984 MAYO/ AGOSTO / 2017

Revista NOTARIAL

COLEGIO DE ESCRIBANOS PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Fundada el 1 de agosto de 1894 - Decana de América

Director
Eduardo Gabriel Clusellas

Comité de redacción y referato
Mariano Costanzo
Gastón R. di Castelnuovo
Elba Frontini
María Rosa del Milagro Martín
Nicolás Agustín Soligo Schuler
Marcela Haydée Tranchini de Di Marco
Marcelo Eduardo Urbaneja

Año 123 - Av. 13 N° 770 (B1900TLG) La Plata - Provincia de Buenos Aires - República Argentina

Consejo Directivo

2018/2020

Presidente	Ignacio Javier Salvucci
Vicepresidente 1º	Maximiliano Molina
Vicepresidente 2º	Susana Surace
Secretario de Gobierno	Federico José Rodríguez Acuña
Secretario de Relaciones Institucionales	Mauricio Rodolfo Esponda
Secretario de Asuntos Previsionales	Ramiro María Flores
Secretaria de Aportes	María del Rosario Paso
Secretario de Asuntos Legales y Documentación Digital	Néstor Daniel Lamber
Secretario de Administración	Guillermo Aníbal Longhi
Tesorero	Fernando Gabriel Sánchez
Protesorero	Eduardo Mario de Jesús Rivarola

Consejeros

Julio César Antollini	María Cristina Iglesias
Leandro Horacio Atkinson	Guillermo Agustín Lagier
Eduardo José Bras	Federico Lallement
Juan Ignacio Cavagna	Esteban Rafael Morcillo
Fernando de Salas	Mirta Gladys Negrelli
Diego Daniel de San Pablo	Haydée Sabina Podrez Yaniz
Gastón Renato di Castelnuovo	Santiago Francisco Oscar Scattolini
María Nélida Dómina	Rubén Santiago Stradiot
María Cecilia Fioroni	Patricia Elena Trautman
Pablo Carlos Guerrero	Maximina Zabala

Decano Honorario del Notariado Bonaerense Natalio P. Etchegaray

Delegaciones del Colegio de Escribanos

AZUL	Marcela Marta Voiscovich Av. 25 de Mayo 545 - (B7300FXF) - Tel. (02281) 43-2998 - Fax 43-0313
BAHÍA BLANCA	Marina Gabriela Arana Belgrano 252 - (B8000IJF) - Tels. (0291) 452-2953 / 453-9849 - Fax 454-5624
DOLORES	María Luciana Villate Buenos Aires 536 - (7100) - Tel. (02245) 44-7699 - Fax 44-3637
JUNÍN	María Paula Velilla General Paz 28 - (B6000FKB) - Tel. (0236) 443-2509 - Fax 443-3799
LA PLATA	Federico Travascio Calle 48 N° 716 - (B1900AND) - Tel. (0221) 482-9601 - Fax 483-5484
LOMAS DE ZAMORA	Alicia Noemí Broccardo Avda. Meeks 420 - (B1832DEJ) - Tels. (011) 4244-1453 / 6403 / 6408 - Fax 4292-3359
MAR DEL PLATA	Juan Manuel Area Avda. Independencia 2190 - (B7600DIR) - Tel. / Fax (0223) 493-6612 / 495-3649
MERCEDES	Mariano Castelucci Calle 18 N° 730 e/ 29 y 31 - (B6600HJT) - Tel. (02324) 42-4738 - Fax 42-7480
MORÓN	Diego Leandro Molina San Martín 283 - (B1708IHE) - Tel. / Fax (011) 4629-8658 / 4628-8243 / 4627-5093
NECOCHEA	Mariano Costanzo Calle 65 N° 2755 - (B7630HLY) - Tel. (02262) 43-1482 - Fax 42-5385
NUEVE DE JULIO	Guillermo Martín Álvarez Avda. Libertad 836 - (B6500EVV) - Tel. (02317) 42-2123 - Fax 42-4138
PERGAMINO	María Florencia Peries Leandro N. Alem 623 - (B2700LHM) - Tel. (02477) 42-3971
SAN ISIDRO	Santiago Luis Vassallo Chacabuco 484 - (B1642CHF) - Tels. (011) 4743-2052 / 3629 - Fax 4732-0862
SAN MARTÍN	Mariano Ignacio Socin Calle 91 (San Martín) N° 1834 - (B1650BEF) - Tels. / Fax (011) 4752-6132 / 4755-5630
SAN NICOLÁS	Eugenia Inés Zarranz Calle de la Nación 219 - (B2900AAE) - Tel. (0336) 442-5821 - Fax 442-4522
TANDIL	Juan Manuel García Gral. Martín Rodríguez 453 - (B7000AOI) - Tel. (0249) 442-5734 - Fax 444-3422
TRENQUE LAUQUEN	María de los Ángeles Pablos Avda. Leandro N. Alem 172 (B6400BBO) - Tel. (02392) 42-2105 - Fax 42-5970

Sumario 984

MAYO/ AGOSTO / 2017

Doctrina

El derecho notarial: ciencia jurídica preventiva
Néstor O. Pérez Lozano
319

Intervención por sí de personas con capacidad restringida en actuaciones notariales
Néstor Daniel Lamber
365

Congresos y Jornadas

Sobre la autonomía jurídica y la vulnerabilidad en la vejez
María Isolina Dabove
447

La anexión de parcelas en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires
José Luis Domes y
María Candelaria Pérez
477

Academia Nacional del Notariado

Análisis del artículo 7° del Código Civil y Comercial de la Nación
Marcelo Eduardo Urbaneja
497

La especialidad en cuanto al crédito en materia hipotecaria a partir de la sanción de la Ley N° 27.271
Jorge R. Causse
525

Derecho Registral

El certificado registral del art. 23 de la Ley Registral Nacional N° 17.801 y la firma digital
Federico Jorge Panero (h)
537

Técnica y Práctica Notarial

Venta de unidades con mejoras no incorporadas al plano de propiedad horizontal
Nicolás Agustín Soligo Schuler
553

Jurisprudencia

SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL
Mariano Costanzo
565

FALLO
Fecha de testamento ológrafo
577

Informaciones

XIX Congreso Nacional de Derecho Registral
Mar del Plata, 5 al 7 de octubre de 2017
601

V Foro Internacional de Derecho Registral
Mar del Plata, 6 de octubre de 2017
609

XVII Jornada Notarial Iberoamericana
Cancún, México, 10 al 12 de noviembre de 2017
611

XXVIII Encuentro Nacional del Notariado Novel y XIX Jornada Notarial del Cono Sur

San Salvador de Jujuy, 23 al 25 de noviembre de 2017
619

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.

DOCTRINA

EL DERECHO NOTARIAL: CIENCIA JURÍDICA PREVENTIVA

Néstor O. Pérez Lozano

SUMARIO: I. La cultura, la vida y el derecho. II. Razón de ser del derecho notarial. III. Sustantividad. Adjetividad del derecho notarial. IV. Ciencia notarial técnica. Ciencia notarial práctica. La Universidad Notarial Argentina y el sistema de educación superior. V. Unidad teórica y construcción científica del derecho notarial. VI. La cosa juzgada formal en la escritura pública. VII. Acerca de la necesidad de la intervención notarial. VIII. A la búsqueda de la verdad científica. IX. La investigación aplicada en la ciencia jurídica. X. Efectos de la presencia del notario en las relaciones intersubjetivas. XI. La institucionalización notarial. La razón histórica. XII. Fundamentos de elevación del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. XIII. El institucionalismo notarial. Su organización. XIV. La colegiación legal. La organización nacional. El poder de policía profesional. XV. La doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la regulación del ejercicio de las profesiones. XVI. El Consejo Federal del Notariado Argentino. XVII. La Unión Internacional del Notariado Latino (UINL). XVIII. Hacia un derecho notarial extraestatal. Crisis e involución del derecho. XIX. El derecho extraestatal. XX. Conclusión (en primera persona).

* A Don Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, maestro ejemplar, creador de una nueva ciencia: el Derecho documental.

I. LA CULTURA, LA VIDA Y EL DERECHO

La suma de valores, creencias y modos de comportamiento prevalecientes en una sociedad configuran el concepto de cultura. A través de siglos de convivencia, las expresiones éticas y estéticas se afinan, uniforman e irradian belleza y colorido dando a luz manifestaciones superiores como la filosofía, el arte, la literatura y otras expresiones sublimes del espíritu humano.

En su significación socio-antropológica la cultura se integra con las creencias, la moral, la ciencia, la tradición, el lenguaje, la religión, los símbolos, las costumbres y el derecho. Así, la vida transcurre y se desarrolla dentro de un proceso social histórico, siendo la libertad humana la condición de la historia. Una historia sin libertad no es en rigor historia, sino naturaleza[1].

Carlos Cossio[2], al investigar la conexión de la función del jurista con la "Teoría egológica" en la problemática filosófica del conocimiento y de la interpretación que ejercita el jurista al conocer, advierte que constituye un imperativo para la creación de derecho entender que la vida no se detiene, es decir, nos impone vivirla de un modo auténtico en nuestro ámbito como vida científica.

Para el jurista, *la libertad debe entenderse en sentido metafísico; esto es, como la efectiva capacidad del ser humano de crear, de hacer cosas nuevas, de transformar a la naturaleza y al derecho*. El hombre es el protagonista de la historia y el dueño de su propio destino. De no ser así, triunfarán las concepciones historiosóficas, fatalistas e inevitalistas que resultan patrocinadoras de concepciones totalitarias.

El derecho entonces aparece como la obra humana esencial, permanente e incancelable para alcanzar los ideales de justicia y seguridad que trascienden a la vida misma.

Morello[3] nos acerca al concepto articulador entre la vida y el derecho, denunciando la escala y trascendencia de los nuevos retos que suscitan los problemas de la vida cotidiana y que al cabo son los eternos problemas del hombre. Cita a Julio César Cueto Rúa, quien, en lúcido mensaje, aspira a que los juristas, políticos y sociólogos, dentro de sus respectivos horizontes, conformen un mensaje que ayude a comprender con mayor claridad las relaciones *entre el mundo social de los comportamientos humanos en interferencia -la vida- y el mundo de las proposiciones lógicas mediante las cuales esos comportamientos son pensados con rigor y consistencia -el derecho-*[4].

En el primer despertar de nuestra vocación, ambos maestros nos enseñaron que el derecho y la conducta humana deben tener como fin el bien común.

1 GARCÍA VENTURINI, Jorge L. *Historia y Libertad.*
2 COSSIO, C. *La Teoría Egológica del Derecho.* Abeledo Perrot. 2ª Edic. pág. 42.
3 MORELLO, Augusto M. *El derecho a la vida*, Edit. Platense, 2002.
4 CUETO RÚA, Julio César. *Una visión realista del derecho,* Abeledo-Perrot, pág. 227 y sigs.

Juan Berchmans Vallet de Goytisolo[5] afirma que: "... esa puesta en analogía de *la situación de la vida y el supuesto legal* concluye con una decisión teleológica que consiste en una adaptación, en poner en correspondencia, una asimilación de situación de *la vida y la norma*". La valoración de una situación de la vida (hecho trascendente) debe tener un punto de relación para la comparación. A esto se le denomina proceso de "concretización que articula la base fáctica con una norma preexistente" (Miguel Casals Colldecarrera, citado por el autor).

Para Karl Larenz[6] la "subsunción" del hecho en el derecho se presenta en realidad como un "enjuiciamiento" en base a experiencias sociales, pautas de valoración e integración a un tipo o como interpretación de la *conducta humana*, especialmente del sentido *jurídicamente decisivo de las declaraciones de voluntad*. Por supuesto que adherimos sin reservas a esta posición.

Para que esa subsunción axiológica tenga efectos normativos, *los hechos han de ser condensados y definidos en dimensión jurídica*. Si se hace imposible incluirlos en un tipo o serie de tipos, no son admisibles determinaciones idénticas para cada caso y por tanto a cada caso no pueden aplicársele iguales normas. La operación no es sencilla y nos muestra que a veces sólo es posible una solución supralegal basada en los *principios generales del derecho y en la equidad*.

II. RAZÓN DE SER DEL DERECHO NOTARIAL

En la lucha de la humanidad por el bienestar general y el bien común como valores primordiales para la realización de la justicia preventiva que permita desarrollar una vida en paz, en la plenitud del derecho, está la razón de ser del derecho notarial.

Como expresara Giménez Arnau[7] tras analizar los alcances de una definición de cualquier rama del derecho, concluye que la misma tiene un valor provisional y que es necesario someterla a un prejuzgamiento científico mediante el posterior estudio y desarrollo de la materia. Luego, ello confirmará o no el concepto inicial. Con tal sentido expresa que el: "Derecho notarial es 'el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la organización de la función notarial y la teoría formal del instrumento público'"[8].

---

5 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. Ob. cit.

6 LARENZ, Karl. *Metodología de la ciencia del Derecho*. Barcelona, Ariel, 1980, pág. 442.

7 GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial*... Ediciones UNA. Definir, constituye un esfuerzo didáctico del autor, no es necesariamente "definitiva" sino algo "definitorio" que sirve para señalar límites. Siempre es potencialmente provisional y no una pretensión inconmovible de certeza.

8 Lo cierto es que al denominar nuestra disciplina, distintos autores han ensayado expresiones que no han logrado aceptación unánime. Como en toda definición han de quedar fuera de la

Desde el punto de vista histórico los resultados de los estudios de la Escuela de Bolonia a partir del siglo XIII, en particular la *Summa Notariae* de Rolandino, fueron propicios para el desarrollo general del derecho notarial. Ello contribuyó enormemente a la evolución de la ciencia notarial, abarcando tanto la técnica como la práctica del derecho.

III. SUSTANTIVIDAD. ADJETIVIDAD DEL DERECHO NOTARIAL

Atendiendo al problema de la sustantividad o adjetividad del derecho notarial, se advierte que si bien el derecho sustantivo regula los derechos subjetivos e impone deberes y la necesidad de que el notario tenga conocimientos especializados del derecho para el correcto desempeño de su función, ello no autoriza a concluir la sustantividad del derecho notarial[9].

Definido también como el derecho de la forma; derecho de la forma auténtica; derecho instrumental y derecho instrumental auténtico; o derecho de la autenticidad; para el autor, el derecho notarial es derecho para el derecho y por lo tanto adjetivo.

Castán Tobeñas[10] lúcidamente niega trascendencia a la división de opiniones alegando que "sustantivo y adjetivo" son términos equívocos y generan declaraciones contradictorias. *Adscribimos a esta tesis desde lo dialéctico-didáctico, insistiendo en que no debemos encerrarnos en una división excluyente, sino dar flexibilidad a su comprensión*.

Para la enseñanza e investigación del derecho notarial esa conclusión es fundante dado que nos permite el desarrollo de una sistemática pedagógico-educativa que es esencial para la formación del notario desde las raíces mismas de la ética (deontología notarial) y de la estética (técnica y práctica del derecho notarial), en el concepto de la verdad científica.

La Universidad Notarial desde sus orígenes (institutos), viene realizando un magnífico y consistente trabajo pedagógico en tal sentido, articulando la técnica con la práctica del derecho notarial. En lo deontológico, muestra una consistente

misma aspectos sustanciales de la disciplina y cuando el tiempo atiende también a la evolución de la misma, su vitalidad decrece.

9 En el mismo sentido opinan Castán (prólogo para *Elementos del Derecho Notarial* de Mengual); NAVARRO AZPEITÍA ("Teoría de la Autenticación Notarial"), Revista de Derecho Privado, nov. 1942; Otero Valentín (*Sistema de la Función Notarial*), pág. 141; y Larraud ("Introducción al Estudio del Derecho Notarial" en Revista Notarial XVI, abril-junio 1957, págs. 129-130).

10 CASTÁN TOBEÑAS, José. "Hacia la constitución científica del Derecho Notarial" en Revista de Derecho Notarial, vol. I y II, julio-diciembre 1953, págs. 49/51.

fundamentación en los principios jusfilosóficos que justifican y determinan los valores más elevados de la ética y su correlato con el bien común. A todo ello debe agregarse el método expositivo del análisis de casos que abre el campo de la *investigación para la concreción de la ciencia útil que la comunidad científica y la sociedad reclaman*.

IV. CIENCIA NOTARIAL TÉCNICA. CIENCIA NOTARIAL PRÁCTICA. LA UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA Y EL SISTEMA DE EDUCACIÓN SUPERIOR

Si se unieran el desarrollo técnico con el desarrollo práctico, germinarían a su vez la ciencia notarial técnica del derecho y la ciencia notarial *práctica* del derecho, desarrolladas con el *ars notarii*. Juan Bms. Vallet de Goytisolo, en "Ciencia del Derecho y Notariado Latino"[11], llama a no confundirlas: "Mientras esta constituye una ciencia prudencial desarrollada culturalmente en la denominada sociedad civil, la ciencia notarial técnica, referente al modo instrumental de dotar de certeza y autenticidad al documento y demás actos notariales tiene, en cambio, como materia de elaboración científica, normas instrumentales con las cuales el poder público, hoy el Estado, regula la forma y el modo del quehacer notarial". Agrega: "... paralelamente y a la zaga de ese movimiento científico-técnico del derecho procesal, Rafael Núñez Lagos sería el verdadero creador de la ciencia-técnica del derecho notarial, que después de él ha tenido un espléndido desarrollo en España, con Antonio Rodríguez Adrados y Vicente Font Boix, como figuras más destacadas y, en la Argentina, donde su patriarca Aquiles Yorio, tiene como crisol la Universidad Notarial Argentina, donde se han elaborado desde los principios más genuinos de esa ciencia formal hasta las técnicas más especializadas".

Efectivamente, es en la Universidad Notarial Argentina (en adelante, UNA) donde se profundiza y desarrolla la investigación del derecho y en especial del derecho notarial. Universidad de vocaciones, como la bautizó su primer Rector, el ilustre notarialista Carlos Pelosi. El maestro la sitúa como cimiento inconmovible en su sentido moral, que da a su enseñanza *unidad filosófica y la lleva a integrar el conocimiento especializado, en forma constante y progresiva*.

Contemporáneamente, nos tocó desde la Rectoría determinar los nuevos estándares de la metodología y organicidad de la enseñanza del derecho notarial, tanto en sus contenidos curriculares como en el desarrollo de las prácticas aplicadas. La Universidad participa activamente como protagonista institucional en el ámbito nacional en el desarrollo de la excelencia, esto es, la calidad como están-

11 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. Revista del Notariado 850, pág. 172.

dar universal. Esta universidad, única en el mundo, tiene reconocimiento definitivo por parte del Poder Ejecutivo Nacional[12]. También impulsamos la Universidad Notarial Argentina Virtual (UNAV) como herramienta con un enorme presente y mejor futuro. Tiempo y espacio son dos valores posibles de humanizar.

Reconocida mundialmente[13] extiende su labor más allá de las fronteras nacionales dando nacimiento a una nueva concepción internacional del derecho notarial. Los valores de la autenticidad, ejecutoriedad, circulación y efectos constitutivos internacionales del documento notarial auténtico dan lugar a una extraordinaria expansión de la investigación y del posgrado.

Sus estudios se amplían como consecuencia de concebir al derecho notarial como derecho para el derecho.

Ello hace necesario que el notario tenga conocimientos profundos y específicos de derecho, dado que -a nuestro entender- el ejercicio de la función notarial atraviesa todo su entramado en forma transversal, adecuando la voluntad contractual o declarativa a esa estructura, creándole presunción de legalidad y verdad científica.

Se crean un sinnúmero de doctorados, maestrías, carreras, cursos, diplomaturas y demás formas estructurales y prácticas de la enseñanza, recurriendo a la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria (CONEAU) en aquellas que requieran su intervención evaluatoria previa[14].

---

12 En el año 1968, mediante el Decreto provincial 14.881, la UNA obtuvo personería jurídica, al tiempo que se aprobó su Estatuto Fundacional. El Decreto PEN 2227/68 le otorgó la autorización provisoria para funcionar como Universidad Nacional Privada. En 1974, la Resolución 453 del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación aprobó su Estatuto Académico. En 1985, durante la gestión ministerial de Carlos Alconada Aramburú, y sobre la base del dictamen favorable emitido por la Comisión Evaluadora designado por el Ministro de Educación mediante Resolución N° 350/81, obtuvo el reconocimiento definitivo (R.M. 1232).

13 Convenio con la Unión Internacional del Notariado. Mediante el mismo la UNA se compromete a prestar colaboración y cooperación a la UINL en todo lo atinente a la realización de estudios vinculados con las disciplinas jurídicas, notariales, ejecución de carreras y dictado de cursos superiores. La UINL incluye a la UNA como organismo consultor. Fue suscripto el 26 de septiembre de 1986.

14 Entre otras que requieren autorización previa de la CONEAU citamos como ejemplo: Resolución 1040/10. Acreditar la carrera de Maestría en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Resolución 1055/10. Extender la vigencia de la acreditación de la carrera de Especialización en Documentación y Contratación Notarial. Resolución 1056/10. Acreditar la carrera de Especialización en Documentación y Contratación Notarial. Resolución 1060/10. Extender la vigencia de la acreditación de la carrera de Especialización en Derecho Registral. Resolución 1072/11. Extiende vigencia de la acreditación de la carrera de Especialización en Negocios Societarios. Resolución 330/12. Ratificar la categorización asignada por Resolución 935 -CONEAU- 09. Resolución 890/12. Hacer lugar al recurso de reconsideración de la Resolución 1071 -CONEAU- 11 y extender la vigencia de la acreditación la carrera de Especialización en Sindicatura Concursal. Resolución 892/12. Hacer lugar al recurso de reconsideración de

Esta consolidación del derecho notarial en los ámbitos doctrinarios, científicos e institucionales, y su reconocimiento por los organismos de la Ley de Educación Superior se debe también y fundamentalmente al aporte de la filosofía y de la sociología mediante la conceptuación del "*ethos* notarial". Entendemos como tal la necesidad fenomenológica del hombre que hace a su esencia y existencia, pues este, desde el mismo momento en que se organiza en sociedad, *siente la necesidad imperiosa de crear reglas para regular su comportamiento* y modelar así su carácter.

La aplicación del *ethos* se ha generalizado en las ciencias sociales, dado que se constituye en el punto de partida de las ideas que conforman el carácter de determinado sistema o escuela de pensamiento.

En definitiva, el *ethos* es para el conocimiento universal el lugar o ámbito intelectual donde se conforma una "unidad teórica". Para nosotros es la *morada del derecho notarial*.

V. UNIDAD TEÓRICA Y CONSTRUCCIÓN CIENTÍFICA DEL DERECHO NOTARIAL

Hemos expresado en reiteradas oportunidades que dicha unidad teórica se ve reflejada universalmente en la construcción científica del derecho notarial. En lo específico, la función representativa del lenguaje adquiere su mayor relevancia para explicar las "Teorías de la función notarial" en todo su desarrollo; la técnica, que exalta los contenidos y efectos del documento notarial y su autoría; la fe pública notarial y el fenómeno universal de la autenticidad, que se constituye como palanca y motor de la seguridad jurídica a la que debe aspirar el hombre libre para elevar su calidad de vida a expensas de la paz social y el progreso en el estado de derecho[15].

El derecho notarial, entonces, es un derecho para el derecho y ello contribuye a su independización disciplinaria, como aconteció con el derecho procesal, pese al criterio de la pandectística alemana.

Como dice Legaz[16]: "La función notarial hace posible la aproximación real del sistema normativo y la realidad jurídica. Constituye el elemento (instrumento) directa y concretamente configurante de esa realidad, lo que se traduce en la doble vertiente de dar forma jurídica válida a las relaciones de derecho y crear títulos o equivalentes jurídicos".

---

la Resolución 1074 -CONEAU- 11 y extender la vigencia de la acreditación de la carrera de Especialización en Asesoramiento Concursal.

15 "Ethos" significa inicialmente "... guarida o morada, lugar donde habitan los hombres"; pareciera que fue el poeta Homero quien le dio esta primera acepción. Aristóteles se encarga de otorgar un segundo sentido a este *ethos*, entendiéndolo como "hábito: carácter o modo de ser derivado de la costumbre" o conducta que va formando el hombre a lo largo de su existencia.

16 LEGAZ y LACAMBRA. *La Realidad del Derecho*. Estudios Jurídicos. Madrid, 1964.

Se adjudica a Von Savigny la errónea división disciplinar del derecho que ya hemos analizado en seminario convocado por la UNA[17].

17 Como ocurriera con "El Patrimonio. Hacia una nueva visión del Patrimonio" (PÉREZ LOZANO, Néstor O. Academia Nacional del Notariado. En Revista Notarial 962, 2009), vuelvo a señalar el error establecido hace un siglo y medio por Von Savigny, ahora, respecto a la división disciplinar del derecho, que dio lugar al desajuste que existe hoy en sus contenidos curriculares al desarrollar solo el estudio de las instituciones civiles y mercantiles como Derecho Privado por un lado y Derecho Procesal por el otro. Es decir impulsó el análisis de las situaciones jurídicas en la hipótesis pacífica de la teoría con las normas generales o especiales previstas para dilucidar los conflictos que se presentan en la vida real. Ese vacío real no puede justificarse dado que además del contenido "anatomofisiológico" del Derecho Privado y el "patológico" del Proceso, existe otro como el inmunológico que dio lugar a la ciencia jurídica preventiva, susceptible de ordenación sistemática bajo la idea matriz y motriz de la prevención cautelar de la función notarial. Además ella da lugar a otro espacio, el de la jurisdicción voluntaria que no ha tenido en la República Argentina la debida amplitud para su progreso que permitiría satisfacer los intereses legítimos de la comunidad. Además de la lógica interna del propio Derecho, existen razones axiológicas, antropológicas, sociológicas y económicas para emprender tal acometido, es decir esta tarea interesada por la equidad y el bien común, sobre todo en instancias históricas de crisis moral y republicana. El hueco que quedó entre ambas instituciones fue desdeñado por la ciencia del Derecho y abandonado a los remedios de la técnica y de la práctica, dejándolas a su propia iniciativa. Me refiero a los llamados Derecho Hipotecario o Registral y Derecho Notarial. Constituyó un grave error y un desacierto, que aún hoy impacta en los organismos de acreditación universitaria (CONEAU), generando un sinnúmero de ofertas académicas con una asimetría de contenidos no queridos. Lamentablemente debo advertir que aún esa técnica se encuentra vigente, con ligeras e insuficientes modificaciones, en algunas de las universidades europeas y americanas. En efecto, el desajuste impacta sobre los contenidos curriculares, prácticas aplicadas y las actividades reservadas en cada título profesional, dado que se refieren como dije solo al estudio de las instituciones civiles y mercantiles como Derecho privado, por un lado y al del Derecho procesal, por el otro, es decir al análisis de las situaciones jurídicas en la hipótesis pacífica de la teoría y el que se dedica a las normas generales o especiales previstas para dilucidar los conflictos que se presentan en la vida real. El interés despertado por la problemática real abordada por estas ramas del saber práctico, ha hecho que desde hace ya algún tiempo se dediquen mayores espacios académicos a su especial consideración y abordaje con sentido orgánico y contenidos curriculares progresivos que han despertado notable interés en toda la doctrina y oferta académica estructurada. En ese sentido la Universidad Notarial Argentina ha sido precursora en este País, en América y en todos los estados que integran la UINL, jerarquizando al Derecho notarial y sus técnicas, provocando una expansión admirable del posgrado en la formación del jurista, con una impronta deontológica que le permitió el desarrollo e investigación de los grandes temas del Derecho y los desafíos de la seguridad jurídica. Desarrolló la investigación de un sistema preventivo de conflictos y la tutela de los elementos jurídicos, políticos y sociales que integran el estado de derecho. Así también logra instalar el principio de la UNESCO y de las leyes orgánicas del notariado que así lo requieren, obligatoriamente en algunas jurisdicciones y en otras en forma voluntaria, que es la educación permanente. Ello con marcado éxito, lo cual indica un alto grado de adhesión y responsabilidad, la validación de los títulos o su certificación académica regular a través de la acreditación de las actividades traducida en créditos académicos. No obstante los niveles alcanzados y atendiendo al cambio vertiginoso de la realidad a la que debe acompañar y modelar el derecho, la

Desde esa negación disciplinar histórica tanto del derecho notarial como del registral, la doctrina, a través de distintos tratadistas, basó la esencia y existencia independiente del derecho notarial en fundamentos similares a los que notables juristas desarrollaron para asentar las simientes de un derecho procesal diferenciado e independiente del derecho civil. Otros fundamentarán su concepción en la "jurisdicción voluntaria"[18].

En otro trabajo[19] hemos afirmado que: "... la función notarial produce la convergencia del orden, la seguridad y la paz hacia el ideal de la justicia preventiva, para legitimar las relaciones humanas -en los hechos y en los actos- otorgándole firmeza a dicha relación jurídica, documental y autenticada. El notario es el autor del documento, no un mero intermediario entre la voluntad y el papel".

Dichos presupuestos se encuentran contenidos y protegidos en la escritura pública notarial y en la fe pública impuesta por la ley por medio del notario.

Así se ha señalado[20]: "... en a) a la autoría del documento notarial (cosa auténtica); b) a la autoría y data de la dación de fe; c) al hecho de haber tenido lugar el comportamiento o acontecimiento, y haber sido narrado, descripto y documentado por el notario".

VI. LA COSA JUZGADA FORMAL EN LA ESCRITURA PÚBLICA

El ilustre Rafael Núñez Lagos aporta al tema un elemento sustancial como lo es la "cosa juzgada formal" en la escritura pública. La cuestión hace a la confirmación de nuestra aseveración en cuanto a la "estabilidad de las relaciones jurídicas en las que interviene el notario".

---

investigación debe continuar aspirando al logro de los nuevos paradigmas del hombre como ser social. La Academia Nacional del Notariado, fruto de la inspiración de los grandes hombres del notariado argentino, de enorme y reconocido prestigio doctrinario e institucional de sus pares y académicos de las distintas ciencias, dentro y fuera de las fronteras nacionales, aporta permanentemente la investigación de los grandes temas que se le someten a consideración o impulsa de oficio. Soporte de la instituciones y colegios notariales del país, a quienes asiste permanentemente mediante el procedimiento de consultas. Sus publicaciones gozan de enorme prestigio nacional e internacional. Constituye un soporte académico para la ciencia del Derecho y articula su misión con las demás academias nacionales.

18 SANAHUJA y SOLER, José, *Tratado de Derecho Notarial,* 2 T.; Lavandera. "Acto Público", Revista de Derecho Privado, 1915, págs. 228 y 55 y, en la misma, "Proceso Notarial", año 1919, págs. 1 y 55; Bellver Cano. *Principios del Régimen Notarial Comparado,* págs. 16 y 55.

19 PÉREZ LOZANO, N.; FALBO, Marcelo y TRANCHINI, M. "Cuestiones Técnicas en Materia de Actas", IIIa Jornada Notarial Iberoamericana, 1987.

20 NÚNEZ LAGOS, Rafael. *Hechos y derechos en el documento público,* Ediciones Universidad Notarial Argentina, La Plata, 1969.

En efecto[21], se pregunta en la cuestión de la autoridad de la cosa juzgada: "¿qué hay de la sentencia y la cosa juzgada? ¿Cabe también alguna equiparación?". Advierte que: "... hay dos clases o dos aspectos de la cosa juzgada: en línea recta ascendente la llamada 'cosa juzgada formal' o firmeza de la sentencia en la misma causa en la que se dictó; y en línea colateral la 'cosa juzgada material' que es la preclusión en otro proceso distinto y posterior".

Admite el maestro que la escritura notarial no tuvo ni puede tener efectos de "cosa juzgada material", dado que en un proceso distinto puede ser esta impugnada de falsedad en cuanto al hecho o de nulidad en cuanto a la relación jurídica de fondo. En cambio, la escritura pública notarial tuvo y tiene "firmeza", esto es lo que los procesalistas llaman efecto de "cosa juzgada formal".

La escritura es "irreformable" por ninguna autoridad superior. Es el último grado en línea recta ascendente. No cabe apelación contra ella, aunque quepa acción de nulidad en un proceso independiente en línea colateral. Cuando el notario ejerció el cargo *iudex chartularii* y siendo a su vez secretario de actuaciones, la subordinación jerárquica de notario a juez era patente, jamás ningún juez pudo reconstruir o reformar en audiencia superior una escritura pública. Tampoco el juez que declara nula una escritura pública dicta el texto de otra, como ocurre con la nulidad de las inscripciones, dice el art. 53 del Reglamento Hipotecario español: "En este sentido las relaciones jurídicas constituidas en escritura pública son firmes e irrevocables. (...) Una vez otorgada la escritura pública es evidente que se ha pasado de una forma embrionaria o primaria de una relación jurídica a otra fase sucesiva y superior. Hay un tránsito y ascenso de un primer grado a otro definitivo y firme, agotando la dimensión vertical ascendente".

Estos componentes del derecho notarial y de la función notarial sólo se dan en el sistema de notariado latino, de raíz greco romano germánica, hoy, con un desarrollo fantástico. "El notariado o es latino o no es notariado" declaró terminantemente la "Comisión Pietro Micheli"[22].

21 ZINNY, Mario A. Op. cit., pág. 69.

22 Revista de Derecho Notarial 107, enero-marzo 1980, pág. 445. "Ciertamente un notariado funcionarizado es incompatible con la libertad del individuo y de los grupos, con la economía de mercado y con el desarrollo económico; es un notariado empobrecido y empobrecedor, propio de regímenes políticos autoritarios o totalitarios que, cuando no se trata de meros residuos históricos, nada tiene que hacer en una democracia moderna". Rodríguez Adrados, Antonio. "Sobre las consecuencias de una funcionarización de los Notarios",

VII. ACERCA DE LA NECESIDAD DE LA INTERVENCIÓN NOTARIAL

Como señala Castán Tobeñas[23], se enfoca a la función notarial vinculada a la necesidad que el estado tiene de disponer de un funcionario especial y de un órgano determinado para atender a la seguridad jurídica de la comunidad, que en la vida y desarrollo del derecho en estado de normalidad le reclaman los mismos protagonistas, en contraposición a la función jurisdiccional reparadora de los conflictos sociales, confiriendo a ese funcionario, por representación instrumental, la facultad de ser el autor del instrumento público auténtico, capaz e idóneo de *generar una tutela eficaz al desarrollo de la vida en normalidad y con efectos preventivos de litigiosidad*.

El profesor doctor Jorge H. Alterini[24], en una de sus magistrales conferencias, desarrolló el valor de la actividad notarial antilitigiosa. Si lo que estamos diciendo aquí es cierto, y creo que lo es, declaró: "... podríamos acuñar este refrán: 'Si hay escribano, el juez está en vano' (de su autoría) (...) tras discurrir acerca de la autoría del autor del refrán 'notaría abierta, juzgado cerrado', expresión que se suele atribuir a Alfonso el Sabio, por lo menos en nuestro medio. Creo que, con mayor certeza, en España, se le adjudica la expresión a quien realmente la concibió: Joaquín Costa Martínez, un notario, jurista e historiador con conocimientos en economía (...) He leído las expresiones más contundentes sobre este tema en Carnelutti, en una conferencia señera sobre 'La figura jurídica del notario'. Dijo cosas de este estilo -tras hablar de que el escribano es 'guardián del Derecho-': '... su auténtica misión consiste en trasladar el hecho al campo del derecho', en evitar un proceso (...) la función notarial es típicamente antiprocesal (...) el notario trata de eludir, con su consejo a las partes y su intervención, la posibilidad de desembocar en un proceso (...) a los notarios les cuadra perfectamente la categoría de 'escultores del derecho'. Porque la función del notario (...) se encamina directamente a que

23 Ob. cit., págs. 456 y sgs.

24 ALTERINI, Jorge H. Convención Notarial Colegio de la CABA, pág. 96; Alterini, Jorge Horacio; Figueroa Márquez, David; García Collantes, José Manuel; Pérez Fernández del Castillo, Bernardo; Pignanelli, Aldo. XXXIII Convención Notarial, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, mesa redonda: "El notariado latino. Análisis comparativo entre el sistema jurídico documental latino y el anglosajón. Costo del contencioso y de las indemnizaciones", págs. 79-102. En Revista del Notariado 888, abril-junio 2007. El notariado le debe un especial reconocimiento. He tenido la oportunidad de manifestarle nuestro agradecimiento, desde la función jurisdiccional, desde la Cátedra, desde sus sentencias, desde sus dictámenes, en especial el que hizo al reconocimiento estatal definitivo de la UNA. Alterini es el jurista, nuestro jurista contemporáneo que tendió un puente de plata, entre la doctrina histórica y la de nuestros días, hizo que su aurora iluminara el progreso y la humanización del Derecho al que penetró con la equidad y el bien común.

la voluntad declarada de las partes vaya por sus cauces normales, evitando toda posibilidad de litigio" (Jorge H. Alterini, entre otras tantas distinciones y premios, "Profesor Honoris Causa" de la Universidad Notarial Argentina. Nada tan merecido y reconfortante para el mundo del derecho notarial. En esa oportunidad tuvimos el honor de recibirlo)[25].

La necesidad de la intervención notarial ha sido también plasmada en la enorme obra de nuestro maestro Juan Bms. Vallet de Goytisolo[26]. Afirma en su obra: "Una muestra de que esa necesidad existe es que esa profesión haya existido en todos los tiempos y países, ejercida más o menos competentemente, con diversas orientaciones, centrada preferentemente, ya sea en la redacción gramatical de las *chartae* o documentos, en los que esos negocios son recogidos, o bien para dotarles de autenticidad y fuerza probatoria o, en fin, para su más adecuada formulación jurídica. Pero sólo el notariado de tipo latino o románico ha llenado conjuntamente esas tres funciones".

Nosotros creemos que así como en el derecho procesal debe integrarse la "litis" y se hace necesaria para *consolidar las garantías procesales del debido proceso y la defensa en juicio*, la obligatoria intervención del poder judicial a través de los jueces cuya competencia le es preasignada por las normas de superintendencia y los abogados de las partes; en el derecho notarial se hace necesario para integrar el "proceso de autenticidad" y para hacer efectivo el principio de la seguridad ju-

25 La UNA tiene el honor de recibir a su profesor, maestro, educador, luchador por las nobles causas de la humanidad, al científico constructor del futuro, al historiador que nos unió con el mejor pasado, al creador de instituciones jerarquizantes, al codificador, al inspirador de trascendentes instituciones... al amigo inclaudicable, a Jorge Horacio Alterini. El Consejo Académico resolvió en pleno designarlo *profesor honoris causa*... y la providencia quiso que la más alta distinción universitaria la reciba en esta histórica Casa... en este salón donde protagonizamos acontecimientos inolvidables que impactaron para siempre en nuestras vidas y en la de nuestras instituciones... sala de debates, la pedana donde la espada del Maestro supo con prestancia e hidalguía defender los auténticos principios del derecho y, con su penetrante palabra, cubrir de equidad al conflicto en beneficio del bien común, la plaza de las ideas compartidas, el recinto de la amistad y también de la admiración inocultable... El punto de partida de las ideas, escuela de pensamiento, morada intelectual donde se crean reglas para regular el comportamiento humano... en fin, el *ethos universitario*... En este mismo recinto, hace algunos años, allá por septiembre de 1991, con motivo de la conclusión de las Decimoterceras Jornadas de Derecho Civil, me permití cerrar el acto con un agradecimiento al maestro Jorge Alterini por su brillante desempeño y dije entonces que Jorge es el Jurista de todos los tiempos en la más alta significación científica y el arquitecto que construyó el puente de plata que nos permitió convivir con la tesis y obra de los fundadores del derecho y las de los maestros contemporáneos. La circunstancia en que así expresaba mi pensamiento no daba posibilidades de cuanto quería decir y significar con esa imagen, pero hoy llegó el momento para fundar lo expresado. Debo decir, sin excitación, que la obra jurídica de Jorge H. Alterini tiene un poder de creación tal que debe ubicársela en la más trascendental del comportamiento humano regulado por el derecho. Hoy digo: debo reconocer que admiro su obra y profesar su amistad.

26 VALLET DE GOYTISOLO, Juan. "La Determinación Notarial del Derecho". Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XXXV.

rídica, la presencia voluntaria de las partes y la necesaria intervención del notario como profesional del derecho a cargo de una función pública, consolidando la estabilidad y ejecutoriedad de esa relación jurídica que en razón de su competencia material y jurisdiccional, y de su investidura, el consumidor de ese servicio jurídico puede elegir libremente.

Ambos procesos, el "jurisdiccional" y el "voluntario", tienen reconocimiento y garantías constitucionales.

González Palomino[27], con el apoyo de Giménez Arnau[28], analizando el quehacer notarial en las varias direcciones en que se diversifica el mismo, dice que la doctrina le asigna al notario: "... una clara manifestación de actividad creadora del Derecho en el ámbito de la prevención litigiosa".

Por nuestra parte, esa función notarial creadora de derecho ha sido tratada con nuevos fundamentos que creemos necesario aquí ratificar[29].

Francisco Martínez Segovia, un gran hombre, un gran maestro, en su insuperable obra *Función notarial* ha logrado, con contenido universal y atemporal, la definición más completa, claro está, desde su visión profesional[30].

VIII. A LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD CIENTÍFICA

A nuestro entender, otro elemento distintivo y vital para el estudio del derecho notarial lo constituye la *investigación orgánica aplicada*.

Las opiniones y respuestas a temas complejos o conflictivos en el proceso de la investigación jurídica así como en el específico del derecho notarial para no ser dogmáticas, parciales o sesgadas requieren del estudio sistemático e interdisciplinario del derecho.

En nuestro caso, la visión académica debe estar sólo comprometida con la búsqueda de la verdad, aun cuando esta se muestre esquiva y la tarea resulte trabajosa, y abierta al diálogo.

---

27 GONZÁLEZ PALOMINO, José. *Negocio jurídico y documento*, págs. 90/93.

28 GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Ob. cit., págs. 14/15.

29 PÉREZ LOZANO, Néstor. "La Función Notarial Creadora de Derecho". Trabajo presentado en el XXIII Congreso Internacional del Notariado Latino realizado en Atenas, Grecia, 2001.

30 MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. *Función Notarial*, con prólogo del recordado Eduardo Kursak, Delta Editora, 1997. Así la define: "Es la función profesional y documental autónoma, jurídica, privada y calificada, impuesta y organizada por la ley (caracteres), para procurar la seguridad, valor y permanencia, de hecho y de derecho (fines), al interés jurídico de los individuos, patrimonial y extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales (objeto material), mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo (operaciones de ejercicio) confiada a un notario (medio subjetivo)".

Giménez Arnau[31] refiriéndose a la fe pública notarial, expresa: "... la fe pública como función específica de carácter público, tiene como misión técnica, robustecer con presunción de verdad, los hechos o actos sometidos a su amparo".

Javier Guardiola[32] acaba de publicar un ensayo que, como lo expresa el autor en su prólogo, es fruto de su libre interpretación sobre la "verdad desde el punto de vista notarial". Le asignamos gran valor axiológico sobre la conducta humana y la verdad. Concluye el trabajo con el siguiente corolario: "La verdad notarial es el acto de convicción a la que arriba el notario luego de la observación que realiza de la realidad en el ejercicio de su ministerio, como resultado de un proceso de interrelación, entre su evaluación intelectual y la del grupo social donde despliega su función y que se manifiesta en expresión escrita sobre el instrumento notarial".

Por nuestra parte, debemos afirmar que la verdad notarial no es neutra ni se procesa en abstracto. La falta de la verdad se encuadra y constituye dentro del Código Penal en el capítulo referido a los delitos contra la fe pública.

Para comprender el fenómeno de la falsificación de documentos tanto en su falsedad material como ideológica, ver Adriana Abella[33] en *Responsabilidad Penal del Notario*. A nuestro entender, es quien ha elaborado el desarrollo más completo y orgánico en tal sentido. Cúando distingue entre falsedad material e ideológica enumera los modos comisivos del acto falsario documental y en el numeral d) expresa: "... faltando a la verdad en la narración de los hechos ... la falsedad ideológica es propia de los documentos públicos". Claro está que la autora comprende en ello también la responsabilidad disciplinaria con una recopilación ordenada de la jurisprudencia en la materia.

IX. LA INVESTIGACIÓN APLICADA EN LA CIENCIA JURÍDICA

Investigar es asegurar el futuro de nuestra disciplina. Una investigación aplicada en las ciencias jurídicas debe estar dispuesta a ir a las causas de eventuales situaciones del notario como jurista y como funcionario público en plenitud de su magisterio.

Los organismos académicos del notariado, con la mirada puesta en el bien común, deben constituirse en fuente permanente e inagotable de propuestas al legislador. La sociedad está en permanente movimiento, la conducta humana la acompaña, la vida transcurre vertiginosamente, la familia produce mutaciones, internas y externas con consecuencias que afectan al patrimonio.

31 GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. Ob. cit., pág. 10.

32 GUARDIOLA, Javier. *Breve ensayo sobre la verdad notarial,* Edit. Imagen, Mendoza.

33 *Derecho Notarial. Derecho Documental. Responsabilidad Notarial,* Edit. Zavalía, sep. 2005, pág. 169.

No podemos entonces estar al margen de los acontecimientos socio-filosóficos que atraviesan hoy a la sociedad, tales como los actos de autoprotección, su registración, la sociedad entre cónyuges, la sociedad de un solo socio, la ductilidad de los contratos asociativos y los de colaboración, y la irrupción de la empresa familiar que dispara un nuevo instrumento: el protocolo familiar[34], los actos de planificación patrimonial, los pactos sobre herencia futura y un nuevo sistema jurídico preventivo con efectos inmediatos o *post mortem* sobre el patrimonio abasteciéndolo con nuevas instituciones en sede notarial; la necesaria rejerarquización de las donaciones entre presentes y ausentes o diferidas, con derecho de acrecer o no o bajo condiciones obligacionales como instrumentos necesarios y útiles para la planificación del patrimonio familiar en toda su dimensión, como así también otros institutos del ámbito del Derecho mercantil, en especial el reconocimiento de la empresa en el sistema societario moderno.

Esos institutos requieren de los estándares más elevados para la consecución del progreso humano en orden con la prevención de conflictos y con la debida planificación del futuro, para el logro de la estabilidad de las relaciones humanas en paz social.

La investigación aplicada, a diferencia de la básica, procura tener un resultado de impacto o mejora inmediata en el área en que se desarrolla el estudio. Tiene como principio no estar centrada sólo en la acumulación del saber teórico, sino en lograr aplicaciones en las disciplinas notariales de las realidades sociales, humanas, del intercambio de bienes y servicios en la empresa, y su régimen societario en toda su dimensión y su comportamiento normal en la comunidad y en la estabilidad de las relaciones intersubjetivas.

He ahí la razón de nuestra inquietud en profundizar las esencialidades de la verdad científica, en cuanto *la función notarial es creadora de derecho*. La función notarial creadora de derecho encuentra y reconoce su necesidad como objeto de la ciencia jurídica en profundos principios filosóficos y jurídicos, a saber:

Históricamente el individualismo alemán afirmaba que el individuo es el valor fundamental y su voluntad es omnipotente, esto es, dotada de *fuerza creadora de normas jurídicas*.

Adviértase que el problema dominante viene dado por la relación entre voluntad y derecho, y el esfuerzo de la doctrina estuvo dirigido a probar que la eficacia vinculante de la disposición negocial se explica por razones superiores de carácter ético y filosófico.

El historicismo, también de raíz germánica, enfrenta con fuertes críticas al individualismo voluntarista. No se concibe el poder subjetivo del individuo sino partiendo

34 FAVIER DUBOIS (h), Eduardo. "El protocolo de la empresa familiar", Ad-Hoc, *Protocolo familiar. Funciones y valor*. En dicha obra también Vítolo, Daniel R. "El protocolo familiar y la empresa agropecuaria".

de un orden objetivo, que lo sitúa en función de reales relaciones del individuo en libertad que le permiten tomar la norma aplicable y su justificación jurídica.

Desde esta perspectiva afirmamos que no es la voluntad el fundamento de la obligatoriedad del negocio jurídico, sino el orden jurídico en el derecho objetivo el que atribuye eficacia vinculante a las declaraciones de voluntad en el negocio jurídico.

Esta aseveración se materializa y encuentra eficacia en el principio de identidad normativa por virtud del cual las convenciones recogidas en el documento notarial forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma y mediante el principio de publicidad, sea esta pública o privada, son oponibles a terceros (principio recogido entre otros por el art. 1197 del Código velezano, hoy art. 959 del Código Civil y Comercial de la Nación, Ley N° 26.994).

La cuestión tiene implicancias ideológicas.

Nos remitimos a nuestras afirmaciones acerca de la insuficiencia del control negocial para verificar la relación objetiva de los intereses, sea a través de contratos estandarizados, condiciones generales predispuestas y, en general, a la necesidad de preservar el poder de negociación de la parte débil, sobre todo durante la etapa de la estipulación. El orden jurídico no puede ser indiferente y debe exigírsele el predomino de las valoraciones de buena fe o equitativas en sentido amplísimo, sobre las valoraciones y construcciones lógico-formales.

Al decir de Joseph Esser: "... el orden normativo dispone de normas abiertas, estándares que permiten a través de la tópica, interpretar no axiomática sino problemáticamente la realidad negocial. La característica de estas normas abiertas es la ductilidad, su poder de influencia en la vida social, como las nociones de dolo, culpa, fraude, buena fe, orden público, equidad (...) y otras"[35].

He ahí la labor de Juan Bms. Vallet de Goytisolo y su aporte a la ciencia jurídica que es: "... la determinación negocial de lo justo en las relaciones jurídicas concretas". Analiza la cuestión trascendente partiendo de Aristóteles y Santo Tomás de Aquino[36].

Dota a la perspectiva de la determinación negocial del derecho, con rigor científico, de la necesidad de una relación justa, racional y consciente sin traspasar nunca los linderos que determina lo justo natural y debe recaer en algo posible dentro de los linderos que delimitan la actuación dirigida a ese fin[37].

Por nuestra parte afirmamos que no podremos comprender la función notarial como creadora de derecho sin entender la concepción universalista que se

35 REZZONICO, Juan C. La buena fe como norma abierta para la interpretación de los contratos y límites a la interpretación. LL.1983.C-270). Esser, J. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*.

36 ARISTÓTELES. "Ética". Santo Tomás de Aquino. S. th. 2ª.57, resp. cit. por Vallet de Goytisolo.

37 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bms. "Ciencia formal y ciencia práctica del Derecho Notarial" (Separata Rev. Jur. del Not. N° 35 jul/sept. 2000). Cita a Aristóteles (Ética Nicomaquea).

concreta en el sistema que denominamos "notariado latino". Es en este sistema en que la intervención del notario concluye en la creación del documento, cumpliendo con un proceso previo para la formación del contrato o acto jurídico y otro, posterior a su conclusión, como lo es en caso de necesidad con su publicidad, guarda y conservación.

Otra vez Juan Bms. Vallet de Goytisolo hecha luz con valor científico sobre esta importante cuestión[38].

En nuestra opinión, estos principios, teoría, práctica y técnica, son inescindibles y se realimentan unos a los otros. Activos, dinámicos y vinculados, actúan como catalizadores de una reacción cuyo producto se manifiesta a través de los tiempos (historia) del documento (ciencia práctica sustantiva del derecho documental) y de la forma (ciencia formal del derecho notarial) con dominio de la técnica que concierne a la documentación notarial.

Bardallo[39] enseña con sagaz inteligencia que el derecho y la función notarial, como entidades plenamente jurídicas en su esencia o naturaleza, apuntan naturalmente hacia la estimativa o axiología jurídica. Es coherente y racional que quieran o busquen adquirir, por intermedio de sus institutos el primero, y de sus poderes y medios, la segunda, *seguridad*, *valor* (estimamos que Martínez Segovia lo considera en el sentido de eficacia legal), *validez*, *eficacia* y *permanencia*. Todo ello es fundamento de paz jurídica, realización espontánea y fecunda del derecho.

Carnelutti[40], con su característica precisión, determina que al igual que entre la ciencia y el arte, entre la ciencia y la técnica la relación es recíproca, y aun cabría hablar de un recambio; la ciencia sirve a la técnica y la técnica sirve a la ciencia: "No se hace técnica sin ciencia, pero es menester la técnica para que la ciencia alcance su perfección".

José Carlos Carminio Castagno[41] en lúcida consideración final expresa: "Corresponde distinguir 'actividad' (fáctica) del hombre de 'actuación jurídica', asunto en el que asume un relieve decisivo la forma que el Derecho impone. Puede, entonces, haber conducta 'humana' pero no jurídica, o -de serlo- inválida, ineficaz o inacreditable. Queremos decir con esto que si hubo acto 'no jurídico' se deberá

38 VALLET DE GOYTISOLO, Juan Bm. Ob cit. "Distingue con Aristóteles la *theoría*, o entendimiento teorético que trata de diferenciar la verdad y la falsedad a fin de que el razonamiento sea verdadero; la *praxis* que, guiada por la prudencia, trata de que nuestro obrar sea recto, con el fin de hacer (*agere*) el bien y abstenernos del mal (y, en el ámbito jurídico, hacer lo que sea justo y equitativo y, evitar lo injusto o inicuo) y la *poiesis* que trata de inventar o idear cosas bellas o útiles y de distinguirlas de las feas, inútiles o dañinas, con el fin de inventar mentalmente, primero y fabricar técnicamente (*facere*) después esas cosas bellas o útiles, empleando para esto la adecuada técnica (*tekné*)".

39 BARDALLO, Julio. "Teoría de la técnica notarial", Revista del Notariado 850.

40 CARNELUTTI, Francesco. "Teoría General del Derecho", conferencia, pág. 223.

41 CARMINIO CASTAGNO, José Carlos. *Algunas disquisiciones sobre la forma jurídica.*

volver a actuar 'en forma' para su existencia en el campo del Derecho (y -por vía de hipótesis- nuevamente de la manera exigida para su 'validez' y/o 'eficacia' y/o 'prueba'). La 'forma', pues, constituye un requisito necesario para cada una de esas finalidades, a efectos de que el Derecho sintonice en su frecuencia lo 'fáctico'".

X. EFECTOS DE LA PRESENCIA DEL NOTARIO EN LAS RELACIONES INTERSUBJETIVAS

Desde una visión dinámica, la función notarial está referida al ejercicio reglado, es decir, cómo trabaja el notario y cómo despliega sus conocimientos y se enfrenta sólo con su responsabilidad de asesor y de consejero jurídico, porque ésta es su primera *in tempori*, su auténtica función.

Por su parte, Juan Bms. Vallet de Goytisolo afirma que como profesional del derecho tiene: "... la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen".

Elena I. Highton[42], en el capítulo 7 de su obra *La Neutralidad y la Función Notarial*, funda en el carácter público del que se halla revestido el Escribano, su obligación a servir por igual a todos los ciudadanos y hacerlo como fiel intérprete de la voluntad de cada uno, aplicando en salvaguarda de la equidad y la justicia su conocimiento del derecho en un clima de imparcialidad. De ahí que se haya calificado a la tarea del escribano como la más difícil entre las de los servidores del derecho y a su responsabilidad como la mayor, agregando: "Como no defiende a parte alguna, evade el pleito, tratando de dar a cada uno lo suyo y sólo defiende a todos contra lo injusto o lo ilegal, sea en el consejo previo o al crear la fórmula jurídica".

Por todo ello, estamos íntimamente convencidos de que podemos afirmar que en ese escenario el notario despliega todas sus técnicas para ubicarse entre las partes o requirentes individuales o plurilaterales. Producto de un valor previo -la estima social- los requirentes acuden a su ministerio porque a través de los tiempos ha trabajado para el bien común, operando sobre la desigualdad, estableciendo equilibrio y equidad a la relación de fuerza entre los contratantes, generando un espacio de confianza pública que la comunidad aprecia.

Creo que tenemos una deuda con el derecho notarial, esto es, que no hemos aún analizado la transferencia sustancial y los efectos que reciben del notario quienes requieren de su ministerio, desde el mismo momento en que se

42 HIGHTON, Elena I. "El Escribano como tercero neutral". Revista del Notariado 850, pág. 87.

constituye el primer encuentro verbal que pone en marcha el proceso notarial sustantivo.

La constitución de esta "primera audiencia"[43] dispara el principio del secreto profesional[44]. Es por ello que el notario deberá hacer saber a las partes de esta circunstancia y sus efectos. Es consecuencia de ese principio que él no podrá oficiar como testigo en proceso alguno relacionado con las cuestiones ahí sustanciadas. A su vez confiere el primer beneficio de su intervención, esto es que las partes se sientan en libertad para el diálogo o exposición de sus intereses, porque nada de ello podrá ser utilizado en su contra.

La presencia del notario produce como efecto inmediato vencer la actitud de resistencia que todo ser humano lleva ínsito. Luego desestima la intolerancia a la contradicción de sus intereses, los exponen y elaboran en libertad; es decir, se dan los elementos de la mediación no institucionalizada, sitúa a las partes en un plano de igualdad y los ubica positivamente.

Se concreta así el principio de la inmediación, genera la convicción de la imparcialidad del notario. Las diferencias potenciales de negociación desaparecen y el "más débil" ya no lo es.

Mis afirmaciones encuentran recepción en el psicoanálisis, en especial en Jaques Lacan, autor que asimila la función del psicoanalista con la del "escribano". Cita también a Sigmund Freud, quien hace referencia a la autoridad del notario[45].

---

43 Así la denomina Francisco MARTÍNEZ SEGOVIA en *Función Notarial* (ob. cit.). Este autor en el capítulo "Contemplación práctica de la función notarial", distingue la disección del proceso negocio-documental de la disección del proceso hecho-documental. La metodología impuesta y los fundamentos en que se asienta son de tal valor que a la vez de su trascendencia universal honran al Derecho argentino. Un jurista notable.

44 Ver ARMELLA, Cristina N., en su excelente trabajo "El secreto profesional notarial frente a la obligación de informar al Estado", Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial, 2012.

45 LACAN, Jacques. En "Escritos de Lacan". No cita página. Seminario Cuarto y Clase 3, sobre "La resistencia y las defensas", del Seminario I°. Lo expresa así "… testigo invocado de la sinceridad del sujeto, depositario del acta de su discurso, referencia de su exactitud, fiador de su rectitud, guardián de su testamento, escribano de sus codicilos, el analista tiene algo de escriba". Cita también a Sigmund Freud, quien hace referencia a la autoridad del notario, simbolizando que ante él, se podrán invocar libremente y sin represión las cuestiones más diversas que atiendan a la defensa de sus intereses o de la posición del requirente. Relata Freud, "… en un asunto de herencia, para probar sus derechos, alguien invocará ante el notario, el parentesco universal que, según la hipótesis monogenética, vincula entre sí a todos los hombres". Clase 10, "Los dos narcisismos", pág. 55, ob. cit. Por nuestra parte observo que este fenómeno con distintas consecuencias y efectos, puede darse excepcionalmente en otros prestadores de servicios jurídicos, pero fundados en su prestigio personal. En nuestro caso al Notario lo asiste el notariado como institución nacional y mundial. Estas organizaciones paraestatales que también generan servicios a la comunidad, bien se han encargado de cumplir con la labor creadora de la conciencia pública hacia dentro y fuera del notariado, esto es en la sociedad global.

Estas relaciones de valor son posibles *merced a aplicar un proceso notarial* que se hace efectivo y real, primero en el campo académico y luego como operación de ejercicio, además de estar integrado por técnicas de actuación que han sido enriquecidas por la doctrina y la jurisprudencia notarial.

Su desarrollo se funda en dos presunciones fundantes:

"la presunción de verdad", que opera y robustece los hechos o actos sometidos a su amparo; y

la "presunción de legalidad objetiva" sobre toda actuación, sea esta documental o no. La jurisprudencia ha declarado permanentemente dicha aseveración[46].

Dicho proceso también se sostiene en dos presupuestos, el objetivo y el sustantivo, esenciales e inescindibles, a saber:

El presupuesto objetivo, que se concreta en la existencia de una norma vigente aplicable: que dicha norma para su debida aplicación sea correctamente interpretada a los efectos de determinar el contenido y límite de aplicación al caso; que respete el principio de jerarquía normativa; que el derecho público administrativo no subvierta este principio mediante disposiciones, resoluciones y hasta órdenes de servicios internas que alteren el principio documental y la tesis de la libertad de formas que nuestra Constitución y el Código Civil consagran.

El presupuesto subjetivo, esto es, la certeza que debe tener el notario en la aplicación de la ley, implica: de un lado, la garantía de la tutela jurídica, y de otro, un conocimiento previo de la ley, de modo que no existe seguridad jurídica subjetiva si se ignora la ley o si se tiene un conocimiento deficiente y/o equivocado de la misma. El asesoramiento preventivo al ciudadano es esencial para respetar ese valor jurídico.

Con relación al proceso notarial en el cual se dan estas esencialidades y efectos, véase "La función notarial creadora de Derecho", en donde intentamos su estructuración[47].

Este proceso funcional constituye un instituto único y diferenciador que confiere autonomía al derecho notarial: es el proceso al que queda sometido el ejercicio de la función notarial. Proceso que no está reglado pero que, precisamente, surge de su estructura metodológica y práctica. A saber:

46 "Cam. Com. E 11/08/97, "Neg. Indust. Real SA. c/ Pérez Navarro J.", Cam. Com. D. JA. 1996-II.121, entre otros fallos", así ha valorado estos principios al declarar que "... la intervención del notario genera una presunción a favor de la legalidad del acto, quedando sustraído a las impugnaciones que se dirijan a atacarlo, en tanto y en cuanto no se acrediten la omisión o irregularidad de sus requisitos esenciales".

47 PÉREZ LOZANO, N. "La función notarial creadora de Derecho". Ob. cit., págs. 50/54.

"i) Una acción interpretativa que abarca la recepción de la voluntad de las partes, su asesoramiento, docencia, conciliación y la interpretación jurídica final de esa voluntad;

ii) una acción configurativa que abarca la redacción, la elección de la forma legal, el ejercicio de la potestad perfectibilizante del derecho en los casos de silencio, omisión, duda o falta de adaptación al caso;

iii) una acción autenticante, mediante el uso de la fe notarial que confiere valor jurídico a la obra del notario y refleja calidades de buena fe y confianza sobre éste;

iv) una acción autorizante, mediante la asunción de la responsabilidad de autor del documento notarial y transmisión de autoridad jurídica y moral derivada de la personalidad del notario y,

v) una acción conservadora o de resguardo que garantiza la permanencia como fin de la función y la actividad ejecutiva por medio de la reproducción documental auténtica"[48].

XI. LA INSTITUCIONALIZACIÓN NOTARIAL. LA RAZÓN HISTÓRICA

No se trata de reeditar los datos cronológicos y ordenados de la historia del derecho. Mucho y bien se ha escrito, investigado y metodizado al respecto.

Aspiro a sintetizar y trazar en grandes rasgos su transformación, que no es perduración sino cambio constante, reflexiones en orden a su evolución y una mirada comprometida hacia futuro.

A la ciencia jurídica la crearon los romanos, es su obra eterna. Momsen[49], en su *Historia Romana*, estructura los valores permanentes, supervivientes del tiempo y el espacio. Afirmaba que: "... es el pueblo romano el que desarrolla entero el ciclo de su vida delante de nuestra contemplación, podemos asistir a su nacimiento y a su extinción".

Es el imperio romano la única trayectoria completa que conocemos del organismo social: somos espectadores de su gloriosa expansión por todo el mundo ecuménico y de su contracción en ruinas. Se han derrumbado templos, monumentos majestuosos, y la lírica de Horacio y la ética de Virgilio pasaron a la historia literaria.

48 MARTÍNEZ SEGOVIA, Francisco. *Función Notarial*, Delta Edit., pág. 258.

49 MOMSEN, Theodoro (Premio Nobel de literatura). *Historia de Roma*, 1902.

Pero dos obras monumentales subsistieron para la eternidad: los romanos nos legaron un vasto sistema de incorporación social que nos permitió refundar la nación latina y la ciencia jurídica.

Los romanos incipientemente comenzaron a determinar las actividades reservadas a los juristas como operadores del derecho. Así en su división disciplinar, concibieron el *cavere*, el *postulare* y el *respondere*.

El *postulare* concebido como la actitud activa de acusar o defender, lo que es propio del abogado.

El *respondere* crea el campo común para el abogado y para el notario, es el aconsejar para evacuar dudas.

En tanto, el *cavere* es propio y excluyente del escribano: "... resguardar y tomar precauciones con el objetivo de evitar pleitos".

Decía Francesco Carnelutti: "*Cavere*, esto es, precaver, es la función específica del Notario y sin duda la más alta y hermosa, porque obliga al Notario a hablar claro, con sabiduría y honestidad..."[50].

Fueron los romanos los que fijaron el objeto de nuestra ciencia con el monumental aporte de los griegos que nos legaron el "estudio del conocimiento" y la "filosofía". Por su parte, no podemos dejar de reconocer el aporte germánico que complementa la estructura científica ordenando y metodizando los preceptos greco-romanos. Estos acuñaron la palabra *rechtswissenschaft* que significa "técnico" y su aplicación gradual a la *begriffsjurisprudenz* que atiende a la prudencia.

Proclaman que el derecho sólo existe como atributo de la persona inescindible del concepto de la prudencia y su incidencia en las instituciones jurídicas, con ánimo de precisarlas y analizarlas con rigor metodológico con que proceden las ciencias experimentales en el contexto social.

Una primera observación consiste en diferenciar el derecho romano del germánico. El derecho romano muestra en su espíritu que para organizar a su pueblo, lo primero que hace es crear un estado. Se establece metodológicamente que el estado es anterior a la persona haciéndose efectivo su apotegma: "Un individuo que no pertenezca a un Estado no tiene ningún derecho".

Dejamos constancia de nuestra disidencia con esta atribución del Estado, tal como lo expresamos en el trabajo "Hacia una nueva visión del patrimonio"[51].

---

50 CARNELUTTI, Francesco, en su comunicación en la Academia Matritense del Notariado del 17 mayo de 1950, Revista Internacional del Notariado, año 2, nº 7, julio-septiembre 1950, pág. 121.

51 PÉREZ LOZANO, N. "Hacia una nueva visión del Patrimonio". Presentado en la Academia Nacional del Notariado, en Revista Notarial 962, 2009. La concepción del patrimonio como atributo de la personalidad, único e indivisible llega a nuestro Código a través de la obra de los jurisconsultos Aubry y Rau, y tiene origen en el siglo XIX con la pandectística alemana. Esta lo concibe como una emanación de la personalidad y expresión del poder jurídico del que está investida la persona. En disidencia expresamos: "Trataré de demostrar que la doctrina clásica que concibe al patrimonio como unidad... indivisible e infraccionable carece de sustento y

En el derecho germánico es a la inversa. El derecho sólo existe como atributo de la persona, o sea que no se es persona porque se poseen ciertos derechos que el Estado define, regula y garantiza, sino que se tienen derechos porque se es persona viva… concebida. En síntesis, el Estado reconoce el derecho y no es quien lo confiere.

Reconozcamos que el derecho tiene sus épocas y muta no sólo en cada nación, sino también en el tiempo. Cada época se encuentra con un derecho ya elaborado. Ello produce un desajuste entre el derecho que viene del pasado y la vida social que transcurre activa y transformadora.

No todo habrá de cambiarse, pues existen valores y costumbres que en lo sustancial permanecen con toda vigencia[52].

En esta reeditada unificación y reforma nos damos cuenta de que lo esencial sigue en vigencia y le damos la bienvenida al nuevo código unificado. Los notarios se-

---

compatibilidad con la realidad. Es más, así concebido, provoca un notable y ostensible retraso paralizante del progreso humano y del desarrollo empresario. Compromete su sustentabilidad, en orden a los que he dado en llamar el patrimonio estático o familiar y el dinámico empresario y resulta también limitante del crédito y la inversión".

52 Nuestro homenaje al Código Civil... el de Vélez... al nuestro, con él nacimos al mundo del Derecho, nos acuñó y formó. Fue nuestro guía y compañero, fue nuestra Biblia, más leído que el Quijote, no nos separábamos nunca, fue nuestro padre. Nos aferrábamos a él, discutíamos, reíamos y nos enojábamos con él. No obstante las leyes que lo derogaron, modificaron, ampliaron y, a veces, deformaron, siempre supimos que en el camino de la evolución del derecho, que es el de la sociedad, éste debe ser resguardado en sus esencialidades y modificarlo sí por supuesto... pero solo en las normas e institutos inadecuados que requieran un cambio. Por ello bienvenido sea el Código unificador y revitalizador del derecho privado y su constitucionalización. Peyrano, Guillermo E. "A cien años del nacimiento de Guillermo A. Borda" … "La férrea voluntad de Guillermo A. Borda y el influjo de su prestigio lograron que la Reforma del año 1968 no solamente se concretara normativamente sino que también tuviera efectiva vigencia en la práctica al haber sido acogida y aceptada por la comunidad jurídica de nuestro país. Figuras como el abuso del derecho, la lesión, la teoría de la imprevisión, el principio de La buena fe, la equidad, entre otras, pasaron a integrar la realidad de la vida jurídica argentina allegando soluciones más justas a los diferendos, soluciones inspiradas a su vez en el propósito de que sirvieran para remedir las heridas que generan en el tejido social, los desencuentros y las pujas por intereses contrapuestos. No fueron críticas al Código de Vélez las que llevaron a Borda a impulsar su reforma, sino el lograr rescatar todo lo bueno que aquel tenía y que el paso del tiempo no había afectado. Expresó el jurista "... no en vano el tiempo pasa sobre las instituciones y las leyes, también ellas envejecen y se hace preciso actualizarlas". Sin embargo, dejó bien en claro su criterio respecto de la inconveniencia de una reforma total, esto es, el dictado de un nuevo Código Civil, al manifestar que "... un viejo Código es como un viejo amigo. Se conocen sus virtudes y sus defectos...". Por eso la labor de perfeccionamiento de adecuación de un Código Civil a las nuevas circunstancias, debe ser paulatina, operando aquí y allá, donde la reforma sea más urgente. Y, si como consecuencia de este método resultan algunas contradicciones, alguna falta de coherencia de sus propias palabras, ahí está la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia para realizar la labor de ajuste".

remos los primeros operadores del derecho en aplicarlo y lo haremos como garantes de la realización de las garantías constitucionales, ya que el nuevo derecho privado ha sido cubierto por un manto protector preventivo con sus normas de máxima jerarquía. Lo hemos fundado con mayor extensión en reciente ensayo[53].

En cuanto al desarrollo evolutivo del derecho notarial, nos situamos entre quienes opinan que el notariado es una institución que en nuestra historia aparece perfilada sobre las bases del derecho romano y los que sostienen que el Derecho bizantino, al unificar tabularios y tabeliones, dio lugar a un primer grado en la evolución de la institución. Mucho antes, en el Código de Hammurabi (siglo XII antes de Cristo) y en el Código de Manú (siglo XII antes de Cristo), encontramos las primeras normativas aplicables. En Grecia existen oficiales públicos redactores de los contratos de los ciudadanos y Aristóteles (360 antes de Cristo) observaba que constituían (esos oficiales) un signo de evolución de los pueblos civilizados.

Es en España donde se dio sostén legal a la función notarial tanto en el Fuero Real como en las Partidas, reconociendo para Aragón el origen y prestigio que en la historia patria se concede a la función[54].

La Escuela de Bolonia aportó al derecho notarial nuevos valores, técnicas fórmulas y conocimientos, representada por la obra de Rolandino Passaggeri, notario y docente que impartió lecciones públicas de notaría. En sus obras, *La Summa Artis Notariae*, *La Aurora*, *El Tractus Natularum*, *La flos testamentorum*, *De oficio tabellionatus in vili vel castris*, despliega todos los atributos de la ciencia de la notaría, testamentos y lecciones prácticas a los notarios.

Posteriormente a la ley francesa de Ventoso (1803) se le adjudicó la consolidación de la función notarial y el empleo de la voz "notario", reservando para los eclesiásticos la de "escribano".

En tanto, a la Ley española de 1862 se le reconoció la recepción de la doctrina más elaborada y con un método expositivo de mayor calidad, por lo que se la considera más avanzada que las anteriores.

La Ley de Ventoso -fuente muy valiosa del Código Civil francés (Código de Napoleón)- receptó las consecuencias de la revolución francesa y elevó la institución notarial a la función pública[55]. Ambas obras monumentales se dieron en el lapso de un año. Ratificaron la función por delegación estatal: el notario es un profesional a cargo de una función pública pero no es funcionario del Estado aun cuando no esté exento de sanción disciplinaria por parte de este, de quien no recibe remuneración alguna.

53 PÉREZ LOZANO, N. "Los Contratos Asociativos", presentado en el LXXIII Seminario Laureano Moreira de la Academia Nacional del Notariado. En Revista Notarial 982. Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

54 GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. *Derecho Notarial Español,* Edic. UNA, 1967.

55 La Ley de 25 de Ventoso del año XI (16 de marzo de 1803). El Código Napoleón data del 21 de marzo de 1804.

Se apunta que las leyes fueran cumplidas en su plenitud a diferencia de lo que ocurría en etapas anteriores.

Hoy el notariado francés muestra sus primeras y preocupantes grietas en el arbotante jurídico orgánico que lo ubicaba entre los mejores ejemplos de los notariados europeos y mundiales. Ya comparte con otras profesiones la dación de fe en las "actas" y descreen del principio de la "imparcialidad" sobre el que fundaban su autoridad pública. Es por ello que deben compartir a la hora del otorgamiento del acto el control del mismo con otro notario que asesora a la "otra parte", así como también la remuneración arancelada.

En Argentina, durante la época colonial y aún después de la Revolución de Mayo (1810), rigió la legislación española. La Constitución de la Nación Argentina fue aprobada por la Asamblea Constituyente constituida en la *ciudad de Santa Fe* en el año *1853*. Esta Constitución ha sido reformada siete veces, siendo la última llevada a cabo en el año 1994. El propósito de la Constitución de 1853 fue poner fin al ciclo de las guerras civiles y sentar las bases de la organización nacional.

El Código Civil argentino se sancionó el 25 de septiembre de 1869 y mediante la ley N° 340 entró en vigencia el primero de enero de 1871. Con numerosas modificaciones desde ese entonces sigue constituyendo la base del derecho civil argentino.

El Código de Comercio sancionado en 1859 fue originalmente utilizado para legislar a las profesiones y actividades mercantiles a las que el notariado accedió con importantes competencias que se reflejan en las numerosas leyes complementarias que lo actualizaron llegando a una verdadera "descodificación". Cuando en 1871 comenzó a regir el Código Civil elaborado por Vélez Sarsfield, se hizo necesario adaptarlo a la nueva legislación que se concretó en 1889 en base al proyecto elaborado por la Comisión de Códigos de la Cámara de Diputados con vigencia a partir del 1° de mayo de 1890. El 5 de octubre de 1889, el Senado aprobó una enmienda al código que incluía la nueva ley de quiebras, las ordenanzas de la aduana, la ley sobre garantías o certificados del depósito y las leyes de patentes de invención y marcas. La nueva versión entró en vigencia el 1° de mayo de 1890.

La Constitución Nacional establece la forma representativa, republicana y federal, reservándose las provincias todo el poder no delegado a la Nación y con ello el ejercicio de la policía profesional, dándose cada provincia y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sus propias constituciones, y las leyes notariales regulatorias del ejercicio, como así también la institucionalización de la colegiación legal y la organización de la previsión y seguridad social, ejemplo para el mundo[56].

56 Más adelante, al desarrollar el "Institucionalismo Notarial", ampliaremos.

XII. FUNDAMENTOS DE ELEVACIÓN DEL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

A la frase "debe calificar los presupuestos y elementos del acto y configurarlo técnicamente" -refiriéndose a la función notarial- los fundamentos de elevación, literalmente dicen así:

(i) La intervención de los escribanos, en particular, ha sido impuesta por la ley para acompañar al ciudadano en la ejecución de actos legislativamente seleccionados, con la finalidad de conferir legalidad, validez y eficacia a los mismos.

(ii) Esta finalidad se obtiene a través del asesoramiento, de la configuración técnica y, sobre todo, de la adecuación de la voluntad a lo expresado y narrado luego en los documentos matrices que son conservados, archivados y exhibidos a quienes detenten interés legítimo.

(iii) Por ello es que, como bien expresa Bartolomé Fiorini, los instrumentos gozan de fe pública porque son el resultado de un conjunto de solemnidades aplicadas a las etapas previas (calificaciones) y durante el mismo (acto público técnicamente configurado, con dirección del oficial y garantizando la libertad de expresión y en su caso las adecuaciones de la voluntad a la verdadera intención de las partes).

(iv) A ello se suma que en forma coetánea se instrumentan, con rigurosas solemnidades aplicables al tipo de papel, su autenticidad, las tintas, los procedimientos de edición, el contenido (idioma, prohibición de abreviaturas, espacios en blanco, enmiendas no salvadas, etc.). Los documentos matrices quedan en resguardo, lo cual facilita su auditoría y todos los controles que corresponda aplicar. Este conjunto de solemnidades (entendidas como garantías de jerarquía constitucional) es el fundamento de su privilegiada oponibilidad, que deviene de la fe pública que merecen.

(v) Todo ello demuestra que la esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia *erga omnes*. La fe pública es el efecto de tal conjunto de operaciones.

XIII. EL INSTITUCIONALISMO NOTARIAL. SU ORGANIZACIÓN

El notariado como institución muestra una sólida y articulada organización en todos los espacios jurisdiccionales, sean estos provinciales, nacionales-federales o internacionales. Se da nacimiento así a la organización del notariado que nos place llamar el "Institucionalismo Notarial", al que asignamos una función visceral porque

hace a la existencia misma del Derecho notarial metodizado universalmente en el mundo llamado latino que, a merced de su portentosa fuerza unificadora y expansiva, ya es mundial.

XIV. LA COLEGIACIÓN LEGAL. LA ORGANIZACIÓN NACIONAL. EL PODER DE POLICÍA PROFESIONAL

La República Argentina adopta en su Constitución Nacional (en adelante, CN) para su gobierno la forma representativa, republicana y federal. Cada provincia dicta para sí su constitución, de acuerdo a principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, constituyéndose el gobierno federal en garante de sus instituciones (art. 5° CN). Así, los actos públicos y procedimientos judiciales gozan de entera fe en las demás provincias y las leyes generales del Congreso determinan cuál será la forma probatoria y los efectos legales que estos producirán (arts. 1°, 7° y 123 de la CN).

Las provincias conservan todo el poder no delegado por la CN al gobierno federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación. Por lo tanto, el "poder de policía profesional" corresponde a sus propias instituciones locales, sin intervención del gobierno federal. Para el ejercicio de dicho poder dictan leyes orgánicas que regulan el ejercicio de las profesiones y crean sus propias entidades de derecho público con funciones paraestatales (arts. 121 y 122 de la CN).

El Estado, por su parte (art. 14, tercer párrafo de la CN), otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrán carácter de integrales e irrenunciables mediante entidades creadas por ley y administradas por sus interesados con control del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes. Así, sólo las entidades profesionales creadas por ley pueden constituir esos organismos previsionales que hacen a la estabilidad del ejercicio profesional en beneficio de la comunidad toda, constituyéndose en un solo e inescindible cuerpo institucional con los principios, derechos y competencias citados precedentemente.

El Sistema Educativo Nacional, establecido con carácter excluyente por la Ley de Educación Superior (N° 24.521/1995), regula el reconocimiento de las instituciones de formación superior. Esta ley diferencia entre las habilitaciones profesionales reguladas por el Estado de aquellas que no lo son. El ejercicio de la función notarial está comprendido y regulado por el art. 43 de la citada ley, habiendo sido declarado de "interés social" por la resolución N° 118 del Consejo de Universidades del Ministerio de Cultura y Educación de la Nación. Por lo tanto, la integración de los estándares mínimos necesarios y las prácticas aplicadas son los de mayor rigor, habilitados y controlados por la CONEAU, como organismo de control y calidad educativa, dado que el solo ejercicio de una profesión a la que el Estado le ha delegado la fe pública notarial constituye para la sociedad una profesión de altísimo interés y de riesgo social.

El sistema de la colegiación legal, si bien tiene reconocimiento constitucional y universal para todas las profesiones (en especial las universitarias), en el caso del ejercicio de la profesión notarial adquiere especial relevancia, atendiendo a su doble función con componentes públicos y privados: se lo califica como "un profesional de derecho a cargo de una función pública". Por ello sus instituciones y las regulaciones orgánicas para el ejercicio sólo podrán ser creadas y reguladas por ley, y no mediante otras organizaciones nacidas del derecho privado como son las asociaciones civiles sin espíritu de lucro. Estas responden a otra etiología y tienen un importante papel que cumplir para con la sociedad, pero nunca establecer el gobierno de la matrícula y el control ético del ejercicio profesional, entre otros institutos fundacionales.

Todos los estados provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen establecido por ley el sistema regulatorio de la profesión notarial y la organización de sus instituciones orgánicas y funcionales. El notariado argentino es heredero del sistema de derecho greco-romano-germánico, por lo tanto es una profesión de número regulado; a cargo de una función pública esencial del estado, como lo es el ejercicio de la fe pública; fuera de la administración central de los estados. Por ello sólo por ley atribuida en competencia a los gobiernos locales, puede regularse y atribuirse esas funciones esenciales del Estado.

Este sistema de la colegiación legal en general representa:

-El gobierno y control de la matrícula y el ejercicio de la potestad disciplinaria por los pares y organismos legales independientes que forman parte de los poderes del Estado.

-Que estas funciones sólo sean desempeñadas a través de los respectivos colegios de ley, mediante autoridades elegidas por el voto de sus matriculados, estableciendo también por ley, los estándares y requisitos para el acceso a la función a los efectos de habilitar el servicio notarial y la calidad de su prestación profesional.

-Asegurar y consolidar la independencia y regulación profesional con igualdad de oportunidades para acceder a la investidura pública.

-Establecer un sistema de control de gestión y un régimen sancionatorio específico a cargo de tribunales u organismos regulares del Estado que posibiliten el debido cumplimiento de la función y ejercicio profesional, dado las delicadas y trascendentes competencias que le han sido asignadas.

-Coadyuvar al perfeccionamiento, capacitación permanente y especialización de sus matriculados, como así también individualizarlos en su responsabilidad personal y social.

-Estrechar la íntima correlación entre la colegiación legal y el resguardo del decoro y la ética profesional, y el deber de imparcialidad impuesto.

-La asistencia gratuita a quien no posea medios y la función de extensión social informativa a la comunidad para el conocimiento de los beneficios y aplicación de los institutos de protección a la familia y su patrimonio.

-Establecer un sistema para posibilitar a la comunidad el acceso a las autoridades de los colegios y a sus registros públicos en orden a satisfacer necesidades de servicio en su interés legítimo, dado que no le es aplicable la regulación sobre la protección del derecho del consumidor.

XV. LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES

Debido al alcance de este trabajo, se hace necesario resumir la doctrina final por la cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la pretensión de inconstitucionalidad, por cuanto es doctrina de esta Corte desde hace tiempo, sentada y mantenida a través de diversas composiciones del Alto Tribunal que "... la facultad de reglamentar el ejercicio de las profesiones liberales no es contraria a los derechos constitucionales...".

-Se ha admitido la delegación en organismos profesionales del control del ejercicio regular de sus labores y un régimen adecuado de disciplina, y se ha señalado que, al margen del juicio que merezca el sistema adoptado por el legislador, su razonabilidad está avalada por el directo interés de sus miembros en mantener el prestigio de su profesión así como cabe reconocerles autoridad para vigilar la conducta ética en el ejercicio de aquella (fallos 237:397). Esta delegación ha alcanzado a muy diversos aspectos del ejercicio de la profesión, tales como la determinación de la remuneración (fallos 214:17) y la percepción de aportes de terceros (fallos 258:315) y de sus propios miembros, en proporción a los honorarios recibidos (fallos 286:187) con finalidades previsionales.

-En lo referente a los títulos profesionales: "... la facultad atribuida al Congreso Nacional para dictar normas generales relativas a las profesiones cuyo ejercicio es consecuencia de los títulos habilitantes otorgados por las universidades nacionales (...) no es exclusiva ni excluyente de las potestades de reglamentación y policía locales, en tanto no enerven el valor del título; extremo que no se da en el caso" (fallos 97:37; 117:342; 156:290; 237:397).

-Entiende la Corte que el colegio es una entidad de derecho público con fines tales como: gobierno de la matrícula; control del ejercicio profesional; dictado de normas de ética; resguardo del ejercicio profesional; promoción de la asistencia y defensa de personas que carezcan de recursos; facultades consultivas; elaboración de legislación en general; cooperación en el estudio del derecho; defensa de sus miembros, entre sus principales.

-"El Colegio no es una asociación (art. 14 Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado y que éste por

delegación circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario (...) como auxiliares de la administración de justicia".

-"La colaboración en el mejoramiento de la administración de justicia y los estudios del derecho, en el nombramiento de los magistrados y en la elaboración de la legislación en general, comportan objetivos característicos de los denominados entes de consulta como forma de participación de los grupos sociales (...) Se busca así el perfeccionamiento de la democracia representativa, mediante la creación de instituciones que se adecuan a la creciente complejidad de la estructura social que caracteriza a nuestra época y que en modo alguno contradicen la forma de gobierno republicana y representativa consagrada por el art. 1° de la Constitución Nacional".

-"La matriculación obligatoria (...) sólo comporta la imposición de las razonables cargas públicas y servicios personales que cabe imponer con fundamento en la Constitución, arts. 16 y 17. Esta conclusión está avalada por una larga línea jurisprudencial".

La Corte Suprema ha destacado a través de los casos líderes analizados un dato sociológico relevante: el crecimiento de la diplomatura y de la matrícula de profesionales. Sobre la base de esa realidad aparece la regulación de la actividad y el criterio justificante fundamental: la razonabilidad de la reglamentación y sus principios[57].

XV.1. PRINCIPIOS

El principio de la razonabilidad: la reglamentación del derecho de asociación se realiza en aras del bien común. Se trata de una potestad equilibrada y lógica del poder de policía sobre las profesiones.

El principio del federalismo: hace a la vigencia del régimen federal que asegura y garantiza la facultad de los estados locales para reglamentar el ejercicio de las profesiones.

El principio de la democracia participativa: la expansión de las organizaciones intermedias situadas entre el hombre y el estado, se concreta en el principio del control social que ejerce la comunidad mediante la acción de los colegios profesionales.

El principio de la solidaridad: se consolida en todo lo referente a la incorporación de los organismos previsionales administrados por sus destinatarios que conlleva la colegiación legal.

El principio del bienestar general y el bien común: ligado con el anterior, se integra con el concepto de la justicia distributiva. La existencia de la colegiación legal apun-

57 Ver Dictamen Academia Nacional del Notariado, Pérez Lozano, N. O., 2014. "Los fundamentos de la colegiación obligatoria en los fallos de la Corte Suprema de Justicia", publicación de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad Nacional de Mar del Plata. En colaboración con Ricardo T. Caste.

tala la vigencia del bienestar general y el bien común como valor primordial para la realización de la justicia.

XV.2. CONCLUSIÓN

Atendiendo al régimen político de organización federal, al régimen constitucional nacional y de los estados locales, la competencia asignada para el ejercicio del poder de policía profesional y sus derechos reservados o no delegados al sistema notarial argentino, como la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de las provincias a través de sus fallos, determinan que la colegiación legal es el único *instrumento jurídico necesario e insustituible para hacer efectivo el principio de la descentralización del Estado por medio de la ley, delegando parte de sus funciones esenciales en personas jurídicas creadas por ley, de origen legal con funciones paraestatales, que hacen efectiva la protección y ejercicio de los derechos privados que la Constitución Nacional reconoce y asegura a la comunidad. Por lo tanto no podrá ser sustituida la voluntad del legislador*.

XVI. EL CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO[58]

Con la denominación Consejo Federal del Notariado Argentino (en adelante CFNA), se constituyó el día 13 de abril de 1957 en la ciudad de Córdoba una federación que nuclea a los colegios de escribanos de la República Argentina. El

58 El 29 de febrero de 1916, el Colegio de Escribanos de la entonces Capital Federal realizó una asamblea de socios que decidió la celebración del primer Congreso de Derecho Notarial para tratar los temas profesionales y gremiales. El Primer Congreso Notarial Argentino se realizó en la Ciudad de Buenos Aires, el 8 de julio de 1917, con la presencia de trece provincias, la Capital Federal y tres territorios nacionales, y encarga al Colegio de Escribanos de la Capital Federal la organización de la Confederación Notarial Argentina. La Confederación Notarial Argentina se constituyó en el año 1919, durante la convención celebrada en la Ciudad de Buenos Aires y funcionó durante un corto período de tiempo. Las primeras jornadas notariales argentinas (29 y 30 de septiembre de 1944) celebradas en el Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, organiza las primeras jornadas notariales argentinas, durante las cuales se decide la formación de la Federación de Colegios Notariales. La Federación Argentina de Colegios de Escribanos: el 2 de octubre de 1947, durante la realización de las IV Jornadas Notariales Argentinas, realizadas en la ciudad de Paraná se crea la Federación Argentina de Colegios de Escribanos como entidad representativa del notariado argentino. La Fundación del Consejo Federal del Notariado Argentino: en la convención llevada a cabo el 13 de abril de 1957 en la ciudad de Córdoba se decidió la creación de una nueva entidad nucleante de los notarios argentinos. Fue ésta la asamblea constitutiva del Consejo Federal del Notariado Argentino. Y sus posteriores reformas aprobadas en las asambleas extraordinarias del 14 de abril de 2000 (art. 18) y del 8 de abril de 2010 (art. 4º).

Consejo Federal tiene su sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Representa en esencia la unidad espiritual del notariado bajo los principios del federalismo y del constitucionalismo social.

