arts. 432 y 435) y, a solicitud de su curador -previa autorización judicial- podrían ser trasladados a casas llamadas de "dementes" o, incluso, encerrados o atados, en los casos en que causen daño a sí mismos o causen molestias a terceros (art. 447). Además, se les considera absolutamente incapaces (art. 1279)¹². No obstante, respecto de las personas con ciertas discapacidades sensoriales como la sordera y la mudez, se ha matizado, en relación con su prístina

10 Vid. RAJMIL, Alicia B. y Llorens, Luis R. "Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas", en MJ-DOC-6019-AR | MJD6019, 17 de octubre de 2012.

11 Ídem.

12 Explica HORMAIZTEGUY, Gabriela; "Directivas anticipadas. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad", Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2012, pág. 61, que si bien el Código Civil uruguayo resulta demasiado rígido en la materia, de modo que se es capaz o incapaz, este régimen se flexibilizó con la entrada en vigencia del art. 447.2 del Código general del proceso, que introduce un régimen de inhabilitación (similar al que se regula en el ordenamiento argentino), sin embargo, a criterio de la autora, "las medidas previstas en este art. son una opción dentro del proceso de incapacitación y no un procedimiento diverso, independiente (...) para aquellas personas con capacidad restringida". No obstante, resulta un elemento evolutivo a destacar en el contexto del Derecho uruguayo.

redacción, que los sordos y los mudos se someterán a curatela (art. 472) si no pueden comunicarse por escrito o por lenguaje de señas con el exterior, así el intérprete constituye uno de esos apoyos a los que hace referencia el art. 12.3 de la Convención.

En tal orden, establece el art. 1279 que para decidir la incapacidad de una persona sordomuda será preceptiva la intervención del intérprete en el lenguaje de señas, según lo establecido en la ley 17.378 del 25 de julio de 2001, precepto modificado (el 1279) en su redacción por lo dispuesto en el art. 2º de la ley 17.535 del 27 de agosto de 2002.

Se destaca en el panorama uruguayo, la aprobación que fue realizada el 3 de abril de 2009, de la Ley 18.473 de voluntades anticipadas. La misma se dirigió a posibilitar que toda persona, psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre pueda oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos, salvo que con ello pueda afectar la salud de terceros y, de igual manera, "tiene derecho de expresar anticipadamente su voluntad en el sentido de oponerse a la futura aplicación de tratamientos y procedimientos médicos que prolonguen su vida en detrimento de la calidad de la misma, si se encontrare enferma de una patología terminal, incurable e irreversible". Esta manifestación de voluntad tendrá plena eficacia aun cuando la persona se encuentre, luego, en estado de incapacidad legal o natural (vid. art. 1º). Esta expresión de voluntad debe hacerse por escrito, ante la presencia de testigos o, también, ante notario público¹³, por escritura pública o por acta, de modo que la forma es libremente elegida por el autor de la declaración de voluntad y deberá incorporarse, en todo caso, el documento, a la historia clínica del paciente. La misma es esencialmente revocable y, en caso de no existir y de que el afectado no esté en condiciones de adoptarla, la decisión estará a cargo del cónyuge o concubino, o de los familiares en primer grado de consanguinidad. Si hubiera concurrencia de varios parientes, se requerirá unanimidad en la decisión (vid. arts. 2º, 4º y 7º, respectivamente)¹⁴.

En Costa Rica, conforme con las normas del Código Civil, el abandono de un causante "loco" o "demente", por sus parientes -comprendidos entre sus herederos *ab intestato*- es causa de indignidad para suceder (art. 523.4), en tanto que quienes no estén en su perfecto juicio no tiene capacidad para testar (art. 591.1). No obstante, el art. 36, reformado mediante ley 7600 del 2 de

13 Como expone en la doctrina uruguayo, HORMAIZTEGUY, G. Ob. cit., pág. 79, resulta la forma más aconsejable precisamente por las garantías que ofrece la actuación notarial. La autora sostiene el criterio que deberían instrumentarse por acta notarial, e incorporadas al Registro de protocolizaciones.

14 Uruguay firmó la Convención el 3 de abril de 2007 y la ratificó el 11 de febrero de 2009.

mayo de 1996, permite restringir o limitar el ejercicio de la capacidad jurídica, pero también admite la incapacitación. Ello demuestra que esta última disposición normativa actualizó el componente binario: capacidad-incapacidad al cual también se aferraba el legislador costarricense, pero no logró una sintonía en todo el Código, al dejar preceptos como el 523.4 de un lenguaje verdaderamente peyorativo hacia las personas con discapacidad. Es dable apuntar que si bien Costa Rica firmó la Convención (el 30 de marzo de 2008), aún no la ha ratificado.

En Honduras, el Código Civil mantiene el lenguaje de los códigos decimonónicos, si bien este Código es de inicios del siglo XX. El art. 556 en sus dos primeros apartados, reconoce como incapaces, para ser tutores o curadores, a los ciegos y a los mudos, y a “Los locos, imbéciles y dementes, aunque no estén bajo interdicción”. Los infantes y dementes son, incluso, incapaces de adquirir la posesión por su voluntad, ya sea para sí o para terceros (art. 740, segundo párrafo). A los dementes, juntamente con los impúberes y personas sordomudas, se les considera incapaces absolutos, a tal punto de que sus actos no producen ni obligaciones naturales (art. 1555, primer párrafo). El Código de Familia regula la figura de la tutela en los arts. 263 y siguientes y la de los mayores de edad, declarados en interdicción a partir del art. 271, sin novedades en este orden.

El Código Civil de Guatemala, que es de 1963, tiene un lenguaje más moderado, pues se apropia de una terminología más moderna, si bien el legislador mantiene la combinación binaria: capacidad-incapacidad. Según el art. 9º la enfermedad mental que priva de discernimiento lleva consigo la interdicción. En iguales circunstancias pueden estar incurso los toxicómanos. Ambos quedarán sujetos a tutela, previéndose el sistema de sustitución de la voluntad (art. 293). El ordenamiento jurídico guatemalteco no ha introducido cambios en este orden, a pesar de que Guatemala, no sólo ha firmado y ratificado la Convención, sino también ha hecho lo mismo con el protocolo facultativo¹⁵.

Tampoco en Bolivia se ha avanzado sobre el tema¹⁶. El Código Civil, que se inserta en el proceso de recodificación latinoamericana de las últimas décadas del siglo XX, no obstante, regula la capacidad jurídica con un enfoque que supera al binario decimonónico. El mayor interés que reporta es su regulación en el art. 3º como el primero de los derechos inherentes a la personalidad, a partir del postulado esencial de que “Toda persona tiene la capacidad jurídica. Esta

15 Guatemala firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 7 de abril de 2007.

16 Bolivia firmó la Convención y el protocolo facultativo el 13 de agosto de 2007 y los ratificó el 16 de noviembre de 2009.

capacidad experimenta limitaciones parciales sólo en los casos especialmente determinados por la ley”, lo cual resulta loable en la fecha de su promulgación. Sin embargo, de su texto no se colige la manera en que se limita parcialmente el ejercicio de la capacidad jurídica, ni el principio de proporcionalidad de acuerdo con las potencialidades o facultades del sujeto.

Por su parte, el Código de Familia de Bolivia, aprobado en los inicios de la década de los años 70 del pasado siglo, regula en los arts. 283 y siguientes la figura de la tutela, y se reserva a los arts. 343 y siguientes la regulación de la tutela de los mayores de edad y menores emancipados, cuando unos u otros adolezcan “de enfermedad habitual de la mente” que les incapacite para el cuidado de su persona y bienes, previa declaración de interdicción, “aunque tenga intervalos lúcidos”. De sus preceptos ni tan siquiera se colige que el interdicto pueda tener participación alguna en el proceso de su interdicción, y se podrá, incluso, internar en un manicomio (expresión del legislador), dependiente del Estado, cuando el interdicto no cuente con recursos propios para su curación (art. 348).

Tampoco se ofrecen avances en el Derecho chileno en este orden¹⁷. Al igual que los códigos que se han inspirado en él, el Código de ANDRÉS BELLO excluye a los ciegos, a los mudos y a los “dementes”, de la posibilidad de ser tutores (art. 497.1, 2 y 3). De igual manera, según el art. 723, segundo párrafo, “Los dementes y los infantes son incapaces de adquirir por su voluntad la posesión, sea para sí mismos o para otros”. En tanto, el art. 1147, primer párrafo, cataloga como incapaces absolutos a los “dementes”, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. En este orden, ni tan siquiera se ha modificado el precepto, en el sentido de admitir que a las personas con discapacidad sensorial auditiva, que puedan comunicarse por el lenguaje de señas, no se les restringirá el ejercicio de su capacidad jurídica. El Código Civil chileno se afilia a un sistema binario de capacidad-incapacidad, de modo que al declarado incapacitado, se le representa, sustituyéndose su voluntad.

El Código Civil de El Salvador, sigue el modelo chileno y reproduce los preceptos a los que hemos hecho referencia¹⁸. De este modo, se sigue aún empleando el término “demente” (arts. 762 *in fine*, relativo a la adquisición de la posesión y el art. 1318, primer párrafo, que se explaya en los mismos términos que el art. 1147, primer párrafo, de su Código inspirador, a saber: el

17 Guatemala firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 29 de junio de 2008.

18 El Salvador firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 14 de diciembre de 2007.

Derecho Comparado

Código Civil chileno).

Por su parte, el Código de Familia de El Salvador, que ha sido fuente de inspiración de otros códigos familiares del continente, regula la incapacidad en el art. 293, incluyendo, como causas de estas, la enfermedad mental crónica e incurable aunque existan intervalos lúcidos y la sordera -salvo que la persona con tal discapacidad pueda entender y darse a entender de manera indudable-. Al incapaz se le somete a tutela. El Código en materia de menores, sí que llega a regular la autoridad parental prorrogada y la restablecida, siguiendo así el modelo español. Como un signo distintivo, se regula en el art. 294 el internamiento de las personas con discapacidad psíquica, para lo cual se requerirá autorización judicial previa, salvo que se trate de supuestos de urgente necesidad, "en cuyo caso, el titular del centro que aceptare el internamiento dará cuenta inmediatamente al juez, y a la familia de aquél o a su representante si fueren conocidos, y en todo caso al Procurador General de la República o Procuradores Auxiliares Departamentales, so pena de incurrir en responsabilidad el mencionado titular". De todos modos el precepto no prevé que el "enfermo mental", denominación que utiliza o emplea, tenga participación alguna en su proceso de incapacidad, ni mucho menos en su internamiento en un hospital.

El Código Civil de Paraguay, sancionado en la década de los 80 del pasado siglo, toma como referencia en la regulación de la interdicción y de la inhabilitación el modelo argentino, introducido tras la modificación al Código velezano, en 1968. Se trata de un Código que rompe con el esquema binario de capacidad-incapacidad. En él se enfoca el ejercicio de la capacidad jurídica, en dos direcciones: una, la interdicción en la que se sustituye la voluntad del interdicto y otra, la inhabilitación, en la que no hay sustitución y sí asistencia. Este Código se aparta de los estudiados y ofrece, en el panorama latinoamericano, uno de los modelos más logrados, al igual que el argentino, previo a la Convención. No queremos decir con ello que el Derecho paraguayo recepte los postulados de la Convención, pero sí que su regulación dulcifica el trato dado a las personas con discapacidad psíquica e intelectual. Conforme con su art. 73, la declaración de incapacidad atañe a los mayores de edad y a los menores emancipados que, por causa de enfermedad mental, expresión empleada por el codificador, "no tengan aptitud para cuidar de su persona o administrar sus bienes, así como los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito u otros medios, que se hallen en las mismas circunstancias".

Se regula la figura del defensor de incapaces. Al menos el art. 76 del Código Civil de Paraguay permite que el juez examine al presunto incapacitado, en presencia de un médico. El curador que se le nombre (con funciones de representación, no de asistencia), tendrá el deber de "cuidar que el interdicto

recupere la salud y capacidad, y a tal fin aplicará preferentemente las rentas de sus bienes. Si se tratare de un sordomudo, procurará su reeducación". Estos extremos, en los códigos decimonónicos, se obviaban, acentuando el tratamiento de objeto dado a las personas incapacitadas. El propio interdicto, tiene legitimación ex art. 83 para solicitar que la interdicción quede sin efecto, cuando hayan desaparecido las causas que motivaron su establecimiento. La inhabilitación está prevista en el art. 89 para "quienes por debilidad de sus facultades mentales, ceguera, debilidad senil, abuso habitual de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, u otros impedimentos psicofísicos, no sean aptos para cuidar de su persona o atender sus intereses". No obstante, esta formulación legal resulta verdaderamente imprecisa pues es necesario determinar qué debemos entender por debilidad de la facultades mentales, quién la determina, bajo qué criterios, en qué circunstancias. Las consecuencias de la declaración judicial de inhabilitación son establecidas por el art. 90. Así, "El inhabilitado no podrá disponer de sus bienes ni gravarlos, estar en juicio, celebrar transacciones, recibir pagos, recibir ni dar dinero en préstamo, ni realizar acto alguno que no sea de simple administración, sin la autorización del curador que será nombrado por el juez". O sea, el curador sustituye la voluntad del interdicto y asiste al inhabilitado. Como se constata, el Código Civil paraguayo se inscribe entre los códigos más flexibles en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica, pero sin que en los últimos años haya introducido, en su preceptiva, novedades a tono con la Convención¹⁹.

El Derecho civil peruano ha sido de los pocos del continente que han regulado en materia de discapacidad, modificando el vigente Código Civil. He ahí la peculiaridad. En una buena parte de los ordenamientos jurídicos de este lado del Atlántico, se han sancionado leyes protectoras de las personas con discapacidad, pero en todo caso con un enfoque más público que privado.

El Código Civil peruano de 1984 también se clasificó entre los "más avanzados" en materia de capacidad jurídica, aun cuando no superaba el test que impone la Convención²⁰, cuyo listón resulta demasiado alto para los ordenamientos latinoamericanos. En efecto, como expresa el profesor ESPINOZA ESPINOZA, el Código Civil peruano regula tanto la capacidad de goce como la capacidad de ejercicio, haciendo referencia a las restricciones que esta última puede tener. El Código distingue entre incapacidad absoluta e incapacidad relativa (en este

19 Paraguay firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 3 de septiembre de 2008.

20 La cual fue firmada por Perú, junto con el protocolo facultativo el 30 de julio de 2007 y los ratificó el 30 de enero de 2008.

caso, entendiendo los supuestos de restricción a la capacidad de ejercicio)²¹.

Según el art. 42, la capacidad de ejercicio puede limitársele a las personas naturales por razón de la edad, la salud física o mental, los actos de disposición patrimonial y como consecuencia de la aplicación de una medida civil, derivada de una sanción penal.

El art. 43, entre otros supuestos, regula como incapaz absoluto para el ejercicio de la capacidad jurídica, a quien por cualquier causa se encuentre privado de discernimiento; y, en tal sentido, según el parecer del profesor ESPINOZA ESPINOZA, el discernimiento es uno de los dos elementos constitutivos de la voluntad (el otro es la volición), “que hace al hombre para determinar si desea, o no, hacer algo y, si ese ‘algo’ es bueno o malo”²². “Por consiguiente, en el caso de aquella persona privada de discernimiento, que no puede expresar su verdadera voluntad, lo que se realiza es un acto carente de una valoración subjetiva”²³.

Por su parte, el art. 44 regula como relativamente incapaces de ejercicio, a los menores de edad, mayores de 16 años -o sea, a quienes los que en otros ordenamientos se les llama menores adultos-, a los retardados mentales -calificados como sujetos que carecen de la libre determinación de la voluntad, al no comprender el significado de sus manifestaciones ni de obrar en consecuencia-, y a aquellos sujetos que sufren de deterioro mental que les impida expresar su voluntad -o sea, aquellos que padecen de un daño progresivo en sus facultades intelectuales o físicas-, a los pródigos, a quienes incurren en una mala gestión, y a los ebrios habituales y toxicómanos, entre otros. Es dable destacar la aplicación del principio de proporcionalidad en sede de curatela (en el entendido de lo que en otros ordenamientos jurídicos se le llama tutela).

El art. 581, primer párrafo, deja establecido que la interdicción o incapacitación es declarado por el juez y que en la resolución judicial en que se contenga “se fija la extensión y límites de la curatela según el grado de incapacidad de aquél”. En mejor técnica, el codificador debió establecer que el juez fijaría la extensión y límites de la curatela conforme con el grado de restricción de la capacidad jurídica del sujeto. Con ello se invertiría la regla de que en sede de capacidad jurídica prevalece su existencia y que las limitaciones o restricciones son excepcionales, pero siempre dejan subsistente, al menos, en principio, la capacidad de ejercicio.

En el 2010, el Código Civil peruano tuvo una modificación importante que le convierte en el primer Código latinoamericano que regula la autocuratela

21 ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª edición, Rhodas, Lima, 2006, pág. 630.

22 Ídem.

23 *Ibidem*, págs. 630-631.

-autotutela en otros ordenamientos jurídicos como el español-, en el cual, sin dudas, abrevia²⁴. A pesar de que el Código Civil en su prístina redacción no dimensiona la discapacidad desde un enfoque social, no deja de ser meritoria la modificación operada en sede de curatela al permitir a la persona, eso sí, “con capacidad plena de ejercicio”:

a) nombrar a uno o a varios curadores;

b) designar sustitutos;

c) prever la autocuratela negativa, o sea, qué personas deberían quedar excluidas de la delación de la curatela (por supuesto entre los parientes y el cónyuges, reconocidos en los órdenes prelatorios previstos para la tutela legítima -art. 569-); y

d) la determinación del alcance de las facultades que ostentará quien a la postre resulte designado curador.

Como expresamos, la norma calca la regulación de la autotutela prevista en el art. 223, segundo párrafo, del Código Civil español, tal y como ha quedado redactado por la modificación que introdujera en el texto español la Ley 41/2003 de protección patrimonial a las personas con discapacidad. Se trata de una autocuratela que no suprime la curatela de autoridad judicial prevista por el codificador peruano.

La ley 29.663 del 14 de diciembre de 2010, Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor, se limita a incluir la figura en un artículo, el 568-A y, luego, a modificar el orden de prelación establecido en el art. 569, abriendo paso, en primer orden, a la persona nombrada por quien luego podría serle restringido el ejercicio de la capacidad jurídica, al punto de ser declarado judicialmente interdicto. Mientras, en el art. 2030 se incorpora entre los actos y resoluciones inscribibles en el Registro personal de la superintendencia nacional de registros públicos, el nombramiento de tutor o curador, si bien la facultad prevista en el art. 568-A es relativa al nombramiento de curador. No cabe duda de que tal disposición, ante la desolación que ha supuesto el tema en los códigos civiles del continente, deviene en indudable paso de avance en el fortalecimiento de la autonomía y del poder de decisión de las personas; pero no puede perderse de vista, que tal y como ha sido regulada la figura, el acto de autoprotección que ello lleva ínsito, sólo es atribuido a las personas adultas en pleno ejercicio de la capacidad jurídica, de lo cual cabría colegir que los relativamente incapaces -según el dictado del art. 44 del Código Civil peruano- no pueden dictar estipulaciones previas para su propia interdicción o incapacitación. Ello se debe a que

24 Vid. DE VETTORI GONZÁLEZ, Jessica. “La autotutela como una nueva institución de amparo familiar”, Gaceta Notarial, Lima, 2013, pássim. Sobre el tema en la doctrina nacional.

no le resultaría de aplicación, ya que se diseña como un acto personalísimo, al cual no puede acudir un incapaz relativo, asistido por su curador, cuando la restricción del ejercicio de la capacidad no alcance actos de esta naturaleza. ¿Cómo entender entonces la expresión “capacidad plena de ejercicio” a la que alude el art. 568-A, incorporado en el Código Civil?

En el orden formal, una vez más el notario acude como garante de la seguridad jurídica. En tal sentido, se impone una forma *ad solemnitatem* para la declaración unilateral de voluntad, a través de la escritura pública, con el añadido -a nuestro juicio, innecesario-, de la presencia de dos testigos, en un momento en que su inclusión en el testamento notarial está en tela de juicio y ordenamientos como el mexicano y el español ya lo han suprimido. Es suficiente la fe pública notarial para garantizar la veracidad de la manifestación de voluntad, su autenticidad interna y externa, sin que los testigos lleven consigo un plus de legitimidad en el documento que contiene el nombramiento del propio curador.

Los primeros comentaristas de la norma peruana le dieron el beneplácito. Para CÁRDENAS RODRÍGUEZ: “se trata de una respuesta adecuada, aunque no completa ni suficiente, frente a los problemas surgidos con el aumento de la esperanza de vida, con la crisis del modelo de familia patriarcal amplia y con la mayor movilidad geográfica”²⁵. Sigue apuntando dicho autor que “La autotutela es una de las vías ensayadas como reflejo de la tendencia a privilegiar la autonomía personal y como salida idónea ante la lentitud y sobrecarga judicial”²⁶.

MEJÍAS ROSASCO, quien ha estudiado el tema con extremo detenimiento en el Derecho peruano, ha expresado con toda razón que

La ventaja de la nueva normativa se revela asimismo, en que antes, el juez, con toda la carga judicial, y la incertidumbre que todo proceso conlleva, decidía sobre un tema, sin haber conocido previamente a la persona, ni sus relaciones familiares, de tal suerte que actuaba, por decirlo así, a ciegas. Ahora se termina por reconocer que es el interesado el más idóneo para tomar las mejores decisiones en previsión de su futura incapacidad, ya que nadie mejor que él para aquilatar las relaciones y los vínculos afectivos que mantiene con sus familiares o con personas distintas de las consideradas en la lista taxativa de la curatela legítima²⁷.

25 CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. “Curatela por voluntad anticipada”, en Revista Jurídica del Perú, N° 119, enero 2011.

26 Ídem.

27 MEJÍAS ROSASCO, Rosalía. “Tenemos el privilegio de ser el primer país latinoamericano que ha dejado atrás el modelo de curatela exclusivamente judicial”, en Revista Jurídica del Perú, N° 119, enero 2011, pág. 14.

Para un observador externo, como BARREIRO PEREIRA, "Facilitar el tránsito progresivo de la autonomía personal a la dependencia de tercero y hacer que el propio afectado sienta que gobierna el desarrollo de este proceso coadyuva a su bienestar personal, reduce angustias y tiene un indudable calor terapéutico..."²⁸. Se trata de una figura sustentada en el legítimo derecho de autodeterminación del sujeto. Con ella -apunta VARSÌ ROSPIGLIOSI-, se reconoce "el derecho para que una persona escoja y designe a un curador concediéndoles las atribuciones que tenga a bien"²⁹.

En fin, como en su día dijo CANALES TORRES: "...ahora puede designarse a personas que tengan mayor cercanía y afecto por el incapaz y disponibilidad para su cuidado, que sean más idóneas para el cargo, y que no necesariamente se encuentren mencionadas en la referida lista que tiene carácter cerrado, taxativo o *numerus clausus*"³⁰, "...la autotutela plasmada en esta nueva norma se constituye en una opción legislativa interesante para que en vida podamos designar o vetar respecto de quien cuide de nuestra persona y bienes"³¹.

Más interesante en el panorama del Derecho comparado del continente ha sido la posición de Colombia, uno de los pocos países que han intentado poner a tono el Código Civil con los postulados de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y que ha tenido una prolifera producción jurisprudencial en el ámbito constitucional³². En efecto:

...la jurisprudencia constitucional colombiana en relación con los derechos de las personas con discapacidad no ha jugado un rol pasivo, por el contrario, la Corte Constitucional Colombiana (*sic*) ha protegido ampliamente a las personas con discapacidad y se ha referido a sus derechos en numerosas ocasiones, los ha ampliado, ha garantizado y en general ha redignificado a la persona con discapacidad y recalcado la posición privilegiada que le otorga el texto constitucional³³.

28 BARREIRO PEREIRA, Xosé Antón. "Comentarios a la Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 119, enero 2011, pág. 19.

29 BARREIRO PEREIRA, Xosé Antón. *Ob. cit.*

30 CANALES TORRES, Claudia. "La voluntad anticipada *versus* la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley N° 29.633", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 119, enero 2011, págs. 28-29.

31 *Idem*, pág. 29.

32 Colombia firmó la Convención el 30 de marzo de 2007, pero no la ha ratificado, ni ha firmado su protocolo facultativo.

33 CORREA-MONTOYA, L. *Ob. cit.*, pág. 118. Entre tales sentencias de la Corte Constitucional colombiana, cabe resaltar, y solo a modo ejemplificativo, la Sentencia C065/03, recaída en el expediente D-4185 (ponente Beltrán Sierra), en demanda de inconstitucionalidad contra el art. 1068, numerales 5, 6, 7 y 13, del Código Civil, relativo a las prohi-

biciones para concurrir como testigo en los testamentos abiertos, de los ciegos, sordos, mudos y el cónyuge del testador.

La Corte declaró la inconstitucionalidad de los tres primeros apartados que excluyen de la condición de testigos a personas en razón de sus discapacidades sensoriales y al tal efecto dejó sentado que: "Encuentra la Corte que le asiste razón al demandante por cuanto los numerales acusados al establecer la inhabilidad para ser testigos de un testamento solemne a las personas ciegas, sordas y mudas, crea una discriminación inaceptable a la luz de la actual Carta Política. En efecto, el art. 13 superior dispone que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, y recibirán el mismo trato de las autoridades 'y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades', sin que sea posible establecer discriminación alguna por razones de 'sexo, raza, origen nacional o familiar lengua, religión, opinión política o filosófica'; e impone al Estado la obligación de promover las condiciones para que dicha igualdad sea efectiva y real. Establece igualmente la disposición superior citada, que 'El Estado protegerá a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometen'.