Sus estatutos fijan su competencia para coordinar la acción de las entidades que representa con el fin de: a) fomentar la unión y solidaridad del notariado argentino; b) ejercer su representación en el orden nacional e internacional; c) propender al perfeccionamiento de las leyes de fondo y de forma relacionadas directa o indirectamente con la función notarial y a la sanción de leyes que amplíen su ámbito de actuación; d) procurar el acrecentamiento, difusión e intercambio de la cultura jurídico-notarial; e) defender y promover los principios de organización del notariado latino y muy especialmente lo siguiente: 1) autonomía institucional del notariado con gobierno y disciplina a cargo de sus miembros, colegiación legal y cajas de previsión social propias, 2) número de registros notariales en concordancia con las necesidades reales de la población, 3) capacitación técnica para ingresar a la función notarial, en lo sucesivo, a partir de título universitario y cuya obtención exija el estudio de la totalidad de las disciplinas jurídicas con más la especialización notarial, 4) designación de titular de registro por concurso y otros medios idóneos que aseguren los derechos de los escribanos y representen una garantía para la colectividad, 5) inamovilidad del titular del registro en tanto dure su buena conducta, 6) retribución de servicios mediante el pago de honorarios fijados por normas que establezcan pautas arancelarias. No tendrá intervención alguna en la dirección de los asuntos propios de los colegios, pero se encuentra capacitado en caso de verse comprometidos los principios del notariado para interponer las instancias que correspondan.

El CFNA, como entidad de segundo grado, así como sus similares en el mundo, constituyen organismos no gubernamentales de enorme trascendencia en la nueva visión del derecho internacional.

El CFNA tiene una misión trascendente dentro y fuera del país. Sólo ejerciendo su función de un modo eficaz y competente podrá favorecer todas las aspiraciones del notariado y del estado en la búsqueda permanente de la perfección del derecho y de las instituciones estatales o paraestatales que presten servicios en beneficio de la comunidad y del bien común.

XVII. LA UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO (UINL)[59]

La Unión Internacional del Notariado fue parte visceral de la historia de la dimensión universal del derecho. Su fundación responde a una inspiración hu-

59 Fundamentos del autor a solicitud de CFNA. Tema: "Apertura de la Unión a notariados de todo origen".

manista que aún permanece incancelable. Su misión internacional basada en el progreso del derecho, su jerarquización y unificación dieron nacimiento a los derechos de última generación con reconocimiento en todas las cartas magnas de los estados. Ello constituye una obra sólo comparable a la del derecho romano. Representa el instrumento orgánico internacional amadrigante de ochenta y siete países con presencia en los cinco continentes. Por otra parte, las dos terceras partes de la población mundial consume sus servicios jurídicos.

Tiene su piedra basal en el mismo año que la humanidad se dio la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo texto jurídico se constituye en el documento más importante de la historia del hombre, el primero que lo concibe en su plenaria condición de tal y se da por la voluntad unánime de los pueblos del mundo. Cumple con una expansión mundial unificadora del derecho y sus instituciones semejantes a la del derecho romano.

La Unión tiene su nacimiento en Buenos Aires, el 2 de octubre de 1948, con la presencia de dieciocho países que, reunidos en su Primer Congreso Internacional, emitieron las "Declaraciones fundacionales", base constituyente de sus estatutos, que fueron luego ratificados en Madrid, el 2 de octubre de 1950. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Capital Federal de la República Argentina, tiene su sede y domicilio social, y sus estatutos se encuentran registrados ante la Inspección General de Justicia de la Nación Argentina. Todas sus reformas también lo están. La secretaría administrativa se estableció tiempo después en Roma, Italia. Ello le dio así su consolidación y reconocimiento internacional.

Tamaña obra humana respondía al influjo de la aurora de un nuevo derecho, no del derecho de la fuerza, sino en la fuerza del derecho. Eran tiempos de lucha, de la lucha por el derecho, pero no de cualquier derecho, sino por el que permitió al hombre ser protagonista del quehacer de la sociedad y de sus organizaciones internacionales, para contribuir, como actor, al logro de la paz, a la humanización social, a la afirmación de lo concreto sobre lo abstracto. Por eso decimos de aquellos gigantes que nos precedieron que no sólo fueron los "fundadores", sino los "ideólogos" de un nuevo mundo. Dejaban atrás, en actitud superadora, el horror de la guerra.

La Unión es parte y modelo de la historia viva de la integración universal, es la casa donde se cobijan los países que aspiran a aumentar la calidad de vida de sus habitantes, confiriendo a sus interrelaciones internas y externas seguridad jurídica, dinámica y preventiva, mediante una titulación pública de excelencia y, con ella, la circulación y eficacia internacional del documento notarial[60].

60 PÉREZ LOZANO, Néstor O. Mi mensaje: "Nuestra Unión ya no es más la UINL. Una profunda herida partió su cuerpo, lesionó su organismo internacional. Europa sólo mira a Europa. América para ellos ya no está en la Unión y a su pasado de gloria -que a América corresponde- lo quieren vaciar de contenido histórico. La Unión nació en Buenos Aires y ahí fijó su domicilio en la sede de su Colegio Notarial que cobijó a los Notarios de Europa y de América

El derecho internacional público sufrió una fuerte metamorfosis positiva ante el fenómeno del surgimiento y proliferación de múltiples organizaciones internacionales estaduales, lo que dio nacimiento a un nuevo estatus jurídico, la "internacionalidad" y a la que se le agregó el valor "supranacionalidad", lo cual implicó que una serie de reglas adoptadas por estos entes, como resultado de acuerdos y tratados multilaterales, tuvieran jerarquía constitucional y, en algunos casos, preeminencia sobre las normas locales.

En la segunda mitad del siglo XX se agregó una nueva tendencia dominante: la "transnacionalidad" a partir del surgimiento y multiplicación de diversos actores transnacionales "privados", como empresas productoras y comercializadoras, bancas, fondos de pensión o de seguros, todas organizaciones internacionales no gubernamentales entre las que se encuentra la Unión Internacional del Notariado. Hoy este concepto se encuentra en constante y rápida evolución, un nuevo orden social internacional y jurídico imprescindiblemente más equitativo hace que las organizaciones no gubernamentales como la UINL, y dentro de su competencia el CFNA, deban afrontar un gran desafío, probar la calidad y excelencia de su cometido -cumpliendo con el principio de especialidad en cuanto al objeto que las creó y justificó- frente al nacimiento y afianzamiento de un nuevo estado de derecho internacional y nacional.

XVIII. HACIA UN DERECHO NOTARIAL EXTRAESTATAL. CRISIS E INVOLUCIÓN DEL DERECHO

El derecho como fenómeno humano-social es obra de los hombres en sociedad. Su inconsistencia por injusticia o por inaplicabilidad revela la falla de los hombres que lo hacen, que lo practican o que lo imponen. ¿La crisis puede estar en la doctrina, en los filósofos, en los jueces, en la jurisprudencia, en el tiempo, en el espacio?

---

para dar a luz tan magnífica creación. Ahora van por más. Con efecto retroactivo quieren fundamentar que nació en Madrid no en Buenos Aires y con ello cargarse su domicilio para dejarlo en Madrid. Se quieren llevar a ONPI, es decir llevarse todo, la historia, el espíritu, la vida testimonial de la Unión, es decir todo. Pero ello no me sorprende, la reforma que la reconvirtió en un organismo gerenciado, frío, distante y carente de Parlamento -como lo fue su Consejo Permanente- es, al decir del poeta americano Gabriel García Márquez (1), crónica de una muerte anunciada, referido por Hugo Pérez Montero en la Asamblea que lo decidió. Con todo dolor y parafraseando a nuestro Jorge Luis Borges (2), digo 'La Unión amigos, es un acto perpetuo como perpetuo es el mundo... nadie es la Unión todos lo somos... Arda en mi pecho y en el vuestro, incesante, ese límpido fuego misterioso'. Hoy, la UINL ya no es más Nuestra Unión". (1) "Crónica de una muerte anunciada" Novela corta publicada en 1981. (2) "La patria", Oda escrita en el año 1966".

"La Ley del péndulo -argumenta el gran jurista Antonio Rodríguez Adrados[61]- y su continua actuación son sobradamente conocidas (...) pero en nuestros tiempos aparece otra ley, la de la aceleración de la historia...". Esta pone en crisis a las instituciones, a veces con notorio desequilibrio y, en ocasiones, la misma práctica padece distorsiones.

Sabemos que cuando estamos en época de crisis, como la que en estos momentos atravesamos, todo se vuelve más oscuro, más acuciante. A nuestro entender, una crisis es un momento para la transformación, una oportunidad para un cambio profundo que llegue a las raíces de una institución o de una persona. A veces es una toma de conciencia axiológica y nos damos cuenta de que debemos volver a las fuentes para recrearlas con más enjundia, con más metodología, pero de lo que se trata es de recuperar la esencia de las instituciones y al hombre en estado de libertad.

Couture[62] advertía: "... que la Ciencia del Derecho no oscurezca nunca en nosotros la conciencia del Derecho" y agregaba que: "... el exceso del presunto saber jurídico pueda impedirnos tomar conciencia".

Biondo Biondi[63] con su sabiduría genuina, observa: "No es crisis en la ciencia, es decir de métodos, puesto que éstos se pueden derivar y perfeccionar, sino de la ciencia; no es crisis de interés, porque el mundo está ávido de derecho; pero aflora, más o menos abiertamente, una sensación de incapacidad de nuestra ciencia cuando se comprueba que el derecho está abandonado a sí mismo, a merced del más fuerte o del más astuto".

"Nuestra ciencia se ha querido alinear con otras pero, mientras éstas proceden con acrecentado empuje y alcanzan mayor riqueza de resultados y, aún en la terrible catástrofe pasada hicieron oír su poderosa voz para bien o para mal, la ciencia del derecho aparece agotada, cansada, impotente". La observación no es nuestra, sino de Francesco Carnelutti, insigne jurista exponente de la dogmática, entusiasta del sistema en oposición al comentario[64].

---

61 RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. "Los componentes públicos de la Función Notarial" en Revista del Notariado 850, pág. 147.

62 COUTURE. "Ciencia y conciencia del Derecho", Revista Brasileira de Direito Procesal, Vol 38, pág. 51, ap. IV.

63 BIONDI, Biondo. "Scienza del diritto come arte del giusto" publicado en "Jus" N.S. Año I, Fas II, oct. 1950, Traducido en Barcelona 1953, Edic. Ariel, se preguntaba: "¿Se trata de una crisis a nivel de juristas o también en la conciencia de quienes viven el Derecho? Frente a las revoluciones de que somos víctimas y autores, en medio de las innumerables exigencias y necesidades que nos apremian ¿qué ofrece la ciencia del derecho? Solemnes volúmenes y utilísimas doctrinas, que tan solo interesan a un reducido número de iniciados".

64 CARNELUTTI, Francesco. "Teoría general del Derecho" (conferencia), pág. 311. Tras haber construido monumentos de impecable lógica jurídica, no oculta su angustia ante la impotencia de nuestra ciencia, llegando a la conclusión de que la sociedad tiene sed de algo que

Morello[65], con inocultable dolor dice: "El nefasto siglo XX ilustra de modo irrefutable la barbarie, la crueldad, el odio, el exterminio, la desaparición forzada, el genocidio que significaron las dos grandes guerras (1914-1918) (1939-1845). En esas, como en las demás, la fuerza del Derecho, la libertad, la resistencia y los valores eternos del hombre, siempre terminaron por prevalecer".

La crisis es también el momento de decisión, es decir, una conducta a seguir. Ese momento reclama imaginación y estabilidad racional y científica.

El notariado debe reaccionar, no retroceder, debe entender que la jerarquización del derecho todo es parte de su misión y vaya que lo es, la verdadera aurora está en su técnica y en su ciencia.

La reforma y unificación del Derecho privado es consecuencia de una crisis de factores de su lógica interna y de los efectos temporales que hacen que la ley vieja ya no pueda convivir con la realidad de nuestros días.

Está claro que es tiempo de reforma, pero esta debe responder a la lógica interna del derecho y no a motivos externos y subalternos.

El Notariado debe fundar, a través de sus mejores exponentes doctrinarios, sus argumentos acerca de la necesidad de recomponer la equidad y el bien común en todas las instituciones del derecho.

A nuestro entender, el Código de la unificación, en algunas de sus instituciones esenciales constituye una involución del derecho, una regresión normativa que hiere las entrañas del derecho común, como la eliminación de su cuerpo normativo de la responsabilidad civil del Estado y de sus funcionarios, la desnaturalización del derecho de propiedad que reconoce y adjudica por ley la posesión y propiedad comunitaria creando estados con independentismos, cediendo territorios dentro de la República Argentina, con base en normas impropias y contradictorias injertadas en el cuerpo de la Constitucional Nacional; creando los efectos publicitarios de la posesión equiparándola a la publicidad registral y no regular la publicidad "cartular" cuyos efectos jurídicos son de mayor preeminencia que las anteriores, la prohibición general de la contratación entre cónyuges, la eliminación de los efectos *post mortem* del derecho patrimonial y familiar, el tratamiento aberrante de las donaciones como acto de imperio que naturalmente pertenece al padre o a la madre de familia que las degrada como institución sometiéndolas a un régimen de incertidumbre real, la imposibilidad de la aceptación *post mortem* de sus disposiciones declarativas, ordenadoras del patrimonio y la eliminación del derecho de acrecer, constituyen algunos ejemplos por demás demostrativos y confirmantes de nuestra aseveración.

---

la ciencia jurídica con todos sus volúmenes y vigorosa dialéctica no le ha dado. Confesar el existencialismo quiere decir que la ciencia jurídica contemporánea ha errado el camino...

65 MORELLO, Augusto M. Ob. cit., pág. 133.

Con referencia al bien común, en España tuve la oportunidad de acceder a una Constitución de la Comunidad Andaluza[66]. En dicha Carta Magna se declara que el bien común tiene que hacer compatibles el bien de la nación y el bien individual del hombre, como dos realidades necesarias que se condicionan mutuamente, por lo que han de ser simultáneas, ya que la falta de una supone la no realización de la otra. Ambos bienes tienen que ir de la mano, como claramente lo dispone la citada norma, al establecer que "... el objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin último de toda sociedad política no es otro que el bienestar de los individuos que la componen".

El bien común se concreta y representa en las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el progreso integral de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. Dinamiza el desenvolvimiento de un orden social justo que articula los derechos individuales y sociales de la vida humana en plenitud y sin exclusiones.

La realización del bien común simultáneamente implica la justicia, la seguridad, la defensa del interés general, el respeto y la protección de la persona y sus derechos. No puede responder ni a la partidocracia ni al corporativismo, sólo tiene un destinatario: el hombre común.

XIX. EL DERECHO EXTRAESTATAL

Juan Bms. Vallet de Goytisolo[67] determina: "La función notarial no solo modela los actos jurídicos dentro de las categorías de la ley sino que da paso a muchos tipos de figuras de relaciones jurídicas, porque el notario es un colaborador en el proceso dinámico de creación del orden jurídico y de tal calidad, que con frecuencia va a la vanguardia del legislador, preparando con las costumbres notariales y los usos convencionales revelados por las escrituras públicas, la oportuna reforma legislativa".

Eugen Ehrlichm[68], expositor de la tesis del *Derecho social extraestatal*, advierte que existe un derecho que vive completamente al margen del derecho estatal y constituye el fundamento de toda la vida jurídica. Es organizado por la sociedad extraestatal en su vida interior, verdadero derecho vivo que preexiste a toda organización y le sirve de fundamento. A su juicio es un producto social de la comunidad que no participa de las características del creado por el Estado ni de las

66 Constitución de Cádiz. Declaraciones... Art. 13.

67 "La determinación notarial del Derecho", citando a Ogayar y Ayllón, Tomás. "Aplicación Notarial del Derecho", en AAMN, XIX, págs. 529-467.

68 EHRLICHM, Eugen. *Fundamentos de la sociología del Derecho*.

decisiones judiciales o de otra autoridad ni que tenga fundamento en la coerción jurídica.

A nuestro entender, basados en la teoría del hecho jurídico de Joaquín Costa, Ehrlichm afirma que el derecho reposa menos en las normas jurídicas que en los hechos de derecho. Las costumbres, las relaciones de dominio y posesión, los contratos, los estatutos, las disposiciones de última voluntad se transforman de hecho más rápidamente y retro actúan en ellas aunque mantengan invariable su formulación verbal.

Juan Bms. Vallet de Goytisolo expone: "... que ésta es una muestra del carácter social del derecho...", cita: "Un siglo después de Savigny y Puchta, ningún jurista que haya recibido una formación científica duda de que una parte considerable no ha sido creada en el pasado por el Estado y más aún, en gran medida deriva de otras fuentes".

Observa Ehrlichm que "Una mirada a la vida moderna del derecho muestra que ésta en su mayor parte no está dominada por la ley sino por la documentación de los negocios. El derecho no obligatorio viene determinado por el contenido de los documentos jurídicos. El derecho vivo debe buscarse en los vínculos matrimoniales, en los contratos de compraventa, de arrendamiento, de crédito para la construcción, de préstamo hipotecario, en los estatutos de las asociaciones y de sociedades comerciales y no en los artículos del Código...".

"La moderna ciencia, ante todo, debe examinar los documentos teniendo en cuenta aquella parte de su contenido que, en general, es importante, típica y siempre recurrible; debiera de considerarlo de un modo técnico jurídico y valorarlo bajo todos los aspectos desde el punto de vista de la sociedad, de la economía o de la política legislativa".

Otro inconmensurable aporte al derecho y su creación lo encontramos en los esquemas básicos para una perspectiva estática y dinámica de la determinación negocial del derecho aportado por Joaquín Costa[69]. Expositor de la "Teoría del pensamiento y de la realidad externa" que logra que el ser humano en el doble itinerario interior-exterior y exterior-interior, entre el pensamiento y la realidad externa, nos enseña que es una aplicación de la realidad histórica vivida por el hombre en cada caso concreto, de un principio de derecho natural y externo.

Por ello, cada hecho jurídico requiere una operación racional que ha de reunir un fundamento ético, un correcto funcionamiento psicofísico en el sujeto activo y una repercusión biológico-social que penetre hasta aquellas raíces hendidas en el humus de la tradición histórica del propio pueblo.

Para Joaquín Costa, derecho y vida tienen una relación mutua desde todo punto de vista necesaria. El derecho está dado para la vida a fin de informarla

69 COSTA, Joaquín, "La vida del Derecho", *El Derecho en la letra y en la vida*, Madrid, Lib. Bergúa.

para que se realice en forma de derecho. Y la vida del derecho es la realización o determinación del derecho como principio esencial y eterno en una serie de hechos o estados temporales y sensibles (positivos) mediante la actividad de un sujeto racional.

Por nuestra parte, al adherir al principio de libertad civil y a la Escuela de la Libertad Económica de Juan Bautista Alberdi[70] no estamos de acuerdo con algunos estándares "ideológicos" injertados *a posteriori* de la elevación del anteproyecto que produjeron un grave desequilibrio orgánico en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994), vigente desde el 1° de agosto de 2015.

El cambio debe ser profundo y debe restituir el institucionalismo que es el factor fundamental del progreso de los pueblos y el antídoto de su fracaso[71].

Además advertimos que en todos los hechos y situaciones coexisten dos elementos: "... una relación individual de derecho (la finalidad, el qué) y el plan de conducta (el procedimiento, el cómo). Para su concreción será menester regenerar el plan institucional que lo produzca y lo determine mediante la comunicación, el debate y la acción común".

XX. CONCLUSIÓN (EN PRIMERA PERSONA)

Este ensayo ha sido dominado aún sin proponérmelo por el método inductivo, modulado por la estimativa axiológica. Es decir arribo a conclusiones generales tras analizar y considerar una serie de fenómenos y conocimientos particulares, que nacen de mi vocación jusfilosófica y de mi oficio de notario.

Su título "El Derecho notarial. Ciencia Jurídica Preventiva" me estremeció y luego de algunas vacilaciones decidí sostenerlo, porque estaba dirigido al notariado que desde temprana edad me cobijó en sus instituciones y me prodigó su abrazo generoso.

---

70 ALBERDI, Juan Bautista. *Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina* ... Páginas explicativas: "Mi libro de las BASES es una obra de acción que, aunque pensada con reposo, fue escrita velozmente para alcanzar al tiempo en su carrera y aprovechar de su colaboración, que, en la obra de las leyes humanas, es lo que en la formación de las plantas y en la labor de los metales dúctiles. Sembrad fuera de la estación oportuna: no veréis nacer el trigo. Dejad que el metal ablandado por el fuego recupere, con la frialdad, su dureza ordinaria: el martillo dará golpes impotentes. Hay siempre una hora dada en que la palabra humana se hace carne. Cuando ha sonado esa hora, el que propone la palabra, orador o escritor, hace la ley. La ley no es suya en ese caso; es la obra de las cosas. Pero esa es la ley duradera, porque es la verdadera ley".

71 ACEMOGLU, Daron y Robinson, James A. "Los orígenes del poder de la prosperidad y la pobreza", *Por qué fracasan los Países*, Editora Ariel, traducción de Marta García Madera.

A él dirijo este ensayo, por su natural vocación de trabajar por el bien común y su incancelable deseo por perfeccionar su oficio. Esto es, los convoco a practicar el derecho en el ámbito de la justicia preventiva y bajo la condición histórica de la libertad.

Al Derecho notarial, tras haber sido considerado primero como una especialidad y luego como una disciplina docente con contenido propio, también le ha llegado su momento. La estimativa jurídica como disciplina que explica el origen de los valores del Derecho y luego los analiza, critica y jerarquiza, le ha dado su lugar. Hoy afirmamos que ocupa un espacio autónomo en la Ciencia del Derecho, como Ciencia Jurídica Preventiva.

Le asisten al Derecho notarial conocimientos científicos experimentados y desarrollados bajo el método de la investigación útil, aplicando una metodología teórica y práctica.

Su evolución se consolidó en base a la construcción de hipótesis de las que se deducen los principios y se formularon teorías, leyes generales y sistemas organizados. Ello se logró a expensas de métodos científicos, con criterios de verdad y contenido investigativo.

Constituye por sí fuente de conocimientos útiles y comprobables. La Universidad Notarial Argentina a expensas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, constituyó su *ethos*, la morada intelectual donde alcanzó su mayor expresión.

La construcción científica del Derecho notarial, se funda:

-En lo específico, la función representativa del lenguaje adquiere su mayor relevancia al explicar las teorías de la función notarial en todo su desarrollo; la técnica, que exalta los contenidos y efectos del documento notarial y su autoría; la fe pública notarial y el fenómeno universal de la autenticidad se constituye como palanca y motor de la seguridad jurídica a la que debe aspirar el hombre libre para elevar su calidad de vida a expensas de la paz social y el progreso en el Estado de Derecho.

-La función notarial es autónoma, centrista equidistante de las funciones públicas y privadas. Es decir, es esencialmente función notarial. No participa de las actividades de los otros operadores del derecho. Es un oficio que crea derecho bajo el principio de legalidad, que confiere al negocio jurídico eficacia jurídica material que hace posible los intereses humanos con fuerza normativa.

-Esa función notarial produce la convergencia del orden, la seguridad y la paz hacia un ideal de justicia preventiva.

-La razón de ser del Derecho notarial se justifica en los valores primordiales y sustanciales para la realización de la Ciencia Jurídica Preventiva que permite al ser humano desarrollar su existencia en paz y plenitud del goce de sus derechos. Una vez más Francesco Carnelutti, refiriéndose a este derecho y su contenido, precisa:

"No se hace técnica sin ciencia, pero es menester la técnica para que la ciencia alcance su perfección". Esta sinergia doctrinaria logra y lleva a cabo nuestra UNA.

-Adquiere relevancia sustancial a su autonomía la "estabilidad de las relaciones jurídicas en las que interviene el notario". Esta afirmación se funda en el principio de la "cosa juzgada notarial" que nos legara el ilustre Rafael Núñez Lagos.

La "necesidad del Estado de proveer a la comunidad de un profesional especial y de un órgano determinado para atender a la seguridad jurídica y generar una tutela eficaz al desarrollo de la vida en normalidad y con efectos preventivos de litigiosidad" hizo que se reconociera en el notario dicha misión ejerciendo su ministerio en la normalidad del Derecho en contraposición con la función jurisdiccional litigiosa. Dicha autonomía requiere del principio de la elección del notario. Ese profesional de derecho que a su vez e inescidiblemente ejerce funciones públicas. Ese principio no se deja al libre albedrío ni en manos del más poderoso sino en "mayor interés protegido por la actuación", como factor genérico que determina el derecho de elección del notario. Instituto que, junto a la *rogatio* producen los elementos distintivos de nuestro sistema notarial único e insustituible.

-Otro instituto que contribuye a nuestra tesis es el proceso notarial como método diferenciador que confiere autonomía al derecho notarial. Se sintetiza en: i) una acción interpretativa; ii) una acción configurativa; iii) una acción autenticante; iv) una acción autorizante y v) una acción conservadora o de resguardo (Francisco Martínez Segovia. *Función Notarial*, Delta Edit., pág. 258).

-Este proceso como factor autonómico y diferenciador se sostiene y contiene dentro del sistema cautelar preventivo con el que se consolida la autonomía del Derecho notarial. El *opus notarial* por excelencia es el *documento notarial*, que se perfecciona por sus contenidos y efectos cumpliendo acabadamente con la ejecución de dicho proceso y, cuando se conecta con el tráfico patrimonial, tiene efectos de disfrute y estabilidad de derechos subjetivos.

-El cumplimiento del tríptico procesal, a la audiencia, producción documental y la conservativa y publicitaria, le sigue un proceso de oponibilidad y eficacia circulatoria con los valores de certeza y protección.

-Ello supone la existencia de dos presupuestos: el objetivo, o sea la existencia de una ley; y el subjetivo, o sea la certeza en la aplicación de esa ley que implica la tutela jurídica y el conocimiento previo de la ley. De tal modo que no existe seguridad jurídica subjetiva si se ignora la ley o se tiene un conocimiento deficiente y equivocado de la misma.

-El asesoramiento preventivo e imparcial constituye otro deber esencial que sólo lo lleva a cabo el notario latino. Esta función así ejercida y llevada a cabo es signo distintivo de nuestra profesión. Ello es así porque constituye un deber que el notario debe prestar al ciudadano para la protección de sus derechos, respetando esos valores éticos-jurídicos.

"Sólo el notariado de tipo latino o románico ha llenado conjuntamente esas tres funciones" aseveró el maestro Juan Bms. Vallet de Goytisolo refiriéndose a los negocios que son recogidos para dotarlos de "autenticidad, fuerza probatoria y adecuada formulación jurídica".

La primera audiencia, por mi parte, ha merecido especial atención. Constituye función esencial única y distintiva la primera audiencia que las partes requieren del notario. Es este "el primer encuentro verbal que pone en marcha el proceso notarial sustantivo", es "la primera audiencia que el notario requerido por las partes se dispone a conciliar intereses encontrados o dirigir los comunes"; en ella se consolida "el secreto profesional" y "la naturaleza jurídica de su intervención: no es un testigo que pueda intervenir en proceso litigioso alguno, por lo contrario garantiza la libertad de diálogo o la libre exposición de sus intereses, que deben vencer la actitud de resistencia ... que ante él las partes se sitúan en el mismo plano de igualdad y los ubica positivamente en el ámbito de la imparcialidad".

En ese escenario las potencialidades asimétricas desaparecen y la negociación fluye armónica y conducida, el más débil ya no lo es.

Esta precisión no la encontré en las entrañas del Derecho sino en el psicoanálisis, merced a la labor de la escuela freudiana que fundara Jaques Lacan. Ese ejercicio del tercero y su autoridad contribuye a ejercitar su ciencia jurídica preventiva.

La investigación deberá continuar, dado que la psicología constituye junto al empirismo como teoría filosófica (David Hume) de la experiencia ligada a la percepción sensorial, la base para la formación del conocimiento. Según sus fundadores esta disciplina, junto a la historia, la sociología y la filosofía constituyen las bases de todo conocimiento y con ello la percepción del mundo sensible de los hechos con una relación de causalidad. En el mundo de los hechos transcurre activa la vida profesional del notario dándole la trascendencia que para el derecho tiene y en otro ámbito su captación trasladándolo mediante sensible percepción a un documento que habrá de tener trascendentes consecuencias en el mundo de la prueba.

Por ello, cada hecho jurídico requiere una operación racional que ha de reunir un fundamento ético, un correcto funcionamiento psicofísico en el sujeto activo y una repercusión biológico-social que penetre hasta aquellas raíces hendidas en el humus de la tradición histórica del propio pueblo.

Toda ciencia que presuma de tal, no puede carecer de fundamento histórico. Pues la nuestra, la ciencia jurídica preventiva, la tiene pero unida a la notarial, que son herencia legada por los romanos.

Por conocidos no menos trascendentes y vigentes, los romanos al fundar la división disciplinar del Derecho la concibieron desde la tríada compuesta por el "el *postulare*, el *respondere* y el *cavere*".

El *postulare* como actitud activa de acusar o defender es propio del "abogado" en forma excluyente. El *respondere* crea el campo común para el abogado y notario, es la función de consejo común a ambas actividades y por el último el *cavere*-función propia y excluyente del Escribano o sea "resguardar y tomar precauciones con el objeto de evitar pleitos".

Decía Carnelutti "*Cavere* es precaver, que es la función específica del notario y sin duda la más alta y hermosa, porque obliga al notario a hablar claro, con sabiduría y honestidad".

Me permito reiterar la disidencia expresada en otros trabajos con la división disciplinar del derecho que Von Savigny, a través de la "Escuela histórica del Derecho" denominación a la que pronto debió completar con la palabra "alemana" a instancias de la doctrina universal, pues no la representaba, impulsó por múltiples objetivos expansionistas en Europa. Lo cierto es que dio lugar al desajuste del estudio de las instituciones civiles y mercantiles como Derecho privado por un lado y Derecho procesal por el otro. Es decir impulsó su estudio y análisis bajo la hipótesis pacífica de la teoría, a dos situaciones jurídicas incompatibles, las que aplican al derecho en normalidad con las que dilucidan conflictos que se presentan en la vida real.

Es decir sólo valoró los contenidos "anatomofisiológico" del Derecho privado, con el "patológico" del proceso y negó la existencia de otro derecho como el inmunológico, que precisamente dio lugar a la ciencia jurídica preventiva, la cual es susceptible de ordenación sistemática bajo la idea matriz y motriz de la prevención cautelar de la función notarial.

La lógica interna del Derecho notarial, se funda en razones axiológicas, antropológicas, sociológicas y económicas que propugnan la equidad y el bien común. Estándares universales que han subsistido a las instancias históricas de crisis moral y republicana.

Ello nos permite fundar esta tesis que aspira a integrar el Derecho notarial como ciencia jurídica preventiva.

Esta intencionada división constituyó un grave error, un desacierto vacío de contenidos, que aún hoy impacta en los organismos de acreditación universitaria (CONEAU), generando un sinnúmero de ofertas académicas con una asimetría de contenidos no queridos.

No obstante, esa carga curricular negativa contribuyó involuntariamente a fundar esta tesis que aspira a integrar el Derecho notarial como ciencia jurídica preventiva.

Estamos enfrentando, según la denuncia de las voces más prestigiosas de la doctrina, una crisis del estado de derecho. Ante tal situación tenemos que tomar una posición definida y firme: la crisis es también una oportunidad para tomar decisiones, es decir una conducta a seguir. En primer lugar reclama imaginación y

estabilidad racional científica. El notariado debe reaccionar, no retroceder y debe entender que la jerarquización del Derecho todo es parte de su misión y vaya que lo es, la verdadera aurora y está en su técnica y en su ciencia.

La reforma y unificación del Derecho privado es consecuencia de una crisis de factores de su lógica interna y de los efectos temporales que hacen que la ley vieja ya no pueda convivir con la realidad de nuestros días.

Son tiempos de reforma, pero esta debe responder a la lógica interna del derecho y no a motivos externos y subalternos, y menos aún ideológicos.

El notariado debe fundar, a través de sus mejores exponentes doctrinarios, sus argumentos acerca de la necesidad de recomponer la equidad y el bien común en función preventiva de litigios a todas las instituciones del derecho y, en especial, abrir la competencia alitigiosa como principio de la división de las competencias que contribuya a que el Poder Judicial recomponga su relación con la sociedad cumpliendo solo y específicamente con su función genuina.

Resulta entonces esencial la jerarquización de la función notarial contenida en una disciplina científica preventiva y alitigiosa creadora de un derecho extraestatal que no niega sino que privilegia el *principio de legalidad*.

Fundados en las enseñanzas de Eugen Ehrlichm, Joaquín Costa, Juan Bms. Vallet de Goytisolo, quienes con notable distancia académica hemos incursionado en ese ámbito del Derecho aspiramos a su consolidación académica y luego institucional, que abrazara el gran maestro Antonio Rodríguez Adrados, como creador de una nueva ciencia, el Derecho documental.

La ciencia jurídica preventiva es ciencia para la vida, porque constituye su factor de realización, que informa y penetra en el nuevo Derecho notarial, como Ciencia Jurídica Preventiva.

Por último aspiro a que el notariado, en especial el novel, se impregne de la sólida y articulada organización notarial, a la que he dado en llamar el *institucionalismo notarial*. Reitero en este ensayo su vital necesidad y el reclamo de una actitud de nuestros dirigentes el más celoso ejercicio de la representación orgánica fundada en la *colegiación legal* hoy elevado a la categoría de derecho humano.

Colegiación legal, Consejo Federal y Unión Internacional constituyen una sólida y necesaria institucionalización constitucionalizada en la forma representativa, republicana y federal de nuestra organización política y en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que debemos crear y recrear permanente, pero no olvidemos que para crear, primero tenemos que creer y la Unión, colegas, está mostrando síntomas de una grave fragilidad continental.

Toda la ciencia del Derecho se ha visto favorecida con la autonomía del Derecho notarial. Tal como quedó demostrado en la cuestión de la sustantividad o adjetividad del mismo, concluimos con nuestro concepto de que el Derecho notarial es Derecho para el Derecho, y por lo tanto adjetivo.

Su realización como función preventiva y la presunción de legalidad que confiere la participación del notario a la realización del individuo en libertad, los fundamentos basales en lo deontológico, muestra una consistente fundamentación en los principios jusfilosóficos que justifican y determinan los valores más elevados de la ética y su correlato con el bien común.

El notariado cuenta con noveles de excelencia que aseguran el futuro de la sistemática y de la acción académica. Al citar a Sebastián Justo Cosola nombro a todo el notariado novel. Su magnífico trabajo, entre otros de igual valía, *Los Deberes Éticos Notariales* (Di Lalla, 2008) es prueba de ello.

Todos estos valores e institutos propios del Derecho notarial regarán la simiente de todo el Derecho. Germinarán nuevas disciplinas, nuevas ideas, otras necesidades y ello dará origen a otras disciplinas que la dinámica social necesita y no puede esperar.

Queridos colegas: vamos hacia un mundo mejor, a vivirlo.

INTERVENCIÓN POR SÍ DE PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA EN ACTUACIONES NOTARIALES*

INCAPACIDAD, VULNERABILIDAD E INHABILIDADES PARA CONTRATAR

Néstor Daniel Lamber

SUMARIO: 1. La capacidad jurídica como presupuesto de la actuación notarial. 2. Cambio de paradigmas en materia de capacidad jurídica. 3. Capacidad de derecho y de ejercicio: distinción en actos patrimoniales y extrapatrimoniales en la capacidad progresiva. 4. Incapaces. 5. Personas con capacidad restringida. Revisión, progresividad y sistema de apoyos. 6. Inhabilitados: pródigos. 7. Efectos de la declaración de incapacidad, capacidad restringida e inhabilitación. 8. Vunerabilidad: ancianidad o personas mayores. 9. Incapacidad de derecho: inhabilidades para contratar. 10. Prohibición de contratar de los progenitores o tutores con los menores de edad que representan.

* Trabajo presentado por el autor en el 2 Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, desarrollado en La Plata entre el 7 y el 8 de septiembre de 2017

1. LA CAPACIDAD JURÍDICA COMO PRESUPUESTO DE LA ACTUACIÓN NOTARIAL

La capacidad jurídica se define en los arts. 22 y 23 del CCyC como la aptitud de ser titular de derechos y deberes jurídicos (capacidad de derecho) y ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio), al igual que en los arts. 30 y 31 del Código Civil derogado.

En su definición se debe estar esencialmente al concepto de persona, su reconocimiento, dignidad y posibilidades de desarrollo integral. Esta aptitud es un elemento metajurídico inherente a la persona humana y, por ende, comprendido en el núcleo de los derechos humanos y de nuestra Constitución. Su limitación debe ser siempre restringida y con el criterio más estricto posible para no afectar este principio fundamental de protección de la vida y su desarrollo en condiciones de dignidad, libertad e igualdad.

La capacidad de ejercicio conlleva al principio que consagra en el art. 31 inc. a) CCyC estableciendo la presunción de que toda persona humana tiene esta aptitud de ejercer personalmente sus derechos, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial[1], dado que ambas medidas que justifican la restricción de capacidad de ejercicio y la internación tienen diferente fundamento[2].

Ante tal norma legal, el hecho de que el notario se traslade al establecimiento asistencial donde reside su requirente, no importa presunción de falta de capacidad de ejercicio, sino lo contrario. En consecuencia, no debe tomar recaudo extra alguno ni otra constancia más que las razones de su traslado fuera de su notaría.

El notario apreciará el discernimiento de la persona -considerada capaz como la califican la ley y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378)[3]- en su entrevista personal en los términos del art. 301 CCyC en cumplimiento de su deber de calificar los presupuestos y elementos del acto, y que será siempre en última instancia en la audiencia de otorgamiento del acto notarial.

---

1 CNac. Civ., Sala H, 13/08/2015, autos: "T., O. F. y otro c/L. V., S. y otro s/medida precautoria sobre capacidad", elDial 19/8/2015, LL 3/12/2015. "El artículo 31 del nuevo Código Civil y Comercial establece que la capacidad general de ejercicio se presume, aún cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, agregando el inciso f) que deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades. A su vez el art. 34 dice que "Durante el proceso, el juez ordenará las medidas para garantizar los derechos personales y patrimoniales de las personas".

2 Conf. MUÑOZ, Carlos. "Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental", en Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, El Derecho (www.bibliotecadigital.uca.ed.ar/repositorio/contribuciones/personas-incapacidad-capacidad-retringida.pdf), pág. 150.

3 La Ley 27.044 estableció su jerarquía constitucional según art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

El notario en todos los casos hará esta calificación del sujeto de derecho como elemento del acto para integrar sus presupuestos para la intervención del requirente, sea en un proceso notarial de mayor o menor duración en el tiempo.

En este proceso puede tener una primera audiencia con el requirente, donde el notario indagará su real voluntad sobre la que dará el encuadre jurídico al acto y apreciará la aptitud para su ejercicio de acuerdo a su contenido. Podrá luego reunir demás elementos para llegar a la audiencia en que se otorgue la escritura pública, como en un acto traslativo de dominio donde en la etapa intermedia solicitará los certificados, estudiará los títulos, solicitará constancias personales y fiscales de las partes, etcétera, pudiendo tener más audiencias con la parte u otorgante.

El requerimiento en otros casos podrá ser instantáneo, como en su intervención al certificar firmas, o en el otorgamiento de un acto por escritura pública de modo urgente que no requiere trámites preescriturarios obligatorios. Ello incluso en el caso de tratarse de un acta notarial, en el transcurso de cuya diligencia el notario debe receptar declaraciones de los presentes no previstas o requeridas, de las que deberá dejar constatación por el derecho de defensa del requerido que consagra el art. 311 inc. d) CCyC y en la mayoría de las leyes provinciales.

En los primeros casos intempestivos, la apreciación se limita a una sola y única audiencia que, de no ser la persona de previo conocimiento, solo contará con el documento idóneo como único elemento obligatorio para su identificación; en cambio, en el último, directamente no podrá realizar tal calificación.

El notario analiza los presupuestos y elementos subjetivos del acto en cuanto al discernimiento de los intervinientes, en forma circunstanciada al objeto de su actuación y en las circunstancias del caso, como lo demuestra la última parte del art. 311 inc. d) CCyC citado, en que se limitará a dejar constancia de los dichos del requerido, siendo imposible calificar presupuesto sobre la persona o incluso el objeto, aun cuando de tal manifestación se desprenda un acuerdo entre el requirente, su representado o dueño del negocio, y el requerido.

La intempestividad de la situación no conlleva a la conformación de una escritura pública cuyo objeto sea el acto jurídico en sentido estricto (el acuerdo o contrato), por lo que no son aplicables las obligaciones de calificación de los presupuestos del art. 301. El notario realiza su actuación en la medida del requerimiento que le fuera formulado, su actuación es la propia de la actividad notarial de los arts. 310 a 312 CCyC, y las modificaciones sobrevinientes al mismo no alteran los deberes del requerimiento originario de su competencia material aceptada.

El notario como presupuesto de la más importante de las audiencias notariales, en la que otorga y autoriza la escritura pública, debe analizar la aptitud de las partes para entender y querer el objeto negocial de la misma (acto jurídico o actos jurídicos contenidos), o según el carácter de su intervención, como por ejemplo

sucede con el adolescente que concurre al solo efecto de tomar conocimiento en los términos del art. 690 CCyC del contrato que sus padres celebran como sus representantes legales.

Todas estas calificaciones no requieren constancia documental alguna; pues de no discernir el acto el otorgante (es decir, no entender su contenido), no poder manifestar su voluntad o no poder tomar la decisión, carece de habilidad para el mismo y el notario negará su actuación y no otorgará el acto por faltar uno de sus presupuestos subjetivos.

Si lo autoriza es porque valoró la aptitud o habilidad de las personas otorgantes o intervinientes en la medida del acto jurídico objeto del documento notarial, por ello no requiere constancia documental alguna.

Así lo ratificó la conclusión 1 del Tema I de la 32 Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, agosto de 2016) sobre el actual cuerpo legal: "El artículo 301 del CCyC reafirma el principio de inmediación del escribano con el requirente a los efectos del juicio de capacidad o discernimiento, sin que sea necesaria su mención documental"[4].

La calificación de la aptitud de ejercicio del sujeto del acto la realizará el notario sustentándola en el criterio objetivo de la posibilidad de comunicación de la persona con su entorno, que implica tanto para su recepción o compresión, como la emisión o manifestación de su voluntad. Este el parámetro liminar que surge del nuevo concepto del art. 32 parte final, y art. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[5], sobre el que volveremos más adelante.

Entre los cambios de paradigmas en la materia se establece que la restricción de capacidad o declaración de incapacidad ya no se resuelve únicamente por el

4 En el mismo sentido se concluyó en la 39 Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata, noviembre de 2015), en la conclusión 8 del tema II: "Se interpreta que la omisión de la constancia documental del juicio de capacidad o habilidad no implica nulidad del acto, ni debe ser objeto de observación disciplinaria (art. 309 CCyC), pues la calificación de los presupuestos y elementos del acto es implícita a la aceptación del requerimiento notarial".

5 El art. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad señala que a sus fines: "La 'comunicación' incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso; 5- Por 'lenguaje' se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal". Ello importa en la actividad notarial que no es persona con discapacidad en los términos del art. 304 CCyC quien puede valerse de medios tecnológicos (audífono) para superar la barrera física, y está entonces en pie de igualdad con el resto de los miembros de la comunidad, haciendo efectiva así la norma el principio de accesibilidad, vida independiente e integración de los arts. 9 y 19 de la Convención.

diagnóstico médico, sino que se requiere una valoración integral e interdisciplinaria que dé cuenta de la interrelación de la persona con el prójimo y su entorno. No se sustenta la protección de la persona en su discapacidad o enfermedad sino en esta situación contextual.

En este sentido debe advertirse que los arts. 48 y 2448 CCyC prevén para determinar la discapacidad del beneficiario de la mejora estricta entre los coherederos -de un tercio de los dos tercios de la porción legítima-, y se refieren a un concepto social al definirla como "... toda alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

No se parte del concepto de enfermedad, ni de que la misma sea mental, como ya lo había establecido el art. 153 ter (Ley 26.567) siguiendo la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[6], sino que se respeta el escuchar y cumplir la voluntad de la persona protegida, previéndose para el caso del pródigo un régimen de asistencia a fin de evitar que se exponga a la persona o a su familia matrimonial o convivencial a la pérdida del patrimonio.

La solución del art. 48 es la designación de un sistema de apoyos, mas no de establecer un representante que sustituya su voluntad, sino de quien lo asista en la toma de decisiones.

Surge así el otro elemento que deberá tener en cuenta el juez al momento de resolver sobre la restricción de capacidad: que de la alteración funcional en las condiciones indicadas además pueda "... resultar un daño a la persona o sus bienes" (art. 32, 1° párr. CCyC).

Esta necesidad de peligro o protección en interés de la persona se reafirma en la norma del art. 2448 CCyC por la que el futuro causante por disposición de última voluntad, o incluso por un acto entre vivos, puede conceder la mejora estricta a este denominado discapacitado, que recibe un especial beneficio entre sus coherederos y no se le impide que acepte la misma: en su caso la transmisión a título gratuito correlativa. El beneficiario, denominado discapacitado, tiene capacidad jurídica para tal acto y el notario deberá valorar su discernimiento, es decir, su aptitud de comprenderlo y manifestar su libre voluntad.

Pese a que el art. 37 CCyC en su primer inciso impone al juez que el primer aspecto para resolver la restricción debe apreciar el diagnóstico y pronóstico mé-

6 Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Fernández, Silvia E y HERRERA, Marisa. "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código", La Ley, 18/8/2015 AR/DOC/2518/2015: "En sintonía con la Convención citada que sostiene que toda persona con discapacidad tiene derecho al reconocimiento de su capacidad jurídica y al ejercicio de esta capacidad de hecho o de obrar- en igualdad de condiciones con los demás, el CCyC no establece restricciones a la capacidad fundada en la condición de discapacidad".

dico, ello se debe integrar con la época de su manifestación, los recursos personales, sociales y familiares existentes, y las posibilidades de protección o asistencia, siendo obligatorio un dictamen interdisciplinario.

En una de las primeras sentencias en materia de declaración de incapacidad, el Juzgado de 1° Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Monte Caseros, Corrientes, en autos "S.O. s/Insania" el 18/8/2015[7], consideró que: "Se trata de un supuesto que ha sido calificado por autorizada doctrina como excepcionalísimo por el que se contempla con criterio objetivo (que no depende de un diagnóstico de la persona ni de su pertenencia a un grupo social), una situación que se describe como de absoluta imposibilidad de interacción y/o comunicación por cualquier modo, medio o formato adecuado". Se restringe de tal modo las causales de interdicción, que solo la mantiene y reserva en exclusiva para el supuesto señalado, "... en que la persona no muestre ningún signo evidente de conciencia de sí o del ambiente, y se encuentra absolutamente imposibilitada de interaccionar con los demás o de reaccionar a estímulos adecuados. A esto debe sumársele otro requisito exigido por el Código: la insuficiencia o ineficacia del sistema de apoyos"[8].

El diagnóstico médico por sí solo no es suficiente para la calificar la falta de aptitud para el ejercicio de sus derechos por la persona que padece adicción o alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad que pueda ser perjudicial para su persona. *Contrario sensu*, la certificación médica por sí sola no acredita la capacidad.

Por el contrario, el juez debe contar con un equipo interdisciplinario que se expida al respecto (art. 37 *in fine* CCyC), de lo cual no cuenta el notario -ni tiene obligación de tenerlo o consultarlo- al momento de calificar la aptitud de los sujetos. Por ende, su deber y consecuente responsabilidad se limita a la calificación de la posibilidad de comunicación de la persona, de estar en adecuada relación de interacción con los otros y el medio; como se dijo, de entender y querer.

Con anterioridad a la reforma, donde regía un concepto de directa relación de causa-efecto entre enfermedad mental o discapacidad con la incapacidad, el diagnóstico médico tenía especial relevancia y por ello se había resuelto que como el notario no es psicólogo, psiquiatra ni médico como para advertir por ciertos rasgos del comportamiento solo detectables por especialista, cuál es el verdadero estado mental profundo de las personas que están otorgando el acto, el notario interviniente solo da fe de que el estado psicofísico de los otorgantes es normal, sin que el documento pueda ser redargüido de falso, dado que no se trata de un acto que pasó en su presencia, y como bien explicaba Vélez Sarsfield, en la nota

7 SAIJ FA 15210012 – www.saij.gob.ar

8 Con cita a KRAUT, Alfredo, J. y Palacios, Agustina, en *Código Civil y Comercial de la Nación*, dir. Ricardo L. Lorenzetti, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, T. I, pág. 151.

al art. 993 anterior: "... si un escribano, por ejemplo, dice que las partes o el que tenga que otorgar el acto estaba en pleno juicio, esta aserción no hace plena fe y admite prueba en contrario"[9].

Con mayor razón en el nuevo sistema, en que no basta solo un diagnóstico médico, sino que se requiere todo un equipo interdisciplinario. La valoración del notario se limita a ese estado psicofísico normal al decir de la Cámara de San Martín, o más propiamente dicho, a la comunicación de la persona con su entorno en términos razonables de entender y querer el acto objeto del documento notarial.

Consecuencia de este necesario dictamen interdisciplinario es que el notario está solo, y es su juicio de sentido común o razonabilidad según las circunstancias su única percepción, y nada le agrega el tener un dictamen profesional de la medicina o psicología, más ante el nuevo paradigma enunciado.

Este entender y querer además debe estar circunstanciado al acto a realizar. No es lo mismo tal apreciación para la persona que va a disponer a título gratuito de sus bienes que debe ser más estricto, que de quien va a recibir bienes por este mismo título sin cargo alguno, en que será más flexible.

Juega en esta apreciación el nuevo concepto de capacidad progresiva, donde hay ciertos actos que se permiten y otros que no, siendo en el ejemplo planteado que su clara graduación la prevé la propia ley, en materia de representación legal. Mientras el art. 121 inc. a) CCyC exige que el tutor deba requerir autorización para adquirir bienes inmuebles que no sean para satisfacer intereses alimentarios del tutelado, el art. 1549 CCyC suprime la autorización judicial si la adquisición es a título de donación sin cargo, bastando la sola actuación del representante legal.

La calificación de este elemento no importa que el notario está haciendo un juicio de capacidad jurídica, o de sus limitaciones, sino que se limita a apreciar el discernimiento, como la persona que en su interacción con el resto demuestra entender el acto que otorga y puede manifestar su voluntad concordante; es decir, tener un grado de razonable interacción con los prójimos y el ambiente, proporcionado a la naturaleza del acto a otorgar.

2. CAMBIO DE PARADIGMAS EN MATERIA DE CAPACIDAD JURÍDICA

El Código Civil y Comercial sistematiza el tratamiento de la capacidad jurídica receptando de modo integral las normas constitucionales y convencionales internacionales de derechos humanos, y las previas leyes nacionales, especialmente

9 Conf. Cám. Civ. y Com. San Martín, Sala II, 25/11/2013, autos recaratulados: "Mendoza, Carlos Aníbal c/Assel, Cristián Walter y otro s/nulidad de Instrumento", JUBA B2005238.

las 26.061, 26.529 modificada por las leyes 26.742, 26.657, y sus normas reglamentarias -que mantienen vigencia-, consagrando estos paradigmas dirigidos primeramente al juez para resolver las restricción de capacidad o la incapacidad:

a) El abandono de una calificación binaria: capaz/incapaz, donde una vez declarada la incapacidad no podía realizar acto alguno, por sistema flexible o gradual de restricciones de capacidad para el ejercicio de actos determinados (art. 12.2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con jerarquía constitucional establecida por la Ley 27.044).

b) La disociación de la idea de enfermedad mental o discapacidad de la de incapacidad jurídica. La persona con discapacidad o capacidades diferenciadas, es capaz (art. 32 CCyC, primera parte).

c) El establecimiento de un sistema de apoyos para la toma de decisiones y el ejercicio de la capacidad de hecho, consistentes en mecanismos o personas que asistan a la persona en la comunicación y toma de decisiones para ciertos actos (art. 43 CCyC), que se añaden a la voluntad de la persona sin sustituirla[10].

d) La opción por un sistema de apoyos que respeten la voluntad de la persona, incluso con vista a lo que hubiera querido si se hubiere podido manifestar (apoyo intenso), en sustitución del régimen de representación en que el representante suple la voluntad del representado (art. 32 CCyC).

e) El carácter temporal de las restricciones a la capacidad, con posibilidad de revisión permanente (art. 40 CCyC).

f) El carácter excepcional de la incapacidad queda solo reservado para quien:

f.1) "... se encuentre absolutamente imposibilitado de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado"[11].

f.2) "... el sistema de apoyos resulte ineficaz" (art. 32 *in fine* CCyC).

g) La calificación de restricción a la capacidad del art. 32 CCyC es un criterio objetivo que no está determinado únicamente por un diagnóstico médico, sino por un análisis integral e interdisciplinario[12].

h) El concepto de capacidad progresiva en las restricciones de capacidad y para los casos en que la ley determina la incapacidad (art. 24 inc. b) CCyC), que tendrá especial relevancia en los actos extrapatrimoniales.

---

10 CNCiv. Sala J, autos: "G. S. E. S/Determinación de la Capacidad" (www.nuevocodigocivil.com/wp-contest-uploads/2016/08/G-S-E-s/determinacion de la capacidad.pdf): "En conclusión, el sistema de apoyos para la toma de decisiones (SATD) no sustituye a la persona con capacidad restringida, ni a la persona declarada inhabilitada, sino que añade a éstas como un nuevo sistema de protección. Solo el Código incluye un sistema de apoyos con facultad representativa o 'apoyo intenso' para la persona con capacidad restringida y orientada a la celebración de determinados actos puntuales con la previa designación judicial y la intervención del Ministerio Público."

11 Art. 32 CCyC.

12 Juzg. 1ª. Inst. en lo Civ. Com. y Lab. de Monte Caseros, Corrientes, autos "S. O. s/Insania" el 18/8/2015, (SAIJ FA 15210012 - www.saij.gob.ar).

3. CAPACIDAD DE DERECHO Y DE EJERCICIO: DISTINCIÓN EN ACTOS PATRIMONIALES Y EXTRAPATRIMONIALES EN LA CAPACIDAD PROGRESIVA

El art. 22 CCyC sienta el principio de que las restricciones a la capacidad de derecho no pueden ser generales o absolutas, sino que solo prohíben a ciertas personas ser titulares de determinados derechos o deberes en aras de la protección del orden público en circunstancias especiales, como las inhabilidades para contratar (arts. 1001 y 1002 CCyC), o por la naturaleza del derecho, como sucede en el derecho real de uso en que no pueden ser usuarios las personas jurídicas (art. 2154 CCyC, párrafo final).

Ninguna persona puede ser privada en forma total de su capacidad de derecho, pues ello importaría la negación de su personalidad.

En la conceptualización del régimen anterior, sustentado en la lógica decimonónica donde se estructuraba el sistema binario de capacidad-incapacidad atendiendo fundamentalmente a la persona como sujeto activo o pasivo de una relación jurídica patrimonial o como miembro de una familia[13], se concluía -para graficar la antijuridicidad de la prohibición absoluta- en que importaría la muerte civil de la persona.

En la evolución del reconocimiento de los derechos de la persona y su dignidad, éstos también se extienden a otros derechos extrapatrimoniales como los personalísimos, los derechos de disposición sobre el propio cuerpo y sus partes anatómicas o exequias (art. 17 CCyC), a gozar de derechos previsionales o del medio ambiente, a su inclusión en las relaciones comunitarias, entre otros. Por lo cual, la nueva concepción, aun cuando la persona adolezca de imposibilidad de comunicación absoluta con las personas y el medio y no sea titular de derechos patrimoniales, siempre tiene la aptitud ser titular de estos otros derechos.

El art. 23 CCyC establece que solo se puede restringir o limitar la capacidad de ejercicio de sus derechos o deberes cuando expresamente prevé la ley (art. 24 CCyC) o cuando lo establezca una sentencia judicial.

El Código Civil y Comercial, al regular la capacidad restringida e incapacidad, denota el cambio de paradigma en la materia, recogiendo las normas de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional desde la reforma de la ley suprema en 1994, y de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con igual rango normativo por la Ley 27.044, abandonando el concepto binario decimonónico.

13 Conf. RIVERA, Julio C. y CROVI, Luis Daniel. *Derecho Civil, Parte General*, ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 2016, pág. 237.

El paradigma del Código velezano ya se encontraba en crisis en nuestro sistema jurídico nacional, no solo por la aplicación de las normas constitucionales y supranacionales, sino por leyes como la 26.061 que reglamenta la Convención Internacional de los Derechos del Niño, que establece una mayor capacidad progresiva de ejercicio a los menores para estar en juicio con su propio letrado, y especialmente la Ley 26.657 (de Salud Mental) con la incorporación del art. 152 ter al Código Civil derogado, que ya establecía la resolución de restricción fundada en "un examen conformado por evaluaciones interdisciplinarias", por el término de tres años, que además debía "... especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea lo menor posible".

El Ley 26.529 modificada por la Ley 26.742 en su art. 11 prevé las directivas anticipadas en materia de salud por persona capaz como medio para que se integre su voluntad al momento de su incapacidad o imposibilidad de comunicación temporal, y la facultad de otorgar por un tercero por él designado el necesario consentimiento médico informado.

Adelantamos que tanto la capacidad progresiva en menores de edad o personas con capacidad restringida que mantienen igualmente aptitud de ejercicio de ciertos actos, se refiere primeramente con autos de autoprotección, libre elección o disposición del propio cuerpo, partes anatómicas, exequias, directivas anticipadas y propuestas de designación de curador, intervención en juicio, y consecuente apoderamiento para ejercer sus derechos, derechos personalísimos, entre otros.

Tiene su mayor desarrollo o aplicación en cuestiones extrapatrimoniales, que no son el objeto más común de los actos notariales. Ejemplo de ello es la regulación en materia de menores del art. 26 CCyC y concs., 639 y 690 CCyC y el derecho a ser oído como paciente (art. 2 Ley 26.529 modif. por Ley 26.742).

Rivera y Crovi sostienen que "... esta noción de capacidad progresiva debe estar reservada para el ejercicio de derechos no patrimoniales. La seguridad jurídica del tráfico jurídico, requiere que la capacidad o incapacidad para los negocios jurídicos patrimoniales esté basada en franjas etarias rígidas y a veces se decrete la total interdicción cuando ningún sistema de apoyo sea eficaz".

Sin llegar a una conclusión tan rígida, entendemos que las cuestiones extrapatrimoniales son el campo fértil de esta flexibilización en la apreciación del discernimiento y de la consecuente capacidad. En tanto que en los negocios patrimoniales la apreciación de la falta de discernimiento impone preferentemente que el acto sea otorgado por el representante legal o el asistente intenso, designado por el juez y previa aceptación de su cargo.

La persona puede discernir para realizar ciertos actos sobre su cuerpo, pero no para la complejidad de un negocio económico o financiero propio de los actos notariales a los cuales la ley les impuso esta forma para que las partes u otorgantes den una especial atención aún cuando sean plenamente capaces.

El art. 12.5 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con discapacidad establece: "Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria".

La actuación del notario debe ser rigurosa en estos actos, como los propios de su gestión, y cuidar en especial el acceso a estos negocios en igualdad de condiciones, como surge de su deber ético profesional de actuar entre las partes, proveyendo al equilibrio entre ellas (art. 35, inc. 7, decreto-ley 9020/78 Provincia de Buenos Aires), y como tal su función no es ajena a la protección o cumplimiento de los derechos humanos.

El sistema jurídico nacional previó un primer sistema de apoyos, por el cual si el notario advierte la falta de esta aptitud de querer y entender el acto, deberá requerir para su intervención la asistencia de los apoyos, si los tiene, o la designación de los mismos a solicitud de quien tenga legitimación.

El criterio del notario no es calificar o resolver la necesidad de los mismos o no. Dado que si advierte el suficiente discernimiento, aún cuando el requirente padezca de una afección mental -como el Síndrome de Down- ello solo no es suficiente para su negativa. Pero no deber perderse de vista que la exigencia de apoyo para un acto en especial no implica negar su capacidad, que la mantendrá para los restantes actos, y de ello dará cuenta el juez en su sentencia[14].

En conclusión, y aquí está la relevancia del cambio de paradigma en la función notarial, el solo hecho de que la persona presente una adicción o afección mental no lleva a la presunción de que carecía de discernimiento para el acto.

Ella debe ser de gravedad suficiente y además resultar un daño para la persona o sus bienes. La falta de estos requisitos impiden la nulidad posterior del acto en los términos de los arts. 32, 1° párr. y 45 CCyC, que reitera la necesidad de perjuicio al demandante en su acápite. Si la persona que sufre la afectación mental o adicción es beneficiaria del acto a título gratuito, el mismo conservará su eficacia.

14 Conf. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; Fernández, Silvia E. y HERRERA, Marisa. "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código", La Ley, 18/8/2015 AR/DOC/2518/2015: "En definitiva, la presunción de capacidad de toda persona (con o sin discapacidad) es de carácter *juris tantum* y, por esta razón, dadas la situaciones previstas en la ley, reconoce excepciones".

Asimismo debe tenerse presente que el notario contará con un elemento más de valoración. Cuando el juez haya dictado una sentencia de restricción de capacidad en base al dictamen de un equipo interdisciplinario y el acto que se desea otorgar no se encuentra enumerado entre los que requieran apoyo de algún tipo, solo deberá cumplir con su habitual juicio de discernimiento como lo hace con persona plenamente capaz.

En este sentido la sentencia es importante no solo por lo que dice (limita), sino por lo que no dice: se permiten a la persona todos los demás actos conforme el art. 31 inc. a) CCyC.

4. INCAPACES

4.1. LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE INCAPACIDAD Y SU CARÁCTER EXCEPCIONAL. EL ACCESO AL CONOCIMIENTO Y EL CONTENIDO DEL ACTO A REALIZAR

El sistema del Código Civil y Comercial separa el concepto de incapacidad o su restricción del de enfermedad mental.

El art. 32 CCyC incluye a los que padecen adicción o una alteración mental permanente o prolongada de suficiente gravedad de la que pueda resultar un daño a su persona o a sus bienes como elementos para su restricción.

Se aparta de la idea o necesidad de acreditar o probar su enfermedad mental, y sienta otro elemento superador y de apreciación interdisciplinaria que es la imposibilidad de interactuar con su entorno y expresar su voluntad, en concordancia con el concepto de comunicación a que refiere el art. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esto se reafirma en la norma del art. 37 CCyC al imponer al juez para su resolución no solo el diagnóstico y pronóstico médico, sino el dictamen de un equipo interdisciplinario, que en la búsqueda de hacer efectivo el nuevo paradigma, nos dice la Sala H de la Cámara Nacional en lo Civil que "... introduce un nuevo criterio interdisciplinario que permite brindar una visión de la persona situada y contextuada en el ámbito de su inserción social"[15].

El parámetro objetivo se da en la posibilidad de comunicación[16] tanto en recepción como expresión con el prójimo, y el ambiente geográfico y social que ponen

15 CNCiv., Sala H, autos: "M. C. E. s/Determinación de la capacidad" del 23/03/2016, www.mpd.jusentrerios.gov.ar (2016/04/21/retriccion-a-la-capacidad).

16 Juzg. 1ª. Inst. en lo Civ. Com. y Lab. de Monte Caseros, Corrientes, autos "S. O. s/Insania" el 18/8/2015 (SAIJ FA 15210012 - www.saij.gob.ar).

de manifiesto o no su posibilidad de interactuar en las mismas condiciones que una persona adulta.

En la parte final del art. 32 CCyC se establece que la incapacidad será excepcional, en concordancia con el inc. f) del art. 31 CCyC, y solo acaecerá de producirse dos condiciones:

a) la absoluta imposibilidad de interactuar;

b) la ineficacia del sistema de apoyos

En estos casos se designará en curador que actuará como su representante legal.

Solo cuando la imposibilidad de comunicación y demostración de interacción sea absoluta se podrá dictar la incapacidad del art. 24 inc. c) CCyC con la representación sustitutiva de expresión y formación de voluntad. En el resto de los casos se propenderá a resolver la capacidad restringida del art. 32 CCyC con un sistema de apoyo para la expresión y toma de decisiones, incluso cuando se deba establecer un apoyo intenso que ante la imposibilidad de manifestación de la voluntad, éste deberá decidir en base a las concepciones, valores e historia de vida de la persona a quien asiste, es decir, cómo hubiere decidido éste según el conocimiento que se tiene de su cosmovisión previa a la imposibilidad de manifestación[17].

Parangón en cuestión de discapacidad física se encuentra en el art. 304 CCyC, en que la persona con discapacidad auditiva que carece de recursos tecnológicos para su superación (por ejemplo audífono) y no supiese escribir, no verá restringida su capacidad jurídica si dos testigos dan cuenta del conocimiento y compresión del acto, con quienes puede comunicarse (por ejemplo por el lenguaje de señas), como expresamente lo prevé el art. 2 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La norma del art. 304 CCyC vuelve al centro de la valoración que hará el escribano del requirente y su aptitud, a través de la comunicación que establezca con la persona (vulnerable, discapacitada o no) que pueden ser señas que no integren un lenguaje: el conocimiento y la compresión de su actuación y el objeto de la misma.

A diferencia de la afección mental, cuyas regulaciones se orientan lógicamente al órgano jurisdiccional, la discapacidad auditiva, que es física, se dirige directamente al notario en la calificación del elemento subjetivo del acto notarial e impone ciertas formalidades a plasmar en el documento, basta su mera constatación, lo

17 Conf. CNCiv. Sala J, autos: "G. S. E. S/Determinación de la capacidad (www.nuevocodigocivil.com/wp-contest-uploads/2016/08/G-S-E-s/determinación de la capacidad.pdf); KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; FERNÁNDEZ, Silvia E. y Herrera, Marisa. "Bases para una relectura de la restricción a la capacidad civil en el nuevo Código", La Ley, 18/8/2015 AR/DOC/2518/2015; 39 Jornada Notarial Bonaerense (2015), Conclusiones tema 5, pág. 29.

que es propio de la denominada jurisdicción voluntaria. Pero, en esencia, el objeto de tales labores (judicial y notarial) tiene la misma finalidad: asegurar la capacidad de ejercicio a personas que a través de un sistema legal o judicial predeterminado tengan acceso a la comprensión y conocimiento del acto a realizar.

4.2. PERSONA POR NACER. PRINCIPIO DE REPRESENTACIÓN LEGAL

4.2.1. Derechos patrimoniales

El art. 24, inc. a) CCyC enuncia como primer supuesto de incapacidad de ejercicio a la persona por nacer, que por el art. 21 CCyC sus derechos y obligaciones quedarán irrevocablemente adquiridos si nace con vida, presumiéndose esta situación. En cambio, si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió.

Al igual que en el art. 74 del Código Civil derogado se considera que la persona nunca existió y se revoca todo derecho atribuido a la persona por nacer, por lo cual en la doctrina anterior se lo conceptualizaba como una personalidad condicional.

El derogado art. 64 Código Civil preveía la representación de la persona por nacer siempre que hubiere de adquirir bienes por herencia o donación, por lo que parte de la doctrina anterior entendía que solo tenía capacidad para adquirir bienes pero no para obligarse, siguiendo la antigua idea de su finalidad de favorecerla y no para imponerle gravámenes a cargo suyo, salvo obligaciones accesorias a los bienes recibidos por estos títulos.

Otra parte de la doctrina señalaba que no solo tenía capacidad jurídica para adquirir bienes por estos títulos, sino además por casos como el cargo impuesto o el beneficio en toda estipulación a favor de tercero, acciones de estado, alimentos, indemnizaciones por daños y perjuicios, derechos emergentes de la seguridad social, entre otros, y en particular, que como toda persona incapaz de ejercicio también podía contraer obligaciones por medio de sus representantes, por ejemplo al administrar su patrimonio.

Llambías claramente explicaba que "la posibilidad de imputar obligaciones a la persona por nacer depende del funcionamiento de su incapacidad absoluta de hecho y de la manera correcta de suplirla. De modo que si su representante legal ha contraído alguna obligación a nombre suyo, dentro de las facultades legales correspondientes, la persona por nacer resultará obligada y, si no, no. Lo mismo ocurre respecto a otros incapaces de hecho también absolutos, como los dementes"[18].

18 LLAMBÍAS, Jorge J. *Tratado de derecho civil. Parte general.* Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1984, 10° ed. (actualizada por Patricio Raffo Benegas), T. I, pág. 259.

El nuevo art. 21 CCyC expresamente refiere a los derechos y obligaciones de la persona por nacer, receptando la segunda opinión precedente, acorde con la intención de otorgar la mayor capacidad posible a la persona humana.

La nueva redacción no deja dudas sobre la posibilidad de recibir la universalidad o parte alícuota de una herencia, tanto su activo como pasivo; adquirir bienes o derechos por contratos de cesión, ser acreedor de indemnizaciones por derechos personalísimos, y realizar por medio de sus representantes actos de conservación y administración de sus bienes. En consecuencia, ante toda adquisición de bienes si no nace con vida, todo derecho, incluso el derecho real de dominio, se revoca y constituye un supuesto de dominio revocable.

El art. 63 del Código Civil derogado establecía un criterio loable y humanístico de avanzada para su época. Mientras en la legislación decimonónica privaba el concepto de inicio de la persona humana desde el nacimiento, Vélez Sarsfield siguiendo la fuente de Freitas (art. 221 del Esboço) y éste el art. 10 del Código de Prusia, lo determinaban al momento de la concepción en el seno materno.

En la adquisición de derechos y obligaciones patrimoniales y su condición resolutoria, la norma era clara y simple, pues el término de la misma no podía superar el término máximo del inicio del embarazo.

El art. 20 CCyC mantiene la misma norma de duración del embarazo fijando la época de la concepción durante los 120 días comprendidos entre el máximo de 300 días anterior al del nacimiento y el mínimo de 180 días antes de este, criterio y plazos que reitera para la determinación de la filiación matrimonial en los arts. 566 y 568 CCyC.

Pero ello genera dudas en la técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ante la existencia de embriones supernumerarios y crioconservados, cuya existencia se reconoce en la Ley 26.862 y el Dec. 956/13 pese a ser de naturaleza asistencial. En consecuencia, cabe preguntarse la posibilidad de donar un inmueble a un embrión antes de su implantación en la mujer y de ser admisible si a este dominio revocable le es aplicable el plazo máximo de 10 años del art. 1965, tercer párrafo CCyC.

La redacción final del texto de los arts. 19 y 21 CCyC nos coloca en un debate metajurídico de carácter interdisciplinario y bioético, sobre el comienzo de la persona humana fruto de las nuevas técnicas de reproducción humana asistida reguladas en los arts. 560 a 564 CCyC.

Se sostienen dos posturas en la cuestión:

1) La persona humana existe desde el momento mismo de la concepción, sin distinguir en que la misma sea intra o extrauterina, haya sido implantado o no en el cuerpo de la mujer[19].

19 Conf. XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (despacho de mayoría), recomendación.

2) La persona humana comienza al momento de su implantación en el cuerpo de la mujer, dado que para ser considerado persona debe tener la real y cierta posibilidad de desarrollarse como tal, que solo se da una vez implantado. Esta es la interpretación que ha sustentado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo"[20], al interpretar los tratados internacionales de rango constitucional en nuestro sistema jurídico[21].

El texto del Proyecto de Código Civil remitido al Congreso de la Nación claramente asumía la segunda postura, pero en la modificación elaborada por la Comisión Bicameral quedó consagrado en el art. 19 CCyC el inicio de la persona humana desde el momento de la "concepción", sin otra distinción o elemento; y en el art. 21 CCyC se refiere al "concebido o implantado en el seno materno" como elemento atributivo de los derechos y obligaciones.

Rivera y Crovi señala que "... la disposición actual no soluciona la cuestión relativa a la naturaleza jurídica del embrión no implantado producto de las técnicas de reproducción humana asistida ni protege su destino"[22].

Más allá del debate bioético que ha quedado pendiente, se debe buscar una interpretación armónica con el ordenamiento jurídico al art. 21 CCyC, que no se refiere directamente al comienzo de la persona humana, sino a la capacidad jurídica patrimonial de la persona por nacer, y establece que podrá adquirirlos bajo la mentada condición resolutoria de nacer con vida, a partir del momento de la concepción en el seno materno (como regulaba el derogado art. 63 Código Civil) o desde la implantación del concebido por técnicas de reproducción humana extrauterinas en la mujer.

Esta interpretación de las normas positivas es sistemática con la presunción de la época de duración del embarazo del art. 20 CCyC (sin perjuicio de que admite prueba en contrario) y la consecuente atribución de la filiación, que llevaran a la atribución del derecho sucesorio a los nacidos en tal plazo.

Aun estando a la primera de las posturas enunciadas, solo tendrá vocación hereditaria la persona que nazca en el embarazo de la mujer iniciado con la implantación del embrión en su seno durante el período presunto de los arts. 20, 566, 568 CCyC, dado que en los casos de TRHA es necesario el consentimiento previo informado y libre para cada vez que se utilicen gametos o embriones (art. 560 CCyC), para conformar la voluntad procreacional que atribuirá la filiación y adquisición de derechos sucesorios a los nacidos en tal período.

---

20 CIDH, causa: "Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica", www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia.

21 Conf. Tribunal Colegiado de familia N° 5 de Rosario, autos: "S. G. G. y Otros S/Filiación", del 27/05/2016 , http://maestrosdelderecho.com.ar.

22 Op. cit., pág. 218.

Este concepto se reafirma con la supresión de la filiación *post mortem* que preveía el art. 563 parte final del Proyecto de Código Civil y Comercial, si con el consentimiento previo del causante se implantaba el embrión hasta un año después del deceso.

En consecuencia, la persona por nacer no recibirá bienes por herencia por carecer de vocación sucesoria si nace después del plazo de duración del embarazo del art. 20 CCyC, sea por filiación por naturaleza o por TRHA con el consentimiento del causante para su realización; es decir, si no nace durante el plazo máximo de 300 días previo al de su deceso.

La misma solución cabe para la determinación de procedencia o no de la colación y acciones de protección de la legítima hereditaria, por el necesario carácter de herederos presuntivos al momento de la donación (arts. 2388 y 2395 CCyC).

La sistematización de estos artículos nos impone que solo un embrión crioconservado implantado en el seno de la mujer en un período de 300 días o menor previo al fallecimiento tendrá vocación sucesoria. Solo el juez puede llegar a admitir por resolución expresa otra solución de reconocimiento de vocación sucesorio al nacido fuera de tal plazo.

Esto nos lleva a la interpretación integradora sustentada. No cabe sobre él particular objeción a la violación de los tratados internacionales sobre derechos humanos o el denominado plexo constitucional, en tanto no se crearía una incapacidad de derecho antes de la implantación del embrión en la mujer, dado que es titular de los demás derechos no patrimoniales, y además el órgano jurídico de interpretación de los mismos ha concluido en la postura de considerarlo persona desde ese momento.

Lo mismo debe entenderse con relación a la adquisición de bienes por otros títulos.

La falta del consentimiento del art. 560 CCyC para su implantación importa la inexistencia de la voluntad procreacional del art. 562 CCyC atributiva de la filiación (debe ser de ambos) y, por ende, también carece de representante legal para aceptar, por ejemplo, la donación que se pretendiese celebrar, dado que aún no hay implantación para la filiación por naturaleza unilateral.

Asimismo, como la existencia de la persona depende exclusivamente de las personas que se someten a una TRHA, se convierte en una condición potestativa de estas, y el eventual derecho adquirido queda sometido a una condición resolutoria prohibida.

El art. 344 CCyC prevé que es nulo el acto sujeto a hecho imposible o que depende exclusivamente de la voluntad del obligado. En el caso, el hecho será imposible si las personas que deben prestar el consentimiento del art. 560 CCyC no lo hacen y depende de ellos exclusivamente el nacimiento con vida.

La capacidad jurídica de la persona por nacer en el orden patrimonial debe mantener la misma interpretación que en el código derogado, a fin de evitar la falta de certeza.

Esto también asegura el principio de la función social de la propiedad, no inmovilizando su aprovechamiento de forma indefinida o por largos períodos. Si bien se encuentran en juego derechos fundamentales de las personas ante los que ceden la protección de los derechos terceros, también es cierto que el interés de estos y, en el caso, de la sociedad en cuanto el consagrado principio de la función social de la propiedad, no puede ser dejado de lado.

La necesidad de conjugar ambas posiciones, con interpretación a favor de uno y otro, y la de arbitrar un modo uniforme en materia patrimonial sin importar si se adquieren bienes por transmisión *mortis causa* o *inter vivos*, tiende a esta interpretación sistemática, tanto en una como en otra postura ética.

En la primera, con la concepción intra o extrauterina con independencia de su implantación, es persona humana titular de todos los derechos no patrimoniales y derechos humanos esenciales, como el derecho a la vida conforme al art. 19 CCyC; en tanto que el art. 21 CCyC solo limita su capacidad de derechos patrimoniales, que los adquiere desde su implantación uterina, pero no los restantes.

La segunda postura, que era la asumida en el art. 19 del Anteproyecto y Proyecto, en el proyecto de Ley Integral de Fertilización Asistida con media sanción de la Cámara de Diputados (expte 4058-D-2014), y en la interpretación de la fallo "Artavia Murillo" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se distinguen en las técnicas de reproducción humana asistida dos momentos en el desarrollo del embrión: la fecundación y la implantación. Solo en el segundo se cierra el ciclo que permite entender que existe concepción, pues si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas, pues no recibirá nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo[23]. En esta postura también la capacidad de derecho patrimonial se tiene desde la implantación.

23 CIDH causa "Artavia Murillo", www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia, ficha técnica: "264. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la 'concepción' en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general".

Basados en esta interpretación de los arts. 19 y 21 CCyC, en la segunda postura no ven conflicto alguno, pues identifican para los nacidos por TRHA el momento de la concepción con el de implantación[24], y mantiene para todos el concepto de implantación en el cuerpo de la mujer el momento determinante de la atribución de los derechos para todas las personas por nacer, como en el Código Civil anterior.

4.2.2. Representantes legales

La representación legal operará en caso de embarazo y, pese a que el nuevo Código no trae norma al respecto, se deberá estar el criterio del anterior art. 65, que establecía que se tendrá por reconocido el embarazo de la madre por la simple declaración de ella, del marido o de otra persona interesada.

El representante legal será la madre embarazada y el padre que así lo reconozca. No hay en el caso posibilidad del régimen de apoyos dado que la persona por nacer carece en forma absoluta de la posibilidad de comunicación e interacción independiente con el entorno.

El art. 75 inc. 23 Constitución Nacional, reformado en 1994 sin asumir postura en la cuestión, se limita a conferir la facultad de "Dictar un régimen de seguridad social en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental…"; y el art. 2° de la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849) dice que "… debe interpretarse por niño todo ser humano desde el momento de su concepción hasta los 18 años". En consecuencia, el período de la persona por nacer está comprendido en el concepto de niño, por lo cual se debe estar a los mismos representantes legales, tanto durante el embarazo como posterior a su nacimiento con vida.

Las TRHA traen otro problema no resuelto en la redacción final del Código Civil y Comercial: la regulación de la gestación por sustitución, donde dos personas aportan gametos y prestan su voluntad procreacional, pero su implantación se hace en otra mujer que no presta su voluntad procreacional, poniendo en tela de juicio la célebre máxima romana *mater semper certa est*.

El anteproyecto claramente regulaba esta posibilidad, pero su texto fue suprimido en la redacción final dada por la Comisión Bicameral, sin perjuicio de lo

24 CIIDH causa "Artavia Murillo", www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia, ficha técnica: "179. El Tribunal hace notar que la prueba en el expediente evidencia cómo la FIV transformó la discusión sobre cómo se entendía el fenómeno de 'la concepción'. En efecto la FIV refleja que puede pasar un tiempo entre la unión del óvulo y el espermatozoide, y la implantación. Por tal razón, la definición de 'concepción' que tenían los redactores de la Convención Americana ha cambiado. Antes de la FIV no se contemplaba científicamente la posibilidad de realizar fertilizaciones fuera del cuerpo de la mujer".

cual se ha interpretado en las XXV Jornadas de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015) que al no estar prohibido se entiende que está permitido. Y ya en algunos fallos judiciales se ha resuelto "Declarar la inconstitucionalidad y anticonvencionalidad del art. 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, en este caso concreto de gestación por sustitución, en cuanto no reconoce la maternidad de la mujer que ha expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino la de la mujer que da a luz"[25].

En esta interpretación constitucional y en la convención tiene igual efecto la implantación en la madre o en la gestadora por sustitución, por lo cual nos referiremos a la implantación en el cuerpo de la mujer, y no solo en el seno materno.

4.2.3. Derechos sobre el propio cuerpo y partes anatómicas

Hasta aquí hemos tratado cuestiones patrimoniales, pero el avance de la ciencia y de la técnica médicas pone en consideración la posibilidad de decidir por la persona por nacer las disposiciones de derechos sobre el propio cuerpo o sus partes anatómicas, con fines afectivos, terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales.

La referencia del art. 17 CCyC a la disposición personal de derechos esenciales como el propio cuerpo o sus partes anatómicas, aparecen como de indispensable consulta con la voluntad del interesado, y expresamente el art. 56 *in fine* CCyC prevé que no se puede suplir el consentimiento para actos no comprendidos en la prohibición del primer párrafo de dicha norma[26], que además es libremente revocable.

Este principio, en el caso de la personas por nacer -que no puede dar consentimiento en modo alguno- impide tales actos de disposición de su cuerpo o partes anatómicas[27], salvo expresas excepciones legales.

El art. 58 CCyC distingue de los actos de disposición del propio cuerpo a los de investigación médica en seres humanos -sin exclusiones-, y la Ley 11.044

25 Juzgado de Familia N° 7 de Lomas de Zamora, autos: "H. M. y otro s/medida precautoria (art 322 CPCC)" del 30/12/2015, www-nuevocodigocivil.com/gestación-por-sustitucion; Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, autos: "S G G. y Otros S/ Filiación", del 27/05/2016, http://maestrosdelderecho.com.ar).

26 Art. 56 CCyC primer párrafo. "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, excepto que sean requeridos para el mejoramiento de la salud de la persona, y excepcionalmente de otra persona, de conformidad a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico".

27 El art. 15 de la Ley de Trasplante de Órganos 24.193 (actualizada por leyes 26.066 y 25.281) establece que solo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años.

de la Provincia de Buenos Aires prevé expresamente que para emprender tales investigaciones en que participan recién nacidos, fetos y embriones se requiere el consentimiento de sus representantes legales y autorización judicial (art. 14), con la restricción en su art. 17 de que no deben exponer al embrión o feto a un nivel de riesgo que exceda el mínimo, salvo que el procedimiento pueda ser justificado para salvar la vida de la mujer embarazada.

El art. 57 CCyC da una norma diferenciada para los embriones, prohibiendo toda práctica destinada a producir una alteración genética que se transmita a su descendencia, y la falta de definición contundente en su estatus jurídico entre concepción e implantación vuelve al debate ético, pues si bien el art. 21 CCyC se puede interpretar para cuestiones patrimoniales en el modo indicado previamente, no es así para estas.

La adopción de un criterio u otro será esencial para soluciones absolutamente dispares: si es persona desde la concepción, sin distinciones de su implantación o no, no se podrá admitir su manipulación o disposición; en cambio, si no se lo considera persona sino un complejo citológico sin posibilidad de sobrevida, se admitirá su disposición en el mismo estatus que los gametos de los progenitores como bienes que se encuentran fuera del comercio.

No son estos actos los propios de la intervención notarial, sino que suelen celebrarse en instrumentos privados o constan en instrumentos administrativos. Pero en caso de requerirse la intervención al notario, este podrá o no admitir el requerimiento fundado en objeción de conciencia según sus convicciones, dado que el Código Civil y Comercial ha recurrido a vaguedades producto de un debate metajurídico no resuelto acabadamente en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

4.3. NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES: CAPACIDAD PROGRESIVA

Los arts. 24, inc. b) y 26, primer párrafo CCyC sientan la incorporación del principio de la capacidad progresiva regulando que las personas que no han alcanzado la edad de 18 años (art. 25 CCyC) "... pueden ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico".

Sin perjuicio de lo dicho, los menores de edad están en la categoría de incapaces, partiendo de la idea de su imposibilidad o limitación en la interacción y comunicación con el ambiente para la toma de decisiones en condiciones de igualdad y solo por excepción actuar por sí. Por ello se mantiene el principio de que ejercen sus derechos a través de sus representantes legales: responsables parentales, sus delegados, responsables afines o tutores.

Los representantes legales de los hijos serán:

a) Ambos progenitores. Según el acto actuarán en forma conjunta o individual (art. 641, inc. a y b, CCyC).

b) Uno solo por fallecimiento, presunción de fallecimiento, privación o suspensión de la responsabilidad parental a un progenitor (art. 641 inc. c).

c) El único progenitor que reconoció al hijo extramatrimonial (con un solo vínculo filial, art. 641 inc. d); o de ser de doble vínculo filial cuando a uno de los progenitores le fue establecido por declaración judicial.

d) Por delegación a uno en caso de cese de convivencia, divorcio, anulación de matrimonio, por acuerdo de partes o por decisión judicial, pudiendo pactarse modalidades (art. 641, inc. b *in fine* CCyC).

e) Por delegación a un tercero homologado judicialmente en los casos del art. 643 CCyC.

f) Por delegación al progenitor afín en la familia ensamblada por acuerdo homologado judicialmente o por documento fehaciente (art. 674 CCyC).

g) Por el progenitor biológico o quien consintió su voluntad procreación conjuntamente con el progenitor afín, por acuerdo homologado judicialmente (art. 675 CCyC) hasta la ruptura del matrimonio o la unión convivencial.

h) Por el o los tutores designados judicialmente, aún cuando haya sido por los padres los proponentes o en el pariente en quien hubieran delegado la responsabilidad parental (art. 106 CCyC).

La representación importa que el representante legal deberá suplir o sustituir la toma de decisión y su expresión, que tendrá un grado de restricciones según el vínculo y naturaleza de su relación de estado de familia con el menor, pero se establece una mayor participación de este, a través de normas que promueven gradualmente el ejercicio por sí o por intervención de los representantes legales en el proceso de decisión.

En ese proceso evolutivo hacia la capacidad plena son relevantes las presunciones que establece el art. 26 CCyC, y diferencian dos etapas fundamentales: la de niño o niña hasta cumplir 13 años, y a partir de ese día el estatus de adolescente, cuya capacidad se acrecienta a su vez a partir de los 16 años, donde la aptitud para actos extrapatrimoniales, los relativos a su cuerpo, salud y directivas anticipadas cobra mayor relevancia y eficacia, y está ordenada al principio cardinal del interés superior del menor.

El Código Civil y Comercial recoge los principios de la Ley 26.061, reglamentaria de la Convención sobre los Derechos del Niño[28], en especial al haber establecido el derecho a ser oído y ser tenida en cuenta su opinión, y la posibilidad

28 SCJBA autos: "F., D. G. A. A. V" causa 115747 del 6/8/2014, JUBA B4200209 www.scba/jurisprudencia: "El principio de la 'capacidad progresiva' recibido en los arts. 5 de la Convención sobre Derechos del Niño, y 24 inc. b) de la Ley 26.061, habilita al menor de edad a ir ejerciendo sus facultades de autodeterminación en la medida que va adquiriendo competencia necesaria para comprender las situaciones que puedan afecta a su persona".

de acceder a la justicia por sí mismos con la asistencia de letrado especialista en minoridad y familia; a la Ley de Salud y de Derechos del Paciente, en ser tenido en cuenta en cuestiones referentes a su cuerpo y tratamiento de salud.

Rivera y Crovi explican: "El principio que parece consagrar la norma del art. 24 se esteriliza por la misma previsión del segundo párrafo del art. 26. Este último precepto después de establecer que los menores actúan a través de sus representantes dice: 'No obstante, la (persona) que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico'. O sea que el teórico efecto de la 'madurez suficiente' queda anulado, porque de todos modos esa 'madurez suficiente' solo habilita a la persona menor de 18 años para realizar actos 'que son permitidos por el ordenamiento jurídico'. En otras palabras, aunque el menor de 16 o 17 años tenga madurez suficiente, no podrá actuar en el campo patrimonial como si fuere capaz salvo que el ordenamiento jurídico le permita realizar el acto que se propone"[29].

Del articulado podemos ensayar un bosquejo de la graduación de la capacidad de los menores:

a) Sin límite mínimo expreso, y según su edad y grado de madurez suficiente para el acto, el menor está facultado para:

1) Ser oído en procesos judiciales y ser tenida en cuenta su opinión y participar en la toma de decisiones (art. 26 CCyC), y en particular en el discernimiento de su tutela (113 CCyC), en el proceso de su adopción (art. 595, inc. f) CCyC), y participar en procesos de familia que le conciernan (art. 707 CCyC).

2) Si carece de apellido inscripto, solicitar la inscripción del que está usando (art. 66 CCyC) o agregar el apellido del otro progenitor (arg. art. 64, CCyC).

3) Estar en juicio por sí mismo contra sus progenitores o por divergencias con sus representantes letrados, con asistencia letrada autónoma (arts. 26 y 679, CCyC), y por acción de reclamo de filiación (art. 582, CCyC).

4) Celebrar contratos de menor cuantía (art. 684, CCyC)[30].

5) Ser informado de contratos celebrados por sus progenitores en los límites de su administración (art. 690, CCyC).

6) Administrar y disponer de los bienes que adquiera con el producto de ejercer profesión por cuenta propia si ha obtenido título profesional (art. 30 CCyC),

29 Op. cit., pág. 259.

30 ABELLA, Adriana, en CLUSELLAS, Eduardo G. (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, ed. Astrea-FEN, Bs. As., 2015, T. 3, pág. 95: "La nueva regulación, por la ubicación de la norma permite entender que, acorde con la fluidez que requieren estas situaciones contractuales cotidianas, existe capacidad de obrar a medida que los hijos van creciendo y realizando actos según su edad y condición".

debiendo contar con autorización de sus progenitores para ejercer la profesión antes de cumplir 16 años (art. 681 CCyC)[31].

b) A partir de los 10 años:

1) Dar su consentimiento para ser adoptado (art. 595, inc. f) CCyC).

2) Adquirir relaciones de poder con relación a las cosas (por ejemplo posesión) (art. 1922, CCyC).

c) A partir de los 13 años (adolescente):

1) Decidir tratamientos que no resulten invasivos, no comprometan su estado de salud ni provoquen riesgo a su vida o integridad física (por el art. 26 CCyC se presume su capacidad).

2) Si estos tratamientos pueden ser invasivos, comprometer su estado de salud o provocar riesgo a su vida o integridad física, requiere la asistencia de sus progenitores (art. 26, CCyC).

3) Contraer matrimonio previa dispensa judicial (arts. 404 y 261 CCyC).

4) Estar en juicio conjuntamente con sus progenitores o en forma autónoma con patrocinio letrado propio (art. 677, 2° párrafo CCyC).

5) Estar en juicio por ser acusado criminalmente (art. 680, CCyC).

6) Reconocer hijos (art. 680, CCyC).

7) Celebrar contrato de servicio o de trabajo con asentimiento de sus progenitores, con el límite de los arts. 681 CCyC y 189 bis de la Ley de Contrato de Trabajo (según Ley 26.390)[32]. Los arts. 189 de la Ley de Contrato de Trabajo y 2 de la Ley 26.390 prohíben contratar a menores de 16 años en cualquier actividad laboral como medio de evitar la explotación infantil, salvo en empresas familiares de los progenitores.

---

31 39 Jornada Notarial Bonaerense (2015), Tema 5, conclusiones, pág. 31: "El art. 30 no establece edad mínima para el ejercicio de profesión u oficio sin previa autorización. No obstante, por aplicación de los artes. 681, 683 y la leyes laborales que regulan el trabajo de los menores de edad, los menores de 16 años necesitan autorización de sus representantes legales para ejercer oficio, profesión o industria".

32 El art. 189 LCT (Ley 26.390): "Menores de dieciséis (16) años. Prohibición de empleo. Queda prohibido a los empleadores ocupar personas menores de dieciseis años (16) años en cualquier tipo de actividad, persiga o no fines de lucro". Art. 189 bis LCT (Ley 26.390): Empresa de la familia. Excepción. Las personas mayores de catorce (14) y menores a la edad indicada en el artículo anterior podrán ser ocupados en empresas cuyo titular sea su padre, madre o tutor, en jornadas que no podrán superar las tres (3) horas diarias, y las quince (15) horas semanales, siempre que no se trate de tareas penosas, peligrosas y/o insalubres, y que cumplan con la asistencia escolar. La empresa de la familia del trabajador menor que pretenda acogerse a esta excepción a la edad mínima de admisión al empleo, deberá obtener autorización de la autoridad administrativa laboral de cada jurisdicción. Cuando, por cualquier vínculo o acto, o mediante cualquiera de las formas de descentralización productiva, la empresa del padre, la madre o del tutor se encuentre subordinada económicamente o fuere contratista o proveedora de otra empresa, no podrá obtener la autorización establecida en esta norma".

8) Prestar consentimiento para salir del país temporalmente o fijar domicilio fuera de la república (art. 645, inc. b) CCyC).

9) Prestar consentimiento en la administración de sus bienes (art. 645, inc. e) CCyC).

d) A partir de los 16 años:

1) Se lo considera adulto (capaz) para decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo (art. 26 CCyC) y, en consecuencia, para prestar consentimiento médico informado (art. 59 CCyC) y dictar normas anticipadas de salud designando mandatarios al efecto (art. 60 CCyC).

2) Contraer matrimonio con autorización solo de sus representantes legales (arts. 404 CCyC y 645, inc. a) CCyC). Puede interpretarse como consecuencia de esto que también tiene aptitud para celebrar todo tipo de convenciones prematrimoniales, dado que el art. 450 CCyC solo lo prohíbe a los menores que contrajeron matrimonio con dispensa judicial pero nada dice de los que lo hicieron con la autorización de sus progenitores[33], solución que guarda armonía con la regla a favor de la capacidad que tendrá por la emancipación por matrimonio (art. 27, CCyC), aunque no podría donar lo recibido a título gratuito (art. 28, inc. b) CCyC), pero sí recibirlas.

3) Ejercer empleo, profesión e industria, y celebrar los contratos respectivos según legislación especial (art. 683, CCyC).

4) Administrar los bienes adquiridos por ejercicio de empleo, profesión o industria (arts. 683 y 686, inc. a) CCyC).

El gradualismo hacia la capacidad se pone de manifiesto en la posibilidad de estar en juicio por patrocinio letrado autónomo -en lo notarial otorgar poderes a ese objeto cuando la ley lo autorice-, ser oído en procesos judiciales y administrativos por la Ley 26.066, y en especial a los adolescentes para cuestiones de salud, participación en la toma de razón de la administración de sus bienes, participar directamente en la decisión de contraer matrimonio, trasladarse fuera del país, y ejercer la responsabilidad parental de sus hijos menores.

4.3.1. Derecho del menor de edad a ser oído y la actuación notarial. Actos de disposición

El menor de edad tiene derecho a ser oído, como consagran el art. 24 de la Ley 26.061 y el art. 26 CCyC, pero ello es según su edad y grado de madurez.

33 Conf. ARMELLA, Cristina N. "El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial", Sup. esp. *Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular*. La Ley, 2015 (abril) AR/DOC/1132/2015 quien explica: "Sin lugar a dudas se trata de una excepción al régimen de incapacidad de ejercicio del art. 24 inc. b), y es de aplicación el art. 26".

Tal expresión y comunicación debe ser en una adecuada interacción con su ambiente social y ante quien tiene competencia para que la misma sea tomada en cuenta, en los casos que el ordenamiento lo admite.

Los arts. 32, 103, 595 y 707 CCyC hacen efectiva la declaración de este derecho tanto de la norma argentina como de la Convención sobre los Derechos del Niño, regulando el deber del juez de oír al menor en los procesos judiciales, en tanto el menor tenga edad y grado de madurez suficiente; esto es como en la capacidad relativa para comprender e interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por comprender el modo, medio o formato adecuado, y siempre con relación al acto procesal a realizar[34].

El Código Civil y Comercial regula el derecho del menor de expresarse lógicamente en el proceso judicial, a fin de asegurar la libertad de tal manifestación -que mediante la facultad de recurrir o no a la asistencia de un equipo interdisciplinario pueda conocerse la apreciación y voluntad del acto por menor- y que la misma sea efectivamente tenida en cuenta, pero sopesando los riesgos para su persona o patrimonio, teniendo el órgano judicial la competencia exclusiva para la última evaluación al respecto en todo el sistema de la capacidad jurídica.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Wilder c/ Oswald" interpretó que este derecho, enunciado en la Convención sobre los Derechos del Niño, no es violentado cuando el juez recibe al menor o lo delega tal entrevista en una persona capaz de interactuar con el menor, que puede ser un psicólogo o asistente social auxiliar del juzgado.

El menor en algunos casos intervendrá en el proceso judicial ejerciendo personalmente sus derechos y accionando cuando la ley le permite estar por sí en el juicio; y en otros será oído por el juez o por quien este delegue, *pese a no tener capacidad jurídica para el ejercicio del derecho en cuestión*.

El menor de edad será oído fuera del ámbito judicial cuando la ley le ha reconocido expresamente aptitud para el ejercicio personal de los derechos según el paradigma de la capacidad progresiva. Solo en estos casos el notario requerirá la necesaria y obligatoria comparecencia al acto notarial del adoles-

34 Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala III, autos "V. H. c/B. D. A. s/régimen de visitas", 15/3/2016, JUBA B375113, www.scba/jurisprudencia: "... el menor debe ser oído si tiene suficiente discernimiento, es decir, si está en condiciones de formarse su propio juicio como dispone la CDN, y tal criterio debe seguirse para evaluar su participación activa en el proceso coadyuvado por la figura del abogado del niño, toda vez que no debe soslayarse que se trata de menores edad, es decir, de personas que no han alcanzado su pleno desarrollo, razón por la cual, corresponde establecer en cada caso si cuentan con suficiente madurez para llevar a cabo el acto por si, personalmente, un acto que pueda ser considerado eficaz".

cente, dado que solo este mayor de trece años tiene discernimiento para los actos lícitos (art. 261 CCyC).

En los restantes podrán comparecer, pero ello no agregará o limitará derecho alguno al menor, dado que el notario carece de toda competencia para hacer efectivo que su opinión sea tenida en cuenta en la resolución final.

El nuevo paradigma no modifica la representación necesaria de los niños, niñas y adolescentes para actos de disposición, en que el art. 692 CCyC exige la realización del acto por sus representantes legales con autorización judicial (como era antes de la reforma).

En estos actos no hay cambios para la intervención del notario, que no requiere la comparecencia del menor, aun cuando sea adolescente por no tratarse de un acto de administración, y el juez es quien ponderará la oportunidad y modo de oír y tener en cuenta la participación de menor en los términos del deber del art. 26 CCyC. Pero el notario no tiene competencia material para cuestionar o impugnar la resolución judicial firme, aun cuando no haya tenido entrevista con el menor, dado que resolvió con la valoración de la prueba admitida. La orden judicial firme no puede ser cuestionada por el notario, que no es parte en el proceso judicial, sino por el propio interesado, sus representantes legales o el Ministerio Público, a través de los asistentes de menores e incapaces que prevén las leyes locales, solo ante el órgano judicial competente.

Ante la existencia de esta autorización judicial y la voluntad concordantes de sus representantes legales, el notario no puede negarse a realizar el acto de disposición por la oposición del menor, porque la ley no le concedió en este caso excepción alguna a la incapacidad -no es un acto permitido por el ordenamiento jurídico-, presumiendo *jure et de jure* su imposibilidad absoluta de interacción adecuada y en condiciones de igualdad con las demás partes para este tipo de actos.

La ley ha optado en el caso en análisis por evitar la posibilidad de aprovechamiento del menor, y por ello ha establecido su incapacidad de ejercicio para estos actos.

El menor en desacuerdo con la actuación de sus representantes y juez en su caso, deberá instar en proceso judicial con patrocinio letrado propio, la revisión de la resolución judicial en los tiempos procesales oportunos, o de no hacerlo, el proceso de nulidad de la sentencia, dado que si el menor no tiene aptitud legal para ejercer personalmente el acto de disposición, tampoco lo tiene para impedirlo y debe recurrir al único órgano competente para reclamar por sus derechos.

No está en juego en este supuesto el derecho constitucional de defensa en juicio del menor, dado que todo el proceso se hace en miras a su interés

superior y con la asistencia de representantes legales y la representación promiscua del Ministerio Público, por lo cual la omisión del deber del juez de oírlo no importa en modo alguno la nulidad del proceso judicial por falta del derecho de defensa en juicio.

La falta del deber judicial del juez de oír al menor y su consecuente valoración de no ser necesario para su resolución deberá ser resuelta por autoridad judicial, pero en tanto no sea así, la primigenia resolución judicial firme debe ser cumplida, no siendo el notario revisor de la valoración de las pruebas y actos procesales que llevaron a ella.

En este sentido concluyó la 32 Jornada Notarial Argentina (agosto de 2016): "9. El notario solo debe requerir autorización judicial para la disposición de bienes registrables del menor de edad. Es facultativo para él, hacerlo comparecer o no al acto notarial (art. 692 CCyC)"[35].

4.3.2. Intervención personal de menores de edad y la actuación notarial

El art. 24 CCyC establece el cese de la incapacidad de los menores de edad desde las cero horas del día en que la persona cumple 18 años, haciendo una excepción al modo de contar los plazos de derecho del art. 6 CCyC, manteniendo el mismo criterio que la legislación nacional antecedente.

Asimismo cesa por la emancipación por matrimonio de la persona menor de edad, que solo tendrá algunas expresas limitaciones legales (arts. 28, 29 y 644 CCyC), pero que será irrevocable aun en caso de disolución sobreviniente del vínculo o declaración de nulidad del matrimonio, salvo para el contrayente de mala fe, para quien cesa una vez firme la sentencia de nulidad (art. 27, 2° párrafo CCyC).

Antes de tal cese el menor puede ejercer por sí los actos antes enunciados, entre los cuales analizaremos los siguientes por su relación con la intervención notarial, teniendo presente lo señalado acerca de que la capacidad progresiva tiene su menor desarrollo en lo relativo a la capacidad contractual y patrimonial, ámbito en el que no hay reformas significativas.

---

35 En el mismo sentido concluyó el tema 6 de la 39 Jornada Notarial Bonaerense: "Los progenitores no pueden celebrar actos que importen una alteración del patrimonio del hijo, niño, niña o adolescente, cualquiera sea, sin la correspondiente autorización judicial, previo dictamen del Ministerio Público (art. 103 inc. a) CCyC). No pueden sin autorización judicial, enajenar muebles o inmuebles, constituir o transferir derechos reales de bienes de sus hijos menores de edad; invertir o utilizar suma de dinero depositadas a nombre de los hijos. Es el Juez quien tiene la facultad de valorar la conveniencia y razonabilidad de la operación en virtud de las circunstancias. El acto de disposición del menor requiere la participación de ambos progenitores y la correspondiente autorización judicial, bajo pena de declararse nulo, si perjudican al hijo (art. 692 CCyC)" (pág. 39).

4.3.3. Capacidad patrimonial

4.3.3.1. Administración y disposición de bienes producto del ejercicio de profesión con título habilitante por cuenta propia

El art. 30 CCyC mantiene la norma de la parte final del art. 128 del Código Civil derogado, confiriendo a los menores de edad la capacidad de ejercer personalmente la administración y disposición de los bienes producto del ejercicio por cuenta propia de la actividad profesional para quien haya obtenido título habilitante y, asimismo, si obtuvo tal título antes de los 16 años, requerirá además la autorización de sus progenitores o representantes legales para ejercerla, de conformidad a los arts. 681, 683 CCyC y la Ley 26.390 de protección del trabajo de los menores de edad (arts. 32 y 33 LCT)[36].

Es poco probable el ejercicio de esta profesión antes de los 16 años, dado que si en relación de dependencia los arts. 32 y 33 LCT solo lo admiten en empresa familiar, del mismo modo se puede interpretar que se aplica a los demás contratos de servicio, aun sin relación de dependencia por el respeto al plexo constitucional de proteger al menor y de erradicar el trabajo infantil, con lo cual es poco imaginable una actividad que requiera la autorización para cada servicio a prestar, que debería ser en el marco del art. 33 LCT. Como también es difícil de hacerlo como empresa unipersonal, donde se encontraría limitado para adquirir los elementos materiales para ello. Cabría sí admitirlo en el ejercio profesional en el extranjero o sometido a leyes extranjeras.

Por ello, pese a la poca probabilidad de que ocurra el supuesto de ejercicio profesional con título habilitante antes de los 16 años, en aras a la interpretación a favor de la capacidad de ejercicio, entendemos que tal edad no es límite mínimo infranqueable[37], dado que la Ley 26.390 prohíbe el trabajo infantil y regula el adolescente, siempre en relación de dependencia por cualquier forma, bajo contrato o no, y el art. 148 bis Código Penal pena a quien aproveche económicamente del trabajo del niño, pero no al adolescente que libremente ejerce su profesión según su grado de madurez.

Mantiene así la mayor aptitud de ejercicio en el ámbito contractual para los menores de edad. Expresamente aclara su concordancia en cuanto a la administración que tienen los menores con los bienes producto del ejercicio de empleo

36 Conf. RIVERA, Julio C. y Crovi, Luis D., op .cit., pág. 270; Llorens, Luis R y Rajmil, Alicia B., en Clusellas, Eduardo G., *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea-FEN, Bs. As., 2015, T. I, pág. 123.

37 En contra, Rivera-Crovi, op. cit., pág. 270, entienden que la armonización de las normas citadas impide el ejercicio de profesión o industria en los términos del art. 30 CCyC antes de los 16 años, constituyendo esta una edad mínima.

en relación de dependencia al derogar el usufructo legal de los progenitores sobre los bienes de los hijos menores (art. 697 CCyC) y privar a ellos expresamente de la administración de los bienes producto de su trabajo profesión o industria al incluir el art. 686, inc. a) CCyC la excepción con relación a estos bienes, superando la omisión del art. 293 (texto de la Ley 23.264) derogado.

Se mantiene el denominado peculio del menor de edad, integrado por los bienes de estos orígenes, sobre los cuales podrán personalmente celebrar todo tipo de actos y contratos necesarios, fuente de derechos y obligaciones, las cuales solo recaerán sobre los bienes que el menor de edad administre (art. 683, último párrafo CCyC).

En el caso de ejercer profesión con título habilitante, no tendrá solo su administración, sino también su posibilidad de disposición a diferencia de los otros casos. Este peculio no llega a constituir un patrimonio especial en los términos del art. 242 CCyC, en que si bien responde por las deudas de su actividad profesional solo con estos bienes, no hay una constitución por ley de una universalidad jurídica, ni un fin aglutinante, por lo cual el menor de edad puede disponer y adquirir con su producido libremente aun por motivos o fines ajenos a su ejercicio profesional.

Se trata de un supuesto especial de capacidad y los bienes integran su patrimonio universal.

Este supuesto es el máximo grado de capacidad patrimonial de los menores que tiene dos requisitos: a) contar con título habilitante para el ejercicio de tal profesión, y b) que lo haga por cuenta propia.

El título habilitante no debe necesariamente ser universitario, sino que se trata de aquel extendido por una institución educativa autorizada, que la ley le confiere con este -y en su caso la validación ante el órgano o entidad de control de su matrícula- la habilitación para el ejercicio profesional u oficio[38]; en consecuencia "... quedan comprendidas actividades que impliquen especial preparación profesional u oficios"[39].

En la práctica notarial, los bienes que son objeto de tal intervención son preferentemente registrables, que además tienen un título formal del derecho real -a diferencia de los muebles no registrables u otros de derechos-, por lo cual la técnica notarial ha señalado la necesidad de dejar constancia, al momento de la adquisición de bienes registrables e inmuebles en particular, del origen de los bienes con que se adquiere el bien, mediante la exhibición del título habilitante a

38 Conf. RIVERA, Julio C. y Crovi, Luis D. Op .cit., pág. 270.

39 39 Jornada Notarial Bonaerense (2015), conclusiones tema 5, pág. 31.

efecto de que opere la correspondiente subrogación real, y así se haga efectiva la capacidad de ejercer la disposición y administración personalmente por el menor en esta particular situación. Del mismo modo se recomienda agregar la copia certificada del título exhibido en el protocolo en que se ha autorizado la escritura pública.

En este sentido expresan Llorens y Rajmil[40]: "Cuando en sede notarial el menor de edad otorgue un acto en el cual adquiera un bien con dinero obtenido por el ejercicio de su profesión, deberá dejarse constancia de su manifestación en ese sentido, así como la exhibición del título habilitante".

La acreditación del origen de los fondos corresponderá al notario en cuanto a sus deberes de información con respecto a las normas de prevención de operaciones de lavado de dinero según la Ley 25.246 y su reglamentación, pero ello no será impedimento para su posterior disposición ni hará observable el título del derecho real inmobiliario por ser una manifestación sin acreditación o certificación de ingresos del menor de edad.

La presunción es la actuación de buena fe (art. 10 y conc. CCyC). El vicio que podría dar lugar a una supuesta nulidad relativa (por disponer de un bien que debería haber sido otorgado por sus representantes con autorización judicial) no es ostensible, ya que quien tenga legitimación deberá acreditarlo. Como señala el art. 383 CCyC, toda nulidad debe ser sustanciada y resuelta judicialmente y además requiere que el acto de disposición perjudique al menor (conf. art. 692 *in fine* CCyC).

Asimismo no podría invocar la nulidad la parte que obró con dolo para ocultar la ausencia de capacidad (art. 388 *in fine* CCyC), situación que se da por su manifestación al momento de la adquisición. Es decir que, en tanto no se acredite tal nulidad en instancia judicial, no se puede presumir su ineficacia, dado que deberá probarse que los fondos eran de otro origen distinto de su ejercicio profesional.

Esta discusión es abstracta si el menor de edad dispone siendo plenamente capaz. Su acto de disposición -una vez mayor de edad- tiene el efecto de confirmación tácita según el art. 394 2° párrafo, CCyC por tratarse de una nulidad relativa.

El menor de edad que ejerce profesión con título habilitante puede también celebrar contrato de trabajo como contratante del trabajador, con los límites de responsabilidad del art. 683, parte final, CCyC. En consecuencia, también puede acordar la extinción con el trabajador por escritura pública en los términos del art. 241 de la LCT; y en el mismo acto acordar o reconocer indemnizaciones o compensaciones patrimoniales con el trabajador en la medida de disponer solo de

40 Op. cit., T. I, pág. 121.

bienes producto de su trabajo, así como requerir como patronal actas al notario por sus relaciones laborales o profesionales.

4.3.3.2. Administración de bienes producto del trabajo en relación de dependencia

Los menores autorizados expresamente por sus progenitores o de modo presunto a partir de los 16 años para trabajar en relación de dependencia, pueden administrar los bienes producto del mismo, por lo cual podrán celebrar actos de esta categoría con terceros sobre los bienes recibidos en su retribución: dinero.

No puede adquirir bienes con tal dinero de su retribución más que a través de los contratos de menor cuantía permitidos por el art. 684 CCyC, dado que de lo contrario estaría disponiendo sobre lo que no tiene expresa facultad. Pero sí estos bienes muebles son susceptibles de ser objeto de actos de administración, que de ordinario no llevarán la forma escritura pública, y en ciertos casos podría requerirse la intervención mediante la certificación de firma del menor de edad.

El Código Civil y Comercial mantiene el antiguo criterio que sostiene que el instrumento privado queda invariable en esta categoría pese a la certificación notarial de firma, y en base al art. 289, incs. a) y b), CCyC, la Sala C de la Cámara Civil de la Capital Federal, ratifica que "… lo que constituye instrumento público es la certificación notarial de firma pero no el instrumento privado que accede. La eficacia y los efectos en cuanto instrumento público se limita a la firma, ello no trae aparejado comunicar tal carácter al instrumento privado que se autentica"[41].

El notario califica el carácter de los intervinientes y debe formarse juicio sobre la aptitud de querer y entender lo requerido. Siendo el requirente menor de edad tendrá en cuenta el discernimiento, la aptitud legal y el acto en particular para ello, como lo hace en todo documento público notarial.

El carácter excepcional de la intervención personal del menor de edad hace aconsejable su manifestación de tratarse de bienes adquiridos con el producto de su trabajo, sea que conste en el propio instrumento privado en anotación marginal por él suscripta o en la propia acta del libro de requerimientos de firmas e impresiones digitales. Esto no es obligatorio ni un *vicio invalidante de su intervención o requerimiento.*

41 CNac. Civ. Sala C, autos. "Inversora Planalto SA c/Megabox SA y otro s/ejecutivo", 7/10/2015, causa 71373/2010. www.nuevocodigocivil.com.

4.3.3.3. Participación en actos de administración otorgados por sus representantes legales: consentimiento expreso e información

El art. 645, inc. e), CCyC regula la representación de los adolescentes en los actos de administración y en el último párrafo del mismo se exige el consentimiento expreso de los hijos adolescentes, es decir, aquellos menores que tienen discernimiento para los actos lícitos.

Esta exigencia será en consideración del grado de madurez suficiente con relación al acto, por lo cual cabe preguntarse qué ocurre cuando el adolescente no tenga el adecuado discernimiento para el acto por falta de madurez suficiente.

Como la norma exige el consentimiento expreso, su omisión afectará la eficacia del acto hasta tanto no sea prestado, es decir que se debe apreciar la capacidad restringida como en los casos de las personas en la categoría del art. 32 CCyC sin perder de vista que sus representantes también serán, en modo indirecto, sus apoyos.

A diferencia de los apoyos del art. 32 CCyC, donde el acto es otorgado por las personas con capacidad restringida, aquí el acto lo otorgan los representantes pero requieren también este consentimiento del adolescente, sin perjuicio de que los efectos no difieren en ambos casos.

Este consentimiento debe ser expreso y no tácito -como por actos consecuentes realizados por el adolescente-, pero nada impide que sea prestado posteriormente, dado que en ciertos casos este consentimiento no impide que la ley opte por la mayor protección del interés del menor, como el art. 691 CCyC que sin distinción determina que el contrato de locación de bienes del hijo tiene la condición resolutoria legal e implícita de extinguirse cuando cesa la responsabilidad parental (haya prestado o no consentimiento).

Lo usual en estos casos es que la intervención notarial sea por el requerimiento para la certificación de firmas en instrumentos privados por ser actos de administración y en consecuencia el notario actuará como se señalara en el punto precedente.

El art. 690 CCyC autoriza a los progenitores a celebrar contratos con terceros en nombre de sus hijos en los límites de su administración, imponiéndoles el deber de informar al hijo que cuenta con edad y grado de madurez suficiente.

El deber de información se superpone con el consentimiento expreso exigido en caso del adolescente de mayor aptitud en el ejercicio: no solo recibe o es anoticiado, sino que además opina y su voluntad es tenida en cuenta en los actos de administración.

La armonización de estos textos legales nos lleva a considerar la capacidad progresiva en lo patrimonial: si bien tiene el límite de la aptitud de discernir en los actos a partir de los 13 años, también el menor de 10 años tiene aptitud para discernir en los actos ilícitos (art. 261, incs. b) y c), CCyC), pueden distinguir lo bueno de lo malo, por lo cual podría admitirse su madurez suficiente para recibir la comunicación aunque no

para actuar. En consecuencia, tendrá aptitud para conocer el acto celebrado solo en la medida de su grado de madurez.

La información no debe hacerse en el mismo acto, sino que puede ser hecha en acto posterior o separado. No es un requisito del acto jurídico celebrado por los representantes, sino una obligación de ellos ajena a la actuación de la otra parte. El menor podrá estar presente o no en el acto a efectos de ser informado y podrá intervenir en tal carácter, no como parte ni para prestar consentimiento.

Por otro lado, la expresión "... en los límites de su administración" no debe entenderse ceñida a actos de administración, sino a todos los contratos sobre bienes de los hijos como sus representantes legales, incluso los actos de disposición. Por ejemplo los representantes legales podrán aceptar una donación sin cargos hecha al menor en su representación, sin necesidad de consentimiento ni comparecencia del menor, pero sí podrá el menor adolescente informarse del acto e intervenir en la escritura pública a tal efecto.

4.3.3.4. Convenciones matrimoniales

El principio en la materia es que el menor de edad con autorización judicial o parental para contraer matrimonio puede celebrar convenciones matrimoniales, con la sola excepción del art. 450 CCyC.

En consecuencia, todo menor que contraiga matrimonio podrá celebrar las convenciones prematrimoniales sobre bienes y deudas que llevan al matrimonio y su avalúo (arts. 446, incs. a y b CCyC).

El art. 450 CCyC establece una restricción a la capacidad al prohibir la celebración de las convenciones prematrimoniales que tengan por objeto hacer donación u optar por el régimen de separación de bienes, a los menores autorizados judicialmente para contraer matrimonio.

Con respecto a la aptitud del menor de 16 a 18 años autorizado por su progenitores para contraer matrimonio, se han sostenido dos posturas.

En las primeras interpretaciones se ha sostenido la prohibición para todos los menores de 18 años, incluso los autorizados a casarse por los padres, sosteniendo diversos argumentos integradores de la ley: a) si importaban una atribución gratuita patrimonial (que se puede dar por la donación o renuncia a la ganancialidad) a favor del otro futuro cónyuge, el menor de edad no tiene facultad para donar, e incluso si se lo asimila a la capacidad que adquiere como emancipado por matrimonio, en ella se prohíbe la donación de bienes recibidos a título gratuito; o b) que la ley no ha previsto un sistema de protección como del derecho derogado que en el art. 1222 preveía la posibilidad de celebrar la donación *propter nupcias* en convención prematrimomnial (art. 1217, inc. 3° derogado), pero con la autorización de las mismas personas que deben autorizarlo para contraer matrimonio, es decir sus progenitores, al igual que el art. 1329 del Código Civil español (modificado por las leyes 11/1981 y 1/1996).

Armella ha señalado acertadamente que la literalidad de la norma es contundente: se refiere solo a los autorizados judicialmente y no a los autorizados por los padres para contraer matrimonio. En consecuencia los mayores de 16 años con autorización de sus progenitores a contraer matrimonio podrán celebrar convenciones prematrimoniales o matrimoniales sin restricción ni consentimiento, asentimiento o autorización alguna[42].

No hay laguna legal a integrar y el texto es armónico con el principio constitucional y convencional de capacidad, y no se puede interpretar en pos de la incapacidad.

La norma consagra una mayor aptitud personal al menor de edad autorizado por sus progenitores para contraer matrimonio y la omisión de la autorización de estos para celebrar estas convenciones matrimoniales debe atribuirse a la política legislativa en pos de la capacidad progresiva. Si no estableció asistencia alguna, no hay porqué inferirla.

Se debe estar el principio sentado por la Suprema Corte de Justicia que, al interpretar la ley, el juez debe estar primero a la literalidad de la norma y, si ella es clara, no recurrir a otros medios que alteren su sentido.

El principio general es la capacidad para celebrar convenciones matrimoniales, y la interpretación de la excepción debe ser estricta. Esa debe ser la regla a seguir en la materia.

4.3.4. Capacidad extrapatrimonial

4.3.4.1. Autorizaciones a adolescentes para salir del país y fijar domicilio en el extranjero

De la parte final del art. 645 también surge la exigencia del consentimiento expreso a partir de los 13 años del adolescente en las autorizaciones para salir del país, para fijar domicilio en el extranjero (inc. c) o ingresar en comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad (inc. b).

La autorización para salir del país debe ser otorgada por los responsables parentales y no por otros representantes legales, como el tutor, ni tampoco por guardadores que no tengan delegación de responsabilidad parental.

Si bien no se reproduce en la reforma el texto del art. 432 velezano, el tutor no es el titular de la responsabilidad parental, que no solo contiene la representación necesaria del menor, sino deberes-facultades mucho más amplios, como claramente surge el art. 638 CCyC, que se refiere al conjunto de "deberes y de-

42 ARMELLA, Cristina N. "El contrato de donación y sus vicisitudes en el Código Civil y Comercial", Sup. esp. "Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular", La Ley, 2015 (abril) AR/DOC/1132/2015.

rechos sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral", entre ellos la facultad dada a los progenitores en el art. 645 inc. c) CCyC para autorizar al hijo menor de edad a salir del país o a cambiar su residencia al extranjero. En cambio, el tutor no tiene la titularidad de la responsabilidad parental, y por ello el art. 104 CCyC no se refiere al derecho-deber del tutor sobre la persona y los bienes de los pupilos, sino a la finalidad del instituto de "... brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente" cuando no haya personas que ejerzan la responsabilidad parental. El tutor es designado ante la falta de titulares de la responsabilidad parental del menor y por ello no hay persona con la facultad de autorizar al menor a salir del país.

De estarse ante un guardador con fines de adopción, caso en que el juez ante la privación o cese de la responsabilidad resuelve la situación de adoptabilidad y luego confiere la guarda a este fin (art. 611 y conc. CCyC) ello será de modo provisorio y por un plazo no mayor a 6 meses. En este caso, mientras no se dicte la sentencia de adopción que emplace al adoptado en la condición de hijo (art. 620 CCyC), el guardador no es titular de la responsabilidad parental y tampoco podrá autorizar el menor a salir del país.

El art. 104, 3° parrafo, CCyC prevé los casos en que se delega la responsabilidad parental a un pariente (guardador) por voluntad de los progenitores o decisión judicial (arts. 643 CCyC). El juez que homologa el acuerdo puede otorgar las funciones de protección y bienes del menor, con lo cual no se ve obstáculo a que en este caso también resuelva la facultad de autorizarlo a salir del país. Pero dado que el juez puede o no otorgar estas facultades, debe surgir clara y expresamente que el delegado tiene los mismos derechos y facultades que el o los delegantes en el ejercicio de la responsabilidad parental.

Los arts. 674 y 675 CCyC prevén la delegación de la responsabilidad parental al progenitor afín. Ante la delegación por acuerdo de partes, con o sin homologación judicial según el caso, podrá autorizar al menor a salir del país por estar en ejercicio de la responsabilidad parental del menor.

Al igual que en el caso anterior, el consentimiento del adolescente debe ser expreso, pero puede prestarse por el adolescente en momento posterior.

Este claro criterio es el seguido por la modificación de la reglamentación de la Dirección Nacional de Migraciones Disp. N° 2656/11 (modif. Disp. N° 3328/15), que dice: Artículo 14.- El consentimiento expreso del menor adolescente requerido por el artículo 645 último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación se tendrá por materializado con su presentación voluntaria ante la autoridad encargada de efectuar el control migratorio al momento del egreso. En todos los casos, cuando al momento de efectuarse el control migratorio en el ingreso o egreso, el funcionario actuante tuviera sospechas

fundadas respecto de la autorización, teniendo en cuenta el interés superior del niño, se deberá dar inmediata intervención a la Policía Migratoria Auxiliar, a la autoridad judicial competente y al Ministerio Público Pupilar. Ello, en los términos del artículo 37 de la Ley N° 26.061".

La voluntad de egreso del país es expresada ante el funcionario de migraciones en los trámites administrativos respectivos y así integra el consentimiento omitido en cada viaje en particular. Aun cuando el adolescente hubiere prestado consentimiento expreso para su salida del país, en la autorización conferida por sus padres, él podrá revocarla mediante su negativa a viajar en cada caso ante el funcionario de migraciones.

El término consentimiento en este supuesto no es el propio de los contratos de propuesta y aceptación que conforman la voluntad negocial común y que las partes deberán cumplir, sino que se trata de la conformidad, estar de acuerdo en ese momento; que, por no ser una cuestión patrimonial sino del ámbito de la persona, es una declaración unilateral del adolescente que no le crea vínculos obligacionales y que puede revocar en cualquier momento.

La autorización para salir del país no tiene una forma impuesta por la ley, por lo cual puede otorgarse por instrumento privado o por escritura pública, en razón del principio de libertad de formas, pudiendo otorgar su expreso consentimiento el adolescente personalmente.

4.3.4.2. Autorizaciones para tratamientos médicos. Consentimiento informado para actos médicos

1. Tratamientos médicos no invasivos

El art. 26 CCyC presume que el menor, a partir de los 13 años, tiene aptitud para decidir por sí tratamientos médicos que no resulten invasivos, no comprometan su estado de salud ni provoquen riesgos a su vida o integridad física.

El Código Civil y Comercial favorece la autonomía progresiva en materias relativas a la propia salud y le confiere la capacidad de ejercicio personal para decidir sobre tratamientos médicos.

El tratamiento médico es un conjunto de medios -terapias o procedimientos médicos o biológicos- que se emplean para curar o aliviar una enfermedad[43], finalidad que se advierte en el propio texto legal al procurar que no deben comprometer su estado de salud ni provocar riesgo de vida o a su integridad física.

43 Conf. Rivera y Crovi. Op. cit., pág. 260.

Se realizan ante la necesidad de recuperar la salud y evitar la enfermedad o falta de salud. Todo acto ajeno a esta finalidad de sanar, por más que objetivamente sea un tratamiento médico, no está comprendido en la capacidad excepcional del menor, porque la ley no lo autoriza a disponer de su propio cuerpo o de sus partes anatómicas.

La ley solo autoriza hasta los 16 años a decidir tratamientos médicos no invasivos, que son aquellos que no involucran instrumentos que rompan la piel o tejidos, ni penetran físicamente en el cuerpo, por lo que son atraumáticos o incruentos[44].

La norma se refiere a tratamientos y no a prácticas de salud aisladas, lo cual no guarda coherencia con permitir un acto de mayor complejidad y discernimiento, por lo que requiere prestar el consentimiento informado donde el paciente pueda sopesar y decidir con un debido diagnóstico y pronóstico en términos accesibles, y con el conocimiento de riesgos y terapias alternativas si las hubiere (art. 59 CCyC).

El consentimiento informado podrá ser dado por el adolescente, persona con capacidad de ejercicio, y formalizado en instrumento público del que surja haber sido debidamente informado por el médico en los términos del art. 59 CCyC, o en instrumento privado, para el cual el interesado podrá requerir la certificación de firma, en que la ley presume su discernimiento y aptitud.

El art. 7° de la Ley 26.529 prevé que el consentimiento informado será verbal, exigiendo la forma escrita solo para internación, intervención quirúrgica, diagnósticos o terapias invasivas o que implique riesgos y la revocación del consentimiento, por lo cual en los casos de estos tratamientos no invasivos para los que tienen capacidad los menores de 16 años el mismo lleva forma verbal, y será optativo hacerlo por escrito.

El inc. e) del art. 7° comentado exige la forma escrita para la revocación del consentimiento sin distinguir si es para tratamientos invasivos o no, por lo cual debe ser bajo esta forma y suscripto por el paciente, el médico y agregarse a la historia clínica, aunque el art. 7° del Decreto 1089/12 prevé que se redacte el mismo instrumento que contiene el previo consentimiento y agregado en ella.

La falta de documento o la autonomía de la voluntad de las partes hará admisible su otorgamiento por escrito y por separado.

2. Tratamientos médicos invasivos

En caso de tener que someterse el menor de edad entre 13 y 16 años a tratamientos médicos invasivos que comprometan su salud, que importen riesgo de vida o de su integridad física, deberá prestar su consentimiento porque se presume su capacidad, pero la misma será restringida, por lo cual deberá contar con la asistencia de sus progenitores.

44 Conf. Rivera y Crovi. Op. cit., pág. 261.

Este consentimiento informado deberá ser prestado por el adolescente con la constancia expresa de haber recibido la información requerida en el art. 59 CCyC, y además con la suscripción de sus progenitores como apoyos. Como en el caso anterior, podrá ser otorgado por instrumento público o privado.

En caso de desacuerdo entre el adolescente y sus apoyos (progenitores), la cuestión se resolverá ante autoridad judicial y el notario deberá abstenerse de intervenir.

El último párrafo del art. 26 CCyC ordena que a partir de los 16 años se lo considera como adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

La finalidad de estas decisiones no es la disposición del propio cuerpo con los fines terapéuticos de terceros, científicos, humanitarios o sociales, sino para la protección y cuidado de su salud, vida e integridad física.

Actuará en estos actos como persona con plena capacidad de ejercicio, tanto en tratamientos médicos invasivos o no, o en actos médicos aislados, pero solo con la finalidad prevista.

La decisión del adolescente deberá tener como antecedente la información médica requerida por el art. 3° de la Ley 26.529 y 59 CCyC, y deber ser por escrito conforme el art. 7° de la Ley citada y 7° del Decreto 1089/12, al igual que su revocación, siendo admisible el instrumento privado o público suscripto u otorgado por el paciente, junto con el médico o no, pero referenciando su informe para luego agregarse en la historia clínica.

3. Disposición del propio cuerpo e investigaciones en seres humanos

El art. 56 CCyC regula la disposición del propio cuerpo o sus partes anatómicas, y las prohíbe cuanto provoquen una disminución permanente de su integridad o resulten contrarios a la moral o a las buenas costumbres, con excepción de ser requerido para el mejoramiento de la salud de la persona o excepcionalmente de un tercero.

En materia de menores, la limitación del art. 26 CCyC a la capacidad solo para el cuidado de su salud, y la remisión del art. 56 CCyC a la ley de ablación de órganos, que la prohíbe a los menores de 18 años, afirman la interpretación sistemática que no puede disponer personalmente de su propio cuerpo, salvo para el caso de necesidad para el mejoramiento de su propia salud.

Lo mismo cabe para prestar el consentimiento en las investigaciones en seres humanos, dado que solo podría ejercerlo personalmente para el cuidado de su propio cuerpo.

En todos los demás casos el consentimiento deberá ser prestado por los representantes legales y, en su caso, con autorización judicial.

4.3.4.3. Directivas anticipadas de salud

El art. 60 CCyC prevé la posibilidad de la persona plenamente capaz de dictar directivas anticipadas de salud en previsión de su posterior incapacidad.

El art. 26 CCyC lo considera al mayor de 16 años como adulto o con capacidad para actos atinentes al cuidado de su salud, y en tanto las directivas anticipadas son relativas al cuidado de su salud -teniendo por no escritas a las que importen prácticas eutanásicas- no se ve objeción para admitir a estos menores el dictar tales directivas.

No puede perderse de vista el art. 11 de la Ley 26.529 (modificado por Ley 26.742) se refiere a persona capaz mayor de edad, en tanto que la norma posterior del art. 60 CCyC, solo a persona plenamente capaz. La armonización del nuevo sistema normativo justifica esta distinción con la clara intención del legislador del nuevo paradigma de la capacidad progresiva: la persona que ha alcanzado los 16 años tiene capacidad en la medida de estos actos, aunque no para otros.

La 32 Jornada Notarial Argentina, concluyó en su tema I, 12: "Los adolescentes, una vez cumplidos los dieciséis años, pueden otorgar por sí mismos, directivas anticipadas en materias de salud, con carácter vinculante (art. 26 último párrafo CCyC)" y 13: "Para que las directivas anticipadas en materia de salud sean vinculantes, deben cumplir con la forma prescripta en la Ley 26.529 modificada por la Ley 26.742 y su decreto reglamentario 1089/12".

El texto del 3° párrafo del art. 11 de la Ley 26.529 (modificado por Ley 26.742) reza: "La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos".

En el notariado nacional se han sostenido dos interpretaciones:

a) En una postura, el sentido de la referencia a "ante escribano público" es el de escritura pública, en que el requirente concurre en la audiencia notarial ante el notario y esta se documenta en la escritura pública autorizada por el notario, no siendo admisible la certificación de firmas en el instrumento privado.

b) En la postura que compartimos, el texto debe entenderse en sentido sistemático. La norma exige la forma escrita, este es el principio, pero dada la importancia de su contenido agrega otros requisitos: firmarlo ante un escribano público, como sucede en los casos de certificación de firma, o ante el juez de primera instancia -a lo que deben sumarse los juzgados de paz en las jurisdicciones que tienen esta competencia-, y además la presencia de dos testigos.

La segunda postura encuentra su ratificación en el 12° párrafo del art. 11 del Decreto 1089/12, reglamentario de las leyes citadas: "Las directivas anticipadas emitidas con intervención de UN (1) escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente y de DOS (2) testigos, o en su caso de la o las personas que este autorice a representarlo en el futuro y aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá la alternativa de suscribirlo por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo".

La norma reglamentaria es más clara, tanto en cuanto a posibilidad de optar por el instrumento privado con firma certificado o la escritura pública, cumpliendo el recaudo ante escribano público; como en la exigencia de los dos testigos en todos los casos como condición de validez y eficacia del acto, sea ante autoridad judicial o notario.

Si bien quienes postulan la primera opinión aducen que el decreto no puede cambiar la exigencia legal, sí admiten sin hesitación la necesidad de dos testigos en la intervención ante notario.

Por lo dicho, más allá de la interpretación que se pudiere asumir, y el claro texto del decreto nacional, no podrá ser pasible de sanción disciplinaria el notario que certifique firmas de mayores de 16 años en estos actos.

4.3.4.4. Ejercicio de la responsabilidad parental por progenitor adolescente

Los progenitores adolescentes -es decir, entre 13 y 18 años- casados o no, tienen aptitud para el ejercicio de la responsabilidad parental de sus hijos (art. 644 CCyC), pudiendo realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

La norma confiere a quienes ejerzan la responsabilidad parental del progenitor adolescente el derecho a oponerse a decisiones del adolescente que pudieren perjudicar a su hijo e intervenir de modo activo ante la omisión del progenitor adolescente para cuidar el debido desarrollo del menor. Confiere en esta norma un primer grado de asistencia mínima, dando a los responsables parentales del progenitor facultades para oponerse o para actuar en beneficio del niño (hijo del adolescente).

Pero este mecanismo de asistencia se incrementa en el grado de intervención de al menos uno de los responsables parentales del adolescente, que actuará como apoyo prestando su asentimiento para los actos transcendentes para la vida del niño, ejemplificando el texto legal con la asistencia ante la información de su adopción, intervenciones quirúrgicas u otros que lesionen gravemente sus derechos.

Los autores de la reforma denotan su principal objetivo de dar eficacia a la capacidad progresiva de los menores de edad fundamentalmente en temas extra-

patrimoniales y de salud, pero es solo un ejemplo, no taxativo, por lo que se deberán considerar todos los actos que deba realizar el progenitor adolescente como responsable parental, siendo un primer parámetro legal la realización de los actos enunciados en el art. 645 CCyC a los que la ley considera trascendentes y por ello exige el ejercicio conjunto de la patria potestad, sin perjuicio de incluir otros en el laxo concepto de ser perjudiciales para el niño o niña, o preservar su desarrollo.

Es de especial incidencia notarial la autorización para salir del país o fijar domicilio en el extranjero al hijo menor del adolescente, donde el notario deberá acreditar la responsabilidad parental del o de los progenitores adolescentes con la respectiva partida de nacimiento del menor, pero además deberá requerir el asentimiento de este art. 644 CCyC de uno de los responsables parentales de cada progenitor adolescente.

La parte final de art. 644 CCyC aclara acabadamente que este régimen y la voluntad del progenitor adolecente debe requerirse con esta asistencia, aun cuando el otro progenitor sea plenamente capaz.

En este régimen, que podemos calificar como de apoyos, conviven la responsabilidad parental del adolescente con respecto a su hijo, con la del responsable parental de progenitor adolescente, que deviene en asistente.

Citamos la norma del art. 645 CCyC como ejemplo, dado que en la misma se establece que en estos casos especiales que celebran los responsables parentales del adolescente, también este debe prestar consentimiento para el ejercicio de su derecho.

Así como puede consentir el propio acto (en su interés) la ley le confiere la aptitud para decidir por su hijo menor con la sola asistencia de uno solo de sus responsables parentales. Debe notarse que si es progenitor de vínculo unilateral con su hijo, el adolescente tiene mayor aptitud y menos requisitos para decidir por su hijo que por sí mismo, por ejemplo para salir del país o administrar sus bienes.

El adolescente actúa como persona con capacidad restringida con respecto a su hijo, aun cuando es en principio incapaz para actuar y requiere ser representado para actos de la misma naturaleza. Pero también tiene esta restricción en su aptitud para ejercer la responsabilidad parental cuando su incapacidad de ejercicio ha cesado por emancipación por matrimonio, por la expresa excepción del art. 699, inc. d), CCyC que establece la emancipación como casual cese de la responsabilidad parental del emancipado, salvo para el caso del art. 644 CCyC.

La ley mantiene a los responsables parentales del progenitor adolescente con este deber de asistencia, sean sus progenitores, delegados o responsables afines[45].

45 Conf. ABELLA, Adriana en CLUSELLAS, Eduardo G. (coordinador). *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, T. 3, pág. 22.

4.3.5. Capacidad procesal. Poderes para estar en juicio

El art. 677 CCyC reconoce al adolescente la aptitud para estar en juicio conjuntamente con sus progenitores o de manera autónoma con asistencia letrada, en tanto que el art. 27, inc. c), Ley 26.061 admite la participación activa no solo de los adolescentes sino también de niños y niñas en los procesos judiciales que les conciernen con asistencia letrada.

Se trata de una aptitud de estar en juicio por sí en la medida que permite la ley y en las condiciones dadas por ella. En estos casos, si bien admite la asistencia letrada, no reconoce aptitud para celebrar mandato con el respectivo profesional ni conferir poder al efecto.

En cambio, el art. 683 CCyC -con su remisión al art. 33 de la Ley 26.390[46]-, expresamente admite la posibilidad de otorgar poder para estar en juicio al adolescente mayor de 16 años.

Asimismo, como el art. 680 CCyC reconoce que el adolescente, sin límite de edad, puede estar en juicio por sí cuando sea acusado criminalmente, y dado que el art. 364 CCyC exige al representado capacidad para realizar el acto objeto del poder, como tiene capacidad para estar en juicio por sí en este caso podrá conferir poder con facultades judiciales, cumpliendo las formas de la ley local.

4.4. EMANCIPACIÓN POR MATRIMONIO: EXTINCIÓN DE LA INCAPACIDAD Y LA REPRESENTACIÓN LEGAL

Los arts. 27 a 29 CCyC regulan solo la emancipación por matrimonio de la persona menor de edad como causa de cese de la incapacidad con anterioridad a los 18 años, manteniendo el criterio de la legislación precedente desde la sanción de la Ley 26.576, promulgada en el año 2009, que derogó la emancipación por habilitación de edad.

Los menores de edad emancipados por matrimonio adquieren capacidad jurídica de hecho a partir del día de celebración del matrimonio, siguiendo por analogía la norma general por la que cesa a incapacidad de los menores desde la cero horas del día en que cumplen 18 años (art. 25 CCyC) como excepción a la norma del art. 6° CCyC en el cómputo de los plazos del derecho.

---

46 Art. 33: Facultad para estar en juicio. Las personas desde los dieciséis (16) años están facultadas para estar en juicio laboral en acciones vinculadas al contrato o relación de trabajo y para hacerse representar por mandatarios mediante el instrumento otorgado en la forma que prevén las leyes locales, debiéndose cumplir en cualquier circunstancia las garantías mínimas de procedimiento en los procesos judiciales y administrativos establecidos por el artículo 27 de la Ley 26.061, que crea el sistema de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes".

La minoridad de 18 años es una causa de impedimento matrimonial relativo (art. 403, inc. f, CCyC), y el art. 404 CCyC prevé que para contraerlo deberá contar:

a) con la dispensa judicial: si es menor de 16 años o si es mayor a esa edad ante la negativa de sus representantes legales, según su edad y grado de madurez suficientes para comprender el acto y sus alcances. El adolescente puede requerir personalmente la dispensa ante la autoridad judicial en caso de discrepancia con su representantes legales.

b) con autorización de sus representantes legales: si es adolescente entre los 16 y 18 años.

Este recaudo será acreditado ante el oficial del registro civil del lugar de celebración y se constatará la capacidad de ejercicio de la persona emancipada con la sola exhibición de la partida de matrimonio, sin que sea necesaria anotación alguna en su partida de nacimiento para acreditar el cese de la incapacidad.

La posibilidad de dispensa judicial de la primera parte del art. 404 CCyC referida a menores de edad importa que no existe una edad mínima para ello y que queda sujeto a la apreciación judicial según el grado de madurez del peticionante.

Sin embargo, entendemos que deberá ser adolescente, dado que el matrimonio es un acto jurídico, y por el art. 261, inc. c), CCyC (*contrario sensu*) solo los mayores de 13 años tienen discernimiento para los actos lícitos, elemento necesario del acto jurídico (art. 259 CCyC), por lo cual entendemos que será una barrera infranqueable para el juez, salvo la declaración de inconstitucionalidad por conflicto con los convenios internacionales.

La emancipación es también causal de cese de la responsabilidad parental (art. 699, inc. d), CCyC) o representación legal del menor de edad, con la sola excepción que subsiste el régimen de responsabilidad parental asistida del art. 644 CCyC del progenitor adolescente sobre su hijo menor de edad, aun con posterioridad a su matrimonio y hasta alcanzar la mayoría de edad.

En consecuencia, si por ejemplo un progenitor adolescente que ha contraído matrimonio y en consecuencia es emancipado -sin distinción de si su cónyuge es mayor de edad o no-, para autorizar a su hijo menor de edad a salir del país debe otorgar la misma con el asentimiento de una de las personas que fueron sus responsables parentales, que mantiene tal efecto para este acto aunque haya cesado.

El emancipado tendrá capacidad jurídica solo con las limitaciones que establezca la ley, replicando en lo esencial las normas del código derogado en su reforma por la Ley 17.711.

El principio a favor de la capacidad se hace patente en la irrevocabilidad de la emancipación, aun cuando se disuelva el matrimonio o se declare su nulidad desde el día de pasar la sentencia en autoridad de cosa juzgada (art. 27 CCyC). La

emancipación subsiste aun en caso de nulidad en el caso del matrimonio putativo para el contrayente de buena fe, manteniendo la norma del art. 132 del código derogado.

El nuevo sistema ha suprimido la parte final de art. 133 del código derogado que en caso de divorcio o disolución de matrimonio la misma se adquiría solo una vez alcanzada la mayoría de edad, ante lo cual no existe tal impedimento y el adolescente recuperará aptitud nupcial, debiendo contar con la dispensa judicial o autorización de sus representantes para contraer nuevas nupcias

4.4.1. Limitaciones a la capacidad patrimonial del emancipado

El Código Civil y Comercial, con mejor técnica de redacción, mantiene la tradicional limitación a la capacidad jurídica patrimonial de estos, separando en dos artículos los actos prohibidos (art. 28 CCyC repitiendo el texto del art. 134 según Ley 17.711) y los que requieren autorización judicial (art. 29 CCyC).

En lo demás, el emancipado tiene plena capacidad para disponer de los bienes adquiridos a título oneroso y para administrar los bienes adquiridos tanto a título oneroso como gratuito.

4.4.1.1. Actos prohibidos

Actos que no podrá realizar ni siquiera con autorización judicial:

a.1) aprobar cuentas de los tutores y darles finiquito

a.2) hacer donaciones de bienes recibidos a título gratuito

a.3) afianzar obligaciones

El recurrir a la interpretación del anterior art. 134 no deja dudas de sus fundamentos. En el primer caso, en todo el sistema se busca preservar al pupilo de no tener conflictos con el tutor y, al igual que en el sistema anterior, se busca evitar que estando en situación de minoridad de edad, la emancipación se convierta en un medio de eludir por el representante legal la real aprobación de su gestión mediante un consentimiento que puede no ser libre o con suficiente discernimiento para un acto complejo como es evaluar la rendición de cuentas de la gestión de todo un patrimonio.

La prohibición de afianzar obligaciones mantiene el cuidado ante un contrato sumamente riesgoso en cuanto a sus reales alcances en sus efectos, que se pueden extender a efectos patrimoniales y de daños, por lo que -como ha sido tradicional- se reserva solo a los mayores de 18 años.

En cuanto a las donaciones, que por la norma del art. 1543 CCyC se extiende a otros contratos de transmisión de derechos a título gratuito como la cesión de derechos hereditarios, en aras a la protección de patrimonio del menor se opta por su prohibición.

4.4.1.1.1. Partición privada y renuncia a la herencia. Admisión. Supuestos

Esta norma no alcanza al contrato de partición privada, acto neutro que no cabe calificarlo de oneroso ni gratuito, en el cual en tanto se respete el principio de igualdad proporcional y cualitativa en las hijuelas, tendrá capacidad para el mismo, salvo que el emancipado no reciba bienes.

La diferencia de la partición como división de bienes de los actos a título gratuito se denota en la regulación diferenciada en materia de evicción y obligación de saneamiento, mientras en el art. 1033 CCyC lo incluye junto a los actos a título oneroso, en concordancia con el art. 2404 CCyC que impone el deber de indemnizar en parte proporcional entre los coherederos; en tanto que el art. 1035 CCyC se refiere a los actos a título gratuito.

En el contrato de partición no hay disposición. El art. 2403 mantiene el criterio que cada uno recibe del causante y no de los restantes comuneros, es decir, el emancipado no transmite a los restantes.

El emancipado es persona con capacidad jurídica y en este caso no corresponde la obligación de la modalidad judicial, porque el art. 2371 CCyC, inc. a), solo se refiere a personas incapaces o con capacidad restringida, categorías en que no está el emancipado.

El art. 3465 inc. 1 del código anterior preveía la partición judicial en caso de que hubiese menores, incluyéndolos expresamente "... aunque estuviesen emancipados", cuya derogación por la Ley 26.694 importa que la persona emancipada por matrimonio puede otorgar partición en la forma y por el acto que estime conveniente (art. 2369 CCyC)[47].

Nos referimos en este particular sobre el contrato de partición típico y no al denominado mixto, en que concurre el acuerdo de partición conjuntamente con otra causa de atribución entre vivos, por ejemplo, por compensación de otros bienes ajenos a la masa o por renuncia de derechos hereditarios a persona determinada.

En este caso el emancipado podrá ser adquirente de esta segunda causa, accesoria a la partición, pero no podrá ser el transmisor de estos bienes o derechos recibidos a título gratito, por más que sea accesorio al contrato de partición que califica el negocio partitivo.

El emancipado no puede renunciar a la herencia a título gratuito, pues ello importa la disposición de bienes recibidos a título gratuito. Sí podría renunciar a título oneroso con autorización judicial, para lo cual el juez podría autorizar la partición, por ejemplo en caso de que la renuncia sea en compensación o pago debidos a otros coherederos, porque esta causa accesoria al acuerdo partitivo no

47 Conf. Costanzo, Mariano y Posteraro Sánchez, Leandro, en Clusellas, Eduardo G. (coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado*, Ed. Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015, T. VIII, pág. 116.

será gratuita sino onerosa, supuesto comprendido por el art. 29 CCyC que exige la previa autorización del juez.

4.4.1.2. Actos que requieren autorización judicial

Disponer a título oneroso de bienes recibidos a título gratuito. El nuevo régimen impone un régimen de asistencia similar al del art. 135 según Ley 17.711, pero con la novedad que es más estricto, en tanto deroga la posibilidad de ser celebrado con el acuerdo de cónyuge mayor de edad y expresamente indica al juez que deberá autorizarlo "cuando sea de toda necesidad o ventaja evidente".

El texto dirigido al juez exige una especial calificación, denota la excepcionalidad del acto; no solo acompaña a su voluntad, sino que además tiene el límite en requerir necesidad para el menor o ventaja evidente.

No es suficiente el deseo de este y que no le cause perjuicio en sus bienes o persona, sino que además requiere la acreditación de tener que realizarlo o ser muy ventajoso.

A la hora de otorgar el acto de disposición de bienes o derechos, el notario en caso de autorizar el acto estará estrictamente a la autorización del Juez, quien será el único competente para esta valoración del acto y por ello la ley exigió su asistencia a la voluntad de emancipado para el caso.

4.5. INCAPACIDAD DE PERSONAS CONDENADAS A PRISIÓN O RECLUSION Y CAPACIDAD DE LA PERSONA PROCESADA

Ante la reforma de la legislación civil se mantiene el art. 12 del Código Penal, que no ha sido derogado y ni modificado, conforme al art. 2° CCyC que impone la interpretación finalista e integradora con todo el orden jurídico.

La condena privativa de la libertad de la persona humana de prisión o reclusión mayor a tres años "... importa además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces" (art. 12, *in fine*, Código Penal), donde se debe leer responsabilidad parental en lugar de patria potestad.

Se lo calificaba en el sistema anterior como un supuesto de incapacidad de hecho relativa, es decir, limitada a ciertos actos[48], con su tradicional estructura de referirse a actos patrimoniales y de familia, y establecer la representación legal como repuesta a la imposibilidad de obrar.

48 López de Zavalía, Fernando J. *Teoría de los contratos. Parte general*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1971.

La norma propende a la protección de la persona humana y no una sanción accesoria -como es la inhabilitación absoluta que puede extenderse hasta 3 años adicionales a la pena privativa de libertad (art. 12, primera parte, Código Penal)- y se funda la restricción de la capacidad tanto en razón de que la privación de libertad que hace imposible el ejercicio de sus derechos en condiciones de igualdad con el resto -o en el caso de la responsabilidad parental directamente impide el debido cumplimiento de su deberes-, y para evitar que tal situación sea aprovechada por terceros que ejercen poderes coercitivos sobre su persona, como en el anterior ordenamiento también se lo preveía para los religiosos profesos con su voto de obediencia.

La derogación de la incapacidad para los religiosos prioriza en el nuevo ordenamiento su limitación comunicacional en su aspecto referido al acceso a toda la información necesaria para formar su sano juicio como en la posibilidad de su expresión libre. En este punto encontramos la coincidencia del parámetro objetivo para apreciar el discernimiento para el acto como también lo vemos en las normas supranacionales de protección de las personas discapacitadas por razones físicas o mentales.

La ley penal, en armonía sistemática con el paradigma decimonónico del código velezano, se refería a la privación de la responsabilidad parental y las relaciones patrimoniales, que como vimos era la estructura sobre la que se hacía efectiva la incapacidad de hecho.

De la interpretación literal de la norma quedaría el condenado solo impedido de la aptitud de ejercer derechos sobre su patrimonio y de la responsabilidad parental, no los extrapatrimoniales; y no establece un sistema de apoyos, sino que impone claramente el sistema de representación legal en que el curador sustituye la voluntad del representado y en el caso de disposición requerirá autorización judicial.

La restricción para disponer de sus bienes debe armonizarse con el nuevo art. 17 CCyC que regula los derechos sobre el propio cuerpo humano o sus partes anatómicas, que no tienen valor comercial, pero de los cuales la persona puede disponer con fines afectivos, terapéuticos, científicos, humanitarios o sociales, según lo dispongan las leyes.

La regulación de su disposición en el mismo capítulo que los bienes y cosas tradicionales que integran el patrimonio, y siendo la principal razón de la prohibición del art. 12 del Código Penal impedir cualquier intromisión, presión o captación de voluntad de quien se encuentra privado legítimamente de su libertad, llevan a tener por incluidos estos derechos en la restricción en análisis en la interpretación finalista y sistemática, pero que en modo alguno podrá el curador suplir la voluntad del representado.

En cuanto la norma penal, no prevé la capacidad progresiva ni un sistema de apoyos que tienda a permitir la expresión de su voluntad y la asistencia en la toma de decisiones, su causa es una categoría legal rígida, y no la apreciación y modelación por el juez. Sus efectos son asimilables a la incapacidad de ejercicio del art. 24 CCyC y no a la capacidad restringida, por lo cual optamos por mantenerlos en esta clasificación.

La apreciación por el notario del requirente privado de libertad no genera dudas en los casos en que actúa su curador, pero sí se presentan en el ejercicio profesional, en cuanto a las personas privadas de libertad, procesados con prisión preventiva pero sin condena, los que no están comprendidos en la restricción analizada.

El art. 31 CCyC establece la presunción de capacidad de ejercicio de la persona humana, y en caso de estar en la situación procesal de procesado con privación de libertad podrá otorgar el acto, para lo cual se analizará tal situación procesal, mediante la certificación o testimonio expedido por oficial público competente, o incluso la vista del expediente en sede penal.

El art. 301 CCyC establece que el notario hace la calificación de los presupuestos y elementos del acto, por lo cual no es obligatorio agregar tal documento o dejar constancia de su acreditación como en el caso de vista del expediente. En los casos de ser el requirente una persona privada de libertad, se lo considera capaz. Se presume por la actuación notarial que su situación no era de condenado por más de tres años de prisión o reclusión; y no siendo un vicio ostensible, requerirá la resolución judicial de la nulidad por falta de capacidad, con los efectos propios de los actos nulos y en particular el art. 392 CCyC en cuanto a la inoponibilidad al tercer subadquirente de derechos reales de bienes registrables a título oneroso y de buena fe.

La calificación de los presupuestos del acto tanto se cumple con la labor del notario que compulsa el expediente y con ello el estado de procesado, como por un certificado del juzgado respectivo que dé cuenta del estado procesal del otorgante; y si bien no es obligatorio, es de buena técnica su solicitud y agregación a la escritura pública.

Pese a no ser obligatorio para la celebración o realización del acto jurídico, el documento notarial debe ser claro y autosuficiente, por lo cual el notario no debe inducir a confusiones o vaguedades. El correcto desempeño ético del notario que debe actuar del modo que no se sospeche o queden dudas de su actuación profesional, le impone el dejar constancia de su constatación por su propia vista, o agregar copia auténtica de los instrumentos de que se valió para su aceptación del requerimiento y admisión del elemento subjetivo del acto notarial.

5. PERSONAS CON CAPACIDAD RESTRINGIDA. REVISIÓN, PROGRESIVIDAD Y SISTEMA DE APOYOS

Una de las mayores innovaciones de la reforma del Código Civil y Comercial consiste en el reconocimiento de la capacidad de las personas con cierto grado de discapacidad, que la sentencia limita o restringe la aptitud de ejercicio personal solo para determinados actos, previendo por un lado un sistema de aptitud de progresiva hasta la mayor cantidad de actos a ejecutar personalmente, y por otro estableciendo un sistema de medidas de apoyo para asistir a la persona en el ejercicio de sus derechos.

Si bien el art. 32 CCyC determina que las personas quedan comprendidas en la categoría de capacidad restringida, la misma es residual en tanto que incluye a todos aquellos que no sea considerados incapaces por ley (personas por nacer, niños y niñas) o declarados por sentencia, ni a los pródigos (inhabilitados).

Todos los demás están en esta categoría siempre que:

a) Sea persona capaz mayor de 13 años. La norma se armoniza con el art. 26 CCyC y concordantes de capacidad progresiva de los adolescentes, que incluso son capaces para determinados actos (por ejemplo a partir de los 16 años para las decisiones del cuidado de su cuerpo), lo que justifica la declaración de restricción de capacidad con respecto a ellos.

b) Padecer de adicción o alteración mental

b.1) permanente o prolongada

b.2) gravedad suficiente

c) Del ejercicio personal pueda resulta daño a su persona o bienes

Reunidas esta condiciones, el juez podrá dictar la restricción de su capacidad, que deberá tender a ser temporal y deberá ser revisada por el juez cada tres años, sin perjuicio de que el propio interesado pida tal revisión en cualquier momento (art. 40 CCyC).

El derogado art. 152 ter del código derogado (según Ley 26.657), ordenaba a diferencia del actual texto que las decisiones judiciales de inhabilitación o incapacidad no podía extenderse más de tres años, lo que había generado dudas interpretativas sobre la caducidad o vigencia de la misma no revisada y/o confirmada por el juez. La jurisprudencia se pronunciaba por el mantenimiento hasta la decisión del juez de su modificación o extinción.

El nuevo texto recepta tal doctrina, y establece el deber del juez de su revisión en el plazo de tres años, pero no su limitación a él. Es el juez quien decide si establece un plazo o no, pero siempre tendiendo a su temporalidad y revisión permanente.

El art. 40 CCyC despeja toda duda en la actuación del notario ante una persona con capacidad restringida (o inhabilitado) cuya sentencia tenga más de tres años y que no haya sido revisada, caso en que tendrá que considerarlo en esta categoría hasta tanto exista la resolución judicial de su extinción.

La aplicación inmediata de la ley nueva a las cuestiones de capacidad basada en la norma del primer párrafo del art. 7° CCyC, determina que este criterio también rige para las sentencias dictadas durante la vigencia del derogado art. 152 ter, tal como concluyó la 32 Jornada Notarial Argentina (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, agosto de 2016) en su conclusión 4: "Las restricciones a la capacidad subsisten aún cuando la sentencia no haya sido revisada transcurrido el plazo de tres años establecido en el artículo 40 del CCyC. Igual solución cabe concluir para los supuestos del artículo 152 ter del Código Civil derogado, por aplicación del artículo 7°, primer párrafo, del CCyC".

La sentencia deberá designar el sistema de medidas de apoyo y, en su caso, una o más personas que lo asistan tanto en la comunicación como en la toma de decisiones, siempre promoviendo la mayor autonomía de la persona en orden a sus deseos y valores[49].

Se busca siempre un sistema de toma de decisiones donde intervenga y participe el interesado, evitando en lo posible la actuación de un representante, que lo sustituye en la celebración del acto, el que solo queda para casos excepcionales a criterio de la autoridad judicial.

Así, en uno de los primeros fallos en la materia, la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, aplicando la nueva legislación, señaló que la persona que presenta un trastorno mental moderado, pero que se advierte que tiene cierta autonomía en cuanto a su desempeño en la vida en sociedad "... con fundamento en la aplicación armónica de los arts. 31, 32, 37, 38, 43, 102, 138, 139 CCyC y el art. 12 y cc. de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378/08), considero que se debe restringir el ejercicio de la capacidad jurídica de la Sra. Q. G. M., únicamente para los siguientes actos: a) actos de administración y disposición del patrimonio; b) actos relacionados al ejercicio del derecho salud; c) realización de gestiones administrativas; y d) para intervenir por sí misma en procesos judiciales y/o administrativos en los que sea parte ... De conformidad con lo dispuesto por los arts. 32, 38, 43 y 101 inc. c. del Código Civil y Comercial, corresponde designar al Sr. Q. F. en carácter de apoyo de la Sra. Q. G. M. y otorgar al mismo facultades de representación para los siguientes actos: a) actos de disposición del patrimonio con cargo de rendición de cuentas semestral (art. 649 CPCC), b) invención en los procesos judiciales y/o administrativos en los que sea parte la Sra. G. M. Q."[50].

49 MUÑOZ, Carlos, op. cit., pág. 155: "... estos apoyos pueden ser designados con el fin de facilitar la actuación en todas las dimensiones de la vida civil, tanto en el ámbito patrimonial como extrapatrimonial y sin importar si se trata de una personas declarada incapaz o con capacidad restringida".

50 Cám. Civ. y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 03/11/2015 autos: "Q., G. M. s/insania-curatela", en www.scba.gov.ar.

La resolución judicial impone la restricción a la capacidad jurídica solo para ciertos actos, reconociendo la capacidad de ejercicio para todos los demás; pero, además, entre ellos gradúa a éstos. Prevé que para el ejercicio de actos de administración de bienes, los derechos de salud y en gestiones administrativas la persona designada actuará como apoyo, es decir que deberán actuar conjuntamente ambos y colaborar en los deseos de la asistida (por ejemplo si celebra un contrato de locación, lo suscribe la persona con capacidad restringida junto con su apoyo). Pero en un último escalón más estricto, para los actos de disposición de bienes o intervención en proceso judicial o administrativo, la persona designada no actuará como apoyo sino como representante, sustituyendo la expresión de voluntad de la persona (por ejemplo para la venta de un inmueble o el otorgamiento de poder para estar en juicio no comparecerá la representada, sino solo el representante, con autorización judicial en su caso).

La decisión de otorgar representación legal es el extremo y se busca en la norma del art. 32 CCyC que se trate de apoyos que tienen por función -conforme el art. 43 CCyC- "... promover la autonomía de voluntad y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de la voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos"; aun en casos extremos de falta de comunicación con su entorno a través de los denominados apoyos intensos.

En este sentido la Cámara en lo Civil de la Capital Federal, sala B, autos "L., T. E. s/determinación de capacidad"[51], el 18/11/2015, resolvió la asignación de un sistema de apoyos para decidir actos relativos a su salud y derechos personalísimos y para el cobro y administración del beneficio previsional de la persona; pero para la administración y disposición de los bienes heredados designó un representante legal.

Por su parte la Sala H de la misma Cámara, el 23/3/2016 resolvió: "Restringir la capacidad del Sr. E. M. C. respecto de los actos de disposición de bienes dejando constancia que para el ejercicio de los mismos requerirá el apoyo intenso de su hermano N. H. M. a efectos de asegurar la toma de decisiones en tiempo y forma. Sin perjuicio de ello, arbitrando todos los medios adecuados se deberá previamente lograr la comprensión del interesado para conocer su opinión, voluntad, deseos, siempre que ello no genere un perjuicio en la integralidad de su patrimonio"[52]. Para así graduar los apoyos se designa: 1) a sus hermanos S. M. M., R. A. M. y N. H. M. para actos de administración de grandes sumas de dinero; 2) a los profesionales tratantes y/o sus hermanos para que cumpla las indicaciones terapéuticas, prestar consentimiento infor-

51 Eldial.com, AA9415.

52 CNCiv., Sala H, autos: "M. C. E. s/Determinación de la capacidad" del 23/03/2016, www.mpd.jusentrerios.gov.ar (2016/04/21/ restriccion-a-la-capacidad).

mado y mantener normas de higiene. Y por último, prevé que no debe sustituirse la voluntad del referido y ante cualquier situación de desacuerdo se debe resolver ante la presente causa judicial.

En el último ejemplo jurisprudencial la actuación del asistido será siempre necesaria junto con su asistente, previendo que de no contarse con ella resolverá con autorización judicial.

Más allá del caso particular traído como ejemplo, explican Kemelmajer de Carlucci, Fernández y Herrera con respecto al apoyo intenso: "Se toma en consideración que existen situaciones tales como discapacidades intelectuales severas, estado de coma permanente, estados Mal de Alzheimer muy avanzados, estado vegetativo, en los cuales no es posible mediante apoyos intensísimos obtener la voluntad de la persona. No obstante, por encontrarnos dentro del modelo de apoyos se requiere necesariamente que el representante demuestre la 'diligencia debida' para facilitar la toma de razón de decisiones de conformidad con la intenciones y deseos de la persona, y si dichas intenciones y deseos no pueden ser discernidos, el representante decide considerando no su criterio sino aquel que hubiera sido el criterio de la persona, su voluntad presunta"[53].

Excepcionalmente, el apoyo intenso puede tener facultades equivalentes a las de representación[54], pero deberá actuar de conformidad a la voluntad presunta de la persona cuya capacidad fue restringida.

Por nuestra parte, entendemos que ante la falta de comparecencia o voluntad del asistido con apoyo intenso para un acto de disposición o gravamen de derechos reales sobre inmuebles, requiere autorización judicial, al igual que en el caso de representación legal.

El apoyo intenso no puede tener menos requisitos o controles que el representante legal que directamente actúa en su sustitución. Por ello, para la intervención del notario en estos actos, si el asistido carece de discernimiento, intención y libertad para el acto, se deberá requerir la autorización al juez, en cuyo proceso tendrá la entrevista personal con el asistido y ya no el notario, donde tal comparecencia se cumple con la autorización judicial.

En los demás casos de menor entidad patrimonial o incluso en los extrapatrimoniales, derechos de salud, etc., el apoyo intenso sí actuará en base a la voluntad presunta, incluso otorgar poderes ante notario para actos que pueda realizar, como estar en juicio.

53 Op. cit,, pág. 9.

54 39 Jornada Notarial Bonaerense (2015), tema 5: "El o los apoyos designados por el juez en la sentencia que restringe la capacidad jurídica, tienen solo función de asistencia a la persona en la toma de decisiones por sí misma. Solo por excepción, tiene facultades de representación, en casos determinados conforme a la evaluación judicial y respecto de actos concretos".

Los dos fallos judiciales traídos como ejemplo también tienen en común un concepto no escrito, pero que se desarrolla en doctrina, y es que la representación legal tiene un mayor campo de aplicación en lo patrimonial, en particular la enajenación o gravamen de bienes de la persona con capacidad restringida, que son los de mayor habitualidad en los requerimientos notariales. En cambio, los apoyos o asistencia encuentran su campo más fértil en los actos patrimoniales de administración ordinaria, derecho a la salud y extapatrimoniales.

El mismo concepto lo hemos visto en el art. 26 CCyC en cuanto a los menores como ejemplificación legal de la capacidad progresiva, y la regla que mantiene los requisitos formales del código anterior al momento de la disposición de sus bienes (arts. 689 y 692 CCyC).

6. INHABILITADOS: PRÓDIGOS

Los arts. 48 a 50 del Código Civil y Comercial mantienen el régimen de las personas inhabilitadas que había incorporado la Ley 17.711 en el art. 152 bis del código derogado, sobre el mismo principio de ser una persona capaz, con capacidad restringida para los actos de disposición patrimonial y los demás que determine el juez en la sentencia.

El nuevo sistema ha reservado esta categoría solo a los pródigos, excluyendo a quienes padecen de adicciones, como los toxicómanos y ebrios consuetudinarios, incluyendo a estos en la previsión de la capacidad restringida del art. 32 CCyC , en mira a la protección de su persona y de sus bienes, sin importar si ello incide o no en el sustento de su familia.

En consecuencia, se podrá declarar la restricción de la capacidad de quienes padecen estas adicciones, aún soltera y sin hijos, con un sistema de apoyos con carácter integral y en la medida de su comprensión.

6.1. PROTECCIÓN DEL INTERÉS FAMILIAR

El art. 48 CCyC reserva esta categoría solo para el supuesto de los pródigos y la restricción a su capacidad se funda en el parámetro de la persona que dilapida su patrimonio y que con ello expone a su familia a la pérdida de su sustento.

La finalidad del instituto es la protección del patrimonio familiar[55] y a diferencia del régimen derogado no solo se protege el interés de la familia matrimonial, sino también a la constituida por la unión convivencial, inscripta o no.

55 RIVERA, Julio C. y Crovi, Luis D. Op. cit., pág. 311.

La norma incluye entre los posibles perjudicados a "... su cónyuge, conviviente o hijos menores de edad o con discapacidad por la pérdida del patrimonio". Este concepto amplio de familia se impone por los deberes de colaboración, asistencia y contribución en los gastos de los arts. 455, 519 y 520 CCyC y su parangón en la responsabilidad solidaria en las deudas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y educación de los hijos (arts. 461 y 521 CCyC).

La claridad del art. 455 CCyC y la remisión a él que se hace en el art. 520 CCyC, extiende este deber de contribución no solo a los hijos del pródigo, sino también "... a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que conviven con ellos". Se reconoce la protección de la familia ensamblada y con ello los derechos a los hijos del cónyuge o conviviente del pródigo en los límites del art. 455 CCyC.

La norma no se otorga en protección del derecho a los gananciales, su preservación o cuidado a la partición eventual y futura, sino en el deber actual de contribución a los gastos de la familia, como lo demuestra su regulación en las normas comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio: comunidad y separación.

Este fundamento del instituto explica el acierto del legislador de excluir a quienes padecen adicción y su protección personal (y no de su familia).

La norma excluye a los ascendientes y otros descendientes (por ejemplo nietos), lo cual parece inapropiado en cuanto a que ellos debieron ser contemplados cuando integran el núcleo único socio-familiar conviviente, como reconoce el art. 7º del Decreto 415/2006 (reglamentario de la Ley 26.061). Pero la ley se ha limitado a concederles a los ascendientes la legitimación para peticionar la inhabilitación pero no en interés propio, sino de una de las personas enumeradas en la ley.

El fundamento es el interés familiar y, si bien se ha señalado que la prodigalidad importa una personalidad alterada o disminuida, ello es relevante en el plano de la psicología o psiquiatría pero no en el jurídico, en que se independiza de la apreciación de la capacidad médica de la persona y solo se juzga por el riesgo o exposición a la disminución del patrimonio en perjuicio de la familiar[56].

Por ello, la norma no admite la posibilidad de inhabilitación al pródigo sin familia con la que tenga deberes de contribución.

A diferencia del derogado art. 152 bis, no se requieren actos previos y acreditados de disminución o deterioro patrimonial, sino que el juez podrá apreciar el desorden de la conducta en los actos que pongan en peligro los bienes y sustento familiar y declara la inhabilidad.

56 Conf. RIVERA, Julio C. y Crovi, Luis D. Op. cit., pág. 311.

La norma asimismo ha optado por incluir la expresa aclaración de quienes son los hijos con discapacidad a quienes se protege[57], dejando constancia -como en el art. 2448 CCyC- que no es un criterio de discapacidad forense, ni se requiere declaración judicial ni administrativa al respecto, sino que abarca a todos aquellos que padecen de una alteración permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Se trata de un concepto de discapacidad más amplio que el médico, atiende a un concepto social, en cuanto limitativo de su adecuada integración, diferenciándose del criterio para determinar el deber de contribución económica a la familia.

Asimismo, desde este último concepto, se incluye a las personas con derecho a reclamarle alimentos, como los debidos a los hijos hasta los 21 años (arts. 658 y 662 CCyC) excepto que cuente con recursos suficientes para su sustento, y hasta los 25 años si prosigue estudios o formación profesional de un arte u oficio que le impida proveerse de sus propios recursos (art. 663 CCyC).

6.2. EFECTOS

La sentencia que declara la inhabilidad impone la restricción de la capacidad patrimonial del pródigo en los actos de disposición (art. 49 CCyC) y los demás actos que el juez determine en la sentencia.

Mantiene el principio del régimen derogado. La restricción puede ampliarse excepcionalmente a ciertos actos de administración extraordinaria que, pese a obtener frutos o lo que el bien pueda producir, importen una limitación desproporcionada con el beneficio percibido en cuanto a su potencial aprovechamiento económico.

El juez podrá enumerar qué otros actos además de los de disposición patrimonial se incluyen, y que requerirán apoyos para su toma de decisión, como actos de administración, prohibición de asistir a lugar de riesgo por su conducta (por ejemplo bingos, casinos, etc.).

La restricción de capacidad de este instituto no importa la designación de representantes, sino que se impone un sistema de apoyos, medidas judiciales o extrajudiciales y en particular de una persona, que lo asisten en la toma de decisión. Por lo cual se suprime la referencia a la designación de curador, dado que el apoyo no sustituye la voluntad del inhabilitado, sino que lo acompaña en la toma de decisión y su expresión.

El inhabilitado como persona capaz comparece y celebra por sí el acto de disposición conjuntamente con el apoyo que lo asiste y comparece en el marco de su actuación de conformidad y en los límites de la designación judicial.

57 Conf. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia, en CLUSELLAS, Eduardo G. (coordinador), op. cit., T I, pág. 178.

La falta de la expresión de voluntad del apoyo legitimará a los interesados a peticionar la declaración de nulidad del acto jurídico, que es de carácter relativo, y por ende, confirmable. No se trata de un caso de falta de representación legal, que requeriría la ratificación del acto, sino de la omisión de un elemento para perfeccionar el consentimiento dado por la persona de capacidad restringida, por lo cual podrá prestarse en un acto jurídico complementario, perfeccionando la expresión del consentimiento del inhabilitado y en consecuencia del acto jurídico.

7. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCAPACIDAD, DE CAPACIDAD RESTRINGIDA E INHABILITACIÓN

Los actos celebrados con una persona declarada incapaz o con capacidad restringida para ese acto -incluyendo en estos también a los inhabilitados-, serán declarados nulos según el principio del art. 44 CCyC, distinguiéndose los recaudos para la procedencia de la acción según el acto sea celebrado antes o después de la inscripción de la sentencia de incapacidad, restricción de capacidad o inhabilidad al margen de su partida de nacimiento en el Registro de Estado Civil y de Capacidad de las Personas, lo cual hace oponible o presume su conocimiento por otras personas ajenas al proceso judicial.

En el nuevo sistema se afianza en la norma la previa opinión de Llambías, de que se trata de un supuesto de nulidad relativa, en protección o beneficio de la persona declarada incapaz o a la que se le restringe la capacidad, o de las personas en cuyo beneficio se establece, en el caso de los familiares matrimoniales o convivientes de los pródigos, conforme la clara definición del art. 388 CCyC[58].

Solo estos beneficiarios o el representante de la persona declarada incapaz o de capacidad restringida -o pródigo declarado, en su caso-, pueden pedir la declaración de nulidad del acto jurídico celebrado por éste. Como tal, pueden renunciar a la acción o confirmar el acto conforme la parte final del art. 388 CCyC.

Excepcionalmente podrá pedir la nulidad la contraparte de buena fe (que desconocía situación personal) si el incapaz, pródigo o persona con capacidad restringida actuó de mala fe y ello provocó un perjuicio importante (no perjuicio menor o insignificante).

Los arts. 44 y 45 CCyC distinguen los actos celebrados con anterioridad o posterioridad a la inscripción de la sentencia en la partida de nacimiento de la persona por los efectos frente a otras personas.

58 Conf. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia, en Clusellas, Eduardo G. (coordinador), op. cit., T. I, pág. 167/8; Rivera, Julio C. y Crovi, Luis D. Op. cit., pág. 303.

7.1. ACTOS ANTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA DE INCAPACIDAD, RESTRICCIÓN DE CAPACIDAD O INHABILITACIÓN

El juez podrá declarar la nulidad de los actos celebrados por la persona que no había sido declarada en estos institutos, siempre que:

a) Exista perjuicio para la persona en beneficio de quien se confiere la acción de nulidad.

Es decir, no hay nulidad si no hay perjuicio, por lo cual si se prueba que el acto fue beneficioso para el actor se debe desestimar su pretensión sin importar si estaba o no en la situación de incapacidad o restricción de capacidad. Es la misma regla de la parte final del art. 692 CCyC que exige para la procedencia de la nulidad del acto otorgado por el menor, la existencia de perjuicio para éste.

b) Además debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

b.1) Que la enfermedad mental resulte del acto mismo.

A diferencia del art. 32 CCyC, que disocia la restricción del concepto de enfermedad mental, aquí se vuelve a tal recaudo, dando la idea de un concepto más estricto de apreciación la sola evidencia de falta de discernimiento.

b.2) Que el cocontratante sea de mala fe, en el sentido de buena fe creencia: sabía de la incapacidad o limitación de la persona para una adecuada interacción con su entorno.

b.3) Que el acto sea a título gratuito.

Debe concurrir el perjuicio a la persona que se protege con uno solo de estos tres requisitos, por lo cual probado uno podrá proceder la acción, y una vez sustanciada la declaración de nulidad relativa del acto.

7.2. ACTOS POSTERIORES A LA INSCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA. FALTA DE OPERATIVIDAD DE LA INSCRIPCIÓN DEL ART. 39 CCYC

El art. 44 CCyC determina la nulidad relativa de los actos posteriores a la inscripción de la sentencia de incapacidad o restricción de capacidad al margen de la partida de matrimonio, conforme lo manda el art. 39 CCyC.

A diferencia de lo regulado en materia de caducidad de disposiciones testamentarias, no se prevé la posibilidad de admitir la validez del acto otorgado por persona declarada judicialmente incapaz, en un intervalo lúcido (art. 2467, inc. d), CCyC), lo que conlleva a la problemática del conocimiento de la restricción impuesta por resolución judicial, ya que puede no ser evidente en su interrelación social, tanto para la otra parte, como para el notario autorizante, el letrado patrocinante o el funcionario judicial al momento de tomar una audiencia, entre otros actos y sujetos que pudieren tener relación conductiva con una persona capaz por principio.

La reforma legislativa ha optado por un sistema de publicidad registral para su oponibilidad a través de la registración de la sentencia de restricción de capacidad (lo mismo sucede con la de incapacidad o inhabilidad) al margen de la partida de nacimiento (art. 39 CCyC), la cual es insuficiente y no es operativa, ya que en general permitiría su conocimiento solo después de celebrado el acto contractual pero imposible antes del mismo, y no hace una adecuada distinción de los bienes registrables de los no registrables.

Aún cuando la sentencia esté anotada en la partida de nacimiento, la persona con capacidad restringida o incapaz pierde la legitimación si obró con dolo consistente en ocultar la incapacidad o restricción (art. 388 *in fine* CCyC).

Claramente explican Rivera y Crovi al respecto: "Téngase en cuenta que esto puede suceder justamente por lo que decíamos antes, esto es, que la sentencia se inscribe en el Registro Civil (art. 39) pero no adquiere emplazamiento en los registros de bienes (inmuebles o del automotor, por ejemplo), con lo cual puede pasar desconocida para la contraparte que contrata con el sujeto cuya capacidad está limitada"[59].

La primera dificultad del sistema previsto es la armonización del art. 39 CCyC que ordena al registro civil inscribir la incapacidad o restricción de capacidad al margen de la partida de nacimiento de la persona humana, con la norma de los arts. 88 y 89 de la actual Ley 26.413 que organiza este Registro, que ordenan su inscripción en un libro especial y a tal objeto. Ello conlleva a un doble asiento por imperativos legales con la dificultad para la expedición de certificaciones al efecto o la posible fuga registral por la doble imposición.

Se ha señalado acertadamente la inoperatividad de la norma por una cuestión fáctica que es la diversidad y multiplicidad de registros civiles en todo el país, sin conexión entre ellos; y la imposibilidad de un mecanismo registral moderno que permite expedir certificación en tiempo y forma fehaciente para el tráfico negocial, con una reserva temporal para otorgar el acto armónicamente con los bienes registrables.

Explican Llorens y Rajmil[60]; "... es conocido que los registros de estado civil y capacidad de las personas de nuestro país carecen de la infraestructura necesaria para despachar la cantidad de certificados necesarios como lo requiere el tráfico inmobiliario, al que habría que adicionar, al menos, el que se inscribe en los restantes registros de nuestro país". Así explican el modo de anotación por transcripción del art. 6° de la Ley 26.413, sistema que deberá modificarse al efecto, y agregando que no solo se debería requerir por la persona del disponente, sino del adquirente y demás intervinientes como los asintientes, entre otros.

Esta modalidad de registro por transcripción de la sentencia hace públicos datos sensibles del paciente, y bajo la protección de la normativa de *habeas data*, que

59 RIVERA, Julio C. y Crovi, Daniel L. Op. cit., pág. 303.

60 Op. cit., T. I, pág. 151.

como ha sostenido Peyrano, "La anotación marginal de las sentencias que declaren la incapacidad o restrinjan la capacidad ejercicio, exigida por el art. 39 del CCyC, se contrapone con las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y previsiones de las leyes 25.326, 26.529, resultando además inconstitucional. Es incompatible con las normativas que puedan ser dadas a conocer mediante la registración en archivos de acceso público de esas sentencias, las informaciones que constituyen el fundamento a las restricciones a la capacidad de ejercicio impuestas. La norma además cumple un objeto de alcances limitados, y consagra una instrumentación anacrónica. Se impone una revisión legislativa y prescindirse entretanto de su aplicación"[61].

El deber de anoticiar o poner en conocimiento no se puede cargar en la sociedad como presunción de incapacidad o restricción que obligue a cada persona a solicitar un certificado de inexistencia de registro de sentencias en las partidas de nacimiento del otro, dado que la carga está en el propio incapaz o persona con restricción, sus representantes y autoridades estatales. El principio es el inverso: la presunción de capacidad (art. 31, inc. a) CCyC), aún cuando la persona humana estuviere internada.

El art. 34 CCyC impone al deber a los jueces de ordenar medidas cautelares necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona durante el proceso, que debe compatibilizarse con las normas procesales locales que establecen la orden de inhibición general de bienes, como el art. 623 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires; el art. 629 del Código Procesal en lo Civil de la Nación; el art. 683 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe; y el art. 835 del Código Procesal Civil de la Provincia de Córdoba.

En consecuencia, la mejor solución es la vertida en los argumentos de la Acordada N° 12009 del 3 de febrero de 2016 de la Corte Suprema de Justicia de Salta, al disponer la publicidad de estas sentencias no solo en el Registro Civil sino también en los registros inmobiliario y automotor y demás organismos que amerite el caso concreto, al decir: "Que tal situación refleja la insuficiencia del actual sistema como instrumento de publicidad adecuada por lo que, en aras de una mayor protección no sólo de las personas con capacidad restringida sino de los terceros, como asimismo para reforzar la seguridad jurídica en el tráfico de bienes e impedir así actos indebidos de disposición, corresponde que los señores jueces del Fuero de Personas y Familia, al momento de dictar sentencia en los

61 PEYRANO, Guillermo F. "Inscripción de las sentencias que declaran la incapacidad de ejercicio o que restringen dicha capacidad. Un recaudo anacrónico y violatorio de derechos constitucionalmente amparados", ponencia Comisión I, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015 (www.jndcbahiablanca2015.com).

términos de los artículos 37 y 38 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispongan su inscripción, además de la que corresponde en el Registro Civil (art. 39, cit.), también en la Dirección General de Inmuebles de la Provincia, en el Registro Nacional de la Propiedad Automotor y en los organismos que el caso concreto así lo amerite"[62].