"Se impone entonces al Estado la obligación de proteger a quienes por sus condiciones físicas, entre otras razones, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, como puede ser el caso de las personas que padezcan de limitaciones como las que consagran los numerales acusados.

"Esa obligación del Estado, se traduce en la necesidad de adelantar políticas 'de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la 'atención especializada que requieran' (art. 47 C.P.), así como en la imposición, no sólo del Estado sino de los empleadores de 'ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud' (art. 54 C.P.).

"... la Constitución no solo establece el deber de evitar todo tipo de discriminaciones, sino que impone al Estado la obligación de protegerlos especialmente y de desarrollar políticas específicas que les permitan su rehabilitación e integración social, de suerte que puedan vincularse a la sociedad en igualdad de condiciones a fin de que puedan gozar de todos los derechos constitucionales.

"Evidentemente, cuando la norma fue expedida encontraba una finalidad legítima, por cuanto en dicha época no se contaba con el avance científico y tecnológico que le ha permitido a quienes padecen ese tipo de limitaciones desarrollar plenamente sus capacidades y, por ello, consideró entonces el legislador que dichas personas no podían testimoniar sobre el otorgamiento de un acto solemne como lo es el testamento. Pero, precisamente ese avance científico y tecnológico que les ha permitido a las personas ciegas, sordas y mudas, actuar con la plenitud de sus atributos dentro de la sociedad, ha promovido a su vez el reconocimiento pleno de sus derechos en el ordenamiento jurídico..."

En otra sentencia, la T-553/11, recaída en el expediente T- 2.980.40, ponente Pretelt Chaljub, la Sala Séptima, de Revisión de tutelas, conoció de un caso de un abogado, con discapacidad física cuyos derechos fundamentales al trabajo, a la igualdad y a la dignidad humana, acusó que estaban siendo violados debido a que no podía ejercer su profesión de abogado litigante con plena autonomía porque el Complejo Judicial, sitio al que debe acudir con frecuencia, no contaba con condiciones de accesibilidad para personas en situación de discapacidad.

A tal fin, dejó dicho la Corte Suprema que "Específicamente, en el caso de las personas en situación de discapacidad, esta Corporación ha referido que pueden constituir actos de discriminación contra esta población: la conducta, actitud o trato, consciente o in-

En el orden normativo, destaca la ley 1306 de julio de 2009, que intenta ajustar de alguna manera el Derecho civil colombiano con la Convención, si bien no cabe catalogar los resultados como halagüeños³⁴. La norma citada en su art. 2º, establece que el término “demente”, que aparece en los textos legales colombianos; será sustituido por la expresión “persona con discapacidad mental absoluta”.

Asimismo, el art. 32 indica que son personas con discapacidad mental relativa aquellas que padecen deficiencias de comportamiento, prodigalidad o inmadurez negocial y que, como consecuencia de ello, pueden poner en serio riesgo su patrimonio. Define la ley a las personas con discapacidad mental absoluta como aquellas que “sufren una afección o patología severa o profunda de aprendizaje, de comportamiento o deterioro mental” (art. 17).

Aunque esta ley se presentó como un avance para los derechos de las personas con discapacidad, en realidad no atiende a los postulados de la Con-

consciente, dirigido a anular o restringir sus derechos, libertades y oportunidades, sin justificación objetiva y razonable. Por otro, el acto discriminatorio consistente en una omisión injustificada en el trato especial a que tienen derecho los discapacitados, la cual trae como efecto directo su exclusión de un beneficio, ventaja u oportunidad.”

“El acto discriminatorio puede originarse en una acción deliberada o un resultado no previsto, lo cual en todo caso ‘(...) implica la violación del derecho a la igualdad. Su prohibición constitucional va dirigida a impedir que se coarte, restrinja o excluya el ejercicio de los derechos y libertades de una o varias personas, se les niegue el acceso a un beneficio o se otorgue un privilegio sólo a algunas, *sin que para ello exista justificación objetiva y razonable*” (Subrayado fuera de texto).

“Ahora bien, para que un trato diferente esté justificado esta Corporación ha encontrado que deben observarse los siguientes parámetros: ‘primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; y tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada’.

“Los actos discriminatorios pueden originarse en el lenguaje de las normas o en las prácticas de las instituciones o de la sociedad que de manera injustificada llegan a constituirse en una forma de vida y son aceptados con naturalidad, lo cual conlleva que las personas que sufren este tipo de exclusión tengan que soportar cargas infundadas desde el punto de vista moral y/o jurídico.

“A la luz de las consideraciones precedentes, la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad puede devenir no sólo por acción sino también por la omisión de acciones afirmativas de que son titulares lo cual mantiene la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente, y que obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.”

34 Sobre la citada ley y los cambios introducidos en el Derecho colombiano vid. Parra Benítez, Jorge. *El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano. Ley 1306 de 2009*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá- Buenos Aires, 2011; Serrano Gómez, Rocío. “Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009”, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín*, volumen 40, N° 113, julio-diciembre 2010, págs. 314-319; Montoya Osorio, María Elena y Montoya Pérez, Guillermo. *Las personas en el Derecho civil*, 3ª edición, Leyer, Bogotá, 2010, págs. 277-315.

vención de Naciones Unidas y, tanto su proceso de elaboración como su contenido, dista mucho de la apuesta que en materia de capacidad jurídica quiere hacer este importante instrumento internacional.

Una reforma central en la vida de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, como la que introduce la ley 1306 de 2009, no puede alejarse de los postulados del instrumento internacional más importante en materia de discapacidad. En tal sentido, se le objeta que la aprobación de la norma se realizó sin la participación activa y eficaz de las personas con discapacidad cognitiva y psicosocial, sus familias y las organizaciones que traban por y con ellos -que son sus principales destinatarias-. Se estructura bajo la idea de sustitución de la toma de decisiones de las personas con discapacidad, lo cual se contrapone con los planteamientos de la Convención que, a la luz del art. 12, exigen como regla general, proveer apoyos en la toma de decisiones para permitir la dignificación de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, la igualdad, la inclusión y su participación plena en la sociedad.

La Ley regula defectuosamente los tipos de discapacidad a la luz de los estándares internacionales fijados por la Clasificación Internacional del Funcionamiento (CIF) y la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Según la Convención, la discapacidad se clasifica en cuatro tipos: física, sensorial, intelectual y mental (vid. art. 1º). La Ley no distingue con claridad la discapacidad mental de la intelectual y, en diferentes artículos, asimila ambas discapacidades, de manera discriminatoria a otras condiciones como la "prodigalidad" o "la inmadurez psicológica". De hecho, incurre en el grave problema de asimilar la discapacidad a minoría de edad. Tampoco aborda la discapacidad como una condición humana diversa, objeto de la especial protección por parte de la Constitución de 1991 (vid. arts. 13, 47, 54 y 68), sino como una enfermedad o como una condición de anormalidad que debe ser protegida, normalizada y homogeneizada. Esta forma de entender la discapacidad no corresponde al modelo social y al modelo de derechos humanos que, a la luz de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, debe servir como parámetro para abordar la discapacidad. La regulación legal de la capacidad jurídica debe responder a esa condición diversa y dar apoyo a cada uno en función de esa misma diversidad.

La ley refuerza la tradición civilista-romana según la cual, la principal preocupación del régimen de la capacidad jurídica es el manejo del patrimonio y la conservación de la seguridad del negocio jurídico. Contrario a la Convención cuyas prioridades son: la realización de los derechos humanos, la vida autónoma e independiente, la igualdad, la inclusión social y la plena participación pública y política.

La ley implica una especial atención por las decisiones patrimoniales, perdiendo de vista que las decisiones más importantes de la vida cotidiana no son necesariamente del orden patrimonial. Aquello que protege principalmente el art. 12 de la Convención es la capacidad de tomar decisiones autónomas, de forma libre y en condiciones de igualdad. La protección patrimonial es importante, pero el centro es la persona con discapacidad y su capacidad para decidir.

El desarrollo legal que se ofrece de la Ley 1306/2009 está mediado fuertemente por el modelo médico-rehabilitador que considera a las personas con discapacidad como pacientes, a la discapacidad como una enfermedad que se padece y frente a la cual la habilitación y la rehabilitación son lo más importante. El apoyo en la toma de decisiones y la regulación de la capacidad jurídica no debe versar en función de la severidad de la patología o del deterioro de la salud como lo hace la ley 1306/2009. Por el contrario, deben ser las capacidades concretas, los niveles de discernimiento y las posibilidades reales de la persona, entre otros, a los que el juez debe acceder, no sólo por medio de los profesionales de la medicina, sino de familiares, amigos y, en general, por medio de las redes sociales de la persona con discapacidad, para proveer los criterios para el apoyo en la toma de decisiones en cada caso concreto. Esta protección debe dar cuenta de la diversidad y de la amplitud de necesidades de la persona.

La ley integra una clasificación estricta entre incapacidad absoluta y relativa, la cual se deriva de una mezcla desafortunada de los conceptos de discapacidad y del tratamiento civilista de la incapacidad, que no responde ni a la realidad de las personas con discapacidad, ni a los conceptos de la Convención, ni a los estándares internacionales para la clasificación de la discapacidad establecidos en la CIF.

A la luz de la Convención, no existe la discapacidad absoluta, todas las discapacidades implican necesidades relativas y diversas en función de las capacidades especiales de las personas con discapacidad.

La ley acertadamente contiene menciones a un amplio espectro de derechos humanos de los cuales son titulares las personas con discapacidad, en algunas disposiciones parece entender y desarrollar de forma efectiva el modelo de derechos humanos para abordar la discapacidad. Sin embargo, la mayoría de los contenidos de dichos derechos no son desarrollados al interior de la ley por cuanto exceden el objeto del régimen de la capacidad jurídica. La ley implica la periodicidad de la revisión de la medida de protección; dicha disposición (vid. art. 29) es acertada a la luz del Convención; sin embargo, es necesario tener en cuenta las posibilidades reales del juez para llevarla a cabo y, al mismo tiempo, es necesario no exigir únicamente una valoración médica,

sino tener en cuenta a un grupo más ampliado de personas cercanas así como a la persona con discapacidad en concreto.

En el derecho cubano, el Código Civil de 1987 en el art. 31 incluyó entre las personas carentes de ejercicio de la capacidad jurídica (las que eran consideradas incapaces): a los menores de diez años y a los mayores de edad, declarados judicialmente incapacitados. Como apunta VALDÉS DÍAZ al comentar este precepto: "Se trata de un pronunciamiento legislativo de alcance general, que abarca a todos los actos en los que pueda involucrarse un sujeto, de manera que toda su actuación queda vetada y corresponderá al representante legal del incapacitado obrar en nombre de aquél"³⁵. No podría decirse que dicho cuerpo normativo se adscribe a aquellos homólogos en los que el binomio capacidad-incapacidad es la pieza clave en la que se dimensiona la capacidad jurídica. El art. 30, si bien con poca aplicación práctica en nuestros predios, regula supuestos de restricción de la capacidad jurídica, matizando el tema.

En el entorno cubano, la capacidad restringida ha de entenderse como el reconocimiento de potencialidades en el sujeto de derecho. La persona, en principio, puede realizar todos los actos jurídicos civiles, salvo aquellos para los cuales la resolución judicial de incapacitación así lo ha previsto. Por ese motivo, ha de verse como lo que es: una excepción al pleno ejercicio de la capacidad de obrar del agente, solamente restringida, con las garantías procesales, cuando al efecto así ha sido probado ante el órgano judicial.

Lo que lamentamos es la tendencia que existe en nuestra práctica judicial de declarar judicialmente incapacitada a la persona en supuestos en los que no se explora las posibles potencialidades del sujeto; ello es impulsado, además, por la carencia de instituciones de guarda y protección que tengan por finalidad sólo la asistencia de las personas con discapacidades psíquicas o intelectuales y no el régimen de suplencia del ejercicio de dicha capacidad a través de la figura de la tutela.

Como expone la profesora VALDÉS DÍAZ, ante esta situación de anomia en el régimen de asistencia de las personas con discapacidad psíquica o intelectual, "lo común, ante la ausencia de otras figuras más idóneas, es reconducir al sujeto con capacidad restringida a las normas del Código de Familia en sede de patria potestad o tutela, en franca contradicción con el pretendido objetivo de ofrecer mayores posibilidades de actuación a las personas que encajan en los supuestos del comentado art. 30 del Código Civil"³⁶.

35 VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. "Comentarios al art. 31", en *Comentarios al Código Civil*, tomo I - *Disposiciones preliminares*", Libro I, Relación jurídica, volumen I (arts. del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013, págs. 516-517.

36 VALDÉS DÍAZ, C. del C. "Comentarios al art. 30", en *Ob. cit.*, pág. 497.

Esta posición, denunciada por la mencionada profesora -a la que nos afiliamos-, va en franca contradicción con el espíritu y la letra del Código Civil y con la de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, igualmente ratificada por Cuba³⁷.

Esa visión reduccionista de las potencialidades de la persona con discapacidad psíquica o intelectual, va en desmedro del ejercicio de sus derechos. El discernimiento o voluntad del sujeto no puede medirse en términos matemáticos, concretamente en ese lenguaje binario importado de las ciencias de la computación, de modo que se es capaz o incapaz, menor o mayor de edad. Nada más lejos de la verdad que seguir estos derroteros³⁸.

El proceso judicial de incapacitación sigue el modelo médico-rehabilitador (vid. arts. del 586 al 588 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico). El presunto incapacitado es examinado por el tribunal, pero no tiene participación, ni derecho a ser escuchado, siendo esencial el dictamen del médico de asistencia y la valoración de otros dos médicos (médicos le-gistas, presumiblemente especializados en psiquiatría forense, aunque no es preceptivo ello). Los trámites del proceso son los de la jurisdicción voluntaria, que logran, así, celeridad, pero no todas las garantías que ofrece el proceso ordinario, como paradigma del proceso de conocimiento. La propia persona no puede iniciar el proceso judicial de incapacitación, sino que debe ser iniciado por terceros. Nada se establece sobre los internamientos psiquiátricos involuntarios. Además, aunque el Código de Familia, al regular la tutela de los mayores de edad, establece en el art. 153.3 que corresponde al tutor: "procurar que el incapacitado adquiera o recupere su capacidad", rara vez se interponen en los tribunales demandas que interesan a la rehabilitación del declarado judicialmente incapacitado. Existe un consenso tácito entre los operadores del

37 Cuba firmó la Convención el 26 de abril de 2007 y la ratificó el 6 de septiembre de 2007, pero aún no ha firmado el protocolo facultativo.

38 Vid. PARRA BENÍTEZ, J. Ob. cit., págs. 97-98. Expone el profesor Parra Benítez en su estudio sobre la ley 1306 del 31 de julio del 2009, ya citada en este estudio que ha intentado adaptar el Derecho interno colombiano (Código Civil) a los retos que ha impuesto la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, estableciendo un nuevo régimen jurídico de los incapaces, que en el informe de ponencia para primer debate en el Senado de la mencionada Ley se dijo:

"Se abandona la antinomia entre 'capacidad' jurídica enfrentada 'incapacidad' que han tenido las legislaciones precedentes, a efecto de reconocer y hacer eficaz la voluntad de la persona en aquellos temas y campos en que se desenvuelve con ventaja en la sociedad, las cuales van desde unas pocas actuaciones que lo pueden beneficiar, en las personas gravemente afectadas, hasta prácticamente todos los campos del Derecho en los que tienen su intelecto sano, pero actúan de manera descontrolada en el manejo de su patrimonio, reconociendo que se trata de un espectro de discapacidad considerablemente amplio".

Derecho Comparado

Derecho -muy a nuestro pesar- de que la declaración judicial de incapacitación tiene efectos definitivos, aunque jurídicamente así no sea. A diferencia del Código Civil español que precedió al vigente, no se admite la validez de los actos jurídicos del incapacitado en intervalo lúcido. La Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente en el sentido de que, declarada judicialmente incapacitada una persona, sus actos carecen de total validez, con independencia del grado de lucidez y discernimiento que tenga el sujeto³⁹.

De *lege ferenda*, el anteproyecto del tan anunciado nuevo Código de Familia (en su última versión de 2010), le da una nueva dimensión a las personas con discapacidad desde el derecho privado (tómese en cuenta que en Cuba no se ha promulgado una ley de protección a las personas con discapacidad), pero no a tono con los principios rectores de la Convención de las Naciones Unidas, de 2006.

El art. 1.3 proyectado contiene, entre los objetivos del Código, el respeto por el principio de no discriminación, entre otros criterios, por discapacidad. Incluye la curatela entre las instituciones de guarda y protección, en el sentido que hoy le atribuye el Código Civil español, como institución de asistencia a las personas cuyo ejercicio de la capacidad jurídica ha sido restringido, la cual coexistirá con la tutela, esta enfocada como institución de sustitución de la voluntad de las personas declaradas judicialmente incapacitadas.

Así, el art. 247 propone la inserción de la curatela como “la autoridad que con carácter transitorio se confiere, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona o la asista, atendiendo a la intensidad de su deficiencia por razón de su capacidad restringida o discapacidad, sustentadas por edad o enfermedad”. El principio de autonomía privada toma auge con la posibilidad de inserción de la autotutela y la autocuratela, tanto positiva como negativa (vid. arts. 212, 225.1 y 249.1)⁴⁰. Básicamente se

39 Así, y a modo de ejemplo la Sentencia N° 714 del 31 de octubre del 2003, en su cuarto Considerando, y la Sentencia N° 669 del 30 de septiembre de 2004, en su Segundo Considerando, ambas de la ponencia de Arredondo Suárez, a cuyo tenor se deja dicho que “...la incapacidad tiene un valor no simplemente declarativo, sino constitutivo, ello determina que mientras una persona no esté declarada incapacitada es necesario probar la falta de capacidad en cada uno de los actos que realice el presunto incapaz, en cambio una vez que se obtiene la aludida declaración judicial, todos los actos en que intervenga serán por fuerza nulos sin necesidad de prueba alguna...”. Pronunciamiento reiterado también en la Sentencia N° 220 del 31 de julio de 2009, segundo Considerando (ponente Acosta Ricart).

40 Es justo expresar que en Cuba, si bien la figura no está regulada, se ha entendido posible su instrumentación en sede notarial, al amparo del principio de autonomía privada y de respeto a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de su personalidad, derechos, estos últimos, que han de ser garantizados por el Estado, según el art. 9° a) de la Cons-

sigue el modelo español y el modelo peruano; o sea, la persona con plena capacidad jurídica puede disponer, en ese momento, quién desea que sea su tutor o curador para el caso en que se le declare judicialmente incapacitado o se le restrinja el ejercicio de la capacidad, a tono con lo previsto en los arts. 30 y 31, respectivamente del Código Civil. De tal modo que no se admite que una persona, a la cual se le haya restringido el ejercicio de su capacidad jurídica, pueda, asistida por su curador, instrumentar esta voluntad, lo cual, en todo caso, se documentará ante notario por escritura pública, respecto de cuya publicidad nada se dice en la norma, esencial sin duda, si quiere que pueda surtir efectos jurídicos al momento en que se tramite, ante el tribunal competente,

titución. En tal sentido, se carece de las ventajas que ofrecería su regulación jurídica, al modo en que se propone insertar en el nuevo Código de Familia. No obstante, en la práctica notarial cubana se han autorizado escrituras públicas contentivas de actos de autoprotección, e incluso cabe apuntar un fallo judicial de la Sala Segunda de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial de la capital (Sentencia N° 120 del 30 de septiembre de 2008 de la que fue ponente la jueza Alfaro Guillén), recaído en un proceso contencioso sobre delación legítima de la tutela, en el que se valoró por la Sala de segunda instancia la escritura pública que había otorgado en su momento la devenida luego, incapacitada, sobre estipulaciones sobre la propia incapacidad, en la que manifestaba su voluntad porque su hija, no así su hijo, fuera nombrada judicialmente su tutora. Se deja sentado en él, a grandes rasgos, que la escritura de estipulaciones previsorias de la propia incapacidad, configurativas de la voluntad relativa al modo en que se desea por la incapacitada fuera proveída de asistencia en el momento de su vida en el que ya no pudiera decidirlo, de cuyo análisis se advierte la intención de la incapacitada de permanecer bajo los cuidados de su hija, constituye prueba indubitada de su voluntad excluyente de la protección del recurrente (hijo de la incapacitada).

Se advirtió la relevancia de la existencia de estas estipulaciones, cuyo desconocimiento equivaldría a desconocer los recios efectos de la declaración judicial de incapacidad, impeditiva, sin excepción alguna, de actuación jurídica directa en lo sucesivo del incapacitado, causante de la necesidad de designación tutelar en cuyo caso habría de atender el juez a la presuntiva protección de los intereses de la persona a proteger sin que contare para ello con el parecer del tutelado. Devino relevante, en consecuencia, la existencia de referencia directa al respecto, como ocurrió en el caso en el que desvirtuar la trascendencia en la resolución del asunto de estas manifestaciones, equivaldría a una violación del derecho inherente a la personalidad de la libertad individual, al no existir en el ordenamiento jurídico cubano, si bien omiso al respecto, prohibición normativa alguna, teniendo en cuenta, por último, que no se trataba exactamente de supuesto de disposición de autotutela (con el efecto vinculante que ello tuviera para el juez al no estar reconocido *ex lege*) que en efecto vulneraría la esencia de la designación judicial de la tutela que implementa la legislación familiar cubana, por cuanto no se designa a nadie en el cargo por la incapacitada, sino que se pronunció exclusivamente por lo que consideró conveniente a su persona en momento en el que contaba con plenas facultades decisorias con efectos para cuando careciere de ellas. Vid. a tal fin los comentarios a este fallo judicial, en Pérez Gallardo, Leonardo B. "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano?", Revista Actualidad Jurídica, Lima, Perú, tomo 185, abril 2009, págs. 323-336.

Derecho Comparado

el proceso judicial de restricción del ejercicio de la capacidad jurídica o de incapacitación.

La decisión tomada ha de ser tenida en cuenta por el tribunal y, en tal sentido, no se deja esclarecido, en detrimento de la persona con discapacidad, que esa decisión sea vinculante para el tribunal, a menos que hayan cambiado las circunstancias (aplicación especial de la *rebus sic stantibus*) como establece el legislador español. Con ese afán sobreprotector hacia las personas con discapacidad y de su patrimonio que informa el Derecho cubano, se legitima a los parientes, a quienes la ley llama para constituir la tutela, o al fiscal, para impugnar la decisión tomada por la persona con discapacidad, sin que se fijen los motivos que justificarían tal impugnación. Se establece la naturaleza esencialmente revocable de esta manifestación de voluntad, haciéndose prevalecer la voluntad últimamente exteriorizada.

En el proyectado Código de Familia cubano se enaltece la figura del notario, pues la forma de la declaración de voluntad para deferir la propia tutela o curatela es la notarial, prescindiéndose, por fortuna, de la presencia de los testigos instrumentales, siendo suficiente la presencia notarial, sin más. Asimismo, se propone un Título, el VII, destinado a regular la atención de las personas con discapacidad, pero sólo a modo programático, principalista, contenido de un plexo de valores que propugna el papel que tiene la familia, pero sin concreción alguna. Se trata de normas que sólo se dirigen a la protección familiar y social de este sector, pero nada se habla de la protección patrimonial. Se propicia la integración familiar y social de las personas con discapacidad, la labor educativa de la familia, su inserción en centros estatales especializados en su formación profesional.

Cabe destacar los arts. 267 y 268 del anteproyecto de Código de Familia, en los que, sin intención marcada del legislador que no ha tenido en cuenta una lectura pausada y esmerada del art. 12 de la Convención de Naciones Unidas, sí se incorporan medidas de apoyo a las personas con discapacidad, a saber: la formación de los familiares más propinuos a las personas con discapacidad como asistentes personales e intérpretes de ellos, a través de su acceso a programas de asistencia social y de interpretación que las instituciones especializadas ofrecen, de manera gratuita, a los familiares de las personas con discapacidad para propiciar su inserción no solo familiar, sino también comunitaria y, como dice el precepto: "con el propósito de lograr una mejor comunicación y mayor integración social del familiar discapacitado", así como la cooperación que deben brindar las instituciones y organizaciones de masas y sociales en la comunidad en la promoción de los apoyos que el Estado debe brindar a través de sus entidades públicas en pos de la plena inserción social de las personas con discapacidad.

En el Derecho mexicano, la propia estructura federal de la República hace movедiza y tortuosa cualquier aproximación al tema. Hay que recordar que en México existen, además de los 31 códigos estatales, el del Distrito Federal y el común para toda la República⁴¹. A ello hay que sumarle los códigos familiares que ya se han aprobado en varios estados mexicanos. Por esta razón, el estudio que se hace del derecho mexicano ha de realizarse en términos generales. Así, a grandes rasgos, todos los códigos civiles y familiares de México limitan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, al declarar el estado de interdicción y nombrar un tutor para la persona con discapacidad. Ello se realiza a través de un procedimiento similar en todos los Estados, conocido como juicio de interdicción.

Todos los códigos incluyen un lenguaje más o menos discriminatorio hacia las personas con discapacidad, dirigiendo principalmente las restricciones a la capacidad jurídica hacia las personas con discapacidad intelectual. Cabe destacar, igualmente, el hecho de que, aunque, en general únicamente las personas con discapacidad intelectual ven limitada su capacidad de ejercicio, existen también otros códigos civiles en México en los que las personas con otros tipos de discapacidad son objeto de estas restricciones. Por ejemplo, existen códigos en los que las personas sordas que no pueden leer o escribir también son declaradas en estado de interdicción, así como algunos códigos en los cuales, inclusive, las personas con discapacidades motrices son privadas de su capacidad jurídica si, como consecuencia de dicha discapacidad motriz, estas “no puedan conducirse por sí para contraer obligaciones”.