Esta publicidad aparece hoy en día más efectiva, ante la exigencia de otras normas que imponen la solicitud del certificado o informe de inhibiciones por la persona contratante como en los casos de la Ley 17.801 para inmuebles, sobre registro automotor, o registros de personas jurídicas, entre otros. En tanto que el Código Civil y Comercial no prevé la exigencia de su certificación o constancia para celebrar el acto, omisión que lo lleva a una constancia *ex post facto*.

La mayor dificultad reside en el modo de anoticiar de los registros civiles, dispersos a lo largo y ancho del país, que obligaría a la imposible condición de exhibir la persona humana su partida de nacimiento actualizada, es decir expedida al momento del acto a celebrar para acreditar su no inscripción de sentencia de incapacidad o restricción de capacidad, o inversamente, una suerte de certificación registral por parte del estado que demuestre su plena capacidad de ejercicio.

Una certificación así solo se podría cumplir con un registro inmediato, o con reserva de prioridad, como en el caso inmobiliario, y de alcance nacional, como desde antaño se ha solicitado para las inhibiciones, y aún hoy no se ha logrado, y que podría reunir ambas registraciones: incapacidades, su restricción e inhibiciones.

Estigarribia Bieber y Piris explican que "El sistema de incapacidad de hecho -hoy de ejercicio-, así como el novedoso sistema de capacidad restringida, han sido creados en beneficio del incapaz; pero ello no puede hacernos perder de vista la existencia de terceros contratantes de buena fe, que pueden verse afectados injustamente si solo miramos la situación del sujeto incapaz o restringido de capacidad"[63].

Estas consideraciones, entre otras que requieren un tratamiento especial en esa materia, han llevado a concluir que la norma del art. 39 CCyC no es operativa, por lo que no se puede exigir a las partes presentarse munidos de sus partidas o certificados de nacimiento actualizados al momento mismo del acto para acreditar el pleno ejercicio de sus derechos.

---

62 La 32 Jornada Notarial Argentina, en el T. I, conclusión 3, sostuvo que sin perjuicio de la inscripción prevista en el artículo 39 del CCyC, a los fines de la buena fe para la adecuada protección en la circulación de los bienes registrables, los apoyos, jueces, Ministerio Público y el propio interesado, deben procurar la inscripción de la sentencia de restricción de capacidad, incapacidad e inhabilitación en los registros de bienes en particular.

63 ESTIGARRIBIA BIEBER, María Laura y PIRIS, Cristian. "La protección de los terceros frente al nuevo régimen de capacidad de la persona humana", ponencia en Comisión I, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, 2015 (www.jndcbahiablanca2015.com).

En este sentido han concluido las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, año 2015, Comisión I, conclusión 29, "Es necesario estructurar un sistema de registros públicos que integren una red interconectada a nivel nacional donde consten las incapacidades o restricciones a la capacidad de ejercicio a fin de brindar seguridad jurídica. Ello debería hacerse en el ámbito del Registro de Estado Civil y Capacidad de las personas".

Del mismo modo, en los encuentros notariales se ha resuelto:

a) 41 Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal (junio de 2015) que "No hay obligación legal que determine la exigencia de control registral mediante la solicitud de certificado y/o partida de nacimiento ante el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, para el otorgamiento de actos y contratos, por parte de contratantes y operadores jurídicos en general".

b) 39 Jornada Notarial Bonaerense (noviembre de 2015), tema II, referido a escritura y actas: "9. La exhibición de la partida de nacimiento de los otorgantes, a los efectos de acreditar la inexistencia de registraciones de sentencia judicial de incapacidad o restricción de capacidad, no es una obligación para el requirente ni el escribano impuesta por norma alguna, ni puede inferirse de un laxo deber de diligencia por vía de interpretación. Los deberes u obligaciones del notario deben surgir de normas expresas, que no existiendo, no requieren expresa dispensa en el texto escriturario. La declaración jurada del interviniente en el documento notarial es suficiente para su constancia documental, como lo había reconocido la jurisprudencia en el régimen anterior. La inexistencia de un registro nacional integrado que pueda satisfacer su adecuada finalidad publicitaria impide su eficacia operativa"[64].

La 32 Jornada Notarial Argentina (24 al 26 de agosto de 2016) ratifica las anteriores declaraciones en la conclusión 2 del tema I: "La presunción de capacidad de la persona humana surge del CCyC y del plexo normativo constitucional. No hay obligación legal que exija la exhibición de certificado y/o partida de nacimiento del Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas para el otorgamiento de actos y contratos, por parte de contratantes y operadores jurídicos en general. La eventual existencia de un Registro Nacional en nada modificaría esta conclusión".

8. VULNERABILIDAD: ANCIANIDAD O PERSONAS MAYORES

La sociedad en los últimos decenios de la historia ha visto incrementado el número de adultos mayores o ancianos que, pese al envejecimiento creciente en las poblaciones, afrontan este proceso de "cambio progresivo de la estructura biológica, psicológica y social de las personas que disminuye su capacidad funcio-

64 www.39jnb.org.ar/conclusiones.

nal". Pero ello no es correlativo de una disminución intelectual ni de su capacidad jurídica, y su consecuente participación integrada en la sociedad lleva a la doctrina y legislación incipiente en nuestro país a tratar la temática de los adultos mayores entre el concepto de vulnerabilidad y no de discapacidad, es decir, como personas que sufren de cierta situación de desventaja social no reparable mediante la igualdad formal de derechos, sino a través del reconocimiento de "derechos de grupo" como herramienta indispensable para la eficacia de los derechos individuales[65].

El abordaje jurídico de la problemática de los adultos mayores encuentra el dilema a dilucidar planteado por Rivera y Crovi: "La dinámica jurídico-social torna vulnerable al viejo, en tanto lo estereotipa y lo constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de protección jurídica adecuado por su naturaleza. Y también lo debilitan los valores jurídicos imperantes, cada vez que no reconocen suficientemente a la persona anciana como fin en sí misma"[66].

Las personas mayores deben ser consideradas capaces por principio, y la posible restricción a su capacidad por senilidad, que sería causal para el supuesto del art. 32 CCyC es la excepción. De lo contrario, se estaría haciendo una discriminación inversa, presumiendo la falta de aptitud de toda persona o adulto mayor para su cuidado, que para la Convención Interamericana de Protección de Personas Mayores -suscripta por nuestro país el 15 de junio de 2015 y ratificada por Ley 27.360- define en este grupo a los mayores de 60 años.

En el tema de la capacidad jurídica y aptitud para ejercicio personal de sus derechos, son claros sus fines en su art. 30: "Igual reconocimiento como persona ante la ley.

Los Estados Parte reafirman que la persona mayor tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Los estados parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Los estados parte asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferen-

65 Conf. FERNÁNDEZ, Silvia. "Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad. Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino" (www.saij.gob.ar/doctrina).

66 Op. cit., págs. 316/7.

cias de la persona mayor, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se 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. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de la persona mayor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietaria y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que la persona mayor no sea privada de sus bienes de manera arbitraria".

La futura norma internacional se asimila a las de la Convención Internacional de Protección de Personas con Discapacidad, por lo cual el notario en su actuación ante el requerimiento u otorgamiento de actos por adultos mayores, debe proceder del mismo modo que la apreciación del discernimiento de las personas con discapacidad en el analizado art. 32 CCyC.

Así como la discapacidad es un concepto social en el sistema actual, que no se funda solo en el diagnóstico médico, la ancianidad también es un concepto social que no se funda solo en la edad, sino en las probabilidades de interacción de la persona con su entorno social, familiar, laboral y cultural[67].

La calificación parte de la capacidad de ejercicio y su limitación se resuelve en los términos del nuevo Código Civil y Comercial, no porque sean discapacitados, sino por la necesidad o no de apoyos para esa necesaria comunicación en interacción con los otros.

No se puede subestimar o limitar a la persona adulta por la dificultad de abordar el ejercicio de sus derechos por la impuesta obligatoriedad de hacerlo por medios o instrumentos tecnológicos que no les enseñaron o carecen del acceso amplio a los nuevos mecanismos digitales para ello. La administración pública, o el sistema comercial o financiero, pueden limitar el ejercicio de sus derechos injustamente a través de estas nuevas tecnologías impidiendo hacerlo por otra vía o medio de comunicación, pero ello no implica que no comprendan el alcance de sus derechos, su titularidad y ejercicio que pueden demostrar en la entrevista personal que el notario debe tener con ellos para su actuación.

67 Conf. FERNÁNDEZ, Silvia. Op. cit., pág. 153/4: "... el parámetro a considerar en punto al ejercicio de su capacidad civil guardará relación con su capacidad funcional real (OMS), independientemente de la edad y ajena a una subsunción automática 'médico-jurídica', efectuando las calificaciones en cada caso concreto".

La mayor dificultad en la manifestación de voluntad de las personas mayores se ha presentado históricamente en materia testamentaria, donde se presenta una multiplicidad de variantes, como es el legítimo derecho del adulto mayor a mantener su manda reservada para evitar agresiones o incomodidades a su persona en vida, que luego los herederos perjudicados no quieren creer que dijo que beneficiaba a un hermano; o en los supuestos de captación de la voluntad, que se ha remediado alegando su supuesta incapacidad cuando se está ante un caso de aprovechamiento de la vulnerabilidad, como lo prevé el art. 322 CCyC en el presupuesto subjetivo del vicio de lesión del acto jurídico al contemplar la "debilidad psíquica".

El tratamiento de la persona mayor se sustenta en su ostensible discernimiento, siendo su restricción un supuesto excepcional como en todos los contemplados en el art. 32 CCyC, no pudiendo constituirse sola la mayor edad en un caso de discriminación presumiendo su falta de aptitud para el desarrollo de su vida.

9. INCAPACIDAD DE DERECHO: INHABILIDADES PARA CONTRATAR

El art. 1002 CCyC establece una serie de supuestos de incapacidades de derecho, en cuanto prohíbe acceder a la propiedad en sentido genérico de los derechos que resultan de ciertos contratos (art. 965 CCyC), según las personas que los celebran, por lo cual su celebración importa la nulidad de carácter absoluto.

En el proyecto del Código Civil y Comercial elevado al Congreso de la Nación solo se contemplaban los tres primeros incisos y era patente la finalidad tuitiva del orden público, en cuanto la prohibición tiende a evitar el abuso de la posición de información y decisión que tiene los funcionarios con respecto a los bienes que administran o enajenan (inc. a); de los jueces, funcionarios y auxiliares judiciales, los árbitros, mediadores y sus auxiliares en los procesos en que intervengan o han intervenido (inc. b); y de los abogados y procuradores con respecto a los bienes litigiosos en procesos que intervienen o han intervenido, si pretenden contratar en interés propio y no ajeno (inc. c).

No cabe duda del interés público que busca evitar el aprovechamiento de quienes llevan adelante el proceso administrativo o judicial en que la ley determinó su competencia, y de los abogados en relación a los bienes litigiosos, en tanto son quienes -en principio- actúan para instar el proceso y su patrocinio letrado se justifica en su labor de ordenamiento y colaboración con el órgano judicial en el mismo. El fin perseguido por la ley es el mejor desempeño de estas funciones en miras al interés público.

La comisión bicameral incluyó como principio general la incompatibilidad de contratar en interés propio a los cónyuges entre sí bajo el régimen de comunidad

(inc. d) y en consecuencia permite contratar entre sí a los cónyuges con régimen de separación de bienes, al igual que a los integrantes de la familia bajo la modalidad de unión convivencial.

El orden público en este caso se sostuvo históricamente en cuestiones de orden moral y para evitar conflictos que perjudiquen o lleven a la disolución del matrimonio y la familia como institución de interés para la estructura social del país.

No se puede ver esta finalidad en el régimen actual, dado que solo se protege a la familia basada en la unión matrimonial con régimen patrimonial de comunidad, pero no a las otras dos estructuras familiares mencionadas.

Tampoco se puede ver en esta norma la prohibición fundada en evitar el perjuicio a terceros acreedores, dado que permite los contratos de transmisión de bienes por dos cónyuges bajo el régimen de separación o convivientes, ambos con la misma relación íntima, de confianza y proyecto de vida en común.

Ello implicaría interpretar que es mayor el vínculo afectivo o proyecto de vida en común entres quienes optan por un régimen patrimonial de comunidad que si no lo hacen, reduciendo la razón de la unión de dos personas para afrontar la vida con un proyecto en común en forma estable, pública y notoria, a un criterio economicista o patrimonial.

La finalidad protegida por el nuevo sistema en este caso se funda netamente en el patrimonial interno de la existencia de la comunidad de bienes, donde se pospone así toda discusión por deudas, cargas, recompensas hasta el momento de disolución de la comunidad, a fin de que se liquiden de una sola vez y en igualdad. En el interés protegido por la ley importa más el personal que el público, por lo que se debe revisar el carácter de invalidez absoluta que tradicionalmente se ha dado a esta incompatibilidad de conformidad al nuevo texto legal.

La mayor dificultad en esta incompatibilidad es la impropia técnica legislativa, en que dado el principio general se debieron dictar las excepciones especiales en cada contrato en particular. En vez de hacerse ello, se dejaron una serie de artículos que tenían como principio la libertad absoluta de contratar entre cónyuges bajo cualquier régimen patrimonial, esquema que trataremos de hacer un esbozo de su difícil sistematización.

9.1. INHABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

El sistema derogado articulaba esta inhabilidad a partir del texto del art. 1358, incs. 5 y 7 del código velezano referido a la compraventa, que en su interpretación por la doctrina y jurisprudencia se extendía a los demás contratos.

El inc. a) del art. 1002 CCyC adecuadamente perfecciona el texto anterior y reemplaza el término "empleados públicos" por el de "funcionarios públicos"; es decir aquellos que tienen facultad para la toma de decisiones en la administración pública nacional, provincial o municipal, o en otros entes u organismos descentralizados, con respecto a los bienes cuya administración y disposición se les ha encargado.

9.2. INHABILIDAD DE JUECES, FUNCIONARIOS Y AUXILIARES DE JUSTICIA, ÁRBITROS MEDIADORES Y SUS AUXILIARES

El sistema derogado incluía en el mismo inc. 6° del derogado art. 1358 a los jueces, funcionarios y auxiliares del justicia, y a los abogados y procuradores. Pero en el derogado art. 1442, en la inhabilidad para ser cesionarios, se distinguía a estos últimos de los funcionarios de la administración de justicia[68].

La interpretación conjunta de ambos textos legales llevó a la interpretación de la mayoría de la doctrina de hacer esta distinción que es la que se aclara en el art. 1002 CCyC.

El inc. b) del art. 1002 CCyC establece la inhabilidad de los jueces, funcionarios y auxiliares de justicia, árbitros y mediadores y sus auxiliares a celebrar contratos con respecto a los bienes relacionados con los procesos en los que intervienen o hubieren intervenido.

La comparación con los textos derogados nos demuestra dos aclaraciones que su interpretación jurisprudencial y doctrinaria ya anunciaba:

1) El objeto del contrato prohibido son bienes relacionados al proceso. No se distingue si es litigioso o no. Todos los bienes que han tenido relación están comprendidos, en aras a evitar la desconfianza que generaría que quien tenga que resolver el litigio o cumplir los actos procesales al respecto realice actos procesales en su beneficio, como por ejemplo los del proceso sucesorio. Se refiere tanto a los procesos de jurisdicción litigiosa como voluntarios.

Esta interpretación se reafirma con la comparación con el inc. c) del art. 1002 CCyC con respecto a los abogados y procuradores que solo la limita a los "bienes litigiosos" en vez de los relacionados al proceso.

2) Se limita a los procesos en que el sujeto interviene o ha intervenido en ejercicio de su función y se deroga la referencia al "Juzgado o Tribunal" o la competencia del mismo.

La ley se aparta de incluir a todo proceso que tramite o haya tramitado en el que ejerce su función, o en el fuero de la misma competencia.

68 Conf. BORDA, Guillermo. *Contratos*, I, N° 38.

9.3. INHABILIDAD DE ABOGADOS Y PROCURADORES

El inc. c) del art. 1002 CCyC trata adecuadamente en forma separada a los abogados y procuradores de los funcionarios judiciales, mediadores y árbitros (o sus auxiliares), lo cual es coherente con la naturaleza de su actuación de colaboración en el proceso judicial, pero no de dirección o decisión, y de allí el gradualismo de restricción en la aptitud para ser titular de derechos y acciones con relación a los bienes.

La norma busca preservar el buen y transparente servicio de justicia, y claramente opta por la interpretación previa de los arts. 1358 inc. 6° y 1442 derogados, en cuanto a que para éstos se debe limitar solo a los bienes objeto del litigio, en los cuales el profesional letrado tiene posibilidad de influir a través de su actuación u omisión y modalidades de la misma.

Tal protección del interés público no ocurre en procesos no contenciosos como el sucesorio, donde se declaran los presupuestos de ley no cuestionados por las partes. López de Zavalía explicaba en el régimen anterior, comentando el alcance del inc. 6° del art. 1358: "La prohibición se refiere a los bienes que 'estuvieren en litigio'. Debe tratarse, por lo tanto de 'bienes litigiosos'. Por litigioso debe entenderse el bien respecto al cual exista una controversia, una litis, una discusión, es decir, que se encuentre envuelto en un proceso de jurisdicción contenciosa. No son por lo tanto bienes litigiosos los que se encuentran abarcados por un proceso de jurisdicción voluntaria, mientras no se produzca una litis al respecto"[69].

La prohibición del art. 1002 CCyC ha asumido esta postura, refiriéndose expresamente a "bienes litigiosos", reservando la más amplia de bienes relacionados al proceso para los funcionarios judiciales, e igual que con respecto a ellos supera la norma derogada al referirse solo a los procesos judiciales en que interviene o ha intervenido.

El concepto de bien litigioso también debe aprehenderse temporalmente, es decir, que el bien debe estar en litigio actual no resuelto[70] para que haya posibilidad de aprovechamiento de su posición en el proceso. Por ello no hay inhabilidad del abogado que acepta en dación en pago uno o más bienes por sus honorarios en el proceso ya concluido. El bien que ya no está en litigio por haberse dictado sentencia firme, máxime si se trata de un proceso no contencioso como es el sucesorio.

69 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Teoría de los contratos. Parte especial*, Ed. Zavalía, Bs. As., 1985, T. 2, pág. 102.

70 Conf. LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Op. cit., pág. 104: "Los bienes deben estar en litigio en el momento en que se concierta la venta".

9.4. INHABILIDAD ENTRE CÓNYUGES BAJO EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE BIENES

El Código Civil y Comercial establece como principio general la prohibición de contratar en interés propio entre sí a los cónyuges bajo el régimen de comunidad de bienes. No así para los que opten antes o durante el matrimonio por el régimen de separación de bienes del matrimonio, que tendrán plena capacidad para contratar entre sí.

En el sistema del código derogado se interpretaba la prohibición para contratar entre cónyuge a partir de la prohibición de los arts. 1218 y 1219, que sancionaba con la nulidad toda convención matrimonial durante el matrimonio; la prohibición de donar del art. 1807 inc. 1°; la de vender del art. 1358, que se entendía para evitar las donaciones encubiertas; y las remisiones de los arts. 1439 en materia de cesión de crédito a la capacidad para comprar y vender, y el art. 1490 también a ésta en el contrato de permuta. En tanto que el art. 27 de la Ley de Sociedades solo les permitía integrar sociedades por acciones o de responsabilidad limitada.

Sobre esta base normativa, se sostuvieron tres argumentos en especial: a) el tradicional derivado de las fuentes decimonónicas del codificador, en cuanto afectaba un interés público de orden moral, sustentado en evitar conflictos de intereses en cuestiones patrimoniales que pudieran perjudicar o disolver la unión familiar; b) el evitar el fraude a los acreedores por la traspaso de bienes de la masa de uno al otro; y c) en la doctrina más moderna, evitar la violación del régimen de separación de masas gananciales y propias por esta trasmisiones de unas a otras.

La primera doctrina del código velezano partió de la primera interpretación, con la consecuencia de la amplia prohibición, solo admitiendo el contrato de mandato y la sociedad hasta la evolución de ir permitiendo la mayoría de los contratos que no tiene efecto traslativo del dominio u otros derechos reales y las convenciones matrimoniales.

Corolario de esta evolución era el proyecto de reforma de código civil y comercial de permitir la libertad de contratar entre cónyuges, que se vio radicalmente modificado en el tratamiento legislativo y se adoptó la postura más estricta que pregona el dictado del principio general, con la enumeración de sus excepciones en cada contrato en particular. Esto último se omitió.

La deficiente técnica legislativa por la incorporación de este inciso, sin contemplar las necesarias excepciones durante el trámite parlamentario, obliga a la doctrina, a los jueces y a los operadores del derecho a reconstruir un

sistema, que de una lectura literal aparece mucho más riguroso que el anterior y fuera de contexto de la realidad de la familia actual[71].

La finalidad ya no se puede ver en el preservar la tranquilidad o paz de la familia ni evitar el salvocunducto al fraude a los acreedores, porque si ese fuere, se debería haber impuesto la inhabilidad de contratar entre los dos integrantes de todo tipo de familiar nuclear[72] (matrimonio con separación de bienes y unión convivencial).

En consecuencia, al solo encontrar fundamento en la télesis de mantener la separación de masas en el régimen de comunidad, solo tiene sentido la prohibición para los contratos traslativos, y no en otros tan útiles y usuales como el mutuo, el depósito y el comodato entre cónyuges, entre otros.

En el ámbito de mayor intervención notarial, los cónyuges bajo el régimen de comunidad no podrán en interés propio celebrar contratos traslativos de cosas, bienes o derechos a título oneroso o gratuito, como la venta, donación, permuta, cesión de derechos y de herencia y la trasmisión, constitución o reserva de derechos reales desmembrados como el usufructo, uso, habitación y servidumbres, o del derecho real de superficie, ni constituir o ceder entre sí derechos reales de garantía.

El art. 2° CCyC señala como regla de interpretación de la ley a los jueces la finalidad de todo el ordenamiento jurídico de modo coherente, y el art. 1° pone de manifiesto la constitucionalización o publicitación de derecho privado, no solo basado en la Constitución Nacional sino en los convenios internacionales sobre derechos humanos, los que fundan en materia de capacidad que esa es la regla y no la incapacidad, y en el subsistema de familia, derivado del principio de libertad autorreferencial de la persona (art. 19 Constitución Nacional), se instala la mayor admisión de autonomía de voluntad en las relaciones de familia y matrimoniales o convivenciales, con lo cual colisiona el inciso en cuestión y deberá ser armonizado.

Por ello concluye Silva que "La regla en materia de contratos en la nueva legislación es la capacidad y no la incapacidad, por lo tanto si se establecen restricciones deberán ser de carácter excepcional. Esto estaba establecido en Código Civil y es robustecido en el Código Civil y Comercial. Entendemos que para determinar qué

71 32 Jornada Notarial Argentina (2016), Tema II: "Contratación entre cónyuges. La incorporación de la inhabilidad de los cónyuges bajo el régimen de comunidad de contratar entre si colisiona con los principio de libertad, igualdad y autonomía de la voluntad receptados en el CCyC". Se encuentran expresamente permitidos el contrato de mandato, la integración de sociedades de cualquier tipo -incluidas las de la Sección IC del Capítulo I LGS-, el pacto de herencia futura, la convención sobre el cambio de régimen patrimonial matrimonial y la partición por ascendientes. Se impone la necesidad de la derogación del inciso "d" del artículo 1002 CCyC.

72 Conf. SILVA, Cristina. "Contratos entre cónyuges. El artículo 1002 inciso d) del Código Civil y Comercial y su incidencia en el régimen patrimonial matrimonial", pág. 5 (www.thomsonreuterlatam.com/2015/10/20).

contratos podrían efectuar los cónyuges que hubieren optado por el régimen de comunidad deberíamos en primer lugar establecer la participación de cada uno de ellos en el acuerdo y comprobar cuál es la causa fin del contrato. Si al analizar y pasar estos dos 'filtros', el convenio no altera el régimen patrimonial, no perjudica a los cónyuges ni a terceros la prohibición a nuestro juicio no sería constitucional"[73].

9.4.1. Contratación entre cónyuges bajo el régimen de comunidad

9.4.1.1. Convenciones matrimoniales

El art. 447 CCyC reitera el principio de sus antecedentes 1218 y 1219 y el del art. 1002 inc. d) CCyC en cuanto a la prohibición general de celebrar convenciones matrimoniales entre los cónyuges bajo régimen de comunidad, pero a renglón seguido el art. 449 CCyC le permite celebrar la que tiene por objeto el cambio al régimen de separación de bienes, con dos efectos fundamentales: la extinción de la comunidad de gananciales, dando inicio a la indivisión postcomunitaria sin disolver el matrimonio (art. 475, inc e), CCyC); y la posibilidad de celebrar todo contrato entre sí a partir de ese momento, incluso el de donación, partición o cualquier otro.

Aquí se denota la prevalencia del principio de autonomía de la voluntad entre los cónyuges y la falta de un fundamento de orden público en la prohibición general.

Los cónyuges, sin más recaudo que otorgarlo bajo la forma escritura pública, pasan en ese momento a poder celebrar todo contrato por el cambio de régimen. Ellos pueden lo más dejando la prohibición por su sola voluntad.

9.4.1.2. Sociedades

La Ley 26.694 no solo sancionó un nuevo Código Civil y Comercial, sino que también convirtió a la anterior Ley 19.550 con sus modificaciones en la única Ley General de Sociedades, que regula tanto las derogadas sociedades civiles como las comerciales, incluyendo en su Sección IV (arts. 22 y sgtes. LGS) una categoría residual que rige a toda sociedad no constituida bajo uno de los tipos regulados.

La redacción del art. 27 LGS expresamente amplía la capacidad de los cónyuges, sin distinguir el régimen patrimonial matrimonial que los rige, para integrar entre sí sociedades de todo tipo, incluso las de la sección IV de la LGS[74].

---

73 SILVA, Cristina. Op. cit., pág. 6.

74 39 Jornada Notarial Bonaerense, 2015, T. 3, conclusión I: "Los cónyuges, cualquiera sea el régimen patrimonial adoptado, pueden integrar sociedades entre sí".

La norma societaria exceptúa a las sociedades de la prohibición del art. 1002, inc. d), CCyC y permite la celebración de todo contrato social entre cónyuges como constituyentes, sin hacer distingos de aportes propios o gananciales, que la integrarán como socios y participarán con plenos derechos de tales en la sociedad cada uno en su propio interés. Lo mismo ocurre si uno de los cónyuges adquiere participaciones de otro socio en que su cónyuge ya es también socio, no existiendo impedimento o inhabilidad para ser ambos socios.

La inhabilidad del art. 1002, inc. d), CCyC se hará efectiva en el contrato de cesión de acciones, cuotas o toda participación societaria que uno de los cónyuges bajo régimen de comunidad no podrá otorgar al otro.

En este sentido concluyó la 32 Jornada Notarial Argentina, tema III: "1. Los cónyuges, independientemente del régimen patrimonial matrimonial adoptado, pueden integrar entre sí sociedades de cualquier tipo, aun las reguladas en la Sección IV (art. 27 LGS). Resulta inaplicable la inhabilidad prevista por el art. 1002 inc. d) del CCyC, dado que el art. 27 de la LGS resulta norma especial respecto de aquel. Según lo establecido en el inciso a) del art. 150 del CCyC la ley especial imperativa prevalece sobre las normas del CCyC. La norma especial del art. 27 de la LGS permite a los cónyuges tanto constituir como participar con posterioridad en cualquier tipo de sociedad. Los cónyuges bajo el régimen de comunidad no se pueden transmitir entre sí la participación societaria".

La normativa de personas jurídicas privadas también remite supletoriamente a la Ley General de Sociedades: el art. 186 CCyC manda su aplicación subsidiaria a las asociaciones civiles; el art. 188 CCyC, sobre simples asociaciones, remite a las normas de la asociación civil, y al citado art. 186 CCyC. También es aplicable esta normativa a la persona jurídica consorcio de propiedad horizontal, donde este se constituye por los titulares inicialmente en condominio del inmueble, que pueden ser cónyuges (art. 2038 CCyC), y por los propietarios de las unidades funcionales (art. 2044 CCyC), pudiendo adquirir cada cónyuge bajo el régimen de comunidad unidades que integren el edificio sometido a propiedad horizontal.

La excepción al principio general en materia de sociedades confiere a los cónyuges bajo el régimen de comunidad mayor libertad que el régimen derogado.

9.4.1.3. Mandato y consignación. Gestión de negocios

El art. 459 CCyC regula y admite expresamente el mandato con representación entre cónyuges en el ejercicio de la gestión de los bienes según las facultades del régimen patrimonial que los rija, con la sola excepción del supuesto del mandato con

representación y su consecuente poder como documento portante de la representación voluntaria conferida de no poder otorgarlo al otro cónyuge para que preste a sí mismo el asentimiento para la disposición de los derechos de la vivienda familiar de su titularidad[75].

El art. 474 CCyC regula que la actuación de uno de los cónyuges de los bienes del otro sin mandato expreso, se rige por las normas del mandato o la gestión de negocios, según el caso. *Contrario sensu*, es válida su actuación con causa en un mandato expreso, con o sin representación.

Del mismo modo remite a que lo tendrá como gestión de negocios de un cónyuge a favor del otro, que por la norma del art. 1790, 2° párrafo CCyC, al aceptar el cónyuge beneficiario la gestión produce los efectos del mandato desde el día que comenzó y se le aplican su reglas en forma supletoria en todos los casos (1° párrafo del artículo citado).

Estas normas ponen de manifiesto el fundamento legal para la exclusión del mandato, con o sin representación entre cónyuges, de la inhabilidad del art. 1002, inc. d), CCyC.

Asimismo, también podrán celebrar entre sí contrato de consignación, dado que el art. 1335 CCyC define que este contrato existe cuando el mandato es sin representación para la venta de cosas muebles, y dispone que se aplican supletoriamente las normas del mandato.

9.4.1.3.1. Mandato y mutuo. Adelanto de fondos por el cónyuge mandatario

El art. 1328 CCyC, inc. a) CCyC impone al mandante la obligación de compensarle al mandatario, en cualquier momento que le sea requerido, todo gasto razonable en que haya incurrido a fin de cumplir el objeto del mandato.

Se trata de un adelanto de fondo del patrimonio del cónyuge mandatario a favor del cónyuge mandante. La cláusula del mandato que haga previsión de los gastos que pudiere anticipar el mandatario importa en última instancia en préstamo hasta tanto le sea restituido, fundado en una obligación accesoria al contrato principal del mandato.

La norma en cuestión como toda norma contractual es supletoria a la autonomía de voluntad de las partes, por lo cual interpretamos que en el ámbito de la gestión de la manda, las partes pueden regular el modo de restitución e intereses en su caso.

75 32 Jornada Notarial Argentina, Tema II; "Poder al cónyuge para asentir. Es válido el poder otorgado para que se preste a sí mismo asentimiento, excepto cuando se tratara de los derechos sobre la vivienda familiar y sus muebles indispensables (mayoría)".

9.4.1.4. Pactos sobre herencia futura

El segundo párrafo del art. 1010 CCyC incluyó expresamente el pacto de herencia futura con la especial finalidad de conservar la unidad de gestión empresaria o la prevención de conflictos, en que se puede disponer derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de los legitimarios, sin distinción de si estos herederos son los descendientes, ascendientes o cónyuge del futuro causante.

La capacidad del cónyuge se hace patente en la parte final del artículo en cuestión, cuando dice que "Estos pactos son válidos, sea o no parte el futuro causante y su cónyuge". La literalidad del texto legal no deja lugar a dudas del reconocimiento del carácter de parte contractual en este contrato del cónyuge del futuro causante junto con éste, y como tal podrá ser acreedora de prestaciones que tenga en él su causa, como la compensación patrimonial a través de diversos bienes o derechos. Establece una excepción contundente a la inhabilidad del art. 1002, inc. d), CCyC. Este artículo prevé la posibilidad de estructurar estos pactos de herencia futura de carácter dispositivo, partitivo e incluso renunciativo.

9.4.1.5. Fideicomiso. Cónyuge fiduciario

El fideicomiso es un contrato en que se conjugan tres posiciones contractuales con diversos intereses y en la inhabilidad de contratar entre cónyuges se debe tener presente que cada uno de ellos solo se ve afectado por la restricción a su capacidad en caso de actuar en interés común y propio de ambos cónyuges.

La posición contractual de fiduciario importa una actuación en interés ajeno y no propio, en especial con respecto a la administración y gestión del patrimonio fiduciario, por lo cual como se había concluido en el sistema derogado según sus arts. 1807, 1358, 1492 y 1441, la inhabilidad para transmitir el dominio entre sí no existe cuando uno ocupa la posición de fiduciario (actúa en interés que no es propio, sino del fideicomiso), y el otro la posición de fiduciante y/o beneficiario y/o fideicomisario.

Toda restricción a la capacidad debe interpretarse con criterio restrictivo y ello justifica la interpretación a favor de la capacidad, como es en el caso en que el fiduciario no transmite bienes de su patrimonio, sino bienes que le son ajenos y pertenecen al patrimonio fiduciario.

El contrato se interpreta por el interés común de las partes conforme el art. 1062 CCyC. Este es el interés relevante para el acto jurídico y su causa, que siendo bilateral es la finalidad común y no solo de una de las partes. Por lo cual la voluntad negocial no se integra con los motivos subjetivos íntimos de cada parte que no se explicitan, sino los tenidos en cuenta en común, es decir, la conjunción de las dos finalidades e interés de cada parte, que en el caso son los fines objetivos del fideicomiso y los de su fiduciante o beneficiario o fideicomisario.

El interés común es de ambas partes y solo si ambos sujetos tienen interés propio en el negocio se configura este requisito. No si uno lo tiene y otro no, como cuando uno actúa en representación de otro, produciendo todos los efectos en la esfera jurídica del representado. Aquí todos los efectos del contrato celebrado por el fiduciario se producen directamente en la esfera jurídica del patrimonio fiduciario y no en el suyo personal.

El art. 1682 CCyC determina que los bienes fideicomitidos constituyen una propiedad fiduciaria, y el 1685 CCyC, que es un patrimonio separado del patrimonio del fiduciario. Se trata de patrimonio especial autorizado por la ley que solo tiene por garantía los bienes que los integran (art. 242 *in fine* CCyC), sin perjuicio de la responsabilidad del fiduciario -según el art. 1747 CCyC- si no ha contratado el seguro previsto en el art. 1685 CCyC.

Esta clara distinción de activo, responsabilidad por su pasivo y garantía no debida por el fiduciario con su patrimonio, acreditan la inexistencia del interés propio que requiere la norma que restringe la capacidad de los cónyuges bajo régimen de comunidad. La inhabilidad opera solo cuando hay interés personal comprometido entre ellos, como cuando uno ocupa la posición de fiduciante (aportante de bienes al patrimonio fiduciario) y designa al otro beneficiario y éste acepta.

9.4.1.6. Condominio: constitución y división

El art. 471 CCyC en su primer párrafo expresamente admite la constitución de condominio entre cónyuges por consentimiento de ambos cuando adquieren conjuntamente una cosa, y regula expresamente que se administrarán y dispondrán por ambos en conjunto, sin importar la mayoría de cada uno. La admisión de la constitución del condominio entre cónyuges conlleva a la posibilidad que un cónyuge adquiera partes indivisas de una cosa de copropiedad de un tercero e integre así el condominio entre cónyuges.

El tercer párrafo del art. 471 CCyC establece que la cosa o la comunidad proindivisa, se rige por las reglas del condominio en todo lo no previsto en este artículo, por lo que si nada dicen al adquirir conjuntamente el bien se presume en partes iguales (conf. art. 1983 CCyC), pero nada impide que indiquen una proporción distinta como surge del primer párrafo de este mismo artículo.

La norma establece las siguientes características que se diferencian del condominio en aras a la relación matrimonial:

a) En la administración o disposición no se rigen las mayorías del condominio, sino que se rige por la regla de la comunidad de bienes al decir “en conjunto” lo que remite a la unanimidad propia de la indivisión, como la hereditaria y postcomunitaria.

b) A falta de acuerdo, y ante la supresión de las mayorías, se debe resolver por autoridad judicial

c) El carácter de las partes indivisas y su disposición se rigen por los arts. 469 y 470; es decir, si es ganancial requiere asentimiento para disponer de la parte en forma independiente o constituir sobre ella derechos reales, salvo disposición en conjunto.

d) En caso de solicitar la división de condominio, el juez puede denegarla si se afecta con la división el interés familiar, haciendo prevalecer los intereses de la comunidad de bienes a ese fin sobre el concepto economicista de división del condominio.

En lo demás rigen las normas del condominio. Las cónyuges tienen todas y las mismas facultades que cualquier condómino con estas solas restricciones.

Por el art. 1997 CCyC los condóminos pueden de común acuerdo partir y dividir la comunidad proindivisa sobre la cosa en cualquier tiempo. En consecuencia, si ambos consienten la división (sea por partición entre ellos o por la extinción del condominio por adquisición de todas las partes indivisas por un tercero), y no ejercen el derecho de oponerse ante el juez invocando el interés familiar de la parte final del art. 471 CCyC, ellos pueden acordar por unanimidad la división de las cosas en condominio sin más que otorgarlo bajo la forma exigida por la ley, que en los inmuebles será la escritura pública.

El art. 471 CCyC en principio autoriza a los cónyuges con régimen de comunidad a constituir, extinguir y dividir el condominio otorgando la correspondiente adjudicación de las cosas resultantes; solo por excepción deberán cumplir para ciertos actos lo requerido por su propio texto. Si puede solicitar la división del condominio sin más y por su sola voluntad, no hay una restricción de orden público para ello y, por ende, se trata de una norma supletoria y no imperativa, dando lugar a la pregonada autonomía de voluntad consagrada en el nuevo subsistema del derecho de familia.

9.4.1.7. Reglamento de propiedad horizontal

El derecho real de propiedad horizontal requiere su constitución por los condóminos en caso de ser más de uno y ese acto de administración está dentro de las facultades que los cónyuges pueden otorgar en conjunto por el art. 471 CCyC antes visto.

Hemos analizado cómo también tiene capacidad de derecho para integrar personas jurídicas privadas, como es el consorcio de propietarios, derivado de la norma axial del art. 27 LGS, por lo cual no hay impedimento para que los cónyuges celebren el contrato de reglamento de propiedad y en el mismo constituyan la persona jurídica privada.

Asimismo, analizamos en el punto anterior la admisión por la parte final del art. 471 CCyC de dividir el condominio entre cónyuges, por remisión a las normas de este derecho real y no existir en las normas del subsistema de familia una expresa restricción al efecto, salvo el derecho de peticionar judicialmente que se impida la división si afecta el interés familiar, es decir que *contrario sensu* pueden hacerlo. Por

ello, los cónyuges con régimen de comunidad pueden adjudicar las unidades funcionales y complementarias resultantes entre sí en la forma que acuerden. Las unidades sometidas a propiedad horizontal no son más que la misma cosa de origen que se ha transformado por la independencia de las partes que la integraban (ahora unidades privativas).

9.4.1.8. Conjuntos inmobiliarios

Lo mismo que se ha sostenido para la propiedad horizontal cabe concluir para los conjuntos inmobiliarios que, conforme al segundo párrafo del art. 2075 CCyC, tienen como marco legal el derecho real de propiedad horizontal de modo subsidiario y se ordena estructurarlos como propiedades horizontales especiales.

9.4.1.9. Cuenta corriente y depósito bancario con orden recíproca

Los usos y costumbres bancarios han mantenido aun con la reforma legislativa la admisión y efectos plenos del contrato que ambos cónyuges -aun con régimen de comunidad- celebren con la entidad bancaria o financiera, a consecuencia del cual tendrán la copropiedad de los saldos o depósitos de dinero.

La aplicación de la norma del art. 471 CCyC en cuanto a la titularidad conjunta de los cónyuges, analizada en el condominio de cosas, es aplicable en el caso y también a la copropiedad en sentido amplio de todo tipo de bienes o derechos, y no solo de cosas. Asimismo la orden recíproca para su restitución importa un mandato entre ellos (art. 474, CCyC) y no una transmisión de una masa a la otra.

9.4.1.10. Convenio regulador de los efectos del divorcio

El art. 438 CCyC exige que con la presentación del juicio de divorcio se acompañe una propuesta del convenio regulador de los efectos personales y patrimoniales durante el divorcio o después de este, como custodia de los hijos, atribución de la vivienda familiar, alimentos, división de bienes, etc.

Si la propuesta es presentada por ambos de común acuerdo importa un verdadero convenio bajo la condición suspensiva de dictarse el divorcio y ser homologado por el juez para tener plena eficacia (art. 440 CCyC).

El convenio en cuanto a la división de bienes sigue los criterios de su antecedente, el art. 236 según Ley 23.515, que aun con una norma limitativa de la contratación entre cónyuges admitió su validez. También surge de los arts. 438 a 440 CCyC que lo regulan especialmente, y su formación se produce obligatoriamente antes de la disolución del vínculo matrimonial, por lo que constituye una excepción al art. 1002, inc. d), CCyC en cuanto tiene contenido patrimonial.

La norma de inhabilidad para contratar no es aplicable en este convenio porque no es estrictamente un contrato. Su objeto principal es regular los efectos personales y patrimoniales del divorcio, dando más relevancia a los personales que a los patrimoniales, que pueden faltar o haberse resuelto previamente. Pero siendo aun exclusivamente patrimonial, la ley lo recepta expresamente y por su naturaleza importa el consentimiento entre cónyuges antes de la disolución del vínculo marital con régimen de comunidad de bienes.

El contenido enunciado del convenio regulador en el art. 439 CCyC excede la definición y objeto de los contratos, por ello no se regula en tal libro, sino en el de las relaciones de familia. El convenio regulador siempre estará sujeto a la revisión judicial por la requerida aprobación u homologación judicial que reserva al juez la facultad de revisar el mismo, por lo cual la autonomía de voluntad se impone ante la restricción de capacidad entre los cónyuges, dado que justamente se celebra para concluir con el régimen patrimonial de comunidad sujeto a revisión judicial.

Al igual que era admisible la certificación notarial de la firma en los convenios del derogado art. 236 según Ley 23.515, es válido el convenio regulador como acto jurídico bilateral que celebran los cónyuges bajo régimen de comunidad para su disolución, y es admisible la certificación de firmas de los cónyuges o su otorgamiento en escritura pública si la partes así lo eligen.

10. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR DE LOS PROGENITORES O TUTORES CON LOS MENORES DE EDAD QUE REPRESENTAN

El art. 689 CCyC establece que los progenitores no pueden celebrar contrato alguno con su hijo bajo su responsabilidad parental, salvo hacer donaciones al menor de edad sin cargo, y enumera en tal inhabilidad a los contratos traslativos y de partición más relevantes patrimonialmente, aclarando que no lo podrá hacer ni siquiera con autorización judicial, adquirir por compra bienes de sus hijos, ser cesionario de sus créditos, derechos o acciones, hacer partición privada, ni obligar a su hijo como fiador.

El art. 120 CCyC establece que el tutor no puede celebrar contrato alguno con su pupilo hasta la aprobación judicial de la cuenta judicial, aun cuando haya cesado su incapacidad; y determina -como en el caso anterior- que ni siquiera con autorización judicial podrá celebrar contrato con su representado por los mismos actos prohibidos a los progenitores con respecto a sus hijos.

La norma impone a los representantes legales de los menores de edad la incapacidad de derecho para adquirir bienes en sentido amplio. Pero la nulidad se da en interés de los representados, por lo cual será de carácter relativo y por ende confirmable una vez que se extinga la representación legal.

Aun cuando se dude sobre este carácter de la nulidad -y se la interprete como absoluta-, el menor de edad o incapaz, una vez que adquiere plena capacidad, puede ratificar la representación que ejerciera su representante como su hubiere sido una representación voluntaria. El art. 369 CCyC prevé la ratificación del defecto de representación. La falta de representación se da por autorizada con efecto retroactivo al día del acto celebrado.

Más allá de considerarse inválido el acto del representante legal que contrató con su representado (autocontrato), la posterior ratificación como representación voluntaria por el representado, subsana el acto y hace eficaces sus efectos retroactivamente. Este nuevo acto sanea la causa o título del derecho.

La actual técnica legislativa adecuadamente no incluye este supuesto entre las inhabilidades generales para contratar del art. 1002 CCyC, por ser una real prohibición solo para ciertos contratos, y su finalidad no tiende a la protección del interés público sino del individual.

CONGRESOS y JORNADAS

SOBRE LA AUTONOMÍA JURÍDICA Y LA VULNERABILIDAD EN LA VEJEZ*

María Isolina Dabove

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cambios demográficos y derecho de la vejez 3. Capacidad y autonomía de las personas mayores. 4. Restricciones a la capacidad de las personas mayores en situación de dependencia. 5. Una nueva curatela: de la representación a la asistencia y apoyos razonables; 6. Respuestas judiciales emblemáticas: pasado, presente y porvenir. 7. Reflexiones finales. 8. Bibliografía citada.

* El presente trabajo fue presentado en el marco de 2 Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos Humanos, celebrado en la ciudad de La Plata entre el 7 y el 8 de septiembre de 2017. Corresponde al Tema II, "Capacidad jurídica - art. 12 - Reforma argentina. Nuevos roles de operadores jurídicos, equipos interdisciplinarios y actores sociales. Control de convencionalidad".

1) INTRODUCCIÓN

En el mundo jurídico la autonomía puede ser comprendida como aquel espacio individual dentro del cual cada persona ejerce por sí misma el poder sobre su vida y su patrimonio, establece reglas, disposiciones o planes que solo a él se refieren y le permiten proyectarse y desarrollarse, en igualdad de condiciones -aunque sin dañar- a la de los demás. Es el campo de independencia, dentro del cual cada sujeto despliega sus derechos y obligaciones fundamentales, en áreas claramente marcadas por la subjetividad, tales como: la identidad, la vida y la salud, la integridad física y moral, el honor y la propia imagen, la intimidad, las libertades individuales -de circulación, de expresión, la libertad ideológica o de pensamiento, la libertad religiosa y la libertad sexual entre otras- la propiedad y su vinculación con los bienes y cosas, el domicilio, la vivienda y su hábitat (o medio ambiente), el trabajo, la ocupación y la recreación, su relación con los otros sujetos de derecho.

La autonomía es también la esfera de libertad y de oportunidades vitales que le dan consistencia y realidad a nuestra condición de persona. Es el territorio -porción de vida- individual que a cada uno le es posible sostener para sí, coexistiendo con el de los demás, en paridad de condición[1]. Por ello, como veremos en este trabajo, la autonomía se concreta jurídicamente a partir del reconocimiento de la capacidad en calidad de atributo reconocido a toda persona, junto al nombre, al domicilio y al estado.

Desde el marco filosófico de la cultura occidental, la autonomía ha sido siempre concebida como una problemática central. Entre otras razones, por ser la expresión más concreta de los debates en torno al ser humano, a la libertad, a la igualdad y a la fraternidad; a sus derechos y deberes fundamentales; tanto como por su lugar destacado en las teorías contractualistas, que justificaron la consolidación liberal del Estado Moderno. Sea ello como fuere, como sabemos, estos debates alcanzan su punto culminante en la teoría kantiana de la autonomía como principio básico del sistema jurídico (imperativo categórico moral), cuyo presupuesto ineludible ha sido la asunción de un concepto abstracto, formal y pretendidamente universal de la persona[2]. Así, pues, mediante esta perspectiva filosófica el Derecho Continental (europeo y latinoamericano, basado en el Código Civil Francés de 1804) introduce a la autonomía bajo el formato de un "principio general", aplicable principalmente al área de los contratos[3].

Ahora bien, aun cuando este modelo abstracto de la persona y su autonomía resultó funcional a la realidad social y a los criterios de justicia del Derecho Continental -europeo y latinoamericano- del siglo XIX, a comienzos del XX una serie de acontecimientos habían comenzado ya a minar este modelo, para dar paso al escenario crítico y diverso en el cual estamos hoy insertos.

1 DABOVE (2011), págs. 3-27.
2 KANT (1989), págs. 49-84; Kant (1990), págs. 21-32.
3 Nuevo Código Civil y Comercial (CCyC), art. 10, "Abuso del derecho".

Un lugar destacado en este proceso lo ocupan, sin dudas, la revolución industrial y los planteos referidos a la cuestión social de fines de siglo XIX. Pero también, muchos otros tales como: los avances científicos y tecnológicos, los cambios demográficos concomitantes traducidos en el aumento creciente y global de la expectativa de vida, el desarrollo del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, el advenimiento del Estado de Bienestar y el constitucionalismo social del siglo XX, la configuración de Naciones Unidas y el despliegue del proceso internacional de especificación de los derechos humanos de los grupos vulnerables claramente identificados entre sí a partir de 1950. Los procesos de integración regional, la constitucionalización de los derechos humanos y la instauración del actual modelo de Estado Constitucional de Derecho.

Estos fenómenos incidieron claramente en la crisis actual de la perspectiva clásica de la autonomía personal. Pero también fueron estímulos poderosos para la construcción de un nuevo modelo de autonomía personal. Uno, que permita comprenderla en su calidad de enclave y mandato de optimización de los derechos humanos, consensuados por la comunidad en su conjunto.

En el Derecho Privado argentino, el modelo posmoderno de autonomía personal quedó plasmado en el flamante Código Civil y Comercial -CCyC- con la asunción explícita de los derechos humanos en su texto. Así, el art. 1 dispone que: "Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho".

Este trabajo está destinado al desarrollo de un análisis comprensivo de las teorías jurídicas en torno a la autonomía y a la capacidad, concretadas en el marco del nuevo Derecho Privado argentino. Pero esta lectura se hará a la luz de una perspectiva particular: la problemática jurídica de la vejez; fenómeno inédito, creciente, altamente ambiguo y complejo. Se analizará, a tal fin, el régimen jurídico argentino referido a la autonomía de las personas mayores en situación de dependencia, como parte integrante del Derecho de la Vejez. Se abordará también la comprensión del sistema jurídico nuevo de la capacidad, la curatela y los sistemas de apoyo, aplicables a las situaciones de dependencia que afecte a las personas mayores. A tal fin, se utilizará el marco de análisis ofrecido por la teoría tridimensional del Derecho, razón por la cual se estudiará la perspectiva normativa, sociológica y valorativa de nuestro campo[4].

4 Goldschmidt (1987), págs. 18-43; Ciuro Caldani (2011), págs. 9-23; Ciuro Caldani (2007), págs. 39-45; Ciuro Caldani (2000), págs. 7-28.

En el marco de las fuentes normativas, junto al nuevo CCyC, se atenderá de manera especial a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (26.378), a la Ley de los Derechos de los Pacientes (26.529) y a la Ley de Salud Mental (26.657). También se considerará la Convención interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores -CADPM- aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio de 2015[5], y el actual desarrollo de la Convención internacional de derechos humanos de las personas mayores de Naciones Unidas iniciado en diciembre de 2010[6].

Desde el plano sociológico de estas instituciones, se evaluará el panorama evolutivo de la jurisprudencia argentina. Se indagarán, por último, las razones valorativas que legitiman el respeto de la autonomía de la voluntad y a los derechos humanos de las personas que transitan su vejez y su grado de cumplimiento legal y jurisprudencial. Por último, se señalarán algunas recomendaciones jurídicas que pueden ser de utilidad para el proceso de elaboración de la Convención internacional de derechos humanos de las personas mayores, actualmente en curso.

2) CAMBIOS DEMOGRÁFICOS Y DERECHO DE LA VEJEZ

Como nunca antes había sucedido, el siglo XX nos legó la posibilidad cierta de perdurar, tal como lo acreditan los altos índices demográficos de esperanza de vida[7]. A punto tal que hoy, siglo XXI, el envejecimiento poblacional es considerado un fenómeno global y multigeneracional[8]. En anteriores investigaciones[9] hemos destacado que el proceso de envejecimiento actual está caracterizado por un aumento generalizado y sostenido de la expectativa de vida en todo el mundo y la feminización de la vejez, por la menor mortalidad de las mujeres mayores de la actualidad. La ampliación cronológica de la vejez, como último estadio de la vida, con una duración promedio de 20 años para cada persona. La existencia simultánea y en expansión, de dos generaciones envejecidas, no siempre vinculadas por lazos de parentesco.

Ahora bien, respecto de la capacidad en particular, la vejez supone una serie de modificaciones a nivel físico, psíquico y ocupacional de la persona, que se traducen en un cambio en la autovaloración, en su relación con la sociedad y, principalmente, en su inserción familiar[10]. Esta situación suele dar lugar a crisis

5 OEA, Asamblea General (2015).
6 ROQUÉ (2015), págs. 67-73.
7 OMS (2015); Naciones Unidas, CEPAL (2009); Instituto Nacional de Estadística y Censos (Argentina) (2013).
8 DABOVE (2008), págs. 39-54; Dabove (2013), págs. 138-148; Lesson (2009a), págs. 102-124; Lesson (2009b), págs. 47-67; Lesson (2011).
9 DABOVE et al. (2015), págs. 11-14.
10 DABOVE et al. (2015), págs. 75-85.

de identidad denominada "gerontolescencia" con consecuencias no siempre positivas para la persona mayor aun cuando sea transitoria en el tiempo[11]. Así, aunque la persona (o un grupo poblacional) viva una vejez normal o "no patológica", en este estadio no siempre es posible ejercer con plenitud todas las potencialidades que en ella están implícitas. No siempre le es factible a la persona mayor el acceso a un conjunto de condiciones que le aseguran algún tipo de equilibrio bio-psico-social, apto para el desarrollo de sus planes de vida. No es habitual, en definitiva, que pueda disfrutar de su autonomía personal, del marco de libertad básico para el ejercicio de sus derechos y obligaciones y para su desarrollo vital, en igualdad de condiciones con todos los demás. Es, pues, este escenario ambivalente el que coloca a las personas de edad avanzada en una posición jurídica desventajosa, siempre "en riesgo" de ser lesionados física o moralmente; de ser privados, en suma, del espacio necesario para el ejercicio de la autonomía de la voluntad[12].

Simultáneamente, sobre este escenario se fue configurando una nueva especialidad de carácter transversal, denominada Derecho de la Vejez (o Derecho de la Ancianidad), destinada al estudio de la condición jurídica de las personas mayores, de 60 años en adelante[13]. Su objeto consiste en identificar y comprender la situación jurídica de las personas mayores en el Derecho interno, regional e internacional. Pero, además estudia las herramientas jurídicas de intervención a ser utilizadas respecto de las situaciones de aminoración, vulnerabilidad, discriminación, inestabilidad y/o abusos en general, que puedan padecer estos sujetos, por el hecho de ser "viejos".

Como ya lo hemos señalado en otras oportunidades, esta rama se articula en base al paradigma de los derechos humanos, de cuyos precedentes cabe destacar la Resolución de la Asamblea Mundial de Naciones Unidas sobre el Envejecimiento, celebrada en Viena en 1982. Así como también, los Cinco principios de Naciones Unidas a favor de las personas de edad de 1991 y la primera fuente normativa importante; la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos de las personas mayores (CADPM), aprobada por la Asamblea General de la en el marco de la Organización de Estados Americanos –OEA, el 15 de junio de 2015[14]-.

La capacidad, la autonomía y la atención a las personas mayores en situación de dependencia constituyen problemas relevantes que atraviesan todos los ejes del Derecho de la Vejez. Más aún, la propia CADPM, en su art. 7 establece que: "Los Estados Parte en la presente Convención reconocen el derecho de la persona mayor a tomar decisiones, a la definición de su plan de vida, a desarrollar una vida autónoma

11 KALACHE, A. (2013), pág. 18.

12 HERRERA PONCE et al. (2016), págs. 39-64.

13 DABOVE et al. (2015), págs. 9-44; DABOVE (2013), págs. 138-148; DABOVE CARAMUTO y PRUNOTTO LABORDE (2006), págs. 9-58; DABOVE (2002), págs. 415-461.

14 OEA, Asamblea General (2015).

e independiente, conforme a sus tradiciones y creencias, en igualdad de condiciones y a disponer de mecanismos para poder ejercer sus derechos".

En este estudio se analizará la problemática de la discriminación por edad y la vulnerabilidad en relación a la capacidad jurídica; junto a la cuestión de la autodeterminación de las personas mayores y al ejercicio de sus derechos humanos.

3) CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES

En el Derecho argentino, la capacidad es un elemento constitutivo de la autonomía y de la posición que cada persona puede adoptar dentro del sistema jurídico; es decir, de su condición de sujeto de derechos y obligaciones[15]. De modo tal que, por su intermedio, cada persona construye su autonomía y despliega su vida produciendo, *actos jurídicos*[16]. En suma, genera "hechos humanos voluntarios, lícitos, que tienen por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de relaciones o situaciones jurídicas" (art. 259 nuevo CCyC)[17].

A) CONCEPTO Y EVOLUCIÓN DE LA CAPACIDAD EN EL DERECHO ARGENTINO.

La capacidad es un atributo de la personalidad complejo, razón por la cual puede ser analizada en términos fácticos, normológicos y valorativos[18]. Desde el plano fáctico, la capacidad es la *competencia* o habilidad concreta y real de comprensión, decisión y acción que el Derecho reconoce a todas las personas por igual, respecto de su esfera de libertad individual. Normativamente, la capacidad es también condición y fundamento de la autonomía individual y se define en el Código Civil y Comercial Argentino como la *aptitud* de toda persona (física o jurídica) para adquirir derechos y contraer obligaciones (art. 22 del nuevo CCyC)[19]. Reconocimiento que se justifica en términos valorativos, por ser cada persona un fin en sí[20].

15 RAJMIL y LLORENS (2015), págs. 89-117; Fernández (2012), págs. 139 a 163.
16 CIFUENTES (2004), págs. 46-114; Zannoni (2013), págs. 24-45.
17 CC, art. 944.
18 DABOVE et al. (2015), págs. 103-116.
19 CCyC, art. 22: Capacidad de Derecho. "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La Ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados".
20 RAJMIL y LLORENS (2015), págs. 89-117; Tobías (2009) págs. 97-137.

El Derecho Privado Argentino reconoce dos tipos de capacidad: a) la capacidad de derecho[21], es decir, la facultad de la persona para ser titular de derechos y obligaciones; y b) la capacidad de ejercicio, que se refiere a la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones por sí mismo. En relación a las personas humanas[22] a las que nos vamos a referir en este trabajo, la capacidad plena (de derecho y de hecho) se adquiere además de manera progresiva hasta alcanzar la mayoría de edad a partir de los 18 años[23]. Pero, una vez obtenida, no se pierde por el simple transcurso del tiempo. Sólo causas graves, o situaciones que pongan en riesgo su vida o patrimonio, pueden dar lugar al establecimiento de restricciones a la capacidad, respecto de las cuales los jueces son los únicos habilitados para pronunciarse en su favor (art. 32 del nuevo CCyC)[24]. Así, pues, la capacidad continúa siendo "regla", incluso para la persona envejecida[25].

No obstante, en Argentina, el régimen de la capacidad tuvo una importante evolución desde 1869 a nuestros días, pudiendo reconocerse en este proceso cinco hitos importantes. Dos de ellos tuvieron lugar antes de la última reforma de la Constitución de 1994. Los otros, en cambio, se produjeron a partir de la adopción de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)[26]. Convención que, por su jerarquía constitucional[27], obliga al resto de las fuentes jurídicas (códigos, leyes, nacionales provinciales o locales, sentencias, etc.) a adecuar su contenido a lo que en ella se establece[28].

El primer logro relevante en esta materia se produce en 1869, al sancionarse la Ley 340 que aprueba el Código Civil. Por esta vía se estableció el régimen jurídico general relativo a las personas (la capacidad y la incapacitación) y a los hechos y actos jurídicos dentro de los cuales se regula la voluntad -el discernimiento, la intención y la libertad-; entre otros. El Código entró en vigencia para toda la República Argentina a partir del 1 de enero de 1871.

El segundo momento importante sucede en 1968, con la sanción la Ley 17.711 que reforma el viejo Código e incorpora, además, la figura de la inhabilitación en el art. 152 bis CC.

---

21 CCyC, art. 22.

22 CCyC, art. 23: "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

23 CCyC, art. 25: "Menor de Edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años".

24 CCyC, art. 32: "Personas con capacidad restringida y con incapacidad".

25 DABOVE (2012) págs. 361-384; Dabove Caramuto y Prunotto Laborde (dirs) (2006), págs. 70-85.

26 ONU, asamblea general (2006).

27 Desde el 2014, esta Convención tiene jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 cn).

28 Ver también: ONU, Asamblea General (1969/1980). Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados. Art. 27.

El tercer cambio se generó en el año 2009 con la aprobación de la Ley 26.579, vigente desde el 1 de enero de 2010. Allí se estableció la disminución de la edad para el acceso a la capacidad plena -o mayoría de edad-, de los 21 a los 18 años, adecuándose a la Convención Internacional de Derechos del Niño, constitucionalmente válida desde 1994.

El cuarto paso se configuró por la sanción de la Ley 26.378 de 2008 que aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y la posterior entrada en vigor de la Ley de Salud Mental, N° 26.657, en el año 2010/2011. Con esta última se modificó el viejo Código Civil, especialmente en relación al sistema de restricciones a la capacidad causadas por padecimientos en la salud mental (art. 152 ter).

Por último, entre los logros más recientes del Derecho Argentino, se destacan, de un lado, la sanción del nuevo CCyC, vigente a partir del 1° de agosto de 2015. De otro, la aprobación de la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores CADPM, el 15 de junio de 2015, adherida ya por Argentina.

El nuevo Código incorpora, entre otras cuestiones, los principios relativos a la autonomía personal, a la capacidad jurídica como regla general y a los instrumentos de apoyo, asistencia y salvaguarda, previstos en la CDPD[29]. De modo tal que, por su intermedio, se logra dar cumplimiento –al menos, normativo- a la Primera Observación General de la ONU, vertida por el Comité para la supervisión de la aplicación de los Estados parte de esta Convención, que trata sobre el alcance y significado del art. 12, los sistemas de apoyo y salvaguardias[30].

Ahora bien, conforme a la premisa establecida en el art. 2° del CCyC que reclama la interpretación sistemática de este Código con las Convenciones de Derechos Humanos, en el Derecho argentino se introduce el modelo social de la discapacidad[31]. Modelo desde el cual se considera que todas las personas con discapacidad -incluso aquellas que padecen deficiencia mental-, tienen derecho a que el Estado les reconozca su capacidad jurídica, en igualdad de condiciones con todas las demás, acorde a los arts. 1; 3; 5 y 12 de la CDPD. Pero, además, en esta misma dirección, se rechaza categóricamente cualquier restricción a la capacidad jurídica que implique la sustitución de voluntad en forma genérica o expansiva[32].

---

29 *United Nations. Committee on the Rights of Persons with Disabilities* (2012) (2014).

30 ONU, asamblea general (2006). Art. 12 y ONU. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014).

31 Preámbulo de la CDPD. ONU, asamblea general (2006); PALACIOS (2008) págs. 103-167. En relación a la aplicación jurisprudencial del concepto del modelo social de la discapacidad ver la Sentencia de la CSJ de México (2013).

32 Abandona el fundamento proteccionista, que irradia afectación de otros derechos tanto patrimoniales como personales. Al respecto ver, Cuenca Gómez (2014) págs. 1-20.

El CCyC, pues, adopta los principios de la autonomía personal y la igualdad, como base para la articulación de la capacidad, de los derechos y de los deberes, referidos a las personas en situación de discapacidad. Así como también profundiza el alcance de las instituciones jurídicas relativas a este campo que ya habían sido puestas en marcha por la Ley Nacional de Salud Mental, algunos años antes que el CCyC[33].

En el Capítulo 2 del Libro Primero, el nuevo Código establece una Sección inicial destinada a los "Principios Generales" en materia de capacidad (art.22 al 25). En su Sección Tercera, el art. 31 determina las reglas generales a ser aplicadas en todos los supuestos de restricción a la capacidad (capacidad restringida, incapacidad e inhabilitación). Concretamente, expresa que: "La restricción al ejercicio de la capacidad jurídica se rige por las siguientes reglas generales: a. la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial; b. las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona; c. la intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial; d. la persona tiene derecho a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión; e. la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios; f. deben priorizarse las alternativas terapéuticas menos restrictivas de los derechos y libertades".

A su vez, a partir de estos Principios, el nuevo Código determina y condiciona las facultades judiciales para restringir la capacidad; determina las personas legitimadas para iniciar la acción; regula las medias cautelares y el procedimiento posterior. Señala el alcance de la sentencia respectiva y la obligación de su inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas (de alcance nacional). Impone al juez interviniente, asimismo, el deber de mantener contacto personal con el presunto incapaz durante todo el proceso, conforme el principio general de maximizar el respeto de la autonomía personal.

4) RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA

El nuevo CCyC reconoce tres tipos de situaciones limitantes de la capacidad de ejercicio: la capacidad restringida[34], la inhabilitación[35] y la incapacidad (o interdicción)[36].

33 OLMO (2014) págs. 27-42.
34 CCyC, art. 32.
35 CCyC, art. 48: "Pródigos." Inhabilitación.
36 CCyC, art. 24: "Personas incapaces de ejercicio". Art. 32 *in fine*.

a. La capacidad restringida puede ser establecida por ley o por vía judicial, en los supuestos de deterioros cognitivos que afecten áreas importantes de la autonomía personal (su vida y/o su patrimonio).[37] Desde el punto de vista ius-sociológico, estas limitaciones sólo pueden ser determinadas siempre que la persona padezca deficiencias significativas en su voluntad, sin que ellas interfieran completamente en su discernimiento. En este sentido, el art. 32 establece que: "El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes"[38]. Desde el plano valorativo, en este artículo se observa un avance respecto del anterior sistema, toda vez que incorpora nuevos y mejores instrumentos de solución. En particular, el nuevo CCyC señala que el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el art. 43, especificando las funciones de acuerdo a las necesidades y circunstancias de la persona. Igualmente, estos apoyos deberán promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

La Convención Interamericana, por su parte, refuerza esta misma perspectiva del CCyC al establecer la temporalidad y especificidad de las sentencias que dispongan salvaguardias para el ejercicio de la capacidad de la persona mayor. También ordena que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte del órgano o autoridad judicial –art. 30 CADPM-.

b. La inhabilitación -introducida en 1968 en el Derecho Argentino sobre un campo más amplio-, ahora solo puede ser establecida respecto de los pródigos. El art. 48 expresamente dice que: "Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes". En semejanza con las restricciones a la capacidad, la inhabilitación sólo puede ser determinada por un juez; quien, en su sentencia, deberá individualizar y especificar las decisiones y actos jurídicos que requerirán asistencia y apoyo personal para lograr su validez (CCyC, arts. 49 y 50). De modo tal que, por su intermedio, se intentará el logro de una aspiración valorativa importante: la protección y empoderamiento de

37 OLMO (2016) págs. 17-70; Olmo (2017) págs. 195-254.

38 Un importante antecedente normativo de este supuesto ha sido el art. 152 bis del Código Civil velezano.

la vida independiente de la persona en cuestión y el amparo de todos aquellos que se vinculen con ella.

c. La incapacidad, por su parte, ha quedado convertida, ahora, en una medida judicial absolutamente excepcional, que puede ser adjudicada a una persona en caso de que ella padezca un deterioro cognitivo de tal gravedad que le obstruya casi completamente la expresión de su voluntad[39]. Así, desde una perspectiva fáctica, el problema desencadenante de esta decisión es la falta de competencia total para actuar por sí mismo. En tanto que, su consecuencia práctica, será la pérdida de su capacidad de ejercicio y el desplazamiento de su voluntad por un curador, quien actuará en calidad de representante legal respecto de actos jurídicos determinados. Mas aún, de acuerdo a la Convención Interamericana y a la Ley de Salud Mental, la sentencia deberá establecerse por un período de tiempo concreto (de tres años) y tendrá que especificar los actos para los cuales la participación directa del incapacitado resulta totalmente prohibida[40]. Desde un enfoque valorativo, la incapacidad es el último recurso que un juez puede utilizar para proteger la dignidad y la autonomía de quien no tiene margen para hacerse cargo de sí mismo, de ninguna manera (es el caso, por ejemplo, de alguien que se encuentra en estado vegetativo).

En la vejez, las restricciones a la capacidad de obrar están vinculadas a las tres situaciones previstas en el nuevo CCyC. Sin embargo, las más frecuentes e importantes son aquellas causadas por deterioros cognitivos, ya sean graves -Alzheimer avanzado, demencias seniles, etc.- o bien, supuestos más leves de padecimiento mental o cuadros de alcoholismo y adicciones. La prodigalidad de las personas mayores también suele ir asociada a deterioros cognitivos (CCyC, arts. 24; 32 y 48[41]).

Por otra parte, también cabe subrayar que, con asiduidad, las personas (y los jueces) suelen confundir situaciones restrictivas de la capacidad con la "gerontolescencia" o crisis bio-psico-social de identidad, cuyos síntomas desencadenan conflictos afectivos, familiares y sociales, que impactan en la esfera patrimonial y en la autoestima[42]. En el inicio de la vejez, es común que las personas mayores se vean literalmente impotentes de ejercer por sí mismos sus derechos por la situación de alta vulnerabilidad y "forzada discapacidad"[43], a la que los someten los prejuicios culturales y las prácticas viejistas. También afecta su identidad, las

39 CCyC, arts. 24 y 32.

40 CC, art. 152 ter: "Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de tres (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible". (Artículo incorporado por art. 42 de la Ley N° 26.657 B.O. 3/12/2010.

41 ZANNONI et al. (2015) págs. 39-45.

42 IACUB (2011) págs. 14-97.

43 BACH (2012) págs. 55-107.

situaciones de abandono familiar, la reducción de los ingresos por causa de la jubilación o el cese de la relación laboral, la pérdida de afectos, rutinas y costumbres, la falta de vivienda o la desprotección en materia de salud, entre otros[44].

Así, las demandas judiciales de revisión de la capacidad interpuestas abusivamente -es decir: con el propósito real de usar coercitivamente estas instituciones a fin de lograr intervenir en la administración o en el manejo de los bienes-, alteran la salud mental de las personas mayores. Son igualmente discriminatorias y "aminorantes", las decisiones judiciales que continúan considerando a la vejez (senectud) una enfermedad (senilidad), la falta de contacto directo de los jueces con la persona en cuestión; o bien, la desconsideración judicial del criterio de gradualidad, a la hora de establecer las restricciones para el caso[45]. Para contrarrestar estos escenarios negativos, en su art. 35, el CCyC ha previsto que los jueces tienen la obligación de realizar entrevistas personales al procesado por restricción a la capacidad, garantizar la accesibilidad e implementar los ajustes razonables que el caso requiera[46].

5) UNA NUEVA CURATELA: DE LA REPRESENTACIÓN A LA ASISTENCIA Y APOYOS RAZONABLES

Conforme a la tradición jurídica romanista, la curatela es un instituto tuitivo que tiene por finalidad el resguardo del bienestar, salud y/o patrimonio de una persona mayor de edad, cuyos deterioros cognitivos o volitivos, le impiden hacerlo por sí misma[47]. Ahora bien, a consecuencia de la CDPD esta figura ha experimentado una serie de transformaciones que habilitaron un uso más flexible y adecuado a las necesidades de la persona asistida. Comprende, así, tanto las tareas de representación, como la de asistencia y otorgamiento de apoyos razonables[48].

En Argentina, el art. 138 del CCyC señala que la principal función del curador consiste en el cuidado de la persona y los bienes del sujeto restringido en su capacidad, inhabilitado, o incapaz, y en la tarea de recuperación de su salud, para

44 DI TULLIO BUDASSI (2012) págs. 23-37.

45 DABOVE (2012) págs. 361-384.

46 CCyC, art. 35.- "Entrevista personal. El juez debe garantizar la inmediatez con el interesado durante el proceso y entrevistarlo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquél. El Ministerio Público y, al menos, un letrado que preste asistencia al interesado, deben estar presentes en las audiencias". Garrido Cordobera et al. (2015) págs. 51-52; Sobre la evolución legislativa y jurisdiccional puede verse: olmo (2014) págs. 261-280.

47 FERNÁNDEZ MELE y goizueta (2012) págs. 130-144; DAYTON (2014) págs. 247-271; Frolik y Kaplan (2003) págs. 251-272.

48 OLMO (2014) págs. 293-303.

lo cual debe destinar las rentas de los bienes de su asistido[49]. Pero, además, se reconocen varios modelos para su ejercicio. Dispone la posibilidad de establecer para el curado, o bien su representación, o bien una asistencia personal, apoyos, o salvaguardas, razonables. Estas asistencias pueden ser válidas solo durante la tramitación judicial (*ad litem* o provisorias); definitivas (a partir de la sentencia); pueden tratarse de medidas de protección de la persona; de los bienes, o la curatela completa (si estas últimas funciones recaen en una misma persona), conforme a los arts. 32-43; 100-140 del CCyC[50].

No obstante, y tal como era en el viejo sistema, en la actualidad estas curatelas sólo pueden establecerse por vía judicial, con la novedad de permitir también su ejercicio compartido, mediante designación de una o más personas para cumplir esta función (CCyC, arts. 138 y ss.[51]). Así, el juez interviniente tiene a su cargo la responsabilidad de evaluar y decidir cuál es el tipo de asistencia y/o representación más adecuada y razonable para la persona en cuestión. Por ello en esta instancia, la etapa probatoria de su salud mental es clave y fundamento de esta decisión.

La evolución de la capacidad en Argentina, favorable al reconocimiento máximo de la autonomía personal, incidió notablemente tanto en la regulación jurídica de la propia curatela, como en la de las pruebas de los deterioros cognitivos.

Dentro del *sistema previo a la Convención de derechos de las personas con discapacidad (CDPD)* y al CCyC argentino, acreditados los supuestos para la restricción, el juez designaba un curador que tenía por misión asistir a la persona en aspectos específicos de su vida. A diferencia del curador de un incapaz absoluto, el curador del inhabilitado no tenía tampoco entonces, funciones de representación sino de asistencia, pudiendo actuar solo de manera conjunta o complementaria a la actuación de la persona inhabilitada. El ámbito de actuación también era diferente pues, mientras el curador de una persona incapaz la representaba en todos los actos de la vida civil, el curador de la persona inhabilitada sólo la asistía cuando realizaba actos relevantes con contenido patrimonial. Al mismo tiempo, el curador podía ser encargado de otras funciones tales como: garantizar que la persona reciba atención de salud; realizar actos patrimoniales de menor importancia; o bien, efectuar actos de conservación del patrimonio, si la persona no estaba en condiciones de llevarlos a cabo en forma autónoma.

49 CCyC, art. 138: "Curatela. Normas aplicables. "...La principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes de la persona incapaz, y tratar de que recupere su salud. Las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas preferentemente a ese fin". Garrido Cordobera et al. (2015) págs. 168-171.

50 CLUSELLAS et al. (2015) Tomo I, págs. 92-93.

51 CCyC, art. 138. GARRIDO CORDOBERA et al. (2015) págs. 168-171.

Con la CDPD, en cambio, todo el régimen de la curatela se flexibilizó a favor de su reconocimiento como instrumento de salvaguardia o apoyo. En esta dirección, muy esclarecedoras resultan tanto la doctrina de Costa Rica[52], como la interpretación de la Convención de la Corte Suprema de Justicia de México, sobre la necesidad de entender a la curatela en calidad de sistema asistencia en la toma de decisiones[53]. Junto a lo cual, en materia derecho de la vejez, cabe resaltar los postulados de la "Declaración de Río" de octubre de 2013, en relación a los cuidados de las personas mayores[54].

En suma, el Derecho de fondo consagró garantías para que la persona en cuestión no se vea forzada a renunciar totalmente a su vida independiente y pueda ejercer el mayor grado de "autotutela o autoprotección" a su alcance (arts. 138 a 140 CCyC)[55]. Razón por la cual, la clásica sustitución de voluntad del curador ha quedado reducida medida de excepción (art. 32 del CCyC)[56].

6) RESPUESTAS JUDICIALES EMBLEMÁTICAS: PASADO, PRESENTE Y PORVENIR

Tal como hemos advertido en anteriores investigaciones[57], en la vejez es común observar diferentes formas de vulnerabilidad entre las cuales se destacan los pedidos judiciales abusivos de restricción a la capacidad. Estas pretensiones acostumbran invocarse por causa de deterioros cognitivos, alcoholismo, adicciones, prodigalidad. Pero también, en situaciones de "debilidades decisionales" basadas en prejuicios "viejistas" que asocian edad avanzada a proceso involutivo personal[58]. En esta ocasión, sin embargo, vamos a resaltar aquellas *buenas prácticas* generadas al amparo del antiguo Código, que han abierto el camino judicial al nuevo paradigma de la autonomía de la voluntad del nuevo CCyC. Para ello vamos a considerar los fallos en la materia establecidos con anterioridad a la CDPD y los posteriores a su incorporación al Derecho interno argentino.

Del período anterior a la CDPD y al CCyC argentino, cabe destacar varios fallos en relación a cuatro temas de especial relevancia para el Derecho de la Vejez

52 ALVAREZ RAMÍREZ y VILLARREAL ARROYO (2010) págs. 168-227.
53 SCJ de México (2013), págs. 63-64.
54 *Rio Declaration* (2013).
55 ALVAREZ RAMÍREZ y Villarreal Arroyo (2010) págs. 168-227; CSJ de México (2013) págs. 65-66.
56 CCyC, art. 32. Ver: GARRIDO CORDOBERA et al. págs. 52-54.
57 DABOVE (2012) págs. 361-384.
58 "La expresión del inc. 2° plantea, además, la cuestión de la eventual inclusión en su ámbito de las denominadas "debilidades decisionales", como la vejez o la ignorancia…" en Tobías (2003) pág. 346.

en este campo. El primero se refiere a la necesidad de distinción entre la vejez normal, respecto de la patológica. El segundo se vincula con la importancia del contacto personal de los jueces con la persona en cuestión durante la tramitación del juicio. El tercero considera la cuestión de la gradualidad de las restricciones a la capacidad y el cuarto a la curatela compartida. De la etapa posterior a la CDPD solo encontramos algunos fallos que amplían esta línea jurisprudencial.

1. SOBRE LA NECESIDAD DE DISTINCIÓN ENTRE LA VEJEZ NORMAL, RESPECTO DE LA PATOLÓGICA

En este contexto cabe destacar la importancia del precedente "F. de G.B., A.C. s/ inhabilitación", establecido por el fallo de la Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, Sala D, del 22 de junio de 1982. Estaba referido a la necesidad de distinguir entre la vejez normal de la senil o patológica para dar lugar a la inhabilitación solicitada[59]. El decisorio, objeto de comentario de Josefa Méndez Costa[60], concluyó que si bien la vejez trae aparejado un deterioro físico, el anciano puede conservar intactas y aún enriquecidas por la experiencia, sus facultades mentales. "Ni la actitud básica de comprensión -el discernimiento- ni la adquirida razonabilidad de los juicios, ni la posibilidad de exteriorizar las resoluciones mediante su manifestación disminuyen por el solo transcurso de la vida, sin perjuicio de que deterioros de estos tipos se dan frecuentemente en los ancianos". Esta decisión judicial resalta la importancia de distinguir la "senectud" o simple ancianidad -envejecimiento normal- de la "senilidad patológica" o calificada senilidad.

Esta última daría lugar a la interdicción o inhabilitación -en términos del CC-, o a la restricción en la capacidad la incapacidad y la inhabilitación previstas en el nuevo CCyC. Los prejuicios que imperan en torno a la vejez, han contribuido a la asociación de esta etapa de la vida con el deterioro físico y mental. En este punto, consideramos que la CDPD, al establecer en el art. 2 una serie de definiciones, colaborará sin dudas a desterrar el binomio vejez-discapacidad. Respecto al proceso de "envejecimiento", la Convención entiende que se trata de un "proceso gradual que se desarrolla durante el curso de vida y que conlleva cambios biológicos, fisiológicos, psico-sociales y funcionales de variadas consecuencias, las cuales se asocian con interacciones dinámicas y permanentes entre el sujeto y su medio". A la vez que deja en claro que el concepto de vejez es una construcción social.

Por suerte, esta misma consideración fue continuada en el 2009, en el caso "S., L. F.; D., F. y P. s/ incapacitación". Allí, la sentencia vuelve a poner de resalto con gran ejemplaridad, que la vejez por sí sola no puede convertirse en causal de

59 Cámara Nacional Civil de Buenos Aires, Sala D, junio 22-1982, La Ley 1983-A, págs. 313-316.
60 MÉNDEZ COSTA (1983) pág. 312.

inhabilidad o insania. En este caso, la justicia de grado desestimó la demanda de inhabilitación solicitada por la hija de un hombre de noventa años fundada en las grandes sumas de dinero que su padre gastaba en su vida cotidiana. La Cámara consideró que "el hecho de que pretenda disponer de una suma considerable de dinero mensualmente para sus gastos no configura un acto de absurdo en el manejo de sus negocios y finanzas, en tanto no es irracional que pretenda tener un estándar de vida sin sobresaltos mientras no comprometa su capital ni absorba la totalidad de sus utilidades. Por último, resalta que las dolencias y afecciones propias de la edad avanzada, no pueden convertirse por sí solas en fuente de disminución de la capacidad civil"[61].

En el 2010, se estableció otro fallo emblemático sobre esta materia, en "E. de R., N. s/ incapacitación". En este caso, un hijo solicitó la interdicción de su madre, alegando una patología en razón de la supuesta dilapidación de sus bienes. En primera instancia se rechazó el pedido y la Cámara confirmó aquella sentencia. Los jueces argumentaron que en la mujer no se verificaba patología alguna y que tampoco se había logrado demostrar de modo fehaciente la propia dilapidación de bienes que se invocaba como síntoma de demencia. En este sentido, la Cámara enfatizó que "la ancianidad como proceso fisiológico normal, no excluye la salud. No puede entenderse, entonces, que no gozan de ella personas en quienes la ciencia médica no registra modos de ser anormales en relación a su edad. El temor de que el anciano no haga buenos negocios, como cualquier persona, no tiene su remedio en la inhabilitación, si ello no resulta de un estado patológico"[62].

2. IMPORTANCIA DEL CONTACTO PERSONAL DE LOS JUECES CON LA PERSONA EN CUESTIÓN DURANTE LA TRAMITACIÓN DEL JUICIO

Un ejemplo relevante de buena práctica jurisprudencial sobre la importancia del contacto personal de los jueces con el presunto inhabilitado lo constituye el fallo de la Cámara Nacional Civil Sala G, del 4 de diciembre de 1980, en "M. M.P. de V. s/ inhabilitación". Aquí, por primera vez, se reconoce enfáticamente la importancia del contacto personal del juez con el presunto incapaz o inhábil como clara garantía del derecho de defensa y del derecho a ser oído, de toda persona mayor[63]. En este caso, un hijo pretendía la declaración de inhabilidad de su madre añosa, fundada en la disminución psíquica de ésta como consecuencia de su avanzada edad (art. 152 bis inc 2°) y en su supuesta prodigalidad (art. 152 bis inc. 3°).

61 Cámara Apelaciones Civil y Comercial de Junín, 22/09/2009, S., L. F., D F y P, La Ley, enero, 2010, pág. 214.

62 Cámara Nacional Civil, sala, 01/06/2004, E. de R., N., La Ley 18/08/2004, pág. 10.

63 Cámara Nacional Civil, sala G, 04/12/1980, M.P. de V., M., La Ley 1981-B, pág. 26.

Así, el juez de cámara tomó contacto personal con la demanda en varias ocasiones. Constató así de manera directa que la mujer conservaba intactas las facultades mentales para poder seguir llevando adelante actos de la vida cotidiana sin necesidad de un curador. De modo tal que desestimó la demanda y no le otorgó credibilidad a las conclusiones de la pericia médica que daban cuenta de lo contrario[64].

Este fallo fue visionario de lo que sería, casi treinta años después, el desarrollo del nuevo paradigma de la discapacidad, contemplado en la CDPD y en el CCyC. El magistrado, luego de mantener entrevistas personales con la anciana, desestima las conclusiones de los peritos médicos y arriba a la solución de que la presunta insana podía seguir llevando adelante actos de su vida cotidiana sin necesidad de un curador. El magistrado apoya esta decisión advirtiendo que la anciana se había rodeado de personas de su confianza a fin de delegarles determinados asuntos de mayor complejidad –adelantándose así a la noción actual de la figura de los apoyos, contemplada en la CDPD, la Ley de Salud Mental 26.657, el CCyC, y en la recientemente aprobada Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores -CADPM, art. 30[65]-.

3. GRADUALIDAD DE LAS RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD

Acerca de la necesidad de graduar las restricciones a la capacidad ya venía dictaminándose desde 1985, tal como se acredita en emblemático fallo de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones, sala C, del 12 de agosto de 1985, en el caso "J.L. del V. s/ inhabilitación"[66]. En este juicio se subrayó la necesidad de contemplar la gradualidad de las incapacidades, no restringiendo las aptitudes de la persona más allá de lo estrictamente necesario y siempre, en miras de su protección. Así, en este caso sobre rehabilitación del insano, se puso de relieve que en cada fallo es posible establecer los actos que la persona puede realizar y aquellos que no está en condiciones de asumir. La justicia se expidió de esta manera ante una petición realizada por la directora de la Clínica Psiquiátrica donde se encontraba internado el declarado incapaz. La directora solicitó autorización al juez para que el incapaz pudiese ser empleado contratado del establecimiento que ella dirigía, argumentando y probando los beneficios que esa actividad laboral reportaría para aquel.

64 El magistrado tuvo una entrevista personal con la anciana, en la cual la variedad de temas tratados, la amenidad y riqueza de sus expresiones, la coherencia de sus manifestaciones, rechazan terminantemente la idea de que se tratara de un débil de espíritu. Ver: Cámara Nacional Civil. Sala G., diciembre 4-1980, La Ley, Buenos Aires, T. 1981-B, págs. 23-36.

65 Ver art. 30 de la cadpm. OEA. asamblea general (2015).

66 Cámara Nacional de Civil Apelaciones, sala C, 12/08/1985, Del V., J. L., La Ley 1985-E, pág. 47.

Los jueces de la Cámara resolvieron favorablemente a la petición, argumentando que la declaración de incapacidad de una persona no puede basarse exclusivamente en razones médicas; pues, "no es posible menospreciar la historia de vida del incapacitado, ni los relieves de su medio social inmediato. Si un enfermo mental crónico en proceso de rehabilitación y resocialización, no está en condiciones de casarse, de vivir solo, de reconocer hijos, de vender bienes, etc., pero sí está en condiciones de trabajar como cadete en la clínica donde está internado, de recibir un sueldo y de administrarlo, sin ningún riesgo, y no se le permite hacerlo, la protección se transforma en represión enfermante, en frustración de una recuperación"[67].

En una postura semejante a la que inspiró al fallo anteriormente citado, se enrola el caso "L., C. y Otros s/ incapacitación"[68]. El curador de una persona declarada incapaz, acude a la justicia para solicitar se autorice al interdicto a manejar pequeñas sumas de dinero, provenientes de su pensión. La cámara concluyó que "si la finalidad primordial de la curatela radica en que la persona declarada incapaz recupere su capacidad o que pueda gobernar su persona y administrar sus bienes, no puede ignorarse la decisiva importancia que tiene la posibilidad de que maneje por sí los ingresos que percibe"[69].

En estos precedentes encontramos un ejemplo del beneficio que significó para la persona lograr una sentencia que marque claramente la extensión de la medida limitativa de la capacidad. Tres décadas después, el espíritu de estas sentencias puede verse reflejado en una legislación que contempla la regla de que las declaraciones judiciales que restrinjan la capacidad deberán especificar las funciones o actos que se limitan –conforme se establece en la CDPD, Ley de Salud Mental y CCyC-.

La CADPM se enrola en esta concepción al prever, en el art. 30, que "los Estados Parte reconocerán que la persona mayor tiene capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de su vida. Los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a la persona mayor al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. Además, las salvaguardias deberán ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona mayor, que se 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". El artículo reseñado finaliza conminando a los Estados Parte a tomar las medidas pertinentes para garantizar el derecho de las personas mayores, en igualdad de condiciones con los demás, a ser propietaria y

67 Cámara Nacional de Civil Apelaciones, sala C, 12/08/1985, Del V., J. L., La Ley 1985-E, pág. 47.
68 Cámara Nacional Civil, sala G, 02/09/2010, C., L. y Otros s /insania, El Dial.com, Año XIII - Nº 3138.
69 Cámara Nacional Civil, sala G, 02/09/2010, C., L. y Otros s /insania, El Dial.com, Año XIII - Nº 3138.

controlar sus propios asuntos económicos y a velar para que no sea privada de sus bienes de manera arbitraria.

4. SOBRE CURATELA COMPARTIDA

En materia de representación compartida, es posible recordar algunos fallos, tratados en estudios anteriores[70]. En ellos, lo novedoso consistió en la habilitación de la posibilidad de designar a dos curadores conjuntos, para garantizar un mejor cuidado de la persona y de los bienes del incapaz. Avance revolucionario si se considera la rigidez que hasta el nuevo CCyC, tenía el régimen argentino respecto de la curatela única[71].

La mayoría de estos casos resueltos en este campo, se refieren a padres que desean ser curadores de sus hijos y también se incluyen los referidos a hermanos que quieren asumir la curatela del insano, o hijos que cuidan de los padres en situación de discapacidad. Así, en un fallo muy interesante del año 2011, "L., A. D. s/ insania" de una persona, su hermana y su madre solicitan judicialmente ejercer la curatela de manera conjunta. Señalaron que el ejercicio de la curatela estaba en cabeza de la madre que ya contaba con una muy avanzada edad y ello generaba el peligro inminente de poner en riesgo la vida y el patrimonio del insano a causa de los problemas de salud que ella comenzaba a manifestar. Tampoco querían que el insano se quedara sin curador oficial en el ínterin, situación que colocaba en estado de indefensión al incapaz.

La justicia se hizo eco de la petición y otorga la curatela conjunta. Argumentó que la normativa del Código Civil velezano en relación a las personas con discapacidad, resulta en muchos casos opuesta con el bloque de constitucionalidad que aportan las tratados internacionales incorporados a la Carta Magna (art. 75 inc. 22) y con la promoción del goce efectivo de las normas contenidas en ellos (art. 75 inc. 23), y procede a declarar la inconstitucionalidad de las normas que se oponen al pedido de las actoras. Así, concluye diciendo que "la solución propuesta satisface la finalidad tuitiva de la curatela de incapaces que es la de garantizar el derecho a la salud y al mejor nivel de vida posible del incapaz, derechos de raigambre constitucional"[72]. Afortunadamente, ahora el CCyC contempla la posibilidad de designación de una o más personas para que le presten apoyo a la persona con discapacidad -art. 36-.

En relación a buenas prácticas judiciales del Derecho Argentino posteriores a la Convención internacional de derechos de las personas con discapacidad es posible resaltar, al menos, tres casos, dos del año 2012 y otro, del 2014.

70 DABOVE et al. (2007) págs. 533–541.

71 En relación a la curatela conjunta recomendamos ver: Lloveras y Monjo (2008) pág. 4929.

72 "L., A. D. s/ curatela", Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala 3ª, 24 de febrero de 2011 (Lexis Nº 70068178).

El 12 de junio de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió un caso relativo a la capacidad jurídica de una persona de 90 años multimillonaria, en el cual reconoció la distinción antes aludida entre la senectud y senilidad patológica ("B., J.M. s/ insania". Pero además señaló por primera vez que son aplicables la CDPD, la Convención Interamericana sobre eliminación de todas las formas de discriminación y la Ley de Salud Mental. Instrumentos todos que tienen como eje no solo el reconocimiento del ejercicio de la capacidad jurídica, sino también la implementación de mecanismos de apoyo, salvaguardas y ajustes razonables, tendientes a que quienes están afectados por estos padecimientos puedan ejercer esa capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás.

Ese año, en el caso "C.M. s/ Artículo 152 ter CC", un juez de primera instancia revisó la sentencia de insania de una mujer anciana y resolvió inhabilitarla al advertir que su estado había mejorado y que tenía más autonomía. Con aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resolvió que a partir de ese momento la persona sólo necesitaría de su curador para administrar sumas importantes de dinero pero aclaró que el curador no representa ni sustituye la voluntad sino que "acompaña" las decisiones de la persona en los asuntos patrimoniales señalados (Juzgado Nacional en lo Civil N°7, "C., M. s/I Artículo 152 ter Código Civil", Expte. 99.247/1996, 18/06/2012).

Más recientemente, el 10 de abril de 2014, una jueza de primera instancia rehabilitó a una mujer anciana de 86 años, en el caso "M., D.N. s/ inhabilitación". Hasta ese momento la mujer había sido inhabilitada. La jueza tomó esa medida por pedido de la curadora pública de la anciana, quien advirtió que ésta conducía su vida en forma totalmente autónoma. Nuevamente, con aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se resolvió eliminar las restricciones a la capacidad jurídica que, frente a una notable mejoría del estado de salud de la persona, resultaban innecesarias y hasta podían serle inconvenientes. Destacó que no había ningún motivo que justificara continuar con un proceso que arrojaba un manto de sospecha sobre la aptitud de una persona cuyas facultades mentales no presentaban ninguna alteración (Juzgado Nacional en lo Civil N°88, "M., D. N. s/Inhabilitación, Expte. 91.850/2006, 10/04/2014).

Por último cabe advertir que son muy pocas las sentencias argentinas específicamente referidas a la capacidad jurídica de las personas adultas mayores posteriores al CCyC. Sin embargo, entre ellas adquiere relevancia el fallo "S. O. s/ insania", N° 202/15 del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la Secretaría N° 1 de Corrientes (del 18 de agosto de 2015). En este caso, el Tribunal rechazó *in limine* la demanda dirigida a la designación de un curador destinada a la obtención de beneficios asistenciales derivados de la pensión correspondiente. Entendió que, en el marco del Código Civil y Comercial, la declaración de incapacidad quedó claramente reducida a casos excepcionalísimos, en los cuales la persona se halla absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y de expresar su

voluntad por cualquier medio y modo. Pero, además, destacó que para someter una persona al trámite judicial de declaración de su incapacidad o de capacidad restringida conforme el art. 35 del CCyC, debe darse inicio al trámite mediante una demanda idónea y objetivamente proponible.

Ahora bien, estos criterios fueron continuados en los autos caratulados: "C. A. R. s/determinación de la capacidad" de la Cámara Nacional Civil, Sala H, del 22 de diciembre de 2016. En efecto, si bien el fallo no es significativo en cuanto a las cuestiones planteadas en la litis -ya que se trató de una sentencia rectificatoria de un error material en la calificación de la restricción a la capacidad-, adquiere importancia en razón de la posición que sienta en esta materia.

En este marco, el Tribunal enfatizó que "toda restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para el bienestar (conf. art. 1º de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la Ley 25.280), proporcional y adaptada a las circunstancias de cada persona, y sujeta a exámenes periódicos (conf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por Ley 26.378, art. 37 del Código Civil y Comercial de la Nación; CNCiv. Sala "G", r. 516.729 del 15-4-2009; r. 560.304 del 2-9-2010; r. 566.841 del 24-11-2010; r. 569.864 del 30-12-2010; r. 585.328 del 21/9/2011)". También, señala que en virtud de la entrada en vigencia de la nueva normativa en el ámbito civil (arts. 37, 38, 39, 43 y cc. del CCyC), es de obligatorio cumplimiento "las disposiciones previstas a los fines de decidir un régimen en el que se tienda a incentivar la autonomía del interesado en cuanto resulte posible. Entre otras razones, toda vez que la mencionada normativa ha tomado las previsiones de la Ley de Salud Mental (26.657) en cuanto busca evitar generar mayores dependencias o restricciones de las que el padecimiento pueda generarle a la persona interesada, y así lograr mantener o incrementar la autonomía personal, si es que la tiene, incentivando su desarrollo".

Así, pues, cabe inferir que con el tiempo, esta línea jurisprudencial se expandirá y permitirá resolver los casos de este campo sin prejuicios "edadistas o viejistas", distorsivos de la dignidad de los adultos mayores.

7) REFLEXIONES FINALES

En este trabajo se ha abordado la problemática de la autonomía y los cuidados de las personas mayores en situación de dependencia a partir de dos supuestos: el desarrollo del envejecimiento poblacional que hoy, además de ser global, es multigeneracional, por un lado y la necesidad de consolidar el Derecho de la Vejez, por otro. Conforme a ello, se definió a la autonomía como "aquel espacio individual dentro del cual cada persona ejerce por sí mismo el poder sobre su vida y su patrimonio, establece reglas, disposiciones o planes

que sólo a él se refieren y le permiten proyectarse y desarrollarse, en igualdad de condiciones -aunque sin dañar-, a la de los demás". En el Derecho actual, la capacidad es un factor constitutivo de la autonomía personal.

Históricamente, la autonomía fue concebida en atención a un concepto de persona abstracto y universal. En la actualidad, esta perspectiva ya no puede sostenerse de manera consistente. El envejecimiento global y multigeneracional ha puesto todo ello en crisis, así como también ha dado lugar al reconocimiento de la "gerontolescencia". Una nueva expresión de la crisis de identidad que las personas mayores padecen, a raíz de la cultura ambivalente sobre la vejez.

En Argentina las personas adquieren capacidad jurídica plena (de derecho y de obrar) al cumplir los 18 años de edad. Pero, una vez obtenida, no se pierde por el simple transcurso del tiempo. Sólo causas graves, o situaciones que pongan en riesgo su vida o patrimonio, pueden dar lugar al establecimiento de restricciones a la capacidad, respecto de las cuales los jueces son los únicos habilitados para pronunciarse en su favor. Así, pues, la capacidad continúa siendo "regla", incluso para la persona envejecida. Sin embargo, a partir del año 2007, la incorporación de la Convención introduce un giro copernicano en esta materia al maximizar aún más la regla de la capacidad plena (art. 12); al rechazar categóricamente cualquier restricción a la capacidad jurídica que implique la sustitución de voluntad; al obligar a los Estados a garantizar sistemas de apoyos y salvaguardias para los casos en que las personas requieran mecanismos que restrinjan su capacidad, en alguna medida (art. 12), al introducir, en suma, el modelo social explicativo de la discapacidad.

El Derecho Argentino ha adaptado el nuevo paradigma de la CDPD tanto por su actual jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), como por lo estipulado en el mismo art. 1 del CCyC. Se estudió esta evolución y su incidencia en la regulación jurídica de las pruebas de los deterioros cognitivos y en la propia curatela. Se observó que el proceso de flexibilización del régimen de la curatela favoreció su reconocimiento como instrumento de apoyo para la toma de decisiones con salvaguardias de las personas con discapacidad, conforme al modelo social de la Convención. Pero, además se determinó que los casos judiciales sobre determinación de capacidad jurídica de las personas mayores más frecuentes van asociados a los deterioros cognitivos, Aunque en una escala menor, son causados también en los supuestos de prodigalidad, alcoholismo o adicciones,

La CADPM ha captado algunos aspectos que hemos desarrollado en este trabajo, atendiendo a las particularidades que se derivan del envejecimiento global y multigeneracional, como podemos observar en el preámbulo al reconocer que "la persona, a medida que envejece, debe seguir disfrutando de una vida plena, independiente y autónoma, con salud, seguridad, integración y

participación activa en las esferas económica, social, cultural y política de sus sociedades".

En el tema puntual de la capacidad de las personas mayores, la Convención Interamericana sobre la protección de los derechos humanos de las personas mayores, contiene los siguientes avances:

a.- Logra un reconocimiento pleno de la autonomía personal en la vejez[73].

b.- Establece un régimen de capacidad que evita ser restringido generalizadamente[74], tal como lo propone la CDPD.

c.- Promueve la inclusión de mecanismos que contemplen sistemas de apoyo con salvaguardias para las personas mayores cuyo discernimiento, libertad o intención se vea afectada negativamente, y sistema de representación en forma excepcional para las personas mayores que no hayan podido comunicar su voluntad mediante ningún método[75].

d.- Fomenta la adopción del criterio de gradualidad a la hora de establecer las restricciones para el caso[76].

La Convención Interamericana es, pues, muy importante ya que completa el paradigma de la CDPD en materia de autonomía y capacidad jurídica.

Por último, en materia de autonomía y capacidad, consideramos necesario que la futura Convención Internacional de Derechos Humanos de las Personas Mayores -actualmente en curso en la ONU- logre:

a.- Rediseñar la curatela en función del paradigma actual de los cuidados en la vejez, implementando jurídicamente: sistemas de "decisiones asistida" y el asistente personal; el reconocimiento y la protección de las redes familiares y afectivas, los apoyos entre pares, las medidas de accesibilidad que maximicen el trato igualitario y la inclusión[77].

b.- Contemplar la posibilidad de imponer la obligación judicial de distinguir la vejez normal de la patológica (senilidad) en base a pericias interdisciplinarias.

c.- Promover el deber de tomar contacto personal con el presunto incapaz por parte de los jueces.

---

73 OEA. asamblea general (2015): CADPM. Art. 7. Derecho a la independencia y a la autonomía (1er. Párr.).

74 OEA. asamblea general (2015): CADPM. Art. 30. Igual reconocimiento como persona ante la ley (1er. y 2do. Párr.).

75 OEA. asamblea general (2015): CADPM. Art. 30. Igual reconocimiento como persona ante la ley (3er. y 4to. Párr.

76 OEA. asamblea general (2015): CADPM.

77 Seguimos en este punto la propuesta de Álvarez Ramírez, Ericka María y Villarreal Arroyo, Mariana, Análisis de la curatela y la capacidad para actuar de las personas con discapacidad en Costa Rica. Tesis de licenciatura en Derecho, Universidad de Costa Rica, San José, julio 2010.

d.- Incorporar al sistema jurídico las disposiciones anticipadas, registradas en instrumentos públicos o privados fehacientes, a fin de tomar conocimiento de la voluntad de la persona mayor en esta materia[78].

8) BIBLIOGRAFÍA CITADA

Álvarez Ramírez, Ericka María y Villarreal Arroyo, Mariana (2010): *"Análisis de la curatela y la capacidad de actuar de las personas con discapacidad en Costa Rica, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"* Tesis de licenciatura en Derecho (San José, Universidad de Costa Rica). Disponible en: http://iij.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/t10- analisis_de_la_curatela_y_capacidad_de_actuar_de_personas_discapacitadas.pdf. Fecha de consulta: 15 de abril de 2014.

Bach, Michael (2012): "El derecho a la capacidad jurídica en la Convención de la ONU sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad: conceptos fundamentales y lineamientos para una reforma legislativa", en Palacios, Agustina et al., *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos: una revisión desde la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, (Buenos Aires, EDIAR), págs. 55-107.

Cifuentes, Santos (2004): Negocio jurídico (Buenos Aires, Astrea, segunda edición), págs. 46- 114.

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2000): *La conjetura del funcionamiento de las normas jurídicas: metodología jurídica* (Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas).

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2007): *Metodología jurídica y lecciones de historia de la filosofía del derecho*, (Rosario, Zeus).

Ciuro Caldani, Miguel Ángel (2011): *Estrategia jurídica* (Rosario, UNR Editora).

Clusellas, Gabriel *et al*. (2015): *Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos.* Tomo I. (Buenos Aires, Astrea).

Cuenca Gómez, Patricia. (2014): "La configuración de los apoyos", en *Conferencia ALFA:* Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" (Universidad Carlos III de Madrid, Lima, Perú, 2 al 4 de septiembre). Disponible en http://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2014/09/La-configuraci%C3%B3n-de-los-apoyos-Patricia-Cuenca.pdf. Fecha de consulta: 30 de marzo de 2015.

Dabove, María Isolina (2002): *Los derechos de los ancianos* (Buenos Aires, Ciudad Argentina).

Dabove, María Isolina (2008): "Derecho y multigeneracionismo: o los nuevos desafíos de la responsabilidad jurídica familiar en la vejez", *Revista de Derecho de Familia*, no. 40, julio/agosto: págs. 39-54

78 La CDPD contempla la figura de las disposiciones anticipadas solamente en materia de salud –art. 11.- OEA, asamblea general (2015): cadpm.

Dabove, María Isolina (2011): "Autonomía y atención de las personas mayores en situación de dependencia en España: una cita entre generaciones", en *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 1, No. 8: págs. 3-27.

Dabove, María Isolina (2012): "Voluntad, capacidad y derechos fundamentales en la vejez: el problema cotidiano de la autonomía jurídica frente al envejecimiento", en Bariffi, Francisco y Palacios, Agustina. *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos*, (Buenos Aires, EDIAR,) págs. 361-384.

Dabove, María Isolina (2013): "Elder law: a need that emerges in the course of life", *Ageing International*, September, DOI 10.1007/s12126-013-9193-4.

Dabove, María Isolina et al. (2015): *Derechos humanos de las personas mayores: acceso a la justicia y protección internacional* (Buenos Aires, Astrea).

Dabove, María Isolina et al. (2007): "La ancianidad y la salud mental. El régimen legal argentino sobre incapacidad y necesidad de reformas" en *Envejecimiento, memoria colectiva y construcción de futuro. Memorias Del II Congreso Iberoamericano y I Congreso Uruguayo de Psicogerontología*. (Montevideo, Universidad de la República del Uruguay) págs. 533–541.

Dabove Caramuto, María Isolina y Prunotto Laborde, Adolfo (dirs) (2006): *Derecho de la ancianidad: perspectiva interdisciplinaria*, (Rosario, Juris)

Dayton, Kimberly (2014): *Comparative perspectives on adult guardianship* (Durham, Carolina Academic Press) págs. 247-271.

Di Tullio Budassi, Rosana (2012): "La evolución legislativa y jurisprudencial en materia de salud mental referida a la vejez: perspectiva en el derecho proyectado", *Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia*, No. 56 Septiembre: págs. 23-37. Disponible en: http://scm.oas.org/ag/documentos/. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015.

Fernández, Silvia; "Ancianidad, autonomía y vulnerabilidad. Una mirada a la situación jurídica de los adultos mayores desde la reforma proyectada para el Código Civil argentino", *Revista Derecho Privado*, Año I, Nro.2, Buenos Aires, Ediciones Infojus, 2012, págs. 139 a 163.

Fernández Mele, Soledad y Goizueta, María Perla (2012): *Ancianidad e insania, comentario a fallo "N. H. en nombre y representación de L. M. L. s/ curatela"*, Superior Tribunal de Justicia de Corrientes del 22/11/2012, *Revista de Derecho de Familia*, Vol. de jurisprudencia III/2013: págs. 130-144.

Frolik, Lawrence y Kaplan, Richard (2003): *Elder law*. (St. Paul, Thompson West, 3° edición).

Garrido Cordobera, Lidia et al. (2015): *Código Civil y Comercial Argentino. Comentado, anotado y concordado*, Tomo I (Buenos Aires, Astrea).

Goldschmidt, Werner (1987): *Introducción filosófica al derecho: la teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes* (Buenos Aires, Depalma, 6° edición).

Herrera Ponce, María Soledad et al. (2015): Estigmas entorno a las demencias y las implicancias en el cuidado de patologías demenciales de las personas mayores En Kornfeld Matte, Rosita; Fernández Lorca, Ma. Beatriz; Belloni Symon, Carmen Luz (eds): *Personas mayores y demencias: realidad y desafíos* (Santiago de Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile)

Kalache, Alexandre (2013): "Entrevista", en *La Nación*, 14/10/13, Disponible en: http://www.lanacion.com.ar/1629017-alexandre-kalache-estamos-creando-una-nueva-etapa-de-la-vida-que-antes-no-existia-yo-lo-llamo-gerontolescencia. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015.

Iacub, Ricardo (2011): *Identidad y envejecimiento* (Buenos Aires: Paidós).

Instituto nacional de estadística y censos [Argentina] (2013): Encuesta nacional sobre calidad de vida de adultos mayores 2012 ENCaViAM: principales resultados. Disponible en: http://www.indec.gov.ar/ftp/cuadros/sociedad/encaviam.pdf. Fecha de consulta: 15 de septiembre de 2014.

Kant, Immanuel (1989): *La metafísica de las costumbres*, trad. y notas de Cortina, Adela y Conill Sancho, Jesús (Madrid, Tecnos).

Kant, Immanuel (1990): *Crítica de la razón práctica* trad. Rovira Armengol, José (Buenos Aires, Losada, 5° edición).

Lesson, George (2009a): "Demography, politics and policy in Europe", en Ludow, Peter (ed.), *Setting EU priorities 2009*, (The European Strategy Forum, Ponte de Lima, Portugal), págs.102-124.

Lesson, George (2009b) "Future ageing in Southeast Asia: demographic trends, human capital and health status", en Nurvidya, Evi y Ananta, Aris (eds.), *Older persons in Southeast Asia*, Institute of Southeast Asian Studies (ISEAS), Singapore, págs. 47-67.

Lesson, George (2011) "Prepared or not, Latin America faces the challenge of aging, current history", *Journal of contemporary world affairs*, Vol. 110, N° 733: págs. 75-80.

Lloveras, Nora y Monjo, Sebastián (2008): "La curatela, ¿compartida?", *Actualidad Jurídica de Córdoba*, *Año III*, Vol. 46: febrero, pág. 4929.

Méndez Costa, María Josefa (1983): *Los ancianos en la legislación civil*, (Buenos Aires: La Ley), 1983-A, pág. 312.

naciones unidas. Cepal (2009): *El envejecimiento y las personas de edad: indicadores sociodemográficos para América Latina y El Caribe*. Disponible en: http://www.cepal.org/es/publicaciones/1350-el-envejecimiento-y-las-personas-de-edad-indicadores-sociodemograficos-para . Fecha de consulta: 20 de abril de 2015.

Olmo, Juan Pablo (2014): *Salud mental y discapacidad* (Buenos Aires, Dunken).

Olmo, Juan Pablo (2016): *Salud mental y discapacidad: Adenda de actualización* (Buenos Aires, Dunken).

Olmo, Juan Pablo (2017): *Salud mental y discapacidad: Análisis del Código Civil y Comercial de la Nación* (Buenos Aires, Dunken).

OMS (2015): *Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud*. Disponible en:
http://www.who.int/ageing/publications/world-report-2015/es/. Fecha de consulta: 10 de abril de 2015.

Palacios, Agustina (2008): *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, (Madrid: Caja Madrid).

Rajmil, Alicia B. y Llorens, Luis Rogelio (2015): Apuntes acerca del régimen de capacidad de las personas humanas en el código civil y comercial de la República Argentina (Ley 26.994), *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Año IX, n° 36: julio-diciembre 2015, págs. 89-117.

Rio declaration (2013): "*Beyond Prevention and Treatment: Developing a Culture of Care in response to the Longevity Revolution"*, 13 de octubre de 2013. Declaration signed by: the International WDA Forum (Rio de Janeiro Oct. 16-17 2013), an initiative by the International Longevity Centre–Brazil (ILC-BR) and the World Demographic & Ageing Forum (WDA Forum), co-organized by Bradesco Seguros and UniverSeg in association with the Centro de Estudo e Pesquisa do Envelhecimento (CEPE) and partners from academia, government, civil society organizations and the United Nations.

Roqué, Mónica (2015): "El camino de la comunidad internacional", en DABOVE, María Isolina (dir.*), Derechos humanos de las personas mayores: acceso a la justicia y protección internacional* (Buenos Aires, Astrea), págs. 67-73.

Tobías, José Washington. (2003): "Capacidad. Inhabilitación judicial. La causal del inciso 2° del artículo 152 bis. Ámbito*"*, en Tobías (2003): *Colección de análisis jurisprudencial derecho civil: parte general* (Buenos Aires, La Ley) 01/01/2003, pág. 346.

Tobías, José Washington. *(2009): Derecho de las Personas* (Buenos Aires: La Ley), págs. 97-137.

United nations. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2012):

Concluding observations on the initial report of Argentina as approved by the Committee at its eighth session (17–28 September 2012). Disponible en: http://www.refworld.org/docid/54993c374.html. Fecha de consulta: 20 de abril de 2015.

United Nations. Committee on the Rights of Persons with Disabilities (2014). 11th Session, 31 March- 11 April 2014. General comment N° 1 (2014) 1, Article 12: Equal recognition before the law. Disponible en: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement. Fecha de consulta: 11 de julio de 2015.

Zannoni, Eduardo Antonio. (2013): *Ineficacia y nulidad de los actos jurídicos* (Buenos Aires: Astrea).

Zannoni, Eduardo Antonio. *et al.* (2015): *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente. Exégesis de los fundamentos de la Comisión redactora y las modificaciones del PEN (*Buenos Aires, Astrea).

NORMAS CITADAS

Ley n° 340 (29/09/1869), *Código Civil de la Nación [Argentina]*. Disponible en: http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm. Fecha de consulta: 11 de julio de 2015.

Ley n° 26994 *(10/10/2014), Código Civil y Comercial de la Nación [Argentina]*. Disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm . Fecha de consulta: 11 de julio de 2015.

OEA. asamblea general *(2015): CADPM - Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_

personas_mayores.pdf . Fecha de consulta: 11 de julio de 2015.

ONU. Asamblea general (1969/1980): *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. En: http://www.wipo.int/export/sites/www/wipolex/es/glossary/vienna-convention-es.pdf. Fecha de consulta: 10 de julio de 2015.

ONU. Asamblea general (1991): *Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad: adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1991. Resolución 46/91*. Disponible en: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1640. Fecha de consulta: 10 de diciembre de 2014

ONU. Asamblea general (2006): *Convención de Derechos de las personas con discapacidad*. Disponible en: http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf . Fecha de consulta: 11 de julio de 2015.

ONU. Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad (2014): *Observación general N° 1 [sobre el] Art. 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. 11° período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Disponible en: http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/23/PDF/G1403123.pdf?OpenElement . Fechas de consulta: 9 de mayo de 2015.

JURISPRUDENCIA CITADA

Fallo de la Cámara Nacional Civil (1980): Cámara Nacional Civil Sala G., 4 de diciembre de 1980, La Ley, Buenos Aires, Tomo 1981-B, págs. 23-36.

Fallo de la Cámara Nacional Civil (1982): Cámara Nacional Civil Sala D, 22 de mayo de 1982, La Ley Tomo1983-A, págs. 313-316.

Fallo de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones (1985): Cámara Nacional Civil de Apelaciones Sala C, 12 de agosto de 1985, Del V., J. L., La Ley Tomo 1985-E, pág. 47.

Fallo de la Cámara Nacional Civil (2004): Cámara Nacional Civil Sala A, 1 de mayo de 2014, E. de R., N., La Ley 18/08/2004, pág. 10.

Fallo de la Cámara Apelaciones Civil y Comercial de Junín (2009): Cámara Apelaciones Civil y Comercial de Junín 22 de septiembre de 2009, S., L. F., en: DFyP enero 2010, pág. 214.

Fallo de la Cámara Nacional Civil (2010): Cámara Nacional Civil Sala G, 2 de septiembre de 2010, *C., L. y Otros* s /insania, El Dial.com, Año XIII - N° 3138.

Fallo de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata (2011): Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata Sala 3ª, 24 de febrero de 2011, L., A. D., Lexis N° 70068178.

Fallo de la Suprema Corte de Justica de México, *Amparo en revisión 159/2013*, *RACR*, 16 de octubre de 2013, págs. 24-25.

Fallo de la Suprema Corte de Justica de México, *Amparo en revisión 159/2013*, *RACR*, 16 de octubre de 2013, págs. 63-64.

Fallo de la Suprema Corte de Justica de México, *Amparo en revisión 159/2013*, *RACR*, 16 de octubre de 2013, págs. 65-66.

Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N°7, *C., M. s/I Artículo 152 ter Código Civil*, Expte.

99.247/1996, 18/06/2012.

Fallo del Juzgado Nacional en lo Civil N°88, *M., D. N. s/Inhabilitación*, Expte. 91.850/2006, 10/04/2014.

Fallo de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de la Secretaría N° 1 de Corrientes, *S. O. s/insania*, N° 202/15, 18/08/2015.

Fallo de la Cámara Nacional Civil, Sala H, "C. A. R. s/determinación de la capacidad", 22/12/2016 (Expte. N° 42827-2013), elDial.com - AA9DC0

LA ANEXIÓN DE PARCELAS EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES*

José Luis Domes
María Candelaria Pérez

SUMARIO: I. Introducción. II. Naturaleza física y jurídica de la anexión de parcelas a tener en cuenta al momento de la registración. III. Propuesta de criterios mínimos para la registración de la anexión de parcelas. IV. Conclusiones. V. Bibliografía. VI. Anexo de imágenes.

* El presente trabajo obtuvo el primer premio en el Tema II "Registro de la Propiedad Inmueble y Catastro Territorial", en el marco del XIX Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en la ciudad de Mar del Plata entre los días 5 y 7 de octubre de 2017.

I. INTRODUCCIÓN

La temática del presente encuentro nos facilita un espacio para reflexionar sobre cuestiones relacionadas con la registración inmobiliaria, particularmente en esta ocasión acerca del ineludible vínculo entre el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, RPBA) y Catastro Territorial, ya que el derecho registral se ocupa de proporcionar estabilidad jurídica al tráfico inmobiliario, lo cual siempre ha de ser en función de la exactitud de los datos físicos que surgen del catastro, y éste necesita contar con los datos que le brinda el RPBA para arribar a fines que le son propios[1].

El objeto empírico de la tarea diaria de ambos organismos es el inmueble. El art. 225 del Código Civil y Comercial de la Nación establece el concepto de inmueble: "Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre".

Por su parte, la ley N° 17.801 en su art. 12 indica que el asiento de matriculación de los inmuebles: "...se redactará sobre la base de breves notas que indicarán la ubicación y descripción del inmueble, sus medidas, superficie y linderos y cuantas especificaciones resulten necesarias para su completa individualización". La ley N° 26.209 de Catastro Nacional no define al inmueble, pero sí a la parcela en su art. 4° determinando: "...denomínase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral".

De acuerdo a las incumbencias que les fueron otorgadas por ley, los catastros se encargan de los aspectos físicos del bien, las que representan situaciones de hecho; mientras que los registros de la propiedad se encargan de toda la vida jurídica en torno a los inmuebles, es decir, las situaciones de derecho.

En la Provincia de Buenos Aires los órganos del estado que atienden estos institutos son la Dirección Provincial de Catastro Territorial y la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, y ambas realizan actividades administrativas[2], dentro de la cuales encontramos funciones que son propias a cada institución:

- La función registral se caracteriza por: brindar un servicio a los particulares; siempre actuar a petición de parte; dar publicidad para los terceros; hacer

1 MOLINARIO, Alberto D. *Curso de derecho registral inmobiliario*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1971, pág. 33.

2 VILLARO, Felipe P. *Derecho Registral Inmobiliario*, Ediciones Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010, págs. 373 a 377.

a la seguridad del tráfico jurídico; para que surjan nuevos inmuebles, requerir un acto de voluntad del titular en escritura pública; el ordenamiento registral nada tiene que ver con la ubicación física del inmueble.

- La función catastral se caracteriza: por brindar un servicio al propio estado, actuar de oficio, la incorporación de datos es para el propietario y el estado, está vinculada con los aspectos físicos y el valor de los inmuebles, encargarse de la división de parcelas y la generación de nuevas parcelas si surgen de un plano aprobado o con un levantamiento parcelario de oficio, siempre el ordenamiento catastral está vinculado a su ubicación física.

Estas son las diferencias fundamentales entre los dos institutos pero, de acuerdo al ordenamiento jurídico, son interdependientes. Uno de los principios registrales es el principio de determinación, el cual se logra en parte a través del estado parcelario de los inmuebles (al registro le interesa la determinación física y la ubicación), que es competencia de catastro, y recién entonces emitirá el certificado catastral (arts. 6º y 9º de la ley Nº 26.209). Al mismo tiempo el art. 12 de la citada ley reza: "En los actos por los que se constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, se deberá tener a la vista la certificación catastral habilitante respectiva y relacionar su contenido con el cuerpo de la escritura o documento legal correspondiente. No se requerirá certificación catastral para la cancelación de derechos reales, y afectación a vivienda, constitución de usufructo, uso y habitación, e inscripción de embargos y otras medidas cautelares". Únicamente en los casos aquí enumerados el RPBA solicita certificado catastral para tomar razón de la documentación por la que se ruega inscripción. Catastro necesita determinar la titularidad del derecho, lo cual es competencia del registro de la propiedad.

Así empieza a manifestarse cuán estrecha es la relación entre el RPBA y Catastro Territorial: Catastro se encarga del relevamiento físico y de la valuación del objeto, y el RPBA de la relación sujeto-objeto-derecho, siendo el inmueble siempre el objeto de ambos. Respecto de los derechos reales, la función catastral es trascendental[3].

Es claramente necesaria una estrecha y coordinada vinculación entre la función catastral y registral para dar seguridad al tráfico jurídico y para la contratación inmobiliaria.

Dentro de esta relación abordaremos una situación específica en la que claramente emerge este vínculo entre Catastro Territorial y el RPBA, relativa a la utilización de planos de mensura y anexión de parcelas en el RPBA, puntua-

3 SABENE, Sebastián E. "Reflexiones sobre la ley 3999 de Catastro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Universidad Notarial Argentina, *Revista Notarial, Nº* 970, 2012, págs. 193 a 202.

lizando en la escasa normativa vigente sobre el procedimiento de inscripción en estos supuestos.

No tenemos que perder de vista que la inscripción ha sido definida como técnica desde los orígenes del RPBA, pero hoy en día lo podemos encuadrar como un método, por cuanto "técnica" encuentra su raíz etimológica en el griego *τεχνικό* (tekhnicos = relativo al que hace), y se refiere a la destreza y habilidad para hacer un oficio o arte; y "método" que también proviene del griego *μέθοδος* (métodos = el camino a seguir) predica de los pasos a seguir para realizar una cosa, su procedimiento. La tarea del registrador es donde confluyen y terminan de materializarse la tarea de catastro territorial en cuanto a que es el organismo encargado del registro de inmuebles y la tarea del notariado junto al RPBA en cuanto al ordenamiento jurídico de la relación sujeto–objeto–derecho.

El art. 9° de la ley N° 17.801 hace referencia a la calificación registral: si la documentación estuviera viciada de nulidad absoluta y manifiesta lo rechazará, y si adoleciera de algún defecto subsanable lo inscribirá en forma provisoria, haciendo la devolución pertinente. Es en estos casos que la formación del registrador debe ser lo más acertada y cercana al plexo normativo vigente para no observar en demasía el título, ni para ser negligente en la toma de razón del mismo.

Es por ello que fundamentaremos los criterios mínimos que consideramos que debieran ser contemplados en una futura norma especializada que aborde la problemática de inscripción en los casos de anexión de parcelas[4], que garantice pautas claras para una correcta registración en estos supuestos, siendo necesaria desde la perspectiva del registrador.

Dichas pautas las hemos tomado a partir de las distintas observaciones y consultas que se realizan respecto de este tema en el RPBA, más algunas diferencias de criterios que existen entre los distintos departamentos de publicidad y registración dentro del RPBA para llegar a la toma de razón definitiva de la documentación en los supuestos de anexión de parcelas.

La anexión de parcelas es un caso de excepción que está contemplado para subsanar una diversidad de situaciones irregulares. Nunca la anexión parcelaria es el negocio causal en sí, sino que es un hecho fáctico que surge del

4 Art. 4° de la ley N° 26.209: "...denomínase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en u n documento cartográfico, registrado en el organismo catastral". En el RPBA utilizamos el término "parcela" cuando coinciden la designación según título con la designación catastral; caso contrario, las nombramos como *lote* a la designación según título y como *parcela* a la designación según catastro.

plano. El presente trabajo pretende describir las tareas que realiza el registrador para inscribir un título de anexión de parcelas, teniendo en cuenta las alternativas que se presentan respecto de la titularidad como de la técnica de registración (folio real y protocolizado[5]), la correcta lectura de los croquis y de las restricciones de los planos de anexión; cómo interpretar una matrícula (ley N° 9590) de inmuebles anexados, sus gravámenes y sus certificados, las diferencias entre la descripción de los bienes según plano o título, y el certificado catastral. Finalmente se realizará un modelo de folio real y se delinearán las pautas para una propuesta de normativa para el RPBA que aborde la problemática específica de la anexión de parcelas.

La normativa vigente en la materia es muy general. En efecto, sobre el supuesto de anexión de parcelas, sólo encontramos ciertas referencias en el art. 13 de la ley nacional N° 17.801/68, art. 13 del decreto-ley N° 11.643/63 (referidos al tema de matriculación), arts. 12 y 13 de la ley nacional N° 26.209/07, art. 54 de la ley N° 8912/77 y su decreto reglamentario N° 1549/83 y el vademécum de asientos registrales del RPBA.

Precisamente, el art. 13 de la ley N° 17.801 establece: "Cuando diversos inmuebles se anexaren o unificaren, se hará una nueva y única matrícula de las anteriores, poniéndose nota de correlación. En ambos casos se vinculará la o las matrículas con los planos de mensura correspondientes". Mientras que en la página 16 del vademécum de asientos registrales del RPBA vigente desde el año 2004 se determina que: "...se confeccionará un nuevo y único folio real con las descripciones completa de ambos inmuebles y acto seguido se consignará la nota del plano correspondiente y los antecedentes de ambos inmuebles..", regulación que, como ya referimos, resulta escasa.

De tal modo, es la tradición oral respecto del cómo hacer (la cual no necesariamente cuenta con el conocimiento de cómo interpretar un plano de anexión aprobado por catastro y de la base jurídica del registro) y un criterio racional -pero no necesariamente unificado- lo que logra que las distintas áreas lleven a cabo las anexiones de parcelas.

5 En el RPBA, desde sus comienzos en 1882 hasta el año 1981, se utilizó el folio cronológico causal. Se inscribían los documentos que ingresaban al registro en diferentes protocolos, conforme la naturaleza de los distintos actos (trasmisión de dominio, declaratoria de herederos, hipotecas, usufructos, medidas cautelares, etc.). En la actualidad existen tres departamentos de registración y publicidad que continúan utilizando esa técnica; mientras que, al momento de existir una solicitud de trasmisión de dominio, pedido de informe y certificado de dominio se convierte el inmueble a la técnica de folio real.

II. NATURALEZA FÍSICA Y JURÍDICA DE LA ANEXIÓN DE PARCELAS A TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE LA REGISTRACIÓN

La anexión es la unión de una cosa a otra, de la que deriva o depende. En zonas urbanas tiene por finalidad: "...sanear un título, que por invasión de linderos, materializada por una construcción de difícil o costosa remoción; evitar que entre edificios construidos en lotes linderos, queden pasillos; corregir una baja relación frente–fondo; permitir soluciones urbanísticas; y en zonas rurales anexar aquella parcela que no forman una unidad económica por sí mismas o no tiene salida a alguna vía de acceso, o bien vincular a las parcelas cuando estas estén separadas de las parcelas a las cuales se anexarán por vías de ferrocarril o cualquier otra vía de comunicación terrestre o fluvial"[6].

Es importante señalar que las notas de anexión que surgen de las restricciones del plano pueden presentarse como estas tres leyendas, entendiéndose en los tres supuestos que siempre refieren al último de los mismos:

- La parcela X-b se anexará a la parcela XX.

- La parcela X-b se anexará a la parcela XX, previo a toda transmisión de dominio de la parcela X-a.

- La parcela X-b se anexará a la parcela XX, previo a toda transmisión de dominio de la parcela X-a, *o en su defecto se enajenarán en conjunto*. Es decir, si se cumple con la transmisión en conjunto de las parcelas originadas por el plano (en este caso X-a y X-b) la anexión queda sin efecto por no ser necesaria.

Citamos las definiciones que el Código Civil y Comercial de la Nación brinda respecto del objeto de los derechos reales y de las cosas divisibles, por ser necesarios al momento de enmarcar jurídicamente una anexión parcelaria:

- artículo 1883: "El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley". Para lograr tal directiva, la cosa debe ser específicamente individualizada.

- art. 228: "Cosas divisibles. Son cosas divisibles las que pueden ser divididas en porciones reales sin ser destruidas, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma. Las cosas no pueden ser divididas si su fraccionamiento convierte en antieconómico su uso y aprovechamiento. En materia de inmuebles, la reglamentación del fraccionamiento parcelario corresponde a las autoridades locales".

6 MARINELLI, Luis C. *Registro de la Propiedad, Catastro Territorial y la actividad notarial*, segunda edición, Fundación Editora Notarial, La Plata, 2009, págs. 101 a 122.

Entonces, cuando en la Provincia de Buenos Aires nos encontramos ante el caso de una inscripción de anexión de parcelas, estamos saneando situaciones que volvieron antieconómico el uso y aprovechamiento de ciertas parcelas (las que se deben anexar), se pone en marcha este vínculo entre Catastro Territorial y el RPBA, para que sean jurídicamente reflejadas y resguardadas consecuentemente.

En efecto, se ha dicho que la mensura y división de una parcela a anexar (en dos o más) con el propósito de anexarla a sus linderos, es necesaria cuando la extensión de sus nuevas unidades no alcanza el mínimo (ya sea de frente, de superficie o de ambos) establecido por la normativo vigente, o en el caso de que no tengan salida directa a la vía pública. Estas aparentes incongruencias se superan con la anexión física de una parcela a una de sus parcela linderas y así reunirá las condiciones para cumplir con la reglamentación, formando una única unidad económica parcelaria y frentista a la calle[7].

Por su parte, Luis César Marinelli[8] destaca particularidades de la anexión de parcelas que la diferencian de todo lo contenido en la ley N° 8912/77 de ordenamiento territorial:

a) Excepcionalidad: se admite únicamente al momento de sanear una situación jurídicamente irregular.

b) Complejidad: los casos que se presentan no son uniformes, por lo cual se hace necesaria la estricta precisión de Catastro Territorial como una sana crítica racional al momento de registrar una anexión de parcelas.

c) Consensualidad: se supone que estas parcelas creadas para sanear una situación que existe extrarregistralmente para introducirlas en el ordenamiento jurídico, cuentan con el consenso de todos aquellos que tengan titularidad sobre ambas parcelas a anexar.

d) Atipicidad: por cuanto es una autorrestricción al dominio que se impone el propio titular de dominio, lo cual la diferencia de las restricciones regidas por el derecho administrativo (obligaciones de "no hacer").

e) Unicidad: cada anexión de parcelas se toma con un plano especial que la define y sustenta, confeccionado por el profesional interviniente y aprobado por Catastro Territorial.

f) Representatividad: la forma gráfica de representar en un plano la posibilidad de la anexión es mediante una flecha que parte de la parcela a anexar hacia aquella a la cual se anexará.

g) Aceptabilidad: dado que los aspectos que definen y gobiernan a la anexión son de carácter catastral y dominial, corresponde a la autoridad de policía inmobi-

7 BUENO RUIZ, Antonio. *Agrimensura Legal Aplicada*, Facultad de Ingeniería de La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1982, págs. 293 a 310.

8 MARINELLI, Luis C. Ob. cit., págs. 108 a 110.

liaria territorial (Catastro Territorial) expedirse sobre la procedencia catastral, y al RPBA sobre la correspondencia jurídica dominial.

Físicamente, al realizarse la anexión, las dos parcelas forman una única parcela catastral y unidad económica parcelaria, aunque siguen siendo dos parcelas por separado donde se pueden identificar perfectamente todos sus componentes de acuerdo al art. 5° de la ley N° 26.209; arts. 4° y art. 5° de la ley N° 10.707[9]. De este modo, quedan unificadas en el aspecto físico.

Jurídicamente, debemos tener en cuenta que la anexión de parcelas es una restricción que se impone a sí mismo el titular de dominio de la parcela a anexar y por esto mismo debe haber identidad de titulares en sendas parcelas. Cada una de las parcelas tendrá su antecedente de dominio, su deslinde por separado, el acto jurídico correspondiente que generó la titularidad que se ostente sobre cada una de ellas, y lo más delicado es que habrá dos títulos por separado, por cuanto no requiere ninguna escritura en la que se aclaren las circunstancias de la formación de una unidad catastral: sólo será necesario señalarlo en la escritura de adquisición de la parcela a anexar para que el registro realice en forma correcta la toma de razón definitiva de la inscripción.

Esta adquisición significa que, en lo sucesivo, cualquier trasmisión o restricción que se efectúe deberá realizarse en conjunto. Bajo ningún concepto podrá transmitirse independientemente ninguna de las dos parcelas.

En la inscripción de escrituras que tengan como base a un plano de mensura, división y anexión, para dar cumplimiento a la restricción de anexión del plano (que justamente es la autorrestricción que el titular de dominio se hizo a sí mismo) el notario confecciona y acompaña al RPBA un nuevo y único folio real con el deslinde de cada parcela por separado (uno debajo del otro).

Es en este momento en donde entra a jugar un rol fundamental el registrador. El ciudadano que pretende dar a publicidad y oponibilidad a terceros esta nueva situación dominial realizó todo lo necesario, Catastro Territorial y sus profesionales hicieron la parte de su incumbencia (al confeccionar y aprobar el plano, la valuación fiscal, la cédula catastral, etc.) y el notario procedió a otorgar la escritura y

9 Art. 4° de la ley N° 10.707: "A los efectos de esta Ley, denominase parcela a la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal cerrada, perteneciente a un propietario o a varios en condominio, o poseído por una persona o por varias en común, cuya existencia y elementos esenciales consten en un plano registrado en el organismo catastral". Art. 5° de la ley N° 10.707 (texto según ley N° 14.200): "Son elementos de la parcela Esenciales: a) La ubicación geo referenciada del inmueble; b) Los límites del inmueble, en relación a las causas jurídicas que les dan origen; c) Las medidas lineales, angulares y de superficie del inmueble. II. Complementarios: a) La valuación fiscal; b) Sus linderos. Dichos elementos constituyen el estado parcelario del inmueble, que debe ser determinado mediante un acto de relevamiento parcelario practicado conforme a esta ley y representado en un documento cartográfico inscripto en el Organismo catastral".

confeccionar el único folio real portador de dos parcelas (al menos), sólo queda la inscripción, y es aquí donde se visibiliza la falta de lineamientos uniformes dentro del RPBA sobre los requisitos necesarios para proceder a la anexión de parcelas.

En el RPBA coexisten doce áreas de registración y publicidad que trabajan con folio real y tres que lo hacen con folio protocolizado, y más de una vez distintas áreas deben trabajar en simultáneo el mismo título que porta una anexión de parcelas. Es decir, en un caso como es el de la anexión de parcelas, el registrador se nutre de fuentes materiales que son los usos, prácticas y costumbres del RPBA a los que tomó como norma positiva sin serlo: la sanción de una disposición técnico registral que explicite qué solicitarle al notario, cómo interpretar el plano y qué requisitos son suficientes para proceder a la inscripción definitiva del documento portador del derecho, y por ende a la anexión parcelaria, dará una herramienta eficaz al registrador.

III. PROPUESTA DE CRITERIOS MÍNIMOS PARA LA REGISTRACIÓN DE LA ANEXIÓN DE PARCELAS

En principio, la titularidad de la parcela lindera a la cual se pretende anexar debe coincidir en su totalidad con los adquirentes, es lo que llamamos identidad de titulares. No es posible que se excluya a algunos de los titulares cuando hay dos o más titulares en la parcela a la que se anexará. Debe existir una total correlación entre los titulares actuales y los adquirentes de la parcela a anexar.

La única excepción que se admite surge por la imposibilidad de contratar entre cónyuges, motivo por el cual se permite anexar una parcela que surja a nombre de un cónyuge (ganancial) o a nombre de los dos cónyuges (ganancial) o bien propio de alguno o de cada cónyuge; y la otra parcela a nombre del otro cónyuge (ganancial) o a nombre de los dos cónyuges, o a nombre de uno o los dos cónyuges de origen propio.

En el supuesto que las parcelas a anexar se encuentren en un área de registración y publicidad que utiliza la técnica de folio real el registrador corroborará la identidad de titulares entre las dos parcelas. Luego analizará la cédula catastral emitida por Catastro Territorial, donde coteja los datos que brinda este documento con el resto de la documentación que acompaña el notario.

Acto seguido, examina la planilla "B"[10], que debe contener las parcelas surgidas del plano con la restricción de la anexión, y la matrícula (ley N° 9590) confeccionada por el profesional interviniente, que debe contener[11]:

a) La nomenclatura catastral surgida de la anexión.

b) Deslinde completo del primer bien.

c) Deslinde completo del segundo bien.

d) Nota de anexión.

e) Antecedente de dominio.

f) En rubro "A" (titularidad), el o los negocios jurídicos de los que surge la titularidad del primer bien; el o los negocios jurídicos de los que surge la titularidad del segundo bien.

g) En rubro "B" (gravámenes, restricciones e interdicciones), el o los gravámenes que pudieran surgir en cualquier de los bienes.

Corroborada la exactitud del deslinde de cada uno de los bienes y la exactitud de los asientos, el registrador deja constancia en cada uno de los antecedentes de dominio de la transferencia por anexión y del nuevo número de matrícula asignado.

Si las parcelas se encuentran en área de folio protocolizado se convierte a la técnica de folio real la parcela que afecta el plano y se siguen los pasos citados anteriormente, dejando constancia de la transferencia por anexión, de la conversión y de la parcela a anexar en el folio protocolizado correspondiente.

En el caso de que una de las parcelas se encuentre en una técnica de folio real y la otra en una de folio protocolizado, ambas áreas inscribirán en conjunto pero no simultáneamente, sino que trabajará primero el área del registro correspondiente a la parcela de menor superficie y luego realizará la anexión el área de mayor superficie, siguiendo los pasos citados anteriormente.

10 La planilla "B - Folio Complementario" acompaña al o a los folios reales que están afectados por un mismo plano. Tienen campos a completar: 1) inscripción de dominio que corresponde al folio real del que surge; 2) nomenclatura catastral según plano, característica del plano (formada por tres números: el primero corresponde al código del partido, el segundo al número de correlación con que se lo aprobó y el tercero el año, por ejemplo "55-102-97" es un plano del partido de La Plata, aprobado en orden 103 en el año 1997); 3) casilleros donde se deja constancia de cada parcela que surge del plano con su superficie; 4) casilleros donde se consignan las restricciones de plano. En los casilleros de las parcelas se asentarán certificados de dominio, inscripciones provisorias, prevenciones, nuevas comunicaciones de plano, la eventual transferencia definitiva a folio real y número de folio real asignado en tal caso, finalmente consta el número y fecha de presentación acordados por el libro de ordenamiento diario.

11 SCOTTI, Edgardo A. "Orígenes de la Ley 17.801", *Revista Notarial*, N° 976, 2014, págs. 273 a 308.

IV. CONCLUSIONES

De las muestras más relevantes del vínculo ineludible entre Catastro Territorial y el RPBA es una de ellas la solución de saneamiento de distintas situaciones atípicas que ofrece la anexión de parcelas, instrumentada a través de un plano de mensura, división y anexión de parcelas, la escritura pública como instrumento público y de buena fe portador del derecho real que tiene como objeto la parcela a anexar y su inscripción en el RPBA.

Cierto es que la variedad de irregularidades que son saneados por medio de una anexión de parcelas ha hecho que el plexo normativo que la regula sea muy general, lo que provoca algunos inconvenientes al momento de su registración en el RPBA, donde mucho de este tema se nutre de usos y costumbres en la calificación para la toma de razón de la misma.

Ante la situación descripta se torna pertinente que emane del RPBA una normativa interna que sirva de instrumento para los registradores de las distintas áreas y tengan así un criterio adecuado al momento de interpretar un plano de mensura división y anexión, del certificado N° 1 de catastro y de la inscripción de un derecho real que conlleve anexión de parcelas; también para que el notariado pueda nutrirse de las pautas que emerjan del RPBA para la confección del folio real resultante cuya elaboración está a su cargo.

Es por esto que proponemos como criterios mínimos a calificar por el registrador al momento de la inscripción:

a) Identidad de titulares (con la excepción citada respecto de los cónyuges).

b) Certificado catastral de la parcela que se dispone.

c) Modelo de folio real.

d) Si de la restricción del plano de anexión no surgiese la leyenda "…o en su defecto se transmitirán en conjunto" se considerará implícita.

e) Se solicitará el plano original o copia certificada para su correcta lectura.

f) Los negocios jurídicos que hayan otorgado titularidad tanto al primer bien como al segundo bien se volcarán en el asiento respectivo como complemento de dominio.

g) La inscripción de dominio de la parcela a la cual se anexará.

h) En la hoja 1 de la minuta rogatoria, la nueva nomenclatura catastral que surge del plano, el deslinde de la parcela a anexar y el antecedente dominial que le da origen (además de los requisitos de estilo).

i) En rubro observaciones de la minuta rogatoria deberá constar la nota de anexión que surge del plano y el antecedente de dominio de la otra parcela a la cual será anexada.

Esperamos que para el RPBA este trabajo sea un aporte al momento de plantear una normativa dirigida al registrador, capital humano invaluable en la actividad de la inscripción registral.

V. BIBLIOGRAFÍA

Abella, Adriana N. "Teoría y Técnica de la Inscripción", Universidad Notarial Argentina, *Revista Notarial*, N° 974, 2013.

Bueno Ruiz, Antonio. "Agrimensura Legal Aplicada", Facultad de Ingeniería de La Plata, Universidad Nacional de La Plata, 1982.

Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, "Ley N° 9590", Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires, 1980.

Dirección Provincial del Registro de la Propiedad, "Vademécum de Asientos Registrales", Fundación Editorial Notarial, 2004.

Marinelli, Luis C. *Registro de la Propiedad, Catastro Territorial y la actividad notarial*, segunda edición, Fundación Editora Notarial, La Plata, 2009.

Sabene, Sebastián E. "Reflexiones sobre la Ley 3999 de Catastro de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Universidad Notarial Argentina, *Revista Notarial*, N° 970, 2012, págs. 193 a 202.

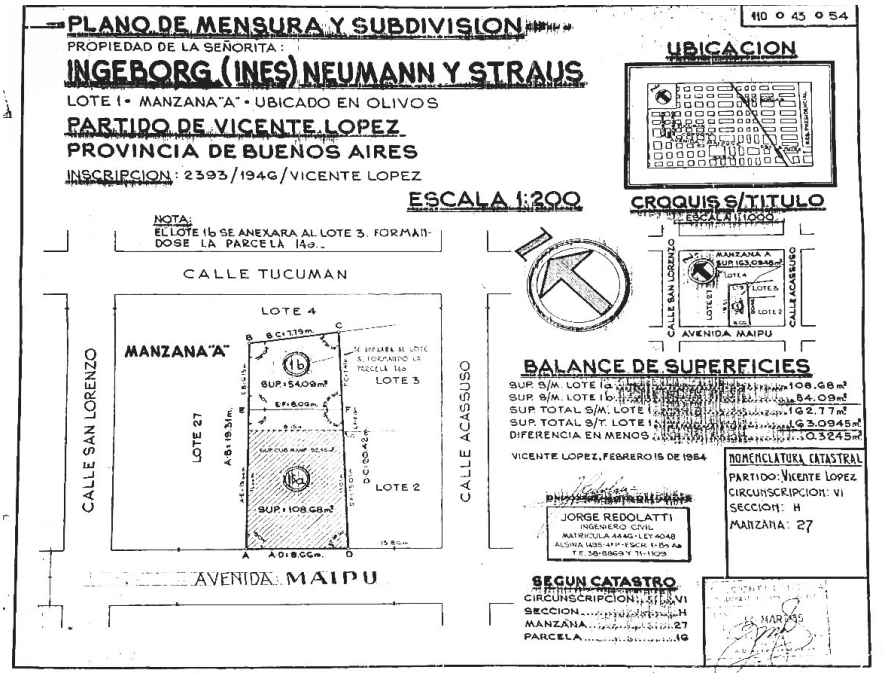
Scotti, Edgardo A. "Orígenes de la Ley 17.801", *Revista Notarial*, N° 976, 2014, págs. 273 a 308.

Tranchini, Marcela H. "Dictámenes de la Asesoría Notarial Personalizada", *Revista Notarial*, N° 951, 2005, págs. 631 a 633.

Villaro, Felipe P. *Derecho Registral Inmobiliario*, Astrea, Buenos Aires, 2010.

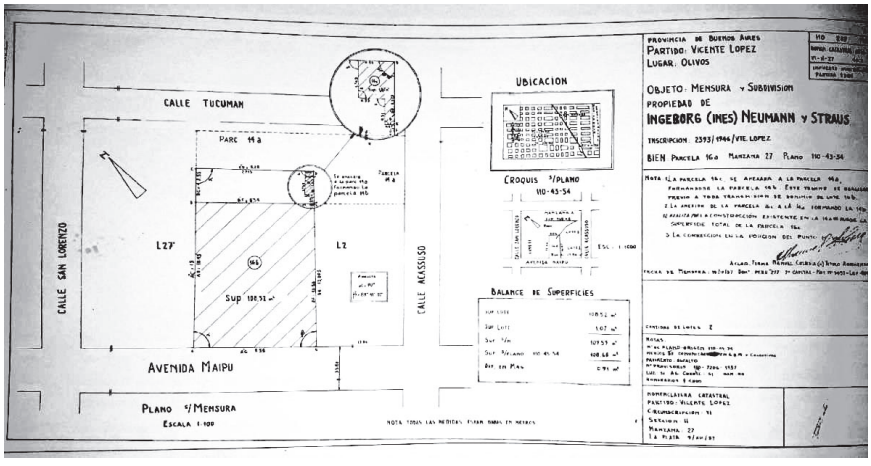
VI. ANEXO DE IMÁGENES

"La anexión de Parcelas en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires



"CALLE TUCUMÁN

LOTE. 04



Cedula Certificado Catastral

ARBA

191972384466

Certificado Número			45043608				
Fecha de Registración			02/12/2016				
Partido N°	110	Nombre	VICENTE LOPEZ			Partida	15723
Nomenclatura							
Circ.	Sección	Chacra	Quinta	Fracción	Manzana	Parcela	SubParcela
6	H				27	12A	

Motivo de Presentación

Motivo	Tracto Abreviado / Donación y Venta
Texto Profesional	
VENTA TRACTO ABREVIADO	

Ubicación de la Parcela

Calle	ACASUSSO					N°	1465
Entre calle	TUCUMAN			y calle	AVENIDA MAIPU		
Cuerpo		Piso		Depto.	Localidad	LA LUCILA	C. P.	1637

Inscripción de Dominio

Matrícula Nro:49593 Pdo:110

Parcela Dominial

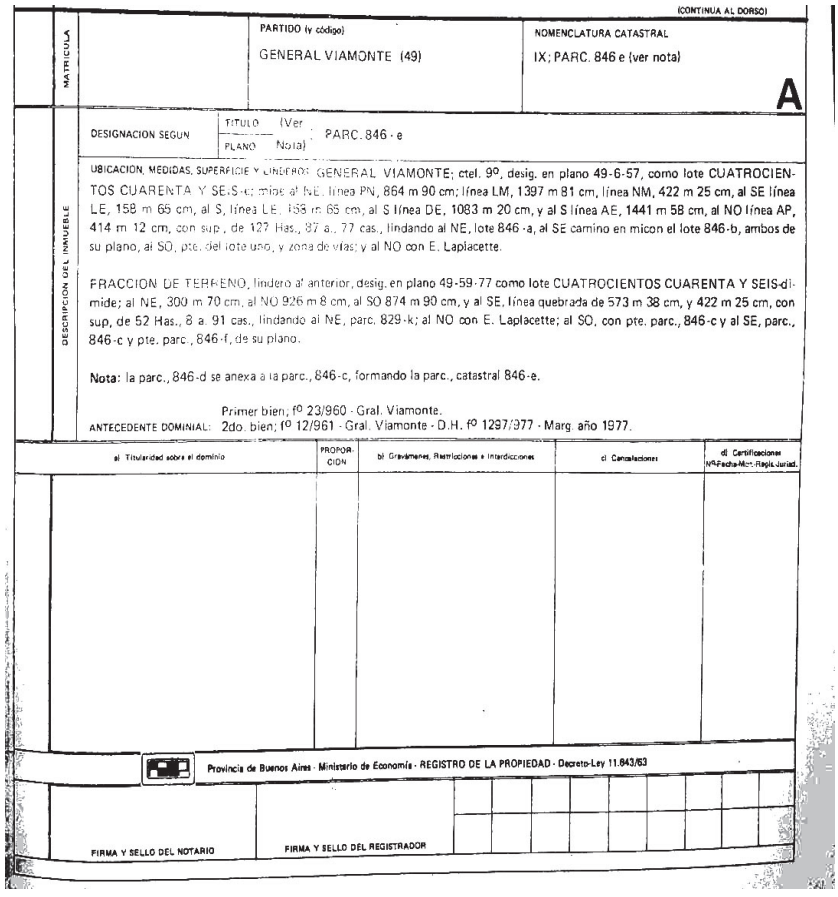
Descripción según	Título
Designación del Bien	

LOTE 4 DE LA MANZANA LETRA A Y LOTE 5 EL CUAL FORMA PARTE DE LOS LOTES 8 Y 9 DE LA MANZANA A.

Medidas, Linderos y Superficies

LOTE 4: 8.66m. DE FRENTE AL S.E., SOBRE LA CALLE ACASUSSO; 8.71m. EN SU CONTRAFRENTE AL N.O., LINDANDO CON MAS TERRENO DE SU MANZANA; 19.21m. AL N.E., LINDANDO CON EL LOTE 5; Y 20.13m. AL S.O., LINDANDO CON EL LOTE 3 Y FONDOS DEL 1. SUPERFICIE: 171.3432m²
LOTE 5: 8.66m. EN SU FRENTE AL S.E., SOBRE LA CALLE ACASUSSO; 8.71m. EN SU CONTRAFRENTE AL N.O., LINDANDO CON MAS TERRENO DE SU MANZANA; 18.29m. EN EL COSTADO N.E., LINDANDO CON EL LOTE 6; Y 19.21m. AL S.O., LINDANDO CON EL LOTE 4. SUPERFICIE: 162.3750m²

Superficie	no cita



(CONTINUA AL DORSO)

MATRICULA

PARTIDO (y código)
GENERAL VIAMONTE (49)

NOMENCLATURA CATASTRAL
IX; PARC. 846 e (ver nota)

A

DESIGNACION SEGUN TITULO / PLANO (Ver Nota): PARC. 846 - e

DESCRIPCION DEL INMUEBLE

UBICACION, MEDIDAS, SUPERFICIE Y LINDEROS: GENERAL VIAMONTE; ctel. 9º, desig. en plano 49-6-57, como lote CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS-cinco al NE, línea PN, 864 m 90 cm; línea LM, 1397 m 81 cm, línea NM, 422 m 25 cm, al SE línea LE, 158 m 65 cm, al S, línea LE, 158 m 65 cm, al S línea DE, 1083 m 20 cm, y al S línea AE, 1441 m 58 cm, al NO línea AP, 414 m 12 cm, con sup., de 127 Has., 87 a., 77 cas., lindando al NE, lote 846 - a, al SE camino en micon el lote 846-b, ambos de su plano, al SO, pte. del lote uno, y zona de vías; y al NO con E. Laplacette.

FRACCION DE TERRENO, lindero al anterior, desig. en plano 49-59-77 como lote CUATROCIENTOS CUARENTA Y SEIS-dimide; al NE, 300 m 70 cm, al NO 926 m 8 cm, al SO 874 m 90 cm, y al SE, línea quebrada de 573 m 38 cm, y 422 m 25 cm, con sup. de 52 Has., 8 a. 91 cas., lindando al NE, parc. 829-k; al NO con E. Laplacette; al SO, con pte. parc., 846-c y al SE, parc., 846-c y pte. parc., 846-f, de su plano.

Nota: la parc., 846-d se anexa a la parc., 846-c, formando la parc., catastral 846-e.

ANTECEDENTE DOMINIAL: Primer bien; fº 23/960 - Gral. Viamonte.
2do. bien; fº 12/961 - Gral. Viamonte - D.H. fº 1297/977 - Marg. año 1977.

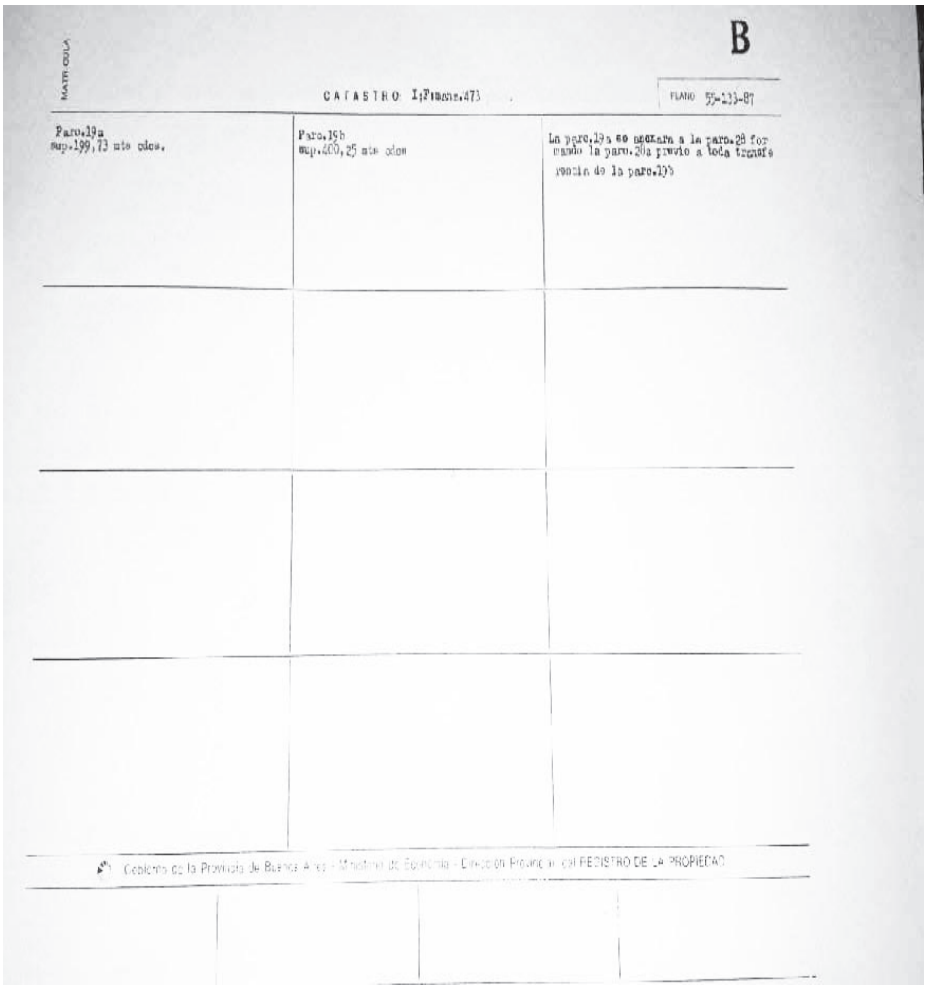
a) Titularidad sobre el dominio	PROPORCION	b) Gravámenes, Restricciones e Interdicciones	c) Cancelaciones	d) Certificaciones Nº-Fecha-Mot.-Repit.Juriad.

Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Economía - REGISTRO DE LA PROPIEDAD - Decreto-Ley 11.643/63

FIRMA Y SELLO DEL NOTARIO

FIRMA Y SELLO DEL REGISTRADOR

ASIENTO 1
ALVAREZ Edgardo; 100
Cas.1ras.nups.c/Maria Toledo.-Arg;
nac.1/10/1963;DNI16258457;vecino de
San Isidro.-
COMP.VTA.Escrit.34 del 2-5-1986
Escrib.J uan Fernandez Reg 1(97)
s/cert.123 del 1 7-4-1986.(1er
Bien)Present.12563 del
175-1986.COMP.VTA.Escrit.13 del
3-6-2000 E scrib.Ramon Suarez Reg
5(97) s/cert. 256 4/2 del 4-4-2000
(2do Bien) Present.Nro.152687/0 del
2/7/2000;



MATRICULA

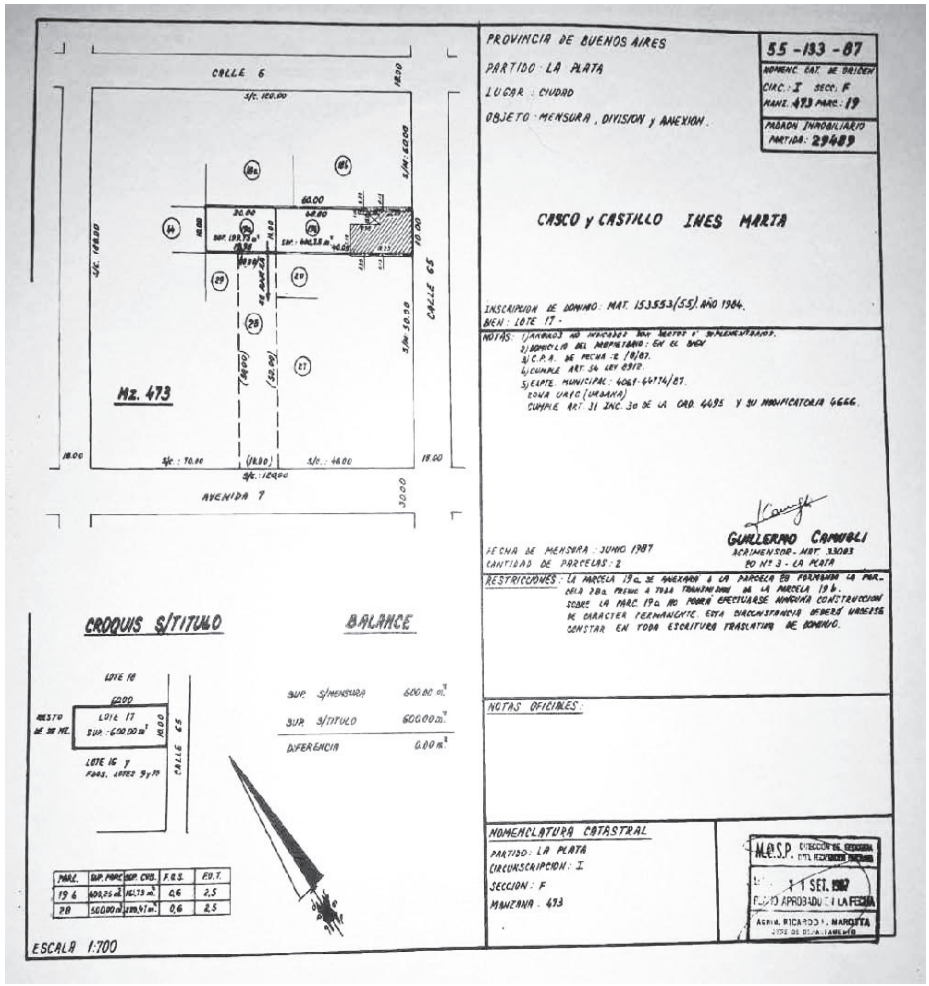
B

CATASTRO I;Fmanz.473

PLANO 55-133-87

Parc.19a sup.199,73 mts cdos.	Parc.19b sup.400,25 mts cdos	La parc.19a se anexara a la parc.28 formando la parc.20a previo a toda transferencia de la parc.19b

Gobierno de la Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Economía - Dirección Provincial del REGISTRO DE LA PROPIEDAD


PROVINCIA DE BUENOS AIRES
PARTIDO: LA PLATA
LUGAR: CIUDAD
OBJETO: MENSURA, DIVISION y ANEXION.
55-133-87
NOMENC. CAT. DE ORIGEN
CIRC.: I SECC.: F
MANZ. 473 PARC.: 19
PADRON INMOBILIARIO
PARTIDA: 29489
CASCO y CASTILLO INES MARTA
INSCRIPCION DE DOMINIO: MAT. 153553(55). AÑO 1984.
BIEN: LOTE 17 -
NOTAS: 1) ANGULOS NO INDICADOS SON RECTOS Y SUPLEMENTARIOS.
2) DOMICILIO DEL PROPIETARIO: EN EL BIEN
3) C.P.A. DE FECHA: 2/8/87.
4) CUMPLE ART. 54 LEY 8912.
5) EXPTE. MUNICIPAL: 4069-44774/87.
ZONA URIC (URBANA)
CUMPLE ART. 31 INC. 3a DE LA ORD. 4495 Y SU MODIFICATORIA 4666.
GUILLERMO CAMUGLI
AGRIMENSOR - MAT. 33083
PO Nº 3 - LA PLATA
FECHA DE MENSURA: JUNIO 1987
CANTIDAD DE PARCELAS: 2
RESTRICCIONES: LA PARCELA 19a SE ANEXARA A LA PARCELA 28 FORMANDO LA PARCELA 28a PRIME A TODA TRANSMISION DE LA PARCELA 19b.
SOBRE LA PARC. 19a NO PODRA EFECTUARSE NINGUNA CONSTRUCCION DE CARACTER PERMANENTE. ESTA CIRCUNSTANCIA DEBERA HACERSE CONSTAR EN TODA ESCRITURA TRASLATIVA DE DOMINIO.
NOTAS OFICIALES:
NOMENCLATURA CATASTRAL
PARTIDO: LA PLATA
CIRCUNSCRIPCION: I
SECCION: F
MANZANA: 473
M.O.S.P.
11 SET. 1987
PLANO APROBADO EN LA FECHA
CALLE 6
CALLE 65
AVENIDA 7
Mz. 473
CROQUIS S/TITULO
BALANCE
SUP. S/MENSURA 600.00 m²
SUP. S/TITULO 600.00 m²
DIFERENCIA 0.00 m²
ESCALA 1:700

ACADEMIA NACIONAL
DEL NOTARIADO

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 7º DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN*

ABORDAJE DE CASOS PARTICULARES

Marcelo Eduardo Urbaneja

SUMARIO: - Antecedentes. - Necesaria apreciación acerca del Código Civil y Comercial de la Nación y consecuente finalidad de estas líneas. - Evolución normativa en Argentina. - Consideraciones generales. - Casos particulares. - Conclusión. - Bibliografía.

* Texto de la exposición que brindó el autor en el LXXIII Seminario Teórico-Práctico "Laureano Arturo Moreira", desarrollado en la ciudad de Buenos Aires los días 1 y 2 de junio de 2017.

ANTECEDENTES

El 22 de abril de 2013 tuve ocasión, como miembro del Ateneo Notarial de la Academia Nacional del Notariado, de disertar ante esta última acerca del tema "Irretroactividad de la ley y su vinculación con el proyecto de unificación de códigos", con la pretensión de abordar la temática con una visión notarial.

Posteriormente, y ya con el actual código en vigor, el 21 de noviembre de 2016 fui convocado nuevamente en el mismo carácter para disertar ante la misma institución con el colega Gastón Augusto Zavala sobre "Efectos de la ley en relación al tiempo".

Las posturas asumidas en aquellas oportunidades constituyen la base de las ideas que se esbozan aquí, que se orienta exclusivamente a proporcionar respuestas para el ejercicio de la función notarial.

En función de las pautas dispuestas para este aporte, me limitaré a situaciones jurídicas en particular que escapan a los pocos estudios difundidos (generalmente ocupados de cuestiones relativas a donaciones, asentimientos o sociedades).

NECESARIA APRECIACIÓN ACERCA DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y CONSECUENTE FINALIDAD DE ESTAS LÍNEAS

Por honestidad intelectual, es menester señalar que en cuanta publicación y simposio tuvimos parte desde 2012, fuimos severos críticos del escenario legislativo entonces proyectado y hoy imperante. Hicimos particular hincapié en la fatigosa nómina de incongruencias, contradicciones y silencios que caracterizan al CCyC. Este proceder nos diferenció nítidamente del robusto sector doctrinario que prodigó al proyecto los mayores elogios, acaso por el respeto intelectual que le merecían sus autores.

Entrado en vigor el mismo, la actitud del jurista debe forzosamente alterar su cariz. Cabe, por caso, propugnar interpretaciones finalistas, que, para quienes nos sabemos iusnaturalistas, debe culminar en alcanzar lo justo. Sin embargo, en la particular función notarial, esta actitud debe emprenderse dentro de un marco de razonabilidad que no desvirtúe la mirada antilitigiosa que por antonomasia nos distingue.

La reflexión es precisa porque en ocasiones se advierten posturas que claramente contradicen lamentables pero categóricas decisiones legislativas, con un ímpetu que hubiéramos deseado ver en el reproche al proyecto (acompañándonos a quienes lo censuramos a su tiempo) y no en lecturas voluntaristas de la norma ya sancionada.

Nuestra finalidad es ahora, entonces, señalar lo que nuestro sistema establece en lugar de lamentar lo que debió haber establecido. Ello requiere, en suma, lecturas armoniosas que se alejen del mero casuismo o conveniencia, de nocivas derivaciones en la aplicación de los ordenamientos jurídicos.

Cabe, entonces, hacer nuestras las palabras de Sebastián Soler: "Frente a la pluralidad asistemática de preceptos que presenta un derecho positivo, existe una especie de facultad ordenadora semejante a la que cumple en este sentido común que según Aristóteles ajusta y relaciona el material de los sentidos"[1].

EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ARGENTINA

El tópico presenta matices que, como pocas otras cuestiones del derecho privado, requieren imprescindiblemente su consideración en función de particulares coordenadas espaciales.

Así como las cuestiones liminares de los ordenamientos jurídicos contemporáneos encuentran invariable raíz en culturas de la antigüedad (y en el sistema latino occidental se desemboca fatalmente en el derecho romano), la problemática que nos aqueja, en cambio, recién cobra vigoroso impulso con la sanción de los códigos decimonónicos.

Se explica que sea así desde que muchos de ellos importaron una ruptura sin tapujos con la legislación abrogada; otros, menos abruptos en las modificaciones, precisaron de un marco normativo que vinculara lo que continuaba vigente con las instituciones que nacían con otro germen filosófico.

De allí que el ilustre Vélez Sarsfield construyera un sistema del que se pudieron extraer principios generales (arts. 3° a 5°, 4044 y 4045) y aplicaciones particulares (verbigracia, art. 2614).

La reforma impuesta por el decreto-ley N° 17.711/1968 importó una modificación de envergadura que se plasmó en la derogación de los arts. 4°, 5°, 4044 y 4045 y la modificación del texto del art. 3°. Fue prohijada por su principal mentor, Guillermo Antonio Borda, en línea con los estudios que en 1929 diera a conocer en Francia Paul Roubier, prestigioso profesor de Lyon, y que reiterara posteriormente en otro aporte de 1960. No obstante, hubo un apartamiento expreso de algunos aspectos de su pensamiento, según palabras del mismo Borda[2].

1 SOLER, Sebastián. *Interpretación de la ley*, pág. 390.

2 BORDA, Guillermo A. *Sobre el art. 3° del Código Civil*, pág. 139.

El Código Civil y Comercial de la Nación propugna prácticamente la reproducción del art. 3° del Código Civil, con dos alteraciones relevantes. En primer lugar, la supresión de la palabra "aun", que contenía el texto derogado y criticó cierta doctrina, procura despejar dudas en el sentido de que la nueva ley se aplicará solamente a las consecuencias de la situación o relación jurídica, pero no a su constitución. En segundo lugar, se formula un aditamento relativo a las normas supletorias en relación a los contratos de consumo. Con la salvedad de estas dos alteraciones, hoy es de interés formular algunas reflexiones generales vinculadas a lo que en 1968 generó el decreto-ley N° 17.711/1968.

Esta aparente similitud del problema, por reiterarse en lo sustancial el texto legal empleado en anterior oportunidad, no disimula la distancia que media entre ambos acontecimientos: en 1968 se trataba de una reforma parcial, si bien intensa y trascendente; ahora se trata de la abrogación de la estructura basal del sistema de derecho privado, perdurando sólo alguna legislación específica, la que oblicuamente también es afectada.

Por lo tanto, una adecuada observación debería concluir en que la situación jurídica guardaría mayor aproximación a 1871 que a 1968. Es de resaltar cómo legisladores más esclarecidos, como los autores del decreto-ley N° 19.550/1972, sí establecieron pautas concretas para las situaciones jurídicas más alteradas, como las sociedades en comandita por acciones.

La vacilación terminológica también gravita sobre el CCyC, por cuanto en los "Fundamentos" del entonces proyecto se aludía a este art. 7° como vinculado al "derecho transitorio", calificación que no responde a lo allí preceptuado.

El CCyC solamente previó respuestas específicas para tres situaciones: los conjuntos inmobiliarios (art. 2075, sobradamente analizado en publicaciones), los plazos (art. 2537) y los testamentos (art. 2466).

Desde esa perspectiva, nos adentramos a una breve compulsa de algunas de las modificaciones proyectadas.

CONSIDERACIONES GENERALES

La supresión (al menos en la letra) de la teoría de los derechos adquiridos como parámetro rector de los efectos de la ley en relación al tiempo (criterio de Vélez Sarsfield que sintonizaba con el sentir de su época) provocó en 1968 conocidas polémicas que encolumnaron a la doctrina en sectores en pugna[3].

3 Uno de los últimos ecos de la disputa acaeció una década después de la reforma, entre Borda y Guillermo Lorenzo Allende (del primero, *Sobre el art. 3° del Código Civil*; del segundo, *Artículo*

Cuadra apuntar, no obstante, que con el devenir de las décadas posteriores se incrementaron las posturas favorables al espíritu de la modificación, aun cuando se expusieran reparos de orden semántico que encerraban derivaciones de relativa aplicación.

El aspecto más interesante desde una perspectiva práctica giró en torno de saber cuándo una ley era retroactiva, pues el art. 3° dice (y reitera el art. 7° CCyC) que el principio es que las leyes no son retroactivas.

Así, son pacíficas la convicción doctrinaria y la jurisprudencia que entienden que no habrá retroactividad en tanto no se vuelva sobre los efectos ya cumplidos de situaciones jurídicas constituidas antes de la nueva ley. A esta afirmación se le han adicionado incontable cantidad de matices sobre los que puede ampliarse, pero que poco han contribuido, en nuestro parecer, para aportar soluciones a los problemas vinculados al notariado.

Así, es sabido que, si bien el principio de irretroactividad es de orden legal y no constitucional (salvo en materia penal), una corriente de pensamiento, nutrida de diversas vertientes ideológicas, enhebra sensibles reparos a la retroactividad. De allí que, como dice López de Zavalía, la reforma de 1968 haya preferido, con influencia de Roubier, hablar de "efectos inmediatos de la ley" en lugar de "efectos retroactivos en primer grado"[4]. Julien Bonnecase, profesor de Burdeos, sostenía la teoría opuesta a la de Roubier en este aspecto, aunque ambos partieron de la base del distanciamiento con los "derechos adquiridos" y las "expectativas"[5].

Compartimos una reflexión habitual del jurista tucumano: los términos, los rótulos, las denominaciones, no deben desviarnos de los conceptos. Discrépese sobre los nombres, pero acuérdese en su significación. Así, creemos que le asiste razón en que el decreto-ley N° 17.711/1968 admitió un mínimo grado de retroactividad, que él celebra y nosotros también. Si bien se mira, el propio Borda sugiere un pensamiento semejante, aunque, insistimos, se resista a hablar allí de retroactividad[6].

No es del caso recordar todos los pormenores de las reflexiones que a su tiempo se generaron[7]. Sólo apuntamos que la mayor parte de los estudios evitaban propiciar soluciones a conflictos concretos, limitándose a discrepar sobre los alcances de algunos de los términos empleados en el art. 3°. A modo

3° del Código Civil. Volver al Código Civil).

4 LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Irretroactividad de las leyes*, pág. 1486.

5 Para una síntesis de ambos, a modo comparativo, ver NOGUERA CALDERÓN, Rodrigo. En *Efectos de la ley en el tiempo*, págs. 155 y sgts.

6 BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, págs. 167y sgts.

7 A los estudios citados en nota anterior, puede añadirse con todo provecho el de LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. Ob. cit.

de justo reconocimiento, sin embargo, subrayamos que le cupo a un preclaro maestro del derecho notarial, Carlos Alberto Pelosi ser uno de los primeros en tomar posición en una cuestión puntual con su reconocida erudición: la suerte que corrían los documentos notariales afectados de invalidez por causales que desaparecían en legislación posterior[8]. En ese estudio de 1969 se hacía, a nuestro juicio, una exacta aplicación de la nueva legislación y de aquellos segmentos de las concepciones de Roubier que tuvieron cabida en la misma. Fiel a su inquieta búsqueda doctrinaria, prosiguió con posteriores reflexiones, aplicándola a otras cuestiones [9].

Del reseñado cúmulo de polémicas recordamos una más, con repercusión directa en nuestra actividad: la afirmación acerca de la ineficacia de la retroactividad para cercenar garantías constitucionales.

Borda se ocupó de destacar que, aunque no se dudaba de lo redundante (y por lo tanto, estéril) de esa manifestación, se incorporó a la reforma receptando la sugerencia que Orgaz había formulado en el III Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1961)[10].

Decimos esterilidad por cuanto la inalterabilidad de nuestra ley suprema por una norma infraconstitucional es principio recibido, que en nada se alivia ni se agrava por la circunstancia de la eventual retroactividad de esta última.

Una reflexión que no suele atenderse, y reputamos medular, es que no puede equipararse en la actualidad "garantías constitucionales" con normas de la Constitución de la Nación. Si esto era posible en 1968, la reforma constitucional de 1994, al elevar la jerarquía de ciertos tratados internacionales, modeló una sensible alteración al régimen anterior. Desde entonces, esas "garantías constitucionales" también harán referencia a lo que en esos tratados (no en todos) se disponga.

Y corresponde integrar esta reflexión con el alcance que corresponde otorgar al término "propiedad", precisamente una de esas garantías constitucionales, plasmada en los arts. 14 y 17 de la Constitución de la Nación Argentina. Se afirma que está compuesta por los derechos que una persona tiene "fuera de sí mismo", de su "vida'' y de su "libertad"[11], en terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación influenciada por su par estadounidense. Abarca, en suma, todos los derechos subjetivos patrimoniales (reales, personales e intelectuales). El mismo Alto Tribunal ya lo había sugerido tres

8 PELOSI, Carlos Alberto. *La irretroactividad de la ley y las nulidades instrumentales*, págs. 1029 a 1068.

9 PELOSI, Carlos Alberto. "Un caso de interpretación del nuevo artículo 3 del Código Civil", "Algo más sobre la aplicación del art. 3573 bis del Codigo Civil"; "Nuevamente la interpreta cion del art. 3 del Cód Civil".

10 BORDA, Guillermo A. *Sobre el art. 3º*... cit., pág. 738.

11 Fallos 145:307 (1611211925).

años antes: "...trátese de derechos reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad, a los efectos de la garantía constitucional[12].

Es de lamentar que el código no hubiera receptado el caudal de cuestiones controvertidas que en su hora estimuló la reforma para superarlas con terminología y conceptuación adecuadas.

No obstante, como lo puso de resalto Medina en reciente colaboración[13], cuatro principios se coligen del texto proyectado, análogos a los que provienen del actual artículo 3:

1) aplicación de la ley a situaciones y relaciones jurídicas en curso (léase, agregamos nosotros, no extinguidas aún);

2) irretroactividad, salvo disposición legal contraria;

3) cuando hubiera retroactividad, no puede cercenar "derechos amparados" por garantías constitucionales;

4) inaplicabilidad de leyes supletorias nuevas a contratos celebrados antes de su vigencia, exceptuando normas más favorables al consumidor en "relaciones de consumo".

Por nuestra parte creemos que aquí, como en otros temas, se ha dejado libradas a interpretaciones no literales un cúmulo no desdeñable de controversias. En este sentido la norma es reprochable.

Por lo pronto, la diferenciación entre situaciones y relaciones jurídicas depende de la óptica iusfilosófica del intérprete. En nuestro país hubo un estudio que propugnó, un año después de la reforma, la adopción de las ideas que al respecto esbozara Francesco Carnelutti[14]. La comparación de esta noción con el entendimiento de Borda persuade de la necesidad de una terminología menos debatida[15].

En los apartados siguientes, entonces, analizaremos el impacto del código sobre los actos otorgados mediante documentos notariales, tanto los autorizados antes de su entrada en vigor como aquellos que se autoricen luego pero sobre los que tenga incidencia particular alguna situación nacida con el Código Civil abrogado.

Para ello prescindiremos de efectuar valoración alguna acerca de las innovaciones introducidas, varias de las cuales hemos considerado en otros aportes.

12 Fallos 136:59 (21/0811922).

13 MEDINA, Graciela. "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", págs. 1303 y 1304.

14 MONTEJANO, Bernardino; y Noacco, Julio César. *Estática jurídica*, págs. 43 y sgts.

15 BORDA, Guillermo A. *Tratado de Derecho Civil...* cit., págs. 163 y 164.

Como salvedad extensible a todos los supuestos, debe consignarse que si el código hubiera establecido expresamente soluciones diferenciales específicas, tal disposición sería válida y por lo tanto a la misma habría que atenerse, en tanto no dispusiera una retroactividad que afectara garantías constitucionales.

Piénsese en un supuesto cercano al notariado, cual fue la entrada en vigencia del decreto-ley N° 17.801/1968. Si bien exhibe particularidades diferentes (aquí se trataba de la obligatoriedad de una ley no publicada) incide en la temática, por cuanto, con o sin difusión formal, la ley tuvo aplicación retroactiva. La norma fue publicada en el Boletín Oficial el día 10 de julio, mientras que su art. 42 indicaba que la vigencia de la misma comenzaba el día 1° de julio, en contraposición a lo dispuesto por el art. 2° del Código Civil (texto según ley N° 16.504, de 1964). Como ambos dispositivos tienen la misma jerarquía legislativa, se ha defendido la constitucionalidad de esa retroactividad por entenderse que no afectó garantías constitucionales, entre otros motivos porque el ordenamiento registral desenvuelve los conceptos de una ley vigente a partir de su publicación, como fue el art. 2505 del Código Civil (texto según decreto-ley N° 17.711/1968)[16]. Para discrepar con esa tesis sólo podría invocarse la violación de preceptos de la Ley Suprema, pero no, insistimos, su retroactividad.

Así sucedería, verbigracia, si el código hubiera dispuesto que las ofertas de donación otorgadas durante la vigencia del Código Civil conservarían su eficacia luego de la muerte del donante (se trataría aquí de ultractividad de la ley abrogada). En tanto una estipulación semejante no provocaría ninguna merma de los principios antedichos, sería perfectamente admisible (y desde nuestra concepción sería, además, deseable).

CASOS PARTICULARES

LA FALTA DE PAGO DE PRECIO EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA

Entendemos haber sido los primeros en publicar la postura que aquí se reproduce en lo pertinente[17], con posteriores sugerencias de redacción[18], sin que hayamos conocido refutaciones.

16 MOISSET DE ESPANÉS, Luis. "Ámbito temporal de aplicación de la ley 17.801".

17 URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Los títulos observables: las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación".

18 URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Práctica notarial de contratos usuales*, capítulo IV.

Cuando se pacta que el precio se pague luego de la compraventa, la doctrina civilista dominante durante el régimen velezano concordaba en que el título resultaba observable. La convicción se enancaba en la existencia de un dominio revocable causado por una "claúsula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió", en términos del antiguo art. 2668. Los rasgos nucleares de esta idea fueron formulados por Jorge Horacio Alterini[19] y seguidos por una inconmovible doctrina y jurisprudencia.

Por nuestra parte, propugnando una diversa armonización de las normas en juego, nos persuadíamos de la postura contraria, que se hallaba en franca minoría.

Sin embargo, en lo que ahora importa, los argumentos principales de la tesitura categóricamente prevaleciente ya no subsisten con el CCyC.

Ninguna norma hoy establece, a la manera del equívoco art. 3923 del Código Civil, una acción reipersecutoria para el caso, y ni siquiera subsiste el privilegio que concedía el antiguo art. 3924.

Tampoco existe la mentada "cláusula legal", pues los vigentes arts. 1946 y 1965 solamente enumeran como causales de la revocabilidad del dominio al plazo y a la condición resolutorios.

La única previsión que persiste, a la manera del anterior art. 1204, es el efecto resolutorio por incumplimiento, que en el régimen imperante dimana de los arts. 1079, inc. b, y 1087.

Sin embargo, estas normas son insuficientes para conceder alcance reipersecutorio a la acción por resolución.

En efecto, el art. 1087 solamente establece en ciertos contratos el carácter implícito de la facultad de resolución. Nada autoriza a sostener de su texto ni de su espíritu que esa resolución tenga efectos reipersecutorios, máxime cuando el art. 1079 se ocupa de la temática.