Con respecto a las restricciones a la capacidad jurídica de las personas sordas, en algunos estados de la República, existe un procedimiento simplificado para sujetarlas al estado de interdicción, para el que se requiere inclusive menos condiciones que para sujetar a una persona con discapacidad intelectual al estado de interdicción.

De la misma manera, existe en México otro grupo de personas que comparte las restricciones en la capacidad jurídica con las personas con discapacidad, tales como las personas adictas a las drogas o al alcohol. Estas restricciones adicionales a la capacidad de ejercicio ya han sido eliminadas de la mayor parte de los códigos civiles a nivel nacional, pero siguen en vigor en un pequeño número de códigos civiles y familiares en México.

Cabe destacar la reciente introducción en algunos códigos civiles del concepto de que únicamente las personas que “no pueden gobernarse por sí mismas” se encuentran sujetas al estado de interdicción; este no obstante resulta

41 México firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 17 de diciembre de ese propio año.

un término un poco menos discriminatorio y más técnicamente correcto; de fondo, la prohibición sigue siendo la misma, en el sentido de limitar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual.

Resulta destacable la introducción, en algunos códigos, del concepto que las restricciones a la capacidad jurídica se encuentran limitadas a las personas que no pueden manifestar su voluntad por sí mismas o “por cualquier medio que la supla”. Ello nos llevaría a la conclusión inicial de que, siempre que una persona con discapacidad pueda manifestar su voluntad directa o indirectamente por cualquier medio, continuará teniendo pleno ejercicio de la capacidad jurídica. No obstante, el texto aparentemente favorable de las disposiciones que permitirían ejercer la capacidad jurídica en algunos estados de la República, a cualquier persona que pueda expresar su voluntad “por cualquier medio”, al contexto en que se ubican estas disposiciones y las demás disposiciones legales relacionadas en la práctica, supone una conclusión contraria. Esto quiere decir, que las personas con discapacidad intelectual son privadas de su capacidad jurídica, independientemente de si pueden o no expresar su voluntad por cualquier medio, aun en aquellos códigos civiles que contemplan estas disposiciones de “medios alternativos de expresar su voluntad”.

Finalmente, cabe mencionar que, no obstante que en diversos Estados de la República se ha puesto en vigor un nuevo Código familiar que reemplaza las disposiciones de sus antecedentes códigos civiles en materia de capacidad jurídica y relaciones familiares, estos nuevos códigos familiares reproducen prácticamente las mismas disposiciones de sus antecedentes civiles y, por lo tanto, cambian en la forma, pero no en el fondo.

Sin embargo, algunos actos de autoprotección han tomado cobija en el derecho mexicano. Resalta la modificación operada en el Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial de dicho Distrito, el 15 de mayo de 2007, y de la que da cuenta el notario GARCÍA DE VILLEGAS⁴². Se trata de lo que se ha denominado tutela cautelar, que no es sino la llamada autotutela en otros ordenamientos jurídicos, pauta en sentido general, en las mismas cuerdas en las que ha sido recepcionada en otros códigos civiles, a saber: su instrumentación en sede notarial (como única opción), su naturaleza revocable, su carácter preeminente (a tenerse en cuenta por el juez para la constitución de la tutela), la posibilidad de nombrar sustituto y el alcance de sus facultades,

42 Vid. GARCÍA DE VILLEGAS, Eduardo. *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, Porrúa, México, 2011, *pássim*. Vid. también Lozano Molina, Tomás. *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Porrúa, México, 2008, *pássim*. Con anterioridad a las reformas operadas en México es dable consultar, *per omnia*, Cárdenas González, Fernando Antonio. *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México, 2006, *pássim*.

previéndose además su impugnabilidad cuando hayan cambiado las circunstancias tenidas en cuenta por el luego incapacitado.

La norma mexicana establece, eso sí, en una posición, a nuestro juicio, criticable, el deber del notario autorizante del instrumento público en el que se contenga tal estipulación sobre la propia incapacidad, de “agregar un certificado médico expedido por perito en materia de psiquiatría en los que se haga constar que el otorgante se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales y en plena capacidad de autogobernarse...” (vid. art. 469 ter) a nuestro criterio, incompatible con el desempeño de la función notarial, al menos en la manera en la que la tenemos concebida en nuestro país, en la que la apreciación de la capacidad natural y legal le compete al notario a través de un juicio que se exterioriza.

Como expone GARCÍA DE VILLEGAS: “la necesidad de las disposiciones para la propia incapacidad se encuentra sólidamente sustentada por nuestro compromiso indeclinable con la defensa de la libertad y la dignidad”⁴³. Han ganado también espacio en el derecho mexicano las leyes sobre voluntades anticipadas, una de las cuales y sólo a modo de ejemplo, es la del Distrito Federal, dictada el 7 de enero de 2008. Esta permite, en el ámbito subjetivo de aplicación, que cualquier persona con capacidad de ejercicio o cualquier enfermo en etapa terminal (médicamente diagnosticado), o los familiares de estos (cuando aquellos no puedan expresarse de una manera inequívoca), o los padres o tutores del enfermo (cuando este sea menor de edad o judicialmente declarado incapacitado) tomar decisiones sobre el final de la vida, en evitación de medidas desproporcionadas que alarguen innecesariamente el fatal desenlace. Según el art. 8º, fracción I, de la mencionada ley, tal declaración de voluntad se instrumentará ante notario público.

Hemos dejado para el final en este recorrido, que no ha sido tan brevísimo -como hemos anunciado-, por la geografía jurídica de nuestra América, a la Argentina, por ser, sin dudas, a pesar de las inconformidades de su beligerante, pero a la vez prolífera doctrina, el país que más ha hecho por atemperar los retos de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad a su ordenamiento interno⁴⁴. Ciertamente, no hay en toda Latinoamérica un país con más producción legislativa y jurisprudencia que la Argentina, avocado ahora en un proceso de recodificación de su derecho civil y su unificación con el derecho comercial.

43 García de Villegas, Eduardo, “La voluntad anticipada”, pág. 22, en www.notarios.com.mx/admin/fotos/.../eduardo_garcia_villegas.pdf, consultada el 24 de febrero de 2014.

44 Firmada, junto al protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y ratificados el 2 de septiembre de 2008.

Derecho Comparado

Según explican algunos de los mejores exponentes del tema en el Derecho argentino, el Código Civil velezano, como sus contemporáneos, fue excesivamente rígido en la regulación del ejercicio de la capacidad jurídica,

Si bien en materia de minoridad existían algunas escasas posibilidades de obrar para los menores, todas ellas estrictamente tasadas por la ley, en ambos casos (menores y mayores con deficiencias intelectuales) se los transformaba en un objeto digno de protección pero carente de su calidad de persona: su opinión carecía de importancia alguna⁴⁵.

La Argentina se inscribe entre los países que introdujeron reformas a su Código Civil, encaminadas a dar admisión al principio de graduabilidad y proporcionalidad en la restricción, vía judicial, al ejercicio de la capacidad jurídica, de manera que coexistan un régimen jurídico de interdicción y uno de inhabilitación. De ahí la importancia del decreto-ley 17.711/1968, que en materia del ejercicio de la capacidad jurídica de personas mayores de edad, introdujo el art. 152 bis, regulador de la situación de los que padecen embriaguez o uso de estupefacientes, la de los disminuidos en sus facultades y la de los pródigos, cuando por esa situación expongan a su familia a la pérdida del patrimonio. Para todos estos supuestos la norma, reformadora del Código Civil, previó la posibilidad de nombramiento de un curador, con función esencialmente asistencial, sin cuya aquiescencia no le es dable disponer por acto entre vivos, aun cuando puede otorgar los actos de administración, salvo los que le limite la sentencia.

Como han expresado algunos doctrinantes:

El régimen, que no dispone control judicial sino solo del curador, importó un avance importante. Podríamos decir que crea un régimen con graduación y con acompañamiento y sin reemplazo de la voluntad de la persona involucrada. Sin embargo, quizás por el temor que origina esa pérdida de control por parte del magistrado interviniente, no tuvo aplicación práctica en la medida deseada⁴⁶.

Tras la aprobación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el esfuerzo doctrinario, normativo y jurisprudencial ha sido

45 RAJMIL, Alicia B. y Llorens, Luis R. "Propuestas para una correcta regulación del régimen de capacidad y discernimiento en el derecho argentino, con especial referencia al proyecto de Código Civil y Comercial", MJ-DOC-6069-AR | MJJD6069, 16 de noviembre de 2012, pág. 2.

46 Ídem.

incesante a los fines de incorporar los principios enarbolados por la Convención al derecho interno. Así, el 21 de octubre de 2009, fue sancionada por el Congreso Nacional, la ley 26.529, reguladora de las directivas anticipadas. Si bien con ella se daba luz verde en el derecho argentino a la posibilidad de “consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud”, la norma no dejó de recibir la censura de la doctrina, entre otras razones, por no regular lo relativo a “...la publicidad y la posible caducidad de las instrucciones, tampoco sobre la posibilidad de designar un mandatario que manifieste la voluntad de quien no puede expresarse”⁴⁷.

En sentido general, no se incluyó en ella las previsiones que atañen al destino y administración de los bienes, aun cuando esto se ha hecho común en la manera en que en el derecho comparado, normas homólogas regulan la materia.

Como parte de la evolución legislativa que en los últimos tiempos ha tenido Argentina en este orden, se dictó la Ley 26.742/2011, conocida como ley de muerte digna, en cuyo art. 11, que en esencia reproduce el contenido de la ley 26.529, en cuanto a las directivas anticipadas, eso sí, dispone estrictos requerimientos en materia de forma, de interés en esta ocasión, al exigir que las directivas puedan instrumentarse por escritura pública ante notario y dos testigos o ante un juzgado de primera instancia, lo cual, a nuestro parecer, resulta sumamente loable y atinado, dada la trascendencia que el acto reporta para la salud y la integridad física de su autor y las garantías que dicha cobertura formal ofrece⁴⁸.

47 CROVI, Luis Daniel. “Las directivas anticipadas en el Proyecto”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (República Argentina), año 4, N° 6, julio, 2012, pág. 333.

48 *Íbidem*. No obstante, algunos autores dentro de la doctrina argentina parecen disentir en este orden. Criterios que no compartimos. Crovi, con apoyo en doctrina precedente, considera que la exigencia de tal formalidad atentaría contra el carácter pragmático con el que han nacido las directivas (hay que recordar ciertamente su origen anglosajón). Prefiere que estas se registren en la historia clínica del paciente, aun manteniéndose el requisito de los dos testigos, con la firma del médico actuante. Roitman, citado por Crovi, defiende la tesis de que “la mera posibilidad de formular directivas médicas anticipadas frente a un escribano, aseguran la identidad del declarante, más no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión supone” (nota 10), con lo que se demuestra cierto desconocimiento del ejercicio de la función notarial, pues la garantía de la intervención del notario no se limita al juicio de identidad, además de resultar paradójico que se alegue que con la autorización en sede notarial, no se garantice el pleno conocimiento de los efectos del acto, pues precisamente el asesoramiento del notario se dirige a lograr que la voluntad del declarante sea informada, libre de toda presión externa, y con conocimiento de los efectos que se buscan con esa declaración de voluntad, ya que, como dijera González Palomino, en Derecho lo que importan son los efectos y lo demás es pura literatura.

Derecho Comparado

El 25 de noviembre de 2010, se sancionó la ley 26.657 de salud mental que, en esencia, mantiene la coexistencia de los regímenes de incapacitación por demencia, previsto en los arts. 140 y 141 del Código Civil, con el de inhabilitación del art. 152 bis, si bien se exige la especificación de las “funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía sea la menor posible”. Para el primero, con reemplazo de la voluntad de la persona involucrada y con control judicial; para el segundo, con acompañamiento (supervisión) por el curador y sin control judicial (aspectos, estos últimos, que no modifican los regímenes precedentes).

La Argentina está, hoy, inmersa en la recodificación de su derecho civil y comercial. En efecto, con media sanción, el proyecto unificado de Código Civil y Comercial de la Nación apuesta a ser la pieza legal de mayor calado técnico, dada la orfebrería jurídica de su construcción, de toda Latinoamérica, a pesar de la fuerte crítica de la que ha sido objeto⁴⁹.

Desde que en 2012 fuera presentado el proyecto reformativo del vigente Código Civil, de la mano de los doctores y prestigiosos profesores y académicos LUIS RICARDO LORENZETTI (Presidente de la Corte Suprema de la Nación), ELENA HIGHTON DE NOLASCO y AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, ha sufrido una aguda y pertinaz crítica, que apunta hacia todos los flancos, entre los cuales el derecho de personas y el de familia se suman los palmarés de ser los más criticados. Aun así, y para ser justos, el proyecto recoge, como ningún otro cuerpo normativo, los principios esenciales de la Convención y el compromiso internacional que ha supuesto para cualquier Estado que la haya ratificado, entre ellos la Argentina⁵⁰.

Los codificadores han dejado claro en los fundamentos o exposición de motivos del Código Civil, que, en materia de capacidad de ejercicio,

Las modificaciones importantes se producen (...), a fin de adecuar el derecho positivo a la Convención Internacional de los derechos del niño y a la Convención Internacional de las personas con discapacidad. De allí la flexibilidad de las normas, las permanentes referencias a nociones como “edad y grado de madurez”, la necesidad de que las restricciones a la capacidad estén legalmente previstas, las facultades judiciales para la determinación de esas restricciones, la obligación del juez de oír, tener en

49 Es interesante consultar todos los artículos publicados en los últimos tres años en la Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Editorial La Ley, concretamente los que se incluyeron en la edición especial, dedicada al análisis del proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, año 4, N° 06, julio de 2012.

50 Argentina firmó la Convención y el protocolo facultativo el 30 de marzo de 2007 y los ratificó el 2 de septiembre de 2008.

cuenta y valorar las opiniones de estas personas, etc. En este contexto, se incorpora “el adolescente” y se elimina la categoría de menor adulto o púber, adecuando la edad a la modificación operada en materia de mayoría de edad. También se mantiene la noción de incapacidad, especialmente para los actos patrimoniales, en protección de estas personas.

Esta última posición ha sido muy criticada, pues se aduce que se contrapone al espíritu del art. 12 de la Convención. En definitiva, a pesar de los grises que pueda tener el Proyecto, como arguye OLMO;

No podemos dejar de reconocer algunos avances (...), en su intento de aggiornar el régimen actualmente vigente (...) en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de curatela, como (...): receptar expresamente los sistemas de apoyos para la toma de decisiones, establecidos judicial y extrajudicialmente; prever garantías del procedimiento aplicables a todo el territorio argentino (...); la inclusión del propio interesado en la nómina de legitimados para iniciar el proceso y su participación activa en el mismo con la debida asistencia jurídica, reconociéndole su calidad de parte, y la inmediatez con el juez interviniente; permitir la pluralidad de ejercicio de la función de la curatela y de los demás sistemas de apoyos; la posibilidad de anticipar directivas; prescribir reglas generales para la procedencia de internaciones que no cuenten con el consentimiento de las personas, entre otros.

El proyecto constituye (...) un avance significativo (...) al permitir expresamente la limitación parcial de la capacidad como así también (...) la obligatoriedad de la revisión periódica de las sentencias a los efectos de garantizar la evaluación constante de este grupo vulnerable de las personas⁵¹.

Aun sin que haya sido sancionado el nuevo Código Civil de la Nación, la jurisprudencia ha desempeñado un papel significativo en la aplicación e interpretación de la Convención, y en la manera en que se pueden aplicar sus principios⁵² sin desbordar los estrechos márgenes que ofrece la actual legislación

51 GIOVANNETTI, Patricia S. y Roveda, Eduardo G. “La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, N° 06, julio de 2012, pág. 368.

52 Entre los fallos más recientes cabe citar, entre otros, la Sentencia del 11 de septiembre de 2013, recaída en el expediente N° 50.812/2000 - R. 625.608 - “S. M. T. s/Insania” - CNCIV - Sala B -, publicado en elDial.com, AA857D, el 17 de marzo de 2014, consultado el 17 de abril de 2014, en cuyas valoraciones jurídicas y fallo se deja dicho que: “...teniendo en cuenta que han existido elementos que permitirían poner en tela de juicio la idoneidad de la hermana en el desempeño de su rol de curadora y sin perjuicio de las atendibles razones expuestas por la Curadora Oficial en su memorial,

vigente. No menos trascendente ha sido la labor de los notarios, tanto por el valor de sus tesis en el desarrollo académico del tema y en las propias reformas del Código Civil y de otras leyes previas, como en la protección efectiva de los derechos de las personas con discapacidad con el otorgamiento de directivas anticipadas u otros actos autorreferentes, como en su propia publicidad, a cuyo cargo se encuentran los registros de actos de autoprotección.

consideramos adecuado dejar de lado en la especie las cuestiones formales vinculadas con la asignación de funciones dentro del Ministerio Público y, en orden a lo dispuesto por el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, convalidar en esta instancia la designación de la 'administradora de apoyo'. En tal virtud, se explicita que se le asigna como función esencial realizar un relevamiento de información preciso acerca del manejo patrimonial del haber previsional de la paciente, su monto, su gestión y su destino; así como también gestionar (sea junto con la curadora o autónomamente, según resulte factible o apropiado) la mejor forma para que sea integralmente invertido para una mayor atención y cuidado de M. T. "...la Curadora Oficial (como administradora de apoyo) deberá acompañar y guiar -en la medida de lo posible- al grupo familiar de la causante, quien cuenta con cinco hermanos (dos mujeres, entre las que está la curadora, y tres varones, de quienes prácticamente nada se sabe), en pos de lograr que aquélla asuma una mayor presencia y cercanía con la realidad de vida complicada y aislada de afectos que padece M. T. (repárese que ésta sufre de sordera y ceguera, que se suman a su padecimiento psiquiátrico). "Se revoca y se deja sin efecto el punto de la sentencia que declara que M. T. 'no conserva sus derechos activos'; y ello debe ser así porque, de lo contrario, se generaría una incompatibilidad notoria con el art. 103 del Código Civil; sobre todo porque resulta inconcebible decretar la muerte civil de la causante. En idéntica línea, y debido a lo confuso y eventual perjuicio que pueden causar las interpretaciones posibles de los términos empleados, déjase también sin efecto la expresión 'no puede llevar a cabo actos personalísimos y aquellos de la vida diaria...'"

En materia de directivas anticipadas relacionadas con la salud es dable citar la Sentencia del 25 de julio de 2005 del Juzgado en lo Criminal y Correccional, N° 1, de Transición, de Mar del Plata. Se trata de un caso en que el cónyuge de una persona que padece una grave, progresiva e irreversible enfermedad, inició una acción de amparo tendiente a que, en el futuro, se respeten las directivas anticipadas o actos de autoprotección emanadas de la paciente, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia, es decir, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción entablada, nombrando al cónyuge de la mujer y a su hermana como representantes para el cumplimiento de la voluntad libremente expresada. El tribunal dispuso a tal efecto que "Es procedente la acción de amparo deducida con el fin de que sean respetadas en el futuro las directivas anticipadas emanadas de una paciente que padece una irreversible enfermedad -actos de autoprotección-, por las cuales manifestó su oposición a someterse a procedimientos médicos invasivos y a permanencia -en el caso, respirador mecánico e hidratación y alimentación por tubo-, pues, tratándose de una conducta autorreferente, las decisiones autónomas hacen a la idea misma de la dignidad de la persona humana y al respeto a sus libertades fundamentales".

3. LOS CAMBIOS DE PARADIGMAS QUE LA CONVENCIÓN IMPONE EN EL ÁMBITO COMPETENCIAL DEL NOTARIO

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad supone uno de los retos más interesantes que en los últimos tiempos el notariado ha tenido que enfrentar. Conforme con los dictados habituales de los códigos civiles y familiares, las personas judicialmente incapacitadas le resultaban ajenas, como personas en sí, al notario. El tutor, como sustituto de la toma de decisiones de dichas personas, concurre por representación en los instrumentos públicos. Empero, hoy la Convención propicia y compromete a los Estados partes a ajustar sus ordenamientos internos a los pilares que ella sustenta. Pero estos ordenamientos internos no se limitan a los códigos civiles y familiares, sino que competen además a los de naturaleza procesal y notarial, entre otros.

En ocasiones los esquemas mentales de los notarios suelen ser rígidos, poco dados a recepcionar el vertiginoso desarrollo de las nuevas tecnologías, las ciencias médicas y la propia evolución del pensamiento humano. El notario ha de ser un sostén de primer grado en el desarrollo de la personalidad de las personas con discapacidad y, en tal sentido, se requiere una educación en el notariado hacia lo interno que va desde el lenguaje hasta la manera de precautelar los derechos de las personas con discapacidad. En esta idea, no obstante, enfatizamos en el temor que pudiera provocar el efecto contraproducente de la interpretación de los principios de la Convención, que nos llevaría a confundir igualdad de oportunidades con un falso igualitarismo.

No se trata de diseñar un mundo utópico en el que las personas con discapacidad, cualquiera sean estas, puedan desarrollar idénticas potencialidades que las personas que no tienen tales discapacidades; las diferencias en muchos casos existen y seguirán existiendo. De lo que se trata es de brindarles oportunidades para que puedan ejercitar por sí sus propios derechos, hasta los límites permisibles, o sea, hasta lo que un tribunal o juez ha previsto en cada momento, con la innegable ayuda que los apoyos y salvaguardias que la Convención sugiere, puedan brindar. No pretendemos con estas ideas dar recetas para cada ordenamiento jurídico, creemos que el propio devenir en la aplicación e interpretación de la Convención nos dirá la última palabra.

El notariado, mientras tanto, tiene que acomodar sus conceptos, instituciones, definiciones y su manera de realización profesional a esta sociedad plural que reclama de nuestro ingenio. Tiene que estar convencido para poder convencer. Siglos de enclaustramiento de las personas con discapacidad en sede instrumental, pesan y mucho a la hora de autorizar un instrumento público en el que ellas se conviertan en protagonistas de sus propios actos y negocios. La audiencia notarial cada día tendrá mayor significado debido a lo que

la intermediación notario-cliente con discapacidad supone. No nos referimos a la intermediación como principio instrumental, aludimos a la necesidad de humanizar al notario, que, en los últimos tiempos, en algunas ciudades importantes, con el avance de la informática se ha ido “robotizando”. La concurrencia de personas con discapacidad como comparecientes *per se*, cambia el chip con el que el notariado ha evolucionado como institución jurídica. Se trata de un cambio de modelo o paradigma en el que la persona con discapacidad, aun sea intelectual o psicosocial se convierte en cliente, dejando de ser *res nullius*.

3.1. El consejo y el asesoramiento a las personas con discapacidad, con especial referencia a la discapacidad intelectual y a la psíquica

Quienes desconocen la esencia de la función notarial creen que los notarios nos limitamos a autorizar documentos públicos. Hay quienes, incluso, -con ignorancia supina-, nos califican de tramitadores, negando así la consistencia profesional de la labor notarial. Como diría CARNELUTTI, el notario “no es sólo un consultor jurídico, sino, el más alto grado, un consultor moral”⁵³. Como consultor que es, le compete la labor de asesoramiento y la de consejo: la primera, sobre la base de sus conocimientos científicos, su pericia profesional, su dominio del derecho positivo, de la doctrina, de la jurisprudencia; la segunda, como hombre o mujer de experiencia, como ser humano que ha vivido y sabe transmitirla. Al decir de DE LA CÁMARA ÁLVAREZ y ROAN MARTÍNEZ,

...el Notario no solo tiene que asesorar, sino que en la mayoría de los casos debe dar su consejo cuando se le pida. El asesoramiento es más frío que el consejo, el consejo trata de comprometerse en la decisión de las partes. El asesoramiento parece tener un gran fondo técnico; el consejo, sin despreciar aquél, tiene una extraordinaria carga vital, humana. Por eso el asesoramiento del Notario es sobre asuntos con fondo jurídico técnico; en cambio, el consejo puede tener este fondo o el más vario contenido (...) El asesoramiento se pide al notario como tal Notario; el consejo, al Notario y al hombre que está detrás de él⁵⁴.

Una parte importante de los consultas que hoy día solventa el notario tiene como trasfondo una situación vinculada con la dependencia o la discapacidad,

53 CARNELUTTI, Francesco. “La figura jurídica del notariado”, en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, N° 1, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Gaceta Notarial, Lima, 2011, pág. 149.

54 DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y Martínez, José Roán. “La formación y selección del notario”, en *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968, pág. 163.

ya se trate de proteger a una persona con discapacidad a título de legitimario, o de disponer a su favor un inmueble a título de liberalidad *inter vivos*, o constituir un fideicomiso. Igualmente, la actuación del notario se desenvuelve en gran medida con personas de edades propectas. Aunque la senectud no lleva consigo necesariamente la discapacidad, no puede perderse de vista que, por la edad, las personas adquieren ciertas discapacidades (mentales o psíquicas, o físico-motoras y también sensoriales -pues la sordera o la pérdida de visión suelen estar asociadas con la edad-). Quien testa, piensa en las personas con discapacidad que dependen económicamente de él y a las que les quiere dotar de herramientas patrimoniales que les permitan hacer frente a sus más apremiantes necesidades. Compete al notario dar a las personas los utensilios jurídicos más útiles para responder con ello a sus múltiples interrogantes: la planificación hereditaria, la empresa familiar, las hipotecas, los préstamos y, de igual manera, los actos autorreferentes que van ocupando un lugar significativo en la labor notarial.

El notario está acostumbrado a dar asesoramiento a personas con pleno ejercicio de la capacidad jurídica, pues estas suelen ser sus clientes, en tanto futuros comparecientes de los instrumentos públicos que autoriza. Empero, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad conlleva a la necesidad de dar una orientación sistemática y personalizada a aquellas con capacidades diferentes, pero con iguales necesidades de dar cobertura jurídica y soporte formal a los disímiles actos y negocios jurídicos en los que intervienen.