Resulta sumamente sugestivo que el art. 1079, inc. b, establezca que el efecto retroactivo se produce "entre las partes". Más aun, cuando la norma alude a la intangibilidad de los derechos adquiridos "a título oneroso por terceros de buena fe", la presunción de haber obrado con ésta no puede desvirtuarse por la sola circunstancia de carecerse de acreditación del pago. No debe olvidarse que, en el régimen precedente, la observabilidad del título tenía por sustento, además de una directiva análoga a ésta, la de los artículos que señalaban que se estaba ante un supuesto de dominio revocable o pasible de acción con efecto reipersecutorio. Nada de ello ocurre en el ordenamiento imperante.

19 ALTERINI, Jorge Horacio. "Resolución de los contratos y dominio revocable".

El silencio de los citados arts. 1946 y 1965 al respecto vigoriza con elocuente contundencia la tesitura sostenida. Por lo tanto, cabe concluir que el campo de acción del art. 1079, inc. b, con su efecto retroactivo, no opera frente a terceros que hayan adquirido onerosamente derechos reales inmobiliarios.

De allí que la única alternativa que tiene un vendedor para lograr que el incumplimiento del comprador en el pago del precio faltante le permita perseguir el inmueble aun frente a terceros, es pactar una condición resolutoria (art. 343).

Sin embargo, para alcanzar el efecto perseguido deberá atribuirse expresamente efecto retroactivo a la condición, pues el principio general es que opera hacia el futuro (art. 346). Es que podría debatirse si el efecto retroactivo dimanado de los arts. 1967 y 1969 en materia de cosas registrables se aplica también a las condiciones "atípicas", que moldean los contratantes.

Si se comparte el postulado que prevalecía interpretando el código velezano, resta considerar la suerte que corren actualmente los títulos que, otorgados durante ese régimen, padecían de la observabilidad por falta de pago del precio.

Recordemos que uno de los pocos supuestos en que fue considerada de manera específica la cuestión del derecho transitorio se presentó en materia de prescripción, a través del art. 2537.

Nos abriga la convicción, sin embargo, de la inaplicabilidad de ese precepto, y consecuentemente el inmediato vigor del nuevo esquema normativo respecto de las viejas instrumentaciones.

Dado que anteriormente la falta de pago de precio atribuía una acción con efectos reipersecutorios (reiteramos que según la tesitura prevaleciente) y actualmente ellos se han perdido, sólo podemos auxiliarnos en el genérico art. 7°. A su través, puede concluirse que la ausencia de dicho alcance reipersecutorio es una de las "consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes", por lo que le cabe la aplicación de la nueva legislación.

De esta manera, todos los títulos otorgados antes del 1° de agosto de 2015 que fueran observables por falta de pago de precio se habrán transformado en perfectos desde esa fecha (salvo, claro está, que se hubiera dispuesto dicho pago como condición resolutoria).

Sin embargo, conscientes del alto grado de incertidumbre que el referido marco legislativo ocasiona, interpretaremos el citado art. 2537 con el entendimiento opuesto, es decir, suponiendo que el efecto reipersecutorio no se ha perdido sino que solamente ha variado el plazo de prescripción (postulado, que, se insiste, no compartimos).

Se desprende de su texto que, si bien en principio los plazos deben completarse conforme los lapsos de la ley anterior (10 años según disposición genérica del art. 4023 del código de Vélez), si los nuevos términos son más breves, ha de estarse a éstos. Como ahora el plazo se redujo a 5 años, será éste el que determine la prescripción, pero contado desde el 1° de agosto de 2015, según directiva del propio art. 2537.

Ilustraremos con un ejemplo. Si un título otorgado el 1° de febrero de 2011 resultara observable por la falta de pago de precio, para resolver el momento en que la acción se encontrará extinguida por prescripción, deberán compulsarse dos momentos: los 10 años dispuestos por el ordenamiento precedente (1° de febrero de 2021) contra los 5 señalados por el nuevo, contados desde su vigencia (1° de agosto de 2020). Siendo más breve este último, a él habrá que estarse y el título se hallará perfeccionado en 2020.

DONACIÓN A LOS HIJOS DEL CÓNYUGE

La nulidad con que el art. 1807, inc. 1, del Código Civil fulminaba a la donación de: "...uno de los cónyuges a los hijos que el otro cónyuge tenga de diverso matrimonio, o las personas de quien éste sea heredero presunto al tiempo de la donación", ha en la actualidad desaparecido del esquema normativo por una atinada innovación legislativa.

En efecto, el CCyC nada dispone al respecto, y por supuesto no puede encontrarse subsistente la prohibición en la redundante oración final del art. 1001, que postula: "...los contratos cuya celebración está prohibida a determinados sujetos tampoco pueden ser otorgados por interpósita persona". Ese impedimento, que no necesitaba consagración legislativa expresa por surgir de los principios y valores jurídicos e institutos como la buena fe y la simulación (arts. 2°, 9°, 961 y 333 y concordantes), no está impuesto de manera específica respecto de determinadas situaciones jurídicas (como sí lo estaba el antiguo art. 1807, inc. 1, del Código Civil), sino genéricamente para cualquiera.

Esto significa que el único que podrá valorarlo será, para cada caso particular, el juez, pero siempre luego del otorgamiento. De allí que no quepan dudas acerca de la validez de una donación de las anteriormente prohibidas, siempre que se haya otorgado después del 1° de agosto de 2015 y, obviamente, mientras no exista pronunciamiento judicial contrario.

El argumento más categórico lo brinda el art. 2483, que determina, en materia testamentaria, quiénes se presumen personas interpuestas, sin admitir prueba en contrario (lo que no hace más que reiterar el principio del art. 3741 del Código Civil). Esto significa que, cuando el CCyC quiso suponer de pleno derecho la existencia de personas interpuestas, lo hizo; en los demás casos,

se aplicará la regla genérica del art. 1001, que requerirá la pertinente prueba en sede judicial.

Esto no obstante, y siguiendo lineamientos análogos al razonamiento oportunamente formulado por Pelosi, que ya citamos, las donaciones realizadas antes del 1° de agosto de 2015 vulnerando la prohibición del art. 1807, inc. 1, del entonces vigente Código Civil, son nulas y no habrán cobrado validez por el cambio legislativo.

Como la doctrina mayoritaria entendía que el supuesto encarnaba una nulidad absoluta, no habría posibilidad de subsanar la misma actualmente, sino que correspondería lisa y llanamente realizar un nuevo otorgamiento entre las mismas partes. Incluso quienes sostuvieran que se estaba en presencia de una nulidad relativa, y por lo tanto pasible de confirmación, también precisarían de la actual voluntad de ambas partes involucradas. Se aprecia, en suma, que cualquier tesitura conduce a un proceder semejante desde la función notarial.

USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN, Y LA EJECUCIÓN DE ACREEDORES[20]

El usufructo ha visto notablemente mermada su utilidad económica en detrimento del uso y la habitación, conforme el diagrama normativo del CCyC[21]. Sin embargo, cabe ahora recordar que, con anterioridad, la única de estas tres figuras que contaba con utilización regular era precisamente el usufructo, preponderantemente a través de la reserva del mismo cuando se donaba la nuda propiedad. El uso o la habitación aparecían solamente a través del constituto posesorio, como alternativa de cierta doctrina frente a la tradicional utilización del comodato.

Por lo tanto, dado el fin de esta publicación, nos ocuparemos exclusivamente del usufructo, ponderando los cambios sufridos desde el 1° de agosto de 2015. En pos de ese objetivo, enfocaremos la cuestión desde un punto de vista primordialmente práctico. Con el régimen del código de Vélez Sarsfield, los donantes elegían la reserva del usufructo por tres características sobresalientes: a) ante el fallecimiento de los usufructuarios, se evitaba el trámite sucesorio (lo que era una ventaja solamente para los donatarios, que eran los nudos propietarios); b) podían habitar el inmueble sin ser desplazados de él

20 Se sintetizan ideas desarrolladas en URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Práctica notarial...* cit., capitulo IV.

21 URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 7, Astrea-FEN, pág. 354 a 480.

por los nudos propietarios (que, en cambio, era una ventaja para los propios usufructuarios); y c) podían habitar el inmueble sin que el usufructo pudiera ser subastado por sus acreedores (que era, también, una ventaja para los usufructuarios).

De los tres rasgos, los dos primeros perduran en toda su extensión, matizándose el primero de ellos a través del derecho de acrecer (con el mismo alcance que en el régimen precedente). Es lo que surge de los arts. 2129, 2140, 2152, inc. a), 2153 y 2132.

En cambio, el último aspecto ha variado sustancialmente. El art. 2144, al que remite sin mayores derivaciones el art. 744, inc. e), dispone ahora que el usufructo es subastable por cualquier acreedor de los propios usufructuarios. Esta peculiaridad aparece en consonancia con una nueva característica del usufructo, que es la posibilidad de ser transmitido (art. 2142).

Quienes hoy pretendan donar su inmueble conservando la facultad de habitarlo, pero sin someterse al riesgo de ejecución, deberán reservarse el uso o la habitación, que tienen en común entre sí la inejecutabilidad[22].

USUFRUCTO, USO Y HABITACIÓN Y LA EJECUCIÓN DE ACREEDORES[23]

En cuanto a la transmisibilidad, dimanada ahora del art. 2142, es diferente a la anterior "cesión del ejercicio" (única posibilidad que admitían la doctrina y la jurisprudencia acabadamente preponderantes, con asiento en el art. 2870 del Código Civil). En esta última, el usufructuario seguía siendo el primitivo, y el adquirente a través de esa cesión era titular de un derecho personal, mientras que en la actualidad el adquirente es titular del usufructo (es decir, de un derecho real). No obstante, hacemos notar que el fallecimiento del usufructuario originario extingue el usufructo en cabeza de quien sea que se encuentre, inclusive sucesivos adquirentes. Esto determinará, sin lugar a dudas, que en este aspecto la innovación legislativa no se plasme en transmisiones onerosas, ante la incertidumbre que reinará para el adquirente.

La transmisión exige de parte del adquirente la previa constitución de garantía de la conservación y restitución del bien (art. 2142).

Respecto a los usufructos constituidos con el régimen del Código Civil, tuvieron oportunidad de pronunciarse las XXV Jornadas de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca, provincia de Buenos Aires, en octubre de 2015, en las que participamos. Allí resolvieron por unanimidad que a ellos también les

22 URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Práctica notarial...* cit., capitulo IV.
23 URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Práctica notarial...* cit., págs. 291 y 292.

es aplicable el régimen del CCyC, por lo que, entre otras innovaciones, les cabe la subasta y la transmisión.

No se consideró la cuestión, que estimamos pertinente examinar, acerca de si es necesario que el crédito del acreedor ejecutante haya nacido después del 1° de agosto de 2015, o si esa fecha resulta indiferente. Finalmente, ante alguna vacilación que pudiere merecer la ausencia en el CCyC de un texto como el antiguo art. 2931, cabe poner de resalto que un precepto de ese tenor sería ahora sobradamente redundante. Y es que si el usufructo se puede enajenar sin transmitir conjuntamente la nuda propiedad, no es necesario que se diga que también puede hacerse con la transmisión conjunta de la nuda propiedad.

Y, aunque también resulte evidente señalarlo, adviértase que si se hiciera la transmisión conjunta, el usufructo se habrá extinguido por consolidación en cabeza del adquirente (art. 1907). Por lo tanto, quien adquirió el dominio pleno por transmisión simultánea que le hicieran el nudo propietario y el usufructuario, no sufrirá ningún menoscabo a su derecho pese al posterior fallecimiento del transmitente del usufructo (porque mal puede extinguirse un derecho que ya no existía). Por los mismos motivos, no cabe exigir en este caso la garantía que dispone el art. 2142, pues ya no subsiste nudo propietario a quien proteger.

USUFRUCTO DE ACCIONES. EJECUCIÓN. FRUTOS Y PROHIBICIÓN DE ENAJENAR

El art. 218 de la ley general de sociedades contempla el usufructo de acciones. El diagrama legislativo se armonizaba con las normas que entonces preveía el Código Civil y que, en este sentido, aparecen ahora modificadas en dos cuestiones.

En primer lugar, la referida ejecutabilidad del usufructo, la que, como recordamos, debe entenderse predicable también respecto de los usufructos constituidos antes del 1° de agosto de 2015, en función de la conclusión arribada en las ya citadas XXV Jornadas de Derecho Civil. No corresponde, en este sentido, formular diferencias en virtud del objeto del usufructo.

Con el nuevo régimen cobra mayor relevancia el tercer párrafo del artículo comentado, pues ahora los usufructuarios sucesivos no provendrán solamente de sendas constituciones del nudo propietario, que al extinguirse un derecho real puede constituir otro, sino por eventuales transmisiones voluntarias del usufructuario, o incluso ejecuciones del usufructo que hagan sus acreedores.

La segunda diferencia que trae el CCyC al respecto no implica, entendemos, impacto alguno en el régimen societario.

Mientras el antiguo art. 2865 del código velezano establecía que la percepción de los frutos civiles se producía "día por día", el señalado párrafo tercero del art. 218 de la entonces ley de sociedades comerciales resultaba congruente con él.

Con la supresión de un régimen especial para los frutos civiles, el CCyC incluye a estos dentro del régimen general de frutos percibidos y pendientes del art. 2141, incs. a) y b). La especialidad del régimen societario, acaso vigorizada por el art. 150, inc. a), CCyC, aporta la convicción suficiente para descartar cualquier alteración del esquema precedente.

Resulta interesante interrogarse acerca de la posibilidad de prohibir al usufructuario la enajenación de su derecho. El tópico fue también abordado en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, aunque sin aludir a un objeto particular, lo cual no elude considerar aplicable sus derivaciones al usufructo de acciones.

Por motivos que ampliamos en otro lugar, estamos absolutamente convencidos que las prohibiciones de enajenar, con los alcances del art. 1972 CCyC, pueden ser aplicadas a cualquier derecho real, y no solamente al dominio[24].

Sin embargo, en el citado simposio triunfó por mayoría la tesis opuesta. Allí se dijo: "Transmisibilidad (…) 2) Cláusulas de inenajenabilidad: a) Dictamen de mayoría: No es posible pactar cláusulas de inenajenabilidad en caso de usufructo, toda vez que conculca lo dispuesto por los arts. 1884 y 1906 del Código Civil y Comercial. b) Dictamen de minoría: Es posible que los sujetos involucrados en la constitución de un derecho de usufructo puedan pactar cláusulas de inenajenabilidad, en los términos previstos en el art. 1972 del Cód. Civil y Comercial".

En suma, la postura que rechazamos, que resultó allí prevaleciente, impide incorporar a la constitución de usufructo las prohibiciones de enajenar.

FORMA DE LOS PODERES. REGLA Y EXCEPCIONES

El art. 1184, inc. 7, del Código Civil indicaba para qué poderes era necesaria la forma escritura pública.

Contra lo que suele sostenerse, las legislaciones locales no pueden hacer excepción en materia judicial, por cuanto el art. 1870, inc. 6, que se utilizaba habitualmente como fundamento, permitía modificar lo dispuesto en ese título, del cual se encontraba fuera la disposición referida sobre la forma.

24 Ibíd., pág. 294.

El CCyC, en el art. 363, indica que el acto para cuya celebración se otorga es el que dispone la forma de los poderes. Existen, no obstante, dos excepciones. La primera de ellas aparece en el art. 1406, que exige, para que un banco emita un título con eficacia ejecutiva al cerrar una cuenta corriente, que el documento se firme por dos apoderados "mediante escritura pública". La excepción radica en que es superior la forma exigida para el poder (escritura pública) que la exigida para el acto a otorgarse (título con eficacia ejecutiva, que será un instrumento privado). La segunda, que preexistía al CCyC, dimana del anteúltimo párrafo del art. 13 del decreto-ley Nº 6582/1958, de régimen jurídico del automotor. Allí se solicita escritura pública para el poder que faculte a firmar solicitudes tipo, por lo que también se reitera la excepción, ya que estas últimas son incuestionablemente instrumentos privados. Sólo será instrumento público la certificación de la firma realizada por cualquiera de las personas admitidas por la dirección nacional, a tenor de la autorización conferida por el mismo artículo.

En cuanto a una de las innovaciones del art. 363 CCyC, cabe apuntar que como la generalidad de los actos que implican administración de bienes no requiere escritura pública, ya no deberán tener esa forma los poderes que se otorguen con ese fin. Sin embargo, por los argumentos incontrastables dados por el maestro Pelosi en las reflexiones ya recordadas[25], no caben dudas de la invalidez de los otorgados durante el Código Civil por instrumento privado.

CONVERSIÓN DEL DOMINIO REVOCABLE EN DOMINIO PERFECTO POR EL TRANSCURSO DEL TIEMPO

Nos hemos ocupado con mayor amplitud y profundidad de esta temática en anterior oportunidad[26], y con un propósito más práctico en libro de reciente publicación[27].

El interés del asunto quedó reflejada en su tratamiento dentro del tema I del XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, Santa Fe, 2015), en el que, como coordinador nacional, se postularon pautas de relevante cariz práctico.

El art. 1965 CCyC, en feliz iniciativa, dispone que las condiciones resolutorias que graven al dominio se encuentran limitadas al plazo de diez años, incluso cuando surgiera de las mismas un término de cumplimiento mayor. Podría ocurrir que, por disposición legal, el plazo límite fuera inferior, como los pactos accesorios de la compraventa (art. 1167). A consecuencia,

25 PELOSI, Carlos Alberto. *La irretroactividad de la ley*... cit.
26 URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Los 'títulos observables..." cit.
27 URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Práctica notarial*... cit.

transcurrido ese término sin haberse producido la resolución, el dominio se transformará en perfecto (en los imprecisos términos del artículo "debe quedar definitivamente establecido").

Si, en cambio, se produce el evento, la resolución tendrá efecto retroactivo, dado que así surge de los arts. 1967 y 1969, que en este sentido alteran la regla general del art. 346.

El incumplimiento del cargo, en función de lo dispuesto por el art. 354, sólo tendrá este efecto retroactivo de haberse así previsto por los contratantes, a lo que habría que añadir los casos legalmente establecidos, como la donación (arts. 1562 y 1570).

El efecto resolutorio retroactivo del plazo no es dudoso, si bien se discrepa acerca de la aplicación del plazo máximo de diez años del art. 1965, que solamente menciona a las condiciones. De todos modos, aunque se concluyera negativamente, no habría incertidumbre posible dado que, por su esencia, el plazo evoca un evento futuro pero cierto.

Acerca de la clase de actos ocorgados por el antiguo titular que quedarán sin efecto por la revocación, nuestra precursora opinión[28] fue avalada por la doctrina posterior[29], en el sentido de afectar tanto a los actos de disposición (como señalaba el antiguo art. 2670 del Código Civil) como a los de administración (novedad del CCyC). Alguna aislada opinión en contrario, incluso sostenida desde el notariado, se sustenta en el art. 348 para concluir que los actos de administración perduran[30], soslayando que el art. 1969 contiene una norma específica para el dominio revocable en la que no se establecen diferencias. Es esta la única interpretación posible, pues de lo contrario la regla del art. 1969 no sería más que una inútil reiteración de la pauta general.

La solución del código en este aspecto es ponderable, por cuanto no guarda sentido conservar los derechos de quien, como un locatario, estaba tan jurídicamente compelido a consultar el alcance de los derechos del dueño como quien adquiere un derecho real. Que en nuestra práctica los contratos de, verbigracia, locación, se otorguen sin exigir del titular dominial la acreditación de esos extremos, es una práctica que debe repudiarse y no avalarse indirectamente, permitiendo que el locatario siga ejerciendo su derecho cuando operó una condición resolutoria que él podría haber conocido.

Así las cosas, el lapso referido de diez años se computará también respecto de los actos sujetos a condición resolutoria que se hubieren otorgado

28 URBANEJA, Marcelo Eduardo. "Dominio", en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*.

29 MALIZIA, Roberto. "Comentario al artículo 1969", en *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, pág. 395; Molina Quiroga, Eduardo. *Manual de derechos reales*, pág. 84.

30 VENTURA, Gabriel B. En *Código Civil y Comercial*, tomo 3, comentario al artículo 1969.

antes de la vigencia del CCyCN, con los alcances, en todo caso, de la norma del art. 2537.

También se señala, en el art. 1968, que la readquisición dominial se producirá sin necesidad de nueva tradición al anterior titular, receptando el sentir mayoritario de la doctrina (que pugnaba por alterar el principio contrario, que en general se entendía como dimanante del art. 1371, inc. 2, del Código Civil).

Corresponde aplicarlo respecto de dominios que no hubiesen sido revocados a la fecha de entrada en vigencia del CCyC dado que los anteriores sí deben someterse a la antigua regla. De no ser así, se operaría retroactivamente, vulnerando la directiva del art. 7°.

OPONIBILIDAD DE FACULTADES DEL FIDUCIARIO

Una de las más desafortunadas disposiciones del código en materia de derechos reales es la del art. 1688.

El primer párrafo señala que el fiduciario puede disponer o gravar los bienes fideicomitidos cuando lo requieran los fines del fideicomiso (agregando la posible conformidad de otros sujetos cuando así se hubiera dispuesto en el contrato). Es evidente la similitud con el art. 17 de la ley N° 24.441.

El segundo párrafo, origen del reproche formulado, establece: "El contrato puede prever limitaciones a estas facultades, incluso la prohibición de enajenar, las que, en su caso, deben ser inscriptas en los registros correspondientes a cosas registrables. Dichas limitaciones no son oponibles a terceros interesados de buena fe, sin perjuicio de los derechos respecto del fiduciario".

No es del caso, aquí, hacer tema con la impertinencia de exigir registración de cláusulas específicas, cuando la situación jurídica registrada es oponible en su integridad, de conformidad con señera doctrina, reafirmada en los XV y VIII Congresos Nacionales de Derecho Registral (Santa Fe, provincia homónima, 2009, y Rosario, misma provincia, 2015, respectivamente). Lo cierto es que la ley exige su registración, pero no en el "Registro Público" del art. 1669, sino en el que recepte el dominio fiduciario.

El análisis debe centrarse en la última oración del párrafo transcripto, que contradice los más elementales principios de derecho registral.

En efecto, si las limitaciones, que deben ser inscriptas, no se pueden oponer a un tercero interesado de buena fe, nos preguntamos con qué argumentos puede sustentar tal calidad alguien que contratara con el fiduciario, cuando del propio título surgen las limitaciones.

Si se tratara no ya de un contratante, sino de uno de los pocos acreedores que pueden ejecutar el patrimonio fideicomitido, como la limitación o prohi-

bición debe ser registrada, también le resultará oponible. La exigencia del art. 1688 ni siquiera exige discurrir sobre la inoperancia que al reflejo registral de tal circunstancia atribuimos. En suma, la frase señalada del segundo párrafo carecerá absolutamente de aplicación.

La única alternativa para atribuirle un mínimo de eficacia, aunque aun así cuestionable, sería concluir que, una vez más, la pluma de los autores traicionó su espíritu. Así, podría suponerse que en rigor se pretendió significar que, en caso de no registrarse, esas limitaciones resultarían inoponibles a los terceros interesados de buena fe.

Esta crítica, que formulamos ya cuando la norma hoy consagrada formaba parte del proyecto, ha pretendido ser atenuada, señalando que existe posibilidad de ser aplicada[31]. Ocurriría cuando un contrato de fideicomiso debidamente registrado fuera modificado incorporándole cláusulas limitativas de enajenación, y esta modificación no resultara registrada. En tal caso, se indica que el adquirente no resultaría afectado en virtud de su buena fe.

El ejemplo no hace más que confirmar nuestra crítica. Precisamente, la descripción que reproducimos supone que existen cláusulas que no fueron registradas, cuando *lo que el artículo establece es que la buena fe podría presentarse frente a cláusulas registradas*. Se reafirma, entonces, que la directiva legal es inaplicable.

Este artículo, analizado en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral, ya evocado en estas páginas y cuyo tema I, con nuestra coordinación nacional, contó con un subtema "Dominio fiduciario", generó una discusión en su seno. Alguna opinión se alzó en defensa de la norma, pretendiendo atemperar nuestra enfática censura, señalando que la indicada inoponibilidad de las limitaciones no se predica respecto de las cosas registrables. Esa afirmación es incorrecta, pues si ésa fuera la finalidad de la ley no se haría más que reiterar el principio del art. 1895, aquí vigorizado por la presunción del art. 1919.

El citado congreso señaló al respecto, por unanimidad: "En el caso de la registración inmobiliaria, las limitaciones a las facultades de disponer o gravar respecto del fiduciario, cuando las mismas surgen del título y de las constancias registrales, desplazan la buena fe de los terceros interesados".

Debe, ahora, consignarse la influencia sobre los dominios fiduciarios ya constituidos.

Si la publicidad registral de esas limitaciones se hubiera realizado, ninguna derivación particular surgiría de los nuevos textos.

Si así no fuera, entendemos que, habiéndose logrado la publicidad de la manera que el ordenamiento vigente disponía, no hay posibilidad de aplicar esta

31 COSSARI, Nelson G. A. *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo IX, págs. 436 y 437.

norma respecto de terceros que pretendieran adquirir derechos, ya vigente el CCyC, respecto de un fiduciario que se hubiera convertido en titular antes del mismo.

ASAMBLEAS EN PROPIEDAD HORIZONTAL

En *Propiedad horizontal*, texto de nuestra autoría publicado en 2016, examinamos el instituto y abordamos las innovaciones que traía el CCyC acerca de las asambleas[32]. Se apuntarán a continuación algunas peculiaridades y seguidamente se compulsará la gravitación del nuevo régimen respecto de asambleas celebradas a partir del 1° de agosto de 2015, pero en base a reglamentos otorgados con la ley N° 13.512 (hoy llamados "reglamentos de propiedad horizontal"), que contenían previsiones diversas a las directivas que se apuntan.

a. Convocatoria. Autoconvocatoria. Tratamiento de temas ajenos al orden del día. Decisiones tomadas fuera de la asamblea. Gravitación de los derechos del consumidor

La letra del artículo 2059 resulta elocuente para permitir la presencia solamente de los propietarios, entendiendo por tales a los titulares sobre cosa propia, excluyendo a los derechos reales sobre cosa ajena. En este sentido, no debe dudarse que las nuevas asambleas deberán respetar esta regla, por lo que si algún reglamento precedente permitía la presencia de, verbigracia, usufructuarios (posibilidad remota), los mismos ya no podrán asistir.

La competencia tiene una regulación que observa mayor rigorismo que con la ley N° 13.512. Sostuvimos en la obra citada que el art. 2058 admite tres clases de competencia de la asamblea: específica, residual o en revisión. La primera atiende a las cuestiones expresamente atribuidas a ella (por la ley -como el inciso "e"- o por el reglamento -inc. "l" del art. 2056-); la segunda porque le corresponde todo lo que no sea de competencia del administrador o del consejo de propietarios (si lo hubiere); y la tercera en tanto le concierne resolver también respecto de las decisiones de estos últimos dos órganos, cuando ellos mismos o quienes representen el cinco por ciento de las partes indivisas se lo soliciten. Entre lo específicamente consignado como de su incumbencia, el art. 2058, inc. "e", señala "las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio", que corresponde efectuar al administrador (art. 2067, inc. "f").

32 URBANEJA, Marcelo Eduardo. *Propiedad horizontal*.

El reglamento debe prever la forma de convocar y notificar las asambleas y su periodicidad (art. 2058, inc. 'm'). Esa aparente libertad es acotada por el art. 2059, por cuanto determina que debe transcribirse el orden del día. La consideración de temas no previstos allí sólo se admite en caso de quórum unánime y decisión idéntica acerca de proceder a su tratamiento (art. 2059). Nótese que, a estar a la letra del artículo, la unanimidad se requiere para consensuar el tratamiento del tema y no para votarlo; esto implica que si lo resuelto termina siendo desfavorable para algunos de quienes votaron a favor de considerar un tema, no hay posibilidad de impugnar lo decidido.

La autoconvocatoria está permitida y las decisiones tomadas serán válidas si esa forma de convocarse y el temario a tratar son aprobados por mayoría de dos tercios de la totalidad de los propietarios.

Es indiscutible que esta previsión del CCyC es una atinada solución para evitar tener que recalar en una asamblea judicial, que demanda tiempos y formalidades casi siempre incompatibles con la premura del asunto. Con todo, la autoconvocatoria se presta a algunos interrogantes. Por ejemplo, de su interpretación literal podría entenderse que hay una primera reunión en la que se decide la autoconvocatoria, y en una oportunidad posterior se lleva a cabo la reunión autoconvocada.

Tampoco resulta claro si basta con que la autoconvocatoria cuente con la presencia de dos tercios de los propietarios, y todos ellos decidan realizarla, o si es necesaria la presencia unánime y recién allí resulte válida la decisión de los dos tercios.

Estas lamentables incógnitas desmerecen la muy loable intención del legislador.

Una verdadera innovación respecto del sistema imperante, que también debe saludarse y que responde a las prácticas cotidianas, es la posibilidad de tener por válidas las decisiones tomadas por la unanimidad de los propietarios, aunque no lo fuese en una asamblea (art. 2059).

Ante la falta de precisión del CCyC, interpretamos que esa decisión puede formarse con voluntades obtenidas en diferentes momentos, recabándolas oportunamente. No obstante, no hay respuesta a lo que ocurriría si, cuando se pretende haber alcanzado la conformidad de la totalidad de titulares, alguno de los que primitivamente prestó su conformidad ya enajenó su unidad, y el actual titular no está de acuerdo con la decisión. Interpretamos que no se habrán dado los requisitos de la norma, pues se requiere la opinión concomitante de todos los titulares en un momento determinado; si ella no se alcanzó, deberá recurrirse a los otros procedimientos previstos por el art. 2060 o a la asamblea judicial del art. 2063.

Tampoco puede dudarse que estas tres innovaciones (la posibilidad de alterar el orden del día, la autoconvocatoria o las decisiones fuera de la asamblea) son plenamente aplicables a asambleas actuales de inmuebles con reglamentos precedentes (los que, naturalmente, no contenían estas previsiones).

Para así concluir, debe apreciarse que aquí se encuentra uno de los ejemplos más claros de aplicación de la ley a los efectos de una situación jurídica, pues se incorporan prerrogativas para los titulares que antes no existían.

Cabe computar, además, que al tratarse de un derecho real el carácter de estructura (art. 1884) fuerza a no desconocer la existencia de estas nuevas atribuciones.

Para concluir, no se ha reparado en general en el nuevo escenario de los derechos del consumidor, que impactan novedosamente en el ámbito inmobiliario, robusteciendo los argumentos que ya se brindaron.

Así vemos que la ley N° 26.994, que sancionó el CCyC, impactó doblemente en el contexto de los derechos del consumidor: por un lado, incorporó directivas acerca de la relación de consumo y el contrato de consumo al propio código (arts. 1092 y sgts.); por el otro, introdujo sustanciales reformas a la norma nuclear en la materia, la ya anteriormente reformada ley N° 24.240.

Si bien ambos conjuntos de preceptos observan notables incongruencias entre sí, para el definido propósito de estas líneas debemos advertir que la figura del "consumidor" rebasa ahora significativamente al adquirente de unidades "a estrenar", para alcanzar también al de las unidades "usadas".

En este marco, cobra una nueva dimensión el párrafo final del art. 7°, que señala: "Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". La naturaleza contractual del reglamento, pacíficamente asumida por la doctrina y la jurisprudencia, desvanece la relevancia de dilucidar si el art. 2059 contiene una directiva supletoria o no, pues en todo caso se deberá estar "a favor" del consumidor. Inclusive, aunque ya fuera de la cuestión de los efectos de la ley en relación al tiempo, el último párrafo del art. 1094 y el art. 1095 traducen la misma inspiración, que naturalmente impregna a la propia ley N° 24.240. En este sentido, la eliminación de la figura del "consumidor expuesto" o "bystander" por la reforma de la ley N° 26.994 no gravita en esta interrelación.

b. Quórum y mayorías

Si bien el art. 2059 se rotula "convocatoria y quórum", sólo por excepción alude a este último, incurriendo en omisiones semejantes a las de la ley N° 13.512 y su decreto reglamentario. Como el art. 2056, al enumerar el conteni-

do del reglamento, tampoco aporta directivas, podría arribarse a conclusiones semejantes a las del régimen de aquella ley especial: el quórum debería ser, como mínimo, igual a la mayoría necesaria para resolver los temas del orden del día. Carecería de sentido requerir un número menor, por cuanto de todos modos no se podría resolver válidamente con esa cantidad. Sin embargo, las nuevas alternativas abiertas por el art. 2060 relativizan la afirmación.

Recuérdese que, a tenor del art. 2056, inc. "n", el reglamento puede contener la: "...especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas".

En cuanto a las mayorías, el reglamento debe prever sobre la forma de computarlas (art. 2056, inc. "p"). De allí que no medie obstáculo alguno en utilizar las variantes que los otorgantes deseen, como atribuir un voto por unidad o anudar la cuantía del voto a factores como cualquiera de los porcentuales analizados (proporción sobre partes comunes, pago de expensas o valor de la unidad respecto del conjunto), que incluso la propia ley en determinadas ocasiones impone.

No obstante, además del cómputo, el reglamento debe determinar cuáles son las mayorías, según lo dispone el art. 2056 en su inc. "ñ". Aquí el CCyC amerita una interpretación sistemática que lo salve de contradicciones. La primitiva amplitud que permite el señalado artículo se acota en el art. 2060. A tenor de este último, las decisiones requieren una mayoría absoluta computada sobre la totalidad de los propietarios, y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de la proporción. En función de la "estructura'' o "estructura legal" que campea en los derechos reales (arts. 1882 y 1884), las previsiones del artículo 2060 configuran un valladar mínimo que solamente puede agravarse, pero no aliviarse.

Asimismo, debe atenderse una muy atinada reflexión que Highton formulara con la vigencia del ordenamiento precedente, y que por no haberse alterado debe considerarse reproducida en la actualidad. Se trata de la imposibilidad de establecer que, si fracasara la asamblea por falta de quórum, podrá celebrarse dentro de un lapso determinado, generalmente de pocos minutos u horas (si así fue previsto en la convocatoria), con un quórum inferior. Este proceder evoca el ordenamiento previsto en la ley general de sociedades (arts. 243 y 244), que por eso mismo resulta, allí, válido. Sin embargo, no lo es en la propiedad horizontal, que no tiene (ni tenía) previsto este mecanismo[33]. Con todo, el sistema diagramado por el propio art. 2060 para proponer decisiones a los ausentes (que examinamos en el párrafo siguiente), junto a la posibilidad

33 HIGHTON, Elena. *Propiedad horizontal y prehorizontal*, págs. 637 y 638.

de tomar decisiones fuera de la asamblea (art. 2059), introducen ponderables beneficios que morigeran la imposibilidad de recurrir al mecanismo impugnado.

Así, consignamos que se establece también (art. 2060), con saludable criterio, que la mayoría de los presentes puede proponer decisiones que se cursarán (por medio fehaciente) a los ausentes, teniéndose por aprobadas a los 15 días de notificados si no hubiere oposición por igual medio con mayoría suficiente.

La sana intención del legislador se oscurece por los interrogantes a que la norma da lugar.

En primer lugar, no queda claro si para que funcione el mecanismo del artículo: a) es menester que exista una asamblea válidamente constituida en cuanto a su convocatoria y quórum (en la que respecto de una decisión no se arribe a la mayoría legalmente necesaria); o b) si también es posible que, convocada la asamblea de la manera adecuada, no se llegue ni siquiera al quórum exigido y no obstante pueda procederse de la misma manera.

Nótese que, con la segunda interpretación, la cantidad de personas necesarias para tomar en los hechos las distintas resoluciones disminuye considerablemente, puesto que (como se prescinde del quórum), cualquiera sea la cantidad de presentes, se podrán aprobar cuestiones que luego se girarán a los ausentes.

Pensamos que la ubicación del párrafo sumada a las flexibles posibilidades que otorga el art. 2059 indican que la lectura correcta es la primera, requiriéndose la conformación del quórum pertinente.

Otra incógnita se presenta a través de la "mayoría suficiente" que el artículo exige para rechazar la decisión tomada. Podría interpretarse de estas tres maneras (reiterando que en todos los ejemplos los que votaron a favor fueron mayoría entre los presentes pero sin alcanzar el número impuesto por reglamento o ley): a) una cantidad de personas que supere a los que hubieran votado a favor en la pertinente reunión (sin importar cuántos fueron los presentes y ausentes ese día). Es decir que, si en la asamblea hubo seis votos a favor y cinco en contra, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si, de todos los ausentes, hay por lo menos siete que se manifiestan fehacientemente en contra; b) computando a los que votaron en contra el día de la asamblea junto con los que voten en contra entre los ausentes. De esta manera, si en la asamblea hubo seis votos a favor y cinco en contra, y veinte personas ausentes, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si hay dos ausentes que se manifiestan fehacientemence en contra (pues estos últimos sumarían siete votos); e) computando solamente a los ausentes, la mayoría de ellos se pronuncia en contra (sin importar cuántos votos a favor tuvo la decisión el día de la asamblea). Así, si en la asamblea hubo seis votos a favor

y cinco en contra, y veinte personas ausentes, habrá mayoría suficiente para oponerse a la decisión si hay por lo menos once ausentes que se manifiestan fehacientemente en contra.

Nos parece que la lectura más razonable es la última, atento que, de lo contrario, se le otorgaría similar trascendencia a los votos fuera de la asamblea que dentro de la misma, contrariando la orientación legislativa que procura la activa participación de los miembros de los órganos colegiados.

La posibilidad de impugnar las decisiones tomadas caduca a los 30 días desde la fecha de la asamblea (art. 2060).

Por idénticos fundamentos a los que señalamos en el apartado anterior, tampoco caben dudas de la aplicación a toda asamblea celebrada luego del 1° de agosto de 2015.

c. Enumeración de las decisiones que requieren unanimidad

Con criterio didáctico, proponemos elaborar una nómina de decisiones que requieren unanimidad de la totalidad de los consorcistas (es decir, no sólo de los presentes). Vale aclarar que algunas de estas decisiones implican reformas de reglamento:

a) la transformación de parte privativa en común, y viceversa;

b) el cambio de destino de cualquier parte;

e) obra nueva que altere estructura, aunque beneficie a todos los consorcistas (art. 2052);

d) obra nueva que no altere estructura, pero no beneficie a todos los consorcistas (art. 2052);

e) el cambio de porcentuales de dominio;

f) el cambio de proporción para pago de expensas;

g) el tratamiento en asamblea de temas ajenos a la orden del día (art. 2059, primer párrafo);

h) cualquier decisión que no se tome en asamblea (art. 2059, tercer párrafo) ni, naturalmente, por modificación de reglamento (arg. art. 2057).

Nuevamente, a tenor de los argumentos expuestos al comienzo del tema de las asambleas, estas directivas se predican de toda decisión que, en los respectivos rubros, se tome luego del 1° de agosto de 2015.

CONCLUSIÓN

Las aristas más agudas de la problemática en tratamiento han quedado reflejadas sólo parcialmente en las polémicas anteriores.

Su propio planteamiento empaña la solidez y cohesión que cabe suponer

en un código, máxime si con él se sustituye *in totum* la letra de uno de los cuerpos legislativos más prestigiosos de los últimos 200 años de la historia mundial.

La necesidad de soluciones específicas, que reclamamos al comienzo de estas palabras, se asienta en estas incertidumbres indeseables para un fluido y seguro tráfico patrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

Allende, Guillermo Lorenzo. "Artículo 3° del Código Civil: volver al Código Civil", LL, 1977-A-703 a 710.

Alterini, Jorge Horacio. "Resolución de los contratos y dominio revocable", ED. 50-633.

Borda, Guillermo Amonio. "Sobre el art. 3° del Código Civil", LL, 1977-B-737 a 741.

Borda, Guillermo Amonio. *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, undécima edición, actualizada, Buenos Aires, 1996.

Cossari, Nelson Gustavo Adrián; y colaboradores. En *Código Civil y Comercial comentado*, Alterini, Jorge Horacio, director general, tomo IX; Cossari, Nelson Gustavo Adrián, director del tomo, La Ley, Buenos Aires, 2015, comentario a los artículos 2037 a 2072.

Highton, Elena Inés. *Propiedad horizontaly prehorizontal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

López de Zavalía, Fernando Justo. "Irretroactividad de las leyes", LL, 135-1485 a 1493.

Malizia, Roberto. En *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, tomo V, dirigido por Julio César Rivera y Graciela Medina, La Ley, Buenos Aires, 2015.

Medina, Graciela. "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código", LL, 2012-E-1303 a 1314.

Moisset de Espanés, Luis. "Ámbito temporal de aplicación de la ley 17801", ED, 71-639.

Molina Quiroga, Eduardo. *Manual de derechos reales*, La Ley, 2015.

Montejano, Benardino (h); y Noacco, Julio César. *Estática jurídica*, Eudeba, Buenos Aires, 1969.

Noguera Calderón, Rodrigo. "Efectos de la ley en el tiempo", en *Hermenéutica jurídica*, Homenaje al maestro Darío Echandía, Ediciones Rosaristas, Bogotá, Colombia, 1997, págs. 155 a 164.

Pelosi, Carlos Alberto. "La irretroactividad de la ley y las nulidades instrumentales", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 707, año 1969, págs. 1029 a 1068.

Pelosi, Carlos Alberto. "Un caso de interpretación del nuevo artículo 3 del Código Civil", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 746, año 1976, págs. 391 a 394.

Pelosi, Carlos Alberto. "Algo más sobre la aplicación del art. 3573 bis del Código Civil", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 758, año 1978, págs. 491 a 495.

Pelosi, Carlos Alberto. "Nuevamente la interpretación del art. 3 del Cód. Civil", *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, N° 765, año 1979, págs. 1027 a 1029.

Soler, Sebastián. *Interpretación de la ley*, Ibáñez, Bogotá, Colombia, 2008, edición tomada de la de 1962 de Ariel S.A.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. En *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. Concordado*, tomo 7, coordinado por Eduardo Gabriel Clusellas, Astrea-FEN, Buenos Aires, 2015.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. "Dominio" (págs. 553 a 558), en *Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012*, Informe especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, El Derecho, agosto de 2012.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. "Los títulos observables, las adquisiciones a *non domino*, el dominio revocable y la falta de pago de precio en materia inmobiliaria en el Código Civil y Comercial de la Nación", ED, N° 13.931, del 08/04/2016, págs. 1 a 5.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. *Práctica notarial de contratos usuales*, segunda edición, Astrea, Buenos Aires, 2017.

Urbaneja, Marcelo Eduardo. *Propiedad horizontal*, El Derecho, Buenos Aires, 2016.

Ventura, Gabriel B. En *Código Civil y Comercial*, Astrea, Buenos Aires, 2015.

LA ESPECIALIDAD EN CUANTO AL CRÉDITO EN MATERIA HIPOTECARIA A PARTIR DE LA SANCIÓN DE LA LEY Nº 27.271*

Jorge R. Causse

* Texto de la exposición que brindó el Consejero Académico Jorge R. Causse en la Academia Nacional del Notariado en su Sesión de Consejo del 27 de abril de 2017.

Para ubicarnos frente al texto de la ley promulgada en el año 2016, podemos señalar que está dividida en dos grandes sectores: uno que tiene que ver con la creación de una herramienta financiera llamada "unidades de vivienda", y una segunda parte muy importante que son adecuaciones normativas, dentro de las cuales aparece la modificación de dos artículos relevantes de las disposiciones comunes para los derechos reales de garantía, contenidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, que son el 2189 y el 2210. No menos trascendentes resultan las especificaciones legales en torno a la repotenciación de ciertas obligaciones dinerarias (ley N° 23.928) y a la no aplicación del art. 766 del referido Código (en adelante, el CCyC).

Como la creación de la herramienta financiera y su funcionamiento es una cuestión que concierne al tracto bancario, si bien cuando consideramos el tema en el seminario de noviembre pasado yo acompañé un tratamiento pormenorizado de la ley, en esta oportunidad, con la convicción de que lo relativo a esta herramienta que va a tener efectividad a partir de cómo se la encare en la órbita bancaria, me tomé la libertad de reducir esta primera parte limitándome a señalar cuáles son sus condimentos más importantes.

En el art. 1° crea las unidades de vivienda, cuyos destinatarios son las personas físicas o jurídicas, y la finalidad es captar el ahorro de estas personas para financiar a largo plazo -este largo plazo podría tener que ver en alguna medida con la prórroga que se establece para el mantenimiento de los efectos de la inscripción de las hipotecas- la adquisición, construcción y/o ampliación de viviendas en todo el territorio del país. Entre otros objetivos generales, esta ley habla de estimular el ahorro, disminuir el déficit habitacional estructural, y promover el crecimiento económico y el empleo a través de la inversión en viviendas.

La forma instrumental que pueden asumir estas unidades de vivienda son las siguientes: depósitos a plazo determinado, certificados de depósitos a plazo fijo, préstamos hipotecarios "UVIs", con o sin oferta pública, no inferiores a dos años.

En cuanto a la expresión numérica, la ley distingue entre el monto de las imposiciones y el del capital de los instrumentos. En el primer caso -imposiciones-, la expresión será en pesos; en el segundo supuesto, se expresará en "UVIs". En este último caso, el valor inicial quedará traducido en pesos y lo fijó el Banco Central, al poco tiempo de haber sido sancionada la ley, en la suma de $ 14.053, que es igual a la milésima parte del valor promedio del metro cuadrado construido destinado a vivienda en el país. Por este mecanismo de cálculo, 1000 "UVIs" serán equivalentes a un metro cuadrado. La tasa de interés que se puede establecer puede ser fija o variable, y de la misma manera que lo es respecto al tiempo de pago, todo va a ser dependiente del acuerdo al que lleguen las partes.

Esto es, muy brevemente, el contenido programático de la ley N° 27.271, que bien vale decirlo, no se alcanza a ver con mucha claridad por qué razón se

incorpora en esta ley la adecuación normativa del art. 2189 más allá de que, afortunadamente, se lo corrigió, por lo menos desde mi punto de vista. La corrección del art. 2210, que establece el plazo de duración de la inscripción de la hipoteca, tendría sentido en razón de que se admiten amortizaciones a largo plazo.

Las adecuaciones normativas son varias y abarcan distintas disciplinas, monetarias, notariales, registrales, procesales y civiles. Estas adecuaciones están contenidas en el Capítulo VI de la ley que nos ocupa que principia en el art. 21.

En primer lugar se admite (art. 21) para este tipo de herramienta financiera, la actualización prohibida por los arts. 7° y 10 de la ley N° 23.928 de convertibilidad del austral, y torna inaplicable el art. 766 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma que dispone que: "Cuando la obligación se hubiere contraído en una moneda determinada, el deudor debe entregar la cantidad correspondiente de la especie designada". Es evidente que este art. 766 apunta a las obligaciones en moneda extranjera.

En el art. 22 se establece que: "Si se tratare de hipotecas a constituirse para garantizar obligaciones en la presente ley, el requisito de especialidad en cuanto al crédito se considerará cumplido, individualizando el crédito garantizado e indicándose los sujetos, el objeto del crédito y la causa"; norma que guarda relación directa por la identidad de sus textos con lo que dispone el art. 2187 CCyC.

Continúa disponiendo este art. 22 que se publicitará que los importes que cubren la garantía son actualizables, dando lugar a que en numerosas jurisdicciones de nuestro país los organismos registrales dictaran las pertinentes normas, convalidando esta publicidad impuesta por la vía legal.

Finalmente la norma que nos ocupa establece que es oponible la cantidad inicial de la deuda y lo que se le sume por actualización, intereses y daños por incumplimiento, y agrega que el título ejecutivo será la constancia del saldo deudor juntamente con el título que instrumenta la obligación originaria, y la demanda deberá reflejar la suma que se adeuda, con actualización incluida.

Un tema no menor lo constituyen las dos exenciones impositivas relacionadas con el impuesto sobre bienes personales para los depósitos y títulos expresados en "UVIs", y respecto del impuesto a las ganancias para las rentas percibidas por personas físicas, lo que significa un aliento para el inversor que podría interesarse en apelar a este tipo de herramienta financiera que ajusta por costo de la construcción.

Además, se autoriza al Poder Ejecutivo a crear fideicomisos financieros, con arreglo a lo previsto en el art. 1690 del Código Civil y Comercial de la Nación, regulándose sus finalidades y los recursos con los que podrá contar.

Se faculta al Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas a emitir un bono de valor determinado cuya colocación servirá para dotar de recursos a los fideicomisos financieros que se habilita a crear.

Habida cuenta de que ya había herramientas financieras con una identificación bastante próxima, el Banco Central de la República Argentina se apuró a dictar una comunicación general a todas las entidades del sistema diciendo que subsisten las herramientas que se ajustan por distintos mecanismos: por inflación -en adelante se van a llamar UVA-, y por costo de la construcción -en adelante, UVI-, simplemente modificándose su designación pero, para nada, ninguno de los aspectos que rodean su operatividad.

Doctrina reciente ubica a los UVI -que son actualizables, recordando que no se aplica respecto de ellos la prohibición de la ley Nº 23.928- dentro de las obligaciones de valor, por lo que en sentido técnico su cuantificación no sería una indexación, sino que se trataría de una obligación de valor cuantificable.

En orden a que se publicite que estas herramientas financieras, cualquiera de ellas en cuanto obligación garantizada con un derecho real, están sometidas a una actualización, prácticamente a nivel nacional se dictaron las técnico registrales que admiten que en los asientos de estas garantías se deje constancia de que están sometidas a un mecanismo de actualización.

Con lo anterior cerramos el tratamiento del primer segmento de la ley Nº 27.271 para encarar la modificación de las disposiciones comunes aplicables a los derechos reales de garantía, aspectos que interesan particularmente a la actividad notarial y de los operadores del derecho en general. Nos referimos a los textos que reemplazan los arts. 2189 y 2210 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para comprender la magnitud de la reforma del art. 2189 hay que hacer una breve reseña histórica la que, para nosotros, tiene inicio en el final del año 1979, cuando alguna doctrina sostuvo que se están autorizando constituciones de garantías reales, puntualmente hipotecas otorgadas en garantía de créditos bancarios, con indeterminación sustantiva. Este argumento estaba fundado en cláusulas de constitución de derechos reales de garantía donde el deudor garantizaba la obligación emergente, por caso, de un adelanto en cuenta corriente, que era el que había celebrado con el banco y, además, garantizaba todas las obligaciones que se pudieran originar como consecuencia de un tracto negocial no celebrado. En ese tipo de escrituras se mencionaban un número importante de negocios posibles que el deudor y el banco pensaban convenir. En algún caso dentro del muestreo verificado, se observó la agregación de la palabra “etcétera” como para que no quedara ninguno afuera. No obstante la presunta orfandad del código velezano, uno de los argumentos para sostener la aludida indeterminación se fundó en lo dispuesto por el inc. 2º del art. 3131. Esta norma disponía que la escritura de constitución del gravamen debía mencionar la fecha, la naturaleza del contrato al cual accede la garantía y el archivo en que se encuentra, pauta muy clara en el sentido de que las obligaciones garantizables estaban exigidas por la

existencia del vínculo causal preexistente o contemporáneo con el acto constitutivo del gravamen.

Además, aquella doctrina de fines de los años '70 sostenía que, con arreglo a lo previsto por el art. 3148 del código velezano, al deudor le quedaba la posibilidad de demandar la nulidad de la constitución del gravamen por defecto de especialidad; sin advertir que el argumento que debía sostener esta alternativa no era la especialidad sino el requisito de la accesoriedad.

En la obra de la doctora Highton sobre la *Especialidad de la hipoteca*, la autora puntualiza que a la especialidad crediticia hay que entenderla como el grado de agresión patrimonial que el deudor está dispuesto a soportar y, respecto del cual, va a responder con la cosa gravada por lo que, ese tipo de especialidad, equivale a cuantía del gravamen. No coadyuva a comprender la diferencia entre especialidad y accesoriedad la equívoca titulación asignada tanto en el código anterior como en el CCyC.

Lo que corresponde preservar es el requisito de la accesoriedad. No puede haber garantía si no hay obligación; en el código velezano podía tener diferentes pinturas porque el art. 3109 nos ofrecía un cuadro obligacional muy amplio incluyendo: obligaciones eventuales, de dar, de hacer, no hacer. De manera que lo que señalaba la doctora Highton era que debía haber un respeto escrupuloso de la accesoriedad para que la garantía hipotecaria se constituyera válidamente.

Frente a aquella doctrina que entendía que el deudor estaba habilitado para demandar la nulidad de la constitución de la hipoteca por defecto de especialidad, otras -planteadas desde las sindicaturas bancarias- sostuvieron en oposición que la anterior no advertía que en el art. 3109 (del Código Civil) era admisible garantizar incluso obligaciones eventuales. En respuesta, la anterior postura doctrinaria señaló que la eventualidad es de la obligación, no del contrato que la origina; el contrato que le da lugar tiene que estar celebrado, porque el art. 3128 lo decía en el código velezano: puede ser uno mismo el contrato al que se accede y la constitución del gravamen.

Esta disputa originó, con respecto a la aplicación del art. 3148, diversa cantidad de fallos, muchos de los cuales hicieron lugar a aquella doctrina setentista y decretaron la nulidad del gravamen, y otros no. También hubo algunas doctrinas un tanto extrañas sosteniendo que, en realidad, al código velezano hay que leerlo con cuidado, porque tiene reguladas hipotecas comunes, hipotecas especiales e hipotecas financieras. Llamó mucho la atención este argumento porque si había algo que quedaba clausurado dentro del régimen instituido en el código velezano en materia de derechos reales de garantía era la hipoteca. Se constituye el gravamen y no se amplía ni se modifica su estructura aun cuando la obligación garantizada sufra cambios en su conformación. Queda congelada en el instrumento que le sirvió de continente al acto constitutivo y, en orden a sus efectos, con la pertinente y necesaria inscripción registral.

Muchos años después, a través de un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, se llegó a la aplicación de una justicia material que en el fondo era razonable. Ante la comprobación de que la suma dada en crédito había sido efectivamente recibida por el deudor, quedaba constreñido a devolverla más allá de sus argumentos sobre eventuales nulidades por defectos de especialidad del acto constitutivo

Era evidente que los bancos necesitaban una garantía hipotecaria que cubriera obligaciones actuales y otras que pudieran generarse por futuros contratos desplegando, con esta finalidad, todos los esfuerzos a su alcance, porque es cierto que aquella doctrina lo que estaba sugiriendo era: cuando usted haya celebrado todos los contratos fuente de obligaciones que puedan nacer, que pueden ser eventuales, usted puede constituir el gravamen; de otra manera, no; si no, constitúyalo cada vez que el deudor haya celebrado el vínculo negocial con el banco. La problemática era bancaria, no particular, no obstante resultar de relevante trascendencia en el tráfico negocial financiero.

De manera que el advenimiento del anteproyecto de 2012 pareció iluminar la problemática de las hipotecas abiertas, porque de esto se trataba. Corresponde señalar que, en rigor de verdad, la única propuesta real sobre la hipoteca abierta la traía el proyecto de 1998. Era una superación importante como remedio sustantivo a esta problemática. El antecedente de la propuesta de 1998 lo constituyeron las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, proponiendo flexibilizar el carácter de especialidad en cuanto al crédito, lo que constituía un error, desde que se trata de un tema relacionado con la accesoriedad o, en todo caso, con la especialidad en cuanto a la garantía.

El texto del art. 2189, en el anteproyecto 2012, originó críticas muy interesantes. Yo las he sintetizado porque son muchas y muy buenas todas ellas: Bono y Puerta de Chacón (La Ley, año 2012) entre otras cuestiones señalaron: debió indicar que la especialidad era de la garantía y no del crédito. Hay una contradicción entre el art. 2187 y el 2189 acerca de la individualización de los elementos: sujeto, objeto y causa, porque el art. 2187 dice que "debe indicarse sujeto, objeto y causa" y el art. 2189 dice "puede", con lo cual se abre un espectro de interrogantes que sería necesario resolver.

Sobre las garantías de máximo, Bono y Puerta de Chacón decían: "Debe admitirse que las causas contractuales pueden ser sobrevinientes a través de la vinculación que sea anterior o contemporánea con el acto". Nuestra lectura de lo sostenido por estos autores gira en torno a que la vinculación tiene que tener un hilo conductor (tal por caso lo que ocurriría con el contrato de suministro), postura razonable aun cuando resulte opinable considerarla una regla general.

Se suma a las críticas Jorge H. Alterini en un trabajo remitido a la Academia del Derecho (publicado en La Ley en septiembre de 2012) con el título "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el proyecto de código", y entre otras

cuestiones dice que: en materia hipotecaria -y esto tiene que ver con la terminología que va a utilizar el escribano autorizante de la escritura de hipoteca, al que seguramente le va a llegar un modelo que el banco le va a facilitar- el inmueble queda en poder del dueño, porque así ocurre tanto si la hipoteca la constituye el propietario como en el caso que el gravamen lo constituya un tercero que no lo es. Debió agregarse a los titulares de los nuevos derechos reales como legitimados para la constitución de la hipoteca, entre ellos, conjuntos inmobiliarios, tiempos compartidos y cementerios privados.

La crítica que citamos apuntó, además, a que no se distingue entre los dos sistemas que existen y en qué consisten. Así cuando Juan o el banco le dan crédito a Pedro con una finalidad que se individualiza, ese es un crédito determinado, queda sujeto al art. 2187 del CCyC y, en consecuencia, la hipoteca es cerrada. Y en caso de incumplimiento vamos a apelar a lo que prevé el art. 2193, que expresamente dispone: "...la garantía cubre el capital adeudado y los intereses posteriores a su constitución, como así también los daños y costas posteriores que provoca el incumplimiento". Para distinguirlo del supuesto en el que el deudor pacta (usualmente con una entidad bancaria sin descartar su celebración entre personas físicas) que va a tener un primer crédito y luego va a haber otros que durante un plazo legalmente determinado se podrán celebrar, en cuyo caso tendrá que fijar un monto máximo. No se podrán cometer errores porque lo que no esté comprendido en este tipo de contratación será calificado de quirografario.

¿Cómo queda finalmente el texto del art. 2189 en la redacción de la ley Nº 27.271? Queda bastante bien, pero tiene algunos bemoles que vamos a mencionar. Comienza diciendo el art. 23 de la ley, luego de resolver el reemplazo de esta norma en el CCyC: "En la constitución de los derechos reales de garantía debe individualizarse el crédito garantizado, indicándose sujeto, objeto y causa. El monto de la garantía debe estimarse en dinero y puede no coincidir con el monto del capital del crédito". Está claro el objetivo que se trata de alcanzar porque, como decía el art. 3109 del Código Civil, dado el gran espectro de obligaciones que se pueden garantizar algunas de ellas quedan sujetas a la liquidación final de lo que tiene que pagar el deudor.

Agrega el nuevo texto: "Se considera satisfecho el principio de especialidad en cuanto al crédito si la garantía se constituye en seguridad de créditos indeterminados, sea que su causa exista al tiempo de su constitución o posteriormente, siempre que el instrumento contenga la indicación del monto máximo garantizado en todo concepto, de que la garantía que se constituye es de máximo, y del plazo a que se sujeta, el que no puede exceder de diez (10) años. La garantía subsiste no obstante el vencimiento del plazo en seguridad de los créditos nacidos durante su vigencia".

¿Dónde se puede encontrar la dificultad? Me despreocupo del crédito de Juan que tiene una finalidad particularizada porque, frente al crédito determinado, la hipoteca será cerrada, determinada. Pero cuando una empresa intenta con la entidad bancaria constituir una hipoteca abierta podríamos encontrarnos con el caso de que ese deudor y el banco celebran un primer contrato, del cual nacen obligaciones que podrán ser eventuales, y pacta en el contrato constitutivo del gravamen toda una serie de negocios que podrán celebrar durante el término legal, de los cuales nacerán obligaciones que quedan aseguradas con el gravamen que se constituye, en cuyo caso la especialidad en cuanto al crédito está claramente predispuesta con el monto máximo, y la accesoriedad también está resguardada, porque ya hay un primer crédito que es el que vinculó al deudor con la entidad bancaria o eventualmente con una persona física o con una empresa no bancaria cuando los contratos, por caso, son de suministro.

¿Qué pasa cuando no se celebra ningún contrato previamente, porque todos son contratos a celebrar? ¿Estamos con constituciones de garantía impropias porque no hay accesoriedad? No, la accesoriedad está dada por ese cuadro de situación donde las partes dicen "vamos a celebrar", de manera que se irá cumpliendo con la accesoriedad a medida que se van celebrando, de lo contrario, no tendríamos gravamen. Esta es para nosotros la única cuestión, no observable pero digna de interpretarse y divulgarse con este miraje que trae la redacción del art. 2189, cuya aparición en la ley N° 27.271 no se comprende muy bien pero en buena hora que así haya ocurrido.

Ahora veamos el nuevo art. 2210, que dice: "Duración de la inscripción. Los efectos del registro de la hipoteca se conservan por el término de treinta y cinco años, si antes no se renueva". El anterior decía 20 años. En consecuencia, ¿qué es lo que tendríamos que tener resuelto? ¿Es caducidad? ¿Es prescripción? ¿Qué plazo le aplico a la hipoteca que está en curso que todavía no cumplió los 20 años?

Hicimos una comparación semántica entre caducidad, en sus dos alternativas, y también con respecto a la prescripción.

La caducidad de instancia, viéndola desde el punto de vista procesal, es un resorte que agota la vida del proceso y uno de sus principales efectos es la interrupción de la demanda. La caducidad de las anotaciones sólo alcanza a la publicidad entonces cumplida y no afecta al derecho, sino su oponibilidad.

La caducidad de la instancia es susceptible de ser purgada cuando la contraparte o el juez consienten una actuación procesal posterior a encontrarse vencido el término. La caducidad del art. 37 de la ley N° 17.801 no es redimible.

La caducidad de la instancia no se relaciona con el derecho que el actor alega poseer y que lo legitima para demandar, pues si caduca la instancia puede volver a promover otro proceso. La caducidad del art. 37 tiene que ver con el vencimiento de las ventajas que acuerda determinado régimen legal.

Quiere decir que la caducidad de la ley N° 17.801 tiene que tener una lectura muy particular entre caducidad y prescripción. Respecto de este último cabe precisar lo siguiente:

- Prescripción: el término es susceptible de variación mediante la suspensión o la interrupción; en cambio, en la caducidad, el término es rígido.

- La prescripción tiene eficacia preclusiva; la caducidad tiene eficacia extintiva.

- Opera solamente la prescripción ante solicitud de parte, no puede ser apreciada por los tribunales; la caducidad puede operar de oficio.

- La prescripción es renunciable por el sujeto activo; la caducidad es irrenunciable.

Trajimos a colación el desglose anterior porque en la LII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble (La Plata, 2015), se habló de los efectos de la prescripción registral de la hipoteca, lo cual, para nosotros, implica confundir los términos.

Por otra parte, en la disposición técnico registral N° 1/2017 de la Provincia de Mendoza se dispone: "Considerar aplicable a las hipotecas registradas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley el plazo de caducidad previsto por el artículo 2210 del Código Civil y Comercial, 20 años. Considerar aplicable a las hipotecas registradas con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 27.271, el plazo de caducidad previsto en la misma, 35 años". Esto encierra una contradicción muy clara.

En la Provincia de Buenos Aires se estableció que a todas las hipotecas cuyo plazo no haya fenecido a la fecha se les aplica el término de 35 años.

Tal parece que deberían uniformarse los criterios registrales a nivel nacional.

DERECHO REGISTRAL

EL CERTIFICADO REGISTRAL DEL ART. 23 DE LA LEY REGISTRAL NACIONAL Nº 17.801 Y LA FIRMA DIGITAL

LEY Nº 25.506 Y ART. 288 CCYC

Federico Jorge Panero (h)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Naturaleza jurídica del certificado registral del art. 23 de la ley registral nacional: instrumento o documento público. 3. Función que cumple el certificado registral del art. 23 de la ley registral nacional en la dinámica jurídica inmobiliaria. 4. Efectos del certificado registral del art. 23 de la ley registral nacional. 5. Elementos esenciales del certificado registral. 6. Firma digital. 7. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El art. 23 de la ley registral nacional N° 17.801 (en adelante, LRN) dispone que: "Ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista el título inscripto en el Registro, así como certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. Los documentos que se otorguen deberán consignar el número, fecha y constancias que resulten de la certificación".

Constituye por ello una obligación funcional del notario público argentino, previo a la autorización de cualquier negocio dispositivo sobre inmuebles, tener a la vista, además del título antecedente y luego de haber realizado el debido estudio de títulos (arts. 1138, 301, 1725 y concordantes del CCyC), el certificado registral expedido por el registro inmobiliario de la jurisdicción que corresponda, que acredite la titularidad dominial del disponente, la legitimación para disponer, la ausencia de interdicciones e inhibiciones para ello, así como la existencia o no de gravámenes reales o personales que impidan, limiten o condicionen el negocio dispositivo a otorgar por los requirentes del servicio notarial.

Esta obligación funcional se encuentra igualmente reproducida en la totalidad de las leyes registrales provinciales que reglamentan la ley nacional: en la Provincia de Córdoba, en el art. 32 de la ley provincial N° 5771 y sus modificatorias, que textualmente dice: "Las certificaciones requeridas al Registro General sobre el estado jurídico de los bienes y de las personas según constancias registradas, para la autorización de documentos relacionados con actos voluntarios de transmisión, constitución, cesión o extinción de derechos reales sobre inmuebles, conforme a lo dispuesto por el art. 23 y siguientes del Decreto-Ley 17.801, sólo pueden ser expedidas a petición de notarios, titular o adscripto de un Registro de la Provincia o funcionarios públicos de igual competencia".

Desde la vigencia de la normativa nacional y provincial citada, y atento a lo dispuesto en ellas y al grado de avance tecnológico del país, el notario argentino vino cumpliendo y observando estrictamente la solicitud, expedición y contralor de este certificado registral, en soporte papel, firmado ológráficamente tanto por el funcionario rogante de la certificación, como por el funcionario que expide la misma.

Ahora bien, la ley nacional N° 25.506[1] dispone en su artículo tercero, que: "Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley

1 Ley N° 25.506, de firma electrónica y firma digital. Sancionada el 14/11/2001, promulgada el 11/12/2001, publicada el 14/12/2001.

establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia", norma ésta reproducida en la nueva legislación civil de fondo que rige en nuestro país desde el 1º de agosto de 2015[2] , que en su art. 288, segunda parte, dispone que: "En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del documento".

Se plantea, en consecuencia, el interrogante actual respecto de la modalidad de utilización del certificado registral del art. 23 LRN con la firma digital, particularmente luego del dictado por parte del Registro General de la Provincia de Córdoba, de la Resolución General Nº 1 del 21 de febrero de 2017[3], que implementa el denominado "certificado registral web" y de las resoluciones generales Nº 3 y 5 de fechas 27 de marzo de 2017 y 31 de mayo de 2017, que prorrogan la "coexistencia" del servicio "Certificado Registral Web" con la modalidad presencial de rogación, procesamiento, calificación y expedición de certificados registrales con fines notariales en soporte papel, rectificando parcialmente, a nuestro criterio y conforme se fundamenta en el presente trabajo, el grueso error de la primera de las resoluciones citadas (que preveía su expedición sin firma digital del funcionario público registrador), exigiendo únicamente la firma digital del funcionario público registral que expide la certificación propiamente dicha, no exigiéndola para el notario público o autoridad judicial o administrativa "rogante" del mismo.

Para analizar esta cuestión y encontrar una respuesta ajustada a la normativa civil y registral vigente en nuestro país, se impone la necesidad de repasar y reiterar algunos conceptos básicos que creemos fuera de toda discusión en el estado actual de desarrollo de nuestra legislación, de nuestra doctrina y de nuestra jurisprudencia: naturaleza jurídica del certificado registral del art. 23 LRN; función que cumple el certificado registral del art. 23 LRN en la dinámica jurídica inmobiliaria; efectos del certificado registral del art. 23 LRN; elementos esenciales del certificado registral.

Creemos imperioso realizar esta investigación, como operadores del derecho que somos, comprometidos con su correcta aplicación, en resguardo de la seguridad jurídica dinámica en la contratación inmobiliaria, en el convencimiento de que: "El Derecho no será letra muerta y se realizará, en primer caso, si las autoridades y los funcionarios del Estado cumplen con su deber; y en el segundo, si los individuos hacen valer sus derechos"[4]. Ello particularmente en los tiempos que corren: de agotamiento del modelo decimonónico; de tránsito del normativismo al principialismo, al imperio y prevalencia, de los "principios"; o sea, un derecho

2 Ley Nº 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación (Boletín Oficial del 08/10/2014).
3 Publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Córdoba el 1º de marzo de 2017.
4 IHERING, Rudolf Von. *La lucha por el Derecho*, Ed. Heliasta SRL, San Pablo, Brasil, 1993, pág. 46.

concentrado que no define hipótesis ni consecuencias; tiempos de tránsito de la cultura de la ley a la cultura del derecho[5].

2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CERTIFICADO REGISTRAL DEL ART. 23 DE LA LEY REGISTRAL NACIONAL: INSTRUMENTO O DOCUMENTO PÚBLICO

Existe prácticamente unanimidad doctrinaria y jurisprudencial en nuestro país y en el derecho comparado, en considerar sinónimos las expresiones "instrumento público" y "documento público"[6].

En este sentido, Fernando López de Zavalía, referido al tema bajo análisis, afirma que: "... el certificado de ley exigido para la regularidad de la actuación fedataria es un documento público emitido por el Registro a solicitud del escribano o funcionario que se propone autorizar un instrumento público de mutación real"[7].

También existe unanimidad tanto en la doctrina nacional como en la jurisprudencia nacional y provincial, en considerar a los certificados registrales de la LRN y leyes provinciales que la reglamentan, documentos o instrumentos públicos, postura esta existente desde la sanción misma del Código Civil Argentino (ley Nº 340).

En efecto, el hoy derogado art. 979, al enumerar los instrumentos públicos, disponía en su inc. b que lo era: "Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado". Con este concepto, con esta forma de comprender esta categoría de instrumentos, nuestro codificador era así más amplio que su fuente, el art. 688, inc. 2, del *Esbozo* de Freitas.

La denominada "tesis amplia" es la que impera en esta materia, donde lo que importa son los conceptos, la esencia del documento o instrumento público, y no únicamente su mera inclusión expresa, taxativa, en una interminable lista de instrumentos públicos.

Nótese que si no adoptáramos esta tesis, podríamos eventualmente llegar a la insólita conclusión de que una sentencia judicial no sería instrumento público, que un decreto del poder ejecutivo provincial no sería instrumento público, que una resolución general de cualquier organismo del estado no sería instrumento

5 VIGO, Rodolfo Luis. *De la Ley al Derecho*, Ed. Porrúa, México, 2003, págs. 3 y sgts.

6 Además de toda la doctrina civilista nacional, CARNELUTTI, Francesco. En *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, págs. 484 y sgts.; Código Penal de la República Argentina, título 12, "Delitos contra la Fe Pública", cuando en sus arts. 292 y 293 -entre otros- se refiere en forma indistinta a "documento público" e "instrumento público".

7 LÓPEZ DE ZAVALÍA, Fernando. *Curso Introductorio al Derecho Registral*, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1983, pág. 331.

público, pese a emanar todos ellos de funcionarios públicos (judiciales y administrativos), en ejercicio de sus funciones y cumplimentando las formas legales.

Actualmente, el inc. b del art. 289 CCyC reproduce el "viejo" inc. b del art. 979 CC, al considerar instrumento publico a: "...los instrumentos que extienden los escribanos o los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes".

Permanece por ello plenamente vigente, en la actualidad, la posición expresada, de considerar al certificado registral como un verdadero instrumento público. Al prestigioso autor citado y entre otros autores, podemos citar a: Luis Moisset de Espanés, en *Publicidad Registral*, Ed. Advocatus, Córdoba, 1991, pág. 230; Augusto Belluscio y Eduardo Zannoni, en el *Código Civil y leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado*, tomo 4, pág. 480; Marta Fazio de Bello, en *Actos jurídicos y documentos inscribibles*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1998, págs. 67 y sgts.; Raymundo Salvat, en *Tratado de Derecho Civil Argentino*, tomo 2, Ed. Balmes, Buenos Aires, 1947, págs. 200 y sgts., etc.

En cuanto a doctrina judicial, son también pacíficas, reiteramos, las decisiones en idéntico sentido tomadas en centenares de causas, citando a modo ejemplificativo, únicamente, la de la Cámara 5ª Civil y Comercial de Córdoba, 22 de agosto de 1994, en autos "Buffa, Eduardo J. c/Cuquejo, Noemí E".

3. FUNCIÓN QUE CUMPLE EL CERTIFICADO REGISTRAL DEL ART. 23 DE LA LEY REGISTRAL NACIONAL EN LA DINÁMICA JURÍDICA INMOBILIARIA

Desde la sanción de la ley N° 340 (Código Civil argentino), y aún antes -legislación de Partidas- y también actualmente (ley N° 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación[8]), nuestro país adoptó, para el nacimiento, modificación, transferencia y extinción de los derechos reales inmobiliarios, el denominado "sistema de título y modo" (escritura pública como "título suficiente" y tradición como "modo") y además, actualmente, con publicidad registral de carácter declarativa no convalidante para la oponibilidad a terceros registrales interesados.

Este sistema, con la sanción de la LRN fue complementado a fin de resguardar y proteger los "negocios jurídicos en gestión" (desde la concertación de la compraventa, por ejemplo, como negocio obligacional fuente, hasta el otorgamiento de la escritura pública pertinente y su inscripción definitiva en el registro inmobiliario), con el certificado registral ha de solicitarse en forma obligatoria por el notario autorizante del acto -como obligación funcional típica- y previa a su

8 En especial, el art. 1017, que contiene la vieja norma del art. 1184 CC.

autorización (art. 23), con un plazo de validez determinado (art. 24) que produce el denominado efecto de "bloqueo registral" (art. 25 -reserva de prioridad-) siempre y cuando se respeten los plazos que la legislación fija para cada caso. Conforme al art. 22 de la misma ley: "...la plenitud, limitación o restricción de los derechos inscriptos y la libertad de disposición, sólo podrá acreditarse con relación a terceros por las certificaciones a que se refieren los artículos siguientes".

Del juego armónico de los arts. 22 y 23 de la LRN, así como de la aplicación del denominado principio de prioridad registral (arts. 5°, 17 y concordantes LRN) y dentro del marco de la buena fe -reconocida legislativamente como principio general del derecho[9]-, y en base a la "apariencia jurídica", el adquirente de un inmueble en la República Argentina, al otorgar y suscribir una escritura pública de compraventa inmobiliaria, si el notario autorizante ha cumplida con ésta -una de sus obligaciones funcionales-, se encuentra plenamente resguardado en sus derechos como tal, aun frente a errores u omisiones del registro inmobiliario. Así y a título de ejemplo, se ha decidido que: "...debe procederse a la inscripción definitiva de la escritura si ésta se otorgó en base a la apariencia jurídica de un certificado en el que consta la libre disponibilidad del bien"[10].

Nuestro legislador histórico y también el actual han decidido así que interesa más a la comunidad y al tráfico jurídico inmobiliario, la protección del adquirente de buena fe de un derecho real frente a cualquier acreedor, tercero registral interesado, cuya acreencia no resulte reflejada (por ejemplo, en el certificado registral), reforzando así la seguridad jurídica dinámica y resguardando la circulación de la riqueza. De manera tal que quien pretende en nuestro país adquirir un bien inmueble y concurre al notario, quien a su vez y cumpliendo con los deberes de su cargo solicita este certificado -dentro de las denominadas tareas prescriturarias- donde el registro inmobiliario consigna el estado jurídico del bien inmueble a adquirir y la legitimación y habilidad de su/s titular/es para disponer, según las constancias registradas, tiene la seguridad casi absoluta[11] de que no será molestado ni turbado en el ejercicio de sus derechos reales sobre la cosa adquirida.

De esta forma, el certificado registral contribuye, junto con la actuación notarial, al afianzamiento de la seguridad jurídica en la dinámica inmobiliaria, de carácter preventiva, a grado tal que la litigiosidad en esta materia es escasísima,

---

9 Art. 9° CCyC.

10 Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos "Cantelli, Raúl c/ Provincia de Buenos Aires" (La Ley, 20/09/1966); Cámara de Apelaciones Civiles de Rosario, Sala II, en autos "Severino A y Cozzi D. y otros c/ Fiorabante Banchelo E.", en *Revista Notarial,* N° 764, pág. 329.

11 Ver nuevo art. 392 CCyC, modificatorio del "viejo" art. 1051 CC.

en particular comparada con los países que adoptan un sistema transmisivo dominial y un sistema legal diferente al nuestro[12].

4. EFECTOS DEL CERTIFICADO REGISTRAL DEL ART. 23 DE LA LEY REGISTRAL NACIONAL

A partir de la fecha de presentación ante el registro inmobiliario se produce la denominada "reserva de prioridad indirecta", que algunos llaman "bloqueo registral", para la protección de los negocios en gestión, que cubre el período comprendido entre la expedición del propio certificado a rogación del notario o funcionario público autorizante, y el otorgamiento y autorización del negocio jurídico dispositivo y aun *a posteriori*, hasta su ingreso en el registro inmobiliario dentro de los plazos previstos[13], acordando así seguridad jurídica plena a las operaciones inmobiliarias.

Si la certificación es utilizada dentro de los plazos legales (15, 25 o 30 días corridos según el domicilio del funcionario autorizante del acto y solicitante de la misma con relación a la sede del registro) y el documento público portador de derechos reales inmobiliarios ingresa al registro en tiempo y forma, como se expresara, la protección del Registro, de todo el sistema jurídico argentino, se retrotrae hasta la hora cero del día en que se expidió el certificado[14], pues, como reza textualmente la norma: "...esa certificación producirá los efectos de anotación preventiva a favor de quien requiera, en el plazo legal, la inscripción del documento para cuyo otorgamiento se hubiere solicitado"[15].

Este certificado registral acredita, en forma fehaciente, con efectos de oponibilidad a terceros registrales interesados, la plenitud, libertad o limitación de los derechos inscriptos, por ejemplo, la existencia o no existencia de un embargo, medida cautelar, gravamen real, etc. Es el denominado, por parte de la doctrina nacional, efecto o principio de "fe publica registral" que da certeza y seguridad a la dinámica inmobiliaria, hasta tal punto que si, verbigracia y reiterando ejemplos, por "error" o "fuga" registral el registro de la propiedad no informara un embargo vigente y el adquirente es adquirente de buena fe, este adquiere el inmueble libre del gravamen, asumiendo el estado (registro) la responsabilidad correspondiente[16].

---

12 HIGHTON, Elena. *La Función Notarial en la comunidad globalizada*, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, págs. 84 y sgts.

13 Cuarenta y cinco días corridos contados desde la fecha de autorización del acto (art. 5° LRN).

14 GARCÍA CONI, Raúl; y Frontini, Ángel. *Derecho Registral Aplicado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1993, pág. 18.

15 Art. 25 LRN.

16 La doctrina y jurisprudencia nacional es unánime en ello. Véase, entre otras publicaciones: "Fe pública y apariencia jurídica en sede registral", de Raúl García Coni, en *Revista del Nota-*

5. ELEMENTOS ESENCIALES DEL CERTIFICADO REGISTRAL

El sistema legal argentino en la dinámica inmobiliaria, como se fundara, presenta al notario público como configurador del negocio jurídico dispositivo, autorizante de la escritura pública -instrumento público-título suficiente- que, junto a la tradición como "modo suficiente", producirá el nacimiento del derecho real en cabeza del adquirente, ocupando el certificado registral del art. 23 LRN un lugar de significativa trascendencia, toda vez que especialmente informa al notario y al adquirente con los efectos indicados respecto de la situación del inmueble y de su titular: el adquirente de buena fe (diligente) se encuentra protegido contra eventuales vicisitudes, desde antes del otorgamiento de la escritura pública (retroprioridad indirecta o bloqueo registral) y hasta la inscripción definitiva de la misma en el registro inmobiliario.

Este certificado registral, como instrumento público, para ser tal necesita, conforme lo dispone actualmente el art. 290 CCyC, la presencia de dos "requisitos de validez":

a) la actuación del oficial público en los límites de sus atribuciones y de su competencia territorial (inc. a) y;

b) la firma del oficial publico (inc. b). En nuestro caso, la firma de los dos oficiales o funcionarios públicos: notario, o autoridad judicial o administrativa rogante, y funcionario público registral que expide la certificación. Nótese que no estamos en presencia de un simple "certificado" que expide el notario en forma unilateral, en el ejercicio de su función pública y en el marco de la normativa notarial vigente.

En tal sentido, corresponde también recordar que: "...la expedición del certificado solicitado por el notario para un determinado negocio jurídico, se asienta en el Registro, constituyéndose en una anotación preventiva, y al expedir nuevas certificaciones, publica que hay una operación en trámite"[17].

De esta manera, constituye también un elemento esencial del certificado registral, por integrarlo, la propia "rogatoria" del notario, o autoridad judicial o administrativa solicitante: la solicitud, pedido o rogatoria, además de iniciar el proceso administrativo/registral, fija los límites de la tarea del registrador y publicita, frente a terceros, el negocio en gestión.

---

riado, págs. 731 y sgts.; "La buena fe y la titulación como desmitificadoras de las llamadas legitimación y fe pública registral", de Jorge Horacio Alterini, en *Revista Jurídica La Ley*, 2006-E, págs. 1126 y sgts.

17 FAZIO DE BELLO, Marta. *Actos jurídicos y documentos inscribibles*, en Ed. La Rocca, Buenos Aires, 1998, págs. 139 y sgts.

Así, se ha resuelto que: "El sistema implementado por la Ley 17.801 consagra lo que se denomina reserva de prioridad indirecta, que otorga al certificado de dominio expedido por el Registro inmobiliario el carácter de una anotación preventiva que cubre el lapso entre su emisión y el otorgamiento del acto jurídico para el cual es requerido; esa reserva tiende a proteger los intereses de sus participantes de modo que toda modificación que en el ínterin se suscite no le sea oponible. Se produce de esa manera lo que se denomina bloqueo registral, cuya consecuencia es que, satisfecha en los plazos legales la inscripción del documento constitutivo del derecho real, éste desplace, en razón de aquella prioridad, a las ulteriores"[18].

También es doctrina unánime en el país, particularmente entre los prestigiosos especialistas en derechos reales y en derecho registral citados en el presente trabajo, que el novedoso sistema de protección del tráfico jurídico real inmobiliario introducido por la LRN, uno de cuyos pilares lo constituye el certificado del art. 23 de la ley, con la reserva de prioridad indirecta, requiere para su concurrencia la participación, el accionar, la intervención, la autoría, de dos funcionarios públicos: el funcionario público notarial (o a cargo, o en ejercicio de una función pública, conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) o autoridad judicial o administrativa, que efectúa la rogatoria del certificado; y del funcionario público registral (registrador, funcionario del registro inmobiliario con firma autorizada), que suscribirá la certificación extendida en los términos indicados por el propio art. 23.

En tal sentido, el art. 6° de la misma ley dispone textualmente que: "La situación registral sólo variará a petición de: a) el autorizante del documento, que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal; b) quien tuviere interés en asegurar el derecho que se ha de registrar. Cuando por ley local estas tareas estuvieren asignadas a funcionarios con atribuciones exclusivas, la petición deberá ser formulada con su intervención": precisamente lo que prescribe el ya transcripto art. 32 de la ley provincial de Córdoba N° 5771, al disponer que las certificaciones: "... sólo pueden ser expedidas a petición de notarios, titular o adscripto de un Registro de la Provincia o funcionarios públicos de igual competencia".

Así, afirma Ahumada, que: "...la certificación registral no tiene entidad por sí misma para modificar la situación registral, su vida es efímera y está absolutamente condicionada a la producción de un documento que necesariamente no puede existir al momento de su expedición: la certificación se pide para otorgar un acto y no para un acto ya otorgado; cuando el acto ya existe no cabe reserva alguna, y la prioridad sólo procede por el ingreso del documento al Registro"[19].

18 Fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, del 25/06/1985, en LL, 1985-D, 366.

19 AHUMADA, Daniel. *Ley registral inmobiliaria 5771 y disposiciones técnico-registrales*, Ed. Alveroni, Córdoba, 2002, pág. 287.

En idéntico sentido, constituye igualmente otro sólido argumento a la consideración del "pedido de certificación" o "rogatoria" del mismo por parte del notario o funcionario público, como elemento esencial del instrumento público "certificado registral", el carácter esencialmente "rogado" que tiene toda función pública, administrativa en nuestro caso: el registro general de la provincia, como todo registro inmobiliario del país, no procede de oficio, sino a petición de parte y sólo en los límites de la rogatoria, de lo solicitado. El carácter rogado es esencial en la mayoría de las funciones públicas, en especial en las funciones públicas de naturaleza administrativa.

Además, esta "rogatoria" o "pedido de certificación" que formula el funcionario rogante, al quedar asentada en el registro y constituirse en una anotación preventiva conforme a lo expuesto, cumple igualmente, en el marco de la buena fe negocial y para evitar el fraude a la ley, en los términos de los arts. 9°, 12 y concordantes del CCyC, una función de publicidad jurídica para los eventuales perjudicados por el negocio "en gestión", quienes dispondrán así de tiempo para la mejor defensa de sus derechos al conocer la sede notarial, judicial o administrativa donde se otorgará y autorizará el futuro negocio dispositivo.

En la misma línea, el art. 21 LRN dispone que: "El Registro es público para el que tenga interés legítimo en averiguar el estado jurídico de los bienes, documentos, limitaciones o interdicciones inscriptas. Las disposiciones locales determinarán la forma en que la documentación podrá ser consultada sin riesgo de adulteración, pérdida o deterioro".

Conforme al particular sistema establecido por la LRN y que sintéticamente se explicara en los parágrafos anteriores, en forma previa a la autorización de un negocio dispositivo inmobiliario (transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales inmobiliarios) el notario o funcionario público -futuro autorizante del acto- deberá solicitar y el registro inmobiliario expedir, una: "...certificación expedida a tal efecto por esta oficina, en la que conste el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas" (art. 23 *in fine*).

Esta "rogatoria" de certificación, reiteramos y como resulta de toda la normativa vigente, *debe* ser solicitada, *debe* emanar, *debe* ser de la autoría del notario o funcionario público autorizante del acto instrumentado.

Entre otras razones, además porque esta "rogatoria" de certificación peticionada, y presentada por notario o funcionario público, constituye el límite de la actividad registral: atento a su carácter rogado, el registrador "limitará" el tenor, el contenido del certificado, a lo expresamente solicitado, peticionado, por el rogante.

La jurisprudencia también es coincidente con esta correcta doctrina: "Los registradores, previo examen de los libros, extenderán las certificaciones res-

pecto, únicamente a los bienes, personas y períodos designados en la solicitud o mandamiento, sin referir en ellas más asientos y circunstancias que los exigidos, ni omitir ninguna que pueda considerarse comprendida en los términos de la petición"[20].

Por ello afirmábamos más arriba que en defensa no solamente de la buena fe negocial, sino de la esencial publicidad o cognoscibilidad que importa la actividad registral, al ingresar al registro inmobiliario esta "rogatoria" de certificación (reitero, formulada por notario o funcionario público y ambos con interés legítimo para realizarlo) la primera acción del registrador la constituye la de dejar constancia –normalmente en la misma matrícula-folio real- de la petición formulada, con los datos del notario rogante. Compartimos así, la afirmación que dice que: "No es arbitrario que las leyes registrales obliguen a dejar constancia de las certificaciones expedidas en el folio respectivo, indicándose el notario interviniente, número de registro, sede de la notaria y negocio jurídico de que se trata"[21].

Los mismos autores, continúan diciendo que: "Estos datos son suministrados por el Registro al embargante cuando se produce la anotación condicional. Tal circunstancia permite al acreedor embargante solicitar en sede judicial, independientemente del embargo trabado sobre la cosa en el Registro, un embargo sobre el precio a percibir por el vendedor en el momento del acto escriturario".

En efecto, una adecuada protección y regulación del tráfico jurídico inmobiliario hace que necesariamente deban publicitarse las certificaciones expedidas, haciendo saber a los terceros con interés legitimo (y un acreedor embargante es uno de ellos), los datos del certificado (número, fecha y acto para el cual se solicitó) y del notario rogante del certificado. De allí también el carácter esencial de la rogatoria o solicitud de certificación.

6. FIRMA DIGITAL

Exponíamos al comienzo de este trabajo que la ley N° 25.506, denominada de "Firma electrónica y firma digital", establece en su art. 3° que: "Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia".

20 Cámara de Apelaciones en lo Civil de Rosario, Sala I, 24/05/2000, en LL Litoral, 2000, pág. 1387. On line: AR/JUR/3343-2000.

21 NUTA, Ana Raquel; Rotondaro, Domingo Nicolás; y Prósperi, Fernando Félix. *Medidas cautelares y bloqueo registral*, Ed. La Rocca, Buenos Aires, 2001, pág. 76.

El art. 9° de la misma ley dispone que: "Una firma digital es válida si cumple con los siguientes requisitos: a) haber sido creada durante el período de vigencia del certificado digital válido del firmante; b) ser debidamente verificada por la referencia a los datos de verificación de firma digital indicados en dicho certificado según el procedimiento de verificación correspondiente; c) que dicho certificado haya sido emitido o reconocido, según el art. 16 de la presente, por un certificador licenciado".

En la misma línea, el actual Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 288, dispone que: "La firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde. Debe consistir en el nombre del firmante o en un signo. En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento".

Frente a estas claras normas, no podemos sino concluir en este punto, que será imprescindible para la validez del certificado registral art. 23 LRN, para el caso de expedirse en soporte digital, vía internet, que se cuente, como elementos esenciales, también con la firma digital de ambos funcionarios públicos: rogante y certificante propiamente dicho.

La ausencia de alguna de estas dos firmas, conforme lo desarrollado, hará que el denominado "certificado registral web" sea nulo de nulidad absoluta, no aplicándose por ello los efectos que establecen entre otras normas, los arts. 6°, 17, 18, 21, 22, 23, 24 y 25 de la LRN.

En este supuesto y frente, por ejemplo, no sólo a un caso de error o fuga registral, sino ante una amplísima variedad de situaciones y vicisitudes que se pueden presentar desde el instante mismo de la concertación del negocio inmobiliario -en nuestro ejemplo-, el adquirente se encontrará absolutamente desprotegido hasta el ingreso y la inscripción en forma definitiva en el registro general de la escritura pública de compraventa -en el ejemplo que exponíamos-, precisamente por el juego armónico de todas las normas registrales -reiteramos, para el caso de existir y ser plenamente válido el certificado registral- que protegen al adquirente, en nuestro ejemplo, precisamente desde la expedición del certificado registral hasta la inscripción registral definitiva del título de adquisición.

Nuestra preocupación deviene igualmente de la simple lectura del instructivo que acompañara el registro general al anunciar la implementación del sistema, al manifestar que: "...se podrá consultar el certificado e imprimirlo, utilizando e ingresando un 'código' recibido por correo electrónico".

7. CONCLUSIONES

1. Participamos plenamente de la idea central de brindar un marco de mayor celeridad, economía y sencillez en los servicios que brinda el registro general de la provincia, pero siempre resguardando aquel valor fundante de nuestro sistema de derecho, cual es el de la seguridad jurídica.

2. Nuestra legislación de fondo es clara: para la validez -existencia podríamos también decir- de todo instrumento público -y el certificado registral es un instrumento público- el requisito de la "firma" resulta fundamental: un instrumento público resulta válido si se encuentra firmado (además de cumplimentar los restantes requisitos exigidos). Y la firma, como vimos, puede ser ológrafa o digital. Pero sólo esta última, *no* la firma electrónica. Así lo dispone expresamente nuestra legislación de fondo: ni un "código", ni un "correo electrónico", ni los elementos de seguridad informática que provee la "Plataforma de Servicios Ciudadano digital" pueden sustituir ni hacer nacer una "firma digital" en el marco de la normativa nacional vigente.

3. El Registro inmobiliario *sólo* puede expedir certificaciones del art. 23 LRN, a petición de personas legitimadas para ello y en los límites de esta petición o rogación: la primera actividad del registrador será por ello la de constatar la legitimación para efectuar la petición o rogación de certificación y, previo a ello, determinar la "autoría" de esta petición, verificando conforme a la normativa vigente firma y sello del notario rogante (en nuestro caso). En el caso de la firma: ológrafa o digital en el marco de la ley N° 25.506 y art. 288 CCyC.

4. Atento al carácter rogado de la función pública registral, mientras quien tenga "interés legítimo" en formular la rogatoria de certificación no suscriba, no firme la petición (en forma ológrafa o en forma digital), esta petición *no existirá*, pues no tiene autoría, no pudiendo por ello el registrador expedir certificación alguna. De hacerlo, conforme lo ya expresado, la misma será nula de nulidad absoluta (instrumental) con las graves consecuencias que ello implica, en especial, por crear una "apariencia" de legalidad que en realidad no es tal, no existe.

5. La firma -ológrafa o digital- debe constar en ambos elementos esenciales del certificado registral del art. 23 LRN. En este sentido, la III Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad (Santa Fe, 1966) sostuvo que la: "...certificación es la constancia emanada del Registro, a petición de parte, que publicita la situación jurídica de los inmuebles y de las personas produciendo simultáneamente el cierre registral"[22].

22 Despacho N° 3, citado por AHUMADA, Daniel, Ob. cit., pág. 286.

6. Al no existir implementada en forma íntegra en esta temática, en todos los actores involucrados (notarios y registro general, en ese orden temporal), la infraestructura de la firma digital en ambos extremos de la relación, o sea, al no existir instrumentada conforme lo exigen la ley nacional N° 25.506 y el propio CCyC la firma digital, ni autoridad certificante ni certificado de vigencia de firma digital del notario público, lamentablemente *no existe posibilidad alguna, al día de hoy, de utilizar el certificado registral web en forma similar al certificado registral -art. 23 LRN- expedido en forma ológrafa por el funcionario registral.*

TÉCNICA y PRÁCTICA NOTARIAL

VENTA DE UNIDADES CON MEJORAS NO INCORPORADAS AL PLANO DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Nicolás Agustín Soligo Schuler

SUMARIO: 1. Las obras nuevas en el régimen de propiedad horizontal. 2. Incidencias catastrales. 3. Aspectos civiles y notariales. 4. Ejemplo de cédula catastral según la circular N° 2/2011. 5. Manifestaciones de las partes según el ejemplo anterior. 6. Constancias notariales según el ejemplo anterior. 7. Anexo normativo: circular N° 2/2011 de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires.

1. LAS OBRAS NUEVAS EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Las mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, ejecutadas en el interés particular del propietario de una unidad funcional, requieren el acuerdo unánime de los consorcistas (conf. art. 2052, *in fine*, CCyC).

Las nuevas edificaciones que aumenten el valor del departamento deben reflejarse en una ampliación del plano de obra, que posibilite la ratificación del plano de propiedad horizontal y la modificación del reglamento por escritura pública[1]. Esta última configurará el título del edificante sobre las obras nuevas (conf. arts. 1892, 2038 y 2056, inc. "b", CCyC).

Mientras no se cumplan estos extremos, el titular de la unidad funcional sólo ostentará sobre las obras una relación real que podrá ser objeto de una "cesión de derechos posesorios"[2], celebrada conjuntamente con la transferencia dominial del departamento.

Las mejoras pueden existir dentro de los polígonos que integren la unidad funcional o fuera de aquellos, siendo los ejemplos más frecuentes la edificación en una terraza común o en un techo inaccesible. Sin perjuicio de la ubicación de la obra, se trata invariablemente de una construcción en terreno parcialmente ajeno, dado que el suelo y el espacio aéreo son comunes a todos los consorcistas (conf. arts. 1945 y 2041 CCyC). Por tanto, la titularidad de la obra nueva corresponderá en principio a todos los propietarios bajo el régimen de propiedad horizontal, sin perjuicio de que el constructor ostente la posesión fundada en una prerrogativa preexistente (verbigracia, el derecho a sobreedificar), que torna exigible a los demás consorcistas la modificación del reglamento.

2. INCIDENCIAS CATASTRALES

Hasta el 10 de abril de 2011, la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, ARBA) impedía la registración de estados parcelarios que pretendieran incorporar mejoras fuera de los límites poligonales de la unidad funcional y sólo admitía el cambio de superficies dentro del mismo polígono,

1 Este último paso puede darse con la firma actual de todos los propietarios del edificio, a través de un poder otorgado al efecto, o por medio de un juicio de escrituración, sea éste instado por un convenio preliminar o por la adquisición del dominio a través de la usucapión larga (art. 1899 CCyC).

2 Sobre los reparos terminológicos de esta expresión, ver SOLIGO SCHULER, Nicolás A., *Cesión de derechos posesorios en el Código Civil y Comercial de la Nación. Modelos comentados*, 2° edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2015, pág. 49.

como la transformación de áreas "descubiertas" en "semicubiertas" o "cubiertas". El estado parcelario no podría incorporar superficie en una planta diferente a los polígonos originarios del plano. Por esa razón, en estos casos quedaba imposibilitada la transmisión dominial hasta tanto se efectuara la actualización del plano y del reglamento de propiedad horizontal.

La circular N° 2 del año 2011 de ARBA, con vigencia a partir del 10 de abril de dicho año, permitió incorporar al estado parcelario (en la cédula catastral del inmueble) aquellas construcciones que no se encontraran reflejadas en el plano de propiedad horizontal y demoliciones parciales que no afectaran la funcionalidad de la subparcela.

Puesto que el certificado catastral informa sobre las calidades físicas de la cosa para el conocimiento de los contratantes, la nueva situación de hecho debe reflejarse en la cédula catastral[3], aunque sin creación de nuevos polígonos[4].

En el dorso de la cédula catastral se dibuja un croquis con las mejoras de hecho existentes en la unidad funcional, junto con la planilla de los polígonos con las superficies actualizadas y las nuevas construcciones que surjan del relevamiento catastral.

Cabe destacar que la circular N° 2/2011 no resulta aplicable para alterar el estado constructivo de una unidad; por ejemplo, sería ineficaz para cambiar la característica "a construir" de un departamento[5].

La vigencia y la aplicación de la circular no han sufrido alteraciones con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

3. ASPECTOS CIVILES Y NOTARIALES

Los contratantes que deseen formalizar la enajenación de un departamento con mejoras no incorporadas al plano de propiedad horizontal deben ser previamente informados del plexo normativo vigente, pues desde el punto de vista civil las obras nuevas no se incorporan al derecho real. Aunque a partir de la circular

3 En los siguientes términos: "Se deja constancia que del relevamiento realizado surgen situaciones de hecho que no constan registradas según plano de P.H. (...) Asimismo se deja asentado que la situación existente no convalida ni subsana los defectos que pudieran introducirse al régimen. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice". Cuando se trate de una demolición parcial, debe consignarse la siguiente nota: "Existe demolición parcial que no afecta la funcionalidad del régimen de la ley N° 13.512 de Propiedad Horizontal. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice".

4 Estos sólo pueden surgir de una ratificación del plano de propiedad horizontal.

5 A tales fines la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires ha dictado la resolución normativa N° 63 del año 2014, que reglamenta la aplicación del decreto N° 947/2004 a la propiedad horizontal urbana, cuyo análisis excede los alcances del presente aporte.

N° 2/2011 se admite la expedición del certificado catastral para autorizar la escritura, las mejoras sólo se registran en el organismo catastral, pero de ninguna manera se altera el régimen de propiedad horizontal hasta tanto se modifiquen los planos y el reglamento.

Esta información resulta significativa para el adquirente, puesto que todas aquellas superficies no incorporadas al reglamento de propiedad horizontal resultan ajenas al derecho real. En el aspecto práctico, estas circunstancias pueden impedir que las entidades bancarias tomen en consideración el valor de las mejoras para la tasación en el cálculo de un crédito hipotecario; también provocar que el adquirente deba incurrir ulteriormente en gastos, honorarios y gestiones para incorporar jurídicamente las obras nuevas a su título.

Por estas razones, el asesoramiento notarial no debe ceñirse a informar la situación de hecho a las partes, sino que también debe indagar acerca del título o causa para construir las obras nuevas; por ejemplo, si las edificaciones son el fruto de una autorización unánime de los propietarios, documentada en el reglamento de propiedad horizontal o por separado (con las consecuencias jurídicas que existen en uno y otro caso)[6], o si consisten meramente en obras antirreglamentarias de hecho. También debe ponderarse la existencia de una ampliación del plano de obra municipal[7].

Por otra parte, si se iniciaron los trámites de modificación del plano de propiedad horizontal, debe tenerse especialmente en cuenta una posible traba de plano anotada en la matrícula de la unidad funcional, pues esta circunstancia imposibilita la transferencia (conf. art. 25, disposición técnico registral N° 14/2010).

El conjunto de estas circunstancias es tan significativo que puede llevar a las partes a desistir o modificar el negocio jurídico en formación (por ejemplo, reduciendo el precio de la compraventa).

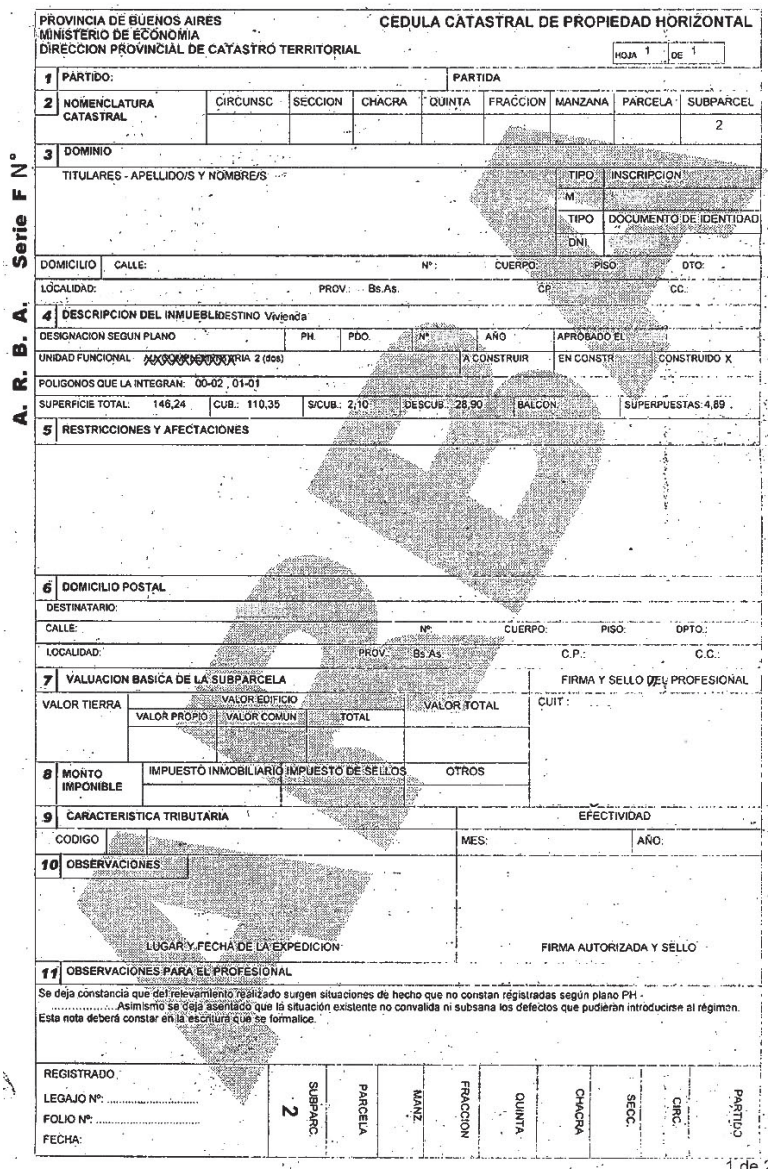
Desde el punto de vista de la técnica notarial, es recomendable atribuir a los otorgantes las manifestaciones negociales acerca de las obras nuevas no incorporadas al plano, dentro del sector de la escritura pública que usualmente se denomina "manifestaciones de las partes". Debe destacarse el conocimiento y la aceptación de las mejoras como manifestaciones propias de los otorgantes y no del autorizante. A su vez, dentro del sector de la escritura denominado "Constancias notariales", debe incluirse la nota de advertencia obrante en el certificado catastral.

6 Sobre estos aspectos, ver SOLIGO SCHULER, Nicolás A. *Derecho a sobreedificar. Modelos contractuales*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013, págs. 73 y 84.

7 En tal supuesto, la municipalidad en ejercicio del poder de policía local aprobó los valores edificables (FOT y FOS) y quedó allanado el camino para la futura ratificación del plano de propiedad horizontal.

4. EJEMPLO DE CÉDULA CATASTRAL SEGÚN LA CIRCULAR Nº 2/2011

En el anverso de la cédula catastral puede observarse la configuración de los polígonos con las superficies totales originarias según el plano de propiedad horizontal, además de los restantes datos de rigor. En el rubro "Observaciones para el profesional" consta la advertencia según los términos de la circular bajo estudio, que corresponde transcribir en las constancias notariales de la escritura pública.



A. R. B. A. Serie F Nº

PROVINCIA DE BUENOS AIRES
MINISTERIO DE ECONOMIA
DIRECCION PROVINCIAL DE CATASTRO TERRITORIAL

CEDULA CATASTRAL DE PROPIEDAD HORIZONTAL

HOJA 1 DE 1

1 PARTIDO: PARTIDA

2 NOMENCLATURA CATASTRAL

CIRCUNSC	SECCION	CHACRA	QUINTA	FRACCION	MANZANA	PARCELA	SUBPARCEL
							2

3 DOMINIO

TITULARES - APELLIDO/S Y NOMBRE/S

TIPO	INSCRIPCION
M	

TIPO	DOCUMENTO DE IDENTIDAD
DNI	

DOMICILIO CALLE: Nº: CUERPO: PISO: DTO:

LOCALIDAD: PROV.: Bs.As. C.P.: C.C.:

4 DESCRIPCION DEL INMUEBLE DESTINO Vivienda

DESIGNACION SEGUN PLANO | PH. | PDO. | Nº | AÑO | APROBADO EL

UNIDAD FUNCIONAL ~~ALAGUNTERIA~~ 2 (dos) | A CONSTRUIR | EN CONSTR. | CONSTRUIDO X

POLIGONOS QUE LA INTEGRAN: 00-02 , 01-01

SUPERFICIE TOTAL: 146,24 | CUB.: 110,35 | S/CUB.: 2,10 | DESCUB.: 28,90 | BALCON: | SUPERPUESTAS: 4,89

5 RESTRICCIONES Y AFECTACIONES

6 DOMICILIO POSTAL

DESTINATARIO:

CALLE: Nº: CUERPO: PISO: DPTO.:

LOCALIDAD: PROV.: Bs.As. C.P.: C.C.:

7 VALUACION BASICA DE LA SUBPARCELA — FIRMA Y SELLO DEL PROFESIONAL

VALOR TIERRA	VALOR EDIFICIO			VALOR TOTAL
	VALOR PROPIO	VALOR COMUN	TOTAL	

CUIT :

8 MONTO IMPONIBLE

IMPUESTO INMOBILIARIO	IMPUESTO DE SELLOS	OTROS

9 CARACTERISTICA TRIBUTARIA — EFECTIVIDAD

CODIGO | MES: | AÑO:

10 OBSERVACIONES

LUGAR Y FECHA DE LA EXPEDICION — FIRMA AUTORIZADA Y SELLO

11 OBSERVACIONES PARA EL PROFESIONAL

Se deja constancia que del relevamiento realizado surgen situaciones de hecho que no constan registradas según plano PH - ..... Asimismo se deja asentado que la situación existente no convalida ni subsana los defectos que pudieran introducirse al régimen. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice.

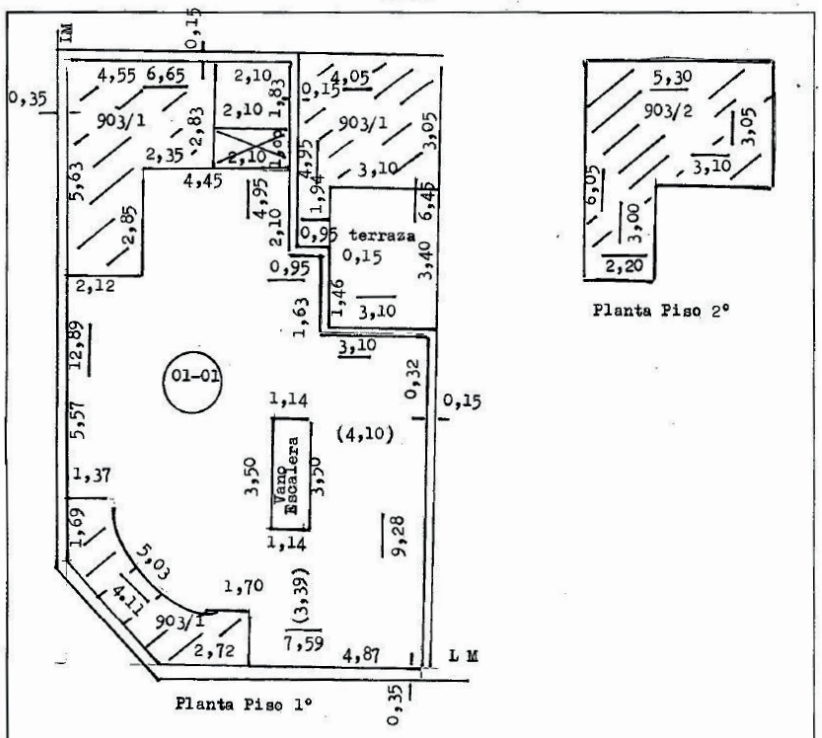
REGISTRADO
LEGAJO Nº: .....
FOLIO Nº: .....
FECHA:

SUBPARC.	PARCELA	MANZ.	FRACCION	QUINTA	CHACRA	SECC.	CIRC.	PARTIDO
2								

1 de 1

El reverso de la cédula catastral, titulado "Anexo", exhibe el croquis del relevamiento de hecho del profesional y la planilla actualizada de los polígonos y las superficies de la unidad funcional. En el ejemplo las obras nuevas se extienden dentro del polígono de la planta primer piso (01-01), por encima de éste (segundo piso) y también sobre el polígono perteneciente a la unidad funcional lindera (00-01). Es recomendable transcribir íntegramente el detalle de las superficies en la escritura pública.

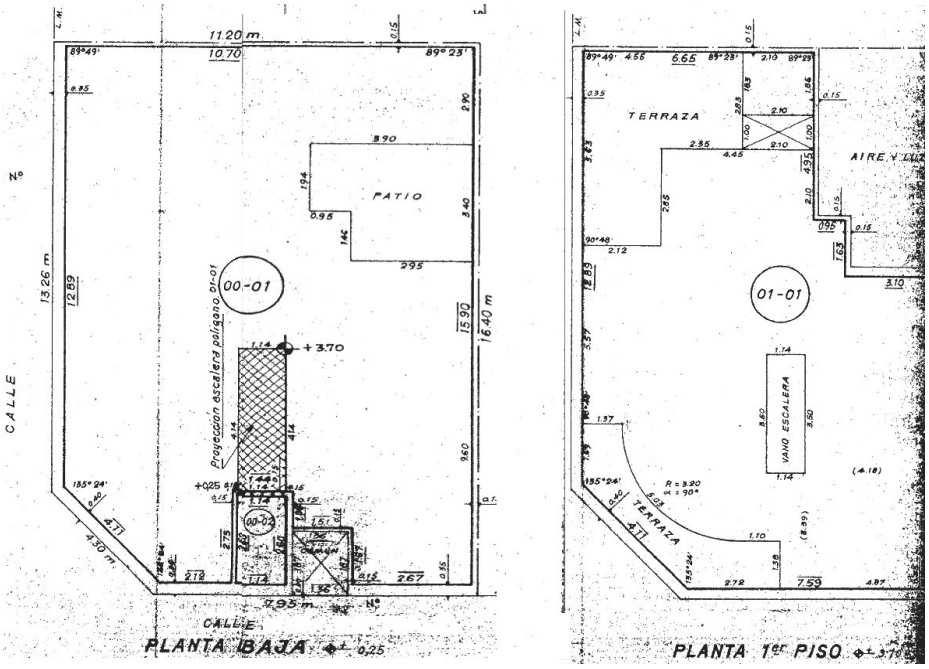
ANEXO



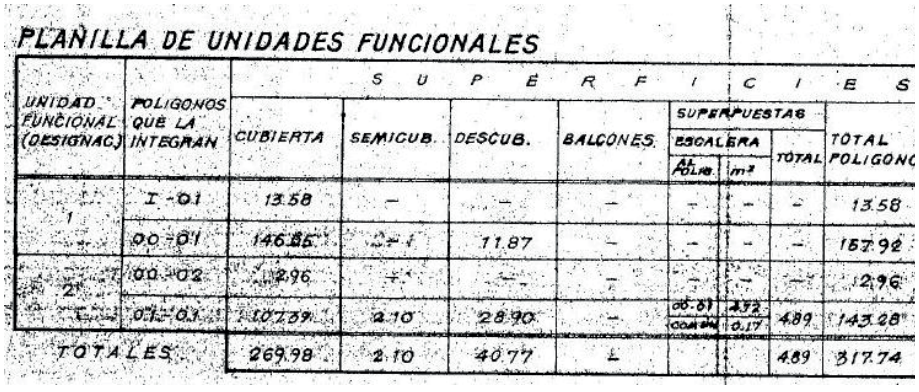
PLANILLA DE UNIDADES FUNCIONALES

Unid Func Desig	Poligonos Que Las Integran	Superficies							Total Polig	Total U.F
		Cub	Semi Cub	Desc	Balc	Superpuestas Escalera al Polig	Escalera m2	Escalera Tota		
2	00-02	2,96	-	-	-	-	-	-	2,96	193,70
	01-01	136,29	2,10	-	-	00-01 Comu	4,72 0,17	4,89	143,28	
	Construc sobre Pol 00-01	14,16	-	10,54	-	-	-	-	24,70	
	Construc piso 2°	22,76	-	-	-	-	-	-	22,76	
Totales		176,17	2,10	10,54	-	-	-	4,89	193,70	193,70

En la siguiente imagen se observa la distribución poligonal del plano de propiedad horizontal original. Puede apreciarse cómo las obras nuevas de las imágenes anteriores se superponen a la configuración planimétrica original.



En la planilla de unidades funcionales del plano de propiedad horizontal constan las superficies originarias de los polígonos y las unidades, cuya comparación con el anexo de la cédula catastral permite apreciar las diferencias de superficie.



PLANILLA DE UNIDADES FUNCIONALES

UNIDAD FUNCIONAL (DESIGNAC.)	POLIGONOS QUE LA INTEGRAN	SUPERFICIES CUBIERTA	SEMICUB.	DESCUB.	BALCONES	SUPERPUESTAS ESCALERA AL POLIG.	ESCALERA m²	TOTAL	TOTAL POLIGONO
1	I-01	13.58	—	—	—	—	—	—	13.58
	00-01	146.86	—	11.87	—	—	—	—	157.92
2	00-02	2.96	—	—	—	—	—	—	2.96
	01-01	107.39	2.10	28.90	—	06-01 con 00	4.72 0.17	4.89	143.28
TOTALES		269.98	2.10	40.77	—			4.89	317.74

5. MANIFESTACIONES DE LAS PARTES SEGÚN EL EJEMPLO ANTERIOR

"Las partes conocen y aceptan las siguientes mejoras existentes en el inmueble, a saber: a) las construcciones en el Polígono 01-01, con una superficie cubierta de ciento treinta y seis metros veintinueve decímetros cuadrados, semicubierta de Dos metros diez decímetros cuadrados, superpuesta escalera al Polígono 00-01 cuatro metros setenta y dos decímetros cuadrados, superpuesta escalera a superficie común diecisiete decímetros cuadrados, y total ciento cuarenta y tres metros veintiocho decímetros cuadrados; b) las construcciones sobre el Polígono 00-01, con una superficie cubierta de catorce metros dieciséis decímetros cuadrados, descubierta de diez metros cincuenta y cuatro decímetros cuadrados, y total de veinticuatro metros setenta decímetros cuadrados; y c) las construcciones en el segundo piso, con una superficie cubierta y total de veintidós metros setenta y seis decímetros cuadrados; con una superficie total para la Unidad Funcional de ciento noventa y tres metros setenta decímetros cuadrados, que no constan registradas según plano P.H. (...) tal como surge del Certificado Catastral correspondiente a la presente escritura".

6. CONSTANCIAS NOTARIALES SEGÚN EL EJEMPLO ANTERIOR

"CERTIFICADOS REGISTRALES: (...) TÍTULO: (...) INSCRIPCIÓN REGISTRAL: (...) CERTIFICADO CATASTRAL: Informado por la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) con fecha... de... de..., bajo el número... Hago constar que el rubro 'Observaciones para el profesional' expresa: 'Se deja constancia que del relevamiento realizado surgen situaciones de hecho que no constan registradas según plano PH (...) Asimismo se deja asentado que la situación existente no convalida ni subsana los defectos que pudieran introducirse al régimen. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice'. NOMENCLATURA CATASTRAL: (...) PARTIDA INMOBILIARIA: (...) VALUACIÓN FISCAL:...".

7. ANEXO NORMATIVO: CIRCULAR Nº 2/2011 DE LA AGENCIA DE RECAUDACIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

La Plata, 1º de abril de 2011

Certificado Catastral. Nota de publicidad del estado de hecho en inmuebles sometidos al régimen de la ley Nº 13.512.

La registración del estado parcelario implica la actualización de la realidad física de un inmueble, con relación al derecho de propiedad o posesión ejercida, efectuada a través de un acto de relevamiento catastral.

En todos los casos en que se cumplan las condiciones esenciales establecidas en la ley corresponde registrar ese acto de relevamiento.

A través del certificado catastral la Autoridad de Aplicación publicita el estado de hecho de la cosa inmueble, en sus aspectos físico, jurídico y económico, conjunta e inseparablemente considerados.

Reconociendo la importancia del Certificado Catastral el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, en su Boletín Informativo Nº 40 del año 2003, ha emitido una recomendación a los Notarios, respecto de la necesidad de transcribir en los Títulos las constancias que surgen de dicho documento.

El certificado catastral asegura cuáles son las calidades físicas ciertas y la plenitud o restricción jurídica de la cosa que se habrá de transmitir o sobre la que se habrán de constituir derechos reales. Se trata en definitiva de acercar a los actos jurídicos, por los medios legales vigentes, la información actualizada disponible sobre el inmueble de que se trate.

Esta actualización permite, además, poner en conocimiento de terceros intervinientes en los actos jurídicos en los que el Estado Parcelario se haya instituido como requisito de cumplimiento previo, cómo está definido geométricamente un inmueble y cuál es su ubicación dentro de la mayor extensión territorial a la que se integra.

Con lo expuesto y puntualmente para los casos en donde existen construcciones que no se encuentran reflejadas en el plano de Propiedad Horizontal, o cuando se informe sobre la existencia de una demolición parcial que no afecta la funcionalidad de las Subparcelas involucradas en el régimen de la ley Nº 13.512, corresponde emitir el Certificado Catastral consignando en una nota la circunstancia indicada, de modo tal de reflejar la situación de hecho y publicitar la realidad registrada en oportunidad de haberse constituido el Estado Parcelario.

La nota que deberá colocarse es la siguiente:

"Se deja constancia que del relevamiento realizado surgen situaciones de

hecho que no constan registradas según plano de P.H:...

Asimismo se deja asentado que la situación existente no convalida ni subsana los defectos que pudieran introducirse al régimen. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice".

Para los casos nuevos la nota deberá ser estampada, en la cédula catastral y por el profesional actuante en ocasión de realizar el Estado Parcelario. Asimismo en el caso de demolición parcial, el profesional deberá dejar constancia -de corresponder- que: "Existe demolición parcial que no afecta la funcionalidad del régimen de la ley Nº 13.512 de Propiedad Horizontal. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice".

Para los casos existentes, registrados en Catastro, la nota será estampada en el certificado catastral, en ocasión de su despacho.

Siendo que el Certificado Catastral constituye el medio de publicidad de mayor efecto técnico-jurídico, se destaca que en ambos casos, es decir cuando haya intervenido el profesional o cuando ha actuado el certificador, la o las notas deberán constar en la escritura pública que se formalice.

La presente comenzará a regir a partir del 10 de abril de 2011.

Registrar. Comunicar a los Colegios y Consejos Profesionales con incumbencia en la materia. Circular. Publicar en la página Web de ARBA. Cumplido archivar.

Gerencia General de Información y Desarrollo Territorial Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires.

JURISPRUDENCIA

SÍNTESIS DE FALLOS DE INTERÉS JURÍDICO-NOTARIAL

Gestión de negocios. Falta de firma en una escritura. Nulidad.

La litis del fallo apelado

VLPR compró un inmueble propiedad de MCMT, quien a su vez lo había adquirido en el año 1983, también a título de compraventa, actuando como gestor de negocios de GAN respecto de un cincuenta por ciento indiviso. Es decir, MCMT compró la mitad indivisa para sí y respecto de la restante actuó como gestora de negocios a favor de GAN. GAN no aceptó nunca la compraventa mientras que MCMT, años despúes, vendió a VLPR como titular de la totalidad del inmueble. Esta última venta, objetada por GAN, se hizo a través de un representante, R, quien actuó bajo una doble representación: de la compradora VLPR, y de la vendedora, MCMT, bajo una supuesta sustitución. GAN habría argumentado una deficiencia en la representación invocada por R al momento en que fuera confeccionado el instrumento público de poder, y que luego derivara en un defecto *nulidificante* de ausencia de firma. La ausencia de una sustitución expresa y de una firma, son defectos de representación que fundamentaron la solicitud de nulidad de la escritura de compraventa por GAN. A dicho planteo, la vendedora se opuso mediante la excepción de prescripción en el argumento de que el derecho de GAN para aceptar la compra del inmueble en el año 1983 se encontraba afectado por una prescripción cumplida. Por su lado, VLPR promovió una acción negatoria contra GAN.

Primera instancia. El Juez dictó sentencia y resolvió hacer lugar a la demanda promovida por VLPR contra GAN y, en consecuencia, condenó a este último al cese inmediato de todo acto actual y futuro en contra de la actora. Argumentó que el negocio de venta de la totalidad del inmueble efectuado por MCMT -la que entendió actuó como gestora de negocios de GAN- era perfectamente válido hasta tanto no existiera registración de aceptación en contrario. Como sustento del rechazo de la acción de nulidad de la escritura, esgrimió que el apoderado se encontraba habilitado para firmar la escritura como representante de ambas partes, ello por cuanto resultaba ser mandatario de VLPR y, a su vez, *debía entenderse* (el destacado nos pertenece) que ésta sustituyó el poder irrevocable que tenía otorgado por MCMT en R.

Doctrina de Cámara

El Tribunal de Alzada considera clara la ausencia de legitimación de GAN para solicitar la nulidad de la escritura donde se plasmó la transmisión de la propiedad inmueble; advirtiendo que a diferencia de lo alegado por el recurrente, la nulidad invocada, sustentada en la causal de falta de firma, no detenta el carácter de absoluta sino de relativa, limitándose de tal modo el elenco de legitimados para su invocación. Se cita la doctrina judicial de nuestro Máximo Tribunal Provincial: "…las nulidades absolutas no son susceptibles de confirmación por las partes (art. 1047 del CC), pues la invalidez se declara en interés de la ley, por estar afectado un interés que es más amplio que el de las partes. Así, sabemos que la compraventa de una persona es inválida, y que esta nulidad no puede ser subsanada por la confirmación que quieran hacer el vendedor y el comprador. En autos no se denuncia ninguna nulidad absoluta. Se alegó la falta de firma en una escritura, nulidad que en todo caso afecta sólo a los otorgantes del acto, y que se puede subsanar con otra escritura…" (S.C.B.A. en la causa C. 83.820 "Lotti, Atilio Carlos c/Jorge Alberto Caso S.A. s/ incidente de redargución de falsedad", sent. del 19-IX-2007).

En tal sentido, la Cámara entendió que debe desestimarse la categorización de "absoluta" que el recurrente otorga a la nulidad que se plantea debiendo analizarse y encuadrarse la cuestión dentro del campo de las nulidades "relativas". Cita los arts. 278, 279 y ccdts. del CPC; y art. 161 inc. 3 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Se sostiene así que el carácter relativo de la nulidad implica que todos los efectos que derivan de ella se encuentran supeditados a la oportuna alegación de quien se encuentre legitimado para el ejercicio de la acción. Se cita el art. 1048 del Código Civil; bajo los argumentos de Marcelo López Mesa en *Código Civil y Leyes Complementarias*, tomo II, 1era. edición, Ed. Lexis Nexis, Bs. As., 2008, pág. 294. En el supuesto de la nulidad relativa la impugnación se encuentra limitada por el art. 1048 del Código Civil a "…aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes…", esto es así, en atención a que el fundamento de la nulidad es la protección de un interés individual (argto. doct. Julio César Rivera – Graciela Medina. Directores, *Código Civil Comentado*, Ed. Rubinzal-Culzoni, 1era. edición, Santa Fe, 2005, pág. 783; Marcelo López Mesa, ob. cit., pág. 293). En una interpretación literal del precepto reseñado, que se sostiene como adecuada, se concluye inexorablemente que sólo se encontraría legitimada para plantear la nulidad de la escritura MCMT, puesto que, según alega GAN, es respecto de ella que la representación invocada por R sería deficiente. Lejos de tal proceder, MCMT no sólo no planteó nulidad alguna sino que expresamente confirmó lo actuado por R. Lo expuesto explica el fallo, sella sin más la suerte desfavorable

del planteo nulidificatorio enarbolado por GAN, evidenciándose su ausencia de legitimación (art. 345 inc. 3 del CPC). Tal situación no varía aún de considerarse una interpretación amplia de lo dispuesto por el art. 1048 del Código Civil, es decir, una exégesis que habilite el planteo de nulidad por quien detente un "interés legítimo" (conf. Julio César Rivera – Graciela Medina. Directores., ob. cit., pág. 788). Sostiene la Cámara que el "interés" de GAN en la declaración de nulidad de la escritura encuentra su explicación en su intención de inscribir con prioridad registral la aceptación de la compra del inmueble que había efectuado para éste en condominio. En otras palabras, el "interés" de GAN en dejar sin efecto la escritura de compraventa es poder efectivizar la aceptación de compra, que el bloqueo registral del certificado expedido para realizar la escritura le habría impedido y, de tal modo, erigirse como copropietario del inmueble. La Cámara entendió que la posibilidad de aceptar la compra efectuada por MCMT en la escritura del año 1983 había fenecido con anterioridad al bloqueo registral causado por el certificado expedido para confeccionar la nueva compraventa otorgada por la gestora de negocios, implicando ello que, aún de decretarse la nulidad de dicho instrumento público, la aceptación de la compra no podría realizarse.

Se explica que tal como acertadamente lo ha expuesto el *a quo*, sin que ello fuera objeto de crítica por parte del recurrente, la actuación de MCMT en la escritura de compraventa del año 1983, al adquirir parte del inmueble para GAN, debe calificarse como una "gestión de negocios", con cita de los arts. 2288, 2289 y ccdts. del Código Civil; y bajo la doctrina de Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los Contratos*, tomo I, Ed. Zavalía, 4ta., edición, Bs. As, 1997, pág. 508 y sgtes.; Natalio P. Etchegaray, "Compra de inmuebles para terceras personas", Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Prov. de Bs. As., N° 944, pág. 151/169. Siendo así, cobra especial relevancia lo dispuesto en el art. 2305 del Código Civil en tanto precepta que: "…El gestor de negocios ajenos queda personalmente obligado por los contratos que con motivo de su gestión, hizo con terceros, aunque los hiciese a nombre del dueño del negocio, si éste no hubiere ratificado la gestión…". Es decir, que el gestor -en el caso MCMT- como titular dominial del inmueble poseía amplias facultades de disposición, mientras no se produjera la ratificación de su gestión por parte de GAN (Natalio P. Etchegaray, ob. cit. pág. 157).

Es en este marco que con anterioridad a la aceptación de la compra por GAN, la gestora de negocios dispuso del bien inmueble como única titular dominial del mismo por medio de un boleto de compraventa. Ante tal proceder, se evidencia la revocación de la gestión efectuada, erigiéndose tal actuar en óbice a la aceptación de la compra que con posterioridad realizara GAN, pues mal podría este último aceptar una gestión ya revocada. Dicho de otro modo,

la disposición del inmueble por parte de MCMT invocando su carácter de titular dominial de un cien por ciento del mismo, conllevó implícitamente que quedara sin efecto la gestión realizada a favor de GAN, quien a partir de tal hito temporal se encontró impedido de ratificar tal actuación. En conclusión, encontrándose impedido GAN de ratificar la actuación realizada en su provecho, desde el momento en que la gestora dispuso del bien inmueble por el boleto de compraventa, ningún "interés" posee este último para invocar la nulidad de la escritura objetada, puesto que aún de decretarse la misma ello no haría renacer la facultad de ratificar que no ejerció en tiempo oportuno (art. 2305 y ccdts. del Código Civil).

Por los fundamentos dados, la Cámara rechazó el recurso interpuesto por el apelante y confirmó la sentencia recurrida.

Tribunal: Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, Mar del Plata, 19/03/2015, "PRVL c/NGA s/acción negatoria", Expte. 146.359 y "NGA c/PRVL s/nulidad de escritura", Expte. 157.295.

Fallo completo:
Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

Exclusión del derecho hereditario entre cónyuges. Muerte y divorcio.

La litis del fallo apelado

La cónyuge supérstite inicia la sucesión de su marido, fallecido el 14/9/2015. Atento no existir descendencia, peticiona que se cite a los progenitores del causante, quienes, por su lado, iniciaron la sucesión de su hijo que quedó radicada en el mismo Juzgado. Los progenitores del causante denunciaron la existencia de un juicio de divorcio del hijo fallecido y su cónyuge, con sentencia dictada el 14/10/2015. Así, entendieron que al haberse manifestado en dicho juicio la voluntad inequívoca de dar por concluida la relación conyugal, sostuvieron que no opera el llamado hereditario en favor de la cónyuge supérstite, peticionando que sean declarados únicos herederos. El juez de grado entendió que atento que el causante falleció con anterioridad al dictado de la sentencia de divorcio, no correspondía hacer lugar a la pretensión de los progenitores.

Doctrina judicial de Cámara

Dispone el art. 435 del CCyC que el matrimonio se disuelve, entre otros supuestos, por la muerte de uno de los cónyuges. En el caso de autos, sostiene la Cámara, al dictarse la sentencia de divorcio, el matrimonio ya se encontraba disuelto por el fallecimiento del causante, y por ello, no puede hablarse de los efectos retroactivos de la sentencia de divorcio. Ello sin perjuicio de dirimir en el proceso sucesorio la cuestión relativa a la exclusión hereditaria de la cónyuge.

Sostiene el Tribunal que con el fallecimiento de uno de los cónyuges, debe entenderse extinguida la acción de divorcio por sustracción de la materia litigiosa, sin que se justifique la prosecución del proceso con fines exclusivamente patrimoniales, puesto que nada impide que en su oportunidad el juez del sucesorio decida, en el pertinente incidente de exclusión, respecto de los derechos hereditarios derivados del vínculo disuelto por la muerte, aun valorando las pruebas existentes en el juicio extinguido (CACCC, Bahía Blanca, sala II, "A. de A., E. c. A. F., C. C.", 25/03/1986; public. en LA LEY1987-E , 478; AR/JUR/666/1986).

Las modificaciones del Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de relaciones familiares, eliminan la separación personal y lo referente al análisis de la culpa en la ruptura de la relación matrimonial, como causal para el divorcio vincular (art. 435 del ordenamiento legal citado); ello repercute notablemente en el ámbito del derecho sucesorio y más específicamente en la sucesión del cónyuge, simplificando el régimen y evitando las discusiones doctrinarias que se habían suscitado en relación a la interpretación al art. 3575 del Código Civil derogado (texto según ley 23.264).

En el nuevo ordenamiento legal, no puede invocarse ni analizarse la culpabilidad, sea cual fuere la causa de la separación. El art. 2437 del CCyC establece que el divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión judicial de cualquier tipo que implica cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre cónyuges. El artículo concuerda con el último párrafo del derogado art. 3574 del Código Civil, en cuanto a que el divorcio "vincular" decretado por sentencia judicial hace cesar la vocación hereditaria de los cónyuges y con el primer párrafo del art. 3575 del citado Código, que se refiere al cese de la vocación hereditaria de los cónyuges separados de hecho.

El fundamento de dicha exclusión radica en la idea de que el matrimonio se encuentra en forma inescindible ligado al compromiso de desarrollar un proyecto de vida en común (art. 431 CCyC); ante el quiebre de este proyecto, el matrimonio podrá disolverse a pedido del cónyuge que así lo requiera, aún a petición de uno solo de ellos (art. 437 citado). Es suficiente que la voluntad de uno de los cónyuges falte para que el proyecto de vida en común no pueda llevarse adelante y como consecuencia de ello se produzca la exclusión de la vocación hereditaria de los cónyuges; la pérdida de vocación es de ambos, porque resultan absolutamente irrelevantes las causas que

llevaron a esa separación, así como cuál de ellos tenía voluntad de unirse y cuál no la poseía. El eje para la interpretación acertada es evaluar si en el caso concreto existe o no un proyecto de vida en común.

La voluntad unilateral de uno de los cónyuges es suficiente para obtener una sentencia de divorcio. Del mismo modo una única voluntad de no reanudar la convivencia para que se produzca la exclusión de la herencia también es suficiente (conf. Lia Castells, Lucrecia Fabrizi, "La separación de hecho y la exclusión de la vocación hereditaria entre cónyuges"). En el caso resuelto, la presentación efectuada por ambos cónyuges solicitando su divorcio vincular, más allá del dictado de la sentencia, refleja su clara voluntad de no continuar con una vida en común. La separación de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges, el que configura un presupuesto del derecho hereditario conyugal que explica claramente que, ante tal hipótesis de quiebre de la unión matrimonial, no opere el llamamiento hereditario (CNCiv, Sala A, 6/5/2009, LL del 31/3/2010, pág. 5, con nota de Néstor E. Solari; DFyP 2010 (mayo), pág. 128, con nota de Alejandra Massano, Eduardo G. Roveda; DFyP 2010 (abril), pág. 126, con nota de Graciela Ignacio, AR/JUR/15209/2009; CNCiv., 2/10/1990, LL 1991-D-418, citado en dictamen 50.170 del fiscal de Cámara, Dr. Carlos R. Sanz, del 28/5/2001; CNCiv., sala E, 22/8/2007, DJ Online, AR/JUR/4876/2007; CCCom. Minas Paz y Trib. Mendoza, 9/11/2010, DFyP 2011 (mayo), pág. 164, con nota de Graciela Medina, AR/JUR/76675/2010; CNCiv., sala M, 14/6/2012, el-Dial.com AA 7824, del 30/7/2012).

Tribunal: Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil y Comercial, San Isidro, 13/09/2016 "MSJ s/sucesión *ab-intestato*", Expte. SI-40535-2015 (J. 15).

Fallo completo:
Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

Cesión de derechos hereditarios por cesionarios no herederos. Su inscripción en el registro inmobiliario.

La litis del fallo apelado

El causante, Primitivo S., otorgó testamento protocolizado por el que instituyó herederos a sus hermanos Julia S., Aurelio S., Antonio S., Adela S., Avelina S.

y su concubina María Cristina Ibarra C. como el mismo la denominara en el acto de testar. Julia S. cedió los derechos hereditarios a sus hijas Ana María H. y María Concepción H., y a sus nietos María Isabel H., Carolina H. y Sebastián H. (estos tres últimos hijos de Julián Angel H., también hijo de Julia). Todos estos cesionarios ceden a su vez los derechos a favor de Daniel R. Aurelio S., cedió los derechos a favor de María del Carmen S. y ésta a favor de Daniel R. Antonio S. cedió a sus hijos Alicia María S. y Alberto Máximo S. y la primera ésta a favor de Daniel R. Alberto Máximo S. falleció el 18/10/2013, siendo declarados herederos sus hijos Eduardo Antonio, Atalia Mirela y Amanda Micaela S. quienes ceden sus derechos también en favor de Daniel R. Adela S. cedió sus derechos a favor de Daniel R. Avelina S. cedió sus derechos a favor de su hijo Daniel R.

Fue ordenada la inscripción de la cesión de derechos realizada por Avelina S. en favor de su hijo Daniel R. y, también, la realizada sólo respecto de los derechos y acciones cedidos por la heredera Adela S. La sentencia denegó la inscripción de las restantes cesiones por haber sido realizadas por cesionarios no herederos y, además, porque debieron hacerse conforme las reglas de compraventa, citando el art. 1123 del CCyC. Esta resolución fue apelada por el cesionario Daniel R., por intermedio de su letrado por vía subsidiaria de la revocatoria denegada.

Doctrina judicial de Cámara

Sostiene la Cámara que en el caso de autos no caben dudas de que, estando regidas las cesiones de derechos hereditarios por los arts. 1184 del Código Civil derogado y 1618 del Código Civil y Comercial, se trata de normativa de fondo, debiendo decidirse la cuestión por el Código Civil (causa de esta Sala nº 30.430, reg. sent. int. 201 del 10/5/2016).

Señala la Alzada que la cesión de derechos hereditarios es el contrato en virtud del cual un heredero transmite a un tercero todos los derechos y obligaciones patrimoniales, o una parte alícuota de ellos, que le corresponden en una sucesión. Es una estipulación mediante la cual el heredero transfiere a otra persona los derechos y obligaciones que le corresponden en la sucesión (causa 36.472 reg. sent. Int nº 266 del7/6/2016).

Por este contrato no se cede el título o condición de heredero, el cual por su naturaleza es intransferible (art. 1445 del Código Civil). Solo se transmiten los derechos y obligaciones de contenido patrimonial que en virtud de aquél carácter le corresponden en un sucesorio determinado y abierto (Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, "Sucesiones", Perrot, 1975, Tomo I, pág. 555; esta Sala, causa nº 5.430-7).

La ley 17.801, en el último párrafo del art. 16, autoriza a los herederos a registrar conjuntamente y en un mismo acto la escritura de venta y la declaratoria, sin necesidad de que se inscriba primero esta última y luego la enajenación del bien al establecer que "...el documento deberá expresar la relación de los antecedentes del dominio o de los derechos motivo de la transmisión o adjudicación, a partir del que figure inscripto en el Registro, circunstancia que se consignará en el folio respectivo...". El decreto 2080/80, reglamentario del art. 16 de la ley 17.801, arroja claridad a la norma, soslayando cualquier duda al respecto, toda vez que reza: "Cuando se utilice la modalidad de tracto sucesivo abreviado en los casos contemplados en los incisos a) y b) del artículo 16 de la Ley N° 17.801 y sus modificatorias, deberá resultar: a) que se ha dictado declaratoria de herederos o aprobado el testamento y que se ha ordenado la inscripción" (la misma Sala, causas N° 88.048, 30.626-2011, entre otras).

El art. 16 citado, amén de referirse al supuesto en que los herederos transmiten, prevé la posibilidad de que lo hagan también sus sucesores. Estos sucesores podrán ser tanto herederos de los herederos como cesionarios de los herederos. Igual ocurre en los casos de haber existido cesiones de herencia, pues si la regla general es que todo derecho puede ser cedido, tal como dispone el art. 1444 del Código Civil, los derechos hereditarios no constituyen la excepción, igual que los que correspondieren al cónyuge como socio de la sociedad conyugal (Gabriel B. Ventura, *Tracto abreviado registral*; Hammurabi, 2005, pág. 224).

Concluye también el autor que no interesan cuántas transmisiones se hayan efectuado extrarregistralmente ni las figuras jurídicas utilizadas para efectuar dichas modificaciones jurídico-registrales. Tampoco cuál fuere el motivo de adquisición *mortis causa*. Siempre que las mutaciones no registradas accedan todas juntas al Registro, deben ser inscriptas sin que ello sea incumplimiento del tracto sucesivo ni se perjudique interés de tercero alguno (obra citada pág. 184/185).

Todo esto llevó al Tribunal a interpretar que no existe valladar alguno para que sea ordenada la inscripción de las cesiones efectuadas por los cesionarios, debiendo revocarse lo decidido, disponiéndose su inscripción una vez comprobados los recaudos necesarios para ello.

Empero, marcó la diferencia con el caso de la cesión de derechos efectuada por Eduardo Antonio S., Atalia Mirela S. y Amanda Micaela S., hijos de Alberto Máximo S., cesionario a su vez de su padre Antonio S., quienes ceden sus derechos en favor de Daniel R. Esta cesión, entendió la Cámara, no puede ser inscripta; reparando que el padre de los cedentes Alberto Máximo S. no cedió los derechos a sus hijos, por lo cual éstos no tenían derecho alguno en este sucesorio para ceder (art. 3270 del Código Civil). Y en este caso los

derechos que su padre Alberto posee en la sucesión del causante de autos Primitivo S., adquiridos por la cesión de Antonio padre de Alberto y heredero de Primitivo, deberán ser transmitidos o cedidos en el sucesorio de Alberto.

Tribunal: San Isidro, 31 de agosto de 2016, autos "S. Primitivo S/ Sucesión Testamentaria". Expte: Si-782-2009 (J. 1).

Fallo completo:
Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

Reducción. Simulación. *Onus probandi*. Restitución en especie

La litis del fallo apelado

Los actores promovieron demanda "por simulación y/o fraude y/o inoponibilidad y/o reducción de donaciones inoficiosas" respecto de la constitución de la SRL demandada, la cesión de derechos hereditarios en favor de un codemandado por el causante, la compraventa de un inmueble (residencia del causante) y la adquisición de unos vehículos.

El Sr. Juez de grado dicta sentencia y declara simulada e inoponible una cesión de derechos y acciones hereditarios instrumentada por escritura pública, una compraventa instrumentada por escritura pública, y también declara simulada la interposición de socios e inoponible la personalidad jurídica de una sociedad comercial. Ordena la reducción de la donación encubierta en cada acto y manda a satisfacer la legítima hereditaria, calculando el valor de los bienes en la masa hereditaria. Y, en el supuesto de excederla, dispone la restitución de los valores para dejarla a salvo.

Doctrina judicial de Cámara

Preliminarmente, la Cámara sostiene que la acción de reducción es aquella que se otorga a los legitimarios en orden a proteger la porción indisponible que les hubiera correspondido en el caudal relicto del causante. Aplica los arts. 3600 y 3601 del Código Civil, en función de la fecha de fallecimiento del causante, conforme al art. 7 CCyC. Completa el concepto expresando que el heredero forzoso

cuenta con una acción que tiende simultáneamente a complementar su legítima reduciendo a la par aquello que el causante haya donado -sea a otros herederos o a terceros- en desmedro de aquella parte indisponible (conf. art. 1832 CC).

Explica el sentenciante que la acción de reducción es igualmente pertinente para proteger la legítima defraudada por aquella actividad del causante que, enmascarada en actos jurídicos aparentemente lícitos provoque, en definitiva, una lesión a esa porción indisponible, disminuyéndola o directamente haciéndola "desaparecer". Aclara que si bien estos actos no necesariamente implican una donación (encubierta o no bajo un acto oneroso simulado), al dañar la porción indisponible, resultan materia de tutela legal por la vía intentada. Cita a Luis Ugarte en "Apuntes doctrinarios y jurisprudenciales de la acción de reducción" cita online: AP/DOC/921/2013, donde, entre otros casos se refiere a la cesión de derechos y la constitución de sociedades en fraude a la legítima.

El acto más reciente a la apertura del sucesorio fue la cesión que el causante efectuó en favor de uno de los codemandados, cuyo objeto fueron los derechos hereditarios que le correspondían en la sucesión de sus padres. Dicha cesión fue formalizada por escritura pública en el mes de agosto de 2008. En los autos se demandó simulada dicha cesión onerosa y en consecuencia se la calificó de donación inoficiosa susceptible de reducción, pretensión admitida en primera instancia.

La prueba de la simulación. La Cámara vierte su doctrina sobre el tema, y cita: "Difícilmente los terceros puedan presentar prueba directa de la simulación cuya existencia permanece, por lo general, en la oscuridad, en el más estricto silencio, y sólo es conocida por quienes son partes del acto simulado. A partir de esos datos insoslayables de la realidad cotidiana la doctrina y jurisprudencia aceptan que pueda demostrársela por cualquier medio de prueba, aún indirecto, como son las presunciones. La doctrina expuesta cuenta con apoyo legal en los arts. 3741 últ. pte. y 1191 del CC ("cuando la cuestión versare sobre los vicios de... simulación... son admisibiles los medios de prueba designados..." en directa referencia al art. 1190). En ese orden: "las presunciones, son por lo general, el único medio de prueba con que cuentan los terceros para sacar a la luz y desbaratar las tortuosas maniobras que en su perjuicio son instrumentadas, no pocas veces sin asesoramiento jurídico por quienes acuden al fraude (C.C.1ª. Sa.3ª. LP 210952 RSD-209-92 S 16-7-1992 del voto del Dr. Roncoroni, 'Castillo de Moriones c/Moriones de Mariñelares s/Nulidad')".

Sostiene así que el *onus probandi*, en definitiva, recae sobre el reclamante, regla que carece de rigidez en el caso de los terceros no partícipes en el acto simulado, donde rige una gran amplitud probatoria, jugando las presunciones y los testigos un rol importante. Sostiene: "Esas presunciones se vinculan con las relaciones que unen a las partes (parentesco, amistad íntima, concubinato, parientes de quienes integran la unión de hecho, trato diario o frecuente, relaciones comerciales o profesionales, etc.), con la capacidad económica del que adquiere, o cuando el enajenante se desprende

de todos sus bienes, o ante la inminencia de un embargo o ejecución, o si se declara haber recibido el precio con anterioridad al acto escriturario no existiendo boleto ni precontrato, o si la venta tiene un precio vil, etc. Las presunciones, como exigen los códigos de procedimiento, deben ser: precisas, graves y concordantes, fundándose en los hechos reales y que, por su número, según la naturaleza del juicio aplicándosele las reglas de la sana crítica, lleven convicción al juez (C.C. 1 SM 52963 RSD-310-3 S 26-6-2003, 'Guerrero, Carlos C. c/Calvo, Elsa y otros s/Acción por simulación')".

La sociedad comercial como negocio en fraude a la legítima. Para este supuesto, sostiene la Cámara: "Para el caso específico la doctrina ha dicho que el negocio en fraude a la ley, con relación a la legítima de los herederos forzosos, es 'todo acto jurídico que encubre bajo una apariencia de licitud una causa final, un móvil, ilícito: la sustracción del patrimonio de bienes que, de encontrarse en él a la época del fallecimiento, integrarían el acervo hereditario.' (Zannoni, E. *Derecho de las sucesiones*, T. 2, págs. 206/207; Ed. Astrea, 2001)". Siguiendo a este autor, indica el sentenciante "... que otro medio de sustraer bienes del patrimonio es crear un nuevo patrimonio, se entiende, bajo una apariencia que no advierta la maniobra....."; también cita a Natale: quien "...señala esa posibilidad y distingue diversos supuestos entre los que destaca la "Constitución totalmente ficticia de la sociedad, configurándose una simulación absoluta", supuesto que contempla la posibilidad de socios no legitimarios, es decir terceros, tal como se denuncia en autos.

Se citan las IX Jornadas de Derecho Civil (Mar del Plata, 1983): "el artículo 54, última parte, de la ley 19.550 -texto dispuesto por la ley 22.903- comprende los casos en que el causante ha concurrido a la constitución de sociedades comerciales, o ha utilizado sociedades comerciales ya formadas, para sustraer bienes de su patrimonio en fraude a la legítima de todos o algunos de sus legitimarios. Dicha norma es también aplicable a los casos en que el causante ha dado forma societaria a una explotación económica que se realizaba con anterioridad en forma personal cuando, de las circunstancias del caso, resulta que la constitución de la sociedad no ha alterado las condiciones de la explotación, no se ha realizado para la obtención de capitales necesarios para ampliar, extender, mejorar o diversificar dicha explotación, y cuya finalidad ha sido la de sustituir los bienes por acciones o participaciones societarias en detrimento del derecho de los legitimarios de recibir su legítima en especie (arg. art. 3598 CC)...".

La *causa simulandi*. Trae el fallo doctrina legal antigua y consolidada: "...el acuerdo simulatorio puede ser acreditado por cualquier medio de prueba, directo o presuncional, máxime cuando quien acciona es un tercero ajeno al acto simulado (C. 106.335, sent. del 13-VII-2011), pues en estos casos se toman con tiempo las precauciones necesarias para ocultar el acto y se borran los rastros que él pudiera dejar para desvanecer todo elemento probatorio (conf. Ac. 74.459, sent. del 29-IX-2004). No es indispensable para declarar la simulación de un acto la existencia de *causa simulandi*

(conf. Ac. 79.157, sent. del 19-II-2002; C. 106.335, sent. del 13-VII-2011)". Cita el fallo SCBA, Ac. 115.276 del 27/11/2013.

Concluye así que la *causa simulandi* cobra entidad en el área de la prueba de la impostura y su acreditación fortalece la acción de los terceros pero en sí la ausencia de tal acreditación no impide, por otros medios, llegar a la convicción de que la simulación acusada existió (v. Cifuentes, Santos. *Negocio Jurídico*, §276, págs. 532/535, Astrea, 1994).

Bajo dichos parámetros, consideró la Cámara: "...son numerosos los indicios concordantes que muestran que la SRL era una pantalla, una herramienta para la actuación encubierta del causante quien estando impedido de titularizar la explotación recurrió a la cobertura de la sociedad, donde tanto su sobrino como su conviviente conducían formalmente el ente dando así mayor seguridad al manejo (...) cabe concluir que la SRL importó ese medio para infringir la ley (en el caso la legítima) que prescribe la normativa societaria y en consecuencia cabe estimarla inoponible a los actores, imputando así los bienes de los que la sociedad aparece como titular, hasta la fecha de fallecimiento del causante, como de propiedad de éste y por ende sometiéndolos a la consiguiente reducción, conforme la pretensión actoral y atención a la normativa que he citado hasta aquí...".

La restitución en especie de los bienes cuya reducción se demanda. Cita la Cámara conocida doctrina y jurisprudencia que sostiene: "...si bien el cálculo de la legítima -conforme referimos antes- se hace en torno a valores, la efectivización de la reducción tiene naturaleza real, esto es deben reintegrarse al acervo los bienes que permitan completar la legítima...". E introduce como elemento de análisis la dirección normativa del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: "...Se suma a ello que el actual Código Civil y Comercial -si bien inaplicable al presente- se inclina igualmente en el sentido de la restitución en especie (v. art. 2454 CCyC) por lo que la interpretación que se propugna guarda coherencia en nuestro sistema de derecho privado (...) En el único aspecto que la doctrina es divergente es en el relativo a la existencia de una facultad en cabeza del beneficiario del acto objeto de la reducción en orden a desinteresar a los legitimarios, pagando el valor de la legítima afectada y conservando el bien. Sin embargo esa posibilidad no fue planteada, por lo que tal cuestión no debe ser atendida (art. 272 CPCC)...".

Se confirmó parcialmente la sentencia de grado en cuanto admite el progreso de la acción de reducción entablada.

TRIBUNAL: Cámara de Apelaciones en Civil y Comercial de Necochea, 12 de septiembre de 2017, autos "BPG y otro c/SII y otros s/acción de reducción", expte. 10.649, Reg. 95.

Fallo completo:
Consulte este Fallo completo ingresando en el buscador web de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (www.scba.gov.ar/jurisprudencia/ActualidadPBA.asp)

FALLO

FECHA DE TESTAMENTO OLÓGRAFO

Tribunal: Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín
Autos: "Sanguinetti Ibar Agustín s/ sucesion testamentaria y *ab-intestato*". N° Orden: 284. Libro de Sentencia n°: 58. Expte. n°: JU-1235-2016
Fecha: 28 de diciembre de 2017

En la ciudad de Junín, a los 28 días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, se reúnen en Acuerdo Ordinario los Señores Jueces de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, Doctores RICARDO MANUEL CASTRO DURAN, GASTON MARIO VOLTA Y JUAN JOSE GUARDIOLA, en causa n° JU-1235-2016 caratulada: "SANGUINETTI IBAR AGUSTIN S/ SUCESION TESTAMENTARIA Y AB-INTESTATO", a fin de dictar sentencia, en el siguiente orden de votación, Doctores: Guardiola, Castro Durán y Volta.

La Cámara planteó las siguientes cuestiones:

1a.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

2a.- ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A LA PRIMERA CUESTIÓN, EL SEÑOR JUEZ DR. GUARDIOLA, DIJO:

I.- La Sra. Jueza de Primera instancia Laura S. Morando a fs. 208/209 dicta resolución por la que rechaza el pedido de invalidez del testamento ológrafo agregado, que formularon los parientes del causante Ibar Agustín Sanguinetti a fs. 193.

Apelada dicha resolución a fs. 223 y concedido el recurso en relación se allega el memorial que corre a fs. 253/263. En prieta síntesis se insiste en el pedido de nulidad por la falta del requisito de fecha en el mismo, solicitando se revoque con costas aquella resolución.

Ejerció a fs. 266/269 su derecho a réplica resistiendo la impugnación el Dr. Gutiérrez en representación de quien aparece como instituida heredera en el mismo Sra.

Maicas Porras.

Elevadas las actuaciones a este tribunal, recabada la documentación reservada y conferida vista al Sr. Fiscal General quien se expide a fs. 281, se está en condiciones de resolver (arts. 246 y 270 del CPCC).

II.- El requisito de la fecha en los testamentos ológrafos ha sido regulado por los arts. 3639, 3642 y 3643 del Código Civil de Vélez y por el art. 2477 del nuevo ordenamiento sustantivo.

Veamos cómo se ha interpretado el mismo en la doctrina y jurisprudencia, además de algunas breves referencia al derecho comparado.

A) Doctrina

*** José Olegario Machado** ("Exposición y Comentario del Código Civil Argentino" T° IX, Buenos Aires, ECYLA, 1922, pág. 504 y ss.): "Tres condiciones son esenciales en esta forma y cualquiera de ellas que faltare, anularía el testamento: 1. debe ser escrito todo entero por el testador; 2. debe ser fechado; 3. debe ser firmado por el testador... La fecha dice Ricard, sirve de luz y de brújula para descubrir lo que hay de vicioso en el testamento, y agregaríamos nosotros, que la fecha es de absoluta necesidad, para juzgar de la capacidad o incapacidad de hecho del agente en el momento de otorgarlo, y también para determinar cuál es el último, en caso de existir varios testamentos ológrafos... (día, mes y año) deben llenarse y sería nulo el testamento en que faltare una de ellas; pero debe tenerse presente que no hay necesidad de consignarlas en la forma del calendario, pues bastaría enunciaciones perfectamente equivalentes: ...hecho en el día de la natividad del año 1901... fecho en el día y año en que el Presidente tal tomó el mando (...) bastaría para su validez, el que se encuentren en el instrumento mismo los elementos necesarios, para que se pueda determinar. Así se podrán indicar fechas o acontecimientos públicos, conocidos, aún de familia, siempre que consten en documentos públicos, como por ejemplo, el día de muerte de mi padre, o el del nacimiento de mi hijo tal; porque esas fechas son ciertas y se encuentran consignadas en el registro civil. No es, pues, exacto, como algunos lo sostienen, que por fecha debe entenderse la indicación del día, mes y año, pues en el testamento ológrafo, el testador está autorizado para sustituirla con otra cierta: lo que no sería permitido en las escrituras públicas".

*** Baldomero Llerena** ("Concordancias y Comentarios del Código Civil Argentino", 3° Edición, T°X, Bs.As, Libreria y Editorial "La Facultad"- 1931, pág. 31): "La fecha es prescripta bajo pena de nulidad para toda clase de testamentos (artículos 3639, 3657 y 3666): la razón es que es indispensable conocer la fecha para saber si el testador era o no capaz de testar en ese tiempo. ...La falta de fecha en el testamento no puede suplirse por otras pruebas que acrediten la fecha en que se hizo el testamento, pues es indispensable que en el testamento ológrafo se ponga por el mismo testador

y en el público, el escribano autorizante. Otra cosa es la fecha incompleta (artículo 3643)".

*** Lisandro Segovia** ("El Código Civil de la República Argentina. Su explicación y crítica bajo la forma de notas", T°II, Bs.As., Librería y Editorial "La Facultad", 1933, pág. 599) entiende que: "La fecha es de gran importancia, para juzgar de la eficacia del testamento, no sólo en lo que respecta a la observancia de las formas (ver el art. 3627) y a la capacidad del testador (arts. 3613, 3615 a 3617, 3678 y 3686), sino también a la eficacia del acto (ver los arts. 3828 y 3691), su integración o alcance, su subsistencia o revocación (art. 3830), y a la violencia, dolo o falsedad que en su confección haya podido intervenir. Es, pues, perfectamente justificada la exigencia de la fecha, con más razón que en el testamento por acto público (art. 3559), y nos extraña que haya jurisconsultos que la desaprueben, sin duda porque las leyes romanas no lo hacen".

*** Eduardo Prayones** ("Nociones de derecho Civil- Derecho de sucesión", Editorial Ciencias Económicas, Buenos Aires, 1957, págs. 347/351) explica "La fecha es el momento de tiempo en el cual ocurre un acto. Prácticamente para individualizar ese momento se pone el día, mes y año: 16 de septiembre de 1915. Esta es la fecha, y si se quiere puntualizar aún más, se agrega la hora. Pero nuestro Código no ha considerado necesario la indicación de la hora: exige solamente, como fecha, la expresión del día, mes y año. Al analizar la fecha de un testamento ológrafo se pueden presentar varias cuestiones.

En general se hace uso de la designación del calendario, siguiendo la costumbre habitual, pero no es de extremo rigor ni de absoluta necesidad que así sea. Las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento no es indispensable que sean según el calendario: pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha de testamento (art. 3642). Así, puede ponerse: el viernes santo, el año nuevo, el día de pascua, etc., de tal o cual año. Lo único que la ley requiere imprescindiblemente es la determinación precisa del momento en que se ha hecho el testamento.

(...) La fecha puede ser también incompleta, si le falta alguno de los elementos que deben constituirla; por ejemplo, si se escribe solamente el mes y el año: septiembre de 1915. Un testamento fechado así, sin indicación del día, ¿es válido? ... La doctrina se ha bifurcado. Unos creen que debe sujetarse estrictamente al texto de la ley, y que, por lo tanto, el testamento no es válido, porque le falta uno de los requisitos esenciales: la designación del día.

Otros autores sostienen que la interpretación debe ajustarse a la finalidad a que obedece la disposición legal. ¿Que objetivo persigue la ley al exigir la fecha en el testamento? Determinar si el que testa tiene capacidad para ello, es decir, si es mayor de 18 años, si estaba o no en su sano juicio, y, de haber varios testamentos, cuál es el válido, porque el posterior anula al anterior.

Pero, dicen, si la fecha no comprueba la capacidad, por ser evidente -como si se trata de una persona de 40 años, en su sano juicio- y existe un solo testamento,

la falta de algunos de esos elementos no debe invalidarlo, porque no se perseguirá objeto práctico alguno.

Sin embargo, los Tribunales han resuelto la cuestión en forma negativa; y esta es la solución aceptable. En materia testamentaria no se puede aplicar el principio general de la interpretación positiva y de la finalidad de la ley. Todo es cuestión de forma, y la ley es, con justa razón, sumamente exigente en cuanto a las formalidades que requiere para la validez de la disposición testamentaria (...) ...si se trata de una fecha equivocada o incompleta, puede ser considerada suficiente cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador y existen en el testamento mismo enunciaciones o elementos materiales que fijan la fecha de manera cierta. El juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen la fecha, y admitir las pruebas que se obtengan fuera del testamento (art. 3643)...".

*** Julio Dassen**, comentando un fallo de la Cam. Civil 1a de Capital del 27/7/1937 "Disnan Pedro Luis c/ Disnan Ruggero (suc) que dispuso la nulidad de un testamento que solo contenía el mes y el año (en La Ley To. 8 pág. 1036 y ss.) explica: "La lectura de los textos -se refiere a los arts. 3639 y 3642- no debió provocar duda sobre lo que se entiende por fecha. El codificador recalca en el segundo de los textos transcriptos que las referencias al momento en que se redacta el testamento es menester "que fijen de una manera precisa la fecha" Además las palabras con que comienza ese mismo texto son terminantes "las indicaciones del día, del mes y año en que se hace el testamento...". Pero hay más. Si la fecha que estampa el testador de acuerdo al calendario es incompleta, como por ejemplo si omite el día, el testamento es nulo, a menos que ello sea "el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador y existan en el testamento mismo, enunciaciones o elementos materiales que fijen la fecha de una manera cierta" (art. 3643 del Cód. Civil). Luego pues, la fecha incompleta resta validez al testamento, salvo que medien las circunstancias expresadas en el art. 3643.

Finalmente es bueno recordar lo expresado por el doctor Vélez en la nota al art. 3622: "las formalidades testamentarias no son prescriptas como prueba sino como una forma esencial, y la falta de una sola forma anula el testamento". Opone luego a la cita de M. Coin Delisle que contiene la nota al art. 3642 y que en Francia sostuvo que la falta del día no impide la validez del testamento si no median razones de incapacidad u otro testamento, la de los otros autores Aubry y Rau, Troplong y Toullier que cita conjuntamente y que adversos a esa opinión y la categórica de M. Demolombe a quien se cita en la del art. 3650. Finaliza destacando que el CCivil alemán en su art. 2031 y el suizo en el art. 505 exigen esa fecha en forma completa, al igual que el Proyecto de 1936 en sus arts. 2033 y 2035.

***Héctor Lafaille** (Curso de derecho civil (sucesiones), T° segundo, 1933, Biblioteca Jurídica Argentina) en nota 25 pág. 233 donde establece la importancia de consignar la fecha dice "Por eso la omisión de la fecha en el testamento ológrafo anula su contenido" y en pág. 234/5 refiriéndose a la disposición del art. 3643 de fecha equi-

vocada o incompleta expresa "este es uno de los pocos casos en que un requisito de forma puede ser suplido por medio de otras pruebas". Ya no se trata propiamente de la solemnidad misma diremos así porque la fecha se da por asentada de puño y letra del testador; pero, tan solo, de completarla y en la nota 27 "si expresando el testamento el mes y el año no determina el día ni contiene enunciaciones que sirvan para precisarlo, corresponde la nulidad".

*** Juan Antonio Bibiloni** ("Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino" Ed. Valerio Abeledo 1931 T° IV pág. 434 y ss): "Es, pues evidente que el testamento no está hecho aunque esté escrito y firmado. Le falta una solemnidad todavía. Es, hasta ese momento, un proyecto. Se concluye el día en que ha sido completado con la fecha. Si es así, y no existe duda de que lo es en nuestro Código, la fecha puede ser puesta cuando el testador haya definitivamente resuelto lo que entiende ser su expresión de voluntad. Fecha cuando quiere. Firma cuando también lo quiere... No hay testamento sin fecha. Hay proyecto solamente hasta que se pone, por firmado que esté antes. La fecha ha hecho el testamento. Existe desde que se ha puesto", lo que no le impide sostener que una fecha antedatada o postdatada intencionalmente, en tanto no sea fraudulenta no torna inválido el testamento "si hay incapacidades o captaciones no es con esa casuística que se impedirán. En toda hipótesis pueden ser demostradas".

*** Luis De Gásperi** ("Tratado de Derecho Hereditario", T° III, Parte Especial, TEA, Buenos Aires, 1953, pág. 272/274): "Estatuido por el artículo 3639 que la validez del testamento ológrafo se subordina al concurso de tres requisitos: 1° estar escrito todo entero; 2° fecha y 3° firmado por la mano misma del testador, y que la falta de cualquiera de estas formalidades lo anula en todo su contenido, torna de evidencia que el testamento sin fecha no es tal, sino cualquier cosa, como por ejemplo un proyecto de testamento. Los doctrinarios franceses: Merlin, Toullier, Duraton, Marcadé, Troplong, Demante, Demolombe, Zachariae, Aubry y Rau, etc., enseñan a este propósito que la omisión de la fecha con indicación precisa del día, del mes y el año de su otorgamiento, torna nulo el testamento ológrafo, siquiera puedan ser enunciados por expresiones equivalentes a las del calendario, como por ejemplo, si dijese que se le otorga "el viernes santo de 1951" o en "la Navidad de 1951" o en "el aniversario de la batalla de Boquerón de 1951", porque en supuestos tales, la fecha no sería incierta". Cita luego un caso de la jurisprudencia francesa en que se había omitido la data y señala "En el caso excepcional de que se trata parece más justo que ofreciendo el propio testamento medios de reparar el error o la omisión del testador, se le confiera validez. Otra sería la solución si los elementos de juicio fuesen extrínsecos. Cuando por simple inadvertencia del testador la fecha fuese errónea o incompleta y sus propias disposiciones contuviesen indicaciones o elementos materiales idóneos para rectificarla y fijarla de una manera cierta y necesaria, juzgan Aubry y Rau que puede considerárselas suficientes. Aunque acogida por Vélez esta doctrina en el artículo 3643, la alteró, involuntariamente, sin duda, al final del mismo precepto, al autorizar la admisión de

pruebas extrínsecas o sea obtenidas fuera del testamento, contrariamente a lo enseñado por aquellos autores, de donde viene que Bibiloni sugiriera su modificación. ...La enmienda propuesta por el autor del Anteproyecto mira a substituir la parte final del artículo por esta otra oración "puede el juez, para apreciar el valor y fijar el verdadero significado de las enunciaciones del testamento rectificativas de la fecha, recurrir a pruebas obtenidas fuera del testamento. Así las pruebas externas serían admitidas sólo para interpretar las enunciaciones del acto. La Comisión hizo suya esta ponencia en el artículo 2036 de su Proyecto".

*** Juan Carlos Rébora** ("Derecho de las Sucesiones", 2° Edición, T° Segundo, Edit. Bibliográfica Argentina, N° 489 pág. 285 y ss.). No obstante señalar su posición en el sentido de que la exigencia de una fecha como requisito del testamento ológrafo, no debiera ser postulada como un hecho inexorable, explica que el día mes y año pueden ser reemplazados "por enunciaciones perfectamente equivalentes que fijen de una manera precisa la fecha del testamento" y que "no lo estaría si faltase totalmente la indicación del día o se hubiesen indicado en alternativa dos días y se hubiese escrito sobre raspado y enmendado en términos confusos, ni lo estaría si faltase la indicación del año, o si en vez de aparecer la indicación del año, de puño y letra del testador, sólo existiese una filigrana timbrada, corriente entre los dispositivos postales" y agrega que alguna deficiencia en la expresión de los elementos podrá ser completada por los jueces "con la ayuda de menciones intrínsecas del testamento, cuando tales menciones les permitan restablecerla con certidumbre, haciendo aparecer de una manera precisa el día, el mes y el año en que el testador ha redactado su acto testamentario".

*** María E. Itzigsohn de Fischman** (Enciclopedia Jurídica Omeba, T° XXVI, Edit. Bibliográfica Argentina, pág. 168) enseña: "De acuerdo a lo que establece el artículo 3639 del Código civil, el testamento ológrafo debe estar fechado; en caso contrario se lo puede considerar nulo. Esta exigencia no es de una mera fórmula y responde a dos motivos que tienen gran importancia para determinar la autenticidad de la voluntad del testador" (su invalidación por otro testamento y la capacidad del testador). "La fecha se expresa por lo general con indicación del día, mes y año, pero también se la considera válida cuando se la suple por otro tipo de enunciaciones que, por su precisión, proporcionan la misma certeza. Sucedería así, por ejemplo, si se fechara un testamento diciendo que ha sido redactado el día de Navidad de determinado año. El artículo 3643 del Código Civil contempla los casos de testamentos ológrafos con fechas erradas o incompletas y dice que las mismas pueden ser consideradas suficientes siempre que el vicio que presenta el documento sea el resultado de una simple inadvertencia del testador y que en el testamento mismo figuren enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. En estos casos el juez puede apreciar las enunciaciones que rectifiquen o complementen la fecha, así como admitir las demás pruebas complementarias que puedan obtenerse".

*** Santiago Fassi** ("Tratado de los Testamentos", Vol. 1, Astrea, 1970, pág. 144 y ss.): "En el antiguo derecho francés, la fecha no constituía una de las solemnidades del testamento ológrafo. Recién cobró valor en la Ordenanza de 1735 que exigió la fecha, integrada por el día, mes y año. Desde entonces la eficacia del testamento dependió de encontrarse fechado, no siendo suficiente una fecha incompleta, por falta de uno o dos de sus enunciados. Pero el art. 970 del Código Napoleón no estableció expresamente que la fecha estaba integrada por el día, mes y año. La doctrina subsiguiente arguyendo que el lenguaje usual considera que la fecha requiere esas enunciaciones, mantuvo la exigencia tal como había sido consagrada por el derecho anterior. La aclaración de que la fecha está compuesta por el día, mes y año ha sido expresamente enunciada en algunos códigos posteriores al francés.

El art. 3639 argentino, no contiene igual previsión, pero ha seguido indudablemente el modelo francés, y debe entenderse como los códigos que fueron más explícitos, dado que el art. 3642 dispone: las indicaciones del día, mes y año, en que se hace el testamento, no es indispensable que sean según el calendario; pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento. Hay, según esta disposición, una manera precisa de fechar el testamento. Consiste en la enunciación del día, mes y año o el uso de términos perfectamente equivalentes, es decir, que individualicen un día de determinado mes y año. Así lo aclara Vélez Sarsfield con un ejemplo: "Como si el testador escribiese: firmado el Viernes Santo de 1869". Este es un determinado día de determinado mes y año del año 1869.

Cita además como fuentes a Aubry y Rau, Troplong y Duranton, quienes coinciden en que la formalidad del testamento denominada fecha, consiste en la enunciación del día, mes y año. Finalmente, confirma nuestra tesis de rigurosidad de la prueba para completar la fecha incompleta (art. 3643): "(…) erigida en solemnidad, no puede prescindirse de la fecha completa, aun cuando no se invoque en el caso concreto alguna de las circunstancias que la tornan particularmente útil".

*** Héctor R. Goyena Copello** ("Tratado del derecho de sucesión", Ed. La Ley, 1974, T° II, pág. 71 y ss.) apunta "La fecha no es exigida por simple tradición histórica, o en última instancia ésta no la ha incorporado como requisito del testamento ológrafo porque sí" y entre las razones que enumera hacen a su importancia agrega a las ya dichas si el testamento ha sido revocado por el casamiento del testador o si el objeto legado fue enajenado con posterioridad revocándose la manda. Más adelante, con cita de Fornieles y Borda añade "la doctrina es partidaria de la simplificación del rigorismo en la enunciación de la fecha so pena de 'prescindir de la voluntad del testador y arrebatar los bienes a su verdadero dueño para dárselos

a quien el causante no quiso que pasaran'. Pero sin pretender disentir con todas las opiniones que hasta hoy se han alzado para avalar la admisión amplia de pruebas, consideramos que una cosa es probar la verdadera fecha, y otra suplir lisa y llanamente una omisión del testador. El artículo 3642 es lo suficientemente claro como para pretender sostener que la fecha no se compone de día, mes y año…".

*** Darío Luis Hermida** ("La fecha en el testamento ológrafo", La Ley, 1977-D, 973, comentando el fallo de la CNCiv. Sala F que luego se cita): "la solución a la que arriba el tribunal puede juzgarse original, creadora de derechos en una actitud valiente de los jueces que la dictaron, pero es innegable que se encuentra en abierta oposición a los términos expresos de la ley a pesar de las circunstancias invocadas, que a nuestro juicio no alcanzan a justificar esa violación abriendo por otra parte el camino a situaciones que justamente la ley ha querido prevenir y evitar". En sentido contrario se pronuncia Julio I. Lezana" ("La validez del testamento ológrafo sin fecha", JA 1977-III-223) considerando acertada y meritoria la doctrina contenida en ese fallo.

*** Graciela Medina** ("Nulidad de testamento", Ediciones Ciudad Argentina, pág. 194 y ss.): "Con anterioridad al plenario, la Sala F de la Cámara Nacional Civil de la Capital, había aceptado la validez de un testamento ológrafo sin fecha en un caso en que la causante era soltera, sin parientes con capacidad de heredarla, ni problemas en cuanto a su salud mental o edad necesaria para testar o ante la coexistencia de otras disposiciones de última voluntad. Esta solución es inaceptable *de lege lata*, ya que se encuentra en abierta oposición a los términos expresos por la ley. *De lege ferenda* sería conveniente flexibilizar esta exigencia de acuerdo con las circunstancias del caso".

*** Eduardo A. Zannoni** ("Derecho de las Sucesiones", Astrea, 4a ed., T° 2, N° 1126, pág. 320) dice: "El testamento que careciere de fecha es nulo (art. 1044 C.Civil). Es cierto que en muchas oportunidades puede ocurrir que la validez del testamento no suscite controversias cuya solución dependa del tiempo en que fue otorgado. Sin embargo, al haberse erigido la mención de la fecha en una solemnidad sustancial del testamento sin salvedad alguna, no es susceptible de subsanarse por convalidación judicial. Y ésto es lo que ha resuelto el fallo plenario de la Cámara Nacional en lo Civil: 'la falta de fecha de un testamento ológrafo acarrea necesariamente su nulidad en todos los casos'. *De lege ferenda*, empero sería conveniente flexibilizar esta exigencia de acuerdo con las circunstancias del caso" (N° 1127 págs. 324/5): "Toda formalidad o solemnidad responde, en su origen, a un fundamento, a una razón de ser. Es posible que en la apreciación práctica se descubra al cabo que la exigencia formal ha sido excesiva, o que su incumplimiento no afectaría a la existencia de una voluntad libre y eficazmente emitida. Pero el jurista no puede manejar las solemnidades absolutas, legalmente consagradas, con criterios de apreciación relativa, pues por ese camino se corre el riesgo de suprimirlas lisa y llanamente … cuando la ley establece una solemnidad absoluta, ella

se desvincula de toda investigación particular o contingente que pudiera hacerse, en cada caso concreto, sobre la conveniencia de respetarla o no".

***Jorge O. Maffia** ("Tratado de las Sucesiones", Abeledo Perrot, 3a ed. actualizada por L.B. Hernández y L.A. Ugarte, T° II, pág. 1263 y ss.), citando algunos fallos de la SCBA (3/10/1961 LL 109-527 y 13/10/1965 LL 1966-II-356) que dieron validez a un testamento que consignando mes y año carecían del día, entendiendo que de otro modo se asignaría a cada uno de los elementos que componen la fecha la calidad de formas independientes apunta que "si bien estas postulaciones pueden aceptarse *de lege ferenda*, no resultan admisibles cuando se las refiere a la preceptiva vigente, pues están en colisión con las soluciones del Código. En efecto, para éste una fecha incompleta resultará tanto de la omisión del mes o del año como la del día, y cualquiera que fuere el elemento faltante, el testamento carecerá de uno de los elementos esenciales que sólo podrá remediarse mediante el camino previsto en el art. 3643". Allí también se cita un fallo de la Corte de Casación francesa que a pesar de la ausencia de fecha en un testamento ológrafo sostuvo que no es nulo si elementos extrínsecos establecen que hubiere sido redactado en un período determinado y no se demostró que durante el mismo el testador hubiere estado afectado de incapacidad o hubiere redactado otro revocatorio o incompatible, reproduciendo la opinión de Belluscio de que ello aproxima la cuestión a la doctrina de la fecha indiferente y que los textos en vigor no autorizan a desconocer solemnidades ni a admitir un testamento sin fecha.

***Francisco A. M. Ferrer** ("La fecha en el testamento ológrafo", Doctrina JA 80 Aniversario 1998-171 y ss.; y en términos similares en "Código Civil Anotado", Dir. Llambías-Méndez Costa, Abeledo Perrot, T° V-C, pág. 216 y ss.) aunque partidario en un reforma de la atenuación del rigorismo formal con que se exige el requisito de la fecha, adoptando la solución propiciada por el Anteproyecto de 1954 similar al sistema de la ley alemana de testamentos de 1938 incorporada al BGB, considera que el sistema del Código de Vélez "es sencillo, claro y categórico sobre la suerte que habrá de correr un testamento ológrafo al cual le falte alguna de las tres formalidades esenciales que la ley requiere para su eficacia, ya sea la escritura autógrafa, la fecha o la firma del testador: su nulidad sería inevitable, pues los tres requisitos están exigidos con el mismo rango de solemnidad". Expone "que el art. 3643 ha previsto la solución para completar la fecha en los casos en que por inadvertencia del testador la fecha aparece incompleta, lo que precisamente significa que para la ley la data debe constituirse por la indicación del día, mes y año, pues de lo contrario no habría dispuesto ese arbitrio a los fines de completarla mediante el recurso a otras enunciaciones o elementos materiales del mismo testamento e incluso a prueba extrínseca. Toda la regulación del art. 3643, sostiene acertadamente Fassi, sería innecesaria si la fecha completa

fuera irrelevante para la validez del testamento". Más adelante apunta "Poco importa, en definitiva, que la fecha en algunas circunstancias, sea un elemento formal irrelevante del testamento por no existir ningún litigio cuya solución dependa del tiempo en que se testó. El requisito de la fecha es una formalidad absoluta, desvinculada de su *ratio legis*, por lo tanto abstracta, y por ello se impone siempre y en todos los casos por sí misma, sin depender su carácter esencial de que surja algún cuestionamiento que deba decidirse en base al tiempo en que se otorgó el testamento. Y el intérprete no puede relativizar una solemnidad absoluta porque por esa vía llega a provocar su desaparición, modificando el régimen legal", cuestionando el criterio de una tesis amplia que con argumento de equidad ha terminado convalidando un testamento ológrafo carente de fecha "pues peor que dar una solución desagradable a un caso aislado es destruir la confianza en el derecho en general y en su carácter inviable", destacando que la valiosa opinión de Borda "debería estar apoyada en un texto legal expreso, como ocurre con el art. 714 del Código de Quebec, que en nuestro caso falta".

***Lidia Beatriz Hernández - Luis Alejandro Ugarte** ("Régimen Jurídico de los testamentos", Ad-Hoc, 2005, pág. 179 y ss.): "el testamento será válido siempre que la fecha surja de una manera precisa del testamento mismo, aun cuando no se mencione el día, mes o año ... La falta total de fecha produce la nulidad del testamento aun cuando, como dijimos no existan controversias que dependan de la dilucidación de la fecha precisa en que fue otorgado. Es que el art. 3642 ha erigido la fecha completa como una solemnidad cuya omisión produce aquella consecuencia. Así se decidió en reiterados fallos judiciales y lo sostiene la doctrina".

*** Jorge O. Perrino** ("Derecho de las Sucesiones", Abeledo Perrot, 2011, T° III, N° 2386, pág. 2241): "La exigencia de la fecha es un requisito esencial del testamento ológrafo que únicamente puede ser suplido cuando haya existido inadvertencia del testador, si surgen elementos probatorios obrantes en el mismo testamento o en su soporte. La ausencia del día origina la nulidad del testamento aun cuando ello haya ocurrido por inadvertencia del testador, si no es posible subsanarla por los medios probatorios existentes en el mismo testamento o, reiteramos, su soporte. Ello así porque la fecha es una solemnidad absoluta al margen de todas las circunstancias que hayan rodeado el acto de otorgamiento del testamento".

*** Jorge O. Azpiri** ("Derecho Sucesorio", 4a ed., Hammurabi, págs. 714/715 en consideraciones -sin perjuicio de señalar que el enunciado expreso del art. 3642 exige la indicación del día, mes y año- que prácticamente reproduce con el nuevo código en "Incidencias del Código Civil y Comercial. Derecho Sucesorio", Hammurabi, págs. 302/3 que son las que transcriben): "Si solo se hace mención al mes y al año, no se cumple con ese requisito por lo que el testamento será

inválido al tratarse de una fecha parcial e incompleta. Sin embargo alguna jurisprudencia ha reconocido la validez del testamento con la sola mención del mes y el año porque no se había probado que durante ese mes se hubiera producido algún supuesto de incapacidad del testador o revocación del testamento. Esta interpretación amplia puede llevar a desnaturalizar el requisito de la fecha porque el mismo razonamiento se puede aplicar a un testamento que sólo tuviera la indicación del año. A pesar de este criterio, lo cierto es que la nueva norma permite deducir la existencia de la fecha de confección del testamento por las enunciaciones o elementos materiales que contenga. Pero una cosa es la fecha incompleta y otra es la falta de fecha y en este último caso la jurisprudencia plenaria ha establecido 'La falta de fecha en un testamento ológrafo acarrea necesariamente su nulidad en todos los casos'". El mismo autor en el "Código Civil y Comercial de la Nación, analizado, comparado y concordado", Alberto Bueres Director, Hammurabi, T° 2, pág. 591 expone en relación al art. 2477 "Los requisitos formales del testamento ológrafo se mantienen (...) La segunda frase es equívoca porque parece referirse a que la falta de alguna de las formalidades invalida el acto, pero después exceptúa el caso en que se pueda dilucidar una fecha cierta, que es el único requisito que puede resultar convalidado por las enunciaciones o elementos materiales del testamento".