El notario tendrá que saber comunicarse con la persona con discapacidad para calar su voluntad, para determinar lo que realmente quiere, (en algunas ocasiones acudiendo a los intérpretes en el lenguaje de señas que pueden servir de apoyo), pero sin que se cercene o se minimice en grado alguno la autodeterminación de cada sujeto. Hay que ser un verdadero intérprete, y no nos referimos al sentido de ser conocedor del lenguaje de señas, sino al sentido "carneluttiano", o sea, el notario como nuncio o portavoz de una voluntad, intermediario, que permite traducir los conceptos jurídicos. Hay que indagar, hasta la saciedad, en la búsqueda de la voluntad del sujeto, sólo así el acto o negocio será válido. Compete al notario un asesoramiento técnico, graduado, traducido al nivel de entendimiento de cada compareciente, según su grado de discapacidad, extremo para el cual aún no estamos suficientemente preparados. Las discapacidades intelectuales y psíquicas conllevan un inusitado abanico de posibilidades que deben ser resueltas con minuciosa profesionalidad. Aun más, cuando de consejo se trata, el notario se compromete con la solución que propone.

El notariado debe entonces asumir la responsabilidad que el consejo lleva ante los reclamos de las personas con discapacidad. Estas encontrarán en el

notario, el médico del Derecho, pero un médico especializado en una medicina preventiva, un profesional que les garantice salud, con una visión previsoras en el ejercicio de sus derechos subjetivos. El derecho notarial es un Derecho profiláctico, un Derecho eminentemente preventivo y deberá seguir apostando en este orden.

3.2. El juicio notarial de capacidad según el dictado de la Convención

No existe un criterio unánime en la doctrina sobre el llamado juicio de capacidad y lo decimos con toda intención. No todos los autores están contestes con el *nomen* que a esta aseveración notarial se le debe atribuir. Si bien unos prefieren llamarle calificación notarial, otros, por el contrario, parten de la tesis de que estamos frente a un juicio propiamente dicho, es decir, a una afirmación o negación del notario dotada de una fuerte presunción *iuris tantum*, o sea, susceptible de rebatirse o destruirse a través del proceso judicial adecuado, con la aportación de las pruebas destinadas a tal fin⁵⁵.

Según TORRES ESCAMEZ

...es la declaración que realiza el notario en todas las escrituras y en algunas actas, normalmente al final de la comparecencia y antes de la calificación del acto, por la cual expresa su creencia de que los otorgantes tienen las condiciones personales de aptitud e idoneidad con arreglo a la Ley para que el acto o negocio documentado produzca sus efectos normales⁵⁶. Se trata, como expresa GIMÉNEZ-ARNAU de "... un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*"⁵⁷.

Se requiere como un *prius* lógico que los actos y negocios jurídicos sean el resultado de declaraciones de voluntad que se exteriorizan por personas que conocen los efectos de dicho acto o negocio, que saben discernir sobre lo

55 El Tribunal Supremo español en su Sentencia del 21 de marzo de 1972 ha dejado dicho que: "La fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice siempre por signos perceptibles por el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra, y así la afirmación por el fedatario de que, a su juicio, es capaz el compareciente ante él, constituye una presunción 'iuris tantum' de exactitud, que los Tribunales pueden y deben revisar mediante prueba suficiente en contrario".

56 TORRES ESCAMEZ, Salvador. "Un estudio sobre el juicio de capacidad", en Revista jurídica del notariado, N° 34, Madrid, 2000, págs. 211-212.

57 GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, pág. 530.

que quieren, que en buen castizo, están en su cabal juicio, lo cual no es sinónimo -como suele acontecer en el quehacer notarial-, de que no tienen la más mínima discapacidad intelectual o psíquica⁵⁸. No sólo se requiere capacidad jurídica, sino su dimensión dinámica, su potencialidad para ejercitar *per se* los derechos, a lo cual, en doctrina, se le ha dado el nombre de capacidad de obrar, capacidad de ejercicio o ejercicio de la capacidad jurídica. Pero cuando ese acto o negocio se instrumenta por notario, la sola intervención de este para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre, implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar. Como se ha dicho con acierto, la trascendencia del juicio de capacidad "radica en que esta es el soporte del consentimiento, quien, a su vez, constituye la esencia del negocio jurídico"⁵⁹.

El notario no es un perito, pero debe saber aplicar las máximas de la experiencia cuando aprecia esa capacidad volitiva de los sujetos, que le permite autorizar el instrumento público. El juicio de capacidad notarial actúa como la caja negra de un avión, es el sello indeleble en el que se sustenta la manifestación de voluntad o consentimiento, en tanto, sin discernimiento ni voluntad, no puede existir acto o negocio jurídico alguno. Sólo las personas capaces pueden protagonizar un acto jurídico y, reiteramos, hablamos de personas capaces o competentes, con independencia del grado de capacidad o de competencia del sujeto; en todo caso, este será decisivo para la autorización de cada instrumento público, pero compete al notario su apreciación *ad hoc*. Así tal es el sentido de la Convención cuando protege y eleva al rango de derecho humano, el derecho a la capacidad jurídica.

Para la Convención, el derecho a la capacidad jurídica, no distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Se es persona, se tiene personalidad jurídica y, en consecuencia, capacidad jurídica, la cual en su faz dinámica, puede excepcionalmente limitarse, restringirse, pero tal limitación no le impide al sujeto explotar sus facultades y potencialidades y apoyarse en terceros, incluido los curadores, para que les asistan en el ejercicio de tales derechos.

58 Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "El documento en el Código Civil", en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, págs. 37-42. Es oportuno acotar que la apreciación de la capacidad del otorgante, fue considerada históricamente ajena a la función notarial, ello a partir de la concepción puramente sensorial tenida sobre esta. El juicio de capacidad no tenía por qué expresarse en el documento conforme con la Ley del Notariado, ni tampoco según sus reglamentos, hasta el de 1921, sólo lo reconoció el Código Civil español de 1889 en materia de testamentos, al llevarse a ley lo que ya venía reconocido en dos instrucciones, una de 1861 y otra de 1874 sobre la manera de redactar los instrumentos públicos sujetos a Registro.

59 Vid. TORRES ESCAMEZ, S. Ob. cit., pág. 215.

Más discutido resulta, si es dable aun en casos extremos, la posibilidad de la representación.

No hay reglas preestablecidas sobre el juicio de capacidad. Como expresa GÓMEZ TABOADA el notario no tiene herramientas especializadas para dar el juicio de capacidad, sólo dispone "En principio, con su sentido común y con su experiencia -tanto personal como profesional-"⁶⁰.

Para BALLARÍN MARCIAL, "El examen por el Notario, mediante una conversación de cierta envergadura con el interesado, bastará en la mayoría de los casos para cerciorarse de que sabe lo que va a firmar y conoce sus consecuencias jurídicas y prácticas, que es (...) como debe medirse la capacidad"⁶¹.

Apunta MARTÍNEZ DÍE que "En definitiva, el juicio notarial de capacidad debe sujetarse a los principios de intermediación, de legalidad y de responsabilidad, que permitan construir los cimientos sobre los que deben sustentarse cuantos análisis se hagan sobre esta materia"⁶². "El juicio de capacidad -al decir de CAVALLÉ CRUZ-, es el resultado del diálogo y atención personalizada del notario con el otorgante, siendo el norte de su actuación el respeto y defensa de los derechos de las personas"⁶³.

Ciertamente el juicio de capacidad no puede establecerse sobre la base de un procedimiento rígido y formal, podría el notario aplicar un test psicológico o psiquiátrico a los comparecientes, pero no creo que ganaría mucho con ello. Coincidimos con LLORENS en que

Ni desde la moral ni desde el derecho resulta una obligación del notario el negarse a autorizar el acto ante la más mínima duda, sino sólo ante la comprobación de trascendentes alteraciones intelectuales del otorgante. Lo contrario importaría una incriminación a la persona, inaceptable, injustificada y violatoria, entre otras normas, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶⁴.

60 GÓMEZ TABOADA, Jesús. "Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, pág. 334.

61 Vid. BALLARÍN MARCIAL, Alberto. "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en *Anales de la Academia matritense del Notariado*, tomo XXXV, Madrid, 1996, pág. 532.

62 Vid. MARTÍNEZ DÍE, Rafael. "El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias", en *La Notaría*, N° 2, mayo 2002, pág. 65.

63 Vid. CAVALLÉ CRUZ, Alfonso. *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012, pág. 415.

64 LLORENS, Luis R. "El notario ante la persona dis-discerniente", ponencia presentada en la XIV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana (cortesía del autor).

El derecho notarial se conforma como uno de sus principios medulares de la intermediación. No se concibe que el notario pueda dar un juicio de capacidad de alguien que no tiene frente a sí. Se hace imprescindible que como el médico que ausculta al paciente, el notario indague y explore la voluntad de quien concurre ante él, que determine si realmente puede exteriorizar esa voluntad, libre y de manera espontánea, ajustándola a las verdaderas intenciones del sujeto, sobre la base de la presunción general de capacidad, en el entendido de que toda persona tiene pleno ejercicio de la capacidad jurídica. Si no lo tiene, compete al notario determinar el alcance de las facultades que puede ejercitar, el grado de autonomía, las preferencias, las prioridades. Puede que una persona tenga ciertas discapacidades intelectuales que no le permitan constituir una sociedad anónima, ni una fundación, ni un préstamo hipotecario, pero pueda expresar su voluntad en un acto relativo a su propia persona, en decidir si quiere viajar al exterior, si quiere cambiar de domicilio, si desea internarse en un establecimiento asistencial, o expresar sus preferencias sobre la persona que quiere que le cuide o le asista, o que administre su patrimonio. Esta persona, quizás, no pueda ser compareciente en una escritura pública constitutiva de una sociedad anónima, pero sí en una escritura pública de autotutela o autocuratela. De ahí, por qué discrepamos acerca de la manera en la que los ordenamientos jurídicos regulan este acto de autoprotección, en el que impiden que una persona, con apoyos o asistencia (incluida la curatela en el sentido en que se regula en el Código Civil español) pueda expresar la voluntad en tal sentido.

Al notario competará determinar, en cada caso, el grado de discernimiento que tiene la persona, sobre la base, eso sí, de lo dispuesto en sede judicial. En todo caso, si a juicio del notario, a pesar de la restricción impuesta por el tribunal o juez para un acto en concreto, la persona con discapacidad sabe y entiende lo que quiere relativo a ese acto en cuestión, nada le priva en su labor de asesoramiento a sugerir lo que la Convención establece en el apartado 4º del art. 12, o sea, que se revise la medida de apoyo dispuesta, y el grado de restricción del ejercicio de la capacidad, a tono con las nuevas circunstancias y en proporción al estadio de la enfermedad psíquica. Si en la resolución judicial nada se ha dispuesto sobre el acto concreto que pretende concertar la persona con discapacidad, es dable entonces en virtud del principio *pro capacitate*, la autorización del documento público. Se trata de un juicio de capacidad flexible, que se adapte al nivel de discernimiento del sujeto. Hoy por hoy, no podemos negar que cuando autorizamos un documento público y volcamos al lenguaje jurídico la voluntad de una persona que no tenga restricción alguna en el ejercicio de su capacidad jurídica, pero que su nivel de instrucción no se lo permita, como notarios debemos traducirle esa voluntad, descendiendo del cielo de los conceptos como diría en su visión espectral IHERING, al terreno de las pala-

bras ordinarias con el significado que en el lenguaje común ellas tienen⁶⁵. Sólo así podrá entender el sujeto, en su condición de compareciente, los términos en los que han quedado redactadas las estipulaciones o disposiciones. Si ello acontece con el más común de los humanos, por qué entonces el notario no tendría que hacer lo mismo, cuando a sus despachos concurren, en calidad de comparecientes, personas con diversas capacidades, titulares todas de la capacidad jurídica, a tono con el art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas.

3.3. La comparecencia en el instrumento público de quienes apoyen o asistan a la persona con discapacidad: ni por sí, ni por representación

Los ordenamientos jurídicos notariales, inspirados en el español, han resumido el carácter con el que se comparece o se interviene en el instrumento público (se ha utilizado indistintamente) en dos: por sí y por representación.

Desde hace más de un siglo SANCHO-TELLO Y BURGUETE al estudiar la estructura del documento público simplificaba esta, en la comparecencia por sí, cuando se hace coincidir al sujeto del derecho material (parte del acto o del negocio), con el compareciente del instrumento, o cuando se actuaba a nombre e interés de otro (comparecencia por representación), en el que se incluyen los supuestos de representación legal y voluntaria⁶⁶.

Poco original ha sido el tratamiento de la figura por la doctrina científica que le sucediera. Entre los notarialistas de nuestro continente, la fórmula binaria por sí-por representación no ha fallado⁶⁷. La doctrina se ha hecho eco de las

65 Vid. GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997, pág. 89. Como apunta Gattari, referente al lenguaje y la terminología en los documentos públicos notariales: “se debe usar de los términos que corresponden al lenguaje medio, o sea de un entorno de relativa cultura, lo cual no prohíbe las estrictamente científicas, que en una sola expresión fijan más correctamente lo buscado. Allí es donde se ve al buen notario. Tiene toda la audiencia para desentrañar y explicar palabras y significados a las partes, en la medida en que éstas puedan desconocerlas o interpretarlas incorrectamente, lo cual no es sólo señal de respeto hacia aquéllas, sino que integra el deber de asesoramiento funcional y de docencia profesional”.

66 SANCHO-TELLO Y BURGUETE, Vicente. *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900, págs. 141-142. Incluso dedica el capítulo IV, del Título primero, de la Parte segunda de su obra al estudio de lo que da en llamar “Del derecho de representación en los instrumentos públicos”, dedicado con exclusividad a los distintos supuestos de representación legal y voluntaria en el documento público notarial.

67 Vid. entre otros, los textos de URRUTIA DE BASORA, Cándida Rosa y Negrón Portillo, Luis Mariano. *Curso de Derecho Notarial puertorriqueño*, 3ª edición, ediciones Situm, 2002, pp. 391-394, Villarroel Claire, Ramiro. *Fundamentos de Derecho notarial y registral inmobiliario*, 1ª edición, Librería Jurídica “Omeba”, Cochabamba, 2005, págs. 127-130; Román G., Ramón. *Lecciones de Derecho Notarial II*, Editorial La Universal, Managua, 2002, págs. 65-72; Verdejo Reyes, Pedro C. *Derecho Notarial*, Pueblo y Educación, La Habana, 1988,

normas jurídicas vigentes que sólo regulan supuestos de comparecencia por sí o por representación, esta última en los casos de representación voluntaria, legal y orgánica.

Esta posición dual que se enseña al dedillo en las universidades, hoy con los reflejos de la Convención, queda pasada de moda. A fin de cuentas, no siempre se actúa por sí o por representación, póngase el ejemplo del gestor oficioso, que aunque lo hace por sí, de comparecer a un instrumento público en tal carácter, o sea, el de gestor, debe dejar esclarecido su particular comparecencia en interés del *dominus*, a los fines de la ratificación ulterior de este.

Pero los términos de la Convención son otros. En la medida en que se hable de apoyos, contactos, asistencia, administración, los conceptos serán diferentes. Todo el que concurra como asistente, guardador, consejero, comparece también en el instrumento, ha de ser identificado y será tan compareciente como el autor del negocio o acto jurídico, pues su presencia es requisito de validez del acto o negocio jurídico, tal como se haya dispuesto en la sentencia. Esta asistencia, si bien complementa el ejercicio de la capacidad jurídica, es un presupuesto del negocio o acto. Quien comparece por sí, en razón de su discapacidad -esencialmente intelectual o psíquica- requiere del curador, asistente, consejero; estos también expresan una declaración de voluntad que requerirá ser vertida en el instrumento, ya lo hagan en el mismo instrumento público en el que compareció la persona con discapacidad, o lo hagan en uno ulterior al sólo fin de expresar su aquiescencia con el acto o negocio que se pretende instrumentar. Esa aquiescencia funciona a la manera de una ratificación. Recordemos que estamos en sede de asistencia, no de representación y quien asiste a la persona con discapacidad actúa como colaborador, pero colaborador necesario, de modo que la voluntad negocial de una de las partes se constituye con la declaración de voluntad del sujeto de derecho en esa concreta relación jurídica, aunque tenga una capacidad diferente en razón de su discapacidad, y la del asistente o curador.

págs. 80-87, Pérez Gallardo, Leonardo B. e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez. "Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el cubano", en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación de ambos, Félix Varela, La Habana, 2007, pág. 239 y Chikoc Barreda, Naiví. "La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007, págs. 286-321. También puede colegirse de los estudios de Gattari, C. N. Ob. cit., págs. 79-88 y de González Barrón, Gunther. *Introducción al Derecho notarial y registral*, 2ª edición, Jurista editores, Lima, 2008, págs. 642-643. Por su parte, Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995, hace alusión a la distinción entre representación y asistencia, con cita de Bonnecase, pero se limita a su aspecto sustantivo sin sustentarlo en el ámbito instrumental.

Como expresa en la doctrina española TAMAYO CLARES, cuando se refiere a la comparecencia de quienes, como los curadores, concurren a complementar el ejercicio de la capacidad jurídica: "...en las escrituras se hará constar el carácter con que intervienen los otorgantes que comparezcan al efecto de completar la capacidad"⁶⁸. En todo caso competirá al notario exigir el testimonio o copia de la resolución judicial en la que se habrá dispuesto tal medida de apoyo o complemento, con nivel de actualización, e indagar, a los efectos de calibrar si el acto, con independencia del criterio favorable del consejero, asistente o curador, resulta realmente favorable para la persona con discapacidad. El notario debe determinar el grado de autonomía que tiene la persona para ese acto en concreto, de modo que esté a buen resguardo lo previsto en el apartado 4 del art. 12 de la Convención, de que "las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida".

3.4. Concurrencia de los testigos de asistencia como apoyos de los comparecientes con ciertas discapacidades sensoriales y físico-motoras

Esta modalidad de testigos ha sido la que con más vehemencia se ha defendido entre los doctrinantes del derecho notarial. Ello está motivado, en buena medida, en la función auxiliar que desempeñan los testigos asistenciales en el acto de autorización de cualquier documento público, máxime hoy día, con las amplias y cada vez mayores posibilidades que se le ofrecen a las personas con discapacidades sensoriales y físico-motoras⁶⁹.

68 Vid. TAMAYO CLARES, Manuel. *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001, pág. 98.

69 Reconocidos por la mayoría de las legislaciones notariales. Así, v.gr., el Estatuto Registral y Notarial colombiano que los regula en su art. 69, el Código Notarial de Costa Rica en su art. 111, primer párrafo, la Ley Notarial de Puerto Rico los prevé en los arts. 21 y 25, si bien en este último artículo, se les nombra testigos instrumentales, firmantes a ruego. La Ley del Notariado del Perú los regula en su art. 54, inciso g), aun cuando no les nombra como testigo, sino simplemente les identifica como "persona, llevada por el compareciente". La Ley del Notariado de República Dominicana los refrenda en su art. 31, segundo párrafo *in fine* y 57 y les llama "testigos aptos". La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al tildarlos de "persona a ruego", también los reconoce en su art. 79, inciso c), de la cual dará fe de conocimiento el notario autorizante. Incluso el Reglamento de dicha Ley, que le llama "firmante a ruego" en su art. 54 *in fine*, llega a admitir que este sea "el otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogante". El Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su art. 195 también les regula, pero utiliza la disyuntiva de que firme "por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo", de ese modo, parece que el primero no es testigo. Asimismo el Código de Notariado de Guatemala en su art. 29, apartado 12, al nombrarle simplemente "testigo", pero con la peculiaridad de que "si fueren varios los

Deben su nombre a la concurrencia en el instrumento público por solicitud expresa del compareciente que pide o ruega porque le auxilien en el acto mismo de autorización del documento por el notario. Ellos son las manos de las que no puede disponer el compareciente en el acto de autorización del documento o de otorgamiento, o aquiescencia, según se trate de escrituras o actas, respectivamente⁷⁰.

El derecho notarial -y ello no puede calificarse de novedad- devenida del art. 12.4 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se ve imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente, la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento.

En el derecho cubano, a modo de ejemplo, si el compareciente no puede firmar, estampará en el documento notarial las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos y, a falta de estos, de los dedos que tuviera, para lo cual necesitará de un testigo de asistencia, la firma de este, lo cual el notario hará constar así en el documento.

Si ello no resultara posible, o sea, si el compareciente no pudiera estampar las impresiones dactilares en el documento notarial, entonces el notario requerirá, la presencia de dos testigos, al compareciente, de los cuales uno, a elección del interesado, firmará a su ruego. En tal supuesto, el notario expresará, en el documento público, la razón que impide la toma de dichas impresiones, sin que resulte trascendente, a los efectos de la eficacia del instrumento, la exhaustiva precisión de la razón o motivo de la imposibilidad de firmar *per se*,

otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho”.

70 Su intervención está regulada en el derecho cubano en los arts. 35, tercer párrafo, 37 y 38 del *Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales* y en el art. 491 del Código Civil, en sede de testamentos notariales de personas con discapacidades sensoriales. Sin bien aclaramos que el autor del Reglamento en el art. 37, primer párrafo, no se refiere expresamente a testigos, sino a “persona de su elección”, a diferencia del segundo párrafo, en que sí les nombra como tal, o sea, cuando ni tan siquiera se le puede tomar huellas dactilares al compareciente. Más, consideramos, que en ambos supuestos estamos frente a un testigo de asistencia, a pesar de la distinción apuntada.

En efecto, el art. 491 del Código Civil y el art. 37 del *Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales*, prevén la posibilidad de que por impedimento del testador una persona de su elección estampe su firma (testigo de asistencia). En este supuesto, se incluyen a todos aquellos que físicamente les sea imposible ejecutar este requisito formal, independientemente de la causa que la genere y el período por el que se mantenga.

del compareciente⁷¹. Tampoco puede olvidarse que ambos testigos firman el documento, pero sólo uno de ellos lo hace también a ruego del compareciente.

A diferencia de otras legislaciones⁷², la nuestra no exige que el compareciente sepa o no firmar, sino que pueda o no firmar, y ello atiende más a una circunstancia coyuntural que le impide objetivamente suscribir por sí mismo el documento público, o que pueda tratarse de una discapacidad temporal. Es suficiente -a nuestro juicio- que el compareciente manifieste no poder firmar y que estampe las huellas dactilares de los dedos pulgares, o de los que tenga y firme el testigo de asistencia, bajo la fe notarial⁷³. Su aquiescencia quedará expresada gráficamente, en efecto, con la impresión de dichas huellas y la

71 Sostiene PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, págs. 230-231, ápuđ Borda que tratándose de testamento, la exigencia legal (prevista en el art. 3662 del Código Civil argentino) de que el escribano exprese la causa por la cual el testador no puede firmar, extensible al resto de las escrituras públicas, queda cumplida, expresando que no lo hace en razón de la imposibilidad padecida, sin que resulte indispensable determinar con precisión la enfermedad o accidente que lo inhabilita para hacerlo. Idéntica posición ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en su Sentencia 210 del 29 de marzo del 2005, primer considerando, bajo la ponencia de Bolaños Gassó que dispuso: "...al prestar confesión judicial uno de los demandados, quien había comparecido en el otorgamiento del cuestionado testamento como testigo de ruego, admitió haber presenciado que el otorgante, para negarse a firmar el instrumento notarial, ofreció argumento diferente al que plasmó el funcionario actuante, y ese extremo ha sido cumplidamente considerado en la sentencia interpelada arribando la sala de instancia a la convicción de su absoluta irrelevancia, habida cuenta que por una u otra razón actuó el notario conforme la ley exige en tales casos..."

72 Así, la Ley del Notariado del Perú que en su art. 54, inciso g) incluye como variante, que el compareciente "sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar", la Ley del Notariado de República Dominicana, en su art. 57 al enunciar ambos supuestos, la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que igualmente en el art. 79, inciso c), admite ambas circunstancias y de la misma manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su art. 180, primer párrafo, y el Código de Notariado de Guatemala en su art. 29, apartado 12.

73 Este ha sido el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo en dos sentencias de la misma ponente (Arredondo Suárez) la N° 818 del 23 de septiembre del 2005 en su único considerando y la N° 826 de 26 de diciembre del 2005, igualmente en su único considerando: "...denunciada la infracción de lo establecido en los artículos dieciséis de la Ley número cincuenta, de Notarías Estatales y el treinta y siete de su Reglamento, tal vulneración no existe porque, sentado por la sentencia combatida que ante la situación impeditiva planteada la fedataria procedió conforme a la posibilidad que franquea el último de los preceptos señalados, soslaya en todo caso el inconforme la trascendencia de la intervención de tal funcionaria pública que además de hacer constar el juicio de identidad y el de capacidad redacta el instrumento conforme a la manifestación de voluntad del testador y, después de leerlo en alta voz, procede a la firma conjunta también bajo su dación de fe de haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por la Ley, como lo fue, inequívocamente, el que se estamparan las huellas dactilares del otorgante por no poder firmar, lo que inequívocamente fuerza al rechazo del motivo examinado..."

solicitud de que el testigo firme a ruego o, en todo caso, si resulta imposible la toma de huellas dactilares, con la presencia de ambos testigos, y la firma de uno de ellos, a ruego del compareciente. De tal modo, una impugnación ulterior del documento por el compareciente o por sus herederos, alegando que no consta su firma, a pesar de demostrarse que aquel sabía firmar y no lo hizo, devendría improcedente, en tanto ello supone la apreciación del *venire contra factum proprium*⁷⁴.

En Cuba no existen reglas legales que establezcan si el testigo de asistencia puede firmar a ruego en un mismo instrumento por más de un compareciente. En este sentido, seguimos el criterio de PELOSI, quien da respuesta a igual cuestionamiento en el ordenamiento notarial argentino, en el sentido de que ello debiera admitirse si todos los comparecientes, a cuyo ruego firma el testigo, integran o conforman una parte en el sentido material; admitir lo contrario podría quebrantar gravemente principios de deontología notarial⁷⁵.

La figura del testigo de asistencia o a ruego podría pasar inadvertida para la doctrina, ahora que intentamos descifrar -al modo del "Código da Vinci"-, los enigmas del art. 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en clave notarial. Hay medidas de apoyos y salvaguardias que a lo largo de la historia de las normas notariales se han establecido para propiciar la comparecencia en el instrumento público de las personas con discapacidad. Reconocemos que las mayores reticencias han sido y siguen siendo en materia de discapacidades psíquicas e intelectuales, pero los testigos de asistencia son apoyos legales indiscutibles, a tono con el art. 12, en sus apartados 3 y 4 de la citada Convención. Ellos son elegidos libremente por el compareciente, en atención a su grado de confianza y constituyen un soporte ineludible en el otorgamiento y autorización de los documentos públicos.

3.5. Concurrencia del intérprete en el lenguaje de señas como asistente o apoyo de las personas con discapacidades sensoriales en sede notarial

Según la Real Academia de la lengua, intérprete, del latín *interpres*, -etis es la persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida⁷⁶.

74 Vid. PELOSI, C. A. Ob. cit., págs. 231-233. Particular que no resulta nada pacífico. Así v.gr., para el testamento se prescribe por el Código Civil argentino que si el testador, sabiendo firmar, dijere que no firmaba por no saber hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a ruego por alguno de los testigos (art. 3660).

75 *Ibidem*, pág. 233.

76 Consultado en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=intérprete, el 24 de abril del 2010.

La concurrencia del intérprete está sustentada en la imposibilidad del notario de poder comunicarse con el compareciente⁷⁷. En el entorno de nuestro país, el apartado segundo del art. 50 del Código Civil brinda cobertura a toda persona con discapacidad para realizar actos jurídicos respecto de los cuales no tenga restringido el ejercicio de su capacidad jurídica. El legislador ofrece, así, amplias posibilidades en cuanto a la manera de realizar los actos jurídicos y, con esta norma de alcance general, deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, (v.gr., a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille). Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aun cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (personas con discapacidad físico-motora) o del lenguaje oral (personas mudas). Ahora bien, esa comprensión de la que habla el legislador trasciende al mundo de las personas que no tienen discapacidad, ya sea *per se*, o por el recurso del intérprete (ya de un sordomudo o de un sordociego, v.gr.) quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditivo para la persona con discapacidad para intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico.

El Derecho no pone cortapisas, deja la exteriorización de la declaración de voluntad, nervio central del acto jurídico, a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades reales; este elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender.

Hoy, que se aboga desde las políticas públicas por el acceso de personas con discapacidad a la enseñanza, el empleo de un intérprete en el lenguaje utilizado, de tratarse v.gr., de sordomudos, no supondría, en principio, un esfuerzo extraordinario o una erogación adicional para el otorgante del acto. Lo que trasciende en aras de la autonomía privada es que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad. No podemos negar que este intérprete es tratado en la legislación especial, dígase la notarial y la registral del estado civil, como un testigo "idóneo", a ruego o de asistencia, que auxilia a la persona con discapacidad, en su condición de compareciente al instrumento público; si bien en buena técnica jurídica estamos en presencia de alguien que concurre en razón de su habilidad o pericia profesional, razón por la cual debe tener el tratamiento de perito, en calidad de intérprete, que no de testigo, calificado además de "idóneo", pues "idónea" debe ser toda persona que concurra a un

⁷⁷ Vid. PELOSI, C. A. Ob. cit., pág. 210, en su crítica al Código Civil argentino. En ese preciso sentido, que no de la parte, no importa que la parte negocial, o parte en sentido material sepa o no el idioma en que escribe el documento público, lo que trasciende en el plano del *dictum* es que el compareciente se pueda comunicar con el notario, sea este compareciente por sí, o por representación.

documento público notarial en calidad de testigo y de igual manera que “idónea” ha de ser toda persona que concurra en calidad de perito, cualquiera sea el objeto de su dictamen pericial. Como ha dicho la Dirección de los Registros y del Notariado de España: “A los intérpretes hay que asimilar los peritos en el lenguaje de los sordomudos, si no saben leer y escribir...”⁷⁸.

La presencia de intérpretes en el lenguaje de señas se hace cada vez más patente en la realidad social, no sólo para actos de naturaleza jurídica, sino para facilitar la comunicación de las personas con discapacidad en su entorno social. La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, incluye en su art. 9.2 e), atinente a la accesibilidad de las personas con discapacidad, la necesidad de que los Estados Partes adopten medidas que tiendan a la asistencia de estas personas, a través de intérpretes profesionales en el lenguaje de señas, para facilitar su acceso a edificios e instalaciones abiertas al público.

En este sentido, cabe llamar la atención la posición de Nicaragua, con la aprobación de la Ley del lenguaje de señas, ley 675, del 12 de febrero de 2009 y publicada en La Gaceta N° 75, del 24 de abril de 2009, en cuyos arts. 5° y 6°, respectivamente, se establece que: “En todas las instituciones del Estado y en los actos oficiales públicos, de carácter nacional o local, que presidan el Presidente de la República, los Presidentes de los demás Poderes del Estado y Ministros de Estado, se garantizará por el Estado, la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva” y que a los efectos de la comunicación masiva, “Los propietarios de los medios de comunicación audiovisuales, deberán utilizar intérpretes de lenguaje de señas para comunicar e informar a las personas con discapacidad auditiva”. Además, de igual manera, será prioridad del Estado, la formación de intérpretes, de modo que “... reconocerá la titulación y formación docente de intérpretes para personas con discapacidad auditiva de Nicaragua efectuadas por instituciones acreditadas a nivel nacional y por las extranjeras acreditadas por convenios internacionales que cumplan con los requisitos establecidos por el Consejo Nacional del Lenguaje de Señas Nicaragüense”, debiendo “... priorizar la implementación de la participación de intérpretes de lenguaje de señas para las personas con discapacidad auditiva, a las Instituciones y organismos que brindan servicios públicos y de asistencia social”.

Por esa razón, urge la necesidad de que, en las normas notariales, se regule la participación de estos intérpretes, muchas veces permisible al amparo de la aplicación analógica de aquellas normas, que se refieren con exclusividad al traductor o intérprete de una lengua extranjera, pero no con especial referencia

78 Vid. TAMAYO CLARES, M. Ob. cit., pág. 73.

al lenguaje de señas. El intérprete se convierte en un comunicador o facilitador de la persona con discapacidad sensorial ante el notario. De ahí que, ante la presencia en sede notarial de personas con discapacidades sensoriales, se recabe la necesaria intermediación del notario frente al cliente que le lleva a determinar los verdaderos intereses de este. Es necesario explorar la voluntad del compareciente. En ocasiones, incluso los intérpretes, que sin dudas facilitan la comunicación, no logran derivar el sentido de las voluntades. La experiencia y pericia del notario pueden propiciar, incluso, la labor de los intérpretes, de modo que la voluntad exteriorizada esté ajena a cualquier apreciación errada del entorno y de la perniciosa influencia de terceros.

3.6. La firma en el instrumento público de personas con ciertas discapacidades físico-motoras. Pautas formales

En función de encauzar adecuadamente los principios de la Convención, tantas veces evocada, también se requiere adaptar los moldes de los rígidos esquemas formales o procedimentales del Derecho notarial, uno de los cuales es, sin duda, la firma del otorgante en el documento público.

La firma es el lazo que une al infrascrito con el documento en que se pone, es el nexo entre la persona y el documento. Esta no necesita ni ser nominal, ni ser legible. Como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS: "Los documentos, en efecto, no suelen indicar mediante la firma quién es su autor (ni quiénes son las demás personas que en ellos intervienen), sino que lo hacen en su encabezamiento (*inscriptio, praescriptio*), o en el cuerpo del documento"⁷⁹. La firma tiene que ser documental y personal, o sea, ha de ser puesta en el documento por el firmante en persona. Esta idea -comenta el propio autor- suele expresarse como "manuscritura", o sea, escritura hecha por la propia mano del suscribiente, pero esta rígida formulación tiene que extender sus horizontes a cualquier "grafía" que se ponga en el documento por el firmante mismo, ya que lo que subyace, en este requisito, es la actuación del signante mismo en el documento, su naturaleza autógrafa, no la parte del cuerpo que emplea para firmar; de ahí que tengan el carácter de firma, los trazos que identifican a una persona, así utilice la boca o los pies (en supuesto de personas con discapacidad físico-motora)⁸⁰. La firma es la exteriorización de la aquiescencia, la expresión gráfica de la asunción de paternidad del negocio instrumentado. Como dijera DEL VECCHIO: "Constituye el punto de confluencia

79 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "La firma electrónica", en Revista de Derecho Privado, diciembre, 2000, pág. 927.

80 Ídem, págs. 927-928.

de la actividad comercial y de la actividad documental”⁸¹.

La II Jornada Notarial de Córdoba, Argentina, celebrada en agosto de 1975 declaró que las firmas “Son los caracteres idiomáticos mediante los cuales en forma manuscrita, de una manera particular y según el modo habitual, una persona se individualiza y expresa su voluntad y asentimiento en los actos sometidos a esa formalidad”⁸². Hoy día tal definición ha de ser atemperada a los valores que la Convención propugna, pues la expresión manuscrita es discriminatoria de las personas con discapacidades físico-motoras.

Sostiene BOLÁS ALFONSO, que “...la firma tiene una doble función: como forma de identificación de la persona que la pone; y como expresión de la conformidad o aprobación del contenido del documento en que se pone”⁸³.

Precisamente, en el otorgamiento, tras la lectura del instrumento público, las partes deben prestar su consentimiento al contenido de este (escrituras públicas) o su aquiescencia con lo dicho y narrado por el notario (actas), lo cual el fedatario público hace constar expresamente en el instrumento y debe materializarse mediante la firma.

Esta siempre es necesaria, como expresan tanto el art. 35, primer párrafo, del Reglamento notarial cubano: “Concluida la lectura, el Notario preguntará a los comparecientes, testigos y demás intervinientes, si están conformes con el contenido del documento notarial y si lo estuvieren, se procederá en el acto a su firma” como el art. 195.1 del Reglamento Notarial español: “Se firmarán las escrituras matrices con arreglo al párrafo segundo del art. 17 de la Ley, y con la presencia del número de testigos (...) en los casos en que sea necesaria su intervención”.

Adpero, las normas cubanas no establecen otras pautas en el orden formal para la firma, que las contenidas en el art. 36 del Reglamento notarial; a diferencia del Reglamento español, sumamente explícito en este sentido. En efecto, añade el art. 196: “Los que suscriban un instrumento público en cualquier concepto, lo harán firmando en la forma que habitualmente empleen...”, de modo que, si se identifica al compareciente por documento de identidad, la firma a estampar en el documento ha de ser análoga a la contenida en este.

En el orden formal, también, tratándose de una firma autógrafa, debe ser estampada por sí misma por quien suscribe y no sólo como tradicionalmente se expresa “de puño y letra del interesado”⁸⁴, eso sí, en todo caso, sin poder

81 DEL VECCHIO, cit. por Rodríguez Adrados, A.; Ob. cit., pág. 928.

82 Según refiere PELOSI, C. A. Ob. cit., págs. 226-227.

83 BOLÁS ALFONSO, Juan. “Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial”, en Revista Jurídica del Notariado, N° 26, octubre-diciembre, 2000, pág. 40.

84 Como he expresa en texto, si fuere así, no se entendería por firma, aquella que siendo autógrafa, se hace utilizando los pies o la boca, por personas que en razón de su discapa-

usar estampilla. La firma debe ser indeleble, como todo el contenido del documento (vid. art. 152 del Reglamento Notarial español). No cabe la posibilidad de que sean sustituidas por facsímiles u otras formas de reproducción; aunque, en principio, supone la escritura peculiar de los nombres y de los apellidos, esta puede revestir diferentes modalidades como abreviaciones, síntesis y composiciones personalísimas. Como ha dicho la Resolución de la Dirección de los Registros y Notariado de España del 25 de marzo de 1908 (Ref. El Derecho 1908/1): "...por obedecer la formación de la firma a reglas, costumbres y prácticas que, aunque basadas en el estado civil del firmante, son diferentes en cada nación y en cada orden del derecho, no puede admitirse en absoluto la afirmación (...) de que cuando se habla de firma, en general, se indica la compuesta de nombre y apellido..."

De cuanto venimos explicando, hay tres particulares que me parecen esenciales: primero, que la imposibilidad de firmar no es una barrera para aquellas personas con discapacidades físico-motoras que no puedan hacerlo, pues, como ya explicamos, los testigos de asistencia o a ruego constituyen apoyos, históricamente concebidos por las normas notariales. En segundo lugar, el desarrollo tecnológico permite hoy la firma digital con equivalencia funcional a la firma autógrafa, no obstante, su empleo estará supeditado a que se viabilice el instrumento público electrónico y no sólo las copias electrónicas, pues no podemos obviar que por regla general las normas notariales únicamente exigen las firmas de los comparecientes en las matrices, no así en las copias. De ello se colige que si bien la firma digital devendría en un aporte de la tecnología en pos de la integración de las personas con discapacidades físico-motoras, invalidantes para poder escribir, su empleo estará supeditado a la sustitución del documento en soporte cartáceo por el documento informático. En tercer lugar, en clave notarial hay que superar el concepto rígido de firma manuscrita, muchas veces vinculada a actos personalísimos como el testamento.

La firma, como elemento individualizador de la persona en su condición de compareciente al instrumento público, hacedor de sus propios actos y negocios, no es un impedimento para las personas con discapacidad. El notario ha de admitir que las personas con capacidades diferentes, en razón de sus discapacidades, puedan suscribir documentos, a partir de sus propias potencialidades subyacentes.

cidad, les resulta imposible utilizar los puños, al carecer de ellos.

3.7. La forma documental notarial como reservorio idóneo para instrumentar los actos de autoprotección

A lo largo de la exposición de estas ideas, ha quedado perenne el hilo conductor que las motiva: el notario tiene y tendrá un protagonismo en la protección de las personas con discapacidad. No es casual que los actos de autoprotección se instrumenten en sede notarial, de ahí que la forma notarial sea la establecida *ex lege*, o, a lo sumo, alternativamente, en algunos ordenamientos jurídicos tanto para las voluntades anticipadas (vid. en Argentina, la ley 26.742, concretamente su art. 6º, modificativo del art. 11 de la ley 26.529 que estableció los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de salud; en Uruguay, la ley 18.473 del 3 de abril de 2009, de voluntad anticipada en su art. 2º, segundo párrafo; en México, el art. 8º, fracción I de la Ley de voluntades anticipadas para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el 7 de enero de 2008), la autotutela y/o la autocuratela (vid. art. 223 del Código Civil español, tal y como quedó redactado conforme con la ley 41/2003 del 18 de noviembre; art. 469 *bis, ter y quater*, introducido por el decreto por el que se reforma y se adiciona el Código Civil para el Distrito Federal y otras disposiciones afines como la Ley del Notariado, incluyendo la tutela cautelar o autotutela; el art. 212 del anteproyecto de Código de Familia cubano), entre otros. Los legisladores han apostado por la forma notarial, pero ¿por qué?

El documento público notarial está dotado de garantías únicas, autenticidad interna y externa, legitimidad, ejecutividad, juicios de identidad y capacidad. Sobre todo la presencia del notario le dota de asesoramiento profesional de indiscutible valía para los actos autorreferentes. “La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial”⁸⁵, es “medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones”⁸⁶.

Como ya en otra ocasión hemos expresado,

Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado

85 CAVALLÉ CRUZ, A. Ob. cit., pág. 416.

86 Ídem, pág. 417.

Derecho Comparado

tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compele a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva insita en ellos⁸⁷.

El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (art. 12, apartado 4º) en el sentido de "impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos". Por esa razón, como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS.

Ni el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él (...) y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no sólo el nomen verum de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido (...) Sólo así el Notario (...) podrá "controlar" en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer*, guardián del Derecho; y sólo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda "es" su voluntad, pero que no "sería" tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas⁸⁸.

Ello en sede de personas con discapacidad, toma particular relieve.

4. IDEAS CONCLUSIVAS

La Convención sobre los derechos sobre las personas con discapacidad es hoy el tratado de derechos humanos por excelencia, en lo que va del siglo

87 PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "El notario: función de autoridad pública", en Ensayos de Derecho Notarial, Gaceta Notarial, Lima, 2011, pág. 421.

88 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en Revista de Derecho Notarial, Colegios Notariales de España, año XVII, N° CVII, enero-marzo, 1980, págs. 272-273.

XXI. Sus ecos se han hecho sentir, si bien de forma parca, fragmentada, asimétrica y geográficamente localizada, en algunas de las recientes modificaciones legislativas en materia civil y familiar, ya operadas, y otras pendientes de su aprobación por congresos, senados y asambleas nacionales, o sea, por el poder legislativo de cada Estado.

Sin embargo, en sentido general, de *iure condendo* y de *iure condicto*, el Derecho civil no logra cambiar paradigmas para estar a tono con los dictados de este tratado internacional. Los actos de autoprotección siguen siendo quimeras para la mayor parte de los ordenamientos del continente. El lenguaje decimonónico -hoy, indudablemente peyorativo y discriminatorio- con el que se hacía referencia, en los códigos civiles del continente, a los distintos trastornos psíquicos o intelectuales, o a las discapacidades sensoriales, sigue perenne en estos, a pesar de los esfuerzos académicos y de las instituciones, las asociaciones y las organizaciones que trabajan en pos del reconocimiento legal de los derechos de las personas con discapacidad y al respeto a su dignidad, autonomía e integración social y comunitaria.

No obstante, en este orden es dable apuntar que es necesario lograr un justo equilibrio entre pretensiones, reconocimiento de derechos y protección de estos por un lado, y el sentido que se quiere dar por un sector nada desdeñable de la doctrina, hoy calificada de vanguardista en la temática, a los postulados de la propia Convención, sobre todo en lo que concierne a la supresión de los mecanismos clásicos de incapacitación o interdicción e inhabilitación por un sistema de apoyos y de salvaguardias.

Como con acierto expresa la profesora PEREÑA VICENTE,

...El núcleo de la cuestión no es sustituir el sistema de incapacitación más tutela por un denominado "sistema de apoyos". Dicho de otro modo, podemos cambiar de arriba abajo toda nuestra legislación, suprimir la tutela, la curatela y el procedimiento de incapacitación y sustituirlo por un nuevo sistema de apoyos (...) pasemos a referirnos a la "persona apoyada" y a la "persona que apoya" o al "gestor de apoyos" (...). Si de la aplicación de este sistema se van a encargar las mismas estructuras que ahora se encargan de la incapacitación, los mismos jueces, no especializados en muchos casos y sobrecargados de trabajo, si la "persona que apoya" va a tener la misma formación y ayuda en su labor que la que tienen ahora, si los fiscales se van a limitar a redactar la demanda sin hacer una labor previa de investigación de la situación médica, social, económica, laboral de la persona con discapacidad, el sistema, aunque creamos que es perfecto y respetuoso con la Convención de Naciones

Derecho Comparado

Unidas, volverá a fracasar porque, por desgracia, las palabras por sí solas no resuelven los problemas⁸⁹.

No se trata, tan solo, aunque tenga importancia, de cambiar el nombre a las instituciones, sino de cambiar la manera de pensar y los enfoques con los que hemos crecido, nos hemos formado y hemos encauzado nuestra profesión.

Quizás, más importante que cambiar al tutor por un gestor de apoyos sea buscar la manera de hacer que el tutor o el curador tengan como objetivo primordial de su función prestar ese apoyo reclamado por la Convención a la persona con discapacidad, implicarse en conseguir, en el día a día, la mayor autonomía que sea posible. Esto no se consigue cambiándole el nombre al tutor, sino perfilando de nuevo sus funciones, concienciándole de su labor y de las implicaciones que la misma tiene para la dignidad de la persona y prestándole a él también ayuda y apoyos en esa labor⁹⁰.

En esta labor educativa, preventiva, cautelar, tiene la función notarial un gran peso, a la vez que una gran responsabilidad profesional y social. Hablar de discapacidad y Derecho, es hablar de notariado, de fe pública, de notario, de documento público, de garantías jurídicas, de solemnidades, de cautela preventiva. Se trata -parafraseando el título de una de las obras clásicas de GARCÍA MÁRQUEZ-, de la crónica de un protagonismo anunciado.

Expresa certeramente CAVALLÉ CRUZ que

La protección de los derechos de las personas con discapacidad y dependientes es una de las materias en el día a día de los despachos notariales, con el fin de dar solución a las necesidades singulares de cada persona. Instituciones hoy tipificadas y reguladas como la autodelación de la tutela, el mandato preventivo, el contrato de alimentos (...) durante muchos años han existido huérfanos de regulación legal en los protocolos notariales, al amparo de la libertad de los otorgantes, guiados por la labor creadora y conformadora del Derecho por los notarios. El orden lógico y cronológico de la génesis de estas instituciones ha sido primero la práctica notarial, luego el reconocimiento por la jurisprudencia y finalmente su cristalización en una norma legal. Esto es algo que con frecuencia se olvida⁹¹.

89 Vid. PEREÑA VICENTE, M. Ob. cit., pág. 16.

90 Ídem, pág. 17.

91 CAVALLÉ CRUZ, A. Ob. cit., pág. 414.

Ninguna institución como la notarial para acrisolar los más nobles principios que enarbola la histórica Convención de las Naciones Unidas, aprobada en Nueva York, en diciembre de 2006 que resulta hoy un canto épico a la autonomía, al autogobierno, a la toma de sus propias decisiones por las personas con discapacidad.

En expresión del maestro peruano FERNÁNDEZ SESSAREGO:

...Sólo en muy escasas ocasiones durante el humano existir se tiene la oportunidad de vivenciar la libertad. Ello solo ocurre en el instante de las más comprometedoras decisiones, aquella en que la persona tiene que asumirlas por sí misma, sin intervención de otro ser humano (...) El hallarse en esta situación hace sentir al hombre plenamente responsable de su decisión. Ella compromete todo su ser, lo sume en una radical angustia existencial. La angustia de sentirse responsable de su elección, de no poder transferir a otro ser las consecuencias de su decisión⁹².

En ese tránsito, en ese nuevo despertar de personas con capacidades diferentes, pero llenas de proyectos y expectativas

Ninguna institución como la notarial para estudiar y exteriorizar nuevas orientaciones jurídicas. Consejero de las partes, magistrado de las familias, apóstol de la ley, sancionador de las relaciones privadas -en ciertos aspectos comparable con la augusta función del pretor- tiene el notario el privilegio, al par de la gran responsabilidad, de recoger las manifestaciones embrionarias de la vida jurídica a las que, tras un fecundo proceso constitutivo debe darle forma legal, sin más directriz, muchas veces, que la dogmática y los principios generales del Derecho. Si el notariado no crea jurisprudencia, le aporta en cambio, inéditas fórmulas, abre cauces de nuevos compromisos doctrinales y coloca los primeros sillares de la futura legislación⁹³.

92 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011, pág. 993.

93 DE PORCIOLES, José María, cit. por Vallet de Goytisolo, Juan B. *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pág. 1150.

Derecho Comparado

5. BIBLIOGRAFÍA

I. Fuentes doctrinales

- BALLARÍN MARCIAL, Alberto. "Naturaleza y clases de 'juicios' del notario", en Anales de la Academia matritense del Notariado, tomo XXXV, Madrid, 1996.
- BARREIRO PEREIRA, Xosé Antón. "Comentarios a la Ley que fortalece la tutela del incapaz o adulto mayor", en Revista Jurídica del Perú, N° 119, enero 2011.
- BOLÁS ALFONSO, Juan. "Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial", en Revista Jurídica del Notariado, N° 26, octubre-diciembre, 2000.
- CANALES TORRES, Claudia. "La voluntad anticipada *versus* la curatela legítima. La autotutela introducida por la Ley N° 29.633", en Revista Jurídica del Perú, N° 119, enero 2011.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio. *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México, 2006.
- CÁRDENAS RODRÍGUEZ, Luis. "Curatela por voluntad anticipada", en Revista Jurídica del Perú, N° 119, enero 2011.
- CARNELUTTI, Francesco. "La figura jurídica del notariado", en *Lecturas esenciales de Derecho Notarial*, N° 1, bajo la dirección de Leonardo B. Pérez Gallardo, Guillermo Cam Carranza y Miguel Ángel Arévalo, Gaceta Notarial, Lima, 2011.
- CAVALLÉ CRUZ, Alfonso. *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012.
- CHIKOC BARREDA, Naiví. "La comparecencia por representación en el instrumento público (representación legal y voluntaria)", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007.
- CORREA-MONTOYA, Lucas. "Panorama de la protección jurisprudencial a los derechos humanos de las personas con discapacidad en Colombia", en *Universitas*, Bogotá, N° 118, enero-junio de 2009.
- CROVI, Luis Daniel. "Las directivas anticipadas en el Proyecto", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas (Argentina)*, año 4, N° 6, julio, 2012.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel y Roán Martínez, José. "La formación y selección del notario", en *Revista Jurídica del Notariado*, Colegios Notariales de España, Junta de decanos, año XV, número LXI-LXII, julio-diciembre, 1968.
- DE VETTORI GONZÁLEZ, Jessica. *La autotutela como una nueva institución de amparo familiar*, Gaceta Notarial, Lima, 2013.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las personas*, 5ª edición, Rhodas, Lima, 2006.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- GARCÍA DE VILLEGAS, Eduardo. "La voluntad anticipada", pág. 22, en www.notarios.com.mx/admin/fotos/.../eduardo_garcia_villegas.pdf, consultada el 24 de febrero de 2014.
- GARCÍA DE VILLEGAS, Eduardo. *De la tutela designada a la tutela voluntaria*, Porrúa, México, 2011.

- GATTARI, Carlos Nicolás. *Manual de Derecho notarial*, Depalma, Buenos Aires, 1997.
- GIOVANNETTI, Patricia S. y Eduardo G. Roveda. "La inhabilitación por prodigalidad en el Proyecto de Código Civil y Comercial", en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 4, N° 06, julio de 2012.
- GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
- GÓMEZ TABOADA, Jesús. "Capacidad del otorgante y vicios del consentimiento", en *Derecho Notarial*, tomo II, Leonardo B. Pérez Gallardo e Isidoro Lora-Tamayo Rodríguez (coordinadores), Félix Varela, La Habana, 2007.
- GONZÁLEZ BARRÓN, Gunther. *Introducción al Derecho notarial y registral*, 2ª edición, Jurista editores, Lima 2008.
- HORMAIZTEGUY, Gabriela. *Directivas anticipadas. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad*, Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, 2012.
- LLORENS, Luis R. "El notario ante la persona dis-discerniente", ponencia presentada en la XIV Jornada notarial iberoamericana, celebrada en junio de 2010, en República Dominicana (cortesía del autor).
- LOZANO MOLINA, Tomás. *Tutela cautelar y voluntad anticipada*, Porrúa, México, 2008.
- MARTÍNEZ DÍE, Rafael. "El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias", en *La Notaría*, N° 2, mayo 2002.
- MEJÍAS ROSASCO, Rosalía. Entrevista: "Tenemos el privilegio de ser el primer país latinoamericano que ha dejado atrás el modelo de curatela exclusivamente judicial", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 119, enero 2011.
- MELÉNDEZ ARIAS, María del Carmen. "La autoprotección de las personas con capacidad modificada", Tesis doctoral, bajo la dirección de Ignacio Serrano García, Valladolid, 2012, en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/1763>, consultada el 12 de febrero de 2014.
- MONTOYA OSORIO, María Elena y Montoya Pérez, Guillermo. *Las personas en el Derecho civil*, 3ª edición, Leyer, Bogotá, 2010.
- OLMO, Juan Pablo. "Capacidad jurídica, discapacidad y curatela: ¿Crónica de una responsabilidad internacional anunciada?", en *Revista de Derecho de Familia y de las personas* (República Argentina), año 4, N° 6, julio, 2012.
- PARRA BENÍTEZ, Jorge. *El nuevo régimen de incapaces en el derecho colombiano N° Ley 1306 de 2009*, Pontificia Universidad Javeriana, Grupo editorial Ibáñez, Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 2011.
- PELOSI, Carlos A. *El documento notarial*, 3ª reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- PEREÑA VICENTE, Monserrat. "La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?", en *Diario La ley*, N° 7691, Doctrina, 9 de septiembre de 2011, año XXXII, Editorial La Ley.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. *Derecho Notarial*, 7ª edición, Porrúa, México, 1995.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. "La designación voluntaria de tutora por la propia incapacitada: ¿luz verde en el Derecho cubano?", *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 185, abril 2009; "El notario: función de autoridad pública", en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011.

Derecho Comparado

- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. e Lora-Tamayo Rodríguez, Isidoro. "Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el cubano", en *Derecho Notarial*, tomo II, bajo la coordinación de ambos, Félix Varela, La Habana, 2007.
- RAJMIL, Alicia B. y Llorens, Luis R. "Derecho de autoprotección. Directivas anticipadas", en MJ-DOC-6019-AR I MJD6019, 17 de octubre de 2012; "Propuestas para una correcta regulación del régimen de capacidad y discernimiento en el derecho argentino, con especial referencia al proyecto de Código Civil y Comercial", MJ-DOC-6069-AR I MJD6069, 16 de noviembre de 2012.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad", en *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, N° CVII, enero-marzo, 1980; "El documento en el Código Civil", en *Escritos jurídicos*, tomo III, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996; "La firma electrónica", en *Revista de Derecho Privado*, diciembre, 2000.
- ROMÁN G., Ramón. *Lecciones de Derecho Notarial II*, Editorial La Universal, Managua, 2002; Sancho-Tello y Burguete, Vicente. *Derecho Notarial de España*, Librería de Ramón Ortega, Valencia, 1900.
- SERRANO GÓMEZ, Rocío. "Modificaciones al régimen de capacidad humana en la Ley 1306 de 2009", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, volumen 40, N° 113, julio-diciembre de 2010.
- TAMAYO CLARES, Manuel. *Temas de Derecho Notarial*, 5ª edición, Ilustre Colegio Notarial de Granada, Granada, 2001.
- TORRES ESCAMEZ, Salvador. "Un estudio sobre el juicio de capacidad", en *Revista jurídica del notariado*, N° 34, Madrid, 2000.
- URRUTIA DE BASORA, Cándida Rosa y Negrón Portillo, Luis Mariano. *Curso de Derecho Notarial puertorriqueño*, 3ª edición, ediciones Situm, 2002; por Vallet de Goytisolo, Juan B., *Metodología de la Determinación del Derecho, II (parte sistemática)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996.
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. "Comentarios a los artículos 30 y 31", en *Comentarios al Código Civil*, tomo I - *Disposiciones preliminares, Libro I Relación jurídica*, volumen I (arts. del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013; Varsi Rospigliosi, Enrique, "Nombramiento personal de curador", en *Revista Jurídica del Perú*, N° 119, enero 2011.
- VERDEJO REYES, Pedro C. *Derecho Notarial, Pueblo y Educación*, La Habana, 1988.
- VILLARROEL CLAURE, Ramiro. *Fundamentos de Derecho notarial y registral inmobiliario*, 1ª edición, Librería Jurídica Omeba, Cochabamba, 2005.

II. Fuentes legales

Código Civil de la República de Argentina, del 25 de septiembre de 1869, con jurisprudencia de la CJSN, edición a cargo de Luis F. P. Leiva Fernández, La Ley, Buenos Aires, 2009.

- Código Civil de la República de Bolivia*, Decreto Ley N° 12.760 del 6 de agosto de 1975, edición de 1998.
- Código Civil de la República de Chile*, del 14 de diciembre de 1855, con citas de jurisprudencia, anotaciones y concordancias, actualizada al 15 de enero de 2009, a cargo de Javier Barrientos Grandón, Legal Publishing, Abeledo Perrot, Editorial Jurídica Santiago de Chile, 2009.
- Código Civil de la República de Colombia*, sancionado el 26 de mayo de 1873 y puesto en vigor por ley 57 de 1887, 3ª edición, Legis Editores, 1999.
- 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 del 16 de julio de 1987 (anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo), Ciencias Sociales, La Habana, 2011.
- Código Civil de la República de Ecuador*, con legislación conexas, concordancias y jurisprudencia, tomo I, actualizado a 1 de enero de 2007, editado por Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2007.
- 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 del Reino de España*, del 6 de octubre de 1888, 30ª edición, Tecnos, Madrid, septiembre 2011.
- Código Civil de la República de Guatemala*, sancionado por Decreto-Ley N° 106 del 14 de septiembre, de 1963, en vigor desde el 1º de julio de 1964, Ayala and Jiménez Editores, Guatemala, C. A. 1991.
- Código Civil de la República de Honduras*, sancionado por Decreto N° 76 del 19 de enero de 1906, Graficentro Editores, Tegucigalpa. s. f.
- Código Civil de los Estados Unidos Mexicanos para el Distrito y Territorio Federales en materia común y para toda la República en materia federal*, del 30 de agosto de 1928, edición a cargo de Jorge Obregón Heredia (concordado), Porrúa, México, 1988.
- Código Civil de la República de Nicaragua*, 4ª edición, Editorial Jurídica, 1999.
- Código Civil de la República del Paraguay*, ley N° 1183, en vigor desde el 1º de enero de 1987, 3ª edición, Intercontinental Editora, Asunción, agosto de 1993.
- Código Civil de la República del Perú*, promulgado por decreto legislativo 295 del 24 de junio de 1984, en vigor desde el 14 de noviembre de 1984, edición actualizada, Jurista editores, Lima, 2011.
- Código Civil de Puerto Rico* de 1930, edición a cargo de Ramón Antonio Guzmán, Santa Fe de Bogotá, Septiembre 1993.
- Código Civil de la República Dominicana*, 8ª edición, preparada por el Dr. Plinio Terrero Peña, Editora Corripio, C. por A., Santo Domingo, 1987.
- Código Civil de la República Oriental del Uruguay*, sancionado en 1914, concordado, edición a cargo de Gustavo Ordoqui Castilla, Ediciones del Foro, Montevideo, 2010.
- Código Civil de la República de Venezuela*, reformado en julio de 1982, Editorial PA-

Derecho Comparado

NAPO, 1986; Pérez Gallardo, Leonardo B.; Julliet Almaguer Montero y Nancy C. Ojeda Rodríguez (compiladores). *Compilación de Derecho Notarial*, Félix Varela, La Habana, 2007.

Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ley 404/2000 del 15 de junio y su Reglamento, decreto 1624/2000 del 22 de septiembre, ambos en <http://www.colegio-escribanos.org.ar/> consultada el 22 de abril de 2013.

Estatuto del Notariado de Colombia, Decreto 960/1970 del 20 de junio, en http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/D0960_70.HTM, consultada el día 22 de abril de 2013.

Código Notarial de Costa Rica, ley 7764/1998 del 17 de abril, preparado por Hermán Mora Vargas y Jaime Weisleder Weisleder, Editorial Investigaciones Jurídicas, San José, 1999.

Código del Notariado de Guatemala, decreto 314/1946 del 10 de diciembre, Librería Jurídica Guatemala, 2003.

Ley Notarial de Puerto Rico, ley 75/1987 del 2 de julio, en <http://www.lexjuris.com/notaria/lexleynota.htm>, consultada el día 22 de abril de 2013.

Ley del Notariado de Perú, decreto-legislativo 1049, del 25 de junio del 2008, publicado en el Boletín Oficial de Normas Legales, El Peruano, del 26 de junio de 2008, año XXV, N° 10274.

Ley del Notariado de la República Dominicana, ley 301/1964 del 18 de junio, en <http://www.geocities.com/daduye/ley301notario4.html>, consultada el 14 de junio de 2013.

Ley Orgánica Notarial de Uruguay, decreto-ley 1421, del 31 de diciembre de 1878 y su Reglamento, contenido en la Acordada N° 7533 del 22 de octubre de 2004, en formato pdf.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico, ley 7/1977 del 19 de agosto, Editorial Pueblo y Educación, 1ª reimpresión, La Habana, 1983, modificada por el decreto-ley 241/2006 del 26 de septiembre en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Extraordinaria, N° 33, del 27 de septiembre de 2006.

Decreto-ley 248/2007 del 22 de junio, "Del Sistema de identidad y del Registro de electores", en Gaceta Oficial de la República de Cuba, N° 32, Extraordinaria, del 2 de julio del 2007.



Jurisprudencia

Bien de familia*

DESAFECTACIÓN DEL BIEN DE FAMILIA

Artículo 49 de la ley 14.394

Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. 05/06/13. "Damonte, Susana Julia c/Noto, Alfredo s/Despido". En: Boletín InfoJuba N° 98, julio 2013 en <http://www.scba.gov.ar> (consultada en julio de 2014)

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires revoca la sentencia del Tribunal del Trabajo debido a que desconoció la legitimación de la cónyuge del demandado, en su condición de beneficiaria del régimen de la ley 14.394, en el trámite de desafectación del inmueble constituido como bien de familia.

"LA DESAFECTACIÓN DEL BIEN DE FAMILIA ALCANZA A TODO EL BIEN Y NO SÓLO A LA PORCIÓN INDIVISA DEL DEUDOR..."

CNCOM, Sala E. 23/05/2014. "Sicknayi, José c/ F. M. y otro s/ ejecutivo". En: el Dial AA882C y DSI 14/7/2014.

La cónyuge del ejecutado, condómina y beneficiaria del bien de familia, pretende que se deje sin efecto la subasta del 50% indiviso de propiedad de aquel en un crédito anterior a la inscripción del bien de familia.

"§10. Ejecución por deudas del condómino. Afectado el bien por ambos condóminos, la ejecución seguida por los acreedores de uno de ellos por deudas anteriores a la afectación, determina la desafectación íntegra, ya que no se

* Jurisprudencia y doctrina. Junio de 2013 a septiembre de 2014. Recopilación realizada por Carina Naldi Ríos, Jefa de la Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield".

Jurisprudencia

concibe el mantenimiento de la afectación por una porción ideal del inmueble, dados los fines tutelares que la afectación persigue, lo que está, además implícitamente señalado cuando el artículo 43 requiere la conformidad de todos los condóminos para la afectación. En respaldo de este criterio se agrega que, si se subastare una parte indivisa del bien, difícilmente podría justificarse la existencia de parentesco entre el adquirente y el otro condómino". En: Bossert, Gustavo A. "Ley 14.394, arts. 34 a 50". *Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Belluscio, A. C. (dir.) y Zannoni, E. A. (coord.), t. 6, pág. 314.

CONSTITUCIÓN DEL BIEN DE FAMILIA

Bien de familia en el concubinato sin hijos. Proyecto de Código Civil y Comercial 2012

CNCIV, Sala M. 16/05/2014. "C., J. c/ Registro de la propiedad inmueble de la Capital Federal s/Recurso directo a Cámara". El Dial Express 27/5/2014, año XVI, N° 4003, el Dial AA875D y DSI 27/5/2014.

La sentencia hace lugar a la inscripción de un inmueble como Bien de Familia, propiedad en condominio de dos personas convivientes desde hace diecinueve años, sin hijos en común, y extiende así la tutela a otro tipo de uniones más allá del matrimonio, que merecen igual protección por parte del Estado.

La existencia del núcleo familiar, sin correlación con las instituciones legales del matrimonio, es una realidad ineludible y excluir a la familia de hecho del beneficio del régimen de familia importa una discriminación infundada e inaceptable, pues se vulnera el principio de autonomía de la voluntad.

Puesto que la finalidad del Bien de Familia es favorecer a la familia en sí misma, a esta como institución y a todos los miembros que la componen en pie de igualdad sin importar si la familia es de carácter convencional y no matrimonial, menos aún si se discrimina por el hecho de que no existan hijos en común.

Finalmente, y si bien no está sancionado, destacan la consideración que hace del concubinato el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, que considera a las uniones convivenciales como "la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo" y prevé la ampliación de los beneficiarios del Bien de Familia a los convivientes.

LA QUIEBRA DEL CONSTITUYENTE. FACULTADES DEL SÍNDICO

CNCOM, Sala F. 06/05/2014. "Cervellini Graciela Yolanda s/quiebra s/ incidente de subasta" (Av. Bacacay 4224 y Bacacay 4216). En: el Dial AA8738

La síndico pretende que se decrete el levantamiento del bien de familia y se declare inoponible, frente a la quiebra, la incorporación a dicho régimen.

Según la doctrina sentada por la Corte Nacional el 10 de abril de 2007 en los autos "Baumwohlsperner de Pilevski, Nélide s/ quiebra" (Fallos 330(2): 1377): "La legitimación del síndico no se extiende a la actuación respecto de bienes que no han sido objeto de desapoderamiento por encontrarse excluidos por leyes especiales (art. 108 inc. 7 de la Ley 24.522), dado que la inscripción del inmueble como bien de familia es anterior al período de retroacción establecido por el art. 116 de la Ley de Concursos" (considerando 6º).

Por otro lado, se aparta lo resuelto del art. 38 de la Ley 14.394 en cuanto declara la oponibilidad del bien de familia, aun en caso de concurso o quiebra, ya que la tutela legal de base constitucional sólo cede frente a los acreedores con derecho a obtener la desafectación. Además, carece la sindicatura de atribuciones para enervar los efectos de una renuncia u omisión en la que no se encuentra comprometido el orden público (del considerando 7º).

Por último, el considerando 8º señala: "...el ejercicio de las acciones individuales que competen a tales acreedores por el síndico (...) contraviene la solución legal y la torna inoperante, al privar de todo efecto a la expresa subsistencia del beneficio frente a la ejecución universal...".

LA QUIEBRA DEL CONSTITUYENTE. FACULTADES DEL SÍNDICO

CNCOM, Sala F, 18/02/2014. "Elmeaudy, Mercedes Cecilia s/ quiebra". En: el Dial AA85E7

En el marco de una quiebra, se legitima, a la sindicatura, a obtener la desafectación de un bien de familia en los términos del art. 49, inc. d) de la ley 14.394 que remite al artículo 34 de la citada ley, donde la Cámara tiene en cuenta la pauta a seguir en la doctrina que emerge de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación "Baumwohlsperner de Pilevski, Nélide s/ quiebra. 10/4/2007" (Fallos 330(2): 1377) que no niega la legitimación del funcionario para reclamar la desafectación en los términos citados.

Jurisprudencia

CRÉDITO ALIMENTARIO. INOPONIBLE AL BIEN DE FAMILIA

CNCivil, Sala G, 9/10/2013. "M. N. I. c/E. M. E. s/medidas precautorias". Expte. 47771/2012. En: <http://www.cij.gov.ar> (consultado: 23/9/2014)

Resulta inoponible, al crédito alimentario, el régimen del bien de familia cuando el mismo fue constituido sobre el inmueble con posterioridad al surgimiento de la obligación alimentaria. Los fundamentos se encuentran en la naturaleza del crédito que se intenta salvaguardar y la expresada intención del accionado en torno a la venta del inmueble que puede conducir a la insolvencia o menguar su patrimonio de manera que torne ilusorio el derecho del beneficiario. La Sala G de la Cámara Nacional Civil entendió necesario establecer un monto al embargo trabado por la magistrada de la anterior instancia sobre el 50% del inmueble, a fin de cautelar cuotas alimentarias futuras.

CRÉDITO ALIMENTARIO. DISTINCIÓN ENTRE DESAFECTACIÓN E INOPONIBILIDAD DEL BIEN DE FAMILIA

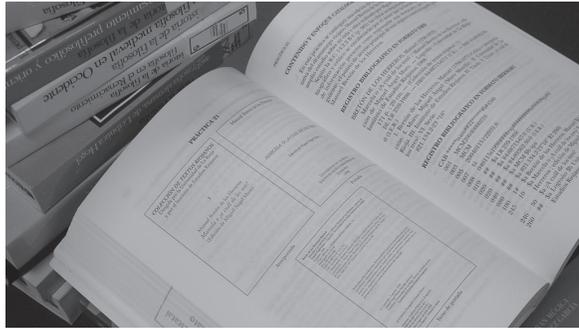
CNCivil, Sala F, 2/10/2013. "R. C. R. c/U., B. J. s/aumento de cuota alimentaria". Expte. 78726/2009 En: <http://www.cij.gov.ar> (consultado: 23/9/2014)

Se deja sin efecto la orden de desafectación del bien de familia y se lo declara inoponible a la acreedora que solicitó un aumento de cuota alimentaria.

La deuda es anterior a la constitución del bien y, a los fines del embargo, basta con declararlo inoponible, a fin de que el deudor no pierda el beneficio respecto de otros acreedores que no cuenten con un crédito del mismo tipo. Distinta es la desafectación que produce la cancelación de la inscripción en el registro inmobiliario y deja al bien vulnerable frente al ataque de cualquier acreedor, por cualquier causa o título, y que puede causar un perjuicio innecesario e injustificado al titular dominial, que excede el interés del peticionante de la medida.

BIBLIOGRAFÍA

- AREAN, Beatriz. *Bien de familia*. Hammurabi, Buenos Aires. 2007.
- BOSSERT, Gustavo A. "Ley 14.394, arts. 34 a 50". *Código Civil y Leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, A. C. Belluscio (dir.) y E. A. Zannoni (coord.), t. 6, págs. 286-361.
- Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Publicación a cargo de la Secretaría de Jurisprudencia del Tribunal. Tomo 330, volumen 2, abril-junio 2007. Bs. As.: La Ley, 2008. Citar como Fallos 330(2): 1377.
- GUASTAVINO, Elías. *Derecho de familia patrimonial: Bien de familia*. La Ley, Buenos Aires. 2010. Edición actualizada por Eduardo Molina Quiroga, colaboradores en la actualización: Sandra Fodor, Lucía M. E. Guastavino y Gabriel N. E. Guastavino.
- Argentina. Ley 14.394. Código Civil. Régimen de menores y de la familia. Divorcio. Régimen penal de los menores, edad para contraer matrimonio. Ausencia con presunción de fallecimiento. Bien de familia...
- B.O. 30-dic-1954. En: <http://www.infoleg.gov.ar>
- Artículos 34 a 50 de la ley 14.394.



Recensiones

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Derecho societario: Recopilación de artículos, ponencias y ensayos

Autora

Carmen Silvia Elena Magri.

Prólogo de Natalio Pedro Etchegaray.

Editorial FEN, 2013.

308 págs.

Derecho societario: Recopilación de artículos, ponencias y ensayos, escrito por Carmen Silvia Elena Magri, es un libro en homenaje a su autora. La forma más apropiada de recordarla fue hacerlo a través de su generosa obra. La autora se destacó no sólo por su labor doctrinaria, sino también por sus características personales que volcó en favor de la labor profesional e institucional.

El texto ha sido editado en La Plata por FEN (Fundación Editora Notarial) en 2013. Es una recopilación y una selección de su extensa obra cuya tarea de compilación y articulación ha estado a cargo del escribano Eduardo Gabriel Clusellas -colaborador y amigo-, circunscripta a la temática a la cual dedicó innumerables horas de investigación y docencia, la temática societaria.

En ese sentido, este libro homenaje contribuye para "...cumplir con el sueño de su autora: poner la solución al alcance de los no especialistas que, por amplitud de incumbencias funcionales y dispersión territorial, constituyen la mayoría del notariado", palabras de su prologuista, el escribano Natalio Pedro Etchegaray.

La obra fue presentada en su honor, el día 13 de noviembre de 2013, en el marco de la 38 Jornada Notarial Bonaerense realizada en la ciudad de Bahía Blanca.

Por ser este un libro homenaje, nos referiremos, en primera instancia, a la persona de Carmen Magri y, luego, a la obra en sí.

Carmen Magri dejó, al momento de su inesperada partida, un extenso legado, producto de una personalidad pujante que le permitió desempeñar con solvencia una actividad multifacética pocas veces vista. Nos remitimos a las palabras del escribano Clusellas en ocasión de la presentación de la obra: "Carmen tenía una personalidad muy fuerte y comprometida con lo que encara-

Recensiones

ba...”; así, la responsabilidad, la entrega, la dedicación, la pasión y la constancia fueron características suyas puestas en favor del notariado y de su Colegio en especial.

Su afán de investigación y su memoria prodigiosa la transformaron en un referente indiscutido en las cuestiones societarias, y la ubicaron como una consultora por excelencia en todos los lugares que la actividad notarial ofrece. Fue delegada; autora de trabajos premiados; relatora en jornadas notariales, coordinadora provincial, nacional y del Congreso de la Unión Internacional del Notariado; profesora en la Universidad Notarial Argentina y Consejera Académica; miembro de número de la Academia Nacional del Notariado; jurado en innumerables jornadas y exámenes de acceso a la función; oradora y expositora en charlas, seminarios, cursos y carreras de posgrado de varios ámbitos notariales y universitarios, y para jueces y magistrados.

Ocupó cargos directivos en la Delegación San Isidro y se desempeñó como Presidente en dos oportunidades. Fue consejera del Colegio Provincial, Secretaria de varias áreas y Vicepresidente y, a nivel nacional, fue Secretaria del Consejo Federal del Notariado Argentino.

Al decir de sus colegas, su generosidad se vio reflejada en su especial vocación para descubrir y fomentar nuevos valores. Estuvo atenta a los colegas que mostraban interés por trabajar e investigar, promoviéndolos a participar en Congresos y Jornadas, y en todos los ámbitos donde ocupó puestos directivos, generó una influencia positiva que se reflejó en más de una generación de colegas. A raíz de esto, el escribano Clusellas manifestó ser uno de esos escribanos impulsados a investigar motivados por Carmen Magri.

Como si esta semblanza no fuera suficiente, agregamos la del prologuista de la obra, el escribano Natalio Pedro Etchegaray, colega y amigo de Carmen Magri. Etchegaray la define como una consultora por excelencia con vocación docente, que proporcionaba una solución técnica al problema que le presentaba el colega, debido a que articulaba la realidad con la legislación y la doctrina. Sostiene además, que realizó una extraordinaria tarea de asistencia técnica a los colegas ya sea por su cargo en la conducción dirigenal, como por la comprometida tarea cotidiana profesional, aprovechando la infraestructura colegial: desde la Asesoría Notarial Personalizada o la Revista Notarial, entre otros órganos ya mencionados. “El derecho societario fue el área de mayor compromiso profesional...” al haber comprendido la necesidad de superar viejas prácticas en el tema.

Ahora sí, *Derecho societario: recopilación de artículos, ponencias y ensayos*, está dividido en dos partes: una, dedicada a la doctrina en general y algunos modelos y técnicas de resolución de problemáticas societarias instrumentales; otra, que recopila las más interesantes respuestas que dio a las consultas planteadas en el ámbito de la Asesoría Notarial Personalizada.

Las tres primeras publicaciones doctrinarias: “No me dedico a sociedades I, su parte II y su parte III, publicadas en la REVISTA NOTARIAL, números 912 (1992), 931 (1998) y 957 (2007), se transformaron en un clásico de la doctrina notarial. Allí la autora volcó en sencillas palabras su experiencia práctica a la hora de constituir una SRL (en la parte I), una SA (en la parte II); y, en la III, consideró la registración de los administradores. Alentó al colega a perder el temor reverencial al tema e ir en búsqueda de la tendencia hacia lo societario, con la finalidad de practicar una incumbencia que, de no hacerlo, otros operadores del derecho ocuparían ese lugar. De esta manera, la autora comienza diciendo: “Cuando surgió en mí la idea de este pequeño ensayo práctico, pensé en todos y cada uno de los colegas que efectúan diariamente consultas societarias y me derivan clientes porque *no se dedican a sociedades...*”.

Las temáticas que se encuentran a continuación tratan cuestiones sobre: sociedades extranjeras, acto aislado (fallo anotado, en pág. 59); sociedades constituidas en el extranjero, reconocimiento e inscripción (ponencia de congreso, en pág. 71); sociedades extranjeras, sucursal (modelo, en pág. 85); contratos entre SA y sus directores: interés contrario del director e interés contrario del accionista (en pág. 97); actos ilícitos, prohibidos y admitidos en la representación societaria, el acto notoriamente extraño al objeto, donaciones por sociedades, hipoteca por obligaciones de terceros, invalidez por infracción del voto, objeción al poder general de representación (teoría del órgano, en pág. 111); cambio de jurisdicción de una sociedad comercial de la CABA a la Provincia (en pág. 129); persona jurídica, valor de los libros de actas no rubricados (en pág. 139); sociedad anónima, representación societaria, suscripción por el vicepresidente de la sociedad de títulos circulatorios (en pág. 149), transferencia onerosa de acciones (en colaboración con Carina B. Donadío Peterlin, en pág. 153); intervención de los notarios en los procesos judiciales y en la quiebra (en pág. 161); venta del activo en la quiebra (ponencia premiada en colaboración con María Cristina Iglesias, en pág. 185); venta de activos en la quiebra (en pág. 221); quiebra, avenimiento, disposición de bienes (fallo anotado, en pág. 237); subasta pública y remate, procedimiento licitatorio en la quiebra, régimen especial de ejecución hipotecaria (en pág. 251); y, por último, sociedades (en pág. 255).

Las fuentes de los artículos doctrinarios, producto de la docencia e investigación, son: REVISTA NOTARIAL, Cuadernos de Apuntes Notariales, revistas de otros Colegios Notariales, ponencias a congresos, entre otros.

La segunda parte de la obra, dedicada a reproducir las más interesantes respuestas que dio la autora a las consultas que le plantearon como integrante de la Asesoría Notarial Personalizada, describe el caso, el interrogante que le plantea el consultante y, en el dictamen en sí, en ciertos casos, enumera los puntos y, en otros, redacta las distintas posibilidades de resolución. Algunos

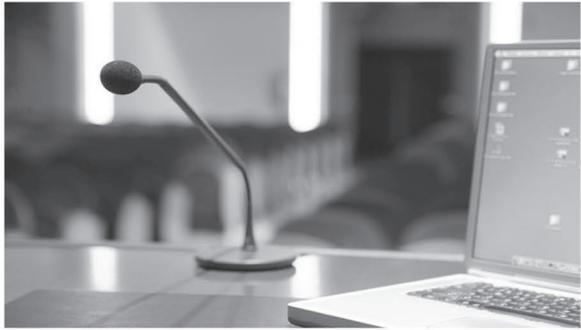
Recensiones

de los temas considerados son: cambio de jurisdicción de una sociedad con domicilio legal en la CABA a nuestra provincia (en pág. 265); venta de paquete accionario de una SA con domicilio en la CABA (en pág. 267); SRL (en pág. 270); cesión de derechos sociales de una sociedad civil (en pág. 271); venta de sociedad extranjera con sucursal (en pág. 272); rúbrica de libros en una biblioteca (en pág. 274); formalización de una UTE o agrupación de colaboración empresaria (en pág. 275); transferencia de inmueble sin inscripción de la sociedad en formación (en pág. 276); división de condominio o partición (en pág. 278); constitución de sociedad aportando el crédito hipotecario y la propiedad hipotecada (en pág. 280); *trading* (en pág. 282); SA, adquisición de acciones por parte de una cooperativa (en pág. 286); escrituración de inmueble adjudicado por sorteo o rifa (en pág. 288); constitución de una federación (en pág. 290); aporte del capital social en bienes, incumplimiento del art. 38 LSC, respecto de un automotor (en pág. 293); transferencia de acciones de una sociedad anónima (en pág. 295); cambio de jurisdicción o domicilio de una sociedad anónima constituida en otra provincia (en pág. 297); inscripción de la declaratoria de herederos con relación a cuotas sociales (gananciales) del causante; SRL de plazo vencido; nombramiento de liquidador; otorgamiento de poder (en pág. 302); y, por último, adquisición en licitación pública (en pág. 304).

La prosa, llana y directa, aporta claridad y facilita comprensión del tema desarrollado a lo largo de las 308 páginas.

Este libro, sin dudas, será de suma utilidad para el escribano y los operadores del derecho por su claridad expositiva, aplicación práctica y fundamentos vertidos en la temática societaria desde una visión notarial.

Carina Naldi Ríos



Informaciones

1° Congreso Interdisciplinario: Vulnerabilidad y Derecho

Rosario, Santa Fe, 8 al 10 de mayo de 2014

CONCLUSIONES

COMISIÓN 1

Moderadores y Relatores: Esc. Marcelo De Laurentis, Esc. Mercedes Córdoba y Dra. María Elina Rossi

En nuestra comisión abordamos la vulnerabilidad desde la perspectiva de los dos extremos de la vida: la ancianidad y la niñez, y a esta última especialmente cuando además de vulnerable por menor, es vulnerable por su incapacidad.

Agradecemos a la Escribana Falocco quien aportó, en su ponencia, que debemos como sociedad lograr la plena inclusión de los adultos mayores sin discriminación alguna; garantizar el acceso de recursos que aseguren una vejez digna en cuanto a salud, vivienda e ingresos jubilatorios; asegurar el pleno ejercicio de derechos sociales y, fundamentalmente, el derecho a ser oídos;

Informaciones

promover leyes en favor de los adultos mayores, acordes con los tratados internacionales. El notario deberá actuar como garante de todas las personas, sobre todo, las mayores, que son la memoria de un pueblo y maestros de la vida, ya que una sociedad que descuida a sus ancianos, niega sus propias raíces y simplemente sucumbe.

La Dra. Spina aportó que el régimen de capacidad jurídica establecido por el Código Civil se halla en crisis por la influencia de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos “aggiornado” únicamente por la ley de salud mental. Las reformas proyectadas deben responder al cambio de paradigma establecido por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad incorporada por la ley 26.378.

Los ancianos, en principio, son personas plenamente capaces, según la presunción legal de capacidad que surge de nuestro Código Civil, aunque vulnerables. Los derechos de las personas mayores corresponden al sistema de derechos humanos reconocidos internacionalmente, siendo conveniente que se vean plasmados en una Convención Internacional, que por su carácter de obligatoria, tienda a la prevención, protección y promoción de los derechos de dichas personas. La actuación notarial, en tanto operadores jurídicos, debe adecuarse a los nuevos paradigmas emanados de las convenciones internacionales en relación a la capacidad de las personas. Negar su actuación por la edad avanzada o falta de movilidad de una persona puede resultar un incumplimiento de su deber funcional y un acto discriminatorio. Los actos de autoprotección son una herramienta jurídica idónea para las personas adultas mayores a efectos de organizar un régimen de protección ante la posibilidad de la discapacidad, determinar apoyos (una o más personas de su preferencia) y salvaguardas, y así asegurar su derecho a ser oído y proyectar su vida de acuerdo a su voluntad, sus deseos y sus preferencia para mantener su autodeterminación.

Las ponencias de las Dras. Dabove y Di Tullio nos aportaron que se impone la necesidad de distinguir la vejez normal, de la patológica (senilidad); el deber judicial de tomar contacto personal con el presunto incapaz por parte de los jueces y considerar el criterio de gradualidad, a la hora de establecer las restricciones para el caso, conforme al art. 152 ter CC. En el marco de los juicios de insania e inhabilitación, se deberá incluir la obligación del Tribunal de oficiar a los Registros de Actos de Autoprotección (o similares), a fin de tomar conocimiento de la existencia de instrumentos otorgados por el insano/inhábil en miras a respetar su voluntad en esta materia.

La escribana Hadrowa nos ayudó a concluir que el notario debe formar su propio criterio acerca de la aptitud del otorgante, criterio que se formará valorando la naturaleza del acto y a priori. La solicitud por parte del escribano de certificado médico no debe poner en tela de juicio su valoración en cuanto a la capacidad del otorgante; es un elemento más en su actuar diligente.

Niños, niñas y adolescentes, por su condición de personas, gozan de todos los derechos contemplados en el art. 75 inc. 22; además de la protección específica que se les concede a fin de protegerlos de su situación de vulnerabilidad, consagrada en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, Ley Nacional Nº 26.061, y diversas leyes provinciales.

El Dr. Olmo propuso una serie de interrogantes referidos a la necesidad de regular un régimen de apoyos para la toma de decisiones por parte de niños, niñas y adolescentes. Concluyó que los criterios para la implementación de un sistema de apoyos varían con relación a los adultos. Deben poder ejercer sus derechos en igualdad de condiciones que los demás niños, niñas y adolescentes. Los apoyos se implementarían según criterios de necesidad y oportunidad, teniendo en cuenta las siguientes variables: a) según que el niño, niña o adolescente sea responsable por la toma de la decisión, o bien sólo se le reconozca el derecho a participar en el proceso decisorio cuya responsabilidad finalmente recaerá en su representante legal; b) que sea necesario tomar la decisión durante la infancia y la adolescencia, o bien se pueda esperar hasta haber alcanzado la mayoría de edad; c) según se determine en cada caso que se trata de los apoyos del art. 12 o los del art. 19 inc. b) de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

La Dra. Hernández nos hizo reflexionar respecto de la participación en la toma de decisiones médicas por parte de los pacientes pediátricos. Se reconoce a los niños, niñas y adolescentes el derecho a participar en la toma de decisiones médicas; respecto del consentimiento informado, continúan las limitaciones derivadas de la necesidad de reforma respecto del régimen de capacidad y representación.

Los Dres. Mourelle y Tamborenea propusieron que la patria potestad de los hijos que hubieran *sido incapacitados judicialmente* durante la menor edad, se prorrogue automáticamente por ministerio de la ley. Si no hubiera sido legalmente declarado, se inste el proceso de incapacitación del hijo mayor de edad, soltero que viva en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos. Cumplido con este trámite, se *rehabilitará* la patria potestad que será ejercida por quien corresponda. En cualquiera de los dos casos, la patria potestad prorrogada o rehabilitada, se ejercerá con sujeción a lo que especialmente se disponga en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, por las reglas del Código en materia de patria potestad. Se propone también una modificación a los códigos de procedimientos, a los efectos de acelerar el proceso de curatela, suprimiendo el nombramiento de un curador provisorio, dejando que dicho cargo sea ejercido por el padre o los padres hasta su nombramiento definitivo.

La escribana Gover nos aportó que Conocer la *verdad biológica, la verdad histórica, la identidad de origen* es un derecho para ejercer la autodetermina-

Informaciones

ción por parte de niños niñas y adolescentes y está íntimamente vinculada al derecho a la *dignidad* y a la *libertad*.

Agradecemos a las Dras. Chera y el equipo interdisciplinario compuesto por la Lic. Milessi, Dra. Petruzzi, Prof. Sartor y Lic. Fabiani que nos enriquecieron con su experiencia a través de acciones concretas para promover, mantener y mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad. De acuerdo a las posibilidades y al desarrollo de cada individuo, se deberá centrar el abordaje terapéutico, en el desarrollo de la autonomía, pensando en individuos, políticas y prácticas que modifiquen las vidas de las personas y sus percepciones de una vida con calidad. La integración pedagógica es el mejor aporte en este sentido, desde la niñez y hasta el final de la vida.

Por último, las Dras. Echeury y Graizzaro pusieron énfasis en los derechos del consumidor en las personas con discapacidad. Nos animaron a eliminar barreras arquitectónicas y de toda índole. Nos debemos la difusión en la sociedad de los derechos de personas con discapacidad, menores y adultos mayores, a través de campañas de divulgación masiva y otros recursos comunicacionales y promover en la comunidad jurídica el estudio, diseño y uso de medidas y herramientas eficaces para ejercer plenamente los derechos garantizados.

COMISIÓN 2

Moderadores y Relatores: Dra. María Claudia Torrens y Esc. Pedro Marzuillo

I) La vulnerabilidad nos abarca a todos los seres humanos, correspondiéndose a un nuevo modelo de derecho, menos abstracto y más comprometido con el efectivo goce de los derechos por parte de las personas.

II) La vulnerabilidad se impone como específico concepto del derecho, para abarcar, con precisión, determinadas situaciones, que esta Comisión entiende se deben describir conforme a las Reglas de Brasilia.

III) La Comisión pondera que la concepción de vulnerabilidad debe reconocerse, además, como categoría jurídica, con el criterio sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos; es decir, como agravante ante ciertos incumplimientos que a lo largo del desarrollo de la jurisprudencia de ese Tribunal se ha resuelto en relación a un amplio espectro de violaciones a los derechos humanos.

IV) En relación al efectivo goce de los derechos humanos consagrados, entiende este Congreso que se debe priorizar la participación del movimiento social (ciudadanos, habitantes y entidades intermedias) en una perspectiva horizontal, actuando en estrecha colaboración con el Estado. La presente conclu-

sión tiene en cuenta que la respuesta de los actores jurídicos, antes reservada al Estado y regulada a su conveniencia, hoy se presenta en forma horizontal por el surgimiento de nuevos actores y nuevas corrientes de pensamientos.

V) Se consideró, particularmente, la figura del delito de Circunvencción de Menores e Incapaces, tipificado por el art. 174, inc. 2 del Código Penal argentino, norma que integra el espectro de los principios protectorios de las personas en situación de mayor vulnerabilidad.

VI) La comisión destaca que, en la labor notarial, el principio de inmediación entre el notario y las partes permite al profesional ponderar el grado de comprensión de cada sujeto como regla obligatoria de su ministerio. Específicamente, en lo que refiere a la aptitud de los otorgantes, siempre se deberá atender el principio de presunción de capacidad. Ante la duda, el notario no debe abstenerse de prestar su ministerio, sino, al contrario, investigar el caso concreto y no crear una discapacidad donde no la hay. La comisión acuerda destacar, que debe tenerse en cuenta el sistema de apoyos postulado por la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, para fortalecer la prevalencia absoluta al otorgamiento del acto, y puntualiza la necesidad de profundización teórica y práctica del citado sistema.

VII) En relación a las especiales circunstancias de vulneración de derechos de los pueblos originarios y, en particular, los problemas de accesibilidad al sistema de justicia de la población Q'om, Wichi y Mocoví de Machagai, Chaco, se establece: que el sistema judicial integre necesariamente, no contingentemente a los miembros de los pueblos originarios y que los funcionarios del Estado en el cual se encuentran asentadas las comunidades, conozcan la lengua, sus costumbres y su idiosincrasia.

VIII) Que el derecho a la educación debe incluir a los adultos mayores en igualdad de condiciones, ajustando el reconocimiento de este derecho a sus particulares necesidades.

IX) Que la vulnerabilidad muchas veces tiene su vinculación con el desconocimiento de derechos ante la falta de información. Se considera positivo entonces la difusión (comunicación) como política pública de todas las herramientas que pone a disposición el Derecho para atemperar las situaciones de vulnerabilidad. Todo esto en referencia a la experiencia denominada "Fortalecedores Sociales" realizada en articulación de un Instituto terciario y la Municipalidad de Machagai presentada en el Congreso.

X) Se postula la adhesión de la Argentina al Tercer "Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones", Resolución 66/138 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 19 de diciembre de 2011. Última ratificación del 14 de enero de 2014, que reconoce la competencia del Comité de los Derechos del Niño para

Informaciones

recibir comunicaciones en relación a la violación de los derechos previstos en la CDN y en sus Protocolos Facultativos.

XI) La prohibición del trabajo infantil debe ser reforzada, no sólo desde la sanción a empleadores sino a través de políticas públicas a favor de ese niño.

XII) La Comisión analiza que se tenga presente los principios de prevención y precaución en los productos de la biotecnología moderna, por ejemplo, los productos transgénicos. El principio de precaución debe atender a la vulnerabilidad humana, además el objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran.

XIII) Se denota la urgente implementación, a los efectos de la protección de los niños, niñas y adolescentes, de la instalación en todas las circunscripciones judiciales de la provincia de Santa Fe de “Cámara Gesell” como mínimo resguardo ante situaciones de vulneración de derechos.

XIV) El proceso invisibiliza la violencia económica hacia la mujer. Un aporte es la aplicación de la ley vigente: la facultad discrecional de fijar la cuota alimentaria debe interpretarse en clave de DDHH y, conforme a la regla 20 de las “Reglas de Brasilia”, fijar alimentos. Además, la representación de niñas, niños y adolescentes en los procesos alimentarios quedará a cargo de sus abogados y no a cargo de las madres de los mismos.

COMISIÓN 3

Moderadores y Relatores: Esc. Alejandro Toguchi, Esc. Stella Maris Estelrich y Esc. Mónica Zanazzi

Es necesaria la difusión de las directivas anticipadas de salud entre los profesionales juristas, los profesionales de la salud y las instituciones médicas a fin de garantizar el respeto a los derechos de autonomía y dignidad de las personas.

Es necesaria una revisión de la capacidad requerida por la ley para el otorgamiento de las directivas anticipadas, y deberán tenerse en cuenta los nuevos paradigmas de capacidad reconocidos por nuestra legislación.

Las directivas anticipadas para tratamientos médicos pueden constituir un instrumento eficaz para el respeto de la dignidad y de los derechos personalísimos de las personas vulnerables siempre que tengan en cuenta los principios de la bioética personalista, especialmente los principios de defensa de la vida física, de la libertad, de la responsabilidad y por consiguiente el deber moral del paciente de colaborar con los cuidados ordinarios y proporcionados para preservar su vida, que incluyen la alimentación e hidratación. A través de las

directivas anticipadas podrá requerirse la supresión de medios extraordinarios o desproporcionados de terapia final y solicitarse cuidados paliativos.

La ausencia de manifestación de la voluntad del paciente de suprimir el soporte vital, no puede ser suplida por la decisión de sus representantes, en el caso comentado, sus curadoras, por contradecir principios éticos y los principios básicos de nuestro derecho positivo, ya que la función esencial del curador consiste en velar por la vida de su curado y realizar todos los actos tendientes a lograr la rehabilitación de este.

La formación en bioética personalista y en bioderecho por parte de los escribanos, abogados y operadores jurídicos en general, es importante en la actualidad, a fin de contribuir eficazmente a la defensa de la dignidad y de los derechos personalísimos de las personas vulnerables, del derecho a la vida, a la salud, a la libertad, a la intimidad y a una muerte digna -que no se logra con eutanasia activa ni pasiva, sino recurriendo a la ortotanasia y a cuidados paliativos-.

El Proyecto de unificación y reforma de los Código Civil y Comercial de la Nación inicia el camino hacia el tratamiento de aquellos actos de carácter personalísimo y, especialmente, los relacionados con la salud y el propio cuerpo, adoptando el principio del interés superior del niño, el derecho a participar y ser oído y la autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos, acorde con las convenciones Internacionales de rango constitucional.

Se ha propuesto dentro de la comisión como herramienta jurídica al servicio del derecho de la autoprotección el "poder preventivo", expresando que: es esencial *distinguir poder de mandato* y reconocer que el contrato de mandato es uno de los posibles negocios subyacentes del poder.

Subyace en todo poder preventivo un acto de autoprotección sujeto a sus propios requisitos independientes y distintos del contrato de mandato o de otros contratos que puedan coexistir con aquel.

Por sus propias características *el poder preventivo no se extingue por la discapacidad natural o judicial sobrevinida del poderdante, sino que nace a la vida jurídica con ella.*

El *poder preventivo es una herramienta aplicable de lege lata* más allá de la conveniencia de la regulación del mismo.

Con respecto a la ponencia del patrimonio protegido, del análisis, desde la práctica profesional y la conveniencia de la implementación del patrimonio protegido de las personas con discapacidad en nuestro derecho, llegamos a la conclusión, sobre la necesidad de legislar este instituto, ya que conforma una herramienta que facilita la autosuficiencia económica y el desarrollo de las personas con discapacidad (minoría).

Por mayoría: se arbitren todas las medidas posibles para obtener beneficios impositivos con las herramientas jurídicas que contamos (fideicomiso, donación con cargo...) y que cumplen dicha función.

Informaciones

“El contrato de alimentos en la Legislación española. Posibilidad de su implementación como figura atípica en la República Argentina”.

Con respecto al contrato de alimento. El contrato de ALIMENTOS. “Aquel por el cual una o varias personas (alimentista o cedente) se obligan frente a otras u otras a (alimentante o cesionario) a transmitir el dominio de un bien mueble o inmueble, u otro derecho real o incluso la facultad de goce o disfrute de un bien o derecho, a cambio de ser alimentado (generalmente in natura) y atendido o asistido con convivencia o sin ella, durante el tiempo que se pacte (generalmente la vida del alimentista) y con la extensión que asimismo se acuerde en medida variable, según las necesidades del alimentista”.

Los principios de la autonomía de la voluntad y de la libertad contractual permiten, en el derecho argentino, recurrir a figuras que, aunque no tipificadas legalmente, puedan dar satisfacción a los intereses de los particulares con el límite de no perjudicar a terceros ni afectar el orden ni la moral públicos. *De lo expuesto surge la VIABILIDAD de su implementación en el tráfico jurídico.*

Por mayoría. El contrato oneroso de renta vitalicia complementado con otros actos de autoprotección, respecto de las obligaciones de hacer, satisface los alcances de la figura planteada.

Que el carácter asistencial del contrato de alimento tiene acogida en la figura típica de contrato de renta vitalicia.

Con respecto a la Ley Nacional de Salud Mental, se propició que no deben quedar como meros enunciados, ya que su sanción permite avanzar en la lucha por una organización ética, racional y científica en el campo de la salud mental.

Asimismo que las residencias geriátricas deben ser un lugar donde el adulto mayor despliegue la vitalidad que aún conserva de la manera más acorde a sus posibilidades y transformarlas en una institución de puertas abiertas a la comunidad, para evitar la cosificación del anciano.

En relación a la curatela se expresó que es una institución de *iure condendo* para el derecho cubano. Todas las reflexiones esbozadas en estas páginas sobre ellas constituyen para mi contexto patrio una utopía. Mas esa utopía hoy no es tan lejana ni inalcanzable. Su presencia en el Anteproyecto del Código de Familia anuncia al gremio jurídico cubano su pronta presencia entre nosotros. Es por eso que resulta apremiante su estudio por parte de los Notarios cubanos quienes estaremos llamados a instrumentarla como toda la pléyade de instituciones jurídicas privadas. Este modesto trabajo espero que sirva para ese propósito, haciendo votos porque pronto la capacidad restringida no sea una institución virtual del Código Civil.

En cada decisión en relación al agua potable, las autoridades públicas deberán ponderar la situación de las personas en situación de vulnerabilidad con el fin de garantizarles un ejercicio igualitario de su derecho de acceder a agua segura.

XXXI Jornada Notarial Argentina

Ciudad de Córdoba, 7 al 9 de agosto de 2014

AUTORIDADES DE LA JORNADA

Presidente: Omar Antonio Fenoglio.

Vicepresidente: Ángela Victoria Bonetto de Cima.

Secretarias: Ema Ferrari de Solari del Valle y Adela Irma Monjo de Contato.

CONCLUSIONES

TEMA I: LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MINORÍAS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL TRÁFICO NEGOCIAL. LA IDENTIDAD DE GÉNERO Y LA DOBLE IDENTIDAD DE LOS EXTRANJEROS RESIDENTES. LA PUBLICIDAD CARTULAR Y REGISTRAL. INEXACTITUDES REGISTRALES. RECTIFICACIÓN. INTERVENCIÓN NOTARIAL NO RECONOCIDA POR LA NORMA VIGENTE. LA CONFIDENCIALIDAD Y EL TRATO DIGNO.

Coordinadora: Cristina N. Armella.

Mesa directiva

Presidente: Cristina N. Armella (Buenos Aires).

Informaciones

Secretarios: Mariano Costanzo (Buenos Aires) y Pamela Snopek (Córdoba).

Comisión redactora: Cristina N. Armella, Mariano Costanzo, Pamela Snopek, Maritel Brandi Taiana (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Guillermo Juan Casanegra (Córdoba), Elda Fernández Cossini (Buenos Aires), Gabriel Aníbal Fuster (Córdoba), Paola Julieta Pierri (Buenos Aires), María Virginia Terk (Mendoza), Karen Maína Weiss (Buenos Aires), Gastón Augusto Zavala (Río Negro).

Relatoras: María Virginia Terk y Paola Julieta Pierri.

CONSIDERANDO

La ley 26.743 (DJA E-3276) de identidad de género, vigente desde el 4 de junio de 2012, reconoce los derechos de determinada minoría en la República Argentina, lo que ha generado un nuevo escenario y modificado los paradigmas existentes hasta entonces.

La posibilidad de que una persona humana por su sola autoevaluación pueda mutar su género obteniendo una nueva identidad, modifica sus vinculaciones intersubjetivas.

Los ámbitos notarial y registral sin duda han sido los primeros en recibir el impacto de una inédita casuística que requiere soluciones idóneas y ajustadas a derecho.

La confidencialidad y el trato digno, características insoslayables de la nueva normativa, generan complicaciones sólo superables a partir de los siguientes presupuestos: la capacitación permanente de los operadores jurídicos y la discusión fundada para consensuar soluciones homogéneas y armónicas, que atiendan no sólo a las normas del área involucrada, sino también al ordenamiento jurídico todo, como sistémico que es.

Esta normativa no puede ser analizada aisladamente. Debe interpretarse no sólo a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos con rai-gambre constitucional de acuerdo a la última reforma de 1994, los derechos y garantías constitucionales y la protección de los niños, niñas y adolescentes, sino también con las propias normas de extranjería y de prevención del lavado de activos y de financiación del terrorismo internacional.

Las opiniones contrarias a esta normativa fundan su crítica, principalmente, en la posibilidad de la comisión de ilícitos o celebración de negocios jurídicos fraudulentos amparados en aquella. No obstante, debemos priorizar el desarrollo de los derechos en normalidad y encontrar respuestas válidas a la confrontación de los intereses individuales con los colectivos o sociales.

La información brindada a través del asesoramiento notarial adquiere especial relevancia en este tema por las ulteriores legales que implica mutar la identidad de género y la necesidad de que la prestación del consentimiento negocial se integre con el cabal entendimiento de los efectos del acto a otorgarse y autorizarse, íntimamente vinculado a la confidencialidad de fuente legal.

El decreto 1007/2012 al contemplar la situación de los extranjeros residentes que no pueden rectificar su partida de origen, con más la Resolución conjunta de la Dirección Nacional de Migraciones y la Dirección Nacional del Registro Nacional de las Personas, implican que el transgénero en nuestro país puede ejercer el libre desarrollo de su género autopercibido y en el resto de los países mantener su género de origen, con la problemática que esto acarrea.

Por ello, la Comisión propone al pleno las siguientes conclusiones:

Niños, niñas y adolescentes

Para el caso del ejercicio del derecho a la identidad de género por menores de edad, las expresiones utilizadas en el art. 5º de la ley 26.743 (DJA E-3276), de intervención de los representantes legales, la expresa conformidad del menor, la mención del marco normativo de la ley 26.061 (DJA H-2863) y la asistencia del abogado del niño, deben ser interpretadas y aplicadas en sentido estricto.

En consecuencia, la participación de quienes ejercen la patria potestad compartida debe ser conjunta, la expresa conformidad del menor requerida por la ley debe tener el alcance del verdadero consentimiento jurídico por tratarse de un derecho personalísimo, y la referencia al marco de la ley 26.061 (DJA H-2863) debe imponer la ajustada calificación de la capacidad progresiva del menor, su interés superior como prioritario y la asistencia del abogado del niño como imprescindible.

Con relación a este último punto, deviene necesario que se dicten las reglamentaciones locales para su operatividad.

Extranjeros

En el supuesto del extranjero con residencia legal permanente en la República Argentina que hubiese ejercido su derecho a la identidad de género a través de la rectificación registral, sin haber modificado su partida de nacimiento de origen, y requiera la intervención notarial para el otorgamiento de un acto o negocio jurídico con efectos exclusivamente fuera del territorio nacional, el autorizante deberá cumplimentar las siguientes operaciones de ejercicio con relación a la calificación de la capacidad, identificación y legitimación:

Informaciones

a) El debido asesoramiento con respecto a la identidad de género que le corresponde en razón del territorio.

b) El análisis puntual del objeto del otorgamiento (v. gr. las facultades específicas que deberá contener un poder especial).

c) La identificación la efectuará relacionando la identidad actual con la de origen, salvo casos de solicitud expresa en contrario, que ameritará la aplicación lisa y llana del art. 1002 del Código Civil (DJA E-0026, art. 973).

Rectificación registral por representación voluntaria

La rectificación registral en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, como así también la solicitud de la copia de la partida de nacimiento inmovilizada, podrá gestionarse por medio de un representante voluntario que se legitime con poder especial con facultades específicas. Por su parte, la obtención del nuevo DNI exige la participación personal del interesado.

Acta de notoriedad

La escritura-acta de notoriedad es un medio idóneo para la justificación de la continuidad de la identidad de una persona humana que ha ejercido su derecho, tanto en el marco del art. 3 (rectificación registral), como del artículo 12 de la ley 26.743 (DJA E-3276). Esta herramienta permite comprobar la existencia de vínculos familiares, hasta tanto se rectifiquen las actas y partidas pertinentes por orden judicial.

Confidencialidad

La confidencialidad que establecen los arts. 6º y 9º de la ley 26.743 (DJA E-3276) y 10 del Decreto Reglamentario 1007/2012 puede ser relevada personalmente o por apoderado especial con facultades específicas, en forma expresa.

No obstante, el requerimiento, la intervención y el posterior otorgamiento del documento notarial (protocolar o extraprotocolar) por la persona humana transgénero, deberá ser interpretado como relevamiento tácito de la confidencialidad.

El relevamiento de la confidencialidad deberá abarcar no sólo el ámbito notarial, sino también el registral en caso de documentos portantes de derechos inscribibles o con vocación registral.

En supuestos de negocios jurídicos bilaterales o plurilaterales, tal relevamiento deberá comprender además a los co-contratantes.

Inexactitudes sobrevinientes

El cambio del nombre de pila, del género y, en algunos casos, del tipo y número del documento nacional de identidad a causa del ejercicio del derecho

a la identidad de género, provoca inexactitudes sobrevinientes, con respecto a los bienes registrados con anterioridad, ya sea en los títulos portantes de esos derechos como así también en los asientos registrales.

Subsanaciones

Sin perjuicio de que todo tipo de inexactitud que sobrevenga por la aplicación de esta nueva normativa puede ser subsanada judicialmente, la vía notarial es un supuesto alternativo, válido y eficaz para la obtención de igual resultado, cuando la base fáctica del caso planteado viabilice tal intervención.

Podrá instrumentarse en forma independiente o conjunta con cualquier otro acto o negocio jurídico, sea en la misma escritura pública o por escrituras separadas de igual o distinta fecha, pudiéndosele aplicar al caso, el supuesto del art. 16, inc. d de la ley 17.801 (DJA E-0721, art. 17 inc. d).

Es recomendable la instrumentación de la subsanación por documento notarial autónomo en función de los alcances de la confidencialidad.

La subsanación del o de los títulos antecedentes deberá ser publicitada cartularmente mediante las notas marginales pertinentes.

Aspectos registrales

La solicitud de informes y/o certificados registrales no debe evidenciar el cambio de la identidad.

La calificación de la inexactitud sobreviniente en el ámbito registral inmobiliario se encuadra en los términos del art. 34 de la ley 17.801 (DJA E-0721, art. 35).

La subsanación de los asientos requiere la presentación de documento idóneo tanto sea de origen judicial, notarial o administrativo.

La notificación prevista en la ley 26.743 (DJA E-3276) y su decreto reglamentario no reviste entidad suficiente para la modificación de los asientos registrales y sólo tiene virtualidad informativa.

La incorporación del número de la ley 26.743 (DJA E-3276) en los asientos registrales o la referencia expresa a la misma, afecta el principio de confidencialidad legal.

El propio interesado podrá rogar en la escritura pública inscribible que el registrador se abstenga de hacer referencia expresa a dicha normativa.

La obligación que tiene el interesado de adecuar los registros existentes a su nueva identidad de género, lo legitima para requerir, en forma personal, tales rectificaciones en base a su nueva partida de nacimiento y a su documento nacional de identidad.

La Disposición 227/2013 de la Dirección Nacional de los Registros Nacionales de la Propiedad del Automotor y de Créditos Prendarios que exige, como único requisito para la rectificación de datos, la presentación del documento

Informaciones

nacional de identidad, no contempla el supuesto de otorgamiento de un nuevo tipo y número de documento.

Se recomienda a los colegios de escribanos que tienen a su cargo registros especiales, como así también al Consejo Federal del Notariado Argentino, titular del Sistema único nacional, el estudio de la adaptación de los reglamentos vigentes a esta normativa.

TEMA II: CONTRATACIÓN EN MONEDA EXTRANJERA. INSTRUMENTACIÓN DE COMPRAVENTAS E HIPOTECAS EN MONEDA QUE NO TIENE CURSO LEGAL EN LA REPÚBLICA. EXIGIBILIDAD. PAGOS EN DIVISAS.

Coordinador: Diego Maximiliano Martí.

Mesa directiva

Presidente: Diego Maximiliano Martí (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Secretarios: José Gutiérrez Alzola (Córdoba) y Alejandro Turjanski (Buenos Aires).

Comisión redactora: Diego Maximiliano Martí, José Gutiérrez Alzola, Alejandro Turjanski, Sebastián Bermúdez (Buenos Aires), Laura Chiappinotto (Mendoza), Rosana Fabiana Gimeno (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Leandro Posterrero Sánchez (Buenos Aires), Gustavo Alberto Rodolfi (Córdoba).

Relatora: Laura Chiappinotto.

CONCLUSIONES

En la Comisión del Tema II, “Contratación en moneda extranjera”, de la XXXI Jornada Notarial Argentina, se presentaron nueve trabajos, de los cuales se expusieron siete.

Luego de un enriquecedor debate, en un clima de respeto y camaradería, y votadas de manera unánime por los respectivos Delegados, la Comisión generó el siguiente despacho:

- El notario, como autor del documento, en su accionar imparcial debe conjugar los intereses y la libre determinación de las partes y la búsqueda del control de legalidad de las transacciones. Imparcialidad, de ningún modo, significa neutralidad, sino que, por el contrario, el notario no puede contemplar pasivamente la negociación ni limitarse meramente a la redacción del texto escriturario. Debe tomar un rol activo en la contratación, sugerir cláusulas alter-

nativas de cumplimiento, sin llegar a interferir en la autonomía de la voluntad. Es aquí donde los conceptos de información y asesoramiento quedan a la vista como pilares de la esencia de la función notarial.

- El notario de tipo latino actúa como amigable componedor y facilitador, y desarrolla una actividad preventiva de litigios, desde la etapa precontractual, en su rol asesor y mediador, hasta el plasmado del ejercicio de su función a través de la producción del documento notarial, portador de seguridad jurídica, certeza y equidad, que resulta indispensable para la convivencia y el desarrollo social.

- Resulta menester efectuar una adecuada interpretación doctrinaria y jurisprudencial en la materia de contratación en moneda extranjera, que revalorice la buena fe, la libertad de contratación y la autonomía de la voluntad.

- Ni el legislador ni el juez deben, en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior. El principio de irretroactividad se vincula íntimamente con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad, respetando los derechos adquiridos. Modificar lo convenido entre las partes mutando la moneda extranjera por moneda de curso legal afecta el derecho de propiedad, dado que ese derecho ingresó ya en el patrimonio.

- Nuestra legislación de fondo no contiene ninguna restricción para contratar en moneda extranjera. En cumplimiento del principio *pacta sunt servanda*, dicha obligación es válida y plenamente exigible; lo pactado entre las partes es de cumplimiento obligatorio. Reivindicamos que sólo son de orden público las leyes fundamentales y básicas que forman el núcleo sobre el cual está estructurada la organización social, aquellas en que están interesadas de una manera inmediata y directa la paz social y seguridad social, las buenas costumbres, un sentido primario de la justicia y la moral. En consecuencia, aun en su desvirtuado estado de aplicación a raíz de las reformas administrativas de la legislación cambiaria, nada obsta en el Código Civil (arts. 617 y 619), a asumir compromisos en moneda extranjera. Prima la autonomía de la voluntad.

- *De lege ferenda*, propiciamos la posibilidad de pactar cláusulas de ajuste o indexación que permitirían equilibrar con realismo la ecuación económica contractual, asegurando la inalterabilidad de su valor. La inserción de estas cláusulas procuraría mantener la equivalencia de las prestaciones y el principio de conmutatividad, y no supone, *per se*, un abuso. Por el contrario, consideramos que la prohibición de indexar deviene inconstitucional por lesionar los derechos de propiedad e igualdad, que impone mantener la paridad entre deudor y acreedor, para que ninguno se beneficie en desmedro del otro. En consecuencia, proponemos la derogación del art. 7º de la ley 23.928 (Convertibilidad), puesto que entendemos que de esta manera se evitarían previsiones innecesarias y se facilitaría la contratación a largo plazo.

Informaciones

- La estipulación contractual que prevé el cumplimiento de las obligaciones de dar sumas de dinero en moneda extranjera es válida y exigible, en tanto exista una forma lícita de obtenerla, como, por ejemplo, adquirir títulos de deuda, nominados en dólares estadounidenses y liquidarlos en el mercado de valores, para hacerse de dicha moneda y saldar sus deudas. Sin embargo, hasta tanto haya jurisprudencia clara, mayoritaria y sostenida al respecto, recomendamos que se incluyan mecánicas alternativas de cumplimiento

- Por aplicación de los principios de identidad e integridad del pago, consagrados respectivamente en los arts. 740 y 742 del Código Civil, el pago en pesos de una obligación pactada en moneda extranjera, no tendría efecto cancelatorio, dado que el acreedor no puede ser obligado a recibir una prestación distinta de aquella a cuya entrega se obligó el deudor.

- Para que nazca la posibilidad de cumplir la prestación por la vía del equivalente dinerario es preciso que se configure un supuesto de imposibilidad de cumplimiento de la obligación en la moneda pactada. Es decir que el deudor deberá demostrar fehacientemente, si pretende eximirse, que la prestación ha devenido de cumplimiento imposible, esto es, que existe una imposibilidad sobrevenida, objetiva y absoluta. No es suficiente alegar la supuesta imposibilidad en las diversas resoluciones dictadas por la AFIP y el BCRA, dado que ello por sí sólo no conduce necesariamente a sostener que el deudor se encuentre impedido de adquirir la moneda extranjera con que debe cancelar la obligación, y menos a concluir que corresponde relevarlo de cumplir con lo acordado. Por el contrario, sobre él pesa la carga de arbitrar los medios para cumplir con el compromiso asumido, existiendo los canales legales para hacerlo.

- Consideramos que la Teoría de la Imprevisión no es aplicable a los contratos que se hayan celebrado en moneda extranjera a partir de la crisis del 2001, ya que, al menos desde entonces, la situación económica y monetaria imperante en nuestro país no es imprevisible ni extraordinaria, sino de conocimiento público y notorio. La imprevisión es de aplicación excepcional y restrictiva. No puede utilizarse para rectificar malos acuerdos, ni para subsanar errores.

- En jurisprudencia reciente, sin que se hayan pactado cláusulas alternativas de cumplimiento, han sido los propios jueces quienes las establecieron (mediante operatorias con títulos de deuda), a fin de que se obliga la moneda extranjera comprometida, contemplando que no existía imposibilidad legal a esos efectos.

- La redacción de los arts. 765 y 766 del anteproyecto de unificación de la legislación civil y comercial ha sufrido modificaciones incorporadas por el Poder Ejecutivo Nacional, que afectan sensiblemente la coherencia de la redacción originaria, elaborada por los autores de la reforma, y toma irreconciliable la aplicación de los mismos. Consideramos que el proyecto de referencia debería

retomar la redacción de la comisión de juristas que reflejaba la doctrina y la jurisprudencia que por años armonizó el sistema. La contradicción se plantea fundamentalmente entre la nueva redacción del art. 765 y el subsiguiente art. 766. Mientras este último establece que *el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada*, el nuevo art. 765 establece que el deudor puede *liberarse dando el equivalente en moneda de curso legal*.

- Asimismo, consideramos que las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo no han tenido en cuenta un análisis sistemático de la totalidad del Proyecto, y que además, no resulta conveniente la pretendida consideración de la moneda extranjera como cosa, que a nuestro criterio provocará interpretaciones disímiles y jurisprudencia contradictoria.

- Entendemos que la utilización del CEDIN brinda seguridad jurídica a las convenciones contractuales. El título de propiedad causado en una compraventa inmobiliaria con precio cancelado mediante el uso del CEDIN, es perfecto y no es observable. En virtud de su efecto cancelatorio, no se requiere del posterior otorgamiento de escritura de recibo.

Como expresión de deseo, es nuestra intención fomentar una comunicación fluida e interdisciplinaria entre el notariado, el poder judicial e instituciones académicas afines, a los efectos de unificar criterios a la hora de plasmar el contenido de cláusulas alternativas de cumplimiento en los contratos.

TEMA III: LAS PROHIBICIONES DEL ART. 985 CÓDIGO CIVIL INTERÉS CONTRARIO. INTERPRETACIÓN DE LA NORMA FRENTE A LA ACTUACIÓN CON PERSONAS JURÍDICAS Y LA CELEBRACIÓN O EJECUCIÓN DE CONTRATOS DE FIDEICOMISOS. OTROS SUPUESTOS. CARÁCTER DE LA NULIDAD CONSAGRADA.

Coordinadora: Haydée Sabina Podrez Yaniz.

Mesa directiva

Presidente: Haydée Sabina Podrez Yaniz (Buenos Aires).

Secretarios: Federico Jorge Panero (Córdoba), Elba Frontini (Buenos Aires).

Comisión redactora: Haydée Sabina Podrez Yaniz, Federico Jorge Panero, Elba Frontini, Augusto Luis Piccón (Córdoba), Juan Carlos Dallaglio (Santa Fe), Mariela Gatti (Buenos Aires), Matías Lionel Salom (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Viviana Maciel Villahoz (Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Marina Zuvilivia (Santa Fe) y Alberto María Miguens (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Relatores: Augusto Luis Piccón y Mariela Gatti.

CONCLUSIONES

1. La prohibición establecida en el art. 985 del Código Civil es aplicable a todo funcionario público, ya que la ley no realiza distinción alguna. La invalidez prevista puede afectar actos de origen notarial, judicial o administrativo.

2. El notario es un profesional del derecho en ejercicio de una función pública. La imparcialidad es de la esencia de la función notarial como exigencia legal y ética. Protege a los intervinientes del acto y a terceros, garantizando la seguridad jurídica.

3. La prohibición regulada en el art. 985 del Código Civil genera una nulidad instrumental de carácter absoluto, sea el acto nulo o anulable.

Esta norma resulta un supuesto de incompetencia en razón de las personas, sin perjuicio de otras posturas expuestas, que la consideran como una incapacidad de derecho o un caso de ilegitimación.

4. Debe interpretarse que la norma incluye a los parientes consanguíneos, afines y adoptivos, en línea ascendente, descendente y colateral, hasta el cuarto grado. El cónyuge debe entenderse comprendido en la prohibición.

5. La norma exige un interés personal, que deberá ser relevante e inmediato, para que opere la invalidez.

6. Frente a la violación de la prohibición legal, es posible aplicar el instituto de la conversión formal regulado en el art. 987 del Código Civil, si se cumplen los requisitos contemplados en el mismo.

En el marco de la autonomía de la voluntad las partes podrán optar por la reproducción del acto.

7. La salvedad comprendida en la última parte del art. 985 Código Civil debe extenderse a todas las personas jurídicas, en razón de su personalidad diferenciada.

8. Debe descartarse la intervención del notario en los actos de instrumentación fiduciaria en los que él mismo o sus parientes dentro del cuarto grado, intervengan directamente en su calidad de fiduciarios, beneficiarios, fideicomisarios, pero únicamente respecto del o de los bienes que se le deban transmitir. Si el fideicomiso incluye otros bienes que serán transmitidos a terceras personas, la imparcialidad del notario no se verá afectada.

Dada la particular naturaleza jurídica del fiduciario, se propone profundizar su estudio en futuras jornadas.

9. La intervención del concubino del notario no supone por sí la violación a la prohibición establecida, ya que no existe entre convivientes vínculo legal de parentesco. Cuando el interés personal del autorizante se vea afectado, deberá ser determinado judicialmente.

10. Los afines de los parientes afines (como los conuñados) no están comprendidos en la norma; no obstante, podrían quedar abarcados, cuando se trate de bienes gananciales.

11. En el acto unilateral de apoderamiento, no rige la prohibición para los casos en los que el pariente del notario sea designado apoderado, cuando no estuviera personalmente interesado.

12. La prohibición alcanza tanto al titular del registro notarial como al adscrito en igual medida y a ambos recíprocamente.

13. El divorcio vincular disuelve el vínculo matrimonial y, por ende, el parentesco por afinidad, no quedando alcanzado el caso por la prohibición del artículo.

14. El acta de depósito en la que el notario reviste el carácter de depositario no está comprendida en la prohibición, por encontrarse en el ámbito de su competencia material.

15. Es positiva la modificación propuesta por el proyecto de Código Civil y Comercial 2012 (art. 291) en tanto: a) sustituye el término acto por "instrumento", reafirmando la calificación de la nulidad como instrumental; b) incorpora al cónyuge y al conviviente (como se lo califica en el mismo proyecto); c) extiende la prohibición a los parientes consanguíneos dentro del cuarto grado y a los afines hasta el segundo.

Ante la falta de mención de las personas jurídicas en el artículo citado, debe interpretarse que las mismas quedan fuera de la prohibición. A los efectos de clarificar criterios interpretativos, proponemos su expresa regulación.

TEMA IV: CAPACIDAD Y RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD. INCAPACIDADES E INHABILITADOS.

Coordinadora: María Eugenia Chávez de Bono (Córdoba).

Mesa directiva

Presidente: María Eugenia Chávez de Bono.

Secretarios: Néstor Ulises Careaga (República Oriental del Uruguay) y Ezequiel Cabuli (Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Comisión redactora: Carlos Manuel Conrad (Córdoba), Néstor Ulises Careaga, Ezequiel Cabuli, María Eugenia Chávez de Bono, Patricia V. Blanco (Chaco), Marcela V. Spina (Buenos Aires), Silvia Marcela Massiccioni (Rosario) y María Verónica García (Rosario).

Relatora: María Eugenia Chávez de Bono.

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.

En los últimos tiempos se ha producido una enorme mutación en el sistema de protección de las personas. Este cambio no se produce en la substancia del concepto mismo sino, más bien, en la resignificación de los instrumentos tradicionales de protección y la incorporación de nuevas formas para lograrlo.

Las modificaciones se insertan dentro de un amplio y complejo debate aún no concluido, relacionado con las restricciones a la capacidad. El notario, depositario de la fe pública y custodio de la seguridad jurídica, no debe desconocer ni estar ajeno a este cambio, siendo, estas reuniones académicas, el ámbito propicio para el tratamiento, estudio, profundización y análisis de los nuevos paradigmas.

Por ello la Comisión IV de la XXXI Jornada Notarial Argentina concluye:

De lege data:

1) Los principios y nuevos paradigmas contenidos en tratados internacionales y leyes dictadas en su consecuencia, en materia de capacidad, deben ser interpretados armónicamente dentro de todo el ordenamiento jurídico vigente, siempre en aras de la seguridad jurídica.

2) Producto de dicha armonización, se impone una revisión completa del régimen de la capacidad y, entre otras consideraciones, deben tenerse presente que la incapacidad absoluta queda reducida sólo a ciertos y determinados supuestos.

3) Actualmente la capacidad progresiva sólo es aplicable al ejercicio de los derechos extrapatrimoniales, debiendo respetarse el estatuto legal del menor, vigente en el Código Civil, cuando de derechos patrimoniales se trate, única manera de garantizar la seguridad y estabilidad jurídica.

4) *Por mayoría:* El derecho del menor a ser oído, contemplado en las convenciones internacionales y receptado por la ley 26.061, podrá ser ejercido tanto en sede judicial como en sede notarial, no teniendo efecto vinculante en esta última.

5) Se propicia la interpretación amplia del inc. 2 del art. 152 bis, que admite la inclusión de otros supuestos no contemplados.

6) Con respecto a la modificación del Código Civil, por la cual se incorpora el art. 152 ter, se concluyó:

El plazo de tres años previsto en dicho artículo, de ningún modo implica la caducidad de los efectos de la sentencia. Este plazo impone el estudio periódico y pormenorizado de la situación de los incapaces e inhabilitados, siendo el proceso judicial la garantía de la tutela de sus derechos.

Por mayoría: El curador, el incapaz o el inhabilitado, podrá continuar actuando en sede notarial aun cuando la sentencia de interdicción no hubiere sido revisada en el plazo previsto por la ley. Las restricciones a la capacidad establecidas en una sentencia en dichas condiciones y la legitimación del curador, continúan vigentes.

Por minoría: El curador, el incapaz o el inhabilitado no podrá continuar actuando en sede notarial cuando la sentencia de interdicción no hubiere sido revisada en el plazo previsto por la ley (Provincia de Córdoba y Provincia de Buenos Aires).

7) Las directivas anticipadas de salud constituyen una especie dentro del género de los actos de autoprotección.

Por mayoría: Se reconoce el derecho del menor a ser oído en los tratamientos médicos que lo involucren. Las directivas anticipadas de salud sólo pueden ser otorgadas por personas capaces, mayores de edad, conforme lo establecido por el art. 11 de la ley 26.529 modificada por ley 26.742.

Por minoría: Es posible el otorgamiento de directivas anticipadas de salud por menores de edad, según el grado de madurez y desarrollo, sin efecto vinculante (Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Provincia de Chaco).

8) Los actos de autoprotección constituyen un medio idóneo para canalizar la designación del propio curador.

9) El carácter de la nulidad de los actos otorgados por incapaces de derecho, será absoluto o relativo, según la valoración del interés en juego en cada caso concreto.

10) No existe obligación legal de consignar documentalmente el juicio de capacidad, y no constituyen dicho juicio una afirmación amparada por la fe pública.

El certificado médico constituye un elemento más de los que el escribano puede valerse para formar el juicio de capacidad.

De lege ferenda:

- Reinstauración de la emancipación dativa a partir de los 16 años.
- Regulación de la figura del poder preventivo, con causa en un acto de autoprotección y no en un contrato de mandato.
- Implementación de un sistema de publicidad adecuado y centralizado a nivel nacional, en relación a las sentencias que afectan la capacidad jurídica de las personas.