***José Luis Pérez Lasala** ("Derecho de Sucesiones", Depalma, 1981, Vol II, parte Especial, N° 284, pág. 397 en donde analiza la cuestión a la luz de lo dispuesto por el art. 3639 con las dos excepciones a la nulidad por su falta que considera surgen de los arts. 3670 para el testamento cerrado y en el caso de estar fechado el sobre que lo contiene con el argumento del art. 3692, y en su reciente "Tratado de Sucesiones. Código Civil y Comercial de la Nación ley 26994" Rubinzal-Culzoni To. II Parte Especial p. 523 del cual extracto los siguientes párrafos): "erigida en solemnidad no se puede prescindir de la fecha aun cuando no estén en juego ninguna de las razones que la justificaron. Como dice Cicu, cuando una forma es prescripta bajo pena de nulidad, se ha de observar independientemente del hecho de que sea real o no el motivo con relación al cual la norma fue prescripta. Ahora bien, para nosotros esa exigencia formal no implica que la fecha haya de constar en forma completa, es decir indicando día, mes y año, sino que basta que haya una fecha, aunque esta sea incompleta o no sea verdadera. El nuevo Código, como veremos, no es rígido con esta exigencia" y a renglón seguido ocupándose del supuesto de falta, expresa " la exigencia de la fecha es un requisito de forma exigido por el art. 2477 párrafo 1, bajo pena de nulidad. De ahí que la inexistencia de fecha en un testamento ológrafo lleve consigo su nulidad".

* Ya con el nuevo Código, **Javier Hernan Moreyra** -con la colaboración de María Fernanda Zarich- (en "Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado" Astrea-Fen To. 8 p. 479) explica: "El Proyecto de reformas de 1998,

como vimos, toma la postura amplia con respecto a la fecha incompleta, pero no la extiende a la falta de fecha, que invalida el acto.

Otra postura, que podemos considerar estricta atenuada, sostiene que la falta total de fecha se puede subsanar aplicando los mismos criterios que la fecha incompleta, si existen en el testamento enunciaciones o elementos materiales que fijen la fecha de una manera cierta.

El texto actual, como expresamos, toma la postura estricta, manteniendo el requisito de la fecha, sin consideración de su utilidad, pero deja en claro que la falta de fecha también puede subsanarse, en caso de que pueda determinarse de una manera cierta por elementos materiales o enunciaciones del propio testamento.

Se abandona el rigorismo del fallo plenario citado, que sostiene la invalidez del testamento que carece de fecha en todos los casos, sin poder subsanarse, pero confirma que es un requisito formal del que no se puede prescindir, porque en el caso concreto no hay controversia que establezcan su importancia".

*** Graciela M. Moreno de Ugarte y María de los Angeles Bonzano de Saiz** ("Derecho de sucesiones -Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26994", Nora Lloveras - Olga Orlandi- Fabián Faraoni Directores, RubinzalCulzoni To. II, pág. 294/295): Tratándose de un requisito de forma ineludible exigido por el artículo 2477 del CCyC, la falta absoluta de fecha ocasionaría la nulidad del testamento. En cambio, si se brindaran elementos para determinarla de manera cierta, será válido. Esta solución tiene fundamento en el principio general de estar a favor del testamento y el respeto por la autonomía de la voluntad. Por ello es que el testamento se considera válido aunque la fecha esté incompleta. Lo importante es que el juzgador pueda de alguna manera establecerla".

* En cambio, siguiendo las enseñanzas de **Salvador Fornieles** ("Tratado de las Sucesiones", T°II, 3a. ed. Ediar, pág. 240/243) -quien recordaba que en el derecho francés anterior a la Ordenanza de 1735 la fecha no era considerada como esencial, por lo que sólo sirve cuando hay más de un testamento o cuando el testador ha atravesado por un período de incapacidad para afirmar que "Apartadas esas dos circunstancias, la fecha queda como una formalidad sin contenido, buena únicamente para provocar pleitos" y sostener coincidente con HUC que debería eliminarse o al menos limitarse a cuando va envuelta en una cuestión de capacidad o revocación-, existe una opinión francamente minoritaria en doctrina que entendía con el derogado código y lo hace con el nuevo que en algunos supuestos de falta de fecha el testamento no es inválido. Así **Delfina Borda** ("Código Civil Comentado - Sucesiones", Francisco Ferrer-Graciela Medina Directores, Rubinzal-Culzoni, To. II pág. 267): "Sin embargo, algunos autores cuyo criterio compartimos, consideran que debe considerarse válido un testamento sin fecha, si por razones extrínsecas se puede probar el día que lo escribió o que esa fue la última voluntad del causante", siguiendo la opinión de su padre (**Guillermo A. Borda** "La fecha

del testamento ológrafo" La Ley 1993-E 1120); lo insinúa **Marcos M. Córdoba** ("Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Dir. Ricardo Luis Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni To. XI, pág. 90/1) al aludir al art. 10 segundo párrafo del CCyCN que rechaza la aplicación del derecho que resulte contraria a los fines del ordenamiento y remitir a un trabajo de su autoría con Ferrer y Natale de observaciones al que fuera el Proyecto en materia sucesoria que sirvió de base al texto sancionado, y **Florencia Córdoba** (en "Código Civil y Comercial de la Nación", Carlos Calvo Costa, La Ley To. III, pág. 707): "Si la fecha no se puede determinar y no existen motivos para poder decretar la nulidad, se mantiene la validez del acto".

B) Simposios

*** VI Encuentro de Abogados Civilistas** (Santa Fe, septiembre 1992 JA 1993-I-901) Comisión 4 punto 3. En cuanto a la aplicación de las formas testamentarias Despacho A. En materia testamentaria las formas son de cumplimiento estricto. Debe evitarse la proliferación de soluciones jurisprudenciales causísticas y anárquicas, generadoras de inseguridad que, en definitiva, retrasan una reforma legal adecuada (en mayoría). Despacho B. Las formalidades testamentarias no son un fin en sí mismo, por lo que el rigorismo en su aplicación y apreciación no puede frustrar la voluntad del testador, pues no podrá nuevamente ser expresada, sino asegurar su certeza (en minoría). Punto 7. C En cuanto a la fecha (del testamento ológrafo): Despacho A. La fecha es exigida como requisito esencial de validez del testamento ológrafo por el art. 3639, sin hacer distinciones ni referencias a los supuestos que la justifican en cada caso concreto. Por lo tanto, si falta la fecha el testamento es nulo, según lo dispone expresa y categóricamente el citado precepto, sin dejarle margen al intérprete para efectuar otras consideraciones (por mayoría). Despacho B. La fecha del testamento ológrafo tiene por finalidad juzgar la capacidad y edad del testador, si el testamento es anterior o posterior al matrimonio del testador; si es el último en el supuesto de existir varios testamentos; determinar la época en que el testador pudo ser víctima de maniobras dolosas; etc. Si en el caso concreto no se plantea la necesidad de dilucidar ninguna de estas cuestiones, la falta de fecha no anula el testamento ológrafo (por minoría).

Elogia las conclusiones de la mayoría Francisco Ferrarri Ceretti en trabajo "Las ineficacias testamentarias..." publicado en JA-III-700.

*** XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil** - Universidad Nacional de Mar del Plata, 1995 - (Comisión N° 6. "Actualización y flexibilización de la Sucesión Testamentaria": Acerca de las formalidades de los testamentos sobre Testamento Ológrafo: *De lege lata:* Es válido el testamento ológrafo que no indique el día en que se testó si consta el mes y el año y no resultara cuestionada la capacidad del testador, ni existiera actos de revocación posteriores. APROBADO POR MAYO-

RIA (a favor: 26 votos - abstenciones: 2).

C) Proyectos que se ocuparon del tema

***Anteproyecto Bibiloni**: Modifica el art. 3642 así " No es indispensable que las indicaciones del día, mes y año de la fecha, sean según calendario; pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes que fijen de una manera precisa la fecha del testamento.

La fecha puede ponerse antes o después de la firma.

*** Anteproyecto de 1954.** Art. 747: El testamento ológrafo debe ser escrito en signos alfabéticos y todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador.

La falta de alguna de estas formalidades invalida todo el contenido del acto. Sin embargo, la ausencia o deficiencia de la fecha no perjudica al testamento sino cuando deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que el testamento haya sido hecho. En tal caso, el testamento carente de fecha precisa será de ningún valor, salvo que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan fijar la fecha de una manera precisa.

La fecha puede ponerse antes o después de la firma, pero las disposiciones deben anteceder a éstas. Los agregados hechos por extraños sólo vician el testamento cuando han sido efectuados por orden del testador, o consintiéndolo éste.

*** El Anteproyecto De Gásperi de 1964 para el Paraguay** prescribía en su art. 3342 El testamento ológrafo, para ser válido, en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador.

La falta de algunas de estas formalidades lo anula en todo su contenido.

Si hay algo escrito por una mano extraña, y si la escritura hace parte del testamento mismo, este será nulo, si lo escrito ha sido hecho por orden o con el consentimiento del testador.

***El Proyecto de 1998 Comisión Decreto 685/95.** Artículo 2422.- Requisitos. El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que sea otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador.

La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto. Sin embargo, la fecha incompleta no afecta la validez del testamento salvo que deban dirimirse controversias cuya solución dependa del tiempo en que aquél haya sido hecho. En tal caso, el testamento carente de fecha precisa es de ningún valor, salvo que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta, a cuyo fin pueden admitirse pruebas que se obtengan fuera del testamento.

La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella.

El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no será válido si aquél le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público.

Los agregados hechos por extraños sólo vician el testamento cuando han sido efectuados por orden del testador o con su consentimiento.

D) Jurisprudencia

* La falta de fecha en el testamento ológrafo provoca su nulidad (CApel. Rosario Sala I septiembre 20-1938 "Morado Benigno c. Luciani Luis /suc" La Ley 12-83)

* No se configuran los supuestos de desacierto o insuficiencia en la fecha del testamento que prevé el art. 3643 del Cód. Civil si el instrumento demuestra una carencia absoluta de ese elemento, circunstancia que hace plenamente aplicable la norma del art. 3639 del código citado, determinando la nulidad de todo su contenido (CNCiv Sala B diciembre 11-975 Constenla Marcelino Suc.)

* "Es nulo el testamento ológrafo en que no se designa el día en que se otorgó (Buenos Aires, junio de 1930), requisito esencial estatuido por el CC. Ese alcance del término fecha en el art. 3639 C.C. surge de los arts. 3642 y 3647, que requieren la indicación del día" (Decisión de la mayoría integrada por los Dres. Sauze y Coronado; a favor de la validez se pronunció el doctor Tobal) Cam Civil 1a Capital 27 julio de 1937 "Disnan Pedro Luis v. Disnan Ruggero (suc)" JA To. 61-60.

* Es nulo el testamento ológrafo carente de fecha aunque se halle extendido en una libreta de anotaciones en que las anteriores llevan fecha (CNCiv. 1 Capital, diciembre 14-1937; JA 60-820)

* El artículo 3639 del Código Civil establece que "el testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido", de lo que se extrae que para que exista dicha forma ordinaria de testamento, es necesario que concurran tres presupuestos, a saber: a) escritura de puño y letra del testador; b) fecha y c) firma y a su vez, que dichas formalidades deben ser observadas bajo pena de nulidad. (CC0003 SM 67396 D-11/14 S 18/02/2014 "Gimenez, Esthela Dominga S/ Sucesión Testamentaria")

* Si el sobre que contiene el instrumento -testamento ológrafo- contiene fecha, firma y lugar, éste no integra el testamento, por lo que no entran en juego las previsiones del artículo 3643 del Código Civil. (CC0002 MO 55128 RSI-475-9 I 10/12/2009 "C. E. J. s/Sucesion Ab-Intestato").

* "La falta de fecha de un testamento ológrafo acarrea necesariamente su nulidad en todos los casos" (conf. C.N.Civ., en pleno, abril 14-1980, in re "Marcos de Mazzini, Ana Suc", Publicado en El Derecho, tomo 87, página 673). Particular impor-

tancia tiene este plenario, en el cual la doctrina fue sentada por 16 de los prestigiosos integrantes de la Cámara, con solo dos disidencias (Durañona y Vedia y Palmieri) y en el cual el Dr. Yañez explica las razones que llevaron a modificar el criterio que como miembro de la Sala F había sostenido, a la par que el Dr. de Igarzabal distingue los distintos supuestos de falta de fecha y de fecha incompleta.

* Constituye un principio común que el testamento es un acto escrito y solemne, de modo tal que las formalidades exigidas por la ley para el otorgamiento de ese acto tienen el aludido carácter y su omisión, en principio engendra la nulidad del mismo. El artículo 3639 del Código Civil edicta sobre el particular que "el testamento ológrafo para ser válido en cuanto a sus formas, debe ser escrito todo entero, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades lo anula en todo su contenido", de lo que se extrae que para que exista dicha forma ordinaria de testamento, es necesario que concurran tres presupuestos, a saber: a) escritura de puño y letra del testador; b) fecha y c) firma y a su vez, que dichas formalidades deber ser observadas bajo pena de nulidad. En tales condiciones y dado que el instrumento glosado fue confeccionado por la presentante y no por la causante, conforme lo manifiesta en ese escrito obligada conclusión es la de declarar la nulidad del citado testamento. (CC0203 LP 106161 RSD-14-6 S 28/02/2006 "Lofeudo, María Esther s/Sucesión").

* También este tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en términos similares a los que serán propuestos en este voto, conforme consideraciones que allí vertí en el Expte. N°: 49730 "Alba Ruben Aldo S/ Sucesion Testamentaria" sent. del 7/12/2010 LS 51 n° 311 que citan los recurrentes, en el que el testamento fue confeccionado en una hoja cuyo reverso indicaba la finalización del ejercicio 2004 de la cooperativa eléctrica y el fallecimiento ocurrió en abril de 2009.

En sentido contrario (haciéndose eco de lo que resolvió la CNac. Civ, sala F "García, Plácida" el 14/07/1977 AbeledoPerrot Cita Online: 70057520), la CCiv. y Com. Lomas de Zamora Sala II (con distinta composición a la actual) en autos "Techinsky, Eugenio s/suc. testamentaria" el 08/05/2003 Cita AbeledoPerrot Online: 35000048: "No corresponde anular el testamento ológrafo sin fecha si no se ha planteado la incapacidad mental del testador, la existencia de otro testamento contradictorio, de maniobras dolosas para captar la herencia o la celebración de un matrimonio posterior."

E) Derecho comparado

Como ya se dijo el art.. 726 del Code civil du Quebec solo dispone "el testamento ológrafo debe ser enteramente escrito por el testador y firmado por él a través de un medio no técnico. No está sujeto a ninguna otra forma." Por su parte el art. 2247 del BGB luego de la reforma de la Ley sobre el Otorgamiento

de Testamentos y Contratos sucesorios de 31 de julio de 1938 establece: (1) El testador puede hacer su testamento mediante una declaración escrita y firmada de puño y letra.

(2) El testador deberá consignar en su declaración el momento en que la hace (día, mes y año) y el lugar en que lo redactó.

(3) La firma deberá contener su nombre de pila y apellido. Si firmare de otra manera y la misma fuese suficiente para establecer la identidad del testador y la seriedad de su declaración, esa firma no invalida el testamento.

(4) La persona que fuese menor o estuviese incapacitado de leer el texto no podrá realizar testamento en los términos que preceden.

(5) Cuando el testamento hecho conforme a subsección (1) no contenga información sobre el tiempo en que fue hecho y esto cause duda acerca de su validez, el testamento se reputará válido solo si la certeza necesaria acerca del tiempo en que fue hecho puede ser establecida de otra manera. Lo mismo se aplica para el caso sobre las modificaciones necesarias hechas al testamento que no contengan información respecto al lugar en que fueron hechas.

Siguiendo esta orientación, el art. 505 del Código suizo estatuye que el testamento ológrafo debe contener el año, mes y día en que fue escrito, sin perjuicio de lo cual el art. 520a estatuye que si la indicación del año, mes y día de la confección del testamento ológrafo falta o es inexacta, el testamento puede ser anulado solamente si la data temporal necesaria no puede ser determinada de otro modo o si la fecha es necesaria para determinar la capacidad de organizar el orden cronológico de múltiples testamentos u otra cuestión relativa a la validez del testamento.

El art. 602 del Código italiano establece que el testamento ológrafo debe estar escrito por entero, datado y firmado por la mano misma del testador y en su tercer párrafo que la fecha debe contener la indicación del día, mes y año "La prueba de la no verdad de la fecha sólo esta permitida cuando se trata de juzgar sobre la capacidad del testador, de la prioridad de la fecha respecto de otro testamento o de otra cuestión que deba decidirse en base al tiempo del testamento". Por su parte el art. 606 dispone que fuera de los supuestos de falta de autografía o firma en que el testamento es nulo, por otros defectos de forma (fecha) es anulable a instancias de quien tenga interés dentro de los 5 años desde que se ejecutaron sus disposiciones. Francesco Messineo ("Manual de Derecho Civil y Comercial", Ediciones Jurídicas Europa-América, To. VII p. 90) señala que la importancia de la fecha del testamento ológrafo resulta ser inferior respecto de la del testamento público y de la del testamento secreto, lo que explica que su falta conduzca, no ya a la nulidad como conduce a ella la falta de autografía o de suscripción, sino a la simple anulabilidad, la cual para que se la haga valer, exige una iniciativa del interesado. Por su lado Domenico Barbero ("Sistema del derecho

privado" EJEA To. V, pág. 276/277), es más amplio de criterio en lo que hace a la fecha incompleta, expresando: "la ley admite ciertamente la posibilidad de una fecha no verdadera, pero no la posibilidad de que falte o de que sea incompleta. Y estamos de acuerdo en que, si falta del todo, no hay nada que hacer que no hay nada que hacer tampoco si falta solamente el año (ejemplo 12 de septiembre), pues con tales indicaciones no es posible juzgar, con resultancia del testamento, si en el acto de la confección el testador tenía la capacidad legal de testar. Pero si falta el día o el mes o aun si faltan ambos (ejemplo diciembre de 1940, o hasta solamente 1940) y no se hace cuestión de incapacidad natural, ni de prioridad de testamentos, ni de otro que deba decidirse a base del tiempo del testamento, nos parece entonces que el art. 602 refuerza cabalmente nuestra tesis: porque demuestra lo que nosotros decimos, que la fecha del testamento no interesa por sí misma, sino como término de referencia de una relación causal..."

En cambio, inspirado en el art. 970 del Código Civil francés ("el testamento ológrafo no será válido sino está enteramente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador; no está sujeto a ninguna otra formalidad"), el Cód. Civil español prescribe: art. 687: Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo y art. 688: El testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviese palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (en el mismo sentido el art. 421-17 del Cód. de Cataluña: "..2. Para que el testamento ológrafo sea válido es preciso: a) Que esté escrito y firmado de manera autógrafa por el testador con la indicación del lugar y la fecha del otorgamiento. Si contiene palabras tachadas, enmendadas, añadidas o entre líneas, el otorgante debe salvarlos con su firma", aunque en su art. 422-1, 2 reflejando legalmente la tendencia relajadora de la jurisprudencia dispone: "La falta de indicación o la indicación errónea del lugar o la fecha de otorgamiento del testamento que puedan afectar a su validez se salvan si pueden acreditarse de alguna otra forma. La falta de indicación de la hora no anula el testamento si el testador no ha otorgado ningún otro el mismo día"). Apunta Antoni VaquerAloy (Revista de Derecho Civil vol III num 4 (octubre-diciembre 2016, Estudios p. 9-34 "La relajación de las solemnidades del testamento") que uno de los requisitos que ha originado más pronunciamientos es el de la fecha. La ausencia total de la misma supone el incumplimiento evidente de una formalidad que por fijar el momento de su otorgamiento incide o puede incidir en importantes cuestiones, "de ahí que tradicionalmente el Tribunal Supremo se hubiera mostrado estricto en el cumplimiento de la indicación de la fecha", citando el fallo STS 3 de abril 1945 (RJ 570): "con referencia especial al

requisito de la fecha tiene establecido con gran reiteración y sin admitir salvedad o excepción alguna, que el testamento que no conste indicación exacta del año, mes y día en que fue escrito, carece de una condición esencial para su validez". La expresión "estoy muriendo" no equivale a la fecha por no ser un día cierto, como valoró correctamente el auto AP Murcia 8 de mayo 2006 (JUR 188128). Por su parte la STS de 10 de febrero de 1994 EDJ 1994/1134 proclama al respecto, que "Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que tal otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido sino de colocar la fecha y la firma" y sigue razonando más adelante "...La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y a elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento....". Con la misma orientación la sentencia de la Audiencia provincial de La Coruña de 23 de abril de 2008 afirma "la fecha no es un requisito únicamente determinante a los efectos de comprobar la capacidad del testador al tiempo de su otorgamiento o para constatar, en el caso de pluralidad de actos de tal naturaleza, cuál es el último de ellos que revoca a los anteriores, sino que le imprime la condición de negocio jurídico, distinguiéndolo de un mero proyecto o borrador, para convertirlo en manifestación eficaz de un acto de voluntad *mortis causa*". Sin embargo la doctrina en general, admite la determinación de la fecha por inducción de datos del testamento, siempre que sean ciertos, o su expresión por referencia a un acontecimiento o efeméride del día. No satisface esta exigencia la expresión de que "Próximamente tengo una operación de estómago" (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de noviembre de 2006) o que se haya extendido en un impreso oficial que contenía una fecha de elaboración (Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 11 de octubre de 2007)

Otro tanto sucede en muchos códigos americanos (vgr. Perú. Formalidades testamentarias. Artículo 695°.- Las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el Artículo 697°. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otra; Artículo 707°.- Testamento ológrafo. Formalidades. Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador...."; Puerto Rico: Artículo 637. - Quiénes podrán otorgarlo. (31 L.P.R.A. § 2161) El testamento ológrafo

sólo podrá otorgarse por personas mayores de dieciocho (18) años de edad. Para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, los salvará el testador bajo su firma; Código Federal de México: Artículo 1550.- Se llama testamento ológrafo al escrito de puño y letra del testador. Los testamentos ológrafos no producirán efecto si no están depositados en el Archivo General de Notarías en la forma dispuesta por los artículos 1553 y 1554. Artículo 1551.- Este testamento sólo podrá ser otorgado por las personas mayores de edad, y para que sea válido, deberá estar totalmente escrito por el testador y firmado por él, con expresión del día, mes y año en que se otorgue. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma. Artículo 1552.- Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salvará el testador bajo su firma. La omisión de esta formalidad por el testador, sólo afecta a la validez de las palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, pero no al testamento mismo; Cuba: Art. 485.1. El testamento ológrafo debe estar totalmente escrito y firmado de puño y letra por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. 2. Si contuviere palabras tachadas, enmendadas o entre renglones, las salva el testador bajo su firma. 3. Los extranjeros pueden otorgar testamento ológrafo en su propio idioma; Panamá: Art. 720. El testamento ológrafo solo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Para que sea válido este testamento deberá estar escrito de puño y letra del testador y firmado por él, con expresión del año mes y día en que se otorgue; Paraguay: Art. 2628.- El testamento ológrafo debe ser totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador en todas sus hojas. Si por mandato del otorgante, una parte del instrumento fuere de mano extraña, el acto será nulo. Art. 2630.- No es indispensable que las indicaciones del día, mes y año de la fecha, sean según el calendario; pueden ser reemplazados por enunciaciones equivalentes que fijen de una manera precisa la fecha del testamento. La fecha puede oponerse antes o después de la firma. Art. 2631.- Una fecha errada o incompleta puede ser considerada suficiente, cuando el vicio que presenta es el resultado de una simple inadvertencia de parte del testador, y existen del propio testamento, enunciaciones y elementos materiales para determinar la fecha de una manera cierta. El juez podrá, para apreciar el valor y fijar el verdadero significado de las enunciaciones del testamento que rectifiquen la fecha, basarse en pruebas obtenidas fuera del testamento).

III.- A MODO DE CONCLUSIÓN Y PREMISA PARA DECIDIR EN EL SUBLITE

a) El análisis de la cuestión a la luz de las disposiciones del Código anterior y el actual ha resultado necesario (lo que demuestra la importancia en abstracto de su esclarecimiento) en razón de que la ley vigente al momento de testar es la que rige la forma del testamento, sin que las modificaciones de la ley posterior

(aunque sean más favorables a su validez tal como varios autores proponían; ver Pérez Lasala Tratado N° 978) incidan al respecto (ver arts. 3625 y 3 C. de Vélez y 2472 y 7 CCyCN). Por eso, no obstante que el fallecimiento del causante se produjo con la vigencia del CCyCN (9/2/2016 ver certificado de fs. 9), no es posible circunscribir al mismo su estudio aunque como se expuso el cambio en materia de la ausencia total de fecha no ha tenido mayor significación, habiéndose perdido en mi opinión la oportunidad de introducir una reforma sustancial en orden a un criterio de mayor justicia como lo hacen el Código alemán y entre nosotros el Anteproyecto de 1954.

Lo cierto es que los problemas a que ha dado lugar el requisito de la fecha eran y son muy diferentes en caso de su falta que en los supuestos en que la misma fuese incompleta o inexacta. En relación al primero como dije, independientemente de las críticas de índole finalista que se formulan, el régimen legal conforme interpretación ampliamente mayoritaria es suficientemente claro y categórico, no siendo pasible de una atemperación que desvirtúe una exigencia formal cuya inobservancia acarrea la nulidad (arts. 3629 y 3630 C. de Vélez y 2474 CCyCN). El requisito de la fecha, sin consideración de su utilidad, es ineludible para la validez de las disposiciones más allá de que con el nuevo ordenamiento ha quedado claro que puede ser subsanada a través de enunciaciones o elementos materiales del propio testamento que permitan determinarla de manera cierta, precisa.

b) Y yendo al testamento que nos ocupa, surge palmario que en su texto no existe fecha alguna, ni siquiera indicación del año que restrinja su análisis a una sola normativa. Ese defecto, contrariamente a lo que entendió la Sra. Jueza, no puede bajo ningún punto de vista entenderse subsanado a través de sus disposiciones por el solo hecho de que por las mismas se disponga *post mortem* de un automotor "modelo 2012", aunque conste de modo cierto la fecha de adquisición del mismo. Basta simplemente señalar el extenso período transcurrido hasta el deceso del testador para descartar la razonabilidad del argumento. La otra consideración que efectúa en cuanto a la adquisición de la fecha cierta por su presentación judicial, en base a lo dispuesto por el art. 317 CCyCN, precepto vinculado a la eficacia probatoria frente a terceros, obviamente carece de toda relevancia ya que ha sido posterior al fallecimiento.

Por lo expuesto la invalidez del testamento traído se impone.

ASÍ LO VOTO

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, el Sr. Juez Dr. Guardiola dijo:

Atento el resultado arribado al tratar la cuestión anterior, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del CPCC-, Corresponde:

1) HACER LUGAR al recurso interpuesto, revocando la resolución apelada y declarando la invalidez del testamento allegado. Con costas de ambas instancias a Maica Porras (arts. 274 y 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904 y 14967 en cuanto corresponda).

ASÍ LO VOTO

Los Señores Jueces Dres. Castro Durán y Volta, aduciendo análogas razones dieron sus votos en igual sentido.-

Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo que firman los Señores Jueces por ante mí: FDO. DRES. JUAN JOSÉ GUARDIOLA, RICARDO MANUEL CASTRO DURÁN Y GASTÓN MARIO VOLTA, ANTE MÍ, DRA. MARÍA V. ZUZA (Secretaria).

//JUNÍN (Bs. As.), 28 de diciembre de 2017.

AUTOS Y VISTO:

Por los fundamentos consignados en el acuerdo que antecede, preceptos legales citados y en cuanto ha sido materia de recurso -artículos 168 de la Constitución Provincial y 272 del C.P.C.C.-, se resuelve:

1) HACER LUGAR al recurso interpuesto, revocando la resolución apelada y declarando la invalidez del testamento allegado. Con costas de ambas instancias a Maica Porras (arts. 274 y 68 del CPCC). Difiérese la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904 y 14.967 en cuanto corresponda).

Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse los autos al Juzgado de Origen.

Fdo. Dres. Juan José Guardiola, Ricardo Manuel Castro Durán y Gastón Mario Volta, Ante Mí, Dra. María V. Zuza (Secretaria).

INFORMACIONES

XIX CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

MAR DEL PLATA, 5 AL 7 DE OCTUBRE DE 2017

Tema I: Situaciones jurídicas registrables vinculadas al derecho sucesorio

Mesa directiva:
Presidente: Sebastián E. Sabene
Vicepresidente: Miguel Angel Luverá
Secretarios: Patricia Viviana Blanco y Leopoldo M. Panizza

Comisión redactora: Sebastián E. Sabene, Miguel Ángel Luverá, Eleonora Casabé, Juan José Guardiola, María Martha Cúneo, Ángel Francisco Cerávolo, Patricia Viviana Blanco, Leopoldo M. Panizza, Joaquina Córdoba Gandini

Votantes: Sebastián E. Sabene (Presidente de la Comisión N° 1), Miguel Ángel Luverá (Vicepresidente de la Comisión N° 1 y Director del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Santa Fe, 2a Circunscripción), Leopoldo Panizza (Universidad Notarial Argentina), Ángel Francisco Cerávolo (Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Alba Muñiz de León (Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), María Martha Cúneo (Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires), Joaquina Córdoba Gandini (Colegio de Escribanos de la Provincia de Catamarca), Patricia Viviana Blanco (Registro de la Propiedad Inmueble de Presidencia de Roque Sáenz Peña, Provincia de Chaco), Mariana Hefling (Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires), Eleonora Casabé (Comisión Ejecutiva del Congreso Nacional de

Derecho Registral), Juan José Guardiola (Juez de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín)

Luego del debate llevado a cabo, la Comisión N° 1 del XIX Congreso Nacional de Derecho Registral aprueba por UNANIMIDAD las siguientes conclusiones y/o recomendaciones:

1) En las demarcaciones territoriales que inscriben declaratorias de herederos y declaraciones de validez formal de testamento, confeccionando un asiento registral autónomo, éstas conservan su vocación registral -arg. art. 2° inciso c. Ley 17.801-.

Recomendación: sin perjuicio de ello, en reconocimiento de la tendencia de no asignarle vocación registral a las mismas, por carecer de todo efecto partitivo (art. 2363 CCyC) y la diversidad de técnicas de registración empleadas a la fecha (asiento en rubro titularidad, asiento en rubro gravámenes o asiento en anotaciones personales), se recomienda la unificación de criterios en todas las demarcaciones del país adecuando gradualmente las respectivas normativas.

2) El art. 2363 del CCyC reconfirma el criterio en virtud del cual la inscripción de declaratorias de herederos y declaración de validez formal de testamento como asiento autónomo, carece de todo efecto partitivo, no hace cesar la indivisión hereditaria ni provoca el nacimiento de un derecho real de condominio.

3) Sin perjuicio de la multiplicidad de situaciones jurídicas que pueden plantearse, se presenta la siguiente casuística para las demarcaciones territoriales que conforme a prácticas jurídicas tomaban razón de las declaratorias de herederos y declaración de validez formal de testamentos con asignación de partes indivisas:

3.1) A las declaratorias de herederos y declaraciones de validez formal de testamentos inscriptas como asientos autónomos, les será aplicable el art. 2363 del CCyC.

3.2) El acto de disposición otorgado por todos los herederos declarados o instituidos a favor de un tercero no requiere partición.

3.3) El acto de disposición otorgado por todos los herederos declarados o instituidos -con o sin inscripción de declaratoria de herederos o declaración de validez formal de testamento- a favor de uno de ellos, tiene efecto partitivo -arg. art. 2403 segundo párrafo CCyC-.

Recomendación

En los supuestos de declaratorias de herederos o declaraciones de validez formal de testamento inscriptos, a favor de varios herederos de los cuales alguno o algunos de ellos hubieren realizado algún acto dispositivo, se recomienda que cada demarcación adopte los criterios más convenientes para garantizar el tráfico documental, sin perjuicio de la importancia de la unificación de criterios, a partir de la imperatividad normativa.

4) Con independencia del debate doctrinario en torno a la admisión de la partición mixta, los Registros de la Propiedad Inmueble admitirán particiones de herencia formalizadas en los siguientes instrumentos públicos: a) escritura pública; b) testimonio judicial de convenio privado homologado; c) testimonio de partición judicial.

5) En atención a lo normado en el art. 2302, inc. b, CCyC, la oponibilidad de la cesión de acciones y derechos hereditarios se cumple con la agregación del testimonio de la escritura pública correspondiente al expediente judicial sucesorio.

Recomendación

Sin perjuicio de la conclusión anterior, atento la utilidad asignada a la publicidad registral de estos documentos por algunas normativas locales, se recomienda impulsar la creación de un Centro Nacional de Anotaciones Personales a efectos de lograr una publicidad efectiva.

6) No obstante la difundida práctica de formalizar cesiones de acciones y derechos hereditarios sobre bien determinado, en razón de lo dispuesto por el art. 2309 CCyC, las mismas *per se* carecen de toda vocación registral.

7) El documento registrable continente del derecho real de habitación del cónyuge supérstite puede ser de origen judicial o notarial (escritura pública).

8) En atención a las distintas posturas acerca de la necesidad de sustanciar judicialmente (o no), la atribución del derecho real de habitación del conviviente supérstite (art. 527 CCyC), no será motivo de observación registral la procedencia de su reconocimiento por escritura pública con la conformidad de todos los herederos declarados o instituidos, y del conviviente pretensor.

Tema II: Registro de la Propiedad Inmueble y Catastro Territorial

Coordinadores: Jorge R. Causse
Jose Luis Rodríguez Álvarez

Votantes: Registro de la Propiedad del Chaco; Administración de Catastro e información territorial de Santa Fe; Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires; Registro General de Santa Fe; Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires; Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires; Comité Latinoamericano de Consulta Registral; Registro de la Propiedad de Formosa; Dirección de Catastro de Formosa; Colegio Profesional de la Agrimensura de Santa Fe; Colegio de Agrimensores de la Provincia de Buenos Aires; Federación Argentina de Agrimensores; Colegio de Agrimensores de Río Negro; Consejo Profesional de la Agrimensura de Buenos Aires, Distrito Uno; Consejo Profesional de Agrimensura de jurisdicción nacional y CABA

Comision redactora: Colinas, Claudina; Alberdi Imas, Luana; Frickx, Norberto; Panero (h), Federico Jorge; Pérez, María Candelaria

DECLARACIONES

I-SECUENCIA NORMATIVA ESENCIAL.

Con la sanción de la Ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, se le confiere preeminencia indudable a las autoridades locales para dictar las reglamentaciones necesarias en cuanto al fraccionamiento parcelario de inmuebles (art. 228 CCyC) abandonando el carácter potestativo de la facultad que se le otorgaba en el art. 2326 del Código Civil.

Las reglamentaciones deberán ser sancionadas por los gobiernos locales interviniendo, por delegación, las autoridades comunales. En cualquier caso su contenido se ajustará a las disposiciones de la Ley 26.209 (Ley Nacional de Catastro) para que los catastros provinciales y de la CABA administren los datos relativos a los objetos territoriales de sus respectivas demarcaciones. Son estos organismos a los que la ley les atribuye esa competencia exclusiva.

La Ley 26.209 introduce un criterio unívoco para la determinación de la unidad esencial del territorio, para verificar la subsistencia de su estado parcelario y para acreditarlo frente a la constitución, transmisión, declaración o modificación de derechos reales sobre inmuebles.

La registración de los datos inmobiliarios que sistematizan las dependencias catastrales constituyen el sustento material de las relaciones de derecho en general y de la de los derechos reales en particular, lo que permite, con relación a dicha finalidad ubicar a la Ley 26.209 en la órbita jurídica.

La calidad de ley federal que corresponde atribuirle a la de Catastro Nacional importa que deba ser asumida por las diferentes jurisdicciones políticas que integran nuestro país, cuyas autoridades dictarán las pertinentes normas reglamentarias a fin que los organismos competentes puedan poner en ejecución sus directivas; todas ellas implementadas para potenciar la seguridad y la certeza jurídicas en los actos de disposición o gravamen que se otorguen respecto de bienes inmuebles.

La postergación en asumir este cuerpo legal sin argumentos jurídicamente válidos y consistentes, equivale colocarse en una situación de anomia perjudicial para todos quienes operan con objetos inmobiliarios.

II- SOBRE LA INCUMBENCIA CATASTRAL Y LA METODOLOGÍA PUBLICITARIA

Desde aquella función primordial el registro de cosas, las dependencias catastrales tienen entre sus objetivos, además, proveerle a otros organismos con incumbencias diferentes (encargados de la recaudación impositiva y de la

registración inmobiliaria), los datos identificatorios de los objetos inmobiliarios que componen el territorio en el que actúan.

La Ley 26.209 estructura la publicidad de los datos registrados por los organismos registrales utilizando como medio el certificado catastral el que se expedirá en la forma y condiciones que establezcan las reglamentaciones locales.

La expedición del certificado catastral constituye una obligación indelegable para los organismos responsables, por lo que, su emisión, debe ocurrir siempre, aún cuando el relevamiento parcelario denunciara la existencia de modificaciones de hecho respecto de la situación física de los inmuebles de que se trate y de la documentación registrada en el catastro competente.

Coadyuvan a todo lo afirmado en los párrafos precedentes, las normas de los arts. 961, 1137, 1138 y 1902 del Código Civil y Comercial de la Nación.

CONCLUSIONES

1. La seguridad jurídica en la dinámica de los derechos reales exige actualmente una adecuada y actualizada coordinación entre el Registro de la Propiedad Inmueble y el Catastro Territorial.

2. En el sistema de publicidad de derechos reales argentino, ejemplo en el mundo entero, confluyen esfuerzos de la actividad pública y privada de una manera armoniosa y eficaz. El agrimensor (sector privado) determina los límites y representa con planos los objetos de los derechos reales que se ejercen por la posesión. El catastro (sector público) publicita mediante el certificado catastral esos objetos. El notario (sector público y privado) interviene en el nacimiento, modificación, transferencia y extinción de los derechos reales inmobiliarios autorizando las escrituras públicas necesarias para ello. Y el Registro inmobiliario (sector público) publicita los documentos portantes de los derechos reales.

3. La tecnologia disponible actualmente facilita notablemente el anhelo de complementariedad y colaboración entre el registro inmobiliario y el catastral, especialmente el avance y desarrollo exponencial de las TIC (Tecnologías de la Información y las Comunicaciones).

4. Tanto el Código Civil y Comercial de la Nación, como la Ley Nacional de Catastro 26.209 y la Ley Nacional del Registro de la Propiedad Inmueble 17.801, complementarias del primero, establecen un adecuado respeto sobre las potestades locales, derivando en las autoridades jurisdiccionales numerosos aspectos reglamentarios. Se torna necesario que aquellas provincias que aun no ajustaron sus normativas a la ley nacional de catastro, lo hagan a la brevedad posible en resguardo de una mayor seguridad jurídica en el trafico inmobiliario.

5. Todo plano, como representación gráfica de la cosa inmueble, corresponde que se encuentre exclusivamente archivado, luego de su visación, en el Catastro te-

rritorial provincial, que deberá brindar la suficiente publicidad utilizando los medios tecnológicos adecuados y actualizados.

6. Toda modificacion del objeto del derecho real inmobiliario como resultado de un plano no generará cambio alguno en la publicidad registral, hasta tanto ingrese una escritura notarial o resolucion judicial o administrativa, según legalmente corresponda, que lo contenga.

7. El certificado catastral constituye el elemento básico para la publicidad de los objetos territoriales registrados en el Catastro, a partir de la registracion de los planos de mensura. Existiendo en sede catastral plano que determine el objeto conforme arts. 4 y 5 de la Ley Nacional de Catastro y constituido el estado parcelario, para la expedición del certificado catastral no resulta necesario la exigencia de un nuevo plano.

8. El plazo de vigencia del estado parcelario corresponde que sea fijado por las reglamentaciones locales en un marco de razonabilidad y atendiendo a las características fisicas del inmueble.

9. Debe apoyarse toda política pública que tienda a que todos los inmuebles de la República Argentina posean estado parcelario constituido, a fin de ajustar y adecuar, con la mayor exactitud posible, la realidad jurídica a la realidad fáctica.

10. Los procesos de protocolización de planos deben ajustarse estrictamente a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en salvaguarda de la seguridad jurídica en la dinámica de los derechos reales inmobiliarios.

11. Solamente cuando el objeto de un derecho real inmobiliario recaiga sobre parte material determinada, se recomienda, de acuerdo al principio de determinación, que se efectúe la descripción con las precisiones y características propias de un documento cartográfico registrado en el organismo catastral.

EN VOTO EN DISIDENCIA, el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires sustenta que en estos supuestos, el documento cartográfico no requiere registración en el organismo catastral.

12. La constitución y registracion del derecho real de superficie sobre la totalidad del inmueble no requiere nuevo plano, excepto que no posea estado parcelario vigente.

13. Atento a la amplia variedad de supuestos que pueden presentarse en los casos de negocios causales portantes de una anexión de parcelas, deberá dictarse la correspondiente normativa que la regule y que determine los aspectos a calificar notarial y registralmente.

14. En los casos de constitucion de propiedad horizontal especial, la normativa urbanística y de ordenamento territorial, de exclusiva competencia provincial, debería dictarse en un marco de respeto y equilibrio con las normas de fondo contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación.

15. Los nuevos derechos reales creados por el Código Civil y Comercial de la Nación, hacen necesario que se estudie una revisión integral de las técnicas de registración y del contenido del folio real.

Tema III: Las sociedades por acciones simplificadas (SAS). Un nuevo tipo social. Aspectos registrales en los registros públicos y/o juzgados de registro

Coordinadores: Darío Hernán de León
Pilar M. Rodríguez Acquarone

Comisión redactora: Carla Camila Silvana Borsani, María Laura Szymanski, Virginia Analía López Fredes, Agustina Paz Costa, Mario Luciano Rondoni, Vilma Rosello, María Gabriela Gullo, Ana Antonieta Lavecchia, Manuel José Carricajo, Darío Hernán de León y Pilar M. Rodríguez Acquarone

Relatora: Vilma Rosello

Todas las conclusiones se aprobaron por unanimidad con el voto de las dos instituciones acreditadas, el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

1. La Sociedad por Acciones Simplificada es un nuevo tipo social, regulado por fuera de la Ley General de Sociedades.

2. Es un tipo social híbrido, que reúne elementos personalistas y de las sociedades de capital.

3. En las SAS prevalece la autonomía de la voluntad con el límite de los principios establecidos en el Capítulo 3 del título preliminar del CCyC: art. 9: Buena Fe. Art. 10: Abuso del derecho. Art. 12: Orden público y fraude a la Ley.

4. Orden de prelación normativo:
    1. Título preliminar del CCyC.
    2. La Ley 27.349.
    3. El instrumento constitutivo de la SAS.
    4. La Ley General de Sociedades 19.550.
    5. El CCyC en lo pertinente.
    6. Las reglamentaciones locales.

5. La ley de SAS propone un diseño de instrumentos constitutivos con plena autonomía de la voluntad, adaptando los instrumentos a las necesidades del negocio concreto particular.

6. La implementación de las SAS impone un importante desafío para todos los operadores jurídicos de incorporar a la circulación de instrumentos el documento digital como un nuevo soporte del nuevo tipo societario.

7. Recomendamos y proponemos a los profesionales el diseño de instrumentos constitutivos en los cuales la autonomía de la voluntad tenga especial preponderancia en relación al caso en particular y se prevean en tales instrumentos en forma pormenorizada, situaciones expresamente no contempladas en la Ley 27.349.

8. En particular recomendamos prever estatutariamente en forma expresa:

-Efectos de la muerte del socio, disolución de la sociedad conyugal por muerte, retiro del socio, acción de exclusión del socio, receso y disolución.

-Diseño orgánico, quórum, mayorías; forma de convocatoria.

-Forma de instrumentación de las reuniones a distancia.

-Pautas alternativas para la resolución de conflictos, mediación, arbitraje, y forma de valuación de las participaciones sociales.

-Pactos en relación a la transmisión de acciones, posibilidad hasta de prohibir la transferencia por el plazo máximo de 10 años prorrogable por unanimidad, dando libertad absoluta en la redacción de las cláusulas.

9. No se aplica el art. 2458 del CCyC a la donación de acciones por no ser reivindicable el título accionario.

10. Las sociedades de la sección IV podrían subsanarse optando por el tipo social SAS.

11. Recomendamos que los organismos a cargo de la inscripción de las SAS también habiliten la inscripción en 24 horas de los estatutos que no estén sujetos al modelo preaprobado.

12. Recomendamos la posibilidad de circunscribir el objeto social aun en el caso de los estatutos modelos 24 horas, a los fines de diseñar un instrumento adecuado a la actividad de la sociedad.

13. Recomendamos un control de homonimia amplio por medio de sistemas informáticos en interrelación con otros registros.

14. Las prestaciones accesorias resultan un instituto valioso para el diseño de los negocios aunque no forman parte del capital social de las SAS.

15. La ley de SAS permite las reuniones del órgano de gobierno fuera de la sede social, inclusive fuera de la jurisdicción de la sociedad. Asimismo admite la celebración de reuniones a distancia de todos los órganos societarios colegiados.

16. Propiciamos la creación de plataformas digitales que posibiliten la celebración de reuniones a distancia permitiendo el pleno ejercicio de los derechos políticos.

17. Recomendamos que los registros garanticen el libre e irrestricto acceso a la información con la identificación de la persona que lo requiere.

V FORO INTERNACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

MAR DEL PLATA, 6 DE OCTUBRE DE 2017

Directores: Jorge Causse
Sebastián E. Sabene

Coordinadores: Leopoldo M. Panizza
Martha D. Linares de Urrutigoity

El V Foro Internacional de Derecho Registral, celebrado en la Ciudad de Mar del Plata el día 6 de octubre de 2017,

DECLARA:

1) Que resulta necesario que las garantías reales que integran un sistema jurídico estén dotadas de publicidad registral a fin de hacer cognoscible el privilegio del acreedor frente a terceros.

2) Que considerando la importancia que poseen las empresas y emprendedores individuales del sector público y privado dentro de un sistema económico, es fundamental poner a disposición de los mismos un sistema de garantías reales que les permita acceder a vías de financiamiento en miras al desarrollo de sus objetivos.

3) Que los negocios jurídicos sobre los grados o rangos de las garantías reales son herramientas que han demostrado su gran utilidad. En atención a esto se recomienda dotar de vocación registral a los documentos portantes de este tipo de negocios jurídicos a fin de hacer cognoscible la modificación en el orden de prelación de los acreedores.

4) Que resulta adecuado a la mejor publicidad de las garantías reales su toma

de razón mediante la técnica registral del folio real, teniendo como eje base de los asientos practicables el objeto de tales garantías.

5) Que atendiendo al valor seguridad jurídica necesario en todo sistema, resulta fundamental que las técnicas de registración y en particular el contenido de los asientos registrales correspondientes a las garantías reales, sean suficientemente completos, íntegros y claros de forma tal de coadyuvar al tráfico jurídico de los bienes sobre los cuales radican tales garantías.

6) Que es recomendable que los sistemas jurídicos ofrezcan a sus actores económicos un esquema de derechos reales de garantía alternativos. Herramientas diferentes a la clásica hipoteca, resultan eficientes mecanismos de financiamiento en los mercados actuales y precisan estar dotados de publicidad registral, en miras a resguardar la seguridad jurídica.

XVII JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA

CANCÚN, MÉXICO, 10 AL 12 DE NOVIEMBRE DE 2017

Tema I: Intervención notarial en la tramitación sucesoria en Iberoamérica

CONCLUSIONES

Los coordinadores internacionales publicaron unas pautas que se circularon oportunamente. Se subdividió el tema en cuatro subtemas:

a) La actualización del derecho de sucesiones
b) Normas sucesorias en derecho internacional privado
c) Sede notarial para la tramitación sucesoria y
d) Registro de actos testamentarios.

En respuesta a esas pautas, 7 países presentaron ponencias escritas (Argentina, Brasil, Costa Rica, España, México, Puerto Rico y Uruguay). Adicionalmente se recibió el insumo de otros 5 países (Paraguay, Perú, Bolivia, Ecuador y Guatemala.)

Analizadas las ponencias y las discusiones, se llegan a las siguientes conclusiones:

Es de interés para la sociedad la flexibilización y disminución de las legítimas hereditarias a los fines de garantizar el respeto a la libre voluntad de las personas en lo que respecta a la disposición de sus bienes. Siempre guardando el debido equilibrio protector hacia los miembros de la familia. A título de ejemplo, los menores, adultos incapaces o con capacidad restringida, cónyuges o convivientes.

Las legislaciones nacionales deben encontrar un equilibrio entre la protección de los herederos forzosos y la libre circulación inmobiliaria de los bienes comprendidos en actos a título gratuito efectuados por el causante.

Se constata una profundización y diversificación en el reconocimiento de los derechos humanos en materia sucesoria. Es así que las legislaciones de América Latina han comenzado a reconocer derechos sucesorios a los convivientes, derecho de habitación al conviviente, la filiación por maternidad subrogada a favor de los padres que han acordado la realización de un proyecto parental, el matrimonio o la convivencia entre personas del mismo sexo y una protección preferencial a las personas discapacitadas.

Las leyes sucesorias nacionales no pueden establecer diferencia alguna en matrimonios del mismo o distinto sexo o con relación a personas transgénero conforme a los principios de Yogyakarta.

Habiéndose constatado las diferentes regulaciones sucesorias en derecho internacional privado que van de la unidad a la fragmentación pasando por diversos sistemas híbridos, resulta aconsejable seguir analizando el tema en futuros encuentros.

El notariado ha constatado el extraordinario desarrollo de los medios informáticos los cuales pueden ser aprovechados para la creación de una red informática sobre disposiciones de última voluntad, que podría catalogarse como un Registro Latinoamericano de Testamentos.

Para llegar a eso, deberán tramitarse diferentes vías no excluyentes entre sí que podrían ser las siguientes:

1. La creación *ex novo* de un registro nacional de testamentos en todos los países latinoamericanos.

2. La unificación en un registro nacional en aquellos países en que exista más de un registro.

3. Todos los registros en sede notarial deberán comenzar a concretar este proyecto.

4. Hacer saber a los ministerios de justicia, o aquellos ministerios que ejerzan sus funciones, la importancia de un registro de tal naturaleza para que los registros de naturaleza estatal se plieguen a este proceso.

Se recomienda seguir analizando la conveniencia en una etapa posterior de la expedición de un certificado sucesorio al estilo del reglamento sucesorio europeo.

Se incluye que en aquellos países donde los procesos sucesorios se realizan en sede judicial, deben extremarse las gestiones necesarias a los fines que en futuras reformas legislativas se contemplen la posibilidad de que los mismos se tramiten en sede notarial, principalmente cuando se trata de herederos forzosos o legitimarios y no hay conflicto entre ellos, o no hay entre los herederos, menores, personas con capacidad restringida o ausentes no declarados.

Se recomienda la actualización y presentación en la próxima sesión de la Comisión de Asuntos Americanos, para su eventual publicación, de la obra publicada en la Jornada Iberoamericana de 1996. Debe contemplar no solo el régimen sucesorio sino otras actividades no contenciosas relacionadas a las sucesiones y las normas sucesorias de derecho internacional privado.

Tema II: Sociedades mercantiles, actualidad y proyección

CONCLUSIONES

La inoponibilidad de la personalidad jurídica (desconsideración del velo corporativo) es un instituto que se encuentra plenamente vigente en la actualidad y con su adecuada aplicación, contribuiría con la eliminación de los graves problemas de corrupción, lavado de dinero, evasión, y muchos otros delitos o malas prácticas, que tanto contaminan nuestra sociedad.

En el desarrollo de cualquier actividad comercial, empresarial o industrial, las sociedades comerciales han sido el vehículo por excelencia para ello, y el elemento determinante es su personalidad jurídica, es decir, ser un sujeto de derecho distinto a la persona de los socios o accionistas, con patrimonios completamente separados.

El velo corporativo es una garantía y un principio de seguridad jurídica que separa el patrimonio de las personas morales del de sus socios.

La inoponibilidad de la personalidad jurídica (el corrimiento del velo corporativo) es una herramienta procesal encaminada al desconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad, cuando esta es utilizada en fraude a la ley, violando el orden público, o con fraude y en perjuicio de los derechos de los socios, accionistas, o terceros.

Lejos de amenazar el concepto de personalidad jurídica, la correcta aplicación de esta herramienta, constituye una de las formas más efectivas de protegerla. El uso abusivo de aquella desvirtúa su finalidad, la debilita, la corrompe; y los actores del derecho estamos obligados a corregirlo toda vez que ello suceda.

Es absolutamente preferible contar con una correcta regulación del instituto en nuestros ordenamientos jurídicos, la cual debe definir con claridad los presupuestos que admiten su procedencia, así como también los límites de su alcance y efectos (solo para el caso concreto y no afectando terceros de buena fe), exigiendo asimismo, una prueba fehaciente de aquellos. A no tenerlo que podría derivar en un uso indiscriminado del mismo afectando la seguridad jurídica.

La norma debe ser mesurada, sin embargo no debe propender a la restricción en demasía del uso de la herramienta, sino que debe señalar el camino para su apropiada utilización.

Los actores del derecho debemos estar atentos, pues la defensa en forma cegada de la personalidad jurídica, ha permitido su abuso. Sólo la protegeremos si empleamos todas aquellas herramientas que sirven para fortalecerla.

Y la realidad ya nos ha mostrado de forma innegable que el abuso de las personas jurídicas ha facilitado el encubrimiento de numerosos delitos graves y malas

prácticas que tanto dañan a la humanidad, ejemplo de ello son el terrorismo, la corrupción, el lavado de activos, la evasión, el ocultamiento de bienes, etc.

Depende únicamente de todos los involucrados utilizarla en aras de una sociedad con una mayor equidad y justicia.

Tema III: La actuación notarial y la defensa de los derechos del consumidor

CONCLUSIONES

Los notarios participantes en la XVII Jornada Notarial Iberoamericana, convocada por la Comisión de Asuntos Americanos de la UINL, después de estudiar y debatir sobre las ponencias presentadas por los distintos países de Iberoamérica para el Tema 3, han llegado a las siguientes conclusiones y recomiendan a los notariados miembros de la CAA de la UINL, que insten a sus autoridades, en beneficio de los ciudadanos de los países de Iberoamérica, a que adopten las medidas que se proponen en estas conclusiones que fueron aprobadas por unanimidad:

1°. Los poderes públicos tienen el deber de garantizar por medio de sus instituciones la defensa de los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, y promover su información y educación. Entre estas instituciones que han de contribuir a la efectividad de los derechos de los consumidores, están los notarios.

En la contratación con consumidores la principal obligación del notario, tanto desde el punto de vista formal como material, será cuidar diligentemente por el respeto del ordenamiento jurídico y por la defensa de los derechos básicos de los consumidores.

2°. La libre elección del notario por el consumidor contribuye a garantizar la imparcialidad e independencia de los notarios frente a los contratantes en masa. El consumidor tiene el derecho a elegir al notario que crea conveniente y le merezca mayor confianza.

La libre elección de notario por el consumidor es básica para la correcta concurrencia entre notarios, y evita abusos del contratante en masa y la competencia en laxitud.

3°. La existencia de notarios dependientes, empleados o a sueldo de una entidad de crédito u otro contratante en serie, atenta contra los derechos de los consumidores, y es contraria a la imparcialidad e independencia que ha de presidir la función notarial y a los principios de la Unión Internacional de Notariado (UINL).

La independencia e imparcialidad es imprescindible para el correcto ejercicio de la función notarial, y va dirigida a proteger a la sociedad y, en especial, al contratante débil.

Los notarios dependientes o empleados a sueldo de uno de los contratantes, no pueden ser calificados como tales, y a los documentos que autorizan no deben atribuirse los privilegios y efectos de los instrumentos públicos ya que ello constituiría un atentado a los derechos del consumidor y a la igualdad entre contratantes.

Estas figuras extravagantes no pueden ser amparadas por la legislación de los estados que proclaman el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, ya que constituyen un privilegio injustificable en favor de uno de los contratantes, y su existencia facilita desigualdades, abusos y desequilibrios.

4º. La garantía de los derechos de los consumidores exige que el notario preste su función en régimen de absoluta independencia de cualquier contratante, sin que puedan existir circunstancias que, ni siquiera en apariencia, pongan en riesgo o dificulten tan esencial nota. Tal situación se pone en evidencia cuando un contratante en masa deriva o asigna a uno o varios notarios excesivas cantidades de trabajo, o cuando mantiene vinculaciones económicas con aquel/los.

Las prácticas que circunscriben la elección del consumidor a un número limitado de notarios, previamente seleccionados por la entidad de crédito, o las que la limitan a los que mantienen vinculaciones económicas con la entidad (cuentas, préstamos, seguros, suscripción de productos), son abusivas, contrarias a la independencia del notario y al fundamental derecho del consumidor a elegir el que más confianza le merezca.

En cada país, las instituciones reguladoras y supervisoras, en especial las de los notariados y las que controlan a las entidades financieras, deben establecer medios eficaces que eviten estas prácticas abusivas.

5º. El derecho del consumidor a la libre elección del notario es irrenunciable. La práctica que impida o dificulte ese derecho es contraria a la transparencia y debe ser considerada abusiva. Son abusivas las cláusulas que contengan pactos de renuncia o transacción respecto al derecho del consumidor a la elección del notario.

6º. La información es un derecho básico de los consumidores. El empresario que contrate bajo condiciones generales ha de facilitar información completa al consumidor en tiempo oportuno. También debe facilitar al notario, con la antelación suficiente, la información completa con los contenidos y documentos necesarios para la elaboración del documento, a fin de que el consumidor pueda requerir especificaciones y asesoramiento del notario en los días previos, y no sólo el día del otorgamiento.

7º. El notario, antes de autorizar, ha de asegurarse de que el consumidor

sólo celebra el contrato previa reflexión suficiente, con pleno conocimiento de su alcance jurídico y económico, y que presta un consentimiento libre e informado, de todo lo cual se debe dejar constancia instrumental.

8°. Los notarios han de contar con regulaciones adecuadas que les provean facultades, herramientas y medios, en orden a velar por el cumplimiento de los requisitos de transparencia e incorporación, en los contratos donde intervengan consumidores. Siempre deberá contar con competencias suficientes para comprobar que el consumidor ha recibido la información precontractual exigida por las normas de protección, de forma adecuada y completa con antelación suficiente y, en caso contrario, negar la autorización.

9°. El deber de imparcialidad del notario desaconseja que el lugar del otorgamiento y autorización sea la sede de las entidades de crédito o de las empresas que contratan en masa con los consumidores. En estos casos, la posición de imparcialidad del notario, su independencia y la separación de las actividades podrían ser cuestionadas. Se recomienda que la instrumentación de documentos en los que intervengan consumidores se realice en la oficina notarial. Además, razones de seguridad jurídica y eficacia aconsejan esta solución.

10°. El papel del notario en el control de incorporación y de contenido entra de lleno en su obligación de velar por la legalidad formal y material de los actos o negocios jurídicos que autoriza.

11°. El notario, en su función de asesoramiento y control de legalidad, puede además dejar constancia en el documento, a los efectos probatorios, de cuáles fueron los protocolos o actuaciones específicas adoptados por el empresario para dar cumplimiento a su propio deber especial de transparencia.

Con las constancias en el documento se puede patentizar el control notarial que se lleva a cabo al autorizar escrituras relacionadas con consumidores, se evitan impugnaciones y se gana en seguridad jurídica.

12°. El notario no es un asesor de parte, por lo que debe aconsejar con imparcialidad a todos los contratantes; ese asesoramiento ha de ser equilibrador a fin de paliar las desigualdades informativas entre los contratantes.

13°. El notario ha de tener un deber de especial protección para con el otorgante más necesitado de ella, el cual en muchas ocasiones será un consumidor, y respecto del cual el deber de asesoramiento e información ha de ser más intenso.

14°. El notario es el primer filtro para evitar que se incluyan en los contratos contenidos prohibidos y cláusulas declaradas por la ley o los tribunales como abusivas. En este sentido son más eficaces, desde el punto de vista jurídico y económico, los controles preventivos a fin de dotar de confianza a la contratación, y disminuir la posterior conflictividad.

El notario debe denegar la autorización cuando se pretenda incluir en un contrato: cláusulas contrarias a normas imperativas o prohibitivas, cláusulas abu-

sivas expresamente incluidas por la ley en listas negras, o cláusulas declaradas como abusivas por la jurisprudencia.

15°. El arancel u honorario notarial debe ser fijado, y su cumplimiento supervisado, por la autoridad competente a fin de garantizar el acceso al servicio público a todos los ciudadanos, evitar desigualdades entre los otorgantes y garantizar la independencia del notario. "La circunstancia de que las actividades notariales persigan fines de interés general tendentes, en particular, a garantizar la legalidad y la seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares constituye una razón imperiosa de carácter general que permite justificar … la limitación de su número o de sus competencias territoriales, o incluso su régimen de remuneración, de independencia, de incompatibilidad, o de inamovilidad" (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencias del 24 de mayo de 2011 y del 09 de marzo de 2017).

El arancel u honorario fijado por la autoridad deberá ser puesto en conocimiento previo de los consumidores y usuarios. Las herramientas tecnológicas pueden facilitar su aplicación, control y cumplimiento.

16°. La garantía de calidad, la correcta vigilancia del ejercicio de la función notarial, la imparcialidad y los derechos del consumidor exigen que en cada país exista un número adecuado de notarios, que garantice su idoneidad y haga posible su constante vigilancia y supervisión. Tan inconveniente es tener un número excesivo como reducido de notarios para dar un buen servicio a la sociedad.

17°. Dada la relevancia que tiene la contratación financiera, inmobiliaria y vehicular, para la buena marcha de la economía de los países, la autoridad competente deberá proveer los medios y adoptar las medidas necesarias a fin de garantizar la independencia, capacitación y solvencia de los notarios.

18°. La contratación inmobiliaria, de vehículos a motor, la constitución de sociedades y sus reformas, la transmisión de acciones y participaciones, y la contratación hipotecaria y financiera debe, por razones de seguridad jurídica, de transparencia, de protección del consumidor, de lucha contra el blanqueo de capitales y en beneficio de la sociedad, realizarse en instrumento público notarial.

En Cancún, México, a 11 de noviembre de 2017

XXVIII ENCUENTRO NACIONAL DEL NOTARIADO NOVEL XIX JORNADA NOTARIAL DEL CONO SUR

SAN SALVADOR DE JUJUY, 23 AL 25 DE NOVIEMBRE DE 2017

Tema I: Sucesiones internacionales

Coordinadores internacionales: María Losardo (Argentina); Débora Fayad Misquiati (Brasil); Ilsa Santos Avalos (Paraguay); María Laura Capalbo Alzogaray (Uruguay)

Coordinador nacional: Miguel Antun
Subcoordinadora nacional: Emilia Flores

Relatores: Rodolfo Vizcarra (Argentina), Adriana Bellenda Peri (Uruguay)

Comisión redactora: Alejandro Achard, Verónica Alberio, Miguel Antun, María Julieta Araya, Talita Seiscento Baptista, Nahir Barrancos Juri, Adriana Bellenda Peri, María Florencia Caceres. Débora Fayad Misquiati, María Emilia Flores, Eugenia Gueret, María Losardo, María Soledad Masi, María Sol Mercado, José Leandro Parajon, Rodolfo Vizcarra

Teniendo como base las pautas establecidas, se presentaron catorce trabajos, cuyos autores provenían de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, de los cuales todos fueron expuestos verbalmente.

Analizados los trabajos con sus ponencias y las discusiones, se abordaron las siguientes

CONCLUSIONES

1) Las normas de jurisdicción internacional son normas directamente aplicables a la competencia notarial internacional.

2) Cuando reglas de jurisdicción sucesoria general coexistan con reglas específicas de jurisdicción en materia de inmuebles, es aconsejable entender que la jurisdicción es concurrente, pudiendo intervenir cualquiera de los jueces/notarios en relación al sucesorio del inmueble; aplicándose eventualmente las reglas de litispendencia internacional. Esta conclusión es aplicable a la fecha en Argentina, por adoptar los países de Brasil y Uruguay, un régimen de fraccionamiento en materia de jurisdicción.

3) Se propone la no judicialización en el reconocimiento de sucesiones sustanciadas en el extranjero.

4) Se recomienda que los estados americanos en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) y/o en el marco del Mercosur, adopten un tratado internacional en materia de derecho internacional privado sucesorio, a los efectos de unificar las normas de conflicto, teniendo como referencia el Reglamento Europeo sobre Sucesiones 650/12.

5) Se propone la creación de un Certificado Único Sucesorio Transfronterizo, con intervención del notario, quien sea el autor y expida el mismo.

6) En aquellos países, como Argentina y Paraguay, donde los procesos sucesorios son competencia exclusiva del poder judicial, propugnamos que se contemple una reforma legislativa que incluya la tramitación sucesoria en sede notarial, siempre que no se encuentren en juego intereses de menores e incapaces y/o sean litigiosas, por ser los actos de jurisdicción voluntaria atribuibles a la competencia notarial.

7) Entendemos que la sucesión notarial conlleva entre otras a las siguientes ventajas por sobre la sucesión en sede judicial: mayor celeridad en el trámite e inmediatez en la recepción de la voluntad de las partes; matricidad y completividad propia del documento notarial; descongestionamiento de los fueros judiciales y ventajas económicas tanto para las partes como para el Estado.

8) Se recomienda profundizar el análisis y adoptar un criterio armónico y/o convencional relativo al impacto de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los diferentes tipos de familia en las sucesiones internacionales.

9) Se propone la creación de un Registro Nacional de Testamentos en cada uno de los países americanos y la interconexión de éstos, con el resto de los registros del mundo.

10) Los países de Argentina, Brasil y Paraguay, reconocen el testamento ológrafo, a excepción de Uruguay. Dadas las diferencias legislativas con la región, se recomienda que Uruguay adopte una norma de conflicto similar a la de sus países vecinos, flexibilizando el reconocimiento de testamentos no receptados por dicho país y celebrados en extranjero.

11) La excepción de orden público internacional es de interpretación restrictiva, debe recurrirse a ésta en situaciones excepcionales, cuando la aplicación del derecho extranjero implique la vulneración de principios fundamentales que inspiran el orden público de los países.

Reunidos en Sesión Plenaria en la ciudad de San Salvador de Jujuy, a los veinticuatro días de noviembre del año 2017, el Notariado Novel del Conosur, aprueba por unanimidad las conclusiones antes detalladas.

Tema II: Derechos reales de garantía

CONCLUSIONES

En la ciudad de San Salvador de Jujuy, Provincia de Jujuy, a los veinticuatro días del mes de noviembre de 2017, se reúne la comisión redactora integrada por el coordinador internacional Federico Orduña Salas; coordinadora por Argentina Fernanda Almada Heredia; subcoordinadora por Argentina Lucía Pujol; coordinador por Brasil Wendell Jones Fioravante Salomào; coordinador por Paraguay Nicodemus Ortigoza Gómez; Coordinadora por Uruguay Alicia González Bilche y los siguientes ponentes: Sofía Teresa Scotti, Enzo Fabián Galleguillo, Vanina Perrón, Valeria Calabrese, Jessica Linna, Berenice Guadalupe Bisogni, Ana Paula Rodao, Alejandra Eugenia Romero, María Luisa Machado Collinet, Diego Fuentes Brito, Edison Cáceres, Romina Molas, Verónica Duré, Manuel José Carricajo, Gustavo Boccolini, Alejandra Ferreira, Gabriela Tolli, Macarena González Sendin, Diego José Mayordomo, Germán Toye y Pedro Facundo Saenz.

Relatores: Pedro Facundo Saenz y Enzo Fabián Galleguillo.

Se presentaron 30 trabajos, de los cuales 28 fueron expuestos, arribándose a las siguientes conclusiones:

- Se recomienda la intervención notarial en el otorgamiento de todo derecho real de garantía en orden a asegurar el debido asesoramiento, el equilibrio con-

tractual y la prevención de conflictos; adoptando mecanismos de digitalización a los efectos de agilizar los trámites notariales.

- El derecho real de garantía puesto al servicio del crédito, constituye un aval de sumo valor para garantizar el cumplimiento de la obligación, por tanto, se convierte en un medio para estimular el desarrollo económico de las personas humanas y jurídicas y, a su vez, de los países.

- Respecto de las garantías sobre derechos de propiedad intelectual, se propone impulsar el estudio a fin de elevar proyectos legislativos que contemplen un tratamiento unificado a nivel sudamericano. Debe ser el notariado quien tome la iniciativa respecto a este tema que se encuentra en pleno desarrollo en términos económicos a nivel mundial.

- Se recomienda que la prenda con registro o sin desplazamiento se otorgue por escritura pública, tal como lo es actualmente en el derecho paraguayo respecto de los bienes registrables.

- El *warrant* constituye una garantía sobre mercaderías, respaldada con la garantía prendaria que figura en el mismo instrumento. Ésta se presenta como una excelente alternativa para obtener financiación en un mercado transparente y competitivo. Recomendamos profundizar el estudio de este instituto para generar alternativas contractuales.

- En Argentina, la constitución de derechos reales de garantía cuyo monto es convenido en moneda extranjera, es plenamente válida y cumple con el principio de especialidad en cuanto al crédito.

- Las hipotecas que garantizan créditos con cláusulas de actualización de tipo UVIs y UVAs satisfacen el principio de especialidad en cuanto al crédito y constituyen obligaciones de valor conforme el artículo 772 del CCyC.

- En mayoría, consideramos que debe aplicarse el plazo de 20 años para la caducidad registral de las hipotecas otorgadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 27.271 y de 35 años para las otorgadas con posterioridad a esa fecha.

- A los fines de determinar la norma aplicable al cómputo de dicho plazo deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley Nacional 17.801.

- En disidencia, la minoría entiende acertada la aplicación del art. 2210 del CCyC a las hipotecas vigentes a la entrada en vigencia de la Ley 27.271, ya que su caducidad es un efecto pendiente de cumplimiento, regido por el principio de aplicación inmediata de la ley.

- Es necesario unificar criterios a nivel nacional en relación al ámbito de aplicación temporal del actual art. 2210 CCyC, con el objeto de no obstaculizar el cumplimiento del fin buscado por la Ley 27.271.

- En virtud de lo dispuesto por el artículo 2 del CCyC, el art. 2210 del mismo cuerpo legal, modificado por la Ley 27.271 de Sistema de Ahorro para

el Fomento de la Inversión en Vivienda (Casa de Ahorro), debe ser interpretado sistemáticamente con lo dispuesto por las normas de Protección de los Derechos del Consumidor y a la luz del art. 2537.

- Es necesaria una norma de derecho transitorio que determine el cómputo del plazo de caducidad de los efectos de inscripción de aquellas hipotecas cuyo asiento registral se encontraba vigente al momento de la entrada en vigor de la Ley 27.271, admitiéndose la previsión de regímenes especiales, en caso de ser necesario.
- En caso de subsistencia de la cláusula de inembargabilidad con posterioridad a la cancelación de derechos reales de hipoteca constituidos a favor de entidades bancarias oficiales, el titular dominial podrá, sin necesidad de conformidad alguna del acreedor hipotecario, rogar el levantamiento de dicha cláusula.
- El derecho real de hipoteca constituido por el superficiario sobre el derecho de plantar, forestar o construir, se subroga, por imperio del artículo 2194 del CCyC, a las plantaciones o construcciones luego erigidas, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.
- Se recomienda la confección de un documento cartográfico al momento de la constitución del derecho real hipoteca sobre una parte materialmente determinada del inmueble afectado a superficie, a fin de individualizar el objeto y brindar seguridad a las partes.
- El derecho real de anticresis, se presenta como una opción atractiva para generar y respaldar nuevos negocios e inversiones al poder constituirse sobre bienes muebles registrables en la Argentina, recomendándose su extensión al Uruguay y su reincorporación a la legislación paraguaya. Los notarios tenemos la posibilidad y la responsabilidad de asesorar a las partes, fomentando su otorgamiento por instrumento público.
- Se recomienda al notariado una redacción clara de la forma de imputación de los frutos al pago de la deuda garantizada con anticresis a fin de evitar posibles contiendas judiciales.

Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

Áreas y Comisiones Asesoras

PRESIDENCIA / *Ignacio Javier SALVUCCI*

Comisión de Personas Jurídicas
Presidente: Silvia Rosa Enseñat
Miembros: Brenda Antollini; Marcela A. Muscariello; Elina Inés Carreira; María Alejandra Borelli; Vilma Claudia Rosello; Laura Inés Vázquez; Elisa Verónica Morello y Augusto Zuelgaray

Unión Internacional del Notariado

Consejo Federal del Notariado Argentino

Federación de Entidades de Profesionales Universitarios (FEPUBA)

Relación con la Dirección Provincial de Personas Jurídicas y el Ente Provincial

VICEPRESIDENCIA 1° / *Maximiliano MOLINA*

Comisión de Deportes y Recreación
Presidente: Julián Eduardo De Marco
Miembros: Matías Castro; Carla Merlini; Fernando Pino; Fiorella Pía Cacace; Luciano José Loraschi; Joaquín Castro Feijóo y Luis María Flores

Comisión de Imprenta
Presidente: Alejandro Omar Etchart
Miembros: Mercedes Rosa Pérez; Raúl Armando Olocco; Juan Manuel Area; Rubén Diego Cavagna; Fausto Basanta; Carlos Federico Ballestrin; Analía Josefa Mangas; Juan Miguel Tamborenea

Comisión de Seguros
Presidente: Marcela Edith Rapa
Miembros: Juan Pablo Berne; Lidia Rossi; Carla Fiori; Matías Wertheimer; María del Pilar Llorens Rocha; Ramón Tabaré Canicoba y Nilda Cecilia Saling

Comisión de Regularización Dominial
Presidente: Alejandro Alberto Glaría
Miembros: Cecilia Cuitiño; Luis César Marinelli (h); María Isabel Ludevid; Esteban Bedoya; Patricio Gabriel Galiano; Luciana Gabriela Bernardo; Julio Hernán Draque y Juan Luis Cadierno

Archivo de Actuaciones Notariales

Departamento de Registros Especiales

Departamento de Inspección General

Taller de Producción Gráfica

Oficina de Regularización Dominial y Vivienda Social

VICEPRESIDENCIA 2° / *Susana SURACE*

Comisión de bancos
Presidente: Silvia Gabriela Giler
Miembros: Alejandro Nicolás Loyacono; Ignacio Fioramonti; Emmanuel Ojeda Georgieff; Juan Matías Morrone; Amalia Suhilar; Liliana Greco y Javier Delgado

Comisión de Noveles
Presidente: Andrés Esteban Sabelli
Miembros: Andrés Martínez (h); Aldana Miliozzi; Juan Tomás Herrera; Emiliano Raúl Villalba; Juana Bovati; Lucas Del Grosso; Marcos Heredia y Juan Andrés Bravo

Asesoría Notarial Personalizada

Asesoría Tributaria

Delegados de la Universidad Notarial Argentina

Fundación Editora Notarial

Tribunal de control de los RNRD

Tribunal Notarial

SECRETARÍA DE GOBIERNO / *Federico José RODRÍGUEZ ACUÑA*

Comisión de Asuntos Fiscales y Administrativos
Presidente: Brígida Gloria Raffo
Miembros: Fernando Esteban Lagae; Marina Susana Eyras Villar; Nicolás Máspoli; María Cecilia Gutiérrez; Jorge Daniel Biglieri; Sebastián Lassalle; Valeria Débora Bezruk y Jorge Horacio Concepción

Comisión de Comunicaciones
Presidente: Adriana Myrtha Sosa
Miembros: Gabriela Verna; Alejandro José Longobucco; Gerardo Agustín Clavin; Paula Analía Ortiz de Zárate; Mariano Costanzo; Patricia Edith Montes, Mariana Patricia Melchiori y Juan Manuel Espil.

Comisión de Concursos
Presidente: Nelly Olga López
Miembros: Natalia Blasi; Domingo José Bacchiega; María Alejandra Re; Estefanía Casati; María Cecilia López; Fabiana Balzano Scioletta y Estela Zubiaurre

Grupo de Asesores Registrales
Coordinador: Luis Felipe Basanta
Miembros: María Alejandra Cruz; Pablo Álvarez; María del Carmen Kiricos; Mónica R. Corti; Mario Germán Bordenave; Viviana Pellegrino; Carlos Martín Pagni; Sonia Mabel Cardozo; Verónica Estela Storti; Mariana Armendariz; Alfredo Ceferino Troilo Marcos; Ana Antonieta Lavecchia; Gabriela Alejandra Vaccaro; Milena García; Sebastián Ugalde y Guillermo A. Borges.

Centro Institucional de Mediación

Sitio web institucional (www.colescba.org.ar)

Relación con la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad

Relación con ARBA

Relación con las municipalidades

Boletín Informativo

SECRETARÍA DE RELACIONES INSTITUCIONALES / *Mauricio Rodolfo ESPONDA*

Comisión de Bibliotecas
Presidente: Armando Luis Arcone
Miembros: Ana Clara Diana; María Luján Giacomino; Silvia Beatriz Salem; Nilda Beatriz Rosa; Nora Mabel Georgieff; Romina Trentin y Graciela Beatriz Curuchelar

Comisión de Compromiso Social, Vivienda y Hábitat
Presidente: Marcos María Badillo
Miembros: María Jimena Brusco; María Josefa Errasti; María Eliana Suárez; Manuel José Carricajo; Roberto Pablo Silbert; Graciela Noemí Rodríguez y Francisco Chicote

Comisión de Derechos Humanos
Presidente: Marta Mabel Inorreta
Miembros: Virginia Hilda Baccini; María Paula Etchart; Manuel Aguilera; René Carlos Casas; Agustín Carlos Omar; María Lucía Cajarville; Marcela Viviana Spina y María Andrea Sánchez Negrete

Comisión de Extensión Cultural
Presidente: Kelina Dinet López
Miembros: Gabriela Sabio; Hernán Itoiz; Ana María Unchalo; María Victoria Casas; Patricia Mónica Etchegoyen; Ariadna Florencia Eva Torchia y Aníbal H. Espinosa Viale

Biblioteca Jurídica Central "Dalmacio Vélez Sarsfield"

Convenio con la Fundación Æquitas

Escuelas apadrinadas

Relación con la Legislatura

SECRETARÍA DE ASUNTOS PREVISIONALES / *Ramiro María FLORES*

Comisión de Atención de la Salud
Presidente: Pablo Alejandro Di Giano
Miembros: Juan Esteban Fal; María Carolina Méndez; María Lía Iriarte; Marcia Della Rosa; Cora Fidela Ocampo; Leticia Emma Garello; Elba Frontini; Miguel Angel Queirolo; Martín Guerrieri; Mónica Juana Bolontrade; Natalia Martínez Dodda; Laura Marisa Patricio; Mónica Esther Saluppo; Evelyn E. Steinhaus; Gustavo Alfredo Silva y Raúl A. Borges

Comisión de Jubilaciones y Subsidios
Presidente: Laura Susana Montani
Miembros: Adda Gramolini; Susana María Wallace; Roberto Adrián Favelis; Néstor José Zaccardi; Horacio Ramón Iribarren; Rodolfo Carlos Ruzzante y Rebeca Waisman

Comisión de Préstamos y Turismo
Presidente: Gustavo Emanuel Mittica
Miembros: Eugenia Bagnoli, Javier Francisco Santarone; María Florencia Moussou; Juan Pedro Calou; Carolina Andrea Martínez; Daniel Cristian Franco; Pedro Abel Ilarregui y Gustavo Carlos Gorg

División Atención de la Salud

División Jubilaciones y Subsidios

División Préstamos y Turismo

SECRETARÍA DE APORTES / *María del Rosario PASO*

Comisión de Aportes
Presidente: Marina José Catania
Miembros: Marina Gabriela Arana; Alicia Noemí Broccardo; Santiago Martín Taborda; María Silvina González Taboada; Cintia Edith Pesciallo; Eugenia Inés Zarranz y María Belén Urraco

Comisión de Interpretación de Arancel y Facturaciones Notariales
Presidente: María Alejandra Valero
Miembros: Verónica Echeverría; César Mariano Carleschi Gil; Valeria Laura Pepe; María Emilia Chalela; María Fernanda Lorenzo Mendy; Mercedes Braga Fusta y María de los Ángeles Pablos

Asesoría de Aportes

SECRETARÍA DE ASUNTOS LEGALES Y DOCUMENTACIÓN DIGITAL / *Néstor Daniel LAMBER*

Comisión de Congresos, Jornadas y Encuentros
Presidente: Fátima Liliana Cosso
Miembros: Marcela Voiscovich; Ana Clara Galeazzi; Delfina Etchart; Maisa L. Di Leo Recalde; Verónica Andrea Galiana; Malvina Julia Zalabardo; Cecilia Dubini y Carolina Boltiansky

Comisión de Informática
Presidente: Walter César Schmidt
Miembros: Pablo Oscar Galletti; Gastón Javier Bavera; Valeria Lourdes Dorantti García; Rosario Zabala; María Natalia Sequeiro; Luis Eugenio Manassero Vilar; Norberto Gustavo Soler y Enrique Javier Jonas

Comisión de Legislación y Jurisprudencia
Presidente: Karina Vanesa Salierno
Miembros: Pablo Oscar Galletti; Gastón Javier Bavera; María Losardo; Karen Maína Weiss; Sebastián Cosola; Rodolfo Vizcarra; Mariana Hefling; Mariela Gatti; Luis Rogelio Llorens y Esteban Pedro Morán

Departamento Comunicaciones

Instituto de Derecho Registral

Instituto de Derecho Tributario

Instituto de Documentación Digital

Universidad Notarial Argentina

Sistema Orgánico de Información Notarial (SOIN)

Revista Notarial

SECRETARÍA DE ADMINISTRACIÓN / *Guillermo Aníbal LONGHI*

Comisión de Personal y Administración
Presidente: Fernando Javier Larre
Miembros: Roberto Daniel Mayo; Marcela Elizabet Pizarro; Daniela Paula Magnoni; Mariano Castelucci; Leopoldo Bernard; María Florencia Peries y María Luz Gómez

Departamento de Recursos Humanos

Coordinación de Gestión

TESORERÍA / *Fernando Gabriel SÁNCHEZ*

Comisión de Finanzas
Presidente: Francisco José Rocca
Miembros: Diego Gustavo Giacomelli; Julián Matías Castro; Nicolás Cavagna; Ignacio Agustín Vilhena; Pablo Hugo Migueles; Salvador Antonio Cocozza y Andrés Passeggi Aguerre

Comisión de Presupuesto y Convenios
Presidente: Martín Ariel Ferrari Riganti
Miembros: Fernando Alfredo Villagarcía; Martín Hernán Bruzzo y Santiago Luis Vassallo

Comisión Especial Registral
Presidente: Diego Luciano Carbajal
Miembros: Carlos Ressia; Gonzalo Ricardo Arizmendi; Gabriela B. Figueredo; Esteban Rafael Tisnés y María Eugenia Monarca

PROTESORERÍA / *Eduardo Mario de Jesús RIVAROLA*

Comisión de Edificios
Presidente: Diego Leandro Molina
Miembros: Florencia Squirru; Daniela Villores; Rubén Horacio Arrambide; Gustavo Martín Gortari; Mabel Eulalia Rodríguez; María Beatriz Aguirre; Pedro Salvador Cocozza y Mariano Martín Guerra

Comisión de Hacienda
Presidente: Jorge Ignacio Cambet
Miembros: Maricel Hermida; Ernesto Carlos Antollini; María Paula Velilla; Marisa Alejandra Martín; Carlos María Insúa (h); Juan Pablo González Fortini; Paula Mariana Marello; Marcelo E. Solari del Valle Ferrari; Fernando Riaño Laboranti; Guillermo Martín Álvarez; Esteban Horacio Colabella; Nicolás Alejandro Ruzzante; Paola Julieta Pierri; Teresa María de los M. Gasparín; Silvia Marcolin y Eduardo A. Brizuela

Organismos Notariales

ARCHIVO DE ACTUACIONES NOTARIALES

CENTRO INSTITUCIONAL DE MEDIACIÓN

Directora: Graciela Beatriz Curuchelar
Secretaria: Nora Mabel Georgieff
Tesorero: Norberto Gustavo Soler
Colaboradora: Mariana Rospide

CENTRO NACIONAL DE NÓMINA DE ESCRIBANOS Y DE ANOTACIÓN DE SANCIONES

Directora: Marta Raquel López

DEPARTAMENTO DE REGISTROS ESPECIALES

(Registro de Testamentos, Registro de Rúbrica de Libros de Consorcios de Copropietarios - Ley 13.512 y Registro de Actos de Autoprotección)
Directora: Marta Raquel López
Subdirectora: Claudia Maceroni

DEPARTAMENTO DE INSPECCIÓN GENERAL

Inspectora General interina:
Olga Haydée Arreseygor
Cuerpo de inspectores:
Juan Pablo Alegre, Ana María Bucciarelli, Carlota Caracciolo, María Cristina Catalano, Ramiro Hernán Ceballos Depaoli, Francisco Alejo Roberto Domínguez Journet, Silvia Elena Doratti, Federico Ricardo Gastaldi, Julieta Glaría, Oscar Rodolfo Leggeri, María Antonia Maggi, Hilda Julia Manzanal, María Rosa del Milagro Martín, Luis Alberto Milani, Virginia Milani, Horacio Tiburcio Molina, Evangelina Moreno, Ana María Oneto, María Teresa Pellegrini, Jorge Alberto Pollono, Selene Eva Posteraro Sanchez, Matías Scandroglio, Martha Susana Torre y Gladys Edith Verzeri

FUNDACIÓN EDITORA NOTARIAL

Comité Ejecutivo
Presidente:
Ignacio Javier Salvucci
Vicepresidente y Directora Ejecutiva:
Susana Surace
Secretaria:
María del Rosario Paso
Tesorero:
Eduardo Mario de Jesús Rivarola
Vocales:
Eduardo Gabriel Clusellas y Nicolás Máspoli

TRIBUNAL ESPECIAL DE CONTROL DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS RNRD

Miembros titulares:
María del Rosario Paso
Luis César Marinelli (h)
Osmar Ariel Pacho

Universidad Notarial Argentina

CONSEJO DIRECTIVO

Rectora
Cristina N. Armella

Vicerrectora
Adriana N. Abella

Secretaria
Malvina Julia Zalabardo

Prosecretario
Jorge Raúl Causse

Tesorero
Leopoldo Bernard

Vocales
Norberto R. Benseñor
Alejandro D. Míguez

Consejo Consultivo Honorario
Augusto Mallo Rivas
Néstor O. Pérez Lozano

Guardasellos
Jorge F. Dumón

Doctores Honoris Causa
Rafael Núñez Lagos (†)
José María Mustapich (†)
Carlos Alberto Pelosi (†)
Juan Vallet de Goytisolo (†)
Aquiles Yorio (†)
Alberto Villalba Welsh (†)
Carlos Cossio (†)
Ángel Martínez Sarrión (†)
Mauro Cappelletti (†)
Manuel Fraga Iribarne (†)
Augusto Mario Morello (†)
Eduardo M. Favier Dubois (P) (†)
Jorge Horacio Alterini
Luis Moisset de Espanés (†)
Félix A. Trigo Represas (†)

Sedes:
Avda. 51 N° 435
(B1900AVI) La Plata
Calle Guido 1841
(C1119AAA) Buenos Aires

Organismos con sede en el Colegio

TRIBUNAL NOTARIAL
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
Período 2016 - 2018
Presidente:
Víctor Adrián Stankievich

Miembros Titulares:
Rosa América Ciancio
Stella Maris Perdriel

Miembros Subrogantes:
Alicia Rosa Maida de Vaccaro
Ana María Portela
Mónica Alcira Rivero de Navas

ASOCIACIÓN DE JUBILADOS
Y PENSIONADOS NOTARIALES
Presidente: Rubén Darío Barriviera
Vicepresidente: Leyla Leonor Palumbo
Secretaria: Beatriz A. López Cafasso
Prosecretaria: Beatriz Gladys Castrillo
Tesorera: Ana María Unchalo
Protesorero: Rafael Alberto Nievas
Vocales titulares: Beatriz Ana Bologna, Dora Rosa Mc Britton, Graciela Ángela Lobato y Martha Beatriz Salas de Mallo Rivas
Suplentes: Alicia Mabel Dentone, Nancy Lucrecia Soria, Nilda Ramona Scorians de Rezza y Elvira Martha Yorio
Revisores de cuentas titulares: Alba Graciela Micheletti, Amanda Azucena Delavault y Noemí Irene García Eliggi
Suplentes: Raquel Norma Rodríguez y Lucía Elena Ruiz de Galarreta

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

Distinciones recibidas:

Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1967 en la Categoría Revistas Especializadas
Premio APTA - RIZZUTO año 1974 a la Mejor Publicación Científica Argentina
Premio APTA - RIZZUTO año 1995 a la Trayectoria en la Categoría Publicaciones Científicas
Segundo Accésit al Premio APTA - RIZZUTO año 1999 en la Categoría Publicaciones Científicas
Premio APTA - RIZZUTO año 2004 en Reconocimiento a la Trayectoria por sus 110 años de aparición ininterrumpida al servicio del periodismo especializado
Primer Accésit APTA - RIZZUTO año 2008 en la Categoría Revistas pertenecientes a Instituciones
Segundo Accésit APTA-RIZZUTO año 2012 en la Categoría Tapas

Impreso en el Taller de Producción Gráfica
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires,