



cen

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES

CUADERNO N°2

NOVIEMBRE 2006





cen

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES

CUADERNO N°2

NOVIEMBRE 2006





CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES

CUADERNO DEL CEN

NUMERO 2

Lomas de Zamora, noviembre de 2006

Dirección de la publicación

Rubén Augusto Lamber

Colaboran en éste número

Alberto ARAMOUNI

Eduardo Domingo BELMONTE,

Maisa Lorena DI LEO RECALDE

Silvina del Valle COLOMBO

Natalio Pedro ETCHEGARAY

Estela María FALOCCO

María Cecilia KLACHKO

Néstor Daniel LAMBER

Rubén Augusto LAMBER

Sabina PODREZ YANIZ

Betiana D. SINI

María Fernanda ZARICH

En la preparación de este segundo número del CUADERNO DEL CEN, nos encontramos con la trascendente reforma a los artículos 1001 y 1002 del Código Civil introducida por la ley 26140. El director de ésta publicación hace de la misma su interpretación.

Asimismo agradece en la persona de su Presidente Roberto CODEGONI, a las autoridades de la DELEGACIÓN LOMAS DE ZAMORA DEL COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, el público reconocimiento a la actividad del CEN y la prometida asistencia financiera para ésta y futuras publicaciones.

La construcción institucional se logra a partir del acuerdo y el entendimiento desde la propia discrepancia, más cuando los gobierna intereses superiores que hacen a la grandeza de los principios solidarios de la comunidad, sin sacrificar, sino alentar la creatividad y el esfuerzo individual.

Reiteramos entonces del programa del CEN la principal razón de su creación en su relación con la institución que nos agrupa: *“Para remozar su contenido y dinámica de trabajo; para curar sus defectos, para observar sus vicios y para aprovechar sus virtudes”*

Esperamos que el contenido de ésta publicación, hecha con el esfuerzo de los colaboradores directos, pero con el estímulo permanente de todos los asistentes al CEN, sea de utilidad y reafirme esos principios.

En particular se destaca el constante apoyo de los colegas Eduardo Domingo BELMONTE, con su larga experiencia institucional y capacitación doctrinaria, Oscar MARGNI, esforzado luchador por el derecho y el esclarecimiento de la verdad jurídica, Lidia Beatriz DOPACIO, ocu- rrente, pertinaz y constante, Hugo Germinal LOPEZ, equilibrante desde su natural bonhomía, Cecilia KLACHKO, casi una artista del derecho desde su docencia nata, Silvina COLOMBO, esforzada Secretaria que adosa a su trabajo intelectual el duro quehacer administrativo, y todos los demás jóvenes entre 25 y 90 años que nos enriquecen a diario con su presencia, participa- ción e ingenio.

I-ESTUDIOS

I-1. Algunas consideraciones sobre la legítima a la luz de la familia actual, <i>por Maisa Lorena DI LEO RECALDE y Silvina del Valle COLOMBO</i>	5
I-2. Algo más sobre convenciones matrimoniales, <i>por Rubén Augusto LAMBER</i>	23
I-3. La calificación registral de los instrumentos de origen judicial, <i>por Sabina PODREZ YANIZ</i>	26
I-4. Instrumentaciones simultáneas. Actos otorgados durante la vigencia del certificado. <i>Por Estela María FALOCCO</i>	36

II-PRAXIS APLICADA

II-1. Cesiones de derechos hereditarios y gananciales, <i>por Néstor Daniel LAMBER</i>	38
II-2. Subsanción de una escritura otorgada por un escribano suspendido, <i>por Eduardo Domingo BELMONTE</i>	55
II-3. El Acta de notoriedad en la acreditación del pago anterior a la ley 25345 <i>por Rubén Augusto LAMBER</i>	57

III- JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

III-1) LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DE LOS BIENES “GANANCIALES ANOMALOS”- *Un fallo y el comentario de la Not. María Fernanda ZARICH*

Autos :“H., M. B. v. G. G. S., M. R.”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B.....	61
III-2) Una consulta de NEUQUEN sobre TUTELA LEGAL (Dirección).....	70
III-3) Sobre PODER IRRREVOCABLE RECIPROCO de plazo vencido y con efectos post mortem. Análisis de su vigencia. <i>Dictámenes individuales de ALBERTO ARAMOUNI, RUBEN AUGUSTO LAMBER y NATALIO PEDRO ETCHEGARAY</i>	73
III-4 Consulta sobre la naturaleza de un bien propio	84
III-5) Algunas viejas e inéditas consultas de actualidad	86
5-1) Propiedad Horizontal	87
5-2) Error en el informe Municipal	91
5-3) Los negocios partitivos y la adjudicación por partición	95

IV- LEGISLACION

IV-1.Ley 26140. La reforma a los artículos 1001 y 1002 del Código Civil <i>por Rubén A.Lamber.</i> ..	97
IV-2. Disposición técnico registral 7/82 sobre ERROR EN EL OBJETO	112
IV-2-I.Consideraciones en materia de error en el objeto, <i>por Eduardo Domingo BELMONTE y Betiana D. SINI</i>	118
IV-3. Algo más sobre el dto. 181/2006 reglamentario de la ley 25797 (Regularización dominial), <i>por Rubén Augusto LAMBER</i>	125

V- CRUCIGRAMA JURIDICO <i>por María Cecilia KLACHKO</i>	128
---	-----

I-ESTUDIOS

I-1. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGÍTIMA A LA LUZ DE LA FAMILIA ACTUAL

Por Maisa Lorena DI LEO RECALDE y Silvina del VALLE COLOMBO

TRABAJO EN EQUIPO, Coordinador por Delegación Lomas de Zamora por el Not. Néstor LAMBER, para las XXXIV JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

San Nicolás, 16 al 19 de noviembre de 2005

(TEMA IV: DECLARATORIA DE HEREDEROS. EFECTOS DE SU INSCRIPCIÓN.

PARTICIÓN. PORCIÓN FORZOSA. PORCIÓN DISPONIBLE)

SUMARIO: I.- Introducción.- II.-La Legítima en nuestro derecho. III.- Evolución Histórica. VI.- Cambio de modelo económico y social: de la Modernidad a la Postmodernidad. V.- Distintas propuestas de allanar el camino. VI.1.-¿Por qué debemos reducir el quantum de la legítima? VI.2.-¿Por qué debe permanecer en nuestro régimen sucesorio la legítima?. VII.- Excepciones al principio de intangibilidad de la legítima. Limitaciones al instituto que la ley vigente permite. VIII.- Conveniencia y coherencia de mantener la legítima del cónyuge en los casos de matrimonios con separación de patrimonios. Convenciones Prematrimoniales. IX.- Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial en lo referente a Legítima y Régimen de Separación de Bienes.

PONENCIAS

1) El instituto de la legítima tiene que continuar en nuestro régimen sucesorio con la regla que le es propia: “El testador no podrá privar

de la misma a los herederos forzosos”; continúa el continente: lo que se reducirá es el contenido

2) Propiciamos que la porción legítima vigente se reduzca a las proporciones previstas en el Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio, del año 1998, que quedarían establecidas de la siguiente manera: Para los descendientes $2/3$; para los ascendientes $1/2$ y para el cónyuge $1/2$.

3) De lege data el testador no puede privar de la legítima a los herederos forzosos, salvo cuando por testamento, por pacto entre los herederos o por imposición del cónyuge superviviente se afecte el inmueble al régimen de la ley 14.394 estableciéndose la indivisión forzosa, o se constituya fideicomiso testamentario existiendo un interés familiar superior, viéndose también postergada la legítima por el derecho de habitación del cónyuge superviviente.

4) De lege ferenda propiciamos un régimen sucesorio que tenga legítima con porciones reducidas (Ponencia 2), y que estén preestablecidos en el código civil los casos en que pueda violentarse la misma, los cuales por lo menos incluirán los enunciados en el tercer ítem, armonizando ello las normas.

5) El instituto no debe ser estudiado en abstracto sino a la luz de los cambios sociales, culturales, económicos y del restante plexo normativo, idem la porción disponible, por lo que el deber ser tiene que ir adecuándose a dichos cambios sociales.

6) La familia ha cambiado, ergo, el dere-

cho positivo se debe adecuar a la familia actual; debemos tender a construir caminos que den soluciones alternativas a todos los eventuales testadores integrantes de los actuales núcleos familiares. Ello se logra reduciendo el quantum de la legítima (instituto éste que sin dudas debe permanecer) para que el testador pueda paliar las situaciones que él tenga en miras resolver, abriéndose así el horizonte de sus posibilidades.

7) De lege ferenda, sólo mediante un régimen de excepción en la medida que se cumplan los siguientes requisitos, aceptamos la pérdida de la vocación hereditaria del cónyuge superviviente existiendo convenio de separación de bienes:

* Se trate de un matrimonio que ha optado por un régimen de separación de bienes.

* Otorguen por escritura pública el convenio matrimonial o prenupcial.

* Que al momento de la muerte de uno de los consortes, el superviviente no haya quedado sin bienes o desprotegido.

* Para el caso de que no se dé el requisito del punto anterior, necesitaremos la protección del cónyuge superviviente; creemos que la misma puede proporcionarse: heredándolo en cuota de usufructo respecto únicamente de la vivienda común y sobre los muebles indispensables en ésta (lo que equivaldría a incorporar una legítima en cuota de usufructo como en el derecho español). O bien con un régimen que responda eficazmente al derecho real de habitación vitalicio y gratuito como ya está previsto en el proyecto de unificación de código civil y comercial.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA LEGÍTIMA A LA LUZ DE LA FAMILIA ACTUAL

I.- Introducción.

Observando las familias insertas en nues-

tra sociedad, con una mirada en el derecho sucesorio y en las demás normas que emergen de todo el ordenamiento jurídico, como ser la ley 24.441 y la Convención de los Derechos del Niño, en pos de que se instaure un abanico más amplio de posibilidades de protección de los más débiles, nos propusimos investigar y analizar el subtema de la legítima perteneciente al tema IV propuesto para la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense.

El presente trabajo recorre someramente la evolución histórica de la legítima, no perdiendo de vista su raigambre en nuestro ordenamiento jurídico. Al igual que la comparación de otros regímenes con el nuestro, como ser el de los países del Common Law. Comentamos los sucesos históricos que influyeron en las costumbres e idiosincrasias familiares, como ser la Revolución Industrial y luego la llamada Postmodernidad; reproducimos pensamientos de la historiadora Michel Perrot, que entre otros, expresa “Virtualmente, no se transmite casi nada más a los hijos: ni fortuna, ni profesión, ni creencias, ni saberes... estamos condenados a innovar”

Visualizamos los parámetros que inciden sobre el instituto en estudio y sobre la porción disponible, como presupuesto para establecer el quantum de ambas que responda a criterios reales; propendemos a su adaptación y congruencia con el restante plexo normativo. Para arribar a ello contestamos dos de los grandes interrogantes, a saber: ¿Debe permanecer el Instituto de la Legítima? y ¿Debe reducirse el quantum de la Legítima?. Finalmente abordamos el proyecto de Unificación del Código Civil y Comercial en lo referente al tema que nos ocupa.

En este rumbo nos basamos en doctrina que perfila el cambio, como ser, entre otros, la de Zannoni y Medina, la cual es citada. Encaminadas a realizar las últimas consideraciones de nuestra labor con fecha 2 de

Octubre del corriente año, leemos en primera página del diario La Nación la nota titulada “Buscar darle al concubinato los derechos del matrimonio. Se equipararían en materia de bienes, herencia y adopción; cada vez hay menos casamientos”.

Es público y notorio la presentación de dos proyectos de ley por las senadoras Sonia Escudero, por la Provincia de Salta y de Maria Cristina Perceval, por la Provincia de Mendoza, en el Congreso que buscan equiparar los derechos de los concubinos con los de los cónyuges, especialmente en lo referido a derechos sucesorios y de adopción.

Los mismos se están debatiendo en el Senado, en la comisión de Legislación General, siendo una muestra cabal de nuestra realidad familiar, juntamente con las estadísticas de crecimiento de las uniones de hecho.

En uno de los proyectos se preve, respecto a la vivienda fija, que en caso de muerte de uno de los convivientes, si fuera titular del inmueble donde se asienta el hogar, el otro podría alegar el derecho de habitación, si existiera descendencia de la pareja o hubieran convivido cinco años.

Creemos que no corresponde una equiparación absoluta en el hoy y aquí, pero sí estamos convencidas de que debemos tender a construir caminos que den soluciones alternativas a todos los eventuales testadores integrantes de los actuales núcleos familiares. Ello se logra reduciendo el quantum de la legítima (instituto éste que sin dudas debe permanecer), para que el testador pueda paliar las situaciones que él tenga en miras resolver, abriéndose así el horizonte de sus posibilidades.

II.- La legítima en nuestro derecho.

Con total convicción compartimos los fundamentos filosóficos, sociales, políticos y jurídicos que llevaron a lo largo de los siglos y del mundo a instaurar el instituto de la Legítima en el Derecho Hereditario, como los basados en argumentos de carácter familiar que defienden la igualdad, la copropiedad familiar, los deberes de la paternidad, como también otros de contenido político-económico. Aunque, como diremos, esos fundamentos van necesariamente evolucionando con la sociedad que los sostiene. Por oposición a ellos y a favor de la libertad de testar, se han esgrimido argumentos de carácter individualista basados principalmente en los derechos de personalidad, libertad, propiedad privada, etcétera, confiando el derecho en el hombre y en su libertad racional.

En nuestra legislación como en la de la mayoría de los países de origen latino, se ha reputado desvalioso librar la transmisión hereditaria a la exclusiva voluntad del testador.¹ El legislador no ha confiado en la libertad, conciencia y responsabilidad del causante tanto como para dejar a su arbitrio el deferimiento de la herencia; ha preferido ser él quien indique quiénes y en qué proporción continuarán la persona y los bienes del autor de la sucesión. Distinto sucedió en los países del Common Law, donde el testador puede a su arbitrio desheredar sin motivo a sus hijos y a su esposa, dejándole sus bienes a quien crea conveniente. Dice Kemelmajer de Carlucci: *el juez repite: me causa placer decirlo; éste es el derecho en Inglaterra. Una persona tiene el derecho de hacer un testamento injusto, irracional y hasta cruel.*²

¹ ZANNONI, Eduardo A, *Manual de derecho de las sucesiones*, 4a edición actualizada y ampliada, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999, pág. 482.

² “Nuevamente sobre el Fideicomiso Sucesorio y la Legítima del Heredero”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2001-3, Fideicomiso, Jurisprudencia Civil y Comercial, MERCOSUR, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

Sin embargo tan amplia libertad ha sido limitada por ejemplo en Inglaterra concediéndoles una acción a los hijos y al cónyuge, para que el juez juzgue si les atribuye o no bienes aún en contra de la voluntad del causante, por lo que tal voluntad puede tener una revisión judicial. Por su parte en la mayoría de los estados de Norteamérica existe una carga alimentaria que pesa sobre el caudal hereditario relicto.

Así, la sucesión legítima ha sido considerada la más conducente para preservar la continuidad de las relaciones jurídicas que tuvieron por titular al causante, basándose en la presunta voluntad de aquél debido al afecto en las relaciones de parentesco, en la copropiedad familiar, en la defensa de los derechos de la familia, etcétera.³

Pueden destacarse con precisión tres formas de sucesión, resultado de aquellas argumentaciones: en la primera el patrimonio del causante se transmite en un todo acumulado, unido, con un solo titular que forzosamente lo vaya transmitiendo sin dividir, de generación en generación, dando lugar a acumulaciones progresivas por la unión, modelo que justamente ha pretendido abolir el de las legítimas, evitando los mayorazgos. La segunda forma de sucesión es la de la división hereditaria forzosa, generalmente igualitaria, donde aparecen las legítimas como vehículo para ello, y por último la de la libertad de testar.

Lo cierto es que, como venimos sosteniendo, la legítima es una restricción a la autonomía de la voluntad del testador, que sólo podrá desplegar sus efectos en la correlativa porción disponible. En el Derecho Sucesorio la regla es la existencia de normas imperativas que limitan la libertad de dispo-

sición de la propiedad privada para después de la muerte, en amplia discordancia con la tan instaurada autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho común, vehículo de la transmisión de aquella por actos entre vivos.

Esta paradójica discordancia que destacamos tiene sin dudas sólidos fundamentos jurídicos, sociales y políticos, pero en el derecho argentino creemos que excede el marco de lo razonable.

Se ha discutido acerca de si la legítima es un régimen supletorio del de la libertad de testar, discusión que en nuestro país pareciera un sinsentido debido al excesivo quantum de la misma cuando en la sucesión existen descendientes, aun habiéndose avanzado, por lo menos, en la derogación de la ley 14.367 que ampliaba la legítima hasta en un 90% cuando concurrían a la sucesión hijos extramatrimoniales. En nuestro sistema la regla se invierte: no es la legítima una limitación a la libertad de testar, sino que ésta última aparece como una reducida y anacrónica facultad a la que da paso aquélla. Así, *cuando el sistema de legítima es excesivamente alto, prácticamente se impide la posibilidad de testar por lo reducido de la cuota de libre disposición. Ello es lo que ocurre con el Código argentino*⁴.

Y llevando aun a más profundidad la reflexión, la legítima es en sí misma una limitación a la libertad de disponer, dicho esto último en sentido amplio, no limitado a la libertad de disponer mortis causa. Así, *las legítimas... suponen, sin duda, restricciones a la libertad de disponer "mortis causa", pero rebasan su ámbito. Son limitaciones con su "sedes materiae" en el Derecho sucesorio, pero que no solo limitan la libre disponibilidad por causa de muerte, sino que, para mayor protección de un interés sucesorio "mortis causa", imponen limitaciones dispositivas "inter vivos" que, tratándose de las legítimas,*

³ ZANNONI, Eduardo A, Op. Cit, pág. 482.

⁴ MEDINA, Graciela, "Los Principios de la Codificación Contemporánea. Su reflejo en el derecho sucesorio", en Revista Instituciones de Derecho Privado Moderno. Problemas y Propuestas, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, pág.1048.

*quedan circunscritas a las disposiciones a título gratuito que resulten inoficiosas o fraudulentos.*⁵

La doctrina nacional ha sido unánime al considerar al sistema legitimario argentino como excesivo, y diversos proyectos lo han afirmado proponiendo la reducción del quantum de la legítima e incluso más recientemente, como veremos, se ha pretendido incorporar el sistema de la mejora del derecho español. Lo cierto es que en todos esos proyectos y en la letra de los más prestigiosos juristas se ha visto aunado el esfuerzo por evitar, como ha dicho Medina, *un sistema legitimario asfixiante que impida la libre disposición de los bienes para después de la muerte y obligue al fraude como única manera de que el causante disponga de sus bienes a favor del heredero que más lo necesita.*⁶

No es impropio considerar que un sistema imperativo tan amplio se encuentra muy lejos de instaurar seguridad jurídica en las transacciones, ni paz social. La misma propiedad privada que el derecho común y por sobre éste el constitucional defienden, será la que el derecho sucesorio se encargue de transmitir mortis causa. Se transmiten, lo sabemos, derechos y obligaciones, créditos y deudas... seguridad e inseguridad jurídicas. Lo que suceda en el primero de esos planos trascenderá en el segundo de ellos. ¿Cómo podemos seguir justificando tal disparidad entre lo que la persona es capaz de disponer mientras viva y lo limitada que se encuentra para ello en el crepúsculo de esa misma vida que va a concluir? Como dijimos, la autonomía de la voluntad del derecho privado traducida, por ejemplo, en contratos de donación perfectamente válidos, celebrados por el donante en ánimos que en sí mismos y a priori no

deben ser reputados “sospechosos” de pretender defraudar a un heredero legitimario, aparecen en la sucesión mortis causa como el talón de Aquiles que corre el riesgo casi cierto de romperse. Claro que no proponemos modificar el modo de calcular la legítima (art.3602 y ccs. C.C.) pero sí el monto de ésta y consecuentemente el de la porción disponible, de modo que todo el sistema jurídico devenga más justo.

III.- Evolución histórica.

Las legislaciones de todo el mundo limitan de una u otra manera la absoluta libertad de testar. Incluso en los países del Common Law, como en Inglaterra, donde si bien el testador tiene libertad para disponer a favor de quien lo considere oportuno, el derecho garantiza a los hijos y al cónyuge supérstite un derecho alimentario que debe garantizarles continuar con el estilo y calidad de vida que llevaban mientras vivía el causante. En latinoamérica también sucede algo similar: el código mexicano otorga la libertad de testar pero les garantiza a los hijos y al cónyuge derecho a alimentos, incluyendo también al concubino entre esos beneficiarios. De modo tal que la absoluta libertad de testar ha sido dejada de lado por la legislación mundial dándole paso a distintos institutos jurídicos inspirados en sentimientos de justicia. La legítima ha sido dentro del Derecho Sucesorio el instituto que adoptaron los sistemas de herencia legítima para fundamentalmente mantener la igualdad entre los herederos forzosos y como mecanismo de lucha contra los privilegios en el mundo⁷, instauración que se ha logrado a través de los siglos.

Así, en el derecho romano, durante la

⁵ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho Sucesorio a la Facultad de Disponer, Tomo I, Las Legítimas, 1era parte*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1974, pág.4.

⁶ MEDINA, Graciela, Op. Cit, pág.1050.

⁷ GILETTA, Javier H, “Legítima versus porción disponible: acerca del desconocimiento de un legado histórico. Reactualización del debate a la luz de los recientes proyectos de reformas”, en Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba, no.75, 1998, pág. 165.

Monarquía, regía la absoluta libertad de testar. La Ley de las XII Tablas establecía que lo que el *Pater Familias* dispusiera legando sus bienes y en relación a la tutela del hijo, se establecía como ley. Así, *la muerte del padre anunciaba, por tanto, a los hijos la herencia, salvo en caso de mala suerte, y, de cualquier manera, el fin de una especie de esclavitud.*⁸

Sin embargo, esta absoluta libertad no perduró en el tiempo: el pretor romano confirió a los parientes cercanos en línea recta una acción llamada “querrela de inoficiosidad” de la que podían valerse en el caso de que el pater los hubiera omitido sin causa del testamento.⁹ Esta acción se basaba en la presunción de que un testamento que dejara de lado a esos parientes solo podía provenir de una *mente enferma*¹⁰, de modo que fue *la primer conquista del parentesco natural y del deber de afección que de él surge*¹¹. Esta acción protegía a los herederos pero tenía como consecuencia la declaración de invalidez de todo el testamento, motivo por el cual, durante el Imperio Romano, apareció el origen de la legítima hereditaria en la Lex Falcidia, que estableció que un cuarto del haber hereditario debía deferirse a los herederos ab intestato, limitándose correlativamente la libertad de testar. Se trató de la *pars legítima*, que con Justiniano se elevó a un tercio de la herencia cuando existían descendientes y a la mitad del acervo cuando los hijos eran más de cinco.

En el derecho hispánico, de fuerte influencia romana, se cree que rigió la libertad de testar hasta Chindasvinto, quien la mantuvo para

quienes no tuvieran descendientes. Si éstos existían el causante podía disponer a favor de terceros del quinto de sus bienes. De los cuatro quintos de legítima, un tercio el de *cujus* podía disponerlo como mejora a favor de uno, varios o todos sus herederos forzosos. Con el correr del tiempo se reconoció la legítima de los ascendientes. Pero aun permaneciendo la legítima que el causante debía respetar, surgió una revalorización de la costumbre de testar. En la Edad Media el Cristianismo y la influencia del derecho romano generaron cambios trascendentes en el derecho hispano. Señala Giletta que en el testamento *la Iglesia encontró un elemento efficacísimo para llevar a los fieles a la práctica de la caridad . . . pero se trataba, podríamos decir, de un testamento de carácter religioso, o bien, de una visión religiosa de la vieja figura jurídica romana, con una finalidad o sentido netamente espiritual, pero acotado a los límites expuestos en los parágrafos anteriores.*¹² El historiador francés Georges Duby, especialista en Medioevo, enseña con claridad que en el siglo XII el Cristianismo impone la idea de que para agradecer a Dios los ricos debían compartir con los pobres, motivo por el cual la pobreza fue elevada a la condición de valor fundamental. Ello como medio de controlar los conflictos que sucedían por la existencia de cada vez más pobres que necesitaban de la solidaridad que el propio sistema social, económico y político no les daba suficientemente. Con esos valores y el cambio de ética de la sociedad, se postergó una vez más la caza del pobre. Siglos más tarde, a partir del XV, surgió la marginación del pobre,

⁸ VEYNE, Paul, *Historia de la Vida Privada, 1. Del Imperio romano al año mil*, Bajo la dirección de Phillippe Aries y Georges Duby, Taurus minor, Madrid, 2001, pág. 44.

⁹ Dice VEYNE, Paul, Op. Cit., *La autoridad familiar y la dignidad social de los padres de familia tienen en el testamento su arma y su símbolo. Porque el testamento es una suerte de confesión en la que el hombre social se revela por entero y por la que habría de ser juzgado; Había instituido heredero al más digno?, Hablaba de su mujer en términos que habrían de ser para ella su certificado de buena esposa?. Un testamento era algo tan estupendo, algo de lo que uno se enorgullecía, que había muchos que solo con dificultad se resistían al deseo de ofrecer una lectura después de un banquete, para alegrar de antemano a los legatarios y para hacerse querer.*

¹⁰ BORDA, Guillermo, en GILETTA, Javier H, Op. Cit., pág. 167.

¹¹ GILETTA, Javier H, Op. Cit., pág. 167.

¹² Op. Cit., pág. 172 y 173.

ocasionada por fenómenos como el aumento de la densidad de la población, la concentración de ésta en las urbes, las consecuencias de las pestes donde un tercio de la población fue diezmada, la escasez de alimentos, etc. Se instauró la idea de ecuación entre miseria, agresividad y peligro. Allí es cuando la riqueza se vuelve un sinónimo de virtud.¹³

Es en el siglo XVII con el racionalismo jurídico que la concentración de la riqueza vuelve a instaurarse paulatinamente como consecuencia de lo que suscitadamente explicamos, motivo por el cual la sucesión legítima recobró importancia. Así, la unidad de la sucesión, la nivelación de los descendientes ante la ley y el reconocimiento de la vocación hereditaria del cónyuge se instalaron en el derecho como la interpretación presunta del causante.

En el siglo XIX se redacta el proyecto del Código Civil español en el cual se reconocen la legítima y la mejora que es la parte de ésta que el causante puede utilizar para beneficiar a los legitimarios.

IV.- Cambio de modelo económico y social: de la Modernidad a la Postmodernidad.

En la Modernidad, con la Revolución Industrial, las familias se erigieron patriarcales, troncales, como el grupo socializador primario en el cual el deber de los padres para con los hijos era cuidarlos, alimentarlos, hacer de ellos unos iguales o superiores en cuanto a educación y posibilidades, de manera de fomentar que la fortuna y la vida familia-

res se compartan y tengan continuidad con el correr de las generaciones. La utilidad social fue otro de los argumentos que se esgrimieron a favor de la sucesión forzosa con legítimas elevadas que respetaran la igualdad sobre todo entre los hijos, de manera que se impidiera volver al sistemas de mayorazgos y capellanías.

De la familia troncal y patriarcal propia de las sociedades feudales de la etapa precapitalista se pasó con el capitalismo a un modelo de familia nuclear, heterosexual, conyugal, monógama, patriarcal también e investida de variadas misiones. La estabilidad de la familia significaba la estabilidad del Estado. El capitalismo era en gran medida familiar, asegurando el Derecho Sucesorio la transmisión de los patrimonios y el funcionamiento económico.¹⁴ Zannoni explica que el Industrialismo formó esas familias como cauce para perpetuar el poder económico mediante una autoridad interior patriarcal, troncal, donde las discriminaciones y el sometimiento eran mecanismos para controlarlas y mantenerlas.¹⁵ La historiadora francesa Michelle Perrot destaca que en ese modelo Mde familia los intereses de ésta prevalecían siempre sobre las aspiraciones de sus miembros. Estos se sometían a la voluntad del padre; la mujer debía fidelidad absoluta al marido y los hijos no tenían libertad de elegir ni profesión ni trabajo, y ni hablar de las hijas mujeres que estaban condenadas a maridos impuestos, considerándose a la pasión y al amor como fugaces y destructivos.¹⁶

¹³ DUBY, Georges, "Lección del Pasado", en *Textos para Pensar*, Revista Noticias, Perfil, Ciudad de Buenos Aires, 1996, pág. 67 y sts.

¹⁴ PERROT, Michelle, "El nudo y el nido", en *Textos para Pensar*, Revista Noticias, Perfil, Ciudad de Buenos Aires, 1996, pág. 51 y sts.

¹⁵ ZANNONI, Eduardo A, *Derecho Civil, Derecho de Familia*, I, 3 edición actualizada y ampliada, Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1998, pág. 32.

¹⁶ Op. Cit, pág. 52 y sts. Y agrega: *Familia ambigua la del siglo XIX! Nido y nudo, refugio cálido, centro de intercambio afectivo y sexual, barrera contra la agresión exterior, encerrada en su territorio, la casa, protegida por el muro espeso de la vida privada que nadie podía violar; pero también secreta, cerrada, exclusiva, normativa, palco de conflictos incesantes que tejían una intriga interminable, fundamento de la literatura romántica del siglo.*

Sin lugar a dudas, el modelo familiar del siglo XIX está en crisis. No consideramos que está en decadencia, ya que el término denota un sentido peyorativo propio de quienes estigmatizan los cambios sociales con lo que no comulgan.

Las familias actuales rechazan la idea de la autoridad, la disciplina, los deberes de continuidad de la riqueza, del negocio, de la profesión; prefieren las uniones basadas en las distintas y naturales necesidades de sus miembros, en el individualismo y la libertad que les permita elegir cómo vivir, con quién casarse (o no casarse), etcétera.

Es que el modelo económico cambió: el capital ya no es lo primordial para transmitirle a los hijos. En palabras de Michel Perrot: *Virtualmente, no se transmite casi nada más a los hijos: ni fortuna, ni profesión, ni creencias, ni saberes... estamos condenados a innovar.*¹⁷

Esta crisis va creando nuevas reglas de autoridad interior, se modifican la moral de las relaciones domésticas y sus ritos, las funciones familiares, las relaciones conyugales y entre padres e hijos. Porque la familia actual se basa en lazos afectivos, en la comunicación, en la libertad de elección; el deseo imperante de felicidad es el motivo por el que la gente se casa menos y a mayor edad. Las crisis económicas impiden proyectar la tradicional familia conyugal y por ello muchas parejas prefieren las uniones de hecho.

Del paso de la Modernidad a la Postmodernidad se va esgrimiendo un modelo de familia en el que sus miembros (la mujer ha sido emancipada y ha logrado instalarse en el mercado laboral) debe salir fuera del núcleo familiar para generar recursos. Ya no es el capitalismo familiar la regla sino que, por el contrario, las energías se instalan fuera

de ella al asedio de intereses que no son estrictamente los familiares o los del clan, sino que son proyectos de autorrealización.

El postindustrialismo se basa en el consumismo: la típica familia de clase media (profesionales, empleados, etc.) no produce, pero sí consume. Las estructuras productivas son ajenas a las familias actuales y a la vez son dependientes de ellas para lograr los modelos impuestos de autorrealización a través de pautas de consumo. Por eso la familia dejó de ser una unión de coparticipación económica y productiva para pasar a ser un círculo de encuentros. Las relaciones familiares se han modificado sustancialmente en todos sus aspectos con este modelo: la mujer se ha incorporado al mercado laboral, muchos países aceptan los sistemas de separación de bienes como modo de garantizarle a los cónyuges la estabilidad del patrimonio de cada uno (fruto de aquella autorrealización) sin importar las vicisitudes que sucedan en el matrimonio, las relaciones domésticas, incluso las que tienen que ver con la vida íntima de los esposos, determinantes de las “costumbres sexuales”.¹⁸

En las familias de mayores recursos también se modificó la forma de transmitirse el patrimonio: no se espera ni se llega a la transmisión *mortis causa*, sino que se realiza a través de los mecanismos que ofrece el derecho mercantil. De tal modo el capital dejó de pertenecerle a la familia; el control lo lleva quien ejerce la dirección de la empresa y con sus participaciones los socios transmiten su capital. La legítima del derecho hereditario y la libre circulación de bienes, como dijimos, entran en tensión. Por ese motivo se propicia un aumento considerable de la porción disponible.

En definitiva, la familia actual reconoce

¹⁷ Op. Cit, pág. 54 y 55.

¹⁸ ZANNONI, Eduardo A, Op. Cit, quien opina: La historia no tiene retorno y tampoco es verdad el nostálgico “todo tiempo pasado es mejor”. Lo que nos sucede es que no podemos comprender los nuevos modelos.

las naturales desigualdades; pondera la libertad, la realización personal, la comunicación. La pareja encuentra en esta familia el reducto de la afectividad y el amor. Rechazamos el modelo normativo y rígido del siglo XIX, pero rechazamos *el nudo, no el nido*.¹⁹

El concepto de familia desde el punto de vista sociológico, antropológico y psicológico a veces trasciende el concepto jurídico de la misma. No todo lo que sucede en el mundo del ser el derecho lo plasma como categoría jurídica. Pero el derecho es un *discurso jurídico*²⁰ que existe y tiene su razón de ser en lo que sucede en ese mundo, aunque no cambien en modo paralelo: el mundo del deber ser se instala con fuerza y sus modificaciones son resultado de una larga lucha por avanzar hacia una sociedad más justa.

Como ejemplo de esa crisis podemos destacar lo que sucedía en nuestro país antes de la sanción de la ley de divorcio vincular. En primera instancia los esposos se separaban aunque nuestro derecho no reconociera la disolubilidad del vínculo, y más adelante la costumbre contra *legem* fue más allá: se divorciaban en países que lo permitían y luego contraían allí mismo nuevas nupcias,

celebrando de esta manera matrimonios en fraude a la entonces ley nacional. Al respecto dice Zannoni: *El legislador debió replantear a la luz del análisis descriptivo de la realidad empírica sociológica y, a su vez, de la reformulación misma de los valores que esa sociedad expresa, el contenido de la categoría jurídica. Esto atañe a la constante evolución del derecho y demuestra cómo el punto de referencia sociológico es fundamental*.²¹

En la actualidad muchas familias están conformadas por uniones de hecho estables con las mismas características que la familia conyugal, o por cónyuges que han contraído nuevas nupcias, conviviendo los hijos de ambos integrantes de la pareja, lo que se conoce como “familias ensambladas”. Este tipo de uniones familiares trasciende en muchos casos la categoría de familia jurídica sin ser repudiadas por la moral social.

Las uniones de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, han sido reconocidas por muchas legislaciones y en nuestro país la ley 987 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoció las “uniones civiles” creando un Registro público al efecto. El artículo I° de la ley establece que se entiende por unión civil la conformada libremente por dos per-

¹⁹ PERROT, Michelle, Op. Cit, pág. 55, quien agrega: El hogar ofrece, en un mundo duro, un abrigo, una protección, un poco de calor humano. Lo que ellos desean es conciliar las ventajas de la solidaridad familiar con las de la libertad individual. Lo que les gustaría conservar de la familia, en el tercer milenio, son sus aspectos positivos: la solidaridad, la fraternidad, la ayuda mutua, los lazos de afecto y amor. Un bello sueño. Y en igual sentido ZANNONI concluye que el nuevo modelo familiar modificó las costumbres, valores y significados de la sexualidad marital. En la familia tradicional la sexualidad estaba orientada a la procreación; hoy en la gratificación y el placer. La mujer ha conquistado el mundo laboral y ha delegado o compartido las “funciones instrumentales” de esposa y madre, y al hacerlo pondera las “funciones expresivas”. Así, se anhela y lucha por mantener la noción de amor matrimonial como amor romántico, fundamento de unión y plenitud pero también de lo transitorio de las relaciones. De allí las numerosas uniones de hecho realizadas ponderando la libertad de disolver el vínculo afectivo sin implicancias jurídicas y resultando menos costosas; en Op. Cit.

²⁰ Explica el iusfilósofo Carlos María Cárcova acerca de las Teorías críticas del Derecho, que éste es una práctica de los hombres que se expresa en un discurso que es más que palabras, es también comportamientos, símbolos, conocimientos... y es un discurso constitutivo, en tanto asigna significados a hechos y palabras. Es un discurso ideológico en la medida en que produce y reproduce una representación imaginaria de los hombres respecto de sí mismos y de sus relaciones con los demás. Los estatuye como libres e iguales, escamoteando sus diferencias efectivas... Como discurso ideológico elude pero también alude. En *Desde otra mirada, Textos de Teoría Crítica del Derecho*, Eudeba, Ciudad de Buenos Aires, 2001, pág. 34.

²¹ Op. Cit, pág. 7.

sonas con independencia de su sexo u orientación sexual que hayan convivido por un período mínimo de dos años, salvo que entre los integrantes haya descendencia común. Estas uniones se inscriben en el “Registro Público de Uniones Civiles” como también su disolución en caso de producirse. Para el ejercicio de los derechos, obligaciones y beneficios que emanan de toda la normativa de la Ciudad, los integrantes de la unión civil tendrán un tratamiento similar al de los cónyuges. Esperamos que sea el comienzo del trayecto hacia el reconocimiento a nivel nacional.

V.- Distintas propuestas de allanar el camino.

Nuestro Código Civil se alejó de las fuentes en lo que refiere al quantum de la legítima, salvo en lo referente al antiguo derecho español, que en definitiva también resultó más atenuado. Sin embargo reconocemos que el codificador, enrolado en una ideología liberal, erradicó definitivamente los mayorazgos en nuestro país.

Pero tal como venimos diciendo, la realidad socioeconómica ha avanzado hacia la lucha por la efectiva igualdad. Paradójicamente, una legítima tan elevada que considera a todos los legitimarios como iguales le impide al causante atender las verdaderas y naturales desigualdades de ellos y las diferencias de sus merecimientos.

La doctrina y los proyectos de modificación han pedido el aumento de la porción disponible. Alterini y López Cabana, citando a Vallet de Goytisoló, han dicho *que sólo el padre puede valorar la gran complejidad de circunstancias personales y patrimoniales que debe tener en cuenta para expresar numéricamente su deber mortis causa con los hijos. Podrán los padres equivocarse, pero el error es en ellos meramente posible y, en todo caso, no sucederá sino por excepción y accidentalmente; el legislador al contra-*

rio, no puede acertar nunca; el error es congénito y conatural a su regla.

*El Anteproyecto de Bibiloni, seguido por el Proyecto de 1936, limitó la porción legítima para los descendientes a 2/3 del haber hereditario. Por su parte el Anteproyecto de 1954 determinó cuotas variables según fuera el número de descendientes matrimoniales o extramatrimoniales cuando concurrieran a la sucesión: la porción disponible era de 1/2 en caso de dejar un descendiente, de 1/3 cuando dejaba dos o tres y de 1/2 en caso de que sean más.*²²

También las III Jornadas de Derecho Civil celebradas en Tucumán en 1967 recomendaron la reducción de la legítima en 2/3 de la herencia para los descendientes matrimoniales o adoptivos y en la mitad de ella para los extramatrimoniales, distinción que hoy no opera atento la derogación de la ley 14.367. Pero luego la doctrina fue más allá: recomendación a partir del planteo de Pérez Lasala, seguido por López Cabana, la introducción de la mejora del derecho español.

Cabe destacar que la mejora del derecho español forma parte de la legítima de los herederos legitimarios. Así, la herencia se forma por tres masas: 1/3 de ella es la legítima que el testador no puede vulnerar y que se divide por partes iguales entre los herederos; el 1/3 destinado a la mejora es la porción de la que el causante puede disponer a favor de uno, varios o igualitariamente a favor de todos sus herederos, no admitiéndose que lo haga a favor de terceros puesto que, como aclaramos, es parte de la legítima de aquellos; finalmente el otro 1/3 será para quien el testador considere oportuno, sea un tercero o uno o varios de sus herederos. De manera que si bien se le da al causante la posibilidad de atender las distintas necesidades de los hijos, el distinto trato que éstos le confirieron, las idoneidades que puedan o no tener para lle-

²² “La porción legítima a favor de los hijos. Su excesiva extensión”, en Revista Jurídica La Ley, T.I.1983-D, Sec. Doctrina, pág. 1066.

var adelante el negocio o las pretensiones del padre, etcétera, lo cierto es que también puede dar lugar a celos y conflictos entre hermanos, los que podrían sujetarse a la voluntad del padre por el temor de quedar menoscabados en relación a sus coherederos. Correríamos el riesgo de volver a una familia con rasgos de aquella piramidalmente organizada y patriarcal, donde la voluntad del padre se impondría con razones, que por ser propias, no necesariamente serán justas. Así, un heredero podría recibir su porción de ese tercio y nada más, tal vez porque sus elecciones o modo de vivir no hayan sido las que los padres valoraran como acertadas o pretendidas por ellos. Tanto los hijos como los padres tendrán mayor libertad de conciencia y de obrar si la ley es la que se encarga de dividir igualitariamente la legítima entre los coherederos.

Por eso es que preferimos la reducción de la legítima en las proporciones que establece el Proyecto de Código Civil unificado. Los 2/3 serían reservados para los descendientes en partes iguales, y el tercio restante que conformaría la porción disponible sería para la libre decisión del causante, pudiendo éste beneficiar²³ a cualquiera de sus legitimarios o a terceros, que es de suma importancia destacar que éstos últimos pueden ser los miembros de las familias ensambladas o de hecho que describimos antes. Sería además una buena solución para las nuevas realidades y necesidades de las familias ensambladas, atento la prohibición legal de donarle a los hijos del cónyuge, cuando hoy en día sucede que muchos hijos son criados y cuidados durante toda su minoridad por quienes no son sus progenitores.

Es pensamiento imperante en la legislación universal elevar la porción disponible para dis-

poner a favor de terceros como a favor de los concubinos, sin importar su orientación sexual, sin que ello conlleve a la desprotección familiar, puesto que los derechos de alimentos y la legítima le garantizan tal protección.

Se tiende a proteger a las personas que comparten una vida en común y que se obligan a prestarse ayuda mutua mediante un pacto de solidaridad, reconociéndoles ciertas ventajas. Para concluir decimos que el sistema de legítimas cuantitativamente determinado parte de la premisa falaz de que todos los hijos son iguales y por ello deben recibir partes iguales en la herencia. Creemos que debe atenderse a los aspectos cualitativos, ello es, atender a las particularidades de cada individuo dentro de un núcleo familiar.²⁴ Compartimos este argumento en parte, y no para incorporar la mejora que además es extraña a nuestras costumbres, sino para que las efectivas desigualdades sean atendidas por el causante mediante una porción disponible más elevada.

En las relaciones afectivas de pareja y familiares lo transitorio ha de constituir la impronta, y citando a Toffler: una condición de alta transitoriedad en que la duración de las relaciones se abrevia y su cambio se hace sumamente rápido... en sus vidas, las cosas, los lugares, las personas, las ideas y las estructuras organizadas se “gastan” más deprisa.²⁵

Zannoni concluye alentador, realista y romántico: con visión menos tremendista (se refiere a lo que dice Shorter: *La familia nuclear se hunde*) se nos ocurre pensar que la familia, como grupo de pertenencia primordial del hombre, no se hunde. Pero sí se transformará acorde a los cambios. Sobrevivirá el ámbito de autorrealización personal en el amor, aunque el ámbito mismo mutará los contenidos de las formas expresivas de los afectos. Como contraparti-

²³ Hablamos de beneficiar y no de mejorar como erróneamente establece nuestro Código Civil, puesto que como señalamos, en sentido técnico la mejora es parte de la legítima.

²⁴ MEDINA, Graciela y FERRER, Francisco A, “La mejora, el proyecto de Código Civil y la XIII Conferencia Nacional de Abogados”, en Revista Jurídica Jurisprudencia Argentina, Doctrina, 2000-IV, pág. 923.

²⁵ TOFFLER, El shock del futuro, en ZANNONI, Op. Cit., pág. 44.

da de la masificación en el aislamiento, el hombre buscará vínculos de menor arraigo en las formas pero de una gran exigencia en la comunicación recíproca. La transitoriedad ha de definir las trayectorias matrimoniales: los valores de permanencia e indisolubilidad serán sustituidos por los de la frecuente adaptación a los cambios. Si bien esto facilitará el divorcio, engendrará, como necesidad sentida, lo de replantear permanentemente en la pareja el profundo sentido del encuentro.²⁶

Cuando la realidad cambia y ya no aparece como dato para los contenidos del derecho positivo actual, urge la necesidad de la adaptación de éste a la anterior. El derecho de familia que proyectemos deberá asumir el desafío de la libertad del individuo en su mundo transitorio y cambiante. Instalamos con ello un lugar para el reclamo por la igualdad atendiendo a las efectivas desigualdades.

VI.-¿Por qué debemos reducir el quantum de la legítima?

1) Tratándose el fideicomiso testamentario de un instituto que gravita su aplicación sobre la base de que el testador cuente con una considerable autonomía de la voluntad para disponer de sus bienes mortis causa, observamos que:

Teniendo nuestro régimen sucesorio una legítima muy acrecentada, deviene ilusoria la posibilidad de constituir el fideicomiso testamentario sin menguar la porción deferida por la ley a los herederos forzosos. Salvo en el supuesto de no existir herederos legitimarios y la existencia o no de los herederos legítimos, la porción disponible se eleva.

Habiendo descendientes la porción disponible se vuelve exigua para el testador, ello es óbice para que un padre pueda paliar cuestiones de enfermedad o crisis económica de un hijo frente a los otros que estén en mejor posición.

Siendo la legítima de orden público ema-

nada de nuestro Código Civil, por el principio de supremacía de las leyes (art. 31 de la C.N.) de lege data para el caso excepcional de menores y en especial de niños mentalmente o físicamente impedidos, los cuales tienen derecho a recibir cuidados especiales, podrá otorgarse un fideicomiso testamentario que supere el límite de la legítima razonablemente y no en forma arbitraria. Porque en dicho caso las normas del Código Civil declinarán frente al interés superior emanado de la Convención de los Derechos del Niño, que ostenta rango constitucional.

Entonces si la legítima se reduce se eleva la porción disponible y con ello se amplía el abanico de posibilidades para la aplicación efectiva del fideicomiso testamentario, lo que posibilitará mayor congruencia entre la ley 24.441 y el Código Civil en lo que respecta a la figura mencionada.

2) El instituto no debe ser estudiado en abstracto sino a la luz de los cambios que acontecen en la sociedad, idem la porción disponible, por lo que el deber ser tiene que ir adecuándose a dichos cambios sociales.

Existe una relación inversamente proporcional entre la legítima y la porción disponible.

Si graficáramos a la legítima con una línea horizontal para cada orden, veríamos en qué punto se encuentra cada uno, siendo de lege data, sus puntos expresados en proporciones: 4/5 para los descendientes, 2/3 para los ascendientes y 1/2 para el cónyuge superviviente.

Los parámetros que incidirán entonces sobre el corrimiento (reducción-aumento) de dichos puntos cuantitativos son: la familia actual, los acontecimientos sociales, culturales y económicos lo cual cambiará de acuerdo al país en que nos ubiquemos; existirá no solo una incidencia que partirá de los hechos sino que habrá una incidencia directa desde el restante plexo normativo, como ser por ejemplo

²⁶ Op. Cit.

la incorporación a nuestro derecho del fideicomiso testamentario, el interés superior a que hace referencia la Convención de los Derechos del Niño, etc. Ello dará como resultado el porcentaje que reunirá las condiciones de razonabilidad (art. 28 de la C.N.) y equidad en un momento actual o bien para su estudio en un momento histórico dado. Resultando que la familia actual no es la misma que cuando se tuvo en mira tan crecido quantum de la legítima, sino que ésta ha evolucionado, no existen ya los mayorazgos que nuestro Código Velezano buscó evitar.

Las costumbres también han cambiado, como por ejemplo actualmente las familias no están únicamente formadas por las personas que tienen una libreta otorgada por un Registro Civil, siendo ello socialmente aceptado.

Asimismo La Corte Suprema expresamente ha interpretado la protección constitucional de la familia no se limita a la surgida del matrimonio legítimo; asimismo distinguidos camaristas juzgaron que la protección de la familia abarca tanto a la conformada en el matrimonio como por una convivencia estable.²⁷

Empero el conviviente supérstite no es un heredero para nuestro derecho sucesorio, por lo que una posible protección del mismo nace con la disminución de la legítima, ya que éste puede ser la persona que el testador elija para instituir heredero, formando ello parte del abanico de posibilidades al que ya hiciéramos referencia.

En cambio en México el art. 1602 del C.C. nombra entre los que tienen derecho a heredar por sucesión legítima a la concubina o el concubinario, si se satisfacen ciertos requisitos. En Cataluña, la ley de Parejas, sancionada el 11 de junio de 1998, le otorga a los concubinos, durante el año siguiente a la

muerte del conviviente, derecho a vivir en la totalidad de la vivienda común, con la facultad de tomar posesión y ser alimentado con cargo al patrimonio del fallecido.

3) La obtención del equilibrio entre el derecho de la autonomía y el derecho imperativo. En este lineamiento expresa Graciela Medina: *Tradicionalmente se ha enseñado que el derecho de familia es un derecho imperativo y que las partes no pueden renunciar a sus derechos y deberes familiares, mientras que el derecho civil económico es un derecho de autonomía. . . . El derecho de sucesiones, por ser un derecho interdependiente del derecho de familia y del derecho patrimonial, tiene que mantener un equilibrio entre las reglas imperativas y las reglas de la autonomía; así no puede existir una absoluta voluntad de testar (expresión de la soberanía del derecho de propiedad), ni tampoco un sistema de legítimas total (en nombre de la solidaridad familiar y de la igualdad).*²⁸ Agregamos que en este último supuesto se crean algunas desigualdades que se observan empíricamente en cada caso particular.

Sigue diciendo Medina: *En el ámbito del derecho sucesorio el equilibrio se logra mediante una disminución de las legítimas y un fortalecimiento de institutos que permitan una mayor solidaridad familiar con el más débil, como el fideicomiso testamentario, la mejora, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, agregamos la indivisión forzosa.*

4) En los proyectos de reformas de nuestro Código Civil se propició siempre reducir la legítima.

En el Anteproyecto de Biblióni y en el Anteproyecto de 1936 la legítima se reducía a 2/3 del haber hereditario, cuando existían descendientes legítimos.

El Anteproyecto de Llambías seguía el modelo francés que establecía legítimas móviles de acuerdo con la cantidad de hijos del causante.

Los congresos y jornadas realizados en

²⁷ GROSMAN, Cecilia y GUILLOT, María Alejandra, "Derecho del conviviente a la afiliación de su pareja estable a una obra social", en Revista Jurídica La Ley, T.2005-B, Jurisprudencia, pág.40 y sts.

nuestro país generalmente se inclinaron por una mayor libertad de testar.

Llama la atención que en el año 1917 en el Primer Congreso Notarial Argentino celebrado en Buenos Aires, se halla propiciado la absoluta libertad de testar.

Nos pronunciamos en contra de esta última postura ya que la legítima debe ir adecuándose a los acontecimientos sociales, culturales, temporales, económicos y normativos gradualmente y no pasando de un extremo al otro.

5) La expectativa de vida en nuestro país ha aumentado, con lo cual se protege con la legítima a los descendientes entre 40 y 50 años aproximadamente, los que se encuentran en una etapa plenamente activa, por lo que no debieran ser merecedores de una protección tan amplia.

VII.-¿Por qué debe permanecer en nuestro régimen sucesorio la legítima?

1) Ambos padres, cónyuges o convivientes, deben contribuir con la familia real de la cual son parte, *para la defensa de sus integrantes en lo material y en lo espiritual, ampliamente comprensivo dentro del concepto alimentario con cobertura de habitación, sostenimiento, asistencia, educación, previsión y esparcimiento.*²⁹

El art. 27 inc. 2 de la Convención de los derechos del niño, dice que “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.- y en el inc. 3 de dicho artículo, cuando hace referencia a la obligación de los estados partes a dar efectividad al derecho mencionado ut-supra, expresa en su parte pertinente, que en caso necesario, el Estado proporcionará asistencia material y programas de apoyo, parti-

cularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Por lo expuesto la carga alimentaria que pesa sobre los padres y a falta de su cumplimiento, sobre el Estado, es la base mínima que debe estar asegurada a los hijos, y para garantizar la misma creemos que un mecanismo impuesto de orden público es razonable. De esta manera la carga alimentaria no se disipa ante el hecho desolador de la muerte del testador, sino que la misma se ve reemplazada por una legítima que si bien reducida, no deja al desamparo a los hijos que tendrán la porción legítima asegurada, salvo justa causa de desheredación. En caso de que la legítima desapareciera esa carga alimentaria pesaría sobre el caudal relicto y subsidiariamente como deber del Estado.

También ello hace a la paz social y obedece a nuestra raigambre y tradición jurídica, además que si la misma desapareciera dicha carga alimentaria debería de todos modos estar asegurada (véase que en el derecho anglosajón donde no hay legítima, la libertad de testar no es total ya que pesa sobre el patrimonio relicto una carga alimentaria).

2) No dejar en manos de una persona arteroesclerótica, engañada, deprimida que pierde la noción de proyectar hacia el futuro porque su futuro se agota, que pueda disponer de todos sus bienes a favor de cualquier extraño, en un momento de desesperación o de sentimiento de soledad.

La tercera edad debe tratar de transitarse lo más plácida y despreocupadamente posible de los inconvenientes, porque naturalmente no se está a todas luces sino que es como decrecer, como volver a ser dependiente, de ahí que ejerce gran influencia sobre el testador el que más cerca esté de él en los últimos años de vida. En dicha etapa ha llegado el

²⁹ LAMBER, Rubén A., “Convenciones Matrimoniales, Esquicios escriturarios según Proyecto de Reformas al Código Civil conforme al Decreto 685/95”, Academia Nacional de Notariado.

momento de disfrutar más que nunca de la misma, sin complicaciones respecto de saber que si se le deja todo a un hijo porque fue el que estuvo en los momentos más difíciles, se obtendrá recelo entre hermanos y desamor, porque los bienes materiales, el afán de poseer, es desvío o parte del hombre que no solo quiere lo indispensable para vivir como es regla en el reino animal. De esta manera la ley decide por él (futuro causante), quitándole esa carga y responsabilidad y por qué no reproche o dudas del decidir, no cargándolo de preocupaciones.

VIII.- Excepciones al principio de intangibilidad de la legítima. Limitaciones al instituto que la ley vigente permite.

Casos:

1.- Fideicomiso testamentario, conforme ley 24.441, exclusivamente para el caso de existir beneficiarios menores o imposibilitados física o mentalmente con sustento en un interés superior emanado de la Convención de los Derechos del Niño, de rango constitucional.

2.- La afectación de un inmueble al régimen de la ley 14.394 de bien de familia por vía testamentaria.

3.- la indivisión forzosa de los bienes sucesorios previstas por los arts. 51 a 55 de la ley 14.394. La misma puede ser impuesta por el causante, pactada por los herederos o impuesta por el cónyuge superviviente.

El art. 51 de la ley de bien de familia, reza: “Toda persona podrá imponer a sus herederos, aun forzosos, la indivisión de los bienes hereditarios, por un plazo no mayor de diez años. Si se tratase de un bien determinado, o de un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o cualquier otro que constituya una unidad económica, el lapso de la indivisión podrá extenderse hasta que todos los herederos alcancen la mayoría de edad, aun cuando ese tiempo

exceda los diez años. Cualquier otro término superior al máximo permitido, se entenderá reducido a éste”.

Y el art. 53, prevé: “Cuando en el acervo hereditario existiere un establecimiento comercial, industrial, agrícola, ganadero, minero, o de otra índole tal que constituya una unidad económica, el cónyuge superviviente que lo hubiese adquirido o formado en todo o en parte, podrá oponerse a la división del bien por un término máximo de diez años. A instancia de cualquiera de los herederos el juez podrá autorizar el cese de la indivisión antes del término fijado, si concurriesen causas graves o de manifiesta utilidad económica que justificasen la decisión. Durante la indivisión la administración del establecimiento competirá al cónyuge sobreviviente. Lo dispuesto en este artículo se aplicará igualmente a la casa habitación construida o adquirida con fondos de la sociedad conyugal formada por el causante, si fuese residencia habitual de los esposos”.

4.- El art. 3.573 bis del Código Civil, que prevé “ Si a la muerte del causante éste dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge superviviente tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge superviviente contrajere nuevas nupcias”.

La corriente jurisprudencial se pronuncia a favor de la comunidad hereditaria aun cuando exista la inscripción de la declaratoria de herederos, para hacer valer el derecho real de habitación, ya que si la inscripción de la declaratoria de herederos prolongada en el tiempo devendría un condominio no sería

viable el referido derecho real. No obstante ello, el bien puede ser objeto de actos de disposición. (venta o gravamen).

La mejora del derecho español y la porción disponible o mejora del derecho argentino.

Manifiesta Lopez Cabana *que la incorporación de la mejora del derecho español, permitirá una mayor libertad para que el causante pueda expandir su disposición sobre una parte de la legítima de sus descendientes.*³⁰

En nuestro derecho no existe la mejora concebida como en el derecho español, empero se la confunde con la porción disponible. Comparándolas las mismas presentan similitud en cuanto al fin buscado que es el mejorar o expandir el testador su porción, que en el primer caso recaerá sobre porción legítima y beneficiara a los parientes legítimos y en el segundo sobre porción disponible que beneficiara a legitimarios, legítimos e inclusive a terceros, lo que marca la diferencia, a nivel conceptual, pero que ambas son vías para arribar a soluciones similares, nosotros optamos por la reducción de la legítima.

Entonces el testador podrá mejorar a un heredero forzoso o a un tercero, como en el régimen actual, pero en mayor porcentaje como consecuencia de la reducción de la legítima.

En cambio en el sistema español la mejora no afecta la porción disponible, quedando ella a la espera de ser asignada.

Creemos que mediante la reducción del instituto en estudio surgen las herramientas jurídicas que se podrán en marcha a partir de la voluntad del testador, para que este pueda paliar situaciones que él tenga en miras resolver y con ello no deviene necesario la incorporación del instituto de la mejora.

IX.-Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial en lo referente a legítima y régimen de separación de bienes.

Mediante el decreto 685/95, el Poder Ejecutivo encargó a una comisión de juristas la unificación del derecho de las obligaciones civiles y comerciales y la reforma del Código Civil; posteriormente los miembros de dicha comisión redactaron el Proyecto de Código Civil de nuestro país unificado con el Código de Comercio.

El mismo reglamenta expresamente el Fideicomiso testamentario en el Capítulo XII Sección Octava y en el Libro Sexto “De la transmisión de derechos por causa de muerte” y en el Título IX, reglamenta sobre la porción legítima.

El artículo 2397 de dicho proyecto, al referirse a la protección de la legítima, prevé la posibilidad de la constitución de un fideicomiso sobre bienes determinados aún cuando excedan de la porción disponible, por actos entre vivos o por testamento, del cual sean beneficiarios sus herederos incapaces, el que puede durar hasta que cese la incapacidad.

Destacamos positivamente la previsión expresa de un caso en que la ley permite violentar la legítima (ya que lo que exceda la porción disponible no es otra cosa que violentarla). Permite violentar la intangibilidad de la misma con una redacción negativa, ya que no la nombra sino a su contracara, la porción disponible.

La posibilidad de constituir fideicomiso testamentario aún cuando exceda la porción disponible constituye la permeabilización del instituto de la legítima, haciéndola ceder en el caso en que, como marca dicho proyecto, sean beneficiarios sus herederos incapaces.

Cómo nos recuerda ello al interés superior familiar que emana de la Convención de los Derechos del Niño, tratándose de menores imposibilitados física o mentalmente, al cual clasificamos como un caso en que debe

Citado por JIMENEZ KOCKAR, Jorge A y SABAINI ZAPATA, Jorge E, “El Heredero Legitimario y la Mejora en el Derecho Argentino”, XI Jornada Notarial Cordobesa, 1996, pág. 14.

declinar el principio de intangibilidad de la legítima emanado este último del Código Civil, frente a un interés superior que surge de una convención con rango constitucional. En este sentido el artículo mencionado adecuada y armoniza nuestra legislación que en materia del instituto de origen anglosajón se encuentra separado, y chocando con principios de orden público aparentemente no flexibles, pero que el juez al aplicar las reglas de la sana crítica tendrá la mirada puesta en todo el plexo normativo (Convenciones de rango constitucional, ley 24.441) y no sólo el Código Civil.

Nos pronunciamos a favor de dicho artículo ya que con la posibilidad expresa de exceder la porción disponible se permite violentar la legítima volviéndola permeable para el caso de incapaces.

Creemos que la norma podría haber dicho en vez de “aún cuando excedan la porción disponible”, directamente “aún cuando violenten o excedan la legítima”, de todas maneras los efectos son idénticos, y no produce tanto resquemor la redacción, ya que a la legítima se la nombra en forma directa en la regla y en la excepción se hace referencia a ella en forma indirecta.

En dicho proyecto de código unificado en otro título aparece reglada la posibilidad de establecer la indivisión forzosa, que como expresáramos anteriormente es una excepción a la intangibilidad de la legítima.

Pensamos que la misma técnica legislativa podría aplicarse a otros casos en que se hace necesaria la permeabilización del instituto en estudio, o sea cuando se den determinadas condiciones tenidas como justas por el codificador como, por ejemplo, para la protección del conviviente supérstite.

No obstante ello con la reducción de la cuantía de la legítima surge la posibilidad de que el testador ampare al referido conviviente.

Estamos de acuerdo con que el artículo en estudio reproduzca la redacción de la regla, que dice: El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, no son válidas.

X.- Conveniencia y coherencia de mantener la legítima del cónyuge en los casos de matrimonios con separación de patrimonios.

Convenciones Prematrimoniales.

El decreto 685/95 mencionado anteriormente, prevé en la Sección Primera del Título II del Libro Tercero, a las “Convenciones Matrimoniales”. El objeto de dicha convención será la elección del régimen, existiendo dos posibles: 1) uno supletorio que es el de la comunidad, o bien si se optó por el régimen de separación durante el matrimonio, se puede modificar para elegir el de comunidad, y 2) el régimen de separación de bienes o de patrimonios.

En el presente trabajo nos detenemos en el punto 2) para analizar la conveniencia y coherencia de que en un régimen de separación de patrimonios se mantenga la legítima del cónyuge o de que éste tenga vocación hereditaria.

Dicho Proyecto de Unificación de Código no le quita la vocación hereditaria al cónyuge supérstite ni como regla general ni como excepción en el caso de haber optado por el régimen de separación de bienes. Sólo pierde dicha vocación hereditaria en los casos de divorcio, separación judicial culpable y separación de hecho sin voluntad de unirse; dichos casos tienen el rasgo característico de la desunión de la pareja.

Veamos lo previsto por el código proyectado respecto del cónyuge supérstite:

CAPÍTULO IV. Sucesión del cónyuge.

ARTÍCULO 2382.- Concurrencia con descendientes. Si heredan los

descendientes, el cónyuge tiene la misma parte que un hijo.

ARTÍCULO 2383.- Concurrencia con ascendientes. Si heredan los ascendientes, al cónyuge le corresponde la mitad de la herencia.

ARTÍCULO 2384.- Exclusión de colaterales. A falta de descendientes y ascendientes, el cónyuge hereda la totalidad, con exclusión de los colaterales.

ARTÍCULO 2385.- Matrimonio “in extremis”. La sucesión del cónyuge no tiene lugar si el causante muere dentro de treinta (30) días de contraído el matrimonio a consecuencia de enfermedad existente en el momento de la celebración, conocida por el sobreviviente, y de desenlace fatal previsible, salvo que de las circunstancias del caso resulte que el matrimonio no tuvo por finalidad la captación de la herencia.

ARTÍCULO 2386.- Separación judicial y divorcio. En caso de separación judicial, el culpable pierde el derecho hereditario.

También lo pierde el inocente que vive en concubinato o incurre en injurias graves contra el otro cónyuge.

El divorcio vincular extingue el derecho hereditario.

Véase que el divorcio opera como causal de extinción del derecho hereditario entre los cónyuges, ergo se disipa la vocación hereditaria.

Respecto al divorcio y al régimen de separación de bienes encontramos elementos comunes y paralelamente con ello observamos aristas totalmente opuestas.

El elemento común es que cada uno de los esponsales o de los ex cónyuges si es que han realizado partición y adjudicación por disolución de la sociedad conyugal, tienen la libre administración y disposición de sus bienes, ídem respecto de los bienes que adquieran los ex cónyuges después de la notificación de la demanda o bien a partir de la

presentación conjunta del divorcio y los esponsales antes y durante el matrimonio.

Empero la gran diferencia la marca el hecho de que para los ex cónyuges no hay lazos de amor entre ellos, o por lo menos han decidido no deberse atención y cuidados.

Y en el régimen de separación de bienes optado que se despliega durante la vida del matrimonio, hay unión, amor y se deben ambos atención y cuidados.

Por ello si bien por el divorcio vincular se extingue el derecho hereditario, por la separación de bienes elegida como régimen durante el matrimonio, ante el hecho irremediable de la muerte de su consorte, creemos que la pérdida de la vocación hereditaria no resultará justa en todos los casos y seguramente será justificada en otros.

Como por ejemplo en el caso de la viuda que contrae nuevas nupcias, existe la posibilidad de que ante el advenimiento de la muerte el segundo esposo se quede con los bienes que le pertenecían al primero, si no existían descendientes y si había concurrencia heredaría en igual proporción que aquéllos. Lo que no se aprecia equitativo.

Pero si durante la separación de bienes uno de ellos tuvo mala suerte en los negocios y perdió su capital y a males de peores se enferma su esposo y enviudece, ya no le quedará bienes materiales y sí el duelo de su amado esposo, que mejor que para el que se ha ido sin que la muerte le de aviso, haber tenido la tranquilidad de que si le pasaba lo inesperado su cónyuge aún dentro de un régimen con patrimonios separados, no quedaría desamparada.

Parafraseando al doctrinario Rubén Lamber en una trabajo de la Academia del Notariado anteriormente expresa, dice: “en el caso de consortes con régimen optado de separación de bienes, en que se hubiera producido la disolución del matrimonio por

cualquiera de las causales legales (por ejemplo muerte) será necesario liquidar la comunidad, cuando ése fuera el régimen vigente, pero aun cuando se hubiera elegido un régimen de separación, se deberán liquidar los créditos y deudas que existen entre los cónyuges con motivo de la vida en común, la atención del hogar y las cargas derivadas de ello, en la separación de bienes no hay comunidad pero sí existen cargas comunes que tienen que formar parte de un sistema de comunidad obligatoria en cuanto a lo que conforma la base del matrimonio como es la atención del hogar, la educación y formación integral de los hijos y asistencia familiar”.

Por las expresadas razones no nos convencemos de la conveniencia de sacarle la vocación hereditaria al cónyuge en los casos de separación de patrimonios, por lo menos no como régimen general, podríamos llegar a aceptarlo como un régimen de excepción en la medida que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Se trate de un matrimonio que ha optado por un régimen de separación de bienes.

b) Otorguen por escritura pública el convenio matrimonial o prenupcial.

c) Que al momento de la muerte de uno de los consortes, el superviviente no haya quedado sin bienes o desprotegido.

d) Para el caso de que no se dé el requisito del punto anterior, necesitaremos la protección del cónyuge superviviente. Creemos que la misma puede darse: heredándolo en cuota de usufructo respecto únicamente de la vivienda común y sobre los muebles indispensables en ésta, lo que equivaldría a incorporar una legítima en cuota de usufructo como en el derecho español. O bien con un régimen que responda eficazmente al derecho real de habitación. El proyecto comentado no ha dejado de lado a este último, ya que en su artículo 2336 dice: Derecho real de habitación del cónyuge superviviente. Si en el haber hereditario hay sólo un inmueble habitable, y éste fue el último hogar conyugal, el cónyuge superviviente tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito. Este derecho se extingue si el cónyuge beneficiario contrae nuevas nupcias o vive en concubinato.

I-2. ALGO MÁS SOBRE CONVENCIONES MATRIMONIALES

Por Rubén Augusto LAMBER

Decía Velez Sarsfield en la nota al art.1217 del Código Civil, que en Europa "no hay matrimonio que no sea precedido de un contrato entre los esposos, tanto sobre los bienes respectivos, como sobre su administración, derechos reservados a la mujer, limitaciones a la facultad del marido, renuncia o modificaciones de los beneficios de la sociedad conyugal, etc. "Pero que entre nosotros no había arraigado tal costumbre, razón por la cual, reducía al mínimo la legislación res-

pectiva. En consecuencia solo trató cuatro convenciones, que con la reforma de la ley 17711, quedaron reducidas sólo a dos.

Sin embargo, hoy en día, atento a la posibilidad de disolver el matrimonio y poder contraer otro (divorcio vincular), y ante la perfecta división de masas (propios de cada uno y gananciales de administración separada), se presenta en la discusión de la reforma legislativa la posibilidad de enriquecer esta institución actualizándola, de manera

que no sólo se puedan establecer convenciones antes de un nuevo matrimonio consignando en forma separada que bienes llevan los futuros esposos, sino hasta la posibilidad de elegir regímenes matrimoniales diversos (comunidad de bienes, separación de bienes, etc.).

Pero por el momento, la norma vigente contiene un estatuto forzoso, que los contrayentes no pueden cambiar, debiendo someterse a él por el carácter de orden público que gobierna la institución matrimonial (arts.1218 y 1219 del Código Civil).

En la antigua ROMA, donde el "paterfamilias" era el dueño absoluto de los bienes y de las personas que integraban el grupo (esposa, hijos, esclavos), la mujer rompía su vínculo con la familia de sangre y pasaba a integrar la familia del marido, quedando sometida al poder del mismo (*manus maritalis*). "Se configuraba entonces" -dice ARGUELLO-" una forma de matrimonio, el matrimonio cum manu, según el cual la esposa (*uxor in manu*) se hacía filiafamilia y quedaba sometida al nuevo pater".(Luis Rodolfo ARGUELLO-Manual de Derecho Romano-pag. 457, Ed. Astrea, Bs.As. 1979).

Pero al mismo tiempo, se admitía en Roma otra forma de matrimonio, donde la mujer no pasaba a depender de su marido, sino que continuaba bajo la dependencia de su familia de sangre. Era el matrimonio sine manu, donde la mujer continuaba en la situación jurídica que tenía antes: si era "alieni iuris", es decir, bajo dependencia de su padre, así continuaba a pesar del matrimonio. Si en cambio era "sui iuris", es decir libre, como mujer que no tenía aptitud jurídica para administrar sus bienes, debía nombrarse un tutor. "Su marido no era su tutor legítimo, ni era usual nombrar al marido tutor de su propia mujer" dice Argüello en la obra antes citada (pag.460).

De estas dos formas de matrimonio en el

Derecho Romano, pueden interpretarse las derivaciones de los distintos regímenes matrimoniales, a saber:

a)El de ABSORCION de la personalidad económica de la mujer por el marido. Según el mismo, ya borrado prácticamente de las legislaciones vigentes, la mujer al contraer matrimonio, entregaba en propiedad a su marido todos sus bienes, perdiendo todo derecho sobre los mismos, aún disuelto el matrimonio, salvo lo que recibía como heredera.

b)El de UNIDAD DE BIENES, en que los bienes de la mujer pasaban al marido, como en el caso anterior, pero al disolverse el matrimonio el marido o sus herederos debían entregar a la mujer o sus herederos, el valor de aquel aporte.

c)El de UNION DE BIENES, en que ya no pasaban en propiedad los bienes de la mujer, sino su administración y usufructo y al cabo del matrimonio se le restituía el dominio de los mismos pero sin beneficio o retribución alguna por su explotación.

d)El de COMUNIDAD DE BIENES, en que, como su nombre lo indica, se forma una masa común entre los bienes de ambos cónyuges y a la disolución se divide por partes iguales. Este sistema actualmente vigente en varios países, fue el implantado por Velez Sarsfield cuando redactara el primitivo Código Civil, y tiene variantes en cuanto a su alcance, identificándose como comunidad universal o restringida, según el caso.

e)El de SEPARACION DE BIENES en el que cada cónyuge administra, goza y dispone de sus bienes propios, sin participación del otro, con la sólo obligación de contribuir a los gastos propios de la comunidad de vida, como los del hogar y sus derivados.

f)El de PARTICIPACION, similar al otro en cuanto a la independencia patrimonial de los cónyuges durante la unión, pero

que al disolverse "se acuerda a uno de los cónyuges un crédito contra el otro cuyo objeto es igualar sus patrimonios o los aumentos de estos producidos durante la unión". (BELLUSCIO, Augusto César, El régimen matrimonial de bienes en la reforma del Código Civil. La Ley, Tomo 131, Sec. Doctrina, pág. 1459, a quien seguimos también en la clasificación de regímenes matrimoniales señalada).

Esta variedad de regímenes, de los cuales los tres últimos son los que tienen mayor aceptación legislativa en los tiempos actuales, pueden ser elegidos por los contrayentes antes del matrimonio por medio de una "convención matrimonial" y hasta en algunos casos, modificarse durante el mismo.

De no hacerse opción (por ejemplo Francia), rige el de comunidad, que es el que está regulado especialmente.

En el siglo pasado se consideró que era aventurado dar estas facilidades a los contrayentes y se prefirió un régimen único y forzoso. Las únicas flexibilidades estaban dadas para atenuar el sometimiento económico de la mujer. Así, por una convención, podía hacer reserva de algún bien raíz de los que lleva al matrimonio o que adquiriera después por título propio (art.1217 inc.2). Conforme con ello, si bien todos sus bienes los administraba el marido, estos reservados podía excepcionalmente administrarlos la mujer, circunstancia que ahora no tiene efecto porque se ha establecido con la ley 17711 un régimen de administración separada, sin necesidad de reserva alguna.

Estos bienes reservados, son los llamados "parafernales", mientras que los que aportaba la mujer pero administraba el marido, se los llamaba "dotales". Por ello, el dicho que el padre dotaba a la hija para el matrimonio, que era el aporte de la mujer al matrimonio. También por convención se podía (y se puede

porque el párrafo conserva su vigencia), dejarse constancia de las "donaciones que el esposo hiciere a la esposa". Nada dice de lo contrario y el Codificador dá su explicación en la nota respectiva: si la mujer donaba antes del matrimonio al marido, era éticamente repudiable, porque podía considerarse como que compraba un marido. La interpretación tiene su razón de ser en las costumbres de la época, pero la institución regulada nos permite señalar que a través de ella se conserva uno de los últimos resabios de la desigualdad entre el hombre y la mujer, aún no borrada del Código.

Es el caso, que ante la vigencia de este artículo, el futuro marido podrá hacer donación a la mujer de bienes, y cómo estas donaciones están condicionadas al matrimonio, si el mismo no se celebra, la donación queda sin efecto.

Como ahora ambos tienen plena aptitud para administrar sus bienes, aun siendo solteros pueden darse bienes en donación sin restricción ni dependencia alguna, pero si la mujer lo hace, como no está regulado en convención matrimonial, la misma quedará firme aunque el matrimonio no se celebre, porque será una donación común y no sujeta a la condición del matrimonio.

Claro que la doctrina y la jurisprudencia han interpretado extensivamente esta norma, y en los pocos casos que se presentaron, dieron el mismo efecto que cuando la hacía el marido, a la donación de la mujer en convención prenupcial. Pero es evidente que este resabio deberá dejarse sin efecto o regularse en forma ambivalente para ambos futuros contrayentes.

En definitiva, la única convención vigente que puede tener alguna aplicación en nuestras costumbres actuales, es la del inc.1º del art.1217, según la cual pueden antes del matrimonio, cada uno de los futuros cónyuges, hacer designación de los bienes que llevan al matrimonio. Y esta convención no es

de despreciar, para aquellos que llegan a una segunda o tercera unión, porque les permite separar perfectamente que bienes llevan y no confundirlos con los que se generen en las uniones sucesivas.

Con los bienes inmuebles y bienes registrables como automotores, aeronaves, etc. no existe problema porque la escritura de adquisición o la constancia registral permite individualizar bien el origen de ellos, pero en bienes muebles, en particular aquellos que son propios de una explotación comercial o industrial, pueden confundirse y dar lugar a

futuros pleitos entre herederos de un primer matrimonio y los sucesivos.

De todos modos, es el momento de considerar la importancia de la regulación de regímenes matrimoniales en una futura reforma legislativa y de permitir hacer elección de ellos, para que cada uno adopte el que mejor convenga a su situación personal, sin dejar de contemplar un sistema de comunidad obligatoria en cuanto a lo que conforma la base del matrimonio como es la atención del hogar, la educación y formación integral de los hijos y asistencia familiar.

I-3. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL DE LOS INSTRUMENTOS DE ORIGEN JUDICIAL

Sabina PODREZ YANIZ

Contribución de la autora para el XIV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL. Villa Carlos Paz, 18 al 20 de septiembre de 2006, como aporte del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires a TEMA I: “Recursos vinculados con la calificación de documentos judiciales. Necesidad de su regulación procesal”.

I- Introducción:

La función calificadora de los Registros de la Propiedad Inmueble. Caracteres. Sus límites:

Es sabido que la función calificadora del registro ha sido uno de los temas más controvertidos tanto en el ámbito doctrinal, como en las discusiones de los distintos congresos, ya en lo que respecta a su naturaleza, como a su alcance.

Un sector de la doctrina, considera a la función calificadora registral dentro de órbi-

ta administrativa; otro la compara con una función judicial aún cuando no rijan el principio de la causa juzgada; algunos la asimilan a una jurisdicción voluntaria o bien la consideran como de especial naturaleza, recurriendo a sus características de ser inexcusable, obligatoria, independiente, autómoma, integral, al mismo tiempo limitada.

“La calificación es una tarea de control (esto nadie lo puede dudar) que opera a la manera de un tamiz (algunos títulos quedarán y otros pasarán) que impide el acceso al registro de títulos a cuya publicidad se opone algún obstáculo”.³¹

Sin embargo, antes que un documento ingrese al registro, tanto de origen notarial, administrativa o judicial, siempre existe otro sujeto que califica el mismo (su autor), sea el notario, la autoridad administrativa, o la judicial interviniente.

Existe entonces una doble tarea califica-

³¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Cuestiones esenciales en derechos reales. “Calificación registral de instrumentos de origen judicial”. Lexis Nexis. Abeledo Perrot. Bs.As. Año 2002, pág.35.

dora, aunque de distinta naturaleza según lo regula la ley de fondo en nuestro país.

Esta duplicidad en los hechos, produce algunas situaciones problemáticas y conflictivas.

Al decir de Moisset de Espanés³², “Notario, registrador y juez, todos ellos califican, pero cada uno, en atención a la función que cumple, con una óptica distinta: el notario, la viabilidad; el registrador, la admisibilidad; el juez la validéz”.

Lo cierto es que la tarea registral calificadora debe enmarcarse en nuestro país dentro de lo regulado por la Ley.17.801. Artículo 3º: *“Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda; b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien está facultado a hacerlo, c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título de dominio, derecho real o asiento practicable”...*

De todo lo que se deriva el “principio de legalidad” que si bien es común a todo el orden jurídico, e implica la sujeción a la normativa vigente, en materia registral, la ley obliga al registrador a controlar el efectivo cumplimiento de los requisitos legales a los efectos de beneficiarse con la protección que el sistema inscriptorio brinda.

Respecto al alcance de la tarea de calificación registral, el artículo 8º de la referida ley dice: *“El registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ellos y de los asientos respectivos”.*

La V Convención Notarial de la Ciudad de Buenos Aires³³, conceptualizó a las forma-

lidades extrínsecas, como el conjunto de solemnidades o requisitos formales que deben observarse en la formación del documento.

Se califica en función de un examen de legalidad y como parte de él de factibilidad tanto jurídica (actos viciados de nulidad) como material (inexistencia de un inmueble).

La misma ley en su artículo 4º restringe la tarea calificadora y se pronuncia por el principio de la “no convalidación” de los títulos: *“La inscripción no convalida el título ni subsana los defectos de que adoleciere según las leyes”.*

II- La calificación registral de instrumentos de origen judicial.

1- Consideraciones generales:

Al referirnos a esta temática específica, veremos que nuestro sistema legal presenta un espacio ausente de regulación, por lo que nos enfrentamos con una verdadera laguna jurídica.

Muchas veces los jueces han interpretado que la registración por ellos dispuesta no puede ser denegada o suspendida alegando normas registrales, lo que por otra parte con-figuraría delito de desacato o desobediencia.

Ya hemos expresado, que el examen de legalidad es de máxima importancia para el registrador, y en este sentido suelen producirse posiciones encontradas cuando acceden al Registro documentos judiciales no susceptibles de ser registrados por defectos de forma o de fondo, en razón de que el juez, por esencia de su función detenta la calidad de custodio de la legalidad.

En las circunstancias imperantes resulta imprescindible a la luz de fortalecer la seguridad jurídica encontrar un criterio interpretativo certero a seguir cuando ingresan al

³² MOISSET de ESPANÉS, Luis. Calificación registral de instrumentos judiciales. Revista del Notariado. Colegio de Escribanos de Capital Federal. Número 850. Noviembre de 1997, pág.133.

³³ REVISTA DEL NOTARIADO. Colegio de Escribanos de la Capital Federal. Bs.As. Número 741, pág.895.

Registro de la Propiedad Inmueble documentos de origen judicial.

El Reglamento Hipotecario español, se pronuncia determinando los alcances del análisis registral en estas cuestiones y en su artículo 99 establece: *“La calificación por los Registros de los documentos expedidos por autoridad judicial se limitará a la competencia del Juzgado o Tribunal, a la congruencia del mandato con el procedimiento o juicio en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas del documento presentado y los obstáculos que surjan del registro”*.

La ley 17.801 no contiene normas específicas relativas a la calificación de documentos de origen judicial, otorgándole el mismo tratamiento que los documentos de otro origen.

La facultad del registrador de revisar los documentos judiciales sólo se consagra en el artículo 32: *“El Registro de las inhabilitaciones o interdicciones de las personas físicas se practicará siempre que en el oficio que las ordene se expresen los datos que el respectivo código de procedimientos señale, el número de documento nacional de identidad y toda otra referencia que tienda a evitar la posibilidad de homónimos. Cuando no se consigne el número del documento de identidad a que se ha hecho referencia, serán anotadas provisionalmente según el sistema establecido en el artículo 9, salvo que por resolución judicial se declare que se han realizado los trámites de información ante los organismos correspondientes, sin haberse podido obtener el número del documento indetificatorio”*.

De todo lo cual podría deducirse que si se admite la facultad de revisión al registrador en estos casos, también por aplicación del principio de analogía, debería aceptarse en los restantes documentos judiciales. Es de destacar que en estos casos el registrador analiza el contenido del instrumento y al encontrar un defecto comunica el juez petitioner esa circunstancia y no procederá al asiento definitivo mientras no subsane el mismo.

2- Diferencia entre petición y orden judicial:

Al decir de Moisset de Espanés³⁴, en la mayor parte de los casos el juez no “ordena” sino que “peticiona” se dé publicidad a la medida que consta en la resolución enviada al Registro.

Aparece entonces una distinción sustancial entre los casos en los que el juez peticiona al registro, como un rogante más (pedido de inscripción de medidas precautorias) y los casos en que ejerce su potestad jurisdiccional y ordena al mismo una inscripción. En éstos últimos, luego de haberse cumplimentadas todas las etapas previstas por los ordenamientos procesales, habiendo obtenido una sentencia firme, sus pronunciamientos adquieren la calidad de “cosa juzgada”. Se hace notar que la mayoría de los conflictos entre el registrador y el juez se presentan en la solicitud de inscripción de medidas cautelares, en donde el último es un rogante más, siendo sus solicitudes meras peticiones.

3- La calificación de los instrumentos judiciales y la forma requerida:

Todo documento que ingresa al registro debe ser analizado por el registrador a los efectos de verificar si goza de autenticidad y certeza suficiente para justificar que sus datos sirvan de base al asiento a practicar.

No constituyen una excepción los documentos de origen judicial. Si además el documento es un instrumento público debe estar suscripto por el funcionario autorizante.

“No puede entonces el registrador emitir juicio sobre el contenido de una sentencia judicial, pero tampoco el juez omitir el cumplimiento de la normativa registral pretendiendo la inscripción de documentos que no

³⁴ Op. Cit. 2.

reúnan los recaudos formales que las leyes han impuesto”³⁵.

Lo que parecería ser una cuestión simple genera también amplias discusiones. Existen numerosas resoluciones que llegan a los registros firmadas por quien no está legitimado a rogarlas, o sin transcribir las partes resolutivas de la decisión judicial por la cual se dispuso la medida y en estos casos el registrador se encuentra en la obligación de rechazar su inscripción.

“En caso de rogarse la inscripción de una sentencia definitiva,³⁶ debe presentarse al registro el testimonio de la misma, firmado por el secretario, con mención de los autos a los cuales se refiere...debiendo en estos casos procederse a la verificación y el control de la autenticidad de la firma del funcionario judicial que suscribe el documento”.

El registrador, debe en todos los casos verificar si el documento cumple con los requisitos de forma exigidos por la ley fondo para la existencia de un instrumento público que goce de total autenticidad.

Debe también analizar el cumplimiento estricto del sistema del tracto, de lo contrario existirá impedimento insalvable de carácter de material que impide la registración.

“En resumen, el registrador, frente al documento judicial, examinará primero la posibilidad material y luego las formas extrínsecas, el tracto y la compatibilidad con otros asientos registrales. En cuanto a la competencia del magistrado, sólo en casos excepcionales podrá ser objeto de una observación registral”.³⁷

En el marco legal vigente, en ninguno de los casos podrá analizar el contenido de una resolución firme. La revisión de una decisión

judicial firme sólo puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional constituyendo este el límite de la facultad calificadoras del registrador. No es facultad del registrador analizar la posible incongruencia entre lo solicitado y lo resuelto, sólo podrá observar como defecto posible de subsanación la falta de claridad en el contenido del mandato judicial del documento presentado para su registración.

4- Un tema preocupante. Tratamiento registral de las medidas cautelares.

Otro problema serio se presenta en esta cuestión. Debemos recordar que las medidas cautelares se traban a los efectos de asegurar el resultado de un proceso, siendo sus caracteres: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. El tratamiento de las medidas cautelares por parte de los registros inmobiliarios resulta de la correlación de las distintas normas de la Ley 17.801.

El art.2 enumera entre los documentos inscribibles: “Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares”. El art. 18 inciso b): “Si al solicitarse la inscripción o anotación existieren otras de carácter provisional, o certificaciones vigentes o esté corriendo respecto de éstas el plazo previsto por el artículo 5° aquélla se practicará con la advertencia de tal circunstancia que la condiciona”. Y el art. 19 establece: La prioridad entre dos o más inscripciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos en el ordenamiento a que se refiere el artículo 40...” o sea siguiendo el principio de la prioridad cronológica.

³⁵ CASABÉ, Eleonora R. “Calificación registral en las hipotecas constituidas en sede judicial”. REVISTA DEL NOTARIADO. Colegio de Escribanos de Capital Federal. N°882, pág.120.

³⁶ SCOTTI, Edgardo.O (h). “Derecho registral inmobiliario”. Bs.As. Pág.199.

³⁷ Op.cit.2.

Por imperio legal todo documento subsiguiente, aunque el mismo resulte ser una medida cautelar, debe inscribirse en forma condicionada a la suerte de las referidas inscripciones anteriores.

Cuando se notifica al notario actuante de la existencia de una medida cautelar, no debería ser según el plexo legal vigente, un obstáculo para otorgar el acto dentro del plazo de vigencia del certificado (art.24 Ley 17.801), sin embargo la cuestión puede resultar controvertida. (ver en este trabajo punto 5. B). Restaría según nuestra postura que el notario actuante haga saber a los otorgantes de la existencia y contenido de la providencia judicial, a los efectos de evitar posibles fraudes o simulaciones y mantener el principio de buena fe.

Con mayor razón, las medidas cautelares que ingresen al Registro de la Propiedad Inmueble durante el curso de la inscripción, deben respetar el principio de prioridad máxime las características de nuestro sistema declarativo.

Ha expresado la doctrina con énfasis³⁸, “Con todo respeto, pero sin temores reverenciales, al anatema del desacato debe oponérsele el planteo de abuso de autoridad. El registrador no es superior al notario ni inferior al juez; por ello debe cumplir su cometido sin excesos ni sumisiones”.

El IV Congreso Nacional de Derecho Registral, Mendoza año 1982, en igual sentido se ha pronunciado el VI Congreso de Derecho Registral, Misiones año 1986 y el Congreso Nacional de Derecho Registral, Salta año 1993, al considerar que “la prohibición de innovar tiene el mismo tratamiento registral que las demás medidas precautorias”.

Existen fallos que avalan esta postura de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia

de Buenos Aires, “Robazza de Gutiérrez, Norma y otro c/Provincia de Buenos Aires”, año 1979³⁹ y Rodríguez, Atenor c/Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” año 1990.⁴⁰

Existen sin embargo algunos casos conflictivos:

a) La orden judicial de anotación de un embargo sin consignar su monto. Sin duda, su anotación sería contradictoria al principio de especialidad. Sin embargo, frente a la insistencia judicial se suelen inscribir.

b) Otro tema controvertido suele ser las ampliaciones de embargo. El juez suele ordenar ampliaciones de embargos que resultan ser a las claras la traba de nuevos. Se complica en el caso en que el adquirente haya asumido la deuda hasta el monto del primer embargo y la medida ampliatoria ingresa al registro estando caduca la primera.

c) En el caso de las transmisiones de inmuebles provenientes de subastas judiciales no se requiere, en virtud de la ley de fondo, el requisito de la escritura pública (art.II84 Código Civil), la misma puede inscribirse con el acta judicial que aprueba la subasta. Hay casos en que el juez ordena la inscripción previa entrega de la posesión del inmueble. En principio, parecería que el registrador no tiene facultades para controlar si hubo o no entrega de posesión. El registro inmobiliario es sólo un registro de títulos. Podría ocurrir que el inmueble existieran otros tenedores que invocan derechos sobre el inmueble, es de imaginar el tiempo que tardaría la ejecución de una sentencia de este tipo.

Si el oficio judicial no contiene la constancia del pago del precio, tampoco el registrador tiene facultades para su control y exigencia.

d) Las cesiones de derechos y acciones

³⁸ GARCIA CONI, Raúl y FRONTINI, Angel A. Derecho registral aplicado. Bs.As. 1993, págs. 246 y 247.

³⁹ D.J.B.A. Tomo II7, pág.410.

⁴⁰ Acuerdos y Sentencias. T1990-I, pág.42.

derivadas de la disolución de la sociedad conyugal y la forma exigida para ellas. (ver al respecto punto V a) de este trabajo).

e) Las hipotecas constituidas en garantía del acuerdo preventivo en el concurso o de excarcelaciones en materia penal. (ver al respecto punto V d) de este trabajo).

f) La orden judicial de la traba de un embargo contra un consorcio de copropietarios cuando no existen partes privativas del mismo y el juez decide trabarla contra cualquiera de los copropietarios. En principio, en este caso se estaría incumpliendo del principio del “tracto sucesivo”, en realidad el juicio de trabó contra el consorcio. La solución adoptada por el juez es por demás precaria.

Y no resiste comentario alguno, la afectación al sistema de propiedad horizontal por vía judicial por ser ampliamente violatorio con las normas del derecho de fondo.

Las soluciones a las que se llegan en todos los casos planteados hacen que no existan dudas que se impone una reforma legislativa al respecto.

5- Análisis de algunos casos de inconsistencia jurídica:

a) SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. PROVINCIA DE BUENOS AIRES. “JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL Y COMERCIAL N°3 DEL DEPARTAMENTO JUDICIAL DE SAN NICOLAS C/ PODER EJECUTIVO (REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA PROVINCIA DE BS.AS. S/CONFLICTO DE PODERES”. AUTOS: “ETCHEBARNE JUAN PEDRO S/SUCESION AB INTESTATO”. 27 de noviembre de 1990.⁴¹

En este caso el magistrado de primera instancia ordenó la inscripción en el Registro de

la Propiedad de la declaratoria de herederos juntamente con una cesión de derechos y acciones hereditarios efectuada en autos con firmas certificadas por el actuario en acta judicial.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires rechaza su inscripción, invocando la disposición técnico registral n°27/87 que resuelve que sólo se procederá a la toma de razón de las acciones y derechos hereditarios cuando estén instrumentadas en escritura pública y no cuando estén en escritos presentados en el sucesorio con firmas ratificadas por el actuario o en actas judiciales.

El Juez de primera instancia frente al rechazo ordenó al Director del Registro de la Propiedad a que efectuara la anotación definitiva o que en su defecto, previa anotación provisoria de la misma, elevara las actuaciones al Poder Ejecutivo para su decisión final del asunto.

El Gobernador de la Provincia de Buenos Aires, mediante decreto 987/90 resolvió denegar el pedido de inscripción definitiva. Finalmente el magistrado interviniente resolvió con fecha I4-2-1990 elevar la cuestión planteada a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

El Supremo Tribunal expresa: Que del modo en que han quedado expuestos los hechos corresponde a esta Suprema Corte resolver en forma originaria las causas de competencia ente los poderes públicos.

Que corresponde determinar si el Registro de la Propiedad ha actuado arrogándose facultades que son propias al Poder Judicial.

Que es indudable que el Registro de la Propiedad actúa en el ámbito de su competencia cuando examina la legalidad de las formas extrínsecas de los títulos. Pero no lo es menos, que el Poder Judicial tiene por misión la interpretación de la ley en último resorte

⁴¹ Resumen de fotocopia de testimonio de la sentencia.

(González; Joaquín.V. “Manual de la Constitución Argentina”, p.307).

Siendo así, la negativa del Registro de la Propiedad para proceder a la inscripción de la cesión de derechos hereditarios se erige **un cuestionamiento a una decisión judicial por vía notoriamente improcedente, que menoscaba el ámbito de la competencia constitucionalmente asignada al Poder Judicial.**

En efecto, el desvío se concreta al hacer prevalecer su propio criterio sobre el adoptado por un pronunciamiento judicial que **por principio debió observar y no cuestionar**, que es lo que el Poder Administrador en verdad ha hecho bajo la apariencia de una calificación registral, es lo decisivo para considerar ilegítima su actuación, ya que colisiona con elementales principios de nuestra organización jurídico política (arts.I, Const. Nac. y I, 33 y cos., Const. Prov.).

Ninguna norma del Código Civil, ni de Director de organismo provincial alguno, ni de cualquier otra naturaleza pueden derogar el principio de funcionamiento del Poder Judicial, sin el cual no existe sistema republicano. De allí la extrema trascendencia institucional de casos como el presente, porque todo funcionario del Poder Ejecutivo tiene regladas sus atribuciones y facultades y, en consecuencia, siempre podrá invocar normas que supuestamente le indujeran a no cumplir las decisiones judiciales.

Corresponde entonces declarar la existencia de conflicto de poderes entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo (art. 149 ins. 2 Const. Prov.) **para resolver éste a favor de la presentación del primero, reputar ilegítima la decisión del Poder Ejecutivo y ordenar al Registro de la Propiedad que proceda, en el término de diez días, a inscribir definitivamente el convenio de cesión de derechos**

hereditarios efectuado por acuerdo de partes y ratificado por el señor Juez interviniente. Firmado H.Negri. A.C.Vivanco. E. Rodríguez Villar. E. V. Ghione. J.M. Salas.

b) REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL. Expte. N°676/03.⁴²

Ingresar al Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal medida cautelar el autos “PEIRANO, MAXIMILIABO C/HONG WU ZENG Y OTRO S/COBRO DE ALQUILERES”. JUZGADO DE PAZ LETRADO DE MORENO.-

Que la medida judicial dirigida en estos autos a este organismo señala que el Registro debe abstenerse de proceder a la inscripción definitiva de una escritura que tuvo ingreso al mismo en tiempo y que se encuentra con inscripción provisional.

Que sin perjuicio de la prioridad formal que dichos documentos poseen conforme a la Ley 17.801, la medida cautelar coloca al documento notarial cuya inscripción se ha petitionado en situación de espera a lo que disponga al efecto, y según en derecho corresponda, **al referido juzgado actuante..., no se trata de una cuestión de prioridad de inscripción sino de un mandato judicial dirigido específicamente a la suspensión de la inscripción en tanto se mantengan sine die los efectos del referido ingreso.**

Que se hará saber al juzgado actuante.

El Director del Registro de la Propiedad RESUELVE: Suspéndase el trámite de la calificación registral e inscripción que pudiere corresponder al documento notarial...de conformidad al mandato judicial contenido en oficio...El aludido documento quedará

⁴² En REVISTA NOTARIAL. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. N°949, pág.868. Año 2004.

agregado al expte., hasta tanto sea levantada la medida judicial, dejándose constancia en el FR respectivo que los efectos de su ingreso se mantendrán sine die- en salvaguarda de la prioridad registral y demás efectos de la ley-. Se mantendrán asimismo sine die- sujeto a la resolución final del caso- los efectos del ingreso del embargo anotado en forma “condicionada”...

c) AUTOS: JUZGADO DE PAZ LETRADO DE MORENO DEPARTAMENTO JUDICIAL MERCEDES C/REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL. EXPEDIENTE 676/03.

En relación al caso precitado en el punto b), se alza el escribano actuante.

El Tribunal se expide diciendo que no surge del escrito cuál es el gravamen personal que se causa, y que genéricamente se exponen cuestiones relacionadas con el derecho del comprador de buena fe y de la seguridad jurídica y la inoponibilidad de actos a terceros, respecto de quienes el escribano actuante no tiene representación alguna...

Conste que el caso no se trata de una medida cautelar ingresada con posterioridad a la reserva de prioridad, sino de una orden directa del magistrado interviniente al registrador en en sentido que se abstenga de otorgar la inscripción definitiva de la escritura de venta de que se trata, y en dicho sentido se ha colocado al documento notarial en una situación de espera a las resultas de lo dispuesto por el juzgado actuante preservando la prioridad del caso, y que lo así resuelto compatibiliza adecuada y prudentemente todos los intereses en juego, con fundamento en la doctrina registral firme que allí se cita...

Cabe señalar que de esta forma se ha acatado una decisión judicial, sin que surja

de la legislación vigente que el registrador posea facultades suficientes para resistir una orden jurisdiccional emanada de autoridad competente, como resulta ser la que nos ocupa, cuando no se trata de una cuestión de prioridad registral.

Se resuelve desestimar el recurso. Firmado. Julio.R. Moreno Hueyo. Carlos R. De Giorgis. Emilio M. Pascual.

d) OFICIO LIBRADO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES POR EL JUZGADO NACIONAL EN LO PENAL TRIBUTARIO I DE LA CAPITAL FEDERAL”.⁴³

Medida ordenada en causa sobre evasión tributaria.

La Sala III de la Cámara de Casación Penal concedió la exención de prisión del imputado bajo caución real mediante un depósito en dinero en efectivo y mediante la constitución de una hipoteca en sede judicial con prescindencia de la intervención de un escribano, dado que nada obsta a que la Secretaría del Tribunal autorice las escrituras públicas correspondientes; sobre todo si se tiene en cuenta la celeridad y economía que se pretende imprimir al trámite.

Se agregan además los certificados expedidos a una escribana por parte del Registro de la Propiedad Inmueble con la finalidad de cumplir con los recaudos legales necesarios para la constitución del gravamen que se pretende.

El Registro de la Propiedad Inmueble, sin perjuicio de las consideraciones que le merecen los gravámenes así constituidos, ordena su inscripción como “hipoteca judicial” por “estar dispuestas por el mandato del Juzgado y autos correspondientes al caso”.

⁴³ Op. Cit. 5.

e) RABAZZI DE BERSEZIO STELLA MARIS C/REGISTRO GENERAL S/RECURSO DE RECALIFICACION. SALA CIVIL PRIMERA. PROVINCIA DE SANTA FE. Resolución N°369 Folio 375 Tomo 37.⁴⁴

El Registro de la Propiedad de la Provincia de Santa Fe rechaza la inscripción definitiva de una escritura por no haberse cumplido con el requisito impuesto por el artículo 1277 del Código Civil en escritura de compraventa con hipoteca por saldo de precio.

La escribana actuante apela ante esta Sala. Que si bien la calificación de la validez de los actos dispositivos es reconocida al registrador, pero que en este caso no se advierten razones para conferir al Registro facultades de examinar los requisitos sustanciales en la forma en que fuera concretado el acto, por cuanto corresponde mandar inscribir definitivamente la hipoteca constiuída.

6- Conclusión:

En la calificación de documentos judiciales rigen los mismos principios y normas jurídicas que son aplicables a cualquier tipo de documentos.

Ya no existen dudas respecto a la necesidad de plantear una reforma legislativa en el orden procesal respecto a una regulación clara y precisa de los recursos vinculados con la calificación judicial.

A los efectos de posibilitar la revisión de la calificación y evitar conflictos entre registradores y magistrados se recomienda de lege ferenda, prever en las normas registrales locales disposiciones al respecto.

Ante la reiteración o la insistencia ten-

dientes a la registración de documentos judiciales observados por defectos subsanables o insubsanables el Registro confirmará o rectificará la calificación en el término previsto para resolver el recurso de apelación.

De confirmarse la observación, el Registro remitirá el documento y las actuaciones por un plazo perentorio al tribunal con competencia en materia registral, el cual resolverá sin más trámites también en plazo perentorio. En todos los casos serán aplicables las normas contenidas en la Ley 17.801 y el cumplimiento estricto de los principios registrales.

Se valora la recomendación de la creación de tribunales de apelación en materia registral con dependencia del poder administrador. Esta propuesta supone respetar el principio de separación de poderes y de revisión final a cargo del Poder Judicial, auspiciando la celeridad procesal, especialización, independencia, economía de costos y sistematización jurisprudencial.

Las propuestas se realizan en la convicción que un derecho cargado de lagunas o sin suficiente capacidad de respuestas auspiciadas y defendidas por la doctrina no sólo como *de lege data* sino también como *de lege ferenda*, no aporta a la seguridad jurídica.

La existencia de "seguridad jurídica" constituye un valor primordial dentro de todo orden jurídico. Un derecho en donde todo es frágil y cambiante, es muy difícil que sus destinatarios estén seguros acerca de sus derechos y deberes.

"La seguridad es el valor fundamental de lo jurídico...Sin seguridad jurídica no hay derecho, ni bueno, ni malo, ni de ninguna clase"⁴⁵

Nada nuevo hay bajo el sol... Ya decía Cicerón: "*Omnia sunt incerta quae a iure decessum est*"⁴⁶.

⁴⁴ BOLETIN OFICIAL. Pcia. De Santa Fe. Enero, Febrero, Marzo de 1998.

⁴⁵ RECASÉNS SICHES, L. Vida humana, sociedad y Derecho. Porrúa. México. 1952, pág.225.

⁴⁶ CICERÓN. Epistulae ad familiares. IX, 16,3.

PONENCIAS:

1- La función calificadora del registro de la propiedad inmueble es una tarea de control que permite el acceso al registro de títulos a los efectos de darle debida publicidad, tanto de origen notarial, administrativo o judicial, o lo impide en caso de oponerse algún obstáculo.

2- En todo título que accede al registro de la propiedad inmueble, existe una doble tarea calificadora, en primer término, la del autor del mismo y en segundo término, la del registrador, aunque de distinta naturaleza según lo regula la ley de fondo.

3- Esta duplicidad en los hechos, produce algunas situaciones problemáticas y conflictivas.

4- Si bien el “principio de legalidad” es común a todo el orden jurídico, e implica la sujeción a la normativa vigente, en materia registral, la ley obliga al registrador a controlar el efectivo cumplimiento de los requisitos legales a los efectos de beneficiarse con la protección que el sistema inscriptorio brinda.

5- Se califica en función de un examen de legalidad y como parte de él de factibilidad tanto jurídica (actos viciados de nulidad) como material (inexistencia de un inmueble).

6- Al efectuarse la calificación registral de instrumentos judiciales, no existe en nuestro sistema legal normas específicas, por lo que nos enfrentamos con una verdadera laguna jurídica.

7- El examen de legalidad es de máxima importancia para el registrador, y en este sentido suelen producirse posiciones encontradas cuando acceden al Registro documentos

judiciales no susceptibles de ser registrados por defectos de forma o de fondo, en razón de que el juez, por esencia de su función detenta la calidad de custodio de la legalidad.

8- Muchas veces los jueces han interpretado que la registración por ellos dispuesta no puede ser denegada o suspendida alegando normas registrales, lo que por otra parte configuraría delito de desacato o desobediencia.

9- Se debe distinguir entre los casos en los que el juez peticiona al registro, como un rogante más (pedido de inscripción de medidas precautorias) y los casos en que ejerce su potestad jurisdiccional y ordena al mismo una inscripción. En éstos últimos, luego de haberse cumplimentadas todas las etapas previstas por los ordenamientos procesales, habiendo obtenido una sentencia firme, sus pronunciamientos adquieren la calidad de “cosa juzgada”. Se hace notar que la mayoría de los conflictos entre el registrador y el juez se presentan en la solicitud de inscripción de medidas cautelares, en donde el último es un rogante más, siendo sus solicitudes meras peticiones.

10- Todo documento que ingresa al registro debe ser analizado por el registrador a los efectos de verificar si goza de autenticidad y certeza suficiente para justificar que sus datos sirvan de base al asiento a practicar. No constituyen una excepción los documentos de origen judicial. Si además el documento es un instrumento público debe estar suscripto por el funcionario autorizante.

11- El registrador, frente al documento judicial, examinará primero la posibilidad material y luego las formas extrínsecas, el tracto y la compatibilidad con otros asientos registrales. En cuanto a la competencia del

magistrado, sólo en casos excepcionales podrá ser objeto de una observación registral.

12- Por imperio legal todo documento subsiguiente, aunque el mismo resulte ser una medida cautelar, debe inscribirse en forma condicionada a la suerte de las referidas inscripciones anteriores. Las medidas cautelares que ingresen al Registro de la Propiedad Inmueble durante el curso de la inscripción, deben respetar el principio de prioridad máxime las características de nuestro sistema declarativo.

13- En la calificación de documentos judiciales rigen los mismos principios y normas jurídicas que son aplicables a cualquier tipo de documentos.

14- Sin embargo, en materia de calificación registral de instrumentos de proveniencia judicial se advierten algunos casos conflictivos reiterados. Se hace necesario plantear una reforma legislativa en el orden procesal respecto a una regulación clara y precisa de los recursos vinculados con la calificación judicial.

15- A los efectos de posibilitar la revisión de la calificación y evitar conflictos entre registradores y magistrados se recomienda de lege ferenda, prever en las normas registrales locales disposiciones al respecto.

PROPUESTAS: Ante la reiteración o la insistencia tendientes a la registración de documentos judiciales observados por defectos subsanables o insubsanables el Registro confirmará o rectificará la calificación en el término previsto para resolver el recurso de apelación.

De confirmarse la observación, el Registro remitirá el documento y las actuaciones por un plazo perentorio al tribunal con competencia en materia registral, el cual resolverá sin más trámites también en plazo perentorio. En todos los casos serán aplicables las normas contenidas en la Ley 17.801 y el cumplimiento estricto de los principios registrales.

16- Se valora la recomendación de la creación de tribunales de apelación en materia registral con dependencia del poder administrador. Esta propuesta supone respetar el principio de separación de poderes y de revisión final a cargo del Poder Judicial, auspiciando la celeridad procesal, especialización, independencia, economía de costos y sistematización jurisprudencial.

17- Las propuestas se realizan en la convicción que un derecho cargado de lagunas o sin suficiente capacidad de respuestas auspiciadas y defendidas por la doctrina no sólo como de lege data sino también como de lege ferenda, no aporta a la seguridad jurídica.

1-4. INSTRUMENTACIONES SIMULTANEAS- ACTOS OTORGADOS DURANTE LA VIGENCIA DEL CERTIFICADO :

Por Estela María FALOCCO

Uno de los principios fundamentales de la publicidad de los derechos reales, es el llamado tracto sucesivo. No existiría exactitud registral, si no se respeta el encadenamiento o

tracto continuo de las adquisiciones sucesivas, de manera que el adquirente de hoy sea el adquirente de ayer y que el titular actual sea el transferente de mañana.

En los casos de tracto abreviado, el encañamiento existe, pero por razones de economía de tiempo, se realiza en el contenido y contexto de un solo asiento registral.

El artículo 16° de la Ley 17.801 no establece excepción sino que obvia la necesidad de la inscripción previa, para los supuestos señalados concretamente.

En todos los supuestos de escrituras simultáneas, la segunda escritura debe contener la relación de antecedentes, que hagan tanto al derecho como a legitimación del disponente, a partir del último titular inscripto y la escritura que se otorga primera.

Debe también hacerlo en cuanto a los certificados solicitados para la antecedente, siendo facultativo del notario interviniente, en caso de no ser el mismo que actúa en primer término, solicitar su propia reserva de prioridad.

El artículo 26 de la ley 17.801 faculta en los casos de actos simultáneos, que el acto que se autorice como consecuencia del primero, podrá utilizar la información que al respecto contenga la que antecede.

No existe acuerdo en cuanto a considerar actos simultáneos al que se realiza en el mismo acto o dentro del mismo día y al respecto contamos con el Decreto 2080 / 80 (T. O. Decreto 466 / 99) en Capital Federal, que expresa : **“son los otorgados en un mismo momento”** y la Disposición Técnico Registral n° 5 / 80 en Provincia de Buenos Aires, prescribe que se entiende por instrumentación simultánea la autorizada en el mismo día.

En opinión del Dr. Felipe Villaro, si el artículo 26° de la Ley prescribe, que en los casos de escrituras simultáneas, las referencias se deben tomar de los documentos originales o de testimonios, esto es porque el funcionario que otorgó el primer acto, habrá expedido testimonio de la que se relacionará, lo que implica indudablemente descartar que la simultaneidad, se entienda en el mismo momento.

El artículo 23 de la Ley 17.801, prescribe 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.

En las solicitudes de dominio en un mismo certificado, por dos o más lotes emergentes de una misma inscripción y un mismo plano, y en el supuesto de otorgamiento de Reglamento de Copropiedad y Administración y ventas Unidades Funcionales, no necesariamente deben realizarse en forma simultánea, y ese certificado solicitado por varios lotes de un mismo plano o Reglamento y Venta de Unidades funcionales, podrá ser utilizado, durante su vigencia, no violándose el artículo 23° de la Ley, ni el artículo 26° en su última parte.

Es decir que en primer supuesto, las distintas escrituras de venta de los lotes, pueden ingresar al Registro de la Propiedad para su inscripción dentro del plazo de 45 días desde su otorgamiento, sin respetarse el orden de la misma.

En cuanto al segundo supuesto, las escrituras traslativas de dominio de unidades funcionales, solo podrán obtener la inscripción definitiva si antes de ingresar éstas, se ha registrado el reglamento, caso contrario ostentarán inscripción provisoria.

Cabe concluir que la ley 17.801, exige tener certificado a la vista, pero no distingue que deba tenerse uno para cada acto en soporte papel, dicha obligación se da por cumplida cuando en un mismo certificado, el notario actuante peticiona especificando los actos a realizar por él, sin necesidad de la simultaneidad prevista.

II - PRAXIS APLICADA

II-1. CESIONES DE DERECHOS HEREDITARIOS Y GANANCIALES

por Néstor Daniel LAMBER

PROYECTO DE ESCRITURA Y NOTAS

Nº de escritura . . . (1).- CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS Y GANANCIALES: Elida MARCOS de FOU a Ricardo Fou y otros.- En la Ciudad y Partido de NUEVE DE JULIO, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a cinco de noviembre de dos mil cinco, ante mi,, Notario Titular del Registro Notarial de éste Partido, constituido en el domicilio de la calle San Martín 237 de 9 de Julio, por razones de no poder movilizar la primera de los requirentes, siendo las once horas, están presentes la señora **Elida MARCOS de FOU**, española, nacida el 27 de enero de 1911, documento nacional de identidad 93.222.000, CUIL 27-93222000-I (2), viuda en primeras nupcias de Raúl Fernando Marcos, aquí domiciliada; el señor **Ricardo FOU**, argentino, nacido el 21 de marzo de 1938, libreta de enrolamiento 4.010.101, CUIL 20-04010101-9, viudo en primeras nupcias de Raquel María Pérez, hijo de Raúl Fernando Fou y de Elida Marcos, domiciliado en Florida 25 de ésta Ciudad; el señor **Fernando Ariel FOU**, argentino, nacido el 17 de abril de 1967, documento nacional de identidad 18.022.333, CUIT 20-17022333-4, soltero, , domiciliado en Portela 32 de Lomas de Zamora, de ésta Provincia; y la señora **Romina Fernanda FOU**, argentina, nacida el 10 de julio de 1969, documento nacional de identidad 20.100.III, CDI 23-20100III-3, casada en primeras nupcias con Roque David Sotto,

domiciliada en San Martín 32I de ésta Ciudad; los dos últimos hijos de Raúl Fernando Fou (hijo) y Romina Díaz.- Son personas hábiles y de mi conocimiento, doy fe.-Interviene por si.- Requieren de forma notarial a sus declaraciones que interpreto y redacto en los capítulos y artículos siguientes: **CAPITULO I - CESION DE DERECHOS HEREDITARIOS Y GANANCIALES – PRIMERO:** La señora Elida Marcos de Fou, da, cede y transfiere a título gratuito, a su hijo Ricardo Fou, en la proporción de un medio, y a sus nietos Fernando Ariel Fou, en la proporción de un cuarto, y Romina Fernando Fou, en la proporción de un cuarto, que aceptan en las partes indicadas, todos los derechos y acciones que tiene y le corresponden (3), incluso los GANANCIALES (4), en la sucesión de su esposo en primeras nupcias Raúl Fernando MARCOS, español, cédula de identidad expedida por la Policía Federal 5.I08.507, hijo de Antonio Marcos y de María Rocinante, fallecido el 2 de febrero de 2000, con último domicilio en San Martín 237 de 9 de Julio, cuyo juicio sucesorio tramita ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial número . . . , Secretaría Unica, del Departamento Judicial, en autos caratulados. “**MARCOS Raúl Fernando s/ sucesión**”.- **SEGUNDO:** La presente cesión implica la transmisión de todos los bienes que hubiera el causante como propios, y asimismo los que tuviese con cedente como gananciales, en un ciento por ciento a los cesionarios, reservándose la cedente el usufructo vitalicio y gratuito sobre

un inmueble sito en el Partido de 9 de Julio, con frente a la calle San Martín, entre Lara y Huergo, designado en título como lote TRES de la manzana B, que mide: (medidas, superficies y linderos).....

Nomenclatura Catastral: Circunscripción I, Sección S, Manzana 52, Parcela 14.- Inscripción dominial: Matrícula 1915 de 9 de Julio, la que así deberá ordenarse en el oportuno auto de inscripción, teniendo efecto de partición parcial de herencia desde el momento que se dicte declaratoria de herederos, estableciendo el condominio entre los cesionarios en la proporción indicada y el usufructo a favor de la cedente.- **TERCERO:** Los cesionarios quedan subrogados en los derechos y acciones de la cedente, ocupando el mismo lugar, grado, preferencia y privilegio que ella. **CUARTO:** la cedente declara bajo juramento que es de estado civil viuda y que los cesionarios son sus únicos descendientes, quienes así lo ratifican.- **QUINTO:** Fernando Ariel Fou, y Romina Fernanda Fou, aceptan la presente cesión en ejercicio del derecho de representación de su padre pre-fallecido, Raúl Fernando Fou (hijo), fallecido el 7 de abril de 2005, según surge de la partida de defunción a la vista para éste acto.- **SEXTO:** Los cesionarios, asumen la obligación de pago de todos los gastos y honorarios que se originen por la presente, así como por el juicio sucesorio del referido causante, y asumen expresamente el cargo de sostener material y espiritualmente a la cedente hasta el momento de su deceso.- **SEPTIMO:** Las partes manifiestan que los cesionarios son los únicos herederos legitimarios de la cedente, y en consecuencia no afecta eventual porción legítima alguna.- **CAPITULO II – CONSTANCIAS NOTARIALES:** Acredito: a) **CERTIFICACIONES:** con el informe (5) de inhibiciones y el de cesiones de derechos hereditarios, expedidos por el

Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, el VEINTISEIS de octubre de dos mil cinco, números 60562/8 y 60561/4, respectivamente, que la cedente no está inhibida para disponer de sus bienes, y por el causante no constan cesiones de derechos hereditarios (6).- b) **CERTIFICADO DE DEFUNCION:** con el certificado de defunción de Raúl Fernando Marcos (hijo), asentado en Acta 98, Tomo I, Sección B, del año 2005, Oficina 9 de Julio del Registro Provincial de las Personas de ésta Provincia, el derecho de representación de su padre premuerto por Fernando Ariel y Romina Fernanda Marcos.- **AGREGO** a la presente los certificados registrales y copia auténtica del certificado de defunción relacionado.- **LEO** a los comparecientes ésta escritura que otorgan y firman por ante mí, doy fe.-

(I) FORMA DE LA CESION DE HERENCIA: LA ESCRITURA PUBLICA

El art. 1184 inc. 6º del Código Civil, en uno de los pocos artículos que reguló para este contrato, -que el codificador prometió legislar en el libro de las sucesiones y luego omitió- establece expresamente que “debe ser hecho por escritura pública...la cesión, repudiación y renuncia de herencia”.-

La escritura pública es la forma de éste contrato, y su omisión es un vicio que genera la nulidad instrumental del mismo.-

Tal nulidad propia del derecho civil, es un acto nulo y de nulidad manifiesta, pues no requiere ninguna investigación por parte del órgano jurisdiccional para determinarla, ya que el vicio surge de la mera observación del documento.-

Además se trata de una nulidad absoluta. En la nulidad instrumental, se está protegien-

do de modo genérico a los contratantes a tener ciertas garantías del cumplimiento de ciertas condiciones de legalidad del acto, pero en especial apunta a que tenga plena conciencia de la importancia del acto que van a realizar.-

La concurrencia ante un escribano, que en su carácter de oficial público, en el marco de la audiencia notarial da cierta solemnidad al acto, por el cual la parte sabe que va a hacer algo que reviste una importancia calificada, por lo cual se pretende colocarlo en situación de prevención.-

Es lo mismo que ocurre con la ley de defensa del consumidor, o la ley de pre horizontalidad, donde se exige que ciertas cláusula de exención de responsabilidad de la parte predisponente deben instrumentarse por escrito y suscribirse por separada, a fin que el consumidor o parte más débil tome recaudos de que allí existe un mayor riesgo a sus intereses; o del mismo modo que la primera ley exige, el doble consentimiento, con la posibilidad a revocar a los 5 días, a fin que el consumidor no quede obligado sin la suficiente meditación del acto(conf. Arts. 34, 32 y 33 Ley de Defensa del Consumidor).-

La exigencia de la escritura pública, y en especial la audiencia notarial que ella representa en la faz documental, permite llegar a esa mayor prevención a las partes, y por ello la nulidad instrumental es de carácter absoluto y no relativo, ya que no se da en resguardo de algún interés particular, -como sería p.ej. el de un menor-, sino en el interés general de la sociedad de brindar seguridad jurídica, dando un mayor rigor para prevenir vicios del consentimiento.-

Por ello, la nulidad instrumental, apareja la sanción del art. 18 CC: “Los actos prohibidos por las leyes son de ningún valor, si la ley no designa otro efecto para el caso de contravención”.-

La cesión de derechos hereditarios que

omite el requisito de la escritura pública y la precedente audiencia notarial, es de ningún valor como tal, es decir es un acto nulo, de nulidad absoluta y manifiesta, que a diferencia de la nulidad relativa no puede ser confirmada por la parte cuyo interés estaba protegido por la sanción de nulidad.-El acto para ser valido requiere un nuevo otorgamiento por las partes.-

La ley, si bien aplica la sanción del derecho civil, y lo priva de los efectos de ser una cesión de derechos hereditarios, no quiere decir que lo prive de todo tipo de efectos, sino que en el caso es de aplicación la norma del art. 1185 del CC, que establece el instituto de la conversión (diferente a la confirmación), en que el acto no vale como cesión de derechos hereditarios, pero si como contrato preparatorio, es decir como un contrato en que las partes se comprometen a celebrar la cesión de derechos hereditarios.-

Este paso intermedio es relevante, ya que las partes, tomando plena conciencia del acto a realizar y repensando el mismo, pueden de común acuerdo volver a otorgar el contrato con la forma legal para que sea válido.-

Pero en el caso que alguna de las partes no quiera firmar, quizá por no haber entendido acabadamente el acto, tendrá la instancia judicial para oponer las defensas que pudo haber omitido en el acto de cesión, quizá por un estado de necesidad o aprovechamiento del otro.- La ley lo protege ante la falta de forma, el acto no se consuma, y la otra parte debe cargar con la carga de instar el proceso judicial donde el podrá oponer sus defensas y reconveniones; entre tanto el “status quo” beneficia a la parte que podría verse perjudicada, ya que los terceros no podrán adquirir derechos de buena fe, por la falta del efecto propio del acto de cesión de derecho hereditarios.-

Estamos en la moderna clasificación de

las formas, ante un acto solemne relativo, donde el vicio lo priva de sus efectos propios, pero le reserva algún efecto por la conversión del art. 1185, a diferencia de la solemnidad absoluta que la sanción implica la privación de todo efecto como en el art. 1810 CC.-

Recalquemos entonces la diferencia entre el acto solemne relativo que no puede confundirse con la nulidad relativa, ya que en el supuesto que analizamos se necesita un nuevo otorgamiento del acto.-

En todo el análisis de las formas no debemos dejar de tener presente la distinción entre el documento y acto.- Como señala coincidentemente la doctrina procesal, el documento es la representación de un acto o hecho; es decir el medio simbólico por el cual se conserva y representa un acto o hecho, ya sea para su prueba posterior sujeta a apreciación judicial, o cuando el orden jurídico quiere expresamente conservarlo.-

Allí el documento que más garantías prevé para el Estado es la escritura pública como documento público por antonomasia, aunque existen otros documentos públicos.- Pero que el documento sea público, no implica que todo su contenido sea público: Pej.: el hecho que una parte requiera la protocolización en un protocolo notarial de un contrato celebrado por instrumento privado, no implica que el acto tenga carácter de público, sino sólo el documento que lo representa.-

El carácter público del acto, lo da la celebración de ciertos actos ante el oficial público con competencia atribuida para el caso por el orden jurídico; así es bien sabido, que el escribano da fe, y por ende tiene carácter de acto público, lo que percibe directamente por sus sentidos, y no los meros dichos de las partes; es decir que en la compraventa de un inmueble, si el precio no pasa ante el escribano, y el monto del mismo es sólo una manifestación concordante de las partes, no es

parte del acto público pese a haber sido transcripto en un documento público, y como consecuencia, para su oposición, basta la mera prueba en contrario, no siendo necesarios redarguir de falso el documento.-

Las circunstancias documentales, como lugar y fecha, si bien son relevantes para el orden jurídico, como lo es la fecha cierta, para la oponibilidad a terceros del acto, no son determinantes del carácter público del acto, si este no pasó ante el oficial público.-

Así enseñaba Nuñez Lagos, la distinción entre la dimensión acto y la dimensión papel del documento público.- La primera es la audiencia notarial, los actos y hechos que el oficial público percibe directamente por sus sentidos; y la segunda es la representación o captura de dicho acto y hechos para el futuro, donde además se tendrá que relacionar las condiciones en que el oficial público percibió el acto, como lugar, fecha, partes y testigos presentes, firmas, etc.

Lo que realmente tiene relevancia para la forma como garantía de los derechos de los justiciables, no es el documento público, sino el acto público que contiene y representa, lo importante es la actuación del oficial público, en la percepción por sus sentidos de los actos o hechos que la ley quiere resguardar.-

Por ello, la sanción por la falta de la escritura pública en el caso es la privación del efecto del acto como tal, que no puede ser confirmado, ni su conversión es automática, por ej., por el paso del tiempo; lo que importa es que el acto sea público y revestido de las gestiones y diligencias propios de la audiencia notarial para evitar la sorpresa y poner a las partes en situación de plena conciencia.- Es decir, lo que importa es lo que el oficial público hace (percibe), más que el resultado que se redacta.-

Pese a lo que se ha fundado se ha sostenido la posibilidad de celebrar cesiones de

derechos hereditarios en el expediente judicial, y representar el acto mediante un documento público judicial, como el testimonio de un acta judicial, o la presentación de escrito privados con ratificación ante el Secretario del Tribunal.-

DOCUMENTO PUBLICO JUDICIAL

El art. 979 inc.4º establece como instrumentos públicos “las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y la formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de éstas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron”.-

La referencia en la norma a los escribano, viene de la antigua terminología de los ordenamientos del proceso indiano e hispano, donde se distinguían dos grandes clasificaciones de notarios, los de número, que son los hoy escribanos públicos, y tenían su actuación en el ámbito privado de la sociedad civil; de los notarios reales, que eran los empleados del estado, al que el Rey (el Estado) les daba funciones fedatarias en el ámbito de su organismo, para emitir los documentos públicos, administrativos o judiciales, que representaban los actos o hechos públicos otorgados u ocurridos en el ámbito del departamento estatal.-

Vale como ejemplo la historia de San Ginés de Arles, en que en pleno conflicto entre católicos y hugonotes en la Francia medieval, el gobierno de la ciudad de Arles es asumido por los hugonotes, y dicta decretos contrarios a la fe y normas de la Iglesia Romana.- Siendo Ginés de Arles, el notario estatal investido de la función fedante para la redacción de los documentos públicos que representaban y daban a conocer los edictos de gobierno, él se niega por cuestión de fe a realizar su actividad fedante, quedando entonces el nuevo Gobierno de Arles, sin la

posibilidad de dar a publicidad los edictos por la negativa de su dependiente.- La solución es trágica, condenándose a muerte a Ginés de Arles, (a quien por éste acto la Iglesia lo declara mártir y luego Santo), y designando un reemplazante.-

Lo mismo ocurre con los sucesores de los notarios reales, con funciones fedantes dentro del procedimiento de enjuiciamiento civil, con facultades para certificar ciertos actos del mismo, y limitado a dicho ámbito, “escribanos” en la terminología del CC, que son los actuales Secretarios, funcionarios investidos de fe pública para emitir los documentos públicos judiciales a que se refiere el artículo.-

Esta norma no refiere al carácter genérico de instrumento público del expediente judicial, el cual es la representación del proceso judicial que se compone de actos públicos realizados por Su Señoría, instrumentos públicos judiciales, e instrumentos privados y particulares, pero que en conjunto se unen en un documento que los compila, el que si tienen carácter de público, aunque no todo contenido lo sea sino por las circunstancias documentales, como el lugar y fecha cierta; y así debe inferirse de la excepción para la transmisión de inmuebles por subasta judicial del acápite del art. 1184 CC.-

El carácter de público de ciertos actos del proceso, se establece, en general, en cuanto a la garantía del debido proceso legal, y debe meritarse en función del mismo, es decir, como la forma para asegurar la defensa de las partes procesales.-

“Estas garantía procesales, permiten valorar el expediente judicial como substracto material del proceso, como verdadero instrumento público judicial, aún cuando no se pueda encuadrar en la especial normativa del inciso 4º del art. 979. Pero ello no es necesario, por cuanto de los fines del proceso resulta la necesidad de la fuerza fedante de toda ésta

actuación en cuanto a la valoración de conjunto, sin perjuicio de que alguno de los elementos que lo componen no tengan ése carácter”⁴⁷

Es notoria la diferencia de la nulidad procesal a la nulidad del derecho civil.- Mientras en la primera el acta que adolece de la omisión de la forma procesal prevista, puede ser confirmada por una resolución del juez de la causa, si prueba que el acto cumplió su finalidad, Pej. la notificación con vicio de forma que igualmente llevó al destinatario el pleno conocimiento del acto a notificar, será considerada válida; a diferencia que la sanción del art. 18 del CC que, en principio prevé la privación de los efectos del acto, y como señalamos, la falta de forma obliga al nuevo otorgamiento del acto, el que no es confirmable como tal, sin perjuicio del efecto de la conversión del acto en otro.-

Las formas procesales tiene una razón finalista diferenciada de las formas del derecho civil, mientras las primeras tienen el relevante valor de asegurar la garantía constitucional de defensa en juicio, y el consecuente debido proceso legal, en el AMBITO DEL PROCESO; las civiles, tienen la función de dar SEGURIDAD JURIDICA a determinados actos, con pretensión de efectos “ERGA OMNES”, a toda la sociedad civil.-

Así es la lógica del artículo 979 inc. 4º CC donde trata el carácter de instrumentos públicos judiciales a las actas judiciales otorgados por los Secretarios, en los cuales es importante la presencia de las partes en una audiencia donde tengan conciencia del acto relevante a realizar, y la presencia del oficial público para dar fe del otorgamiento y las circunstancias del mismo; a igual que las Copias o Testimonios de ciertos actos relevantes del expediente (sentencia, declaratoria de herederos, autorización para otorgar actos, etc.), que

requieren traslado a la sociedad para publicitar tales actos procesales.- Es decir, en éstos actos no sólo importa la protección de la garantía de defensa, sino que tales actos además tienen por destino la sociedad en general (efectos erga omnes), y no meramente el ámbito del proceso.-

En éstos casos importa la seguridad jurídica para toda la comunidad y por ello, y en ciertos casos ser título de propiedad, heredero, etc., destinado a su conocimiento y utilización frente a terceros, la forma es relevante en el ámbito del derecho civil, y su omisión genera la sanción del art. 18 CC, y su subsanación requiere su nuevo otorgamiento ante el oficial público competente.-

CESION DE DERECHOS LITIGIOSOS

Parte de la doctrina civilista ha visto la posibilidad de eximir el requisito de la escritura pública para el contrato de cesión de derechos hereditarios, apoyándose en la interpretación del art. 1455 CC que prevé que “las cesiones de derechos litigiosas, que no pueden hacerse bajo pena de nulidad, sino por escritura pública, o por acta judicial hecha en el respectivo expediente”.-

Esta doctrina sólo es aplicable en caso de tener a los derechos hereditarios como litigiosos, lo cual es una cuestión de hecho.-

No basta que los derechos sean potencialmente litigioso (pues todo derecho puede serlo si se admite que cualquiera en algún momento podría pretender un interés contrapuesto), sino que se requiere la existencia de un verdadero litigio en cuanto a la pretensión del derecho de uno sobre otros, que requiera la actuación jurisdiccional del juez.-

Los derechos litigiosos, nunca son ciertos, y siempre son una expectativa jurídica en

⁴⁷ LAMBER, Rubén A.- LA ESCRITURA PUBLICA – TI Pág. 53.- FEN, La Plata, 2003.-

tránsito de convertirse en un derecho, que se tendrá una vez que la sentencia, norma individual para el caso, determine la validez, medida y alcance- Mientras no exista cosa juzgada no se puede sostener la titularidad del mismo, es decir, es la resolución judicial, la que determina el derecho en litigio, y confirma o hace nacer el mismo..

En cambio en los derechos hereditarios, no se requiere actuación jurisdiccional del órgano judicial (conf. Art. 341OCC).- El derecho hereditario está atribuido por la propia ley, que determina quien tiene el carácter de heredero, o reconoce el valor de la institución testamentaria.- El juez, no determina el derecho hereditario, sino que sólo dicta un auto, al declaratoria de herederos, que publica la acreditación por la parte interesada de los recaudos legales para tener tal carácter, pero sin configura cosa juzgada, y dejando abierta la posibilidad a su ampliación a herederos preteridos, cuya inclusión tampoco presupone, en principio, una resolución de posturas antagónicas o en conflicto.-

Esta distinción entre la actuación contenciosa y no contenciosa se nota claramente en el antecedente Freitas a la norma del art. 2161 CC, que reza: Si los derechos hereditarios fueren legítimos, o estuvieran cedidos como dudosos, el cedente no responde por garantía de evicción.”-

En la fuente, Freitas en vez de legítimos decía litigiosos, y de hecho algunas ediciones privadas de nuestro Código, afirman que se trata de un error y debe decir litigiosos.-

Aquí se nota la clara diferencia entre ambos derechos; mientras en los derechos hereditarios, el cedente responde por la “evicción que excluyo su calidad de heredero”, derecho cierto que directamente la ley otorga; en los derechos litigiosos o dudosos, no responde, ya que en la base del negocio, se sabía de eventualidad de

existencia o no del derecho que está subordinada a la resolución futura del órgano judicial.-

La cesión de derechos hereditarios no es siempre una cesión de derechos litigiosos, lo cual sólo se da en ciertos supuestos.-

Por ello, LOPEZ LASALA⁴⁸, señala que “La exigencia de la escritura pública en última instancia es ineludible y no puede ser suplida por acta judicial hecha en el expediente sucesorio.- El art. 979 no equipara las escrituras públicas a las actas judiciales; ambas son formas diferentes de los instrumentos públicos.- Cuando la ley exige una clase de instrumento público, su falta no puede suplirse por otro instrumento público (art. 977).- Algún sector de la doctrina, seguido parcialmente por la jurisprudencia, acepta el acta judicial como forma para hacer la cesión de derechos hereditarios, basándose principalmente en el art. 1455 referente a cesiones de acciones litigiosas que permiten el acta judicial.- Es un error asimilar la cesión de acciones litigiosas con la cesión de derechos hereditarios, pues son totalmente diferentes.- Nada de común tiene la sentencia dictada en juicio contencioso que pone fin a un pelito, con la declaratoria de herederos, que no pone fin a una controversia ni tiene fuerza de cosa juzgada.- La cesión de derechos hereditarios no implica cesión de de algo litigioso; por tanto, la aplicación analógica del art. 1455 resulta improcedente.- Por lo demás, si se contempla en conjunto las exigencias formales en al cesión de acciones se advierte que el art. 1454 sólo exige que se haga por escrito, y cuando son litigiosas el art. 1455 impone la mayor formalidad de la escritura pública o el acta judicial.- Si se pretende aplicar el art. 1455 a la cesión de derechos hereditarios, resultaría la necesidad de la escritura pública en el caso de no haber litigio, pero existiendo éste la ley se conformaría

⁴⁸ PEREZ LASALA, José Luis – DERECHO DE LAS SUCESIONES – Vol. I, pág. 780

con el acta judicial.- Nos parece que la solución es bastante ilógica”.-

Esta es la solución que sigue la jurisprudencia civil de la Capital Federal, en sus plenarios, ha sostenido que: “La escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios”⁴⁹.-

En la Provincia de Buenos Aires, se han presentado algunos casos de cesiones de derechos hereditarios efectuados en el expediente, y la jurisprudencia de difiere en la distintas Cámaras y sus salas.-

Entre los fallos sobre el tema de la forma en los últimos años encontramos:

a) Cam CC Dolores, en autos “Mancebo, Manuel s/sucesión” del 9/5/2000, ha resuelto que “conforme a la nueva doctrina elaborada respecto a la clasificación de los actos en cuanto a su forma, la escritura pública es la única forma idónea para instrumentar la cesión de derechos hereditarios, sin perjuicio de la aplicación del art. 1185 del CC cuando así no se hiciera”, cambiando el criterio sostenido en la década anterior que admitía su instrumentación en acta judicial o escritos ratificado ante el Tribunal.-

b) Cam. CC La Plata sala II, autos: “Duarte, Romao Luis s/ Sucesión, del 18/5/1994: “para proteger a terceros la ley previó el acto publico, que aunque no necesariamente es publictado en sentido de ser conocido por terceros, el confiere fecha cierta (arts. 973, 979 inc. 4º, 993, 1035 y concs. Cód. Civil).- De allí que lo verdaderamente relevante para la protección de terceros es la fecha cierta, que resulta concomitante con la instrumentación pública...Por consiguiente, bien puede acometerse la facción de un acta judicial la que ratificada y refrendada ante el

Actuario, detenta las improntas de instrumento publico (art. 979 inc. 4 cit.), equiparable al requisito del art. 1184 inc. 6 del Cód. Civil y de allí que su oponibilidad frente a terceros queda resguardada”

Otro fallo ha llevado a una resolución de la Suprema Corte de Justicia, no sobre el fondo de la cuestión: la forma de la cesión, sino sobre su inscripción el Registro de la Propiedad Inmueble.-

El Supremo Tribunal provincial, resolvió en la causa B53062 “Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 3 del Dpto. Judicial de San Nicolás c/Poder Ejecutivo (Reg. De la Prop. De la Prov. De Ns.As.) s/ Conflicto de poderes, autos : Etchebarne Juan Pedro s/suc. ab intestato”, el 27/II/1990, que le Registro de la Propiedad Inmueble debía inscribir una orden judicial, pues su negativa implicaba un cuestionamiento a un mandato judicial, aunque la misma se fundase en la reconocida facultad del registrador de calificar la forma de los documentos, pues ninguna norma civil o registral, podía derogar el principio del funcionamiento del Poder Judicial.- Sin juzgar la validez de la forma, ni considerar ilegal ni inconstitucional la norma registral⁵⁰, resuelve que hay un conflicto entre el poder judicial y el poder ejecutivo, por lo que se debe cumplir el mandato judicial a fin de prevenir la injerencia del poder administrador sobre éste.-

Sin embargo la inscripción (como en el caso una cesión de derechos hereditarios por escrito presentado en el expediente y ratificada por las partes, aún en contra de negativa expresa en la resolución del Sr. Gobernador (987/90) y DTR 27/87) “no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que

⁴⁹ CNac. Civ., en pleno, 24/2/86.- “RIVERA DE VIGNATTI, María F.M. s/ sucesión”, JURSIPIRUDENCIA ARGENTINA, 1986-II.73:

⁵⁰ Art. 1º DTR 27/87: “Sólo se procederá a la toma de razón de las cesiones derechos y acciones hereditarios instrumentados en escritura pública, rechazándose las actas judiciales o escritos presentados en el sucesorio con firma ratificada pro el actuario”.-

adoleciere según las leyes”, como reza el art. 4º ley 17801, reconociendo el sabio principio registral.-

De tratar de subsanarse el vicio de forma, aunque se encuentre el documento inscripto, debemos tener presente que se trata de una nulidad en el ámbito del derecho civil, y requerirá un nuevo otorgamiento bajo la forma prescripta por la ley de fondo, no pudiendo ser subsanada por un auto ratificatorio emanado del órgano judicial, pues no se ésta en ámbito de las nulidades procesales.- De pretenderse considerar alguna validez a la cesión otorgada en el expediente deberá diferenciarse claramente de la celebrada en una audiencia judicial, representado y documentada en un acto judicial, en los términos del art. 797 inc.4º CC, de la presentada por escrito privado por las partes, y ratificado luego ante el Secretario.-

Siendo los derechos hereditarios en principio alitigiosos, el considerarlos como litigiosos será la excepción, y por ende a fin de resguardar la seguridad jurídica, el documento resultante deberá ser claro y expreso en la materia, por lo cual se requerirá una expresa resolución judicial que entienda por tales a los derechos cedido. No dejando librado a la interpretación del justiciable si eran meramente derechos hereditarios, o si también eran litigiosos; en que, p.ej., se cuestionaba el carácter de heredero, por haber alegado otro una vocación concurrente o preeminente a la del cedente que no la reconoce.-

Pero además de ésta resolución expresa del carácter litigioso, se deberá recurrir a la forma de acta judicial, como dice el art. 1455 CC, y ésta es la del art. 979 inc. 4º, la que se hace ante el Secretario y con la firma de las

partes.- Esto es relevante no por la forma misma, que es el resultado o la representación del acto celebrado ante el oficial público competente, sino por la actuación de éste mismo, su percepción directa y las garantías de debida comprensión que da la audiencia, en una oficina pública, y permite entender la importancia del acto que se realiza.-

En ningún caso puede considerarse como acto público, el otorgamiento en instancia privada y su posterior ratificación ante el Secretario, pues no es la forma prevista por la ley de fondo para que se genere un documento público.-

No se trata de una nulidad procesal, cuyo contenido puede ser ratificado o confirmado si se cumple la finalidad.- Pej.: si el juez considera una declaración testimonial, con presencia de los letrados y las partes otorgadas ante un escribano, como suficiente para tomar conocimiento los dichos del testigo por cumplirse la finalidad pese no haberse volcado los dichos en audiencia judicial, ese acto es relevante en el ámbito interno del proceso y hace a su convicción, por lo que si hay conformidad de partes, podría por excepción apreciarlo como prueba, siempre que no viole la garantía del derecho de defensa en juicio; pero no se pueden suplir las formas que excedan los límites del mismo y tengan por destino la sociedad en su conjunto, en que se debe respetar la forma de la ley de fondo, con la consecuente sanción del art. 18 CC como se señalara.-

A diferente conclusión, en pos de su subsanación o interpretación podría arribarse en caso de tratarse de una verdadera partición, en que se rija por las norma de la partición, y no de la cesión de herencia⁵¹.-

⁵¹ Cám CC La Plata, 7/8/1987, autos: “Gomez, Benito Estanislao – Girot, María Rita s/sucesión”:-“Las cesiones por las que se atribuyen a favor de un solo herederos los derechos sobre el único automotor del sucesorio, constituyen una forma de acordar una partición. Concurriendo a su presentación a juicio la totalidad de los herederos, dicha formalidad suple la escritura pública en el marco de lo dispuesto en los arts. 1184 inc. 2, 3462 y cc del CC”.-

Como vemos por excepción se puede encontrar en ciertos fallos la aparente admisión de cesiones de derechos hereditarios por otros documentos, públicos o no, pero en realidad, es que estamos ante otro tipo de actos.- Cuando se recurre al acta judicial, con fundamento al art. 1455 CC es que se está ante el carácter de cesión de acciones litigiosas, y si bien el juez es quien tiene la competencia para apreciar la cuestión de hecho en el caso particular, si son litigiosos o no, su resolución en tal sentido, debe ser expresa, fundada y razonable.- En tal claridad y razón, se funda la seguridad jurídica de un acto, que tiene por destino todos los justiciables, fuera del ámbito limitado del proceso, siendo pernicioso, que tal inseguridad sea librada a la interpretación de cualquier destinatario.-

Lo mismo ocurre de entender el acto como partición mixta, donde el órgano judicial, no puede admitir expresiones o calificaciones confusas, pues no basta que creen convicción en Su Señoría, sino que en el caso de actos destinados a la sociedad deben ser lo suficientemente ciertos y claros, para acreditar el derecho ante todos.-

Por ello no es que la forma escritura pública de cesión de derechos hereditarios se pueda reemplazar por otra; sino que en un esfuerzo de interpretación, el acto causal se intervierte por otro, (cesión de derechos litigiosos o acuerdo de partición) que admite otra forma concurrente con la escritura pública para éstos, con la inseguridad sobre la verdadera naturaleza del acto que puede conllevar.-

(2).-La exigencia de CUIT, CUIL o CDI, no es al momento de otorgarse la cesión de derechos hereditarios, sino al de solicitarse su inscripción con relación a bienes increíbles;

pero la incluimos por ser conveniente para facilitar su cumplimiento para su oportunidad.-

(3) COMUNIDAD HEREDITARIA Y CONDOMINIO⁵².-

El fallecimiento de la persona produce la transmisión mortis causa de sus bienes (Art 3417 CC), pero esos bienes en particular no los recibe individualmente, sino dentro de una universalidad jurídica, que se inicia con la muerte del causante y se extingue con la partición definitiva, constituyendo un régimen de comunidad regido por el art. 3451 y concordantes del Código Civil y no por las normas del condominio⁵³.-

Nuestro Código Civil, adolece de una detallada regulación de la comunidad de bienes, pero se diferencia del condominio.- Mientras que éste último tiene como objeto COSAS muebles o inmuebles, y no la comunión de bienes que no sean cosas (art. 2674); la comunidad hereditaria se integra no solo por cosas sino bienes en general que integran el acervo hereditario, una universalidad de bienes.- La causa difiere, mientras el condominio se constituye por contrato, actos de última voluntad o por disposición de la ley; la indivisión hereditaria se origina un hecho, la muerte de la persona.-

La administración es sustancialmente diferente: en el condominio se resuelve por mayoría proporcional al valor de las partes respecto del todo (art. 2700, 2704, 2705 y 2706 CC); en la comunidad hereditaria, por unanimidad de los comuneros, y de no conseguirse deber resolverlo el juez (art. 3451 y concs. CC).-

En la disolución forzosa, el condominio se hará por la acción de división de condominio, con competencia del juez del lugar de

⁵² La presente nota es la introducción del fundamento de las ponencias presentadas en la XXXIV Jornadas Notariales Bonaerenses, por la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos, con la coordinación del autor.-

⁵³ XXVIII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE, Mar del Plata, 1991, Conc. I tema IV.- REVISTA NOTARIAL N° 909, pág. 1034.-

radicación de la cosa, y el efecto de subastar el bien para dividir el líquido resultante; para extinguir la comunidad se deberá recurrir a la acción partición judicial de herencia⁵⁴, donde la competencia será la del juez de la sucesión (en principio del último domicilio del causante) y el juez deberá partir en especie, y sólo en imposibilidad de esto liquidar los bienes.-

Dado la diferencia entre tales regímenes, pretender convertir a la comunidad en condominio implica un acto de disposición, que no puede realizarse sino por el acuerdo unánime de todos los coherederos, la partición resuelta por el juez, o la impuesta por el causante en su testamento (art. 3.415 CC).-

La inscripción de la declaratoria de herederos o el auto aprobatorio de testamento en el Registro de la Propiedad Inmueble exterioriza la indivisión hereditaria frente a terceros y no convierte a la comunidad hereditaria en un condominio⁵⁵, que sólo se extingue por la partición⁵⁶.-

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho al respecto: “La inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble no produce el cese de la indivisión hereditaria el que sólo ocurre mediante la partición de los bienes debidamente inscrita⁵⁷”

Ampliando, la Suprema Corte de la Prov. de Buenos Aires: “la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro de la Propiedad Inmueble tiene efectos publicita-

rios y no aporta por sí sola la constitución de un verdadero condominio entre los herederos. Menos aún lo importa la el prolongado mantenimiento de la comunidad hereditaria después de ésta inscripción con basamento en la nota del art. 2675 del Cód. Civil, ya que la misma no tiene valor de ley, y la transformación de una figura en otra por el sólo transcurso del tiempo pondría a los bienes que componen la herencia en la inseguridad jurídica manifiesta, dado que no son similares los derechos de los condóminos sobre la casa en condominio que los comuneros sobre la cosa en indivisión⁵⁸”

En consonancia con esta doctrina civilista y jurisprudencia se ha sostenido:

- El condominio recae sólo sobre cosa y la comunidad sobre bienes, es contrario a la lógica jurídica y economía procesal someter a las cosas un régimen de condominio y al resto de los bienes al de comunidad hereditaria.-

- Implica cambiar el régimen de administración de las cosas que integraban el acervo sucesorio y no para el resto, con el riesgo de evitar la unanimidad en las decisiones, en perjuicio de los menores o incapaces, que el régimen de comunidad, se ven protegidos por la obligatoria intervención judicial en caso de desacuerdo.-

- Dificulta la partición en especie, y cambia la acción de partición de herencia por la división de condominio, con sus diferentes efectos.-

- Crea inseguridad al no tener un término preciso de cuando nace el condominio.

⁵⁴ “El coheredero carece de legitimación procesal para pedir la división de condominio, porque éste es un claro acto de disposición que requiere el consentimiento de todos los condóminos (art. 3951 CC)” C.Civ y Com San Isidro Sala I, 2002/10/01-“Oliva, Juan A C/ Mercado, Nova P. LLBA, 2003, pag. 507.-

⁵⁵ II JORNADA DE DERECHO CIVIL, Mendoza 199; LEGON, Fernando- LA DECLARATORIA DE HEREDEROS Y DES DESINTEGRACION DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA – JA T, 47, Pág. 47

⁵⁶ C. Civ y Com. San Isidro, Sala I – 8/9/1998 autos “Sacrdasis Hilario s/sucesión intestada” ED del 5/4/99.- CNCiv. Sala H. 2000/9/04 autos: “Zucotti, Al c/ Zucotti, J y otro” LL 2001-D-415, con nota de redacción citando los fallos concordante como jurisprudencia adoptadas por las salas de tal cámara.-

⁵⁷ CSJN 13/8/98 “Codevilla Víctor y otros v. Ayelli, Enrique A. y otros s/división de condominio” FALLOS 321:2162.-

⁵⁸ SCBA Ac. 49283 del 8/9/92 citado por C.Civ y Com San Isidro, Sala I, autos: “Oliva c/ Mercado” LLBA 2003, pág. 507

- Hace nacer un condominio por una causa no prevista en el art. 2675 CC, (contrato, por actos de última voluntad, o en los casos que la ley designa), y la inscripción de la declaratoria de herederos en el Registro no constituye un modo adquisición previsto en la norma legal alguna.-

Por ello, las disposiciones del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal (Dec.466/99) y de la Provincia de Buenos Aires (DTR7/78), al exigir la atribución de partes indivisas al momento de inscribir la declaratoria de herederos o auto que aprueba el testamento, como si fuese un condominio, es contrario a la ley de fondo y debía modificarse en tal sentido.-

La Cámara Nacional Civil de la Capital Federal, resolvió. "Cabe revocar la resolución administrativa por la cual el Registro de la Propiedad Inmueble denegó la inscripción definitiva de una cesión de derecho hereditarios en virtud de encontrarse ya inscripta la declaratoria de herederos, toda vez que la mera inscripción registral de dicha declaratoria de herederos no implica adjudicación de los bienes en condominio entre los coherederos, sino simplemente la exteriorización de la indivisión hereditaria", y entre sus fundamentos aclara que la disposición del decreto 2080/80 (TO Dec. 466/1999), desnaturaliza la función que cumple la declaratoria de herederos, llevando a impedir la cesión con posterioridad inscripción de la misma, y obligando al coheredero a la transmisión "ut singuli" de su parte indivisa, (que se juzga en condominio si hay más de un heredero), quebrando el principio del art. 345I, que es la norma de fondo por la aplicación de un decreto reglamentario, concluyendo que

dicha disposición es inconstitucional.⁵⁹

Y advierte dicha Cámara: "que la práctica viciosa del Registro al impedir la inscripción de cesiones de derechos hereditarios rogadas por un notario como el supuesto de autos, debe ser corregida."

La inscripción de la declaratoria de herederos o auto que aprueba el testamento con relación a una cosa, es benéfica para dar publicidad a terceros de la existencia de la indivisión hereditaria; y lo único que debería corregirse es no registrar porcentuales en el rubro titularidad.-

(4) CESION DE GANANCIALES

El fallecimiento de una persona casada no sólo provoca la apertura del sucesorio, sino que también produce la disolución "ipso jure" de la sociedad conyugal que integrara con el cónyuge supérstite.-

De los bienes que quedarán a partir de dicho hecho, concurrirán dos masas de bienes, los de la herencia, y los que integran la indivisión post-comunitaria resultante de la disolución de la sociedad conyugal conformado, no sólo por los bienes gananciales de titularidad del causante, sino también los del igual carácter de titularidad del cónyuge supérstite.⁶⁰.-

Tales indivisiones de bienes, nacen por el mismo hecho, y desde un inicio se trata de dos universalidades jurídic, que están confundidas y configuran entre sí una universalidad, al menos, de hecho.-

Esta confusión de masas no sólo se da por el hecho que las origina, sino también por incluir bienes en común, donde habrá que determinar en algunos casos, el correcto carácter de cada una; y además que se registrarán por las mismas reglas, al remitir el art. 1313

⁵⁹ CNCiv. Sala F, 2004/02/20. autos: "Labayru, José M. c/ Reg. Propiedad Inmueble" LL 2004-D-626.-

⁶⁰ Cám. CC LA Plata, Sala III, 12/9/1995, autos: "Jandizio, Estanislao s/ sucesión": "la sucesión comprende tanto los derechos que reconocen su fuente en la vocación hereditaria como los que se actualizan por la partición de gananciales. Ello, por la simple razón que ambos se "liquidan" en el expediente sucesorio".-

CC a las normas de la división de la herencia para la disolución de los bienes de la sociedad conyugal por muerte de uno de los cónyuges.-

Tal unidad y confusión de bienes, y normas comunes, ha llevado a concluir, desde una óptica procesal, que por razones de conexión de procesos y economía procesal, la partición y liquidación de tales bienes se practiquen en el expediente sucesorio⁶¹.-

De igual modo el Dr. Augusto C. Belluscio, en su voto en un fallo ejemplificador en la materia⁶², señalaba que mas allá de las diversas opiniones sobre la naturaleza de las masas indivisas era incuestionable que NO ERA UN CONDOMINIO, que éste versa únicamente sobre cosas, y en la masa post-comunitaria, como en la hereditaria, puede haber otros bienes, incluso inmateriales; por lo cual, para materializar una parte indivisa en la indivisión post-comunitaria que se produce después del fallecimiento de uno de los miembros, se debe obtener la partición de los bienes de la sociedad conyugal y la herencia en el juicio sucesorio, siendo improcedente el juicio ordinario de división de condominio, sin que obste que se haya inscripto en el registro de la Propiedad la declaratoria de herederos con relación a un inmueble cuya división se pretende.-

Zannoni en el comentario a dicho fallo, sosteniendo igual tesis, señala que las masas a liquidar se unifican, vinculando en los sucesivos al cónyuge supérstite y los herederos

del pre-muerto, sin consideración al contenido particular ni a los objetos de los derechos.-

Es que como indica Rubén A. Lamber⁶³, si bien “nadie duda que en los gananciales, el cónyuge supérstite no es heredero, pero tampoco se puede argüir validamente, que la parte ganancial se atribuye al supérstite en forma automática, sin intervención judicial alguna, o en proceso extraño al sucesorio o sin la participación del o los herederos del causante, por que los bienes que integran las universalidades jurídicas de la herencia y la indivisión post-comunitaria, son los mismos que tenía el causante, y como tales se deben partir para atribuirlos a cada beneficiario, sea heredero o cónyuge”.-

La doctrina y jurisprudencia es pacífica en la admisión de éste contrato en el ámbito del expediente sucesorio en concurrencia con la cesión de derechos hereditarios⁶⁴.-

Ha llevado a más resoluciones judiciales la cuestión de si la cesión de los derechos hereditarios implican la de los gananciales, con fallos en diversos criterios, pero que tiene que ver fundamentalmente con una apreciación de los hechos en el caso particular, es decir saber si estuvo en la conciencia del cedente ceder sólo sus derechos hereditarios o también su parte ganancial.-

Guatavino cita el fallo de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires del 9/4/46⁶⁵, que resolvió tener por comprendida en la cesión de los derechos hereditarios, también los gananciales⁶⁶.-

⁶¹ LOPRETE, Rubén Marcelo. “Sucesión del esposo” La Ley 29/11/1995, pág. 1 y CNCic. Sala G, 9/9/83 – ED I08-531.-

⁶² Cnac. Civ. sala C del 6/8/74 in re “Aubone, Alfredo E. c/Aubone, Juan A. y otros” – JA 27-215.-

⁶³ LAMBER, Rubén Augusto - CUADERNO DE APUNTES NOTARIALES N° 4 pág. 19.

⁶⁴ Cam. CC Lomas de Zamora, Sala I, 8/8/2000, autos: “Pellegrino Eti c/Solano, María s/incidente de nulidad”: La cesión de de bienes gananciales está comprendida en la cesión de herencia cuando del texto del contrato puede interpretarse su inclusión, siendo éste el único medio idóneo para que el cónyuge supérstite pueda transferir sus derecho.. El contenido de la cesión de derechos hereditarios también abarca a la de los derechos originados en la sociedad conyugal, sin que por eso pierda su carácter y se convierta en otro contrato” LL BA 2001, pág. 333.-

⁶⁵ JA I946-II-344

⁶⁶ Cám. CC LA Plata, Sala III, I2/9/1995, autos: “Jandizio, Estanislao s/ sucesión”: que interpretó que el contrato de cesión de derechos y acciones hereditarios comprendía los gananciales, que en autos sólo había bienes éste carácter y no se podía entender celebrar un contrato vacío de contenido patrimonial.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, en sus DTR, ha exigido para la registración de la cesión de la universalidad de bienes gananciales junto con los hereditarios, su expresa inclusión en el cuerpo de la escritura⁶⁷, cuya norma es auspiciosa, aunque pueda llegar a entenderse que excede su facultad normativa, porque obliga un deber de claridad, que no sólo conlleva a la seguridad jurídica de las negociaciones, sino a una disminución de la litigiosidad, no dejando librado a una apreciación posterior y hecha por terceros de si se cedieron o no los gananciales.-

El contrato de cesión de gananciales encuentra su justificación legal, si bien carece de regulación tipificada, se encuentra en el art. 1444 CC que admite como objeto de la cesión “todo objeto incorporal, todo derecho y toda acción sobre una cosa que se encuentra en el comercio, pueden ser cedidos, a menos que a causa no sea contraria a alguna prohibición expresa o implícita de la ley, o al título mismo del crédito”.-

El principio es la libre disponibilidad de la propiedad en sentido amplio, y no se le puede impedir al cónyuge superviviente la transmisión por cualquier causa de su patrimonio, aunque este integrado en la indivisión post-comunitaria.-

Negarle que se haga en el proceso sucesorio, sería su impedir su libertad contractual. La división y partición o liquidación de los bienes que integran la comunidad hereditaria, en caso de disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges, debe acordarse entre el cónyuge superviviente y los herederos que continúan la persona del causante; entonces si la cesión es un acto liquidatorio que permita la partición de la indivisión, podría necesitar la conformidad de éstos; o si es conducente a

un acto partitivo, aunque sea parcial, necesariamente requerirá del consentimiento de éstos, y el ámbito propio es el juicio sucesorio; pero también si estuviere cediendo los gananciales a un tercero o sólo alguno de los coherederos, corresponde su acreditación en el expediente sucesorio, pues está indicando a los restantes con quien se debe partir los bienes.-

El negar la cesión de derechos gananciales implica además un acto que lesiona el principio de igualdad, pues mientras los coherederos pueden ceder sus derechos hereditarios, el cónyuge superviviente no podría disponer de los gananciales, siendo dos contratos sobre universalidad permitidos ante falta de prohibición expresa⁶⁸.-

Se está ante un contrato atípico pero con tipicidad social, que por su similitud al objeto de la cesión de herencia (dos masas que forman universalidades jurídicas, y que se dividen por las mismas reglas), corresponde remitir a dicho contrato como la figura más parecida y de la que se deben tomar las primeras normas para su integración, en cuanto a la forma y garantía de evicción, y luego por las normas de la cesión de créditos del Tit. 4, Secc. 3º, Libro Segundo del Código Civil.-

(5) INHIBICION DEL CEDENTE

En la cesión de herencia, y en consecuencia en la primera etapa de la cesión de derechos hereditarios, cuando el contrato se celebra, el objeto de la transmisión es la universalidad de bienes que componen la comunidad hereditaria, por lo cual no hay transferencia de bienes registrables.-

El art. 23 de ley 17.801 establece que deberá requerirse certificado de inhibiciones para formalizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de

⁶⁷ Igual criterio para la Capital federal establece el art. 100 Dec.2080/80 TO Dec. 466/99.-

⁶⁸ LAMBER, Rubén A. CUADERNO DE APUNTES NOTARIALES, N° 4 pág. 22.-

derechos reales sobre inmuebles; y no habiendo transmisión de los bienes en particular, pues el cedente (sucesor) no tiene derecho a los bienes en particular hasta la partición; en consecuencia, no hay obligación legal de solicitar certificado de inhibiciones por el cedente para celebrar éste contrato.-

Así es correcta de devolución que haga el Registro de la Propiedad Inmueble de un CERTIFICADO en los términos del art. 23 ley 17.801, para éste acto; y que exija la solicitud de un INFORME, en los términos del art. 21 de la citada ley, que tendrá efecto relevante para ratificar la buena fe y diligencia del cesionario.-

La inhibición general de bienes es una medida cautelar, supletoria, prevista para los casos en que no se conozcan bienes sobre los que proceda otra medida cautelar, que debe levantarse cuando se ofrezcan bienes suficientes para trabar embargo, y que no otorgar preferencia frente a otras medidas trabadas con posterioridad.-

Ella se dirige a impedir la enajenación o gravamen de derechos reales sobre bienes REGISTRABLES, creando una interdicción para la celebración de ciertos actos con respecto a determinados bienes⁶⁹, y no una afectación a la persona⁷⁰. - Señala MORELLO que impide la transformación, modificación o transferencia jurídica de los inmuebles, y de otros bienes del deudor que cuenten con una forma específica de registración y publicidad (fondo de comercio, depósitos bancarios, automotores, prenda con registro, etc.), y pese

a las dificultades prácticas que a su respecto existe para hacerlas efectivas⁷¹. -

La limitación de sus efectos a éstos actos sobre bienes registrables es concordante con la norma del art. 23 de ley 17801, no correspondiendo la solicitud en el caso de cesión herencia por no tener por objeto inmuebles.-

La interpretación de la doctrina y jurisprudencia citada, establecen la eficacia de la inhibición con respecto a otras cosas o derechos REGISTRABLES, casos en que la medida cautelar deberá anotarse en los respectivos registros a fin de poder tener los difíciles efectos queridos por el acreedor, por dispersión de los mismos, tanto por la naturaleza de las cosas o por las diferentes jurisdicciones no conectadas entre sí, aún entre registros por la misma naturaleza del bien.-

La primera cuestión surge en determinar si el Registro Especial creado por algunos de los Registros Inmobiliarios, como el caso de Provincia de Buenos Aires, para la anotación de cesiones de derechos hereditarios, da a las comunidades hereditarias, el carácter de bien registrable.-

La respuesta debe ser negativa.- El Registro establecido, no surge de una obligación impuesta por la ley de fondo que imponga el registro de las indivisiones hereditarias, por lo que no cabe asimilarlo a los otros registros creados para determinados bienes.-

No es obligatoria la anotación de las cesiones de herencia, ya que el fundamento del mismo se encuentra en el art. 30 inc. b) de ley 17.801, que permite registrar anotacio-

⁶⁹ De LAZZARI, Eduardo n: "MEDIDAS CAUTELARES"; Ed. LEP, La Plata, 1995, pag. 511, quien define a la inhibición por sus efectos, como "una medida cautelar que impide genéricamente gravar o enajenar bienes registrables

⁷⁰ Hacemos la salvedad de otras inhibiciones como las trabadas en el marco de procesos de insania o quiebras, donde tal medida configura una verdadera incapacidad, por los efectos dados por la ley de fondo.- Conf. PODETTI "TRATADO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES", pág. 228/229.-

⁷¹ MORELLO, Augusto Mario -SOSA, Gualberto Lucas y BERIZONCE, Roberto Omar.- CODIGOS PROCESALES EN LO CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y DE LA NACIÓN, Ed. LEP - ABELEDO PERROT, 2º ed., Bs.As. 1993, T.II-C, pág. 918.- En igual sentido, DE LAZZARI, Eduardo.- op. cit. ,pág. 516; y CNCiv.m Sala C, 20/9/1983, JA 1983 T. IV, síntesis; C 1º Apel. Bahía Blanca, LL 142, pág. 122.-

nes personales que dispongan la leyes nacionales o provinciales y que incida en el estado o la disponibilidad jurídica de los inmuebles.-

De no conocerse bienes inmuebles en el sucesorio, no tendría fundamento su inscripción, y por ejemplo, de saberse que sólo hay vehículos, lo apropiado sería pretender su inscripción en el registro automotor.-

Esta anotación personal, tiene el loable efecto de permitir la publicidad de la cesión, por un medio más eficaz y simple que la pretendida publicidad de la misma por su agregación en el expediente sucesorio, ya que concentra el órgano de información, no teniendo que buscar donde se ha radicado el sucesorio, y se obtiene por el económico y simple pedido de informe por el causante; y además permite su inmediata publicidad aunque aún no se hubiese abierto el sucesorio.-

Se trata de una anotación de carácter preventiva, por el término de diez (en Provincia de Buenos Aires), que anuncia a otros interesados de la existencia de la misma, publicitando la oponibilidad a terceros del derecho transmitido.- Sería ilógico admitir un bien registrable que por el paso del tiempo dejaría de serlo.-

El objeto de éste contrato no es un bien registrable, y por lo tanto la inhibición no puede tornarse en una interdicción tal derecho.- Esta cautelar no tiene efecto con respecto a las cesiones de herencia.-

La primera conclusión es que la cesión de derechos hereditarios anotada en éste registro especial es oponible y tiene preferencia a la inhibición general de bienes del cedente, desde el otorgamiento de la escritura pública de cesión de herencia.-

La segunda cuestión es desde que fecha debe tenerse por oponible el derecho del cesionario al acreedor inhibiente-

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha dicho que “es válida la inscripción de un bien inmueble hecha en el Registro de la Propiedad Inmueble por el cesionario de la herencia con posterioridad a la fecha de inhibición general decretada contra la cedente si la cesión fue hecha con anterioridad a la toma de la inhibición.”⁷²

Este efecto de la inscripción desde el momento de otorgamiento del acto, incluso antes de su anotación registral, ha sido sostenido por la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación⁷³, con relación a la interpretación del bien de familia, ratificando tal sistema de registración de prioridad indirecta al momento del acto; pues debe estarse al carácter imperativo del art. 5° de la ley 17801: toda escritura registrada en el plazo legal (45 días) debe considerarse registrada a la fecha de su instrumentación⁷⁴.-

Abona éste tesis la naturaleza misma de la inhibición de bienes, que carece de preferencia o prioridad (conf. Art. 228 CPCC “in fine”) y cede siempre ante un embargo u otras medidas precautorias, aún trabadas con posterioridad⁷⁵.-

Señalamos que la registración de la cesión tiene el carácter de anotación preventiva, por lo cual, dentro de ésta línea jurisprudencial, también la anotación de la inhibición del cedente carece de preferencia frente a ésta.-

La misma solución la encontramos con relación a boleto de compraventa, que como ha señalado la Cám 2° Sala III de La Plata, “si

⁷² SCJB, JA T. 53, pág. 926, citado por MORELLO y otros op. Cit., pág. 926.-

⁷³ LL 1986-A, pág. 545.-

⁷⁴ ETCHEGARAY, Natalio Pedro.- “AFECTACION AL REGIMEN DE BIEN DE FAMILIA. REQUISITOS REALES”.- Revista Notarial 903, pag. 482.- LAMBER, Rubén Augusto.- “EL BIEN DE FAMILIA”, suplemento especial PREGON, octubre de 1996, pág. 15.-

⁷⁵ de LAZZARI, Eduardo N.- Op. Cit., pág. 519, quien cita que ésta es la solución pacífica en la jurisprudencia actual; y CNCiv. Sala G, 2/7/82 LLI982-D, pág. 348.-

el amparo que brinda el art. 1185 bis del Código Civil resulta oponible al acreedor que ha trabado embargo —medida que recae sobre un inmueble determinado— a *fortiori* habrá de serlo respecto del acreedor que ha conseguido que se decrete una inhibición general de bienes, cautelar ésta de carácter mucho más genérico⁷⁶, y sólo se ha dado preferencia excepcionalmente al acreedor que inhibición, frente al adquirente que actuó de mala fe, es decir, quien conocía, debió conocer, o fue negligente al momento de adquirir su derecho.-

El cesionario mantendrá la prioridad frente al acreedor que anote una inhibición general de bienes desde el momento de otorgarse la respectiva escritura pública⁷⁷. Pero debe ser diligente, y para ratificar su buena fe, será necesario que se hayan obtenido informes, libre inhibiciones por el cedente, y otorgar el acto dentro de los plazos habituales de la ley 17.801, a fin que la cesión de herencia sea oponible y tenga preferencia frente a la inhibición general de bienes contra el cedente anotado posteriormente al informe registral, que no es obligatorio pero convalida su buena fe a dicho momento.-

(6) INHIBICION DEL CAUSANTE

La inhibición general de bienes tiende a evitar el perjuicio a los acreedores por la disposición de los bienes del causante por actos entre vivos⁷⁸, y dado que con la muerte con-

cluye la existencia de las personas físicas no cabe decretar la inhibición de una persona que ya no existe.-

Una vez fallecida la persona, todo su activo y pasivo se transmite a sus herederos de pleno de derecho, habiendo optado nuestra legislación civil por un proceso judicial, donde no sólo el heredero deberá demostrar su carácter de tal, sino que además será el ámbito en que los acreedores del causante, deberán hacer valer sus derechos, con la facultad incluso de abrir el proceso sucesorio ante la reticencia de los herederos.-

Así lo ha expresado claramente la C 1º Apel Bahía Blanca, en fallo ejemplificado en la doctrina procesal⁷⁹, al resolver que “No cabe decretar la inhibición general de bienes contra una persona fallecida desde que si la existencia de las persona físicas terminan con la muerte, tal como dicta el artículo 103 del Código Civil, no cabe la interdicción contra una persona inexistente, todo ello sin perjuicio de que sea viable el embargo de los bienes que integran el patrimonio dejado por el difunto”⁸⁰.-

De Lazzari, pese a reconocer la conclusión de la jurisprudencia estima desacertado el generalizar la misma, por la posibilidad de perjuicio a los acreedores si los herederos no denuncian bienes con el fin de ocultarlos para frustrar el derecho del primero.-

No es ésta una observación que afecte la conclusión anterior, pues los acreedores

⁷⁶ causa B-65932, del 26/12/1989, Reg. Set. Def. 279/89, citado por de LAZZARI, Eduardo N. Op. Cit.-

⁷⁷ Conf. MORELLO, Augusto M. y otros.- Op.cit., T. II-C, pág.918: “la inhibición sólo surte sus efectos desde la anotación en el registro...Pero si el acto de transmisión se hubiere hecho ante oficial público con anterioridad a la anotación, adecuándose a las formalidades de la legislación general, será ineficaz respecto de dicho acto, aún cuando la constancia registral se formalizase con posterioridad a aquella.-

⁷⁸ Civ. Y Com San Isidro, Sala I, 18/5/2004 in re “Crolli, José s/suc”, LL Bs.As., año 2004, pág. 1283:” La inhibición general de bienes esta destinada a evitar la transmisión inter vivos de los bienes, pero no puede evitar la transmisión mortis causa de los mismo que se opera de pleno derecho a la muerte del causante con independencia que éste se encuentre inhibido para disponer de sus bienes. Motivo por el cual la inhibición no impide la sucesión ab intestato, ni interfiere en la inscripción de la declaratoria de herederos.-“

⁷⁹ Morello, Augusto M y otros op.cit.,pág. T. II-C, 924; DE LAZZARI, Eduardo N.-Op.cit., pág. 515.-

⁸⁰ LL 142-pág. 122, el subrayado es nuestro.-

podrán embargar los derechos en la sucesión, o trabar otra medida cautelar, que asegure sus derechos.- Si el acreedor no tiene la previsión de realizar tales actos procesales en cuidado de sus derechos (solicitar la apertura del sucesorio y la traba de medidas de protección), no puede perjudicar a terceros interesados; es él quien asume las cargas propias del actor del proceso para el cobro de su crédito, y quien debe impulsar los actos legales a tal fin; su negligencia o desidia no puede pro-

tegerse ante el legítimo interés de otros.- Sin perjuicio de lo dicho, y aunque no sea obligatorio, la solicitud de un informe de inhibiciones por el causante, cuando la cesión de derechos hereditarios se hace antes de iniciado el proceso sucesorio, puede ser útil para tener un indicio más de las eventuales deudas del causante, pero sin que ello quite o disminuya derecho alguno a los acreedores no inhuibientes, pues el pasivo que integren en la sucesión, está dentro del álea propio del contrato.-

II- 2. SUBSANACION DE UNA ESCRITURA OTORGADA POR UN ESCRIBANO SUSPENDIDO

Por Eduardo Domingo BELMONTE

Es de vital importancia que al efectuar un estudio de títulos, se verifique en primer lugar, si el escribano autorizante del título sometido a estudio, a la fecha de su otorgamiento, no se encontrare suspendido transitoria o destituido.-

En ocasión en que realizamos un estudio de títulos en un Registro del partido de Lomas de Zamora, la transmisión de dominio que había efectuado Julio Lamberti a favor de don Juan Barceló y Otros sobre una parte indivisa de un lote de terreno, había pasado por ante un Registro cuyo titular estaba suspendido en sus funciones por mandato del Juzgado Notarial.-

Posteriormente, el inmueble fue sometido a Propiedad Horizontal, afectándose dieciséis unidades funcionales, las que habían sido vendidas y transmitido su dominio en reiteradas oportunidades.-

Nos encontramos aquí con la incógnita de si se trata de un acto nulo, anulable o inexistente.-Cuál sería la solución para darle validez a las mismas si su origen, en el cual se sustentaba la afectación a Propiedad Horizontal y sus posteriores ventas, si aquel

acto carecía de valor por alguna de las causas invocadas?

Nos pareció oportuno, dado que el transmitente de aquella parte indivisa aún vivía, sanear todos los actos que habían pasado con posterioridad a la misma.-

A tal efecto, encontramos la solución en una figura legislada en el Código Civil Uruguayo, que consistía en hacer abdicar el dominio por parte de aquel transmitente que había suscripto de buena fé, a título oneroso, por ante el inescrupuloso notario, y de tal forma, convalidar los actos posteriores.-

Por ello recurrimos a que éste, a fin de subsanar las observaciones que pudieran formularse a todos los actos, otorgara una escritura de abdicación de dominio, o sea, renunciara al mismo, manifestando que había percibido el precio, entregado la posesión y que nada tenía que reclamar bajo ningún concepto de los eventuales o futuros adquirentes o adjudicatarios.-

Como el Protocolo obraba en poder del Juzgado Notarial, se solicitó a Su Señoría y ésta autorizó, la inserción en la matriz, de la correspondiente nota de la existencia de tal abdicación, a fin de darle publicidad docu-

mental al otorgamiento, y para que en futuras referencias al título, los interesados tomen conocimiento de dicho acto.-

A modo de ejemplo, se transcribe en sus partes pertinentes, la precitada escritura:

ESCRITURA NUMERO *.**- En la ciudad de Lomas de Zamora, partido del mismo nombre, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a los ** días del mes de ** de ***, ante mi: Eduardo Domingo BELMONTE, Notario Titular del Registro de Escrituras Públicas número cuatro del partido de Lomas de Zamora, **COMPARECE:** Don Julio Lamberti, argentino, mayor de edad, Libreta de Enrolamiento ***, quien manifiesta ser de estado civil soltero, hijo de don ** y de doña ***, y domiciliarse en ****, persona hábil y de mi conocimiento, de lo que doy fe, y expone: **PRIMERO)** Que con fecha ***, mediante escritura número ***, pasada por ante el Notario don ****, titular del Registro número *** de éste partido de Lomas de Zamora, adquirió una ** parte indivisa a don ***, sobre UN LOTE DE TERRENO, ubicado en la ciudad de Santa Teresita, partido de General Lavalle, designado con número VEINTE de la manzana número CIENTO SETENTA Y TRES, que mide: ****.- **SUPERFICIE TOTAL:** ***.- Lindando ****.- Dicho acto se inscribió en el Registro de la Propiedad de ésta Provincia el día *** en la MATRICULA **** del partido de General Lavalle (42).- **SEGUNDO)** Posteriormente, con fecha ***, mediante acto celebrado ante el citado Escribano, transmitió el dominio a título de venta sobre la referida parte indivisa del inmueble deslindado precedentemente, a favor de los señores Juan Barceló (todos los datos), don Juan Carlos Crecenti (idem) y don Pablo Rubén Escobar****.- Los referidos adquirentes verificaron la compra en condominio y por partes

iguales.- De ello se tomó razón por ante el Registro de la Propiedad el día *** en la precitada matrícula.- **TERCERO)** Que a los efectos de superar la observación que se ha hecho al título y con el fin de que los adquirentes gocen de todos los derechos inherentes a la propiedad, conforme a las disposiciones de los artículos 2.513 y concordantes del Código Civil, **VIENE** por éste acto a **ABDICAR EL DOMINIO** a favor de los mismo, en forma absoluta en la proporción indicada.- **A TAL EFECTO, DECLARA:** a) Que ha recibido de los compradores la totalidad del precio pactado, por cuyo importe les reitera el recibo y carta de pago; b) Que se obliga por la evicción y saneamiento conforme a derecho; c) Que con fecha ** otorgó a los compradores la posesión real y efectiva de la parte indivisa objeto del acto, en forma quieta, pacífica, pública y sin oposición de terceros; y d) Que no existen por parte de los adquirentes, obligaciones pendientes de ninguna naturaleza.- **CONTINUA** manifestando el requirente, que de ésta forma, deja abdicado el dominio a favor de las personas indicadas o de los sucesores a título particular de éstos, dado que según afirma, le consta que han efectuado éstos otras transmisiones posteriores a terceros, a quienes reconoce como únicos propietarios de la proporción transmitida en aquella oportunidad y sin perjuicio de los derechos que actualmente correspondan a posteriores titulares legítimos, retrotrayendo todos los efectos legales de la presente el día *** (fecha de la venta).- **DE LOS CERTIFICADOS** expedidos por el Registro de la Propiedad con fecha ****, bajo los números *** y *** , surge que el otorgante no se encuentra inhibido para disponer de sus bienes y que con fecha *** constaba inscripto a favor del mismo, el dominio sobre dicha parte indivisa, sin modificaciones ni restricciones de ninguna naturaleza.- **LEO **** .-**

II-3. EL ACTA DE NOTORIEDAD EN LA ACREDITACIÓN DEL PAGO ANTERIOR A LA LEY 25345.

por el Not Rubén Augusto LAMBER

Si bien no es habitual que los boletos de compraventa sean protocolizados, sea en el verdadero sentido de la expresión (por orden judicial) o en el que resulta de la ley 9020 por transcripción o incorporación al protocolo sea del original que se agrega, o de su relación con guarda de la fotocopia autenticada y devolución al interesado del original, este último supuesto se da con habitualidad con motivo del otorgamiento de poderes especiales irrevocables.

La exigencia del art. 1977 CC (negocios especiales, limitado en el tiempo y en interés de los contratantes o de un terceros) induce a la guarda para acreditar la relación causal.

Pero como este tema de los poderes irrevocables presenta numerosas variantes en la realidad, vamos a analizarlos por separado:

a) Poder irrevocable con boleto agregado, en original o copia certificada. Tiene la fecha cierta del art. 1035 inc. 3. No ofrece dudas salvo que el boleto hubiera sido cedido por el apoderado, en cuyo caso, se necesitará algún recaudo de los tratados aquí para la certeza de la fecha del pago por el cesionario.

b) Poder irrevocable en que se relaciona el boleto y no se agrega. Si en la escritura de poder están relacionados los datos básicos del boleto, (comprador, inmueble y precio), no existiría duda de la certeza del acto, y cumpliría los mismo efectos del caso anterior, por cuanto en escritura pública está denunciada la venta y se dio recibo de pago, con independencia de la existencia material del boleto. El reconocimiento en escritura pública, permite acreditar la existencia del acto y el pago producido.

c) Iguales requisitos a los de los incisos

precedentes, pero en un poder al que se le consignó un plazo expreso ya vencido. Si bien el vencimiento en este caso conspira con la validez del poder como irrevocable, no por ello disminuye el valor de la fecha cierta que tiene el boleto o la operación concertada y precio pagado. Por tanto, el poder podrá ser ratificado ampliando el plazo si los poderdantes están en condiciones de hacerlo u otorgarlo directamente, justificando la inaplicabilidad de la ley 25345, con la relación del poder vencido.

d) Si el poder no reuniera las condiciones de irrevocabilidad ni contuviera la agregación del contrato base, además de no ser válido como poder por contener cláusulas difusas, imprecisas y contradictorias, tampoco servirá para probar la fecha cierta. No hay certeza ni en cuanto a la irrevocabilidad ni en cuanto al acto y por tanto deberá recurrirse a otros medios para probar la pre-existencia del acto, a la ley.

Hasta aquí contemplamos casos concretos de fecha cierta, expresamente reconocidos por el art. 1035. Pero hay otros en que se hace extensivo el criterio conforme al reconocimiento de la jurisprudencia, como en los casos de firmas certificadas ante escribano público, en que los recaudos de seguridad que impone la regulación del procedimiento certificante, con actas labradas en un libro especial de numeración y fechas correlativas, y la constancia de la certificación en folio, más la fuerza fedante de la declaración del escribano, supera a la mera declaración de la parte, ante escribano y dos testigos establecido por el art. 1035 inc. 2.

En realidad, el legislador, al regular los medios de pagos en la ley 25345, no ha con-

templado la existencia de actos anteriores y por tanto no ha regulado nada vinculado con la exigencia de fecha cierta o del cumplimiento de algún recaudo.

En consecuencia, debe partirse de una premisa principal: Si el pago se hizo, hay un derecho adquirido que al particular le permite obtener la excepción de la ley 25345, porque no puede exigírsele que vuelva a pagar.

Además de generar un enriquecimiento sin causa a favor del acreedor que cobre dos veces, significa una privación del derecho de propiedad para el afectado, de raigambre constitucional. Y este derecho no puede depender de fecha cierta.

Cualquier medio de prueba es válido para proteger su derecho, más cuando la ley no ha establecido restricción alguna.

Una cosa es que alguien quiera defraudar al fisco, falseando la fecha de pago para eludir la ley, y convertirse en delincuente, y otra muy distinta, que quien actúa bajo fe de decir verdad, sea privado de su derecho por carecer de fecha cierta.

Ante esta alternativa, no queda otro recurso, que aceptar la seriedad de la declaración.

No obstante, como el escribano tiene obligación de denunciar toda operación que pudiera resultar sospechosa, es razonable que exija elementos de convicción, para desempeñar correctamente su función.

En todo acto notarial el escribano está tratando de evitar el fraude. Eso ocurre con la identidad de las personas, con la validez de los títulos y antecedentes exhibidos por las partes, con la vigencia y alcance de las representaciones, etc. y para ello toma los recaudos que considere más razonable y para ello está habilitado, dado la fuerza fedante de su declaración y la legitimación que imprime al acto.

Por ello, es aconsejable en este caso tan particular, respaldar la declaración con elementos de convicción que lo respalden, pro-

prios de la actividad del notario cuando declara la notoriedad de un hecho.

Parece ser la declaración de notoriedad un elemento sumamente valioso en la solución del problema, por cuanto tiene una fuerza fedante concreta, hasta tanto sea destruída por la declaración por sentencia judicial que la contradiga.

Esa declaración de notoriedad podrá tomar en cuenta elementos valiosos, que por sí solo no implican fecha cierta, pero que en conjunto determinan la declaración del escribano por valoración de los distintos elementos aportados, ya sea declaraciones de testigos, constancias documentales, certificaciones, etc.

A modo de ejemplo citamos el caso de ventas efectuadas por particulares, con entrega de posesión documentada en acta notarial o con firmas certificadas.

Si bien la entrega de la posesión no implica definición en cuanto al pago, ya está anticipando la existencia de un acto anterior.

Si eso lo reforzamos con constancias documentales, tales como pagos en cheques o depósitos en cuentas en distintos bancos, aun cuando no fuera con precisa determinación del origen, al menos estaría permitiendo relacionar el monto con el ingreso del valor en el patrimonio del acreedor.

Igualmente, la existencia de servicios, colocados a nombre del comprador en las empresas respectivas (gas, teléfono, luz, etc.) y la declaración de haber abonado el precio total obrante en esos expedientes, van formando convicción que afirma la declaración.

Por otra parte, en la venta de lotes por mensualidades o de departamentos por empresas constructoras o de comercialización de inmuebles, dada su calidad de comerciantes, es indudable que tienen obligación de denuncia de las ventas efectuadas en el año, asiento en los libros respectivos e incorporación en las declaraciones juradas anuales.

Estas empresas, que llevan contabilidad regular y efectúan sus declaraciones juradas impositivas con severo control fiscal y el aperebimiento de sanciones por incumplimiento, pueden dar certeza de la operación celebrada y del pago efectuado, y el adquirente podrá utilizar su declaración o las certificaciones que al efecto emitan, como elemento de convicción para la declaración de notoriedad.

A modo de ejemplo, dejamos redactada un acta de notoriedad con el indicado fin, sobre la base de un hecho real.

Se trata de un boleto de compraventa celebrada entre un particular que en su momento edificaba para vender, y que en curso de la obra, celebra un boleto de compraventa con el precio pagadero totalmente en cuotas. La operación se celebra en el año 1995 y el plazo del pago, es de sesenta cuotas mensuales, con lo que se concluye el pago a mediados del año dos mil.

Al celebrar el boleto, el escribano designado solicitó los certificados administrativos y registrales a fin de asegurar al comprador el estado al momento del acto. Debieno escriturar durante la vigencia de la ley 25345, otorgan el siguiente acta de notoriedad:

NUMERO DE ESCRITUTA... ACTA DE NOTORIDAD a requerimiento de SP. En la Ciudad y Partido de Lanús, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a seis de enero del año dos mil uno, ante mi, ... Notario titular del Registro ... comparece el señor SP... Es persona hábil y de mi conocimiento, doy fe.(I) Interviene por sí. Requiere la declaración de notoriedad del pago total del precio de compra de un departamento en el Municipio de LA COSTA, de esta Provincia, designado como ... A tal efecto, aporta los siguientes elementos de convicción: PRIMERO: declaración testimonial del vendedor y dos testigos. a)El señor FS, ... en

su carácter de titular del dominio del inmueble relacionado, declara haber vendido al señor SP el I4 de setiembre de 1995, el departamento referido, en la suma de SETENTA Y CINCO MIL DOLARES estadounidenses billetes, de los cuales quince mil dólares fueron abonados al boleto y el saldo en sesenta cuotas mensuales de un mil dólares cada uno. Declara haber cumplido con el tributo del impuesto de sellos en el boleto de compraventa, pero ha extraviado su original, acompañando copia simple del mismo. Dice haber recibido los quince mil pesos con cheque contra el Banco de la Provincia de Buenos Aires, Sucursal Morón, número ... de fecha I4 de setiembre de 1995, el que depositó en su cuenta corriente del Banco Francés, Sucursal Lanús, número,... el día I7 de setiembre de 1995, quedando acreditado su importe. Manfiesta haber recibido regularmente el pago de las cuotas, algunas veces en efectivo y otras con cheque, pero no guarda constancias de ello. Dice haber entregado la tenencia del departamento el 23 de febrero de 1996, fecha en que canceló la deuda de impuestos municipales atrasada, desde el I/9I hasta el 3/96, por la suma de \$... abonado en la Delegación San Bernardo, las que tiene en carpeta el autorizante. Los testigos del acto ... y ... corroboran la declaración del señor FS y manifiestan que les consta el pago del precio en la forma expresada, antes de este acto. b)Constancia documental: el requirente, por su parte, agrega a la presente el pedido de habilitación de servicio de luz, efectuado a su nombre el primero de marzo de 1996, y exhibe comprobantes del pago de servicios en forma continua hasta la fecha. c) Declaración del autorizante. Además de los hechos manifestados, al autorizante le consta la celebración del boleto en las condiciones expresadas, y tiene archivado en carpeta una copia simple del boleto que responde a las

condiciones expresadas. Asimismo, guarda constancias de los pedidos de certificados de dominio, inhibiciones, catastro inmobiliario, municipal y CESOP de San Bernardo, a saber: ... (se relacionan los números y fechas de certificados y se agregan a la presente). SEGUNDO: las declaraciones efectuadas en la presente, lo son bajo fe de decir verdad. TERCERO: con lo declarado por el requirente, vendedor y testigos y los elementos documentales aportados, así como las constancias que obran en poder del autorizante, se procede a efectuar esta declaración de notoriedad del hecho del pago total del precio, con fecha anterior al 14 de setiembre de 2000, resultando inaplicable la ley 25345, por tratarse de un contrato ejecutado y pagado totalmente con anterioridad a su vigencia. LEO al requerido y demás intervinientes, que firman de conformidad por ante mi, doy fe.

1) El modelo es anterior a la ley 26140. Hoy diríamos: “De la audiencia notarial resulta la aptitud del compareciente de querer y entender conforme a la naturaleza del acto. Se identifica por afirmación de conocimiento que hago conforme al artículo 1002 inciso 1° del Código Civil” (o las distintas opciones previstas)

COMENTARIO FINAL

La presente no prueba la fecha cierta de los pagos, pero resulta indubitable la existencia de la operación, la fecha de celebración, las condiciones pactadas y por tanto, la inexistencia de intención de fraude en la declaración.

Este es el elemento que tratamos de señalar como fundamental para la exclusión de la ley 25345 al acto celebrado, guardando las

formas de realismo impositivo, al que la ley se atiene para presumir tanto el precio, cuando es notoriamente inferior al real de plaza, como la existencia del hecho económico, cuando se trata de eludir.

Es por ello, que no puso énfasis en probar la fecha cierta, por cuanto gran parte del sistema impositivo gira en torno a la declaración jurada de las partes, y se admite su veracidad, en tanto no se demuestre lo contrario o no lesione esos principios de realismo económico al que se apunta para imputar el acto.

No podría entorpecer todo el tráfico inmobiliario sucedido, porque sería como desconocer el valor de las declaraciones juradas.

La presunción de verdad está de parte del declarante, en tanto lo haga bajo fe de decir verdad, como cuando lo hace ante escribano público, o bajo la forma de declaración jurada, en la que la forma le hace tomar conciencia de la responsabilidad de su declaración y de las derivaciones penales tributarias que podrían desencadenar su falsedad.

Refiriéndose al tema, dice Bidat Campos, que no es lo mismo no dar factura, que entregar facturas con algunos defectos de forma, dado que la conducta primera es francamente violatoria del régimen de fiscalización y persigue evitar la individualización de las operaciones celebradas, mientras que en el segundo caso, el incumplimiento de ciertos requisitos formales no puede equipararse a conductas. ... (citar fallo)

En definitiva, ni al escribano que procura guardar la declaración en toda su magnitud, reforzada con elementos de convicción, se le puede imputar ligereza o negligencia, ni al particular, que declara, en tanto no se demuestre la falsedad de la declaración.

III- JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

III-1) LA JURISPRUDENCIA Y LA DOCTRINA DE LOS BIENES “GANANCIALES ANOMALOS”

Un fallo y el comentario de la Not. Maria Fernanda ZARICH

“H., M. B. v. G. G. S., M. R.”. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, 28 de octubre de 2005

El Dr. Mizrahi dijo:

I. La sentencia en crisis y los agravios.

La sentencia de fs. 1196/1202 dispuso la liquidación de la sociedad conyugal que formaron las partes. Contra dicho pronunciamiento apelan y expresan sus quejas la parte actora a fs. 1246/1258, que fueran contestadas a fs. 1273/1276 por la contraparte. A su turno, la demandada se agravia a fs. 1259/1263, que mereciera la respuesta obrante a fs. 1269/1271 a cargo de la accionante.

Un tema de conflicto decidido por el judicante se refiere al plazo de vigencia de la sociedad conyugal; y al respecto se sentencia que la mentada sociedad "tuvo su comienzo el día de la celebración del matrimonio de las partes y su fin en el mes de enero de 1987, en que se produjo la separación de hecho de aquéllas" (ver fs. 1199, párr. 2º). Como consecuencia de esta conclusión, el a quo excluye de la calidad de gananciales a los bienes que aparecen adquiridos con posterioridad al 31/1/1987, oportunidad en que se habría operado la separación de hecho entre los esposos. Este aspecto puntual motiva el agravio de la actora en tanto el decisorio comporta no incorporar en la masa ganancial a dividir bienes que la accionante entiende que

deberían estar incluidos. Asimismo, conforme al pronunciamiento de la instancia anterior, se rechazan créditos contra la sociedad conyugal que había esgrimido el demandado; en particular -por ser ahora materia de agravios- reclamos de compensación por supuestos pagos efectuados por el accionado derivados de la explotación de una actividad comercial que tendría carácter ganancial, y que se referirían al hotel "A.L.V"; por cuya razón se invoca haber suscrito un pagaré a nombre del Sr. M. O. M. F.

II. La existencia de agravios.

Cabe destacar, en primer lugar, que tanto la actora como la demandada plantean recíprocamente que se declare por el tribunal desiertos los recursos de apelación interpuestos, a mérito de que no se ha dado cumplimiento al art. 265 CPCCN. (I) (ver fs. 1273, pto. II, y fs. 1269, pto. II). Desde ya anticipo que propiciaré no hacer lugar a ninguna de las dos pretensiones, sin perjuicio que algunas cuestiones específicas resueltas por el juzgador no se hallan impugnadas por los apelantes con la debida suficiencia recursiva, como luego se verá. Es que, en atención a la necesidad de salvaguardar el principio de defensa en juicio (art. 18 CN. [2]), corresponde utilizar la facultad que acuerda el art. 266 CPCCN. con un criterio restrictivo; vale decir, acudir a ella cuando de una manera clara y acabada se opera una transgresión a la citada preceptiva legal; circunstancia que no se presenta en estos actuados. Este tribunal viene declarando de modo concordante que

en la sustanciación del recurso de apelación el cumplimiento de sus requisitos debe ponderarse con tolerancia, mediante una interpretación amplia que los tenga por cumplidos aun frente a la precariedad de la crítica del fallo apelado. En otras palabras, si la fundamentación cumple en cierta medida con las exigencias del art. 265 CPCCN., según un criterio de amplia flexibilidad, cabe estimar que se ha satisfecho con la mentada carga procesal; situación que es la que acontece en la presente causa (ver C. Nac. Civ., sala E, 24/9/1974, LL 1975-A-573; íd., sala G, 10/4/1985, LL 1985-C-267; íd. sala H, 15/6/2005, JA 2005-III, fasc. 12, del 21/9/2005, p. 58; etc.).

Seguidamente me he de ocupar entonces de analizar los agravios de cada una de las partes, resaltando sobre el punto los criterios ya conocidos, en el sentido de que no constituye obligación de esta Cámara analizar todas y cada una de las argumentaciones de los litigantes, sino sólo aquellas que se consideren relevantes para la decisión del caso (art. 386 in fine CPCCN.). Asimismo, claro está que tampoco he de ponderar todas y cada una de las pruebas agregadas, sino que únicamente he de considerar aquellos elementos que se estimen apropiados para resolver el entuerto.

III. Los agravios de la actora.

Un agravio central de la parte actora es que el judicante retrotrae la disolución de la sociedad conyugal a la fecha de separación de hecho, y no a la oportunidad de notificación de la demanda de divorcio como lo dispone el art. 1306 párr. 1° CCiv. Señala la accionante agraviada, en efecto, que la mencionada norma legal como el plenario que cita el sentenciante, establecen la disolución de la sociedad conyugal a la fecha de la separación de hecho. Se insiste por la recurrente que todo el régimen que nos ocupa está impregnado de normas de orden público y que, por ende,

está fuera del poder dispositivo de los cónyuges determine cuando se produce la citada disolución (ver fs. 1248).

Es indudable, por una parte, que la ley 23515 (3) ha implicado otorgar un destacado protagonismo al principio de la autonomía de la voluntad en materia de derecho matrimonial. Desde una perspectiva pluralista, el criterio del legislador, en términos generales, ha sido el de resguardar con la mayor amplitud posible una conducción autónoma las cuestiones conyugales, otorgando a los interesados una amplia disponibilidad para conformar el contenido de las relaciones jurídicas matrimoniales (ver mi obra "Familia, matrimonio y divorcio", Ed. Astrea, ps. 172/173, n. 93). Por lo demás, esta orientación ya fue anticipada por el maestro Guaglianone, quien decía que el criterio legislativo "se mueve hacia una libertad cada vez mayor de los particulares" (ver su obra "Régimen patrimonial del matrimonio", t. I, p. 18). Sin embargo, por otro lado, no es menos cierto que el régimen de la sociedad conyugal se mantiene aún atado a un sistema de normas imperativas que escapan a la facultades dispositivas de las partes. En particular, no cabe duda que la disolución de la sociedad conyugal responde hoy a un régimen legal y forzoso, sin que entre en juego aquí el principio de autonomía de la voluntad. Vale decir, que tal disolución sólo se produce o puede ser pedida en los supuestos que la ley enumera (ver Fassi y Bossert, "Sociedad conyugal", t. I, p. 231; y t. II, ps. 131/132).

Así las cosas, y dejando a salvo algún criterio minoritario como el de Spota (ver su "Tratado de derecho civil", n. 13, vol. 3, p. 388), la tesis interpretativa francamente mayoritaria ha concluido que la separación de hecho de los cónyuges no trae como consecuencia la disolución de la sociedad conyugal, la que se entiende que subsiste a pesar de ese

hecho fáctico. En este sentido, la sanción del art. 1306 párr. 3° no ha sido tal vez la de introducir una disolución (total o parcial) de la sociedad conyugal, sino la de imponer al cónyuge culpable una sanción derivada de su conducta.

Ahora bien, el dictado del fallo plenario del 29/9/1999, "G. G. T. v. A. J. O. s/liquidación de sociedad conyugal", (LL 1999-F-3) ha implicado extender la aplicación del art. 1306 párr. 3° CCiv., a los supuestos en que se decreta el divorcio por la causal del art. 214 inc. 2; desde luego cuando no se ha introducido por los cónyuges la cuestión de la inocencia o culpabilidad. Esta situación determina que ninguno de los esposos tendrá derecho a participar de los bienes gananciales que con posterioridad a la separación de hecho que aumentaron el patrimonio del otro. En consecuencia, se advertirá que no obstante que no se verifica en puridad con la separación de hecho una disolución de la sociedad conyugal, la realidad es que los bienes "gananciales", adquiridos con posterioridad al hecho fáctico de la ruptura serán en el mejor de los casos "gananciales anómalos"; esto es, no sujetos a división entre los esposos conforme a la regla del art. 1315 CCiv. En todo caso, serán bienes gananciales que se estimarán como propios o, si se quiere, bienes gananciales no repartibles.

La actora agraviada invoca el supuesto error del juzgador de primera instancia en cuanto no ha declarado como gananciales sujetos a liquidación el 99% de las acciones de "La Matera S.A.", y el 25% de las acciones de "La Capilla S.A.". Fundamenta su queja en el art. 1271 CCiv., que establece la presunción de ganancialidad, y afirma que en función de esta norma la sentencia tenía que haber atribuido el carácter de gananciales a estas acciones, en atención a que el demandado no ha probado de qué forma o con qué

medios o fondos adquirió las mentadas acciones.

Estimo que la accionante se equivoca con el precedente razonamiento, pues aunque se postule que la sociedad conyugal persiste tras la separación de hecho, ello no impide que la calificación de los bienes adquiridos con posterioridad a ella se realice de una manera diferenciada. En otras palabras, entre la celebración del matrimonio y la disolución de la sociedad conyugal acontecida con la notificación de la demanda de divorcio, no todos los bienes gananciales adquiridos durante dicho período merecerán la misma categoría o calificación; y es aquí donde se produce el yerro de la actora. Efectivamente, los bienes adquiridos desde la celebración del matrimonio y hasta la separación de hecho, serán digamos bienes gananciales "puros" o bienes gananciales "propriadamente dichos". En consecuencia, estarán alcanzados por la regla del art. 1315 CCiv., que obligará en su hora a la división "por iguales partes entre marido y mujer". En cambio, desde la ruptura de la unión fáctica y hasta la disolución de la sociedad conyugal, los bienes que aumentaron el patrimonio de cada cónyuge serán gananciales anómalos o no sujetos a división.

Tal aserto ello hace que se desplace la aplicación del antes citado art. 1315 CCiv., y que entre en juego la regla del art. 1306 párr. 3°, y su interpretación por el tribunal en pleno. Por ende, esta última norma impedirá a cada cónyuge participar de los bienes adquiridos por el otro.

Conforme a lo expuesto, la presunción de ganancialidad del art. 1271 CCiv., que tanto invoca la accionante, en nada ayuda a la posición que ella sustenta en sus agravios. Ello así porque, aun aplicando la mentada presunción, lo único que se acredita es que el demandado incorporó a su patrimonio bienes gananciales "anómalos", esto es, no sujetos

a partición. Baste para corroborarlo las constancias obrantes a fs. 186/197, 754/833, y 838 de las presentes actuaciones, de las cuales surge que la adquisición por el demandado de las acciones de "La M. S.A." y "LA C. S.A.", no ha sido durante la época de la comunidad de vida, de manera que a tales acciones jamás se le puede atribuir el carácter de bienes gananciales "puros" o propiamente dichos, encuadrados en el art. 1315 CCiv.

Parece claro que para desvirtuar la precedente conclusión, e incorporar consecuentemente a la masa ganancial partible las antes referidas acciones, tenía la actora que haber acreditado que se produjo en la especie una suerte de subrogación real; vale decir, que tales paquetes accionarios fueron adquiridos con fondos o frutos provenientes de bienes gananciales pertenecientes a la época en que se verificaba la convivencia; acreditación que la apelante no ha realizado. Es más que evidente que no resulta posible invertir la carga de la prueba prevista por el art. 377 CPCCN.

En otras palabras, no es dable presumir, como lo quiere la actora, el reemplazo de una cosa por otra o sea, que las acciones de titularidad del demandado hayan sido adquiridas con fondos existentes con anterioridad al quiebre de la convivencia, cuando ningún elemento preciso se ha colectado en la causa. No existiendo tal prueba, no cabe duda que juega la regla general en el sentido de que esos bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho, lo han sido con fondos obtenidos después de la mentada separación, y no antes. Ello así porque cuando el art. 1306 párr. 3º, dice que no se participa en los bienes que después de la separación aumentaron el patrimonio del otro, está presumiendo que tales bienes se adquirieron con fondos que también tuvieron su origen durante la vida separada. La prueba en contrario era precisamente la acreditación de la subroga-

ción real (art. 1266 CCiv.); acreditación ausente en estos actuados.

Cabe acotar, por último, que si la actora entendía que no respondía a la verdad la adquisición accionaria a nombre de terceros, en el sentido de que su titularidad pertenecía en la realidad al demandado (como lo invoca en el caso de "L.M"), tenía que haber promovido la correspondiente acción de simulación o fraude para desarticular eventuales maniobras que se pudieren haber urdido. Al respecto entiendo que en estos autos sólo cabe evaluar acerca de si las pruebas arrimadas pueden hacer presumir que los fondos utilizados para la adquisición de las acciones fueron fondos gananciales puros o genuinos, esto es, correspondientes a la época de convivencia de la pareja. Y la conclusión, según lo ya analizado, no puede ser otra que negativa.

Las circunstancias de que el demandado haya sido designado presidente de las sociedades en cuestión, que algún testigo mencione que inscribió a su nombre acciones del demandado pertenecientes a una sociedad distinta de las que aquí están en juego (ver fs. 407/408) o, en fin, que el citado accionado ocupe inmuebles o caballerizas pertenecientes a las citadas entidades no alcanzan para presumir que el accionado era el titular de los paquetes accionarios y/o que la adquisición posterior sea producto de una subrogación real. Así lo concluyo conforme al principio de la sana crítica regulado por el art. 386 CPCCN.; regla que consagra la apreciación libre del magistrado, excluyendo desde luego la discrecionalidad absoluta. Es que, a mi juicio, no se reúnen en autos indicios suficientes; esto es, directos, precisos, graves y concordantes que lleven a mi convicción que asiste razón a los planteos de la accionante (art. 163 inc. 5 CPCCN.). En consecuencia he de propiciar el rechazo de sus quejas.

IV. Los agravios del demandado.

Los agravios que expone el demandado a fs. 1259/1263, a mi criterio, no alcanzan a conmover lo que el juez ha decidido sobre el punto. Es verdad lo que dice el judicante que el accionado no ha demostrado, a los fines de admitir el reconocimiento del crédito y la recompensa a la que aspira, lo conceptos por los cuales se constituyó la supuesta deuda a la que aluden las constancias de fs. 514/522. Es cierto que aunque se pruebe la existencia y fecha del pagaré que se invoca por el agraviado, ello no es suficiente para acreditar la causa de la obligación cual ha sido y origen de la deuda. Y es indudable que de la documentación glosada no surge el concepto por el cual se produce el nacimiento del crédito cuyo reconocimiento pretende el demandado.

Por lo tanto, toda posibilidad de admisión de recompensa se diluye ante el incumplimiento de la carga impuesta por el art. 377 CPCCN. En consecuencia, tampoco propondré hacer lugar a las quejas de que da cuenta el escrito de fs. 1259/1263.

V. Conclusión.

A tenor de las argumentaciones desplegadas en el presente voto, propongo al acuerdo que se confirme en todas sus partes la sentencia apelada. Las costas de ambas instancias se han de imponer en el orden causado, habida cuenta el resultado de los recursos interpuestos por las partes (art. 71 CPCCN.).

Los Dres. Sansó y Ramos Feijóo, por análogas razones a las aducidas por el Dr. Mizrahi, votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma en todas sus partes la sentencia apelada y las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado, habida cuenta el resultado de

los recursos interpuestos por las partes (art. 71 CPCCN.).

Notifíquese y devuélvase.

Mauricio L. Mizrahi.- Gerónimo Sansó.- Claudio Ramos Feijóo.

COMENTARIO:

1) El fallo: Evolución del art. 1306 última parte y su extensión a las causales objetivas.

2) Calificación de los bienes.

3) Alcances en el supuesto de disolución de sociedad conyugal por muerte.

1) El fallo: Evolución del artículo 1306 del C.C. y su extensión a las causales objetivas.

El fallo que comentaremos, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B⁸¹, ratifica la doctrina impuesta por el plenario “C. G.T c. A, J.O s/Liquidación de sociedad conyugal”, de septiembre de 1999, en el cual se resolvió que en los supuestos de divorcio o separación personal por la causal objetiva de los artículos 204 y 214 inc. 2 del C.C., los bienes adquiridos luego de la separación de hecho no benefician al cónyuge no titular, siendo una excepción a la regla que impone el artículo 1315 del C.C. de división por mitades de los bienes gananciales. Ninguno de los esposos tendrá derecho a participar en los bienes adquiridos por el otro, con posterioridad a la ruptura de la convivencia.

Para el correcto análisis de las distintas consecuencias que trae aparejada la aplicación del criterio sustentado por el fallo, es necesario comenzar por la evolución doctrinaria y jurisprudencial que desembocó en la reforma del artículo 1306 última parte del C.C., por la Ley 17.711 y a su posterior aplicación a las causales objetivas de divorcio, cuando fueron

⁸¹ “H, M. B. v. G. G. S., M. R.”

introducidas por la Ley 23.515

I.a) Antes de la Ley 17.711: La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria negaron al cónyuge culpable participar en los bienes adquiridos por el inocente, desde la interrupción de la convivencia, basándose en el “principio general del abuso del derecho”⁸², en que incurriría el cónyuge culpable que pretendiera beneficiarse con la aplicación lisa y llana del artículo 1315 del C.C.

El eje sobre el que giraba este criterio se basó en “el cese de las condiciones de ganancialidad”, que había desarrollado el Dr. Guaglianone⁸³, al sostener que ciertos bienes son gananciales “porque los esposos viven juntos, porque forman una unidad de espíritu y trabajo, porque ambos colaboran, aunque de distinto modo y con distinto esfuerzo, en la formación del patrimonio conyugal... Todo el sistema patrimonial del matrimonio se sustenta en la idea de la convivencia y de la colaboración en un clima de relaciones normales”.

Se distinguen, por el citado autor, dos factores determinantes de la ganancialidad: el objetivo, que está dado por la unión de los esposos, y el subjetivo, que cobra relevancia cuando el objetivo desaparece por la separación de hecho, y está dado por la imputabilidad en la desintegración del hogar, que trae como consecuencia la continuación de las condiciones de ganancialidad, para los bienes adquiridos por el cónyuge responsable de ésta, y su extinción para los adquiridos por el no culpable.

I.b) Después de la Ley 17.711: La Ley 17.711 recoge la interpretación doctrinaria y jurisprudencial mayoritaria, que expusimos

en el punto anterior, y agrega el último párrafo del artículo 1306 del C.C., del que no surgen dudas, con respecto a que el cónyuge culpable de la separación de hecho queda excluido de la división de bienes que acrecentaron el patrimonio del no culpable, luego del cese de la convivencia.

Sin embargo, como suele suceder con las reformas legislativas, cuando se emparcha una cosa, se rompe otra, dando lugar a nuevas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales. Lo que ocurrió en el caso que tratamos, al discutirse si la última parte del artículo 1306 del C.C. se aplicaba a dos cuestiones: 1) a la sentencia de divorcio que atribuía la culpa a ambos en la separación de hecho, y 2) al nuevo instituto, de divorcio por presentación conjunta, creado por la misma ley y plasmado en el artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil, que es necesario recordar, que expresamente otorgaba los efectos de un divorcio por culpa de ambos.

La evolución jurisprudencial plasmó el criterio de aplicar el artículo a estas dos cuestiones, así se resolvió: “...no existen razones para llegar a la conclusión que, si ambos cónyuges son igualmente culpables, deje de funcionar la regla tendiente a evitar la inmoralidad y el abuso que significa el ejercicio de una conducta reñida con las finalidades esenciales de la institución. De allí que la culpa concurrente no pueda ocasionar sino la recíproca exclusión respecto de los bienes que cada uno adquiera con su solo esfuerzo después de la separación”⁸⁴.

“La finalidad del nuevo texto del art. 1306 C.C. es privar al cónyuge culpable del derecho de participar sobre los bienes adqui-

⁸² MENDEZ COSTA, María Josefa. “Dos importantes cuestiones sobre sociedad conyugal, separación de hecho y divorcio por presentación conjunta”. La Ley, T. 1980-D, pág. 237. Citando como partidarios de esta postura a Eduardo Zannoni y a Aida Kemelmajer de Carlucci, entre otros.

⁸³ GUAGLIANONE, Aquiles. “Disolución y liquidación de sociedad conyugal”, Bs As 1965. Citado por Mendez Costa, María J. en Ob. Cit. pág. 237.

⁸⁴ .C.N.Civ. sala F del 26/12/1979, La Ley t. 1980-D, pág. 235.

ridos por el otro con posterioridad a la separación, cualquiera haya sido la conducta de éste... Por otra parte, es la tesis más justa y equitativa, toda vez que sólo apunta a sancionar al reclamante culpable, a quien no le es dado beneficiarse con la participación, por culpable que fuese el otro cónyuge”⁸⁵.

“Si las partes optaron por el trámite previsto en el artículo 67 bis de la ley de matrimonio civil, cuya sentencia produce los efectos del divorcio por culpa de ambos, sin realizarse un análisis de la culpa, corresponde tratar a ambos cónyuges como culpables de la separación de hecho que precedió al divorcio”⁸⁶.

I.c) La reforma de la Ley 23.515: La ley 23.515 modificó en forma integral el régimen de divorcio, permitiendo la separación personal o el divorcio vincular, a la vez que receptó causales objetivas de divorcio, en las que no hay atribución de culpas.

Es en este marco donde se inserta la causal de separación personal o divorcio vincular por separación de hecho sin voluntad de unirse, cuando no se deja a salvo la inocencia, legislada en los artículos 204 y 214 inc. 2 del C.C., y que es el objeto de análisis del fallo comentado.

Al iniciar este comentario afirmamos que el fallo sigue la doctrina del plenario de septiembre de 1.999, que afirma que producida la separación personal o divorcio vincular por la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse, sin que ninguno de los cónyuges haya dejado a salvo su inocencia, es de aplicación el artículo última parte I306 del C.C., en el sentido que ninguno de los cónyuges participará en los bienes adquiridos por el

otro, luego de la ruptura de la convivencia.

Los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales que arriban a la conclusión del plenario, se sintetizan en los siguientes:

a) En el divorcio remedio no hay culpables, pero tampoco inocentes. Los efectos de la sentencia (con excepción del art. 203 del C.C.), con respecto a alimentos, atribución del hogar conyugal, y en el supuesto de separación personal, a la cesación de la vocación hereditaria, se asimilan a los que la ley le atribuye al cónyuge culpable. Por lo que no hay razón para aplicar igual criterio con relación al artículo I306 última parte.

b) “El actual texto del párrafo final del art. I306, fue introducido en el Código Civil por la Ley 17.711, en 1968, y su mención de la culpa se da dentro de un sistema en el cual no habían sido aceptadas las causales objetivas... La reforma del régimen del divorcio y separación personal por la Ley 23.515, coloca el art. I306 in fine en un estado de inadecuación, que obliga a una nueva interpretación de su texto, para armonizarlo con las disposiciones vigentes”⁸⁷.

c) El art. 204 del C.C., exige reservar y demostrar la inocencia, de donde, se impone a la razón la interpretación que conduce a pensar que el que no lo hace así, asume los efectos de la culpa⁸⁸.

Se deja en claro, que la separación de hecho no produce por sí la disolución de la sociedad conyugal, hasta que no haya sentencia de divorcio queda incólume, es en el ámbito del proceso de divorcio donde se puede o no dejar a salvo la inocencia por una de los esposos, sólo en el caso de que esto no

⁸⁵ C.N.Civ. sala E del 29/8/78.C.N.Civ. sala F del 26/12/1979, La Ley t. 1980-D, pág. 235.

⁸⁶ C.N.Civ. sala F del 26/12/1979, La Ley t. 1980-D, pág. 235.

⁸⁷ Del voto de la mayoría en forma impersonal, C.Nac. Civ. en pleno, septiembre de 1999 “C.GT c. A.J.O s/ liquidación de sociedad conyugal. Citando a Fleitas Ortiz de Rosas, Abel M. “Incidencias de la separación de hecho en la liquidación de la sociedad conyugal”.

⁸⁸ Cowland, Alberto Jorge “Sociedad conyugal: Calificación de los bienes adquiridos desde la separación de hecho hasta la sentencia en las causales objetivas de los artículos 204 y 214 inc. 2 del Código Civil.

ocurra, se aplica el art. 1306 última parte del C.C. en forma recíproca.

Por lo expuesto en el ámbito notarial, para evaluar la exigencia del asentimiento conyugal, un cónyuge que compra manifestando que está separado de hecho sin voluntad de unirse, al momento de disponer del bien necesita dar cumplimiento con el art. 1277 del C.C.

2) Calificación de los bienes:

El fallo es claro al establecer, que si bien la sociedad conyugal no se disuelve por la separación de hecho, la realidad es que los bienes adquiridos luego de ésta se calificarán como “gananciales anómalos”, esto es no sujetos a división por mitades, conforme la regla del art. 1315 del C.C.

“Producida la liquidación a través de las operaciones de liquidación posteriores, aparecerá la situación contemplada: Ninguno de los cónyuges participará de los bienes que aumentaron el patrimonio del otro. Es decir, que entre los cónyuges y en orden a dicha liquidación, los efectos prácticos de la situación llevarán al mismo resultado que si la sociedad hubiera sido disuelta efectivamente a partir de la separación de hecho: se eludirá, es cierto, calificar a los bienes en juego como propios, pero se los liquidará como propios”⁸⁹.

Lo expuesto tiene repercusiones en relación a la aplicación del artículo 1275 del C.C., al momento de establecerse las recompensas entre cónyuges al liquidarse la sociedad conyugal.

Los bienes “gananciales anómalos” no sólo deben considerarse “como propios” a los efectos de la no división por mitades entre cónyuges, sino también al supuesto de compensación del inciso 1ro del referido artículo, respecto a la manutención de la familia y de los hijos comunes. Si durante el transcurso de

la separación de hecho, una de los cónyuges afrontó el pago de una deuda por estas obligaciones, con bienes adquiridos luego de la separación de hecho, genera una recompensa a su favor, por haberse abonado con un “bien propio”, una deuda que no obstante la ruptura de la convivencia, continúa siendo carga de la sociedad conyugal.

Con relación al resto de los incisos consideramos que a partir de la separación de hecho dejan de ser carga de la sociedad conyugal. Ya que ésta no tendrá que afrontar los reparos de los bienes particulares de los cónyuges, cuyos frutos ya no beneficiarán a ambos (serán gananciales no partibles), como cuando subsistía la convivencia (art. 1275 inc.2).

Lo mismo ocurre con las deudas contraídas en el marco de los incisos 3 y 5, en estos casos lo que debe calificarse “como propia” es la deuda. Un supuesto que puede traer confusión es el del inciso 4, “la colocación de los hijos del matrimonio”, personalmente consideramos que dejan de ser carga de la sociedad conyugal, ya que uno de los cónyuges puede decidir unilateralmente una erogación excesiva, que el otro no consienta o no pueda afrontar, y que al no decidirse en forma conjunta, en el marco de una pareja que convive, no debe soportarla.

Un instituto que será indispensable tener en cuenta al momento de la liquidación de la sociedad conyugal, es el de la “subrogación real”, dado que el origen de los fondos de los bienes adquiridos luego del cese de la convivencia, pueden ser producto de reemplazo de bienes adquiridos antes de la separación de hecho o inversión de frutos obtenidos antes de ésta, lo que implicaría su calificación como “gananciales puros”.

La regla general es presumir que los bienes adquiridos con posterioridad a la separación de hecho, han sido adquiridos con fon-

⁸⁹ Zannoni, Eduardo A. “Derecho de Familia” T.I, pág. 600, Ed. Astera, 2da edición.

dos obtenidos luego de ésta. La carga de la prueba del origen “ganancial puro” de los fondos, le corresponde al cónyuge que pretende incorporarlos a la liquidación de la sociedad conyugal.

3) Alcances en el supuesto de disolución de sociedad conyugal por muerte.

Producida la muerte de uno de los esposos separados de hecho, el artículo 3575 del C.C. le niega la vocación hereditaria al supérstite, salvo que haya sido inocente de la separación.

Durante algunos años imperó en la jurisprudencia el plenario “Mauri de Mauri, F. y M. suc”⁹⁰, que estableció que en principio el cónyuge supérstite es heredero y para excluirlo de la herencia era necesario que los que cuestionaren su vocación hereditaria prueben la culpa de éste en la separación de hecho.

A partir de la reforma de la Ley 23.515, la jurisprudencia comenzó a variar, sosteniendo que el artículo 3574 del C.C., modifica la interpretación del plenario. Si producida la separación personal por la causal de separación de hecho sin voluntad de unirse se pierde la vocación hereditaria del supérstite, salvo que haya probado su inocencia, no hay razón para que se siga un criterio diferente con la separación de hecho, por lo que se invirtió la carga de la prueba.

Probada la separación de hecho por los herederos, le corresponde al supérstite demostrar la culpa del causante en la ruptura de la convivencia, para poder ser incluido en la sucesión⁹¹.

El fallo que analizamos en este comentario y el plenario que le precedió, son aplicables con los principios expuestos. Producida la disolución de la sociedad conyugal por fallecimiento de uno de los cónyuges separados de hecho, en principio, el sobreviviente no se beneficia con los bienes adquiridos por el causante luego de ésta, y a su vez, los herederos del causante no podrán incorporar a la sucesión los adquiridos por el sobreviviente, por estar en ambos casos excluidos de la masa ganancial a partir, salvo que una de las partes pruebe la culpa, del sobreviviente o del causante, supuesto en el que sólo se partirán los bienes del culpable.

El proceso será el mismo que el instado para excluir o no la vocación hereditaria.

Este tema es de interés en las notarías, cuando aparece en la escritura pública que se adquiere separado de hecho y el cónyuge al momento de querer disponer del bien está fallecido, en lugar de hacer sucesión e incorporar el bien, debe declararse la exclusión de este bien del acervo hereditario, conforme las pautas establecidas, permitiéndose que se considere “ganancial no partible” y poder enajenar libremente.

⁹⁰ C.Nac. Civ. en pleno, febrero 12 de 1986. L.L. 1986-B, pág. 134.

⁹¹ Algunos fallos conformes con este criterio son: “Begue, Roberto E. Suc” CNCiv., sala C, octubre 2-1990. L.L. T. 1999-D, pág. 417. “Masi, María Mercedes c. Rodríguez, Norah Mabel. Exclusión de herederos”. Sup. Corte Pcia de Buenos Aires, noviembre 9 de 1993. E.D. diario 9/7/1994, pág. 7., “Marinkovic, Domingo y otra, suc.”. C.N.Civ., Sala C, 11/9/1990. “R.O.C. c. R.A”, C.N.Civ. sala A, mayo 21-1990. L.L. T. 1992-A.

III-2) Una consulta de NEUQUEN sobre TUTELA LEGAL

Not. Rubén Augusto Lamber

Desde la citada Provincia, nos llega la siguiente consulta:

Se ha presentado para legalizar una autorización de viaje en la cual la Escribana cita al artículo 264 bis del código civil.

El caso se trata de dos menores no emancipados con hijos extramatrimoniales y sus abuelos paterno y materno se presentan invocando dicho artículo, en ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos menores de edad por el que autorizan a sus nietos a viajar al extranjero con uno de sus abuelos. Pregunta, se puede otorgar un acto en tal sentido? De qué régimen se trata patria potestad o tutela?

De ser tutela necesitaría del trámite judicial respectivo.-

DICTAMEN:

La pregunta es: “La tutela legal se debe equiparar a la patria potestad o se rige en un todo por las reglas de la tutela?”

La duda surge por el particular régimen de esta especie, que conforme al art. 399 regula el discernimiento de la tutela para los supuestos de la dada por los padres o el juez, pero nada dice de la legal.

Ello nos plantea el primer problema: ¿No es necesario el discernimiento de la tutela legal?

La omisión no es razón suficiente para negarla. Pero debemos primero encontrar el fundamento de su exclusión o no.

No es la tutela legal asimilable a la patria potestad en la certeza que genera cada instituto, por cuanto de los padres solo basta saber quienes son y si lo han reconocido o no.

En la tutela legal, no existe tal certeza, dado que depende de supuestos diversos, tanto en su correspondencia, como en el de

los destinatarios.

En la correspondencia, el art. 264 bis contempla tres supuestos, que a su vez se ramifican.

1) Cuando ambos padres son **incapaces**.

De la incapacidad por minoridad de edad, no hay duda por cuanto resulta del solo cotejo de la edad (salvo emancipación cuando corresponda); pero de la incapacidad por afectación de la salud mental, hay que recurrir a la declaración judicial de insania. En tanto ello no ocurra, nadie puede atribuirse una tutela legal, salvo que el juez la diera para protección del menor y en ese caso, estaríamos en paralelo con el discernimiento de la tutela, por causas acreditadas y valoradas judicialmente.

2) **Privación** de la patria potestad.

Requiere de una resolución firme y el conocimiento de no haber sido revocado, lo que nos aproxima al supuesto anterior.

3) **Suspensión**.

Genera las mismas incertidumbres del supuesto precedente.

El otro aspecto de duda originado en el art. 264 bis, es el de las personas indicadas para ejercer la tutela legal.

El art. 390 dice que corresponde **UNICAMENTE** a los abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos.

¿Ese orden es excluyente?

¿Habiendo abuelos, los tíos no pueden serlo, al igual que los restantes o depende la elección de algún atributo particular, que ya no resultaría de la norma, porque requiere un conocimiento de la persona para su valoración?

La duda también surge de una situación

de hecho: o los padres del menor viven con los padres del varón o de la mujer, en cuyo caso, según lo ya visto, no serán todos los abuelos de una y otra rama los tutores legales, sino los que tienen la patria potestad del que convive con ellos, en el caso del hijo extramatrimonial menor no emancipado (art. 264 bis párrafo 2).

¿Y si los progenitores menores viven fuera del alcance de ambas familias? ¿Quiénes tienen la tutela?

Haciendo referencia al hijo reconocido por ambos padres extramatrimoniales, señalan Gustavo BOSSERT y Eduardo ZANNONI: *“Este caso no ha sido contemplado expresamente por la ley. Ello puede haberse debido a la circunstancia de que el legislador se situó en la hipótesis de que el padre o la madre extramatrimonial, menor de edad, convive con sus progenitores, de suerte que el nieto integra el grupo familiar con su padre o madre y sus abuelos. Pero bien puede suceder que los padres extramatrimoniales, no emancipados, no vivan cada cual con sus progenitores sino que hagan vida en común, estable, formando su propio hogar”* (Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, bajo la Dirección de Augusto C. BELLUSCIO, Tomo 6, pág. 806, Ed. Astrea, Bs.As. 1986)

Resultará una cuestión de hecho probar cual de los padres tiene el amparo o cuidado del menor, y aún así, quién reúne las condiciones de solvencia y reputación que exige el art. 391.

Los mismos autores citados señalan a continuación del párrafo transcripto: *“En tal caso (cuando los hijos extramatrimoniales no emancipados forman su propio hogar) es obvio que ambos padres tienen a sus hijos bajo su amparo o cuidado, de suerte que deberá discernirse la tutela a favor de quienes ejercen la patria potestad sobre uno u otro, es decir los abuelos paternos y maternos. En este caso, por aplicación del art. 390, también reformado por la ley 23264, el juez habrá de discernir la tutela legal en*

cabeza de cualquiera de los abuelos sin distinción de sexos” (Ob. Cit. Pág. 806)

El art. 391 resuelve todos éstos problemas con claridad meridiana: *“El juez confirmará o dará la tutela legal a la persona que por su solvencia y reputación fuere la más idónea para ejercerlo, teniendo en cuenta los intereses del menor”*

Hay entonces una valoración judicial, que nadie más que el juez puede hacer, tanto para dar la tutela legítima a quien mejor responda al perfil de solvencia y reputación indicado, independiente del orden de candidatos del art. 390 o para confirmar la que se hubiera ejercido arbitrariamente o sin autorización alguna.

Confirmar, por otra parte, significa reconocer normativamente la facultad del juez de negarla, cuando aquél perfil no se da, o cuando el tutor que estuviera de hecho cumpliendo tal función, estuviera afectado por alguna de las inhabilidades del art. 398.

Así lo señalan BOSSERT y ZANNONI, en otra obra de su autoría; si bien referida a la designación por testamento o escritura pública, pero aplicable al supuesto que tratamos, como demostraremos luego: *“...el juez ante quien se presente el testamento o la escritura pública, deberá confirmar esa tutela. Es decir, analizará tanto el aspecto de la validez del testamento o de la escritura pública, como también la idoneidad del tutor para ser designado; y para ello tendrá en cuenta las inhabilidades que menciona el art. 398, como además, hará un análisis de la conducta y las calidades morales del tutor designado”* (Manual de Derecho de Familia, Ed. Astrea, Bs.As. 1988, pág. 425.

El ejercer la tutela sin el discernimiento judicial, da la posibilidad no solo de violar todas estas normas que regulan el instituto, sino que generan serias incertidumbre, entre otras la que contradice al art. 386, que la considera como UNIPERSONAL, prohibiendo la tutela conjunta.

Si bien la particularidad del instituto, que permite a los que ejercen la patria potestad sobre el menor no emancipado, tener una tutela legal para cubrir la falta de patria potestad por los padres del nieto, en los supuestos especiales de convivencia, y por tanto suponer equiparado al modo de ejercicio de aquella, en tanto puede serlo conjunta o separada según los casos, ello no resulta en forma expresa de la ley, y el supuesto tendrá que ser resuelto por el juez, como en los casos en que no hay convivencia o que la situación de hecho no es clara o hay inhabilidades de algunos de los potenciales tutores.

Las reglas generales sobre tutela establecen claramente que *“en todos los casos de tutela, para ser puesto en funciones, se requiere el discernimiento de la tutela. . . Si los padres no hubiesen elegido tutor, o el designado no fuera confirmado por el juez, o posteriormente falleciera o fuera removido del cargo, el juez deberá nombrar a alguno de los parientes que menciona el actual art. 390, o sea, abuelos, tíos, hermanos o medio hermanos del menor, sin distinción de sexos.”* (Bossert-Zannoni, Manual . . .cit., pág.426)

Por otra parte el art. 406 establece la obligación de “juramento” del tutor: “Para discernir la tutela el tutor nombrado o confirmado por el juez, debe asegurar bajo juramento el buen desempeño de su administración”

La tutela legal entonces, no escapa a un acto de discernimiento del juez, por más que el art. 399 no la contemple en forma expresa, dado que la tutela legítima, si bien diversa de la dada por las partes o el juez, es por sobre todas las cosas TUTELA y se rige por sus normas, antes que las de la patria potestad, que no ofrece las dudas de certeza, señaladas para todos los tipos de tutela, en cuanto dependen de una valoración que nadie más que el juez puede efectuar.

Con esta conclusión, parece inapropiado

que el escribano se ponga a valorar la vigencia de una “tutela legal” y más inapropiado aún interpretar que se aplican las reglas de la patria potestad, en una autorización para salir los menores del país, cuando una norma expresa en materia de “administración de la tutela”, establece la necesidad de autorización judicial (art. 432 CC)

Por consiguiente, como tutela que es la “legal”, no puede aplicársele la excepcionalidad que se tiene en la patria potestad, para que los padres autoricen a sus hijos a salir del país.

Por ello deberá cumplirse con el artículo 432 en cuanto expresa que :” No podrán tampoco (los tutores) mandar a los pupilos fuera de la República o a otra Provincia, ni llevarlos consigo, sin autorización judicial” Tan restrictiva es esta norma que la jurisprudencia ha dicho al respecto: “Solamente en casos excepcionales debe concederse la autorización para trasladar al menor fuera de la República, no siendo suficiente motivo la circunstancia de que haya sido requerida para que aquel aprenda un oficio en el extranjero cuando lo puede hacer en el país (C.C.I^a, LL 48-633) “ citado por LLAMBIAS quien expresa que la violación importa una falta de suma gravedad respecto del cumplimiento de los deberes del tutor, y la sanción aplicable, incluso puede llegar a ser la remoción. ((LLAMBIAS, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Tomo I, pág.II63, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As.1982)

Aunque lo expresado lo fue en el régimen anterior a la sanción de la ley 23264, el art. 432 no fue modificado, y su interpretación debe enmarcarse a la que hiciéramos de la tutela legal, como instituto comprendido en la tutela general, y no en la excepcionalidad de una patria potestad que tiene regulación exclusiva para los supuestos encuadrados en ella.

III-3) SOBRE PODER IRREVOCABLE RECÍPROCO DE PLAZO VENCIDO Y CON EFECTOS POST MORTEM. ANÁLISIS DE SU VIGENCIA.

DICTAMEN DE ALBERTO ARAMOUNI

ANÁLISIS SOBRE EL PODER ESPECIAL IRREVOCABLE RECÍPROCO OTORGADO Por Hector Luis C. y otros el 19 / 6 / 1980 , en respuesta al Estudio de “Antecedentes del Título de propiedad de Víctor Alberto N. y Teresa Elida L.”, practicado con fecha 22 /12 / 2005 por la Escribana Luisa C. de L. de C., Mat.-

En el referido Estudio de “Antecedentes del Título de propiedad de Víctor Alberto N. y Sra.”, la Escribana referencista, no relacionó el antecedente muy valioso y originario del Reglamento de Copropiedad y Administración : Se trata de la escritura del 18 / 12 / 1980 , pasada ante el mismo Escribano Juan Agustín R., titular del registro N° ... de Lomas de Zamora, al folio 1949, por la que se sometió el inmueble, al régimen de Pre – horizontalidad, Ley 19.724, inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble, el 20 / I / 81 , en la Matrícula ... del Partido de CAÑUELAS , de acuerdo a la Ley Nacional 19.724 y Provincial 8.137 de Pre- horizontalidad. En virtud de la referida escritura de Pre- horizontalidad , se inscribió el respectivo boleto de la compraventa en el Registro de la Propiedad Inmueble, bajo el N° 134521, en la misma Matrícula 15.254 /4 de Cañuelas, el 22 / 6 / 1982 , al que se hace referencia en la escritura de “Venta de Alberto A. y otros a favor de Víctor Alberto N. y Sra.” N° 132 de fecha 7 / 3 / 1997, al igual que la cesión del 16 / I / 1984 , que en su conjunto también deben formar parte de los antecedentes sometidos a su estudio.- En

éstos dos documentos, tanto el boleto del 6 / 4 / 1982, inscripto en el Registro de la Propiedad debido a la Ley Nacional 19.724 y Provincial 8137 , como la Cesión del 16- I-84, constan : a) El pago total del precio, o sea a título oneroso y realizado de buena fe, a favor de los vendedores y cedentes ; b) La conformidad a la cesión prestada por los titulares del dominio, de acuerdo al poder irrevocable en examen y c) La entrega de la posesión, tanto a favor del comprador originario, como de los cesionarios. Si bien la Escribana referencista mencionó el Boleto y la Cesión, no los analizó.-De ambos instrumentos, surge claramente la realización del negocio especial- base totalmente concluido para los vendedores, corroborado y bien vale la reiteración, por la inscripción del Boleto sujeto a la Ley de Pre-horizontalidad, en el Registro de la Propiedad Inmueble, todo lo cual le otorga al documento el carácter de fecha cierta (Art. 1035 C. Civil) y principio de autenticidad, tal como los titulares del dominio lo reconocieron al autorizar la cesión y otorgar a favor de los cesionarios, la escritura traslativa de dominio. Ambos documentos (Boleto y Cesión) tienen la debida reposición del sellado de ley, que les otorga también, el principio de fecha cierta. El poder especial irrevocable recíproco (Poderdantes o Mandantes y Apoderados o Mandatarios a la vez) que se otorgaron los titulares del dominio entre sí, tuvo y tiene por finalidad cumplir con el requisito (único pendiente) de otorgar las respectivas escrituras públicas traslativas de dominio, insistimos, en virtud

de un negocio jurídico especial- base, celebrado, concluido definitivamente, en razón de haberse recibido la totalidad del precio y entregada la posesión a los adquirentes definitivos, por Boleto de Compraventa, inscripto y por cesión de dicho boleto. El poder especial irrevocable recíproco, al que hacemos referencia, es en realidad un mandato irrevocable. La irrevocabilidad tiene por finalidad cumplir con el complejo negocial al cual se refiere, después de haberse celebrado y concluido. El mandato irrevocable recíproco, se otorgó para cumplir con la obligación de escriturar y a pesar de la temporalidad establecida en forma expresa, sigue vigente hasta lograr el objetivo perseguido, teniendo presente la propia naturaleza del negocio.- No es común que un inmueble se afecte al régimen de prehorizontalidad y se inscriban los boletos en razón del mismo, pero debe tenerse muy en cuenta para comprender el alcance del mandato irrevocable más allá del vencimiento del plazo, dado que se otorgó y así surge el texto de la respectiva escritura, para dar cumplimiento al objeto del negocio celebrado hace. —desde el 6 / 4 / 1982 (boleto) y 16 / 1 / 1984 , (cesión)- MÁS DE VEINTE AÑOS. No se pretende extender el plazo a perpetuidad, sino que tiene por finalidad cumplir con la naturaleza del acto encomendado y del cual surge que los otorgantes del mandato recíproco, tampoco no tan común, fueron desinteresados al haber recibido la totalidad del precio y entregado la posesión, quedando únicamente pendiente el otorgamiento de la escritura pública traslativa de dominio a favor del comprador, que por distintas razones demoró su requerimiento, desde el 16/1/ 1984 , (fecha de la cesión a su favor). El mandato irrevocable fue otorgado por todos los titulares del dominio para que dos cualesquiera de ellos (con excepción de los cónyuges D. – M.) otorgara la escri-

tura traslativa de dominio a favor de los adquirentes, después de haber pagado el precio total y recibida la posesión. ¿Qué finalidad tiene decretar la caducidad del poder? : ¿Debe interpretarse que le queda como única posibilidad plantear la usucapión corta o larga, dado que transcurrió más de veinte años, desde que tiene el título (a pesar de la opinión de la Escribana referencista), buena fe y la posesión?.- En la situación tan particular planteada, en la que no hay antecedentes de jurisprudencia, por tratarse de un inmueble que se afectó a Pre-horizontalidad con boleto inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, el plazo debe interpretarse como extendido en forma tácita, por la propia naturaleza del negocio relacionado, dado que el mandato se otorgó para que al adquirente, en cumplimiento del objeto que surge del negocio jurídico-base, se le otorgue al instrumento público (escritura) que lo acredite como titular del dominio, del que supo tener título por boleto de Pre-horizontalidad inscripto, buena fe y posesión, desde hace más de 20 años.-Si el mandato irrevocable no se hubiera establecido el plazo, la ausencia del mismo no le resta eficacia, si del tenor del mandato surge la naturaleza especial del negocio, su carácter de negocio jurídico-base, el interés legítimo a favor del contratante-adquirente y el tiempo o plazo implícito o establecido en forma tácita para cumplir con el interés legítimo. No es necesario que el plazo del mandato sea expreso en su término, por cuanto en ese caso tan especial,-insistimos, de boleto inscripto por la Ley de Pre-horizontalidad -, su vigencia surge de la naturaleza del negocio- jurídico base y del interés que se desprende del mismo, a favor del comprador, diríamos exclusivamente a favor del comprador, dado que los vendedores fueron desvinculados por haber recibido todo el precio y entregada la posesión

(ni siquiera se deben rendición de cuentas entre sí, en especial por el tiempo transcurrido) y entonces el mandato irrevocable pasa a ser el instrumento destinado a cumplir con la obligación de escriturar, que no debe caducar por el transcurso del tiempo hasta su cumplimiento. Entonces el carácter de irrevocable se deduce del propio negocio jurídico-base y ese interés legítimo que surge del mismo. En ello reside la esencia de la temporalidad del mandato, en este caso, para cumplir en interés exclusivo del comprador. Carminio Castagno, José Carlos en la "Revista del Notariado", N° 772, página 1078, explica en el art. 1977 del C. Civil que "limitado en el tiempo", significa con plazo ("cierto", art. 567 o "incierto" – art. 568 Código Civil). Más aún así, el mandato se extingue "por cumplimiento del negocio" (Art. 1960, Código Civil)". A lo que deberíamos agregar y no por el vencimiento del plazo.-No hay caducidad del mandato irrevocable de plazo vencido, cuando ha sido otorgado para cumplir la obligación, su objeto y el interés de los contratantes y así también sucedió con el mandato irrevocable en tratamiento, debido al mismo interés común entre los mandantes y mandatarios a la vez, por ser recíproco.-Con respecto a la nota de la Escribana referencista, en cuanto a que "no surge el negocio especial que exprese interés legítimo de las partes contratantes o un tercero": y la cita de G. A. Borda, debemos señalar que, "el negocio especial", se expresa muy claramente por el boleto de compraventa afectado al régimen de Pre-horizontalidad, debidamente inscripto como tal en el Registro de Propiedad Inmueble y la cesión del mismo a favor de Victor A. N. y Sra., agregados ambos al protocolo de la escritura pública traslativa de dominio.-El boleto de compraventa, aún cuando fue motivo de grandes discusiones en el ámbito jurídico argentino, tanto para la

tesis "formalista", como para la tesis "no formalista", no deja de expresar "el negocio especial", pues para ambas tesis hay contrato, ya sea preliminar o precontrato para la "formalista", o verdadero contrato de compra y venta para la "no formalista", "en cuyo cumplimiento la escrituración no es más que la etapa definitiva. O sea que la escritura es un requisito para la transmisión del dominio, que es un efecto del contrato de compra y venta celebrado, pero no es requisito formal para la concertación de dicho contrato. Por ello, si no se ha otorgado la escritura, la compraventa vale como tal, y demás como obligación de escriturar. Ésta tesis tiene un serio fundamento –entre otros- en el texto del artículo 1323 del Código Civil". El autor (Lavalle Cobo) también expresa que ".....los boletos de compraventa no son meros ante contratos, sino verdaderos contratos perfectos, de acuerdo con el concepto del artículo 1137 del Código Civil, no habiendo razón legal alguna escindir el acto en dos". Lavalle Cobo, continua expresando que la posición rígida de la tesis "formalista" fue superada mediante la doctrina emergente del plenario "Cazes de Francino c/ Rodriguez Conde"- C. N. Civ. En pleno 3 / 10 / 51 L. L. 64-676 (Código Civil, Comentado, anotado y concordado, Director Belluscio, Coordinador Zannoni, Tomo 5, Autores Eduardo J. Cardenas, Aida Kemelmajer de Carlucci, Jorge E. Lavalle Cobo, Juan C. Smith, Arts. 1182 a 1204: Jorge E. Lavalle Cobo, págs. 837 a 840-Editorial ASTREA.). En igual sentido se pronunció Augusto M. Morello en "El boleto de compraventa inmobiliaria", Librería Editorial Platense, Tomo 1º, 1981, págs. 43 y siguientes. Los autores mencionados en sus textos, citan notas y jurisprudencia que avalan sus conceptos, pero en ninguno de los autores encontramos quienes le nieguen al boleto de compraventa el carácter de "nego-

cio especial”, ya sea para quienes sostienen la tesis “formalista” o la tesis “no formalista”.- Tampoco ha tenido en cuenta la Escribana referencista que el boleto de compraventa, inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, se originó respecto de un inmueble afectado al régimen de Pre-horizontalidad-Ley 19.724-, para comprender la magnitud del “negocio especial” y el interés legítimo de los contratantes.-Para sostener nuestro criterio nos pareció enriquecerlo, transcribiendo párrafos del parágrafo 8 págs. 405 / 407 , “Código Civil comentado anotado y concordado” por Augusto C. Belluscio como director y Eduardo A. Zannoni, Coordinador, edición 2004,-Editorial ASTREA .-El comentario de los artículos 1941 a 1985 , entre ellos el citado art. 1977 , pertenece al autor Escribano Norberto R. Benseñor : “ El fallecimiento del Poderdante ante la irrevocabilidad” : “El fallecimiento del poderdante no afecta la irrevocabilidad establecida conforme a las condiciones del artículo en comentario, precisamente en salvaguardia del interés legítimo al cual se refiere esa norma. Si bien es la disposición del art. 1982 la que concretamente establece la subsistencia del mandato aún después de la muerte del mandante , se advierte que en ambos textos, el amparo a los intereses pertinentes queda erigido como condicionante para la perdurabilidad. Conferido un poder en que la irrevocabilidad es absoluta o por naturaleza , persiste plenamente a pesar del fallecimiento del conferente, aunque no se invoque dicho artículo. Por su parte, puede tener eficacia post- mortem u otorgamiento no irrevocable pero que satisfaga los requisitos del art. 1982. Coincidentemente, la doctrina notarial se ha expedido en el sentido de considerar no revocado por muerte del mandante , el poder irrevocable otorgado en beneficio de un tercero al sólo efecto de dar cumplimiento a una

obligación de hacer, o cuando fuera conferido por un condómino a favor de su copartícipe para suscribir la escritura en cumplimiento del boleto de compraventa, caso en que se satisface el interés del mandante, el mandatario y el comprador y, en general, en todos los casos en que el mandato o poder irrevocable haya sido otorgado como medio de cumplir obligaciones contratadas por el otorgante, u obligaciones de hacer pendientes, o el interés exclusivo de un tercero “. (“Revista del Notariado : N° 642 página 778 ; N° 670 página 622 ; N°666 página 1101 ; N° 674 página 388 ; N° 708 página 1678”).- “También se sostuvo que aunque el artículo en comentario no lo hubiera dispuesto expresamente, el mandato irrevocable es de irrevocabilidad absoluta, ya que abarca el supuesto de muerte o incapacidad del mandante y su falencia, ya que el interés legítimo que ampara puede independizarse del que atañe al mandato. Es la excepción que establece el Código Civil, en cuanto a la necesaria continuación de la representación conferida, no obstante la muerte del representado, si el mandato ha sido conferido en exclusivo interés de un tercero y constituye el medio de cumplir una obligación contraída por el mandante y que ha sido el único objeto del mandato. El mandato especial conferido con el objeto de asegurar y garantizar el cumplimiento de una obligación que reconoce como causa otra estipulación o contrato, no sólo asume la condición de irrevocable, sino que subsiste aún después de la muerte del poderdante”.- (Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Capital Federal , 26 / 3 / 69 , “Revista del Notariado”, N° 704 página 491).-

ESCRIBANO ALBERTO ARAMOUNI .-

DICTAMEN DE RUBEN AUGUSTO LAMBER

Por el año 1980 varias personas propietarias de tierras donde se levantarían construcciones apropiadas para la edificación de viviendas con fines recreativos y de descanso en la localidad de Cañuelas, resuelven asegurar el cumplimiento de esos objetivos, mediante el otorgamiento de un **“poder especial irrevocable recíproco, entre sí, por el plazo de quince años, y para que tenga validez aún después de sus fallecimientos”**.

Luego, en el desarrollo del objeto, individualizado debidamente los inmuebles, establecen la esencia del negocio, cuál era la comercialización de las unidades resultantes a través de la venta **“a la persona o personas que resulten adquirentes de los lotes de terreno y/o unidades funcionales...”**

Entre las facultades esenciales de cumplimiento establecen las de los apoderados para que **“otorguen y firmen la escritura pública de afectación al Régimen de la ley de Prehorizontalidad ley 19724, los respectivos boletos de compraventa por el precio y condiciones que vieren convenir al contado o con garantía hipotecaria, otorguen y firmen los planos de obra de prehorizontalidad, de propiedad horizontal, los modifique o ratifiquen, y las respectivas escrituras públicas, firmen planillas de impuestos a las Ganancias, tramiten planos necesarios y de subdivisión, retire los planos pertinentes, suscriban las respectivas escrituras pública de Prehorizontalidad ley 19724 y de Reglamento de Copropiedad y Administración, que dispone la ley nacional trece mil quinientos doce, modifiquen dicho Reglamento si fuere preciso, firmen cualquier otro documento público o privado que se requiere a los fines expuestos, den la posesión de lo vendido, se obliguen por evicción y saneamiento con arreglo**

a derecho, den recibos y demás resguardos que sean precisos, perciban el precio de las ventas, abonen impuestos y gastos de escrituración, otorguen y firmen cancelaciones, para que si fuere menester rescindan los boletos...” y sigue el enunciado de facultades para las tramitaciones administrativas pertinentes.

Se trata de un negocio complejo, que debe ser ejecutado en su totalidad, porque el primer interesado en que ello ocurra es el tercero que resulta adquirente de alguno de los inmuebles.

Con independencia del interés de los titulares poderdantes-apoderados, está el de estos terceros, que confían en la buena fe de sus vendedores, y que estos afirman a través de un poder, al que no solo le dan la calidad de **“irrevocable”**, sin que además dejan previsto su cumplimiento **“post mortem”**.

Es por demás evidente, que el negocio causal de la irrevocabilidad, no está dado por la venta de un inmueble, o la afectación a prehorizontalidad o la propiedad horizontal o la cancelación incluso, de las hipotecas que se hubieran constituido, cuyo plazo depende de las condiciones de constitución y avatares de la vida económica, como es hoy la proroga de las ejecuciones hipotecarias, que impide el establecimiento preciso de plazos contractuales.

El negocio causal es la ejecución total del negocio complejo, desde la iniciación del proceso constructivo, pasando por la comercialización y la extinción de todas las obligaciones originadas en los diversos contratos.

En tales circunstancias, podemos hacer un parangón con la regulación del art. 1980, cuando establece los efectos post mortem, fuera de toda previsión, para aquellos negocios en que el objeto del mandato **“debe ser**

cumplido o continuado después de la muerte. Y agrega el párrafo final del artículo citado: **“El negocio debe ser continuado cuando comenzado hubiere peligro en demorarlo”.** ¿Cuál es el peligro en este caso?

Nada mas y nada menos que la frustración de las expectativas de los diferentes adquirentes, sea por falta de escrituración, o por la imposibilidad de incorporar construcciones y modificar planos de obra y de propiedad horizontal o hasta liberar su inmueble, ya escriturado, de la carga hipotecaria que pesa sobre ella.

Los intereses de los poderdantes quedan subordinados por la propia responsabilidad contractual asumida desde el inicio, al interés de los terceros, que es supremo en este supuesto, para justificar la irrevocabilidad, pero más aún para justificar los efectos de cumplimiento después de la muerte.

Si bien el art. 1982 admite el pacto de cumplimiento después de la muerte por convenio, tal como resulta del poder relacionado, no parece ser esta la principal causa de su subsistencia, por el profundo efecto social y contractual del art. 1980.

Es por ello, que los poderes post mortem no están sujetos a plazo, como lo establece el art. 1977 para los irrevocables, sin desconocer la diferencia sustancial que hay entre la irrevocabilidad pactada, admitida hoy en forma velada, a partir de la reforma de la ley 17711, de la irrevocabilidad real, que tiene por causa un negocio consumado o que por su contenido se sobrepone a la propia negociación, y afirma su ejecución como modo de dar seguridad jurídica a los negocios e impedir el abuso de derecho, como resultaría de la mera negativa de otorgar uno de los actos comprendidos por la sola razón del vencimiento del plazo, sin que haya sucedido ninguna causal de revocación del poder que admita esta actitud.

Si el poder irrevocable se puede revocar por causa justificada, es por demás evidente que la misma debe existir para evitar el abuso de derecho, tan bien plasmado a partir de la reforma de 1968 en el art. 1071 del C.C.

¿Podría acaso desistirse del emprendimiento iniciado, en perjuicio de los terceros interesados que quedaron ligados al negocio común por el compromiso contractual legítimo asumido?

Resultaría de absoluta mala fe y lo único que puede pretender el adquirente, es que se le dé lo que a través del negocio complejo se le asegurara.

Es por ello que hemos dicho reiteradamente, que el poder irrevocable de plazo vencido, subsiste como poder, en tanto no fuera revocado voluntariamente, y que la muerte, no impide su ejecución, por cuanto además de la irrevocabilidad, ya vencida, perdura el pacto de ejecución después de la muerte (art. 1982) sin perjuicio del perfecto encuadre del acto en el art. 1980, que para este supuesto hemos demostrado que no necesitaría del pacto.

Así las cosas, nos encontramos con una observación al título hecha por un referencista que lo estudia, y expresa que “El poder fue utilizado el 7-3-97 y otorgado el 19-6-80 en consecuencia había vencido el plazo de quince años (art. 1960 CC) (el texto del poder agrega “... y para que tenga validez aún después de sus fallecimientos...” lo que supone que las facultades post mortem están otorgadas con referencia a ese plazo; las partes manifiestan que “el mismo se halla vigente por no haberse cumplido con la finalidad para el cual fue otorgado”, no obstante, de la referencia de la matriz del poder **no surge el negocio causal que expresase interés legítimo de los contratantes o un tercero (conf. Art. 1977-1982 y ccd. CC)”**

No entra a analizar el señor referencista, si el plazo es del poder o de la cláusula de irrevocabilidad, tal como lo diferenciamos reiteradamente, y apuntamos a redactarlo siempre como plazo de la irrevocabilidad y no del poder, que no tiene porque vencer por el solo vencimiento de aquella. El poder puede dejar de ser irrevocable y no por ello deja de ser un poder, en tanto no sea revocado.

De la lectura del documento la interpretación puede llegar a ser confusa, en tanto se señala que se confiere PODER ESPECIAL IRREVOCABLE RECIPROCO, entre sí, por el PLAZO DE QUINCE AÑOS...”

Supone el referencista que ello significa plazo del poder.

Con todo derecho puedo interpretar de la lectura que el plazo es de la irrevocabilidad en tanto dice **“irrevocable... por el plazo de quince años”**

A que término de la oración adjudicamos el plazo: ¿al poder o a la irrevocabilidad?

Siendo uno de los principios interpretativos básicos ante la duda que las cláusulas deban entenderse con buena fe y por la validez del negocio, no existiendo una nulidad notoria, es que nos apoyamos en la interpretación que la propicia, y que por otra parte nos resulta convincente.

De ello deducimos lo ya dicho, al menos en general, que el poder irrevocable de plazo vencido, conserva su vigencia como poder en tanto no sea revocado, que esta fue la única condición que se agregó a un poder para diferenciarlo de los poderes en general, naturalmente revocables, y excepcionalmente, por esa cláusula irrevocable.

Caída esta excepción, el poder recupera su natural revocabilidad, y el mismo podrá haber sido revocado, pero, de lo que resulta de la declaración del apoderado, no lo fue, ni existen evidencia en tal sentido.

La otra suposición del referencista, que

afirma la duda en su informe, es que del poder no surge el negocio causal que exprese el interés legítimo de los contratantes o un tercero.

Solo una visión muy limitada y cerrada al documento, puede ignorar todo lo que al comienzo dijimos sobre el negocio complejo que da razón a la irrevocabilidad y su cumplimiento post mortem. Pero bastaría una sola pregunta para clarificar todo: Quién dá poder para afectar al régimen de prehorizontalidad, hacer planos, afectar a propiedad horizontal, modificar planos y reglamento, suscribir boletos, etc., ¿puede estar pensando en un negocio específico, como sería uno de los boletos a escriturar o está pensando en el negocio conjunto, que es el único amparo de la seguridad jurídica que tiene el adquirente, concedor de las condiciones del negocio y de las facultades que se confrieron los titulares por encima de los avatares existenciales y económicos?

Queda entonces por demás evidente, que ni el plazo vencido de la irrevocabilidad afecta la vigencia del poder y que su cumplimiento post mortem es una impronta de la naturaleza del negocio, donde los terceros adquirentes son los principales interesados, siendo inaplicable incluso el art. 1981, por la fuerte gravitación que tiene en este supuesto, el interés de los terceros..

Por ello decimos en “La Escritura Pública”, tomo III, capítulo II, ítem 10-5 (en prensa en la FEN): El tema fue tratado profundamente por don Francisco MARTINEZ SEGOVIA, en su trabajo "Mandatos irrevocables, póstumos y post mortem" publicado en 1956 por la Revista del Colegio de Escribanos de Entre Ríos y en la Revista de la Facultad de Derecho de Santa Fe.(El trabajo puede consultarse también en la Rev. del Notariado 859,pág.47 y ss)

En ella, luego de diferenciar los mandatos

irrevocables del 1977, en su versión anterior a la ley 17711, pero de naturaleza todavía vigente, de los mandatos póstumos y post mortem, hace un análisis agudo del art. 1980, distinguiendo: a) caso del mandato que debe ser cumplido después de la muerte del mandante; y b) caso del mandato que debe ser continuado después de la muerte del mandante.

En el primer supuesto se puede pensar en un negocio o acto que necesariamente se debe ejecutar después de la muerte, como sería -según la cita de MARTINEZ SEGOVIA a POTHIER- construir un monumento funerario en memoria del mandante y comprar un fundo para sus herederos, que como actos póstumos, no pueden ejecutarse en vida del mandante.

Tales poderes pueden ser revocados, pues no existe bilateralidad como en los casos de irrevocabilidad, pero si no se hace así subsiste el mandato y el mandatario puede ejecutarlo después de la muerte del mandante. (Separata del trabajo citado, pág. 147).

El otro caso, es el del mandato **que iniciado en vida del mandante, debe ser continuado después de su muerte por los daños que pudiera causar su interrupción**. El art. 1980 lo aclara bien en el párrafo final: "El negocio debe ser continuado, cuando comenzado hubiere peligro en demorarlo".

Es el caso de una obra en construcción, de negociaciones sobre elementos percederos, de actos que están regidos por normas de cumplimiento en plazos perentorios, o la defensa del causante en un juicio, hasta tanto los herederos designen nuevo apoderado, por citar algunos ejemplos.

Aquí la continuidad no depende del pacto, como en el caso del art. 1982 en que las partes acuerdan en que subsista aún después de la muerte del mandante, cuando ha sido dado en interés común de éste y del mandatario o en el interés de un tercero.

Es el tipo o calidad de negocio el que determina la continuidad y por tanto, su subsistencia depende de la identificación de la situación de peligro.

En el convenio del 1982, pueden darse situaciones en que el interés está puesto sobre un negocio en ejecución o un negocio cumplido, y sobre ellos pesa la posibilidad de determinar el pacto de irrevocabilidad o no, pero no los efectos post mortem.

Son entonces dos naturalezas distintas, aquella que justifica la irrevocabilidad del 1977, (negocios especiales, limitado en el tiempo y en interés legítimo de los contratantes o un tercero), que como tales deben ejecutarse después de la muerte, salvo revocación por justa causa, (último párrafo del 1977), y la vigencia del poder después de la muerte, que a veces puede coincidir con la irrevocabilidad y a veces no.

Un poder en trance de ejecución negocial, donde los intereses están en pugna, y siguen latentes las diferencias a través de la ejecución entre el mandante y el mandatario o el tercero, no podrá ser ineludiblemente irrevocable, y la justa causa aparecerá fácilmente para revocarlo.

Pero la continuidad después de la muerte, es un efecto diverso, y si no fue revocado el poder (irrevocable o no), podrá continuar.

Aquí se presenta entonces la situación del artículo 1981: "Aunque el negocio **deba continuar** después de la muerte del mandante y aunque se hubiese **convenido expresamente** que el mandato continuase después de la muerte del mandante o mandatario, **el contrato queda resuelto** si los herederos fuesen **menores o hubiese otra incapacidad**, y se hallasen bajo la representación de sus tutores o curadores."

Se trata en consecuencia de un artículo aplicable a negocios en ejecución, donde los intereses económicos fluctuantes pudieran

afectar a los herederos. Pero no aquellos casos en que hay verdadera irrevocabilidad frente a un negocio cumplido en lo económico, y que sólo resta su instrumentación jurídica o algún requisito formal o secundario ajeno a los intereses ya consumados en los hechos.

Por ello, MARTINEZ SEGOVIA recordando a MACHADO, señala que el art. 1981 no alcanza a los mandatos irrevocables : "Como excepción debe limitarse a lo estrictamente necesario; es decir, a aquellos mandatos donde se convino expresamente su continuación después de la muerte, o a aquellos negocios que por su naturaleza la exigieran después del fallecimiento." (Ob. cit., pág. 159).

Queda claro entonces, que por efecto del art. 1981, este negocio que dejó de ser irrevocable por vencimiento del plazo, pero que sigue vigente como poder, puede y debe ser cumplido aún después de la muerte, salvo revocación que pudiera resultar de titulares muertos en cuyas sucesiones aparecieran herederos menores o incapaces, en cuyo caso, el estado de pendencia de obligaciones, podría justificar la revocación.

Nada de ello ha ocurrido en el supuesto planteado, y a criterio del que suscribe el acto otorgado en base al poder relacionado no merece observaciones.

DICTAMEN DE NATALIO PEDRO ETCHEGARAY

Se trata de determinar la posibilidad de utilizar la representación irrevocable recíproca otorgada por Hector Luis C. y otros mediante escritura del 19/ 06 / 1980. Este dictamen se origina de habersele imputado a dicha representación falta de causa y encontrarse vencido el plazo establecido para su utilización. Me ocuparé de cada una de las impugnaciones por separado.

1) FALTA DE INDICACIÓN DEL NEGOCIO ESPECIAL EN EL QUE SE BASA LA IRREVOCABILIDAD.

Tanto el artículo 1977 como el artículo 1982 del Código Civil establecen como elemento esencial para que exista una representación irrevocable, la necesidad de atender al interés legítimo que las partes – representado y representante -, o un tercero, tengan en que se alcance el cumplimiento total de un negocio específico. Aclaro que no advierto idéntica esencialidad para el requisito que impone la limitación temporal de la representación , pero de este tema me ocuparé al tratar la segunda cuestión. El interés de las partes –

representante o representado – o de una tercera persona pudo haberse omitido en el instrumento de la representación irrevocable, pero debe necesariamente aparecer cuando la irrevocabilidad de esa representación fuera cuestionada por alguien. Pero este no es el caso en consulta, ya que el instrumento de la representación escritura N° 375 del 19 de junio de 1980 – surge claramente el interés común de los otorgantes de determinar con el condominio existente entre ellos, mediante la afectación del bien al régimen de la ley 13.512 de propiedad horizontal y su venta a terceras personas. Ese es el negocio especial. Evidenciando además desde el momento en que seis (6) personas, sin ninguna otra relación familiar o sucesoria que la justificare, adquieren en condominio una fracción de campo apta para ser subdividida en parcelas para viviendas y no para explotación agropecuaria, aún intensiva. En otras palabras, cuál es en este caso el negocio especial que los otorgantes de la representación irrevocable tienen interés en concluir, aún frente a la

voluntad contraria o la muerte o incapacidad de cualquiera de ellos?. No tengo dudas : la subdivisión en parcelas o subparcelas y su posterior venta, culminando así el ciclo negociado. Para asegurar ese resultado se otorga una representación irrevocable, para que funcione ante cualquier causa, objetiva o subjetiva de revocación de la representación. La regla de la autonomía de la voluntad – artículo II97 del Código Civil – autoriza a las partes a aplicar la figura de la representación irrevocable a cualquier tipo de convención bilateral, no a cualquier tipo de decisión unilateral. Existiendo un acuerdo de voluntades destinado a reglar derechos de las partes, ese acuerdo puede ser mantenido mediante la representación irrevocable que las mismas partes contratantes decidan necesaria para lograr la culminación del negocio.

2) VENCIMIENTO DEL PLAZO DADO EN LA REPRESENTACIÓN

Considero que no es esencial que, para que se tipifique una representación irrevocable, el instrumento del poder deba contener una limitación respecto del tiempo de vigencia de esa representación. Muchas de las reformas introducidas en el Código Civil por la ley I7.711 de 1968, fueron dictadas porque los reformadores adoptaron como técnica de su trabajo incorporar al Código Civil , las lagunas legislativas que la jurisprudencia había ido señalando. En el caso del poder irrevocable los jueces fueron señalando a lo largo de la utilización del Código Civil, en distintos fallos, que no podía interpretarse que dicha figura “**tuviera vigencia aterna**”, cuando de las demás características del negocio ello resultaba abusivo y en consecuencia generaba la posibilidad de aplicar otro de los principios generales del derecho : “**con justa causa puede revocarse la representación irrevocable**”. La incorporación de ambas

figuras al texto del artículo I977 del Código Civil – la limitación en el tiempo y la justa causa de revocación – trajo una discusión, todavía no liquidada : **es o no es obligatorio que en el instrumento del poder conste una limitación a la vigencia temporal de la representación irrevocable**. Algunos notarios así lo entienden y practican un ejercicio de adivinación para incorporar a los poderes una fecha determinada ; contra esa costumbre hemos reaccionado sugiriendo que se declare en la escritura de poder que puede ser utilizado hasta que se completen las prestaciones objeto del negocio cuyo cumplimiento se quiere asegurar. Pueden darse entonces tres situaciones en el instrumento de la representación irrevocable :

I) **Que contenga un plazo expreso y determinado y se encuentre vencido.**

En ese caso, y de acuerdo a lo dicho en los dos párrafos anteriores, lo lógico es analizar el negocio y deducir de las características del mismo una de estas dos soluciones :

A) El límite temporal resulta indiferente a las partes contratantes y su inclusión en el instrumento de la representación irrevocable obedece solamente a la pretendida obligatoriedad legal de dicha inclusión. Por lo tanto estimo que igualmente puede utilizarse, indicándose que las partes estiman implícitamente prorrogado el plazo fijado por necesidad de cumplir con el negocio base que motiva la representación. La base legal y científica de esta interpretación se basa en el artículo 1960 del Código Civil que expresa : “Cesa el mandato por el cumplimiento del negocio, y por la expiración del tiempo determinado o indeterminado por que fue dado”. En el “Curso de Derecho Civil Francés” de Aubry y Rau se expresa claramente : “El mandato se acaba por la expiración del plazo por el que fue dado, o por el cumplimiento del negocio que forma su objeto”. Es decir que

para nuestro codificador y para la doctrina, estas causas de determinación de la representación tienen similar importancia y cuando debe optarse por alguna de ellas por contradecirse ambas soluciones, es necesario indagar la verdadera voluntad del poderdante. Ella debe ser tenida muy en cuenta en la representación irrevocable, donde el poderdante no es el señor de un acto unilateral y recepticio, sino que está cumpliendo el compromiso negocial que le impone asegurar el mantenimiento de su decisión contractual, aún ante su voluntad contraria o su muerte o incapacidad.

B) B) El límite temporal ha sido decidido por las partes contratantes en la atención a las características especiales del negocio común cuyo cumplimiento se quiere asegurar. Las partes han resuelto, en interés común, que por un lapso determinado la voluntad común, no pueda retractarse. Este negocio por decisión de las partes y en interés común de las mismas se requiere asegurar por un tiempo preciso, vencido el cual las partes quedan desligadas de su compromiso. Esta solución es típica en las representaciones irrevocables otorgadas para mantener inalterable, en negocios con múltiples partes interesadas, la voluntad contractual durante un tiempo determinado.

2º) Que contenga un plazo implícito.

Tal sería la mención de la vigencia de la representación hasta tanto se complete la totalidad de las prestaciones pendientes en un negocio que las partes han acordado cumplir ante cualquier contingencia. En este caso no pueden existir inconvenientes de interpretación, ya que la doctrina está conteste que aunque existiera la obligación legal de establecer un plazo en las representaciones irrevocables, el mismo se cumple con la mención de un plazo implícito. Reitero que no creo

que es esencial que para que se tipifique una representación irrevocable tenga necesariamente que indicarse un plazo expreso o implícito. Pero de ello me ocuparé en el punto siguiente.

3º) Que no tenga ninguna referencia a un plazo de vigencia, expreso o implícito.

Creo que no hay ningún inconveniente en el mantenimiento "sine die" de este tipo de representaciones, a mérito de lo ya expuesto sobre que la mención de un plazo no es esencial para tipificar la representación irrevocable. Tanto las expresiones "limitado en el tiempo" como "con justa causa podrá revocarse" son reiteraciones de principios fundamentales de la contratación civil y comercial y están lindando más con principios constitucionales inherentes a todas las personas, que con requisitos documentales de una escritura en la que se otorga una representación irrevocable. En otras palabras, el poderdante siempre tiene abierta la posibilidad de recurrir a la justicia para solicitar se declare la posibilidad de revocar una representación irrevocable demostrando su justa causa para ello y justamente una justa causa de revocación puede residir en que la excesiva prolongación en el tiempo de la representación, causa gravamen irreparable a los intereses del recurrente. Pero esa excesiva prolongación en el tiempo tiene que ver con las características del negocio asegurado con la representación y en consecuencia será necesario estudiar a fondo dicho negocio, para establecer si el plazo indefinido llega a alterar la equidad del convenio. Ejemplo: una representación irrevocable dada entre condóminos para asegurar la venta en bloque del bien común y así terminar la indivisión, debe necesariamente tener un plazo y si no aparece expresamente en el documento de la representación, la justicia puede determinarlo ya que no parece equitativo que los condóminos suspenda

“sine die” el ejercicio de su derecho de propiedad. En cambio la representación irrevocable para subdividir y poner en venta las parcelas o unidades resultantes de la subdivisión se prolonga por todo el tiempo necesario para cumplir en su totalidad con la enajenación a los terceros adquirentes. Aclaro que aún en este último caso queda a salvo el derecho de los poderdantes de iniciar acciones judiciales, si entendieran que no se está cumpliendo con los fines que se tuvieron en cuenta al otorgarse la representación irrevocable,

pero no parece ser el caso en consulta, ya que ello debería haberse evidenciado mediante las respectivas anotaciones registrales.

Considero el caso en consulta comprendido en el ejemplo número I° A) y por lo tanto entiendo que el vencimiento del término expresamente consignado en el documento de la representación irrevocable no la extingue , si surge claramente la necesidad de cumplir con el negocio base que la motiva.

NATALIO PEDRO ETCHEGARAY.-

III-4. DICTAMEN CONSULTA SOBRE LA NATURALEZA DEL BIEN PROPIO

Not. Rubén Augusto LAMBER

Lomas de Zamora, 24 de octubre de 2006.

Sr. Escribano

Héctor Eduardo De Paoli

De mi consideración

Conforme con la consulta formulada por usted en el día de la fecha, en la reunión del CEN (Centro de Estudios Notariales de Lomas de Zamora) celebrada en la fecha en la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, vengo a producir el correspondiente dictamen.

Se trata de una escritura, (atento a los dichos del consultante), que fuera observada por no estar debidamente precisado el carácter de un bien, adquirido con el producto de un bien propio, sin precisar expresamente que era propio y cómo lo era, conforme a lo dispuesto por el art. 1246 del CC.

No se sabe a ciencia cierta si la observación proviene de la falta de firma del marido, a mi juicio absolutamente innecesaria frente a terceros, o por la falta de expresa declaración del carácter del bien.

En el primer supuesto, como ya lo hemos

sostenido en otros dictámenes, la firma del cónyuge no cumple más que una función entre partes, para el momento de liquidación de la sociedad conyugal, porque de pretender darle alcance convalidante al acto, permitiría atacar el régimen de orden público del matrimonio.

Basta con pensar en que ambos cónyuges podrían ponerse de acuerdo, y cuando uno compra con dinero ganancial, declarar que lo es con dinero propio de la adquirente, y el marido consiente, modificando la naturaleza del bien que era ganancial en propio, por la sola declaración.

Tamaño manifestación, esta expresamente prohibida por el art. 1218 del CC, y por tanto, esa declaración no puede tener trascendencia en la calificación del bien.

La normativa vigente parte de principios muy claros, tal como los que establecen que se presumen gananciales los bienes adquiridos por cada uno de los cónyuges o por ambos durante el matrimonio, por cualquier título que no sea herencia, legado o donación. (art. 1272, que a su vez hace la enumeración de supuestos especiales)

A contrario, la misma regla define los bienes propios.

Durante el tiempo del llamado por GUGLIANONE “régimen despótico de administración por el marido” la mujer podía -a través de la intervención directa de su esposo- adquirir bienes, y los mismos eran de su propiedad (es decir propios de ella, cuando así fuera adquirido por el marido con el consentimiento de la mujer.

No era que un cónyuge consentía al otro para reconocer el carácter propio del bien, sino que la mujer, despojada de la potestad de actuar por sí, por la incapacidad que pesaba sobre ella para contratar, atento a lo dispuesto por el art. 55 del CC, inc. 2º (ya derogado) dejaba expresada la prueba de la naturaleza del bien.

El caso era que la mujer no podía hacer la adquisición, sino que por ella la hacía su esposo, en razón de la mentada incapacidad, pero la naturaleza del bien resultaba de un hecho objetivo y no de la declaración:” **designándose en la escritura cómo el dinero pertenece a la mujer”**

Igualados los derechos civiles de la mujer y el varón, primero con la ley 11357 y después con la administración separada de los artículos 1276 y 1277 del CC reformado por la ley 17711, la constancia del artículo 1246 vale tanto para las adquisiciones de uno como de otro.

Por tanto, fuera de las presunciones legales (ganancial cuando se adquiere durante la sociedad conyugal) y propio cuando se adquiere por herencia, legado o donación, la calificación de un bien por sustitución de otro, resulta de un hecho material cuál es la naturaleza del que le da origen.

Por el 1246, si el bien adquirido lo es con el dinero proveniente de la venta de un bien propio, el nuevo bien es propio, firme o no el otro cónyuge.

La firma sirve únicamente como un principio de reconocimiento para el momento de la liquidación de la sociedad conyugal, pero ni tiene efecto definitivo entre partes, porque se dirimirá en la prueba que se aporte, ni señala efecto alguno para los terceros.

El bien es propio por el hecho material del reemplazo por otro que era propio.

Como colofón de lo dicho, el 1247 se refiere a la permuta, con igual alcance.

Tras ésta introducción, vamos a referirnos ahora al tema de la consulta:

1) Por escritura de fecha 13 de enero de 1999 los cónyuges OHC y LER adquieren un inmueble por compra y en la misma escritura declaran que DONAN a su hija SIC la nuda Propiedad, quedando a los padres el usufructo por reserva.

2) Por escritura del 29 de julio de 1999, se cancela el usufructo referido y en el mismo acto SIC vende el inmueble a un tercero.

3) Por escritura del 16 de agosto de 1999 la señora SIC adquiere el inmueble que hoy tiene su título observado, por las razones que antes tuvimos que suponer, porque no tenemos dictámen alguno y que respondemos al sólo efecto de conformar la inquietud del consultante.

En dicho acto se expresa: “FINALMENTE LA COMPRADORA dice que el precio de esta operación fue pagado con dinero proveniente de la venta de la Unidad funcional cuatro...”

Del cotejo de éste antecedente, obrante en una escritura pública y por tanto indubitable hasta tanto se demuestre lo contrario por acción de falsedad, atento a lo dispuesto por el art. 993 del CC, se trata del mismo bien que vendiera la ahora adquirente, y que tenía carácter de propio.

Como lo que se está demostrando es un hecho, que las escrituras demuestran acabadamente, no hay necesidad de otra prueba o manifestación, salvo el mero cotejo de ambos documentos, para tener la certeza de que el bien es propio.

Hasta en los valores, que para nada se deben tomar en cuenta, hay coincidencia, por cuanto vende el bien propio en \$32000 y compra en \$28500. Es decir que le queda sobrando dinero propio. Pero aunque tuviera diferencia en contra, la misma funcionaría como un préstamo de dinero ganancial para completar la operación de bien propio, a resolverse luego por el derecho de recompensas. Pero ni ésta alternativa se da y el dinero es absolutamente propio, hasta en exceso.

A su vez la declaración existe, porque si no hubiera hecho esta referencia, el bien se presumiría ganancial, por ser adquirido durante la vigencia de la sociedad conyugal.

Pero como hace la declaración, consiguiendo con qué dinero compra, y lo demues-

tra, el bien es propio sin ninguna duda.

No alcanzamos a comprender que fundamento se puede alegar en contrario y lo único que se nos ocurre es pensar en la irrazonabilidad de los mismos.

4) Cómo si esto no bastara, el consultante autoriza con fecha 13 de diciembre de 2002, una aclaratoria, en la que relaciona tales antecedentes, y concluye en que el bien es propio, según así lo declara su titular, por haberlo adquirido con dinero proveniente de la venta de un bien del mismo origen.

La aclaratoria en verdad, es una redundancia, pero si faltaba decir algo, ya está dicho e inscripto.

¿Qué otra cosa se le puede pedir?

Por tanto, el título observado, es indudablemente propio e inobservable.

Atte.

Rubén Augusto Lamber

Director del CEN- Lomas de Zamora

III-5) ALGUNAS VIEJAS E INÉDITAS CONSULTAS DE ACTUALIDAD

Traemos en este apartado, viejas consultas de la Delegación Lomas de Zamora, inéditas, pero que conservan total actualidad por el tema tratado y que merecen ser tenidas en cuenta por el aporte doctrinario o por la reiteración de situaciones, como sucede con irregularidades en informes de certificados municipales.

Entre otras, se ha hecho frecuente encontrar divisiones de partidas municipales en el Partido de Lanús, sin que la misma tenga sustento alguno en plano de subdivisión que las legitime.

Se trata de un hecho irregular, por cuanto la existencia de mas de una familia en una casa, no es motivo para dividir el cobro de impuestos de alumbrado, limpieza y barrido, que nada tienen que ver con la cantidad de habitantes.

Pero mas grave aun resulta ser el hecho de informes solicitados por una partida, sin aclarar que se han abierto otras cuentas, y en la convicción del escribano de haber solicitado el certificado correctamente, por el inmueble único, tal como está titularizado en la Dirección de Catastro de la Provincia de Buenos Aires, y en el Registro de la Propiedad, luego aparece la sorpresa de otras cuentas con deuda, desconocidas y no informadas.

Al natural malestar que produce al adquirente, seguro de su adquisición con una escritura legítimamente ejecutada, se le debe agregar el daño económico que ello representa, incluso para la misma comuna, que será responsable de los daños y perjuicios ocasionados.

Por ello, y sin perjuicio de adentrarnos en la actual situación irregular en los informes de certificados, y de encarar las gestiones pertinentes para solucionarlo, volcamos el material prometido.

5-1) PROPIEDAD HORIZONTAL.

Lomas de Zamora, setiembre 27 de 1988.- DICTAMEN . La consulta de la doctora Haydée Sabina Podrez tiene por objeto determinar cuál es la naturaleza de una propuesta que será sometida a la voluntad de la Asamblea General Extraordinaria de un Consorcio de Copropietarios por el régimen de la ley 13512 de propiedad horizontal y por añadidura, cuáles serán sus efectos en caso de aprobación y cuáles las mayorías necesarias para ello . Como primera cuestión ponemos reparos en la figura utilizada. De acuerdo con los términos de la consulta, la propuesta consiste en una “PERMUTA DE COMODATO”, por el periodo de 15 años, renovables al vencimiento, en virtud de la cual la portería instalada en el primer piso (UF 6, pol. 01-04) se trasladaría al cuarto piso (departamento del consorcista que formula la propuesta), para que éste pueda ocupar la unidad 6 (portería) y extender sus oficinas profesionales, que ocupan la totalidad del primer piso. Debemos analizar entonces, si es correcto hablar de “permuta de comodato”, porque las disposiciones aplicables tendrán relación con la naturaleza que corresponda al acto. Según la definición del art. 1485 del CC “el contrato de trueque o permutación tendrá lugar, cuando uno de los contratantes se obligue a transferir a otro la propiedad de una cosa, con tal que éste le dé la propiedad de otra cosa”. Por su parte el comodato es identificado por el art. 2255 del CC, en los siguientes términos: “habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de

las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla”. La precisa indicación del art. 1485 nos señala un requisito fundamental: la transferencia en propiedad, que nos distancia del caso bajo examen, por cuanto se trata del uso. Esa transferencia en propiedad, nos coloca además frente al acto oneroso, emparentándose la permuta a la compraventa, en cuanto al precio de ésta última es sustituido por la entrega en propiedad de otra cosa, afirmación que corrobora el art. 1492 del CC cuando a falta de disposición expresa sobre permuta, remite a las disposiciones referidas a la compraventa. Si la permuta, además de la transferencia en propiedad, implica onerosidad, mal podrá hablarse de “permuta de comodato” que en esencia es gratuito. La coincidencia encontrada con el comodato está en la entrega en uso, pero a cambio de nada, por cuanto es gratuito. En realidad la propuesta se aproxima más a la locación, por cuanto para el art. 1493 del CC : “Habrà locación, cuando dos partes se obliguen recíprocamente, la una a conceder el uso o goce de una cosa, o a ajecutar una obra o prestar un srvicio, y la otra a pagar por éste uso, goce, obra o servicio un precio determinado en dinero.”. La diferencia con la locación radica solamente en que no hay un precio en dinero, pero la onerosidad es manifiesta cuando se pretende dar el uso de una cosa a cambio del uso de la otra. Hay perfecta bilateralidad. La prestación de una parte está condicionada por la contraprestación de la otra. Se trata pues de un contrato innominado, al que corresponde aplicar la legislación afín de la locación, por la similitud de tratamiento. En tal sentido debemos tener en cuenta el art. 1505 del CC, según el cuál la locación no puede hacerse por mayor tiempo que el de diez años, con lo que cae el tiempo propuesto de 15 años. No queremos ahondar

en el tema de la locación porque no es motivo central de la consulta, pero queda hecha la aclaración para salvar así cualquier supuesta inadvertencia. Entrando ya en la segunda parte de la consulta advertimos que la propuesta incluye además la realización de diversas obras en el referido departamento del primer piso (portería), tendientes a comunicarlo directamente con las restantes dependencias de las oficinas profesionales del proponente, implicando tales obras incluso la privatización de un espacio del pasillo común del primer piso para ampliar así tales dependencias. Antes de desarrollar éste aspecto de la consulta debemos tener presente cuál es el régimen de propiedad horizontal introducido en el Código Civil por la ley 13512. Ante el problema del “condominio” que resultaba de toda propiedad entre varias personas, aunque utilizado físicamente con independencia funcional, la ley 13512 respondió con un régimen de propiedad exclusiva sobre “los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común.....”(art. 1º), combinado con un condominio sobre “el terreno y todas las cosas de uso común del edificio o indispensables para mantener su seguridad”....(art. 2). El derecho de propiedad que resulta sobre los departamentos es similar al de otras propiedades (art. 4 ley 13512), con la limitación de su extensión cúbica. Por imperio de su propia naturaleza no puede extenderse como dice el art. 2518 del CC “a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares...” porque está obstruido por otro derecho similar de la unidad de arriba o de abajo; y cuando no la tiene, la ley 13512 se ocupa de fijar la expresa limitación : “El propietario del último piso no puede elevar

nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos ; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos etc. Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios “. Adviértase que no se trata de un problema de “mayorías” sino de prohibiciones concretas. El requisito de la autorización de todos los propietarios, está marcando la verdadera naturaleza del nuevo régimen creado por la ley 13512 : un dominio exclusivo solo con respecto a las unidades o departamentos y un condominio sobre las demás cosas de uso común, que describe con toda precisión la ley 13512 en los inc. a)b)c)d) y e) del art. 2, y reafirma el art. 7º. Pero no un condominio simple, sino un condominio de INDIVISION FORZOSA, porque no sería posible aplicar el régimen de propiedad horizontal en forma conjunta con la partición de ése condominio. Si la forma natural de concluir el condominio simple es pidiendo la división de la cosa común (art. 2692 del CC), éste de INDIVISION FORZOSA, no puede partirse, a tal punto que la propia ley se ha ocupado de excluir de la limitación en el tiempo que tiene todo condominio de indivisión forzosa derogando con el art. 18 (ley 13512) el art. 2693 del CC. La indivisión subsiste así, sin límite de tiempo, y a nadie se le ocurriría pedir la partición del terreno afectado a propiedad horizontal, o de alguna cosa común. En todos caso, el problema radica en modificar el destino que habrá fijado el Reglamento de Copropiedad. No vamos a abundar en argumentaciones de ésta naturaleza porque la doctrina y jurisprudencia es pacífica y no afrece dudas. Solo lo traemos para recordar cuál es régimen de propiedad horizontal ; la importancia del estatuto regla-

mentario para regir las relaciones entre los copropietarios (art. 9 ley 13512) y la distinción entre la administración aplicada al funcionamiento activo del Consorcio y el cambio que interrumpe o afecta su naturaleza. Porque al constituir el consorcio, se establecen prioritariamente los espacios afectados a unidades de propiedad exclusiva y los que tendrán aplicación al uso y goce común, y fundamentalmente, el destino de unos y otros. Podemos distinguir bien cuando la ley “prohíbe” de cuando establece pautas para la formación de la voluntad mayoritaria. Entre las prohibiciones recordamos las del art. 5 (innovaciones o modificaciones que puedan afectar la seguridad del edificio o los servicios comunes; cambiar la forma externa del frente, etc.) ¿Podía acaso pretenderse que cierta mayoría pueda obligar a una minoría a lo que ya está prohibido?. Pero nos interesa considerar fundamentalmente la del art. 6º: “queda prohibido a cada propietario y ocupante de los departamentos o pisos: a) destinarlos a usos contrarios a la moral o buenas costumbres o a fines distintos a los previstos en el reglamento de copropiedad y administración.....” Está estableciendo una regla general que no puede ser modificada más que por la voluntad unánime de los propietarios, ya que no se trata del uso y goce de las cosas comunes conforme a su destino, régimen para el cual está previsto el sistema de administración, sino de la naturaleza de las cosas sometidas a la propiedad horizontal. Las especiales características de éste derecho, limitado a un espacio cúbico, combinado con un régimen de indivisión forzosa sobre el terreno y cosas comunes, implica saber de antemano dónde comienza y dónde termina el derecho de cada uno. Quien compra un local en una galería para venta de prendas de vestir, perfumería y actividades afines, no puede ser sorprendido con la instalación de

una pescadería en el local lindero si el primer destino estaba precisado en el Reglamento, porque sería un verdadero atropello a su derecho de propiedad. El precio que pago lo fue conforme con las características del lugar donde adquiere y la contingencia planteada presenta una verdadera lesión patrimonial. Igualmente quien compra en un piso destinado a vivienda en forma exclusiva no puede ser sorprendido con la instalación de una veterinaria o una agencia de cambios. El destino hace a la esencia del derecho de la propiedad horizontal y todo cambio requiere unanimidad. Los únicos casos en que la decisión sobre el destino no requieren unanimidad, son aquellos en que la propiedad horizontal está al borde de su desnaturalización, y ello tiene una normativa precisa y concreta, tales como la destrucción total o parcial (art. 12) y vetustez (art. 16). El cambio de destino de una unidad afectada a vivienda de propiedad exclusiva, por el de uso como portería, lesiona el derecho de aquellos que no estén de acuerdo, porque no verían sometidos a situaciones que no son las que aceptaron al constituir el consorcio o al efectuar la adhesión. Por las características de una portería, el destino no es el que se entiende por “vivienda” propiamente dicho, ya que la actividad del portero en la atención y control del edificio implica una actividad más próxima a la de “oficina”, aunque además viva en ella. A su vez la desafectación de la portería para destinarla al uso exclusivo del proponente como oficina, la sustrae del régimen de indivisión forzosa, porque aunque no cambie la propiedad, al variar el uso, se distorsiona la figura. En el condominio simple la falta de acuerdo para el uso puede resolverse poniendo la cosa en administración o alquilarla o arrendarla (art. 2699 CC). La regla general era la de que “todo condómino puede gozar de la cosa común conforme al destino de ella, con tal

que no la deteriore en su interés particular”. (art. 2684 CC). La excepción, es darla en administración, alquilarla o arrendarla, “siempre que ninguno de los interesados opte por ejercer el derecho de pedir la división de la cosa común, según están autorizados a hacer en cualquier tiempo por el art. 2692, cuando el objeto no se encuentra sometido a una división forzosa” (El condominio sin indivisión forzosa-Antonio R. M. Goghlan-Ed. La Ley 1980, pag. 114), y el presupuesto para ponerlo en administración o alquilarlo o arrendarlo es la unanimidad (art. 2699 CC), tal como lo exige el art. 7 de la ley 13512 para toda obra nueva. Siendo forzosa la indivisión, cómo no exigir la unanimidad, cuando el art. 2712 CC , establece que “cada uno de los condóminos puede usar de la totalidad de la cosa común y de sus diversas partes como de una cosa propia, bajo la condición de no hacerla servir a otros usos que aquellos a que está destinado y de no embarazar el derecho igual de los condóminos”. El destino está ligado a la naturaleza de la indivisión y el art. 2713 CC establece que se “determina no habiendo convención, por su naturaleza misma y por el uso al cual ha sido afectado”. Aquí la convención existe ; está en el Reglamento de Copropiedad, pero antes que nada en el propio destino asignado a las cosas comunes por la ley 13512 (art. 2 inc. e), inc. a); el uso lo establece el art. 3.- Ergo, el cambio de destino de una cosa común, tratándose de un condominio de indivisión forzosa, nunca podrá resolverse sin el acuerdo unánime de todos los condóminos. Con éstas consideraciones previas pasamos a dar respuesta a los interrogantes de la consulta : 1) con respecto a la primera, resulta indudable el cambio de destino de la unidad afectada a portería, ya que se va a afectar al uso particular del propietario del primer piso. Pero como no se limita a ello, sino que

también desafecta espacios comunes para afectarlos a ése uso particular, también está cambiando el espacio cúbico de la unidad 6, está modificando la relación porcentual de las unidades del edificio con relación al conjunto, y está omitiendo aclarar de que manera se van a comunicar las oficinas profesionales del proponente, con ésta unidad de uso común sin violar las reglamentaciones municipales que al aprobar el plano de obra, requieren una configuración geográfica de espacios y destinos, al igual que de comunicaciones. ¿Qué naturaleza tiene esta unidad destinada a uso común que se afectaría al uso particular? ¿Responde al régimen de la ley 13512 una unidad exclusiva, con destino común, comunicada directamente a una unidad de propiedad exclusiva y con destino particular, cuando la intención del legislador fue crear unidades independientes y fuera de ellas todo un sistema de cosas comunes y usos de igual especie bien delimitadas?. De tener aprobación un sistema tan particular, aún contando con la unanimidad del consorcio, requerirá también la aprobación del plano de subdivisión por el Departamento de Propiedad Horizontal de la Dirección de Catastro, donde se verificará si responde estrictamente al criterio de la ley 13512 ; aprobado también por éste ente, deberá entonces modificarse el Reglamento de Copropiedad y Administración del edificio. No hacerlo implicaría la violación manifiesta de toda la normativa sobre el régimen y pondría al Consorcio bajo la penalización por infracciones varias, que no es del caso detallar ahora, pero que no escapan al elevado criterio de la consultante. 2) La segunda pregunta la damos por contestada en la anterior, pero debemos aclarar que la publicidad en propiedad horizontal es esencial, por cuanto quien adquiera una unidad de un edificio deberá conocer el verdadero estado del mismo y no

una sombra ficticia. Toda diferencia entre la realidad jurídico-documental y la realidad material o de hecho, vicia el sistema y dá vida al régimen de responsabilidades consiguientes y de ineficacia. El tercero no queda obligado más que a lo que está publicitado y su única adhesión es documental. La Asamblea no modifica el reglamento. Sólo puede resolver su modificación y ejecutarse por la concurrencia de los interesados. Claro que para éste acto serán suficientes los 2 / 3 , mayoría que no debe confundirse con la unanimidad necesaria para aprobar el cambio de destino. Aprobado éste y cumplidos todos los requisitos necesarios, legales y reglamentarios, podrán los 2 / 3 otorgar la modificación del Reglamento. La indicación que hace la consultante del artículo cuarto del Reglamento, (“los bienes de propiedad común en ningún caso pierden su condición, salvo resolución unánime de la Asamblea”, no hace más que confirmar el criterio sustentado, porque un cambio de destino y un cambio de la estructura de lo que tiene destino común, con afectación a uso exclusivo y particular, es una evidente y manifiesta pérdida de esa condición. 3º) y 4º) , la tercera pregunta ya queda respondida porque en caso de que se aprobara en forma unánime, y con la salvedad de que tuviera aprobación de los órganos administrativos competentes, no habría impedimento en cumplir la modificación del Reglamento. Cabe aclarar aquí-sin embargo – que no somos capaces de concebir como se configuraría esa unidad híbrida, propiedad en condominio de todos los consorcistas, con destino común, sometida al cambio de destino con una unidad del cuarto piso de propiedad exclusiva del propietario de las unidades del primer piso, para comunicar éstas con la actual portería.

4º) la cuarta quedó respondida en la última parte de la respuesta segunda. 5º)

Finalmente, en cuanto a la representación de propietarios en el Consorcio, debemos decir que es un derecho que emana en forma general del art. 1161 del Código Civil y que la forma –no estando establecida expresamente ni en la ley ni en el Reglamento- puede ser cualquiera que ponga de manifiesto la autorización, siempre que pruebe la legitimidad de la representación.

Tal interpretación resulta de lo dispuesto por el art. 2703 del CC : “Ninguna determinación será válida, si no fuese tomada en reunión de todos los condóminos o de sus legítimos representantes”. La impugnación de ésa legitimidad dará lugar a la intervención judicial en la forma prevista en el art. 10, in fine de la ley 13512. R.A.L.

5-2) ERROR EN EL INFORME MUNICIPAL

DICTAMEN : La consulta del Notario Trajano J. Gargiulo, tiene sin lugar a dudas un doble matiz, que trataremos de deslindar claramente para mantener la absoluta objetividad, pero no podemos dejar de señalarlo. El primero de éstos aspectos está relacionado con la función fedante del Notario. Como depositario de la fé pública que el propio Estado le ha delegado, todas sus aseveraciones tienen el respaldo de su veracidad y para desmentirlo es necesario recurrir a la acción de redargüción de falsedad, donde únicamente con la prueba precisa e indubitable, se podrá contradecir aquello que el fedatario ha declarado como cierto. No son válidas las meras imputaciones y por el contrario, tienen un cariz francamente calumniosas cuando se emiten contra quien tiene el respaldo de la fé pública fuera del ámbito procesal indicado, y más aún cuando la imputación pudiera provenir de un miembro del poder público, conocedor de las reglas impuestas por derecho para asegurar el prestigio y la pureza de las insti-

tuciones creadas a su sombra. Sorprende así que en el caso que se consulta, se le haya imputado verbalmente al Notario Trajano Gargiulo una hipotética participación en un hecho francamente delictivo, como sería la adulteración del número de parcela y más aún sorprende, cuando se trata de un Notario de larga actuación al servicio de la comunidad, de conducta intachable, con un respaldo moral que muchos ambicionarían para ocultar sus vergüenzas, probo en el ejercicio de sus funciones, respetuoso del prójimo y de todas las normas que conforman el ordenamiento jurídico, al que se someten obedientemente, aún cuando tenga que soportar la injusticia y el agravio. Como miembro de ésta Delegación y como colega, no puedo responder ésta consulta sin señalar la personalidad del consultante y el orgullo que sentimos de contarle entre nosotros. Pero éste alegato a favor de sus meritorias condiciones, no van a empañar en modo alguno la objetividad que pretendemos dar a nuestra labor, y estamos dispuestos a probarlo con hechos, arriesgando una opinión que bien podíamos haber mantenido en reserva. El segundo aspecto de la consulta se vincula con la función del Notario como agente de retención, para el pago de impuestos, contribuciones y otros tributos. Como tal, la ley le ha otorgado una pesada carga, ya que a menudo debe luchar con la inoperancia y el descuido de la administración pública, desprovisto de muchos elementos, que por el contrario abundan en las oficinas estatales, pero que se le niegan o dificultan para las búsquedas al Notario. Centralizamos el esfuerzo interpretativo en el caso sometido al análisis : un pedido de deuda de impuestos presentado en la Municipalidad de Lomas de Zamora, para el otorgamiento de una escritura traslativa de dominio de un inmueble. En definitiva, el informe no corresponde a la propiedad que

se escrituró y la Municipalidad pretende cobrar al comprador la deuda atrasada que no se liberó en virtud del error. La parte compradora reclama al escribano, y éste se presenta a la Municipalidad, que le atribuye la culpa en el error, según así parece resultar de los dichos del Notario. Vamos a tratar de desentrañar cuales son las obligaciones de cada uno : el escribano; la Municipalidad y el tercero adquirente. a) Obligaciones del Notario : tanto por la ley notarial 9020, como por la ley 7438, corresponde al escribano pedir a la Municipalidad informe si el inmueble adeuda alguna suma por impuestos de alumbrado, limpieza y barrido, pavimentos u otros servicios u obras públicas a cargo de la misma. El pedido se efectúa conforme al único elemento indubitable para el escribano : el título de propiedad. Ningún otro, le permite obrar con certeza porque ni los recibos que el interesado le entrega, ni los planos u otras constancias pueden estar sometidos a su posibilidad interpretativa. Son elementos que provee el organismo público pertinente, y que puede ser cierto o no. La responsabilidad de esos elementos compete únicamente al organismo que lo expide y que está haciendo una atribución de pago, o de incorporación de mejoras o servicios, pero que no fue extendido para que sirva de constancia para la transmisión dominial. El único elemento válido, exigido por la legislación de fondo y de forma es el título. Así lo dispone el Código Civil cuando exige título y modo para operar la transmisión, completado con la inscripción registral para operar la publicidad de los derechos frente a terceros. Además la ley 1780I establece que el escribano debe tener el título de propiedad a la vista, para solicitar la certificación registral que operará la reserva de prioridad. ¿Cómo podría entonces entenderse que otros elementos pueden ser exigidos?. Inclusive el informe de catastro es simultáneo

al otorgamiento de la escritura, ya que se pide para el acto a celebrar y puede o no constar en el título de propiedad, dado que, como en el caso que se consulta, por la fecha de inscripción del antecedente, 1943, no existía todavía la designación catastral. Pero aún cuando estuviera contenido en la escritura, no es determinante para el escribano, que no debe ubicar el bien en la dimensión física, sino en la documental. Para ello funciona un sistema de complementación entre la Dirección Provincial de Catastro Territorial y el Registro de la Propiedad, y para ello, cada Municipio tiene su propio catastro, circunstancia razonable y necesaria porque es a éstos organismos a los que compete individualizar la parcela en su dimensión geográfica y precisar su coincidencia documental. En base a ello, cada dependencia establece las propias referencias, individualizando los bienes mediante atribuciones de números de cuenta, partidas, padrones o guía de contribuyentes. El escribano es totalmente ajeno a éstos datos y su única misión es recabar de los organismos competentes si el inmueble tiene deudas, si está inscripto, si está edificado o es baldío, si está afectado por obras públicas etc. Por su parte los nombres o números de calles, tampoco son de la esencia de esa información, dado que además de mudar de nombre permanentemente según el capricho o la ideología política, religiosa o filosófica del gobernante, no surge de ninguna disposición que deba ser incluida como característica individualizadora. En conclusión, los únicos datos que tiene el escribano para hacer un pedido de deuda, asumiendo la responsabilidad sobre la veracidad de los mismo, son los que surgen del título de propiedad, con poder individualizante : número de lote y manzana; medidas, superficie y linderos e inscripción registral. Ningún otro es permanente ni hace a la certeza del documento. Son datos muta-

bles, y la experiencia nos dice que no solo cambian los nombres de las calles, sino que los replanteos que hacen los entes oficiales hace variar números de cuentas, partidas, parcelas, etc., a veces como consecuencias de modificaciones de fondo, como en el caso de subdivisiones, mensuras o unificaciones ; pero en otras por simples razones de ordenamiento o de interés técnico para el procesamiento de datos. El escribano Gargiulo acompaña a la presente fotocopia del cuestionado certificado municipal y de la plancheta de catastro. Observamos que los datos esenciales concuerdan perfectamente. El notario solicita la deuda por el LOTE 36 de la manzana 3bis. de la localidad de Témperley, Partido de Lomas de Zamora. La plancheta acompañada, corresponde a la manzana 3bis, que a su vez se individualiza en la misma como Circunscripción IV ; Sección D; manzana 55. Consigna en el pedido el nombre de los titulares, que por la fecha de la inscripción, 1943, no puede ser ignorado por la Municipalidad, aún cuando no se hubiera registrado la declaratoria de herederos del año 1984, ya que existe continuidad por parentesco, con identidad de nombre patrimonial. Los datos de inscripción dominial hacen también a la esencia de la información, por cuanto la Municipalidad debe tener certeza de las titularidades para exigir el cumplimiento de las prestaciones respectivas. Las medidas del lote consignadas en el certificado, coinciden con la plancheta, al igual que los linderos. Estos últimos son de importancia fundamental, porque dan la verdadera orientación del lote, que hace inconfundible el pedido : se indica el frente sobre la calle Garay, y así resulta el frente del lote 36 en la plancheta ; por el NO cita el lote 37 y así se ubica en la plancheta ; por el CONTRAFRENTE NE figura el lote 16, que luego será el motivo de la confusión en el informe,

pero con el cual el pedido no dá lugar a dudas ; y finalmente por el SE cita el lote 35, coincidente con la plancheta. b) Obligaciones de la Municipalidad : la fundamental es el cotejo de la exactitud del pedido con sus archivos y en especial con el elemento fundamental a su disposición que es la plancheta de catastro. Esta no la tiene a la vista el escribano para firmar una escritura, porque ni lo exige la ley, ni está a disposición del Notario entre la documentación que debe exigir a las partes. Es un elemento privativo del ente estatal que cumple la función de verificar la realidad geográfica, como ya dijimos, con la documental. Tampoco desconocen los funcionarios municipales cuáles son los elementos que maneja el Notario, y los demás elementos, tales como nomenclatura catastral, número de padrón y nombre de las calles, es de su exclusivo cotejo; el Notario puede darle una referencia estimativa para colaborar en la búsqueda, pero no como elemento que le merezca fé pública. Por tanto, el funcionario de la Municipalidad deberá antes que nada cotejar los datos de título, que coincidan con el catastro ; para ello tiene la referencia precisa de la designación por título, pero si no la tuviera, están los mejores elementos individualizantes como son los linderos, que dan la orientación. No es lo mismo un lote que tiene el frente sobre el SO que el que lo tiene sobre el NE. Este sólo dato, ya tiene que prevenirlo, pero en cambio informa por el lote I6, que es el que se le opone hacia la otra calle ; desconoce la padrón que el Notario le había proporcionado como ayuda y consigna otro. Informa la nomenclatura catastral, que pertenece al lote I6 y no la del 36 que el escribano solicitó y finalmente agrega el nombre de la calle Albarracín, desconociendo la designación Garay que había dado el Notario como dato complementario, pero sin aclarar nada, sin salvar el agregado, que

presumimos habrá consignado la Municipalidad , porque de haberlo hecho el Notario se le debería exigir la correspondiente corrección, como también debió hacerse con todos los demás datos no coincidentes. Podrá pretenderse atribuir negligencia al Notario que al firmar la escritura no observó que los datos del informe eran distintos a los del pedido. Pero implica desconocer la función del escribano hacer tal afirmación. Cuando se tiene la certeza de que se ha solicitado correctamente el certificado, también se supone que si se hubiera cometido un error, la Municipalidad no informará otra cosa, sino que rechazará el certificado por no coincidir . El escribano observa si hay deuda o no, pero no puede hacer un análisis minucioso de cada dato, porque su responsabilidad está en la forma de llenar la solicitud. Además téngase en cuenta que no es el único elemento que tiene a la vista, ni es tampoco el más importante. Su preocupación pasa por los informes registrales, aquello que pueda impedir el acto ; los intereses de terceros ; el cumplimiento de los plazos; las obligaciones impositivas y fiscales. Además enfrenta el hostigamiento de las partes para el cumplimiento en términos cada vez mas rápidos con el acto traslativo, dado la lesión que produce la demora a los intereses económicos de las partes. Téngase en cuenta que entre las muchas obligaciones del Notario, entre las que se cuenta la perfección de títulos, no se le atribuye ninguna negligencia en éste caso, y el único error, es inducido por el informe de la Municipalidad, absolutamente improcedente porque el certificado fue pedido correctamente. Nada hace pensar que la Municipalidad fue inducida al error, ni aún cuando se hubiera consignado mal la parcela, porque la falta de coincidencia con los demás datos, obligaba al rechazo del pedido y nunca a un informe por lo que no se pidió. c)

Obligaciones del tercero adquirente: finalmente queremos señalar que el comprador se sometió pacíficamente a todas las obligaciones que le impone la problemática jurídica para ser propietario del bien, al menos de lo que resulta de éstas actuaciones. Nadie le imputa el incumplimiento deberes y formalidades. ¿Cómo puede ahora la Municipalidad impedir el ejercicio de los derechos que tiene como legítimo propietario negándole la aprobación de un plano por la falta de pago de servicios adeudados con anterioridad a la escritura?. Se trata de una coacción absolutamente contraria a derecho que el poder público no puede ni debe ejercer en modo alguno, porque es desconocer el respeto a la ley y a las instituciones creadas al efecto. No puede la voracidad fiscal, crear semejante lesión al derecho de propiedad, y vicia de inconstitucional toda pretensión en ése sentido. Independientemente del problema de la responsabilidad del escribano o de la Municipalidad, el adquirente es un tercero ajeno, que se sometió a la fé pública de ambos para consolidar su derecho ; que pagó por el servicio y por la prestación y que se ajustó en todo a los principios establecidos para preservar sus derechos. CONCLUIMOS con éstas afirmaciones : 1) notario cumplió sus obligaciones conforme a derecho y sin omitir ni ocultar dato alguno. 2) el informe de la Municipalidad adolece de total ligereza y nunca debió practicarse sin ajustarse a lo peticionado. No puede atribuirse la Municipalidad el derecho de corregir el pedido e informar por aquello que no le fue solicitado. 3) ante la arbitrariedad de la Municipalidad , el tercero adquirente, ajeno a la cuestión planteada, nada tiene que ver con una deuda que la Municipalidad no percibió por su propia negligencia, y que podrá percibir del titular originario, que como deudor, no dejó de serlo, aún cuando haya transferido el

bien. Pretender la percepción contra el actual adquirente, es una coacción injustificada, preñada de inconstitucionalidad por la manifiesta violación del derecho de propiedad. R. A. L.

5-3) LOS NEGOCIOS PARTITIVOS Y LA ADJUDICACION POR PARTICION.

La devolución del Registro se funda en que, además de los titulares que surgen de la escritura, correspondería la intervención de otros que se habrían omitido. Se funda el funcionario registral en que la homologación de la partición de fecha 4 / 12 / 87, es posterior a las transmisiones parciales de partes indivisas, pero desconoce la fecha real de partición que es el 4 / 4 / 75. Sin embargo éste convenio, recién fue agregado en autos el 19 / 8 / 87 y carece de fecha cierta, siendo la misma, la de su presentación en el expediente, salvo que se pruebe otra causal que la produzca. Como en abril de 1987 se celebran dos actos traslativos, uno de M. P. a título de venta a favor de su hijo J. F. G. y otro de I. V. M. a título de donación a sus hijos J. R. y R. B. C., que modifican las titularidades que resultan de la partición, deberán analizarse que efecto producen éstos actos, y si los demás supuestos titulares no incluidos en el acto cuya inscripción se solicita estarían desvinculados o no de ésta enajenación. I^a. Cuestión : los actos traslativos previos. Es uniforme la doctrina y jurisprudencia en considerar que la forma de concluir el proceso sucesorio, es mediante la partición. Esta puede celebrarse fuera del expediente, por acuerdo en escritura pública, si todos los herederos están presentes y son capaces (art. 3462 CC) o bien por instrumento privado, presentado en autos y homologado por el juez. Este último fue el camino elegido. Si se hubiera optado por la escritura pública no habría duda en establecer que la fecha de la

partición fue la de éste documento público indubitable, sin ningún otro requisito o formalidad. Pero tratándose de instrumento privado presentado en autos, tendremos que fijar su fecha. Si bien la homologación convalida el convenio, es evidente que su fecha no es la de la partición, ya que entre su celebración y la fecha de homologación podrían haber ocurrido el deceso de alguno de los firmantes, y no podría hablarse de la validez de una partición cuya fecha es posterior a la muerte. Por ello es necesario recordar que la homologación retrotrae los efectos a la fecha del acuerdo. El problema es saber si el mismo tiene fecha cierta, y a partir de cuando. No habiendo ocurrido la muerte de alguno de los firmantes ni otras causales del I035 CC la misma sería la de su presentación en autos que en éste caso fue el 19 / 8 / 87. Los actos traslativos relacionados que modifican la titularidad de partes indivisas resultante de la partición, son anteriores : 30 / 4 / 87. Por tanto, su efecto, al no existir partición, no puede tener más carácter que el de particiones parciales, dado que la comunidad hereditaria solo concluirá con la partición definitiva. De nada vale que se las hayas denominado “venta” o “donación”, como si con ellos se transmitían derechos de condóminos. NO HABIA CONDOMINIO , sino COMUNIDAD HEREDITARIA. Todos los actos anteriores a ésta partición definitiva, solo tendrá el carácter meras particiones parciales, sujetas a lo que resulte de la partición definitiva. Al celebrarse el convenio de partición definitiva, luego homologado por el juzgado, no solo se incluye el bien referido en la escritura que ahora observa el Registro, sino que se mencionan los actos traslativos previos, que tenían la significación de particiones parciales dentro de la comunidad hereditaria, pero sin efecto disolutorio de la misma, que únicamente se alcanzará con la partición defi-

nitiva homologada. Por tanto, la escritura que se pretende inscribir, tiene una dimensión convalidante de las titularidades y produce la transmisión definitiva del bien al nuevo adquirente. La registración de éstos actos traslativos, no impide una transmisión definitiva, por cuanto el verdadero encadenamiento de titularidades surge de la homologación del convenio de partición, y el hecho de que se hubieran inscripto derechos supuestamente de condóminos, no cambia la verdadera naturaleza de “comunidad hereditaria” de la que los mismos eran partícipes. Así como la inscripción de la declaratoria de herederos no concluye ésta comunidad, y el bien podría adjudicarse en el acuerdo de partición a cualquier heredero, aquí tampoco lo produce. Supóngase que después de inscripta la DH, algunos herederos venden sus partes indivisas a los otros, y así se inscribe, pero a posteriori, todos los herederos se reúnen y en convenio de partición definitiva, resuelven hacer la adjudicación de bienes, atribuyendo el que se cuestiona a uno distinto de los que había adquirido partes indivisas. Es evidente que la partición ha operado sobre el total de la comunidad. Y éste bien, que forma parte de ella, deberá ser inscripto, cualquiera sea la titularidad registral en mérito a las transmisiones de partes indivisas, a aquel que resulte adquirente por adjudicación en la partición . Este es el tema que se deberá tener en cuenta, y no es función del Registro verificar la forma y modalidades de la partición, sino de inscribir lo que de ella resulte. EL TRACTO ABREVIADO producido en ésta escritura, INCLUYE esta partición definitiva que convalida, reconoce y valora todos los actos previos, incluyendo las inscripciones de particiones parciales. De tal forma deberá tomarse nota de la presente escritura, sin otro requisito que desnaturaliza la voluntad ya formalizada por las partes y homologada por el Juez del sucesorio.

IV- LEGISLACION

IV-1 LA REFORMA A LOS ARTS. 1001 Y 1002 DEL CÓDIGO CIVIL (LEY 26140)

1) Introducción.

Con esta reforma, se ha modificado en el ámbito de la función notarial, la “fe de conocimiento” por la “justificación de identidad”. Con ello podríamos aplicar a la reforma un dicho contradictorio pero veraz: “todo cambia; nada cambia”, el que trataremos de demostrar a lo largo de este trabajo.

Durante muchos años, el notariado sufrió los avatares de una interpretación judicial ajena a la realidad, por cuanto se tomó la expresión “fe de conocimiento”, como afirmación fidei-faciente de un funcionario público autorizado por el Estado para hacerlo, con el mismo alcance de la fedación que se da en el documento, por un hecho que pasa en su presencia.

Conforme a esta última circunstancia, la clara y justificada disposición normativa del art. 993 del CC dispone que *“El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia”*

Claro que dar fe de conocimiento, no era precisamente referirse a la existencia material de hechos, porque el conocer, mas que un hecho es una actividad de la mente que a través de las impresiones que recibe por los sentidos, y tamizada por una escala de valores que se han desarrollado en una dimensión inmaterial, permite a través de la razón, emitir juicios y hacer afirmaciones.

Por ello, al dar la fe de conocimiento, tampoco anunciaba el escribano hechos cumplidos por el mismo o que han pasado en su presencia, porque el conocimiento no lo cumple materialmente, ni pasan en su presen-

cia, que en todos casos es propio de los sucesos que se perciben con los sentidos, pero ajenos a toda valoración.

El precio de una compraventa que se paga en presencia del escribano, durante el desarrollo del acto notarial, muestra la verdadera calidad de hecho, porque tiene su manifestación en elementos absolutamente materiales, con el único aditamento del efecto jurídico que producen como resultado de la declaración de voluntad.

No sólo dice la escritura que declara que el vendedor vende y el comprador abona el precio de la misma, sino que en ese mismo momento, sucede el hecho de entrega del dinero, que el escribano recibe para verificar su monto y la correlación con el texto escriturario, y entregarlo al vendedor, para poder cerrar el acto.

Tal declaración esta seguida por hechos, a los que sí se refiere expresamente el art. 993, y que hacen plena fe, en tanto no sea argüido de falso, es decir, no se demuestre que no ha sucedido el hecho anunciado: “entrega del dinero y coincidencia del monto con el indicado en la escritura”.

La afirmación fedante comprende entonces tanto el hecho material anunciado y su exactitud, su participación legitimante, y el suceso en tiempo y lugar coetáneo al documento, como su representación en el documento.

Nada de ello sucedía, con la mentada “fe de conocimiento”

2) Naturaleza y alcance de la fe de conocimiento.

Lo que pretendía el legislador al estable-

cer en el art. 1001 del CC, *“El escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes”*, (párrafo ahora derogado), no era comprobar un hecho, cumplido por él mismo o que hubiera pasado en su presencia, sino hacer una afirmación desde su propia órbita de conocimiento racional sobre las personas que comparecen en el documento para otorgarlo o cumplir las funciones que su carácter le indica en el documento (testigos, otorgantes, intervinientes de distinta naturaleza, etc.)

No dice la norma en ningún momento, como ha formado esa convicción y deja a su exclusiva labor especulativa, la respectiva tarea.

Lejos entonces de los hechos, estamos frente a una actividad intelectual integrada por múltiples elementos materiales y racionales, que permiten la concepción del razonamiento para una conclusión adecuada.

Y esa actividad, no tiene límites en la cantidad de elementos necesarios para conseguir la convicción, por cuanto es una resolución del propio imperio del que tiene que emitirlo, y para el que fue facultado por el Estado, que le delega la emisión de tal afirmación.

Quizá la más vulgar, pero poco convincente, es la del documento de identidad, porque sabiendo quien pretende ser tenido como el que dice el documento que exhibe, qué es lo que se tomará en cuenta, ya va preparado para ello, y el escribano no es perito en documentos, no obstante lo cuál, desarrolla una función, similar a una pericia de práctica, sin conocimiento científico al respecto, cotejando por simple apreciación visual, la impresión digital inserta en el documento, la firma puesta en el mismo y la fotografía.

También analiza datos que pueden aproximar una certeza, como es la edad de la persona, si se indican señas personales, o lo que resulta de su nacionalidad o lugar de origen, pero que como puede deducirse, cumple una función muy elemental, al igual que las pre-

sunciones en la demostración de la verdad en el proceso. Pueden formar cierta convicción en conjunto, pero son infinitamente limitadas en forma aislada.

Si hay algo público y notorio en estos momentos, es justamente el robo de identidad, como muy bien lo señalara Gustavo Carabajal en el diario *“LA NACION”* de Buenos Aires, del 25 de setiembre de 2005, indicando que *“en los últimos dos años sólo en la Capital se triplicó la cantidad de casos de robo de identidad. Un delito que sólo en los Estados Unidos afecta a varios millones de personas y causa perjuicios económicos por casi 5000 millones de dólares anuales”*(pág. 1)

En la misma publicación (pág. 25) se indica como se procede en la falsificación de documentos y para que se utilizan los mismos, señalando que se trata de *“un grupo de delincuentes conocidos en el mundo del hampa como “carpeteros” o “papeleros” para abrir carpetas de créditos y así obtener chequeras”*

Con igual denuncia, se publica en *“CLARIN”* del 18 de junio de 2006 *“Maniobras con documentos falsificados. Con el auge del crédito también crece el fraude por robo de identidad”* y el mismo diario, del 27 de agosto de 2006: *“Cada mes se denuncian 133 robos de identidad. Y sería mucho más. Es un delito de moda y sin control. Usan datos de otra persona para pedir préstamos, comprar electrodomésticos y hasta autos. Los especialistas culpan a la fragilidad de los documentos...”*

Es por ello, que el documento de identidad, poco hace, en forma aislada, a la identificación de las personas.

De todos modos, Vélez Sarsfield no los tuvo en cuenta cuando redactó el código, y es indudable que cuando exigió que el escribano dé la fe de conocimiento, lo hizo en la seguridad de lo único posible: el juicio de valor sobre la identidad, fundado por la más amplia gama de prueba exigida por quien tiene que darlo.

El alcance de esa “fe de conocimiento”, nunca pudo haber sido la certeza del hecho que sucede en presencia del escribano, y del que, tras su declaración, resulta la plena fe, sino la DILIGENCIA emprendida para poder emitir el juicio respectivo.

3) Nuestra interpretación y crítica antes de la reforma.

Dado que sobre este punto emitimos opinión en “La Escritura Pública” tomo I, pág. 101 y ss (Ed. FEN La Plata 2003), vamos a exponer aquí los principales conceptos, para integrarlo en el entendimiento de la reforma: Uno de los problemas más conflictivos es la dación de fe de conocimiento: si la misma se limita a la simple identificación con documentos o si requiere un análisis más profundo que acredite una especial diligencia.

El código de fondo nada dice como debe prestar esta función. Simplemente el artículo 1001 entre los requisitos que se deben llenar en la “escritura pública”, exige que el escribano dé fe de conocer a los otorgantes, y en el art. 1002, que si no los conociere puede justificar su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca.

Las leyes locales, no dan tampoco pautas de cómo se debe cumplir esa función y por tanto, la interpretación es libre.

Vamos a tratar entonces de desentrañar cómo hacerlo.

En primer lugar, se puede conocer a una persona, por haberla frecuentado desde hace muchos años, por razones de vecindad, o por trato habitual, pero ello no asegura que ese conocimiento pueda dar certeza con la identidad documental. Al menos, la práctica nos enseña muchas veces como el nombre por trato, es diferente del documental, y los apodosos muchas veces son formas de identificación de las personas que en verdad se cono-

cen, pero sin precisión en la identidad del nombre de pila y patronímico.

Parece ser entonces, atento a que el art. 1002 exige justificar identidad personal, que se está refiriendo a la documental y no a la vulgar, que por otra parte, es la que debe figurar en documentos públicos.

Si ésta no se tiene, por más que la persona sea conocida, puede ser sustituida por la declaración de dos testigos de conocimiento, de los que el escribano da fe, a estos sí de conocer, sin importar si es por conocimiento vulgar o documental porque no tiene trascendencia para el acto a celebrar.

La norma delega entonces a otras personas la fe pública de identidad, relevando al escribano de toda responsabilidad al respecto.

No parece hoy un medio seguro para acreditar la identidad documental, pues en definitiva el escribano debe consignar esa vinculación entre la persona y su identificación en el documento, y lo razonable es que en todos casos, deba examinar este.

Cuando el escribano no recurre a testigos de conocimiento, es porque ha logrado una certeza en cuanto a la identidad, sin por ello poder afirmarlo con seguridad absoluta. Cuando alguien exhibe un documento, se hace un cotejo del mismo, que para cualquier persona habituada en la identificación, no se limita a ver nombre y número, sino a verificar si la firma inserta en él ha variado, o si los rasgos caligráficos a simple vista son los mismos u ofrecen dudas; si la edad consignada en el documento guarda relación con la persona que lo exhibe y si los demás datos como fotografía, señas personales, estado, etc. coinciden.

También verifica del documento los rasgos de posibles adulteraciones: fotos despegadas, enmendaduras o correcciones sin salvar, deterioros, etc.

No hay una tarea automática de identifi-

cación por la sola exhibición del documento, sino que en el escribano, justamente por esa carga que le ha impuesto la ley de fondo de dar fe de conocimiento, ejerce sistemáticamente en todos los casos, siendo uno de los mayores temores, sufrir una sustitución.

No se imputa al escribano que ha caído en estas situaciones mala fe, sino negligencia en el ejercicio de la función, y esto parece excesivo ante la total despreocupación normativa por la identificación en otros instrumentos, como lo es en lo judicial o administrativo, donde solo se identifica por la exhibición del documento, sin pedir ninguna tarea anexa.

El caso es, que condenar al escribano por negligente, es entrar en supuestos reñidos con la normativa vigente, por cuanto es imposible probar que el escribano que ha tenido a la vista el documento y así lo ha consignado, no haya cumplido tareas de identificación **como juicio de valor no pautado**.

Si la ley le hubiera establecido que para dar fe pública sobre identidad, debe ejecutar determinadas diligencias, la prueba de su omisión sería negligencia. Pero como no las hay, es violar su propia conciencia, pretender desconocer que ha actuado como su función le exige.

Justamente el juicio de valor de identificación o conocimiento de la persona, lo está dando a conciencia cuando dice conocerlo, sin que deba probar cómo lo ha conocido y si se equivoca, no es posible condenarlo por no haber cumplido diligencias que la ley no le exige.

A diferencia de la función del juez, que para dictar sentencia necesita del debido proceso, donde se van guardando todos los elementos sobre los que fundará su decisión, en el caso de la identificación de personas, se carece de proceso alguno, y tampoco se justifica hacerlo, porque impediría la celeridad de los negocios.

Se ha delegado esa fe pública en un fun-

cionario, pero no se le puede exigir infalibilidad y para condenarlo, se requiere connivencia dolosa, falsedad manifiesta, y no mera negligencia que no es materia de prueba, salvo que se demostrara que tampoco se exigió la exhibición del documento.

Los jueces se han mostrado demasiado severos con los escribanos en los casos de la sustitución de personas, justamente por esta preferencia de condenar por la sola supuesta negligencia. Vamos a analizar ahora un fallo que peca de este defecto, publicado en La Ley, DJ 2001-2, pág. 1192 y ss, fallo número 17104 CNCiv.sala K, 2001/04/26, C.B. c/C.S., cuya síntesis dice así:

“Corresponde responsabilizar al escribano por los daños y perjuicios ocasionados —en el caso, se substituyó a una persona en una hipoteca— si ante su desconocimiento personal de una de las partes,(1) no obró con la debida diligencia prevista por la ley para dar fe de su conocimiento, conformándose sólo con la exhibición de un documento de identidad. 2- El escribano no puede conformarse con la exhibición que ante él se hace de un documento de identidad a los fines de dar fe de conocimiento,(2) sino que debe efectuar el análisis de los elementos y datos que del mismo surgen en relación al sujeto y a los restantes elementos vinculados al negocio que habrá de instrumentar (3) —en el caso, hipoteca— debiendo extender tal análisis a las circunstancias que rodean la operación (4) y que de un modo u otro contribuyan a formar concreta convicción respecto de la identidad de las partes intervinientes. 3-La mera presentación de un documento de identidad para dar “fe de conocimiento” por parte de los escribanos de las personas que concurren a realizar actos notariales —en el caso una hipoteca— resulta insuficiente a tal fin, pues aunque recurra al control de los datos del documento de identidad que se le exhibe para iniciar o completar la formación de un juicio de conocimiento (5) debe obtener su convicción íntima sobre la real identidad de los otorgantes analizando con diligencia, escrúpulo y la prudencia que su función exige, las cuales pueden formar un adecuado juicio de certeza.” El fallo de la Cámara lo

suscriben Carlos R. Degiorgis y Julio R. Moreno.

Hemos numerado en lo transcripto, los puntos que son materia de nuestra crítica y que pasamos a desarrollar: 1) Afirman los jueces que hay desconocimiento de la parte por el escribano, lo que no es fundado y no aparece, al menos en el fundamento que dan de su sentencia. Ni el escribano ni las partes ni nadie ha dicho que el escribano no conoce a la persona identificada. Por el contrario, da fe de conocimiento de ella, y así lo dice el fallo en sus fundamentos: *“Así es de señalar en ese orden de ideas que en el caso de examen el escribano manifestó su fe de conocimiento de los contratantes (v. fs. 15 de la causa 94037/96) (pág. 1194 col. 1)*. Si hubiera dicho que no la conocía, debía utilizar los testigos de conocimiento, pero no lo hizo y dio fe, errónea, según parece, pero fe al fin.

2) Dice el fallo que el escribano no puede conformarse con la exhibición que ante él se hace de un documento de identidad, pero no dice porque se ha conformado o no con él. El documento, como tenemos dicho, es una pauta para la fe de conocimiento, que el escribano valora e indaga dentro y fuera de él. No se dice en el fallo que el documento no existiera, o que estuviera adulterado groseramente, o que los datos en él consignados no concuerdan con la persona que lo exhibió. El conformarse, supone en el escribano que sabe cómo debe ejercer su función, implica haber concluido su juicio de valor, y no actuar en forma negligente. Quizá sería más reprochable, no haber tenido a la vista el documento, y sin embargo, actuar con pleno conocimiento de la persona. El conformarse o no, es la decisión íntima del escribano en la emisión del juicio de valor, y los juzgadores no demuestran en su fallo, que el escribano había incurrido en verdadera negligencia.

3) La referencia que hacen a la identificación por los elementos vinculados con el

negocio que ha de instrumentar, está vacía de contenido, por cuanto el constituir una hipoteca, no crea diferentes obligaciones para la fe de conocimiento que la de cualquier otro acto. En todos casos, si se refieren al incumplimiento de diligencias que son propias del acto, como la presentación del título por el hipotecante, o exhibición de recibos de impuestos de la finca, u otros elementos que el acto requiera de quien dice ser propietario, debieron decirlo en el fallo, y no imputar una falta de vinculación.

4) Las circunstancias que rodean a la operación solo son conocidas por el escribano, y parecen no formar parte de la causa, como para tenerlas en cuenta como fundamento de un fallo abstracto, que decide sin justificar con los elementos probatorios que le sirven de sustento.

5) No se demuestra en el fallo que el escribano no haya realizado el juicio de valor, y se decide por mera presunción, que en el caso debía fundarse debidamente, por cuanto la falta de una regulación del procedimiento, libera al responsable de la utilización de los medios que crea más convenientes para formar convicción. El mismo fundamento lo señala: *“En tal sentido, el profesional no ha de atenerse a un método rígido tendiente a conocer o individualizar al sujeto sino a que debe realizar un juicio de certeza a esos efectos”*(pág. 1194, col. 2). Si no hay un método rígido, y tampoco hay procedimiento reglado, la libertad hace que lo fundamental en la función, es emitir el juicio de conocimiento, que eso sí se ha dado indudablemente.

El fallo además, se contradice en sus fundamentos, cuando por un lado dice en forma terminante que no puede conformarse simplemente con la exhibición de un documento, y a continuación del párrafo recientemente transcripto agrega: *“A la vez, la sola exhibición del documento de identidad no siempre ha de ser sufi-*

ciente para satisfacer ese deber pues en muchos casos será menester acudir a otros medios”.

Justamente la falta de regulación del procedimiento de valoración de la fe de conocimiento, es la que deja en la incertidumbre a los juzgadores, que creen que algunas veces será suficiente el documento (cuando el escribano acierta) y en otros no, y que para estos casos, habrá que recurrir a otros medios. Pero ¿cómo saber, si se trata de acierto o error, cuando deben emplearse?

Debe comprenderse con la fe de conocimiento, que no es un juicio de valor infalible, sino la diligencia en identificar puesta por un funcionario al que el Estado le ha delegado cumplir esa tarea, sin por ello pretender condenarlo a una precisión, que ni los jueces tienen en el dictado de sus fallos, ni el legislador en la sanción de las normas, muchas veces vetadas por el Poder Ejecutivo, (con acierto o no) y otras derogadas expresamente o dejadas sin efecto por desuetudo.

Solamente al escribano se le pide infalibilidad, cuando de lo que se trata es de cumplir una función con la diligencia que imprima el buen ejercicio de la función.

4) La reforma actual. Exposición de Motivos.

La crítica que formuláramos y que es unánime desde toda la interpretación notarial dada al tema, demuestra la razonabilidad de los fundamentos expuestos, recogidas elocuentemente en los fundamentos.

Se presenta indudable el carácter de juicio de valor o calificación de identidad que cumple el escribano al afirmar el conocimiento, y por tanto exento de responsabilidad en tanto no incurra en manifiesta negligencia.

No se pide lo imposible, sino aquello que puede juzgar *“con los medios que estén a su alcance”* y por tanto, se deduce de ello que no se trata de *“fe de conocimiento”* enmarcada en el art.993

del C.C. como parte de la *“fe pública”*, porque emitirlo como tal implicaría un imposible, como sería el caso de que el notario *“presencie su nacimiento y que no se despegue de su lado en momento alguno de la vida”* respondiendo así con palabras de don Rafael NUÑEZ LAGOS, que cita especialmente.

Define la Exposición de Motivos esta función del escribano como *“un juicio de notoriedad”* que en verdad no responde a la absoluta certeza *“sino, tan solo, una probabilidad tal que el derecho pueda fiar a ella la seguridad del comercio jurídico”*, en este caso marcando el pensamiento de GIMENEZ ARNAU, que cita a su vez a DIEZ PASTOR.

Como corolario de esa diligencia para conocer y no certeza para dar fe, ejemplifica con la solución normativa del viejo texto de Partidas que expresaba que el escribano, en esa tarea de conocer a las partes, debe ser *“acucioso o trabajoso en las conocer”*

Las previsiones doctrinarias, coinciden a veces en manera expresa y contundente con la realidad, como resulta en nuestra historia reciente, sobre la identidad de los hijos de personas desaparecidas durante la época del terrorismo de Estado.

Por eso el acierto de la cita de GONZALEZ PALOMINO cuando expresa que *“La certeza absoluta no puede lograrse jamás, “ni siquiera por el propio sujeto interesado en su propia identidad”*

De ello deduce el autor citado, que la mentada función no se cumple por el deber o la necesidad de identificar, sin por ello quedar obligado más que a una identificación suficiente y posible, *“usando de una prudente diligencia”*

Cuan lejos esta acertada reflexión, frente a fallos que ignoran la evolución y las transformaciones de la realidad social, al punto que el documento de identidad era desconocido en la época del codificador y *“sólo el conocimiento*

personal por el trato habitual posibilitaba la identificación de las personas”.

Recuerda entonces los considerandos de la norma que los orígenes de la cédula de identidad, anterior a la libreta de enrolamiento, proviene en la Capital Federal de una disposición del 24 de abril de 1907.

Realzar en la Exposición de motivos la imposibilidad de conocer por “trato y fama” hace a la justicia tantas veces reclamada, y algunas veces ignorada, pero también reconocer la superioridad de la identificación por documento por sobre la de los testigos de conocimiento, es prueba de realismo en la elaboración de la norma, en tanto “*resultará absurdo pretender recurrir al medio supletorio del 1002, esto es, conseguir dos personas que conozcan al vendedor y que a su vez sean de conocimiento del escribano actuante*”

De ese absurdo, resultará el fundamento a la crítica que haremos a quienes entiendan que la fe de conocimiento derogada expresamente del Código Civil por la eliminación del texto en el art. 1001, debe exigirse para los testigos de conocimiento, todavía mantenida para justificarlo, en el nuevo art. 1002. Es fundamental en la interpretación del espíritu de la norma, la referencia que se hace al antecedente en la legislación española, tal como el art. 23 de la Ley del Notariado del 28 de mayo de 1862, modificado el 18 de diciembre de 1946, donde sólo exige al escribano dar fe de que conoce a las partes “*o de haberse asegurado de su identidad por los medios supletorios establecidos en las leyes y reglamentos*”

Y es importante este aspecto, porque las referencias que se hacen en el nuevo 1002 al documento idóneo, puede ser identificado como el documento vigente, o documento calificado como de identidad por normas precisas sobre la materia, ignorando las dudas que los mismos generan, según lo ya aportado, y que el escribano desarrolla una tarea de

valoración, que no puede limitarse a fin de asegurar el acierto en su resolución.

Resaltamos este aspecto, porque la legislación citada como antecedente establece los siguientes medios supletorios de identificación: “*afirmación de dos personas, con capacidad civil, que conozcan al otorgante y sean conocidas del notario, siendo éstos últimos responsables de la identificación; la identificación de una de las partes contratantes por la otra, siempre que de ésta última dé fe de conocimiento el notario y las referencias a carnets o documentos de identidad con retrato y firma expedido por las autoridades públicas, cuyo objeto sea identificar a las personas*”

Los medios supletorios admitidos no son producto de una enumeración exhaustiva, sino ejemplificadora, y por tanto, está poniendo en evidencia la apertura a una amplia interpretación del notario, que no resulta del medio sino del resultado que pretende, cuál es el acierto en la identificación.

Decimos esto, porque seguidamente se hace referencia a la ley 17671 publicada en el Boletín Oficial el 2 de marzo de 1968, que califica como identificación por excelencia al documento de identidad de la persona. Y por si fuera poco, en el art. 13 establece: “La presentación del Documento Nacional de Identidad expedido por el Registro Nacional de las Personas será obligatoria en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad de las personas comprendidas en ésta ley, sin que pueda ser suplido por ningún otro documento de identidad, cualquiera sea su naturaleza y origen”.

¿Quiere ello decir que el escribano no podrá utilizar mas documento para identificar que el que resulta de ésta ley?

¿Qué juicio de valor hace entonces?

Cumpliría con su función, pidiendo tal documento y en ello terminaría toda cháchara sobre el conocimiento. Y el mismo referente, sospechoso para el escribano, podría decirle: “Señor, yo no tengo obligación de

mostrar a usted más que mi documento de identidad, y allí lo tiene. Guárdese para usted toda sospecha, y actúe”

¿Cómo si no hubiera documentos falsificados o dudosos, según lo que señalamos no solamente como real, sino como notorio!

Pero es que esta ley está admitiendo que el escribano debe ser diligente en la comprobación de la identidad, y no actuar mecánicamente.

Reconocen los considerandos la imposibilidad de conocer por “trato y fama”, pero también la de identificar por la sola exhibición, en tanto señala en el primer considerando que es un “juicio de certeza que efectúa el notario respecto de la identidad de los otorgantes de las escrituras públicas que pasan ante él” y que para llegar a esa certeza debe **juzgar** (empleando una expresión que aproxima la función en este aspecto a la actuación judicial, tal como sucede en los procedimientos de notoriedad en que valora hechos y declaraciones para emitir su juicio de valor) **con los medios que estén a su alcance**.

¿Pueden ser éstos, únicamente el documento de identidad de la ley 17671, que como norma anterior y conocida por el legislador, pudo ser citada si a ella se refería, en forma expresa en la norma, sin más vueltas?

Se trata la actual, de un ley especial, no para identificar personas en general, sin para establecer un procedimiento de identificación adecuado en el ámbito notarial, que cubre una instancia mucho más vasta que la exhibición de un documento de identidad.

La identificación que hace el escribano, sólo sirve para su actuación. No genera un instrumento a ser portado por la parte, como en el caso de un DNI, LE, LC o CEDULA DE IDENTIDAD, y por tanto, es totalmente ajeno y extraño a un artículo como el 13, que está referido a estos supuestos.

Como se trata de instrumentos a ser por-

tados por su titular para identificarse, es obligatorio en todas las circunstancias en que sea necesario probar la identidad, porque para cruzar la frontera, circular con un vehículo, declarar en una audiencia judicial, cobrar un cheque o cualquier otra gestión personal, no hay otro modo de hacerlo. No hay procedimiento alguno como el notarial, regulado ahora por la ley 26140 y antes, en la vieja redacción de los artículos 1001 y 1002 del Código Civil, con la fe de conocimiento que emitía el notario como juicio de valor en la identificación de las personas que actuaban ante el, y no bajo el estigma de una certeza de verdad ineludible, generadora de una acción de falsedad, sobre declaraciones de hechos como sucedidos ante el notario y que no lo fueron.

Los antecedentes inmediatos de la norma dan razón a ésta interpretación, tal como resulta del art. 283 del decreto 685/95, cuando titula el supuesto como “justificación de identidad”, cuando de tratarse de la exhibición de un documento, debería ser “*acreditación de identidad*” Y agrega el artículo proyectado entonces: “*Si el escribano no conoce a los otorgantes, éstos deben justificar su identidad mediante la exhibición de un documento que sea hábil para ello. . .*”

No se refiere a tal documento en particular, aquél que no podía ser suplido por otro, en los términos del art. 13 de la ley 17671. Se trata de un documento que sea hábil para ello, y de la mentada habilidad, solo el que lo debe examinar es el que puede juzgar sobre la misma.

Siguiendo con los antecedentes inmediatos, se cita en la Exposición de Motivos la redacción de ese art. 283, propuesta por la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, y del mismo resulta igual interpretación, pero con mayores elementos que precisan el juicio de valor del escribano, ya que para justificar la identidad, establece una

variedad de medios, que se aproxima a la redacción actual, cambiando la expresión “documento hábil” por “documento idóneo”, que, como en aquel supuesto, no es precisamente el que indica la ley, sino el que el escribano que debe procesar la información, considere tal.

Cerrando la importante fuente doctrinaria de los considerandos de la ley 26140, se hace la cita de la resolución de las IV Jornadas Rosarinas de Derecho Civil, celebradas en Rosario el 23 y 24 de setiembre de 2004, sobre la base de la ponencia de Mario ZINNY.

Y allí se afirma una vez más, la regulación de un proceso o juicio de valor para calificar la identidad de las personas, no obstante la expresa referencia a la ley 17671/68.

Y en esta redacción no queda ninguna duda del sentido dado, como no podía tenerla estando de por medio Mario ZINNY, que en reciente informe sobre la ley, dirigido a la ACADEMIA NACIONAL DEL NOTARIADO, relata algunas de sus incursiones en defensa de algún notario desprevenido que cayera bajo el juzgamiento por falsedad ideológica, y ante la expresión “*el compareciente es persona hábil y de mi conocimiento, doy fe*” dice: “*Hoy, y desde hace mucho tiempo significa: “Si, me parece que es quien dice ser, conforme resulta del documento que exhibe, las circunstancias del caso y a lo que al respecto manifiesta...”*”(Nota inédita al Presidente de la Academia, del 28/9/2006)

Es así, como la conclusión de las Jornadas Rosarinas dicen: “*1-El documento nacional de identidad (ley 17671/68) o en su caso la libreta de enrolamiento o cívica, o el pasaporte, son suficientes para el notario, actuando con la diligencia que su función exige, pueda juzgar acreditada la identidad de los otorgantes.* (No dice que es suficiente tenerlo a la vista, sino que es suficiente para él, actuando con la diligencia que su función le exige. Y cuál es esa diligencia: la verificación de la legitimidad de su contenido, la coincidencia de

los datos, sea por la foto, la grafía en la firma o la impresión digital y los demás datos ya señalados antes. Hay una valoración del documento que es intelectual, activa y no pasiva y que ante la duda, no lo obliga a actuar, o tener por válida la acreditación, sino a rechazarlo, tal como resultaría del párrafo siguiente) “*Se exceptiona el supuesto en que dichos documentos sean ilegibles o estuviesen ostensiblemente adulterados. Todo, sin perjuicio de que el notario pueda recurrir a otros medios de prueba que la ley y las circunstancias del caso admitan*”

Si podía quedar alguna duda de la valoración que implica la justificación de identidad, con este último párrafo queda totalmente zanjada.

En el inciso siguiente, como colofón a todo lo dicho en la correcta interpretación de los arts. 1001 y 1002 en la vieja redacción del Código expresa: “*2- Los juicios que exprese el notario acerca de la identidad de los otorgantes al dar fe de conocerlos no quedan comprendidos en la fe pública a que alude el art. 993 del C.C. En consecuencia, no pueden tipificar el delito de falsedad ideológica*”

Así las cosas, llegamos a la nueva norma.

5- La ley 26140. Su contenido.

La ley fue sancionada el 30 de agosto de 2006 y promulgada el 15 de setiembre de 2006.

Publicada en el Boletín Oficial el 20 de setiembre de 2006, tiene vigencia a partir del VEINTINUEVE DE SETIEMBRE DE DOS MIL SEIS (ocho días después de su publicación.

Con relación al art. 1001 del CC debemos decir que ha quedado eliminada totalmente la fe de conocimiento, ya que se suprimió el texto que así lo expresaba.

Se sustituye el art. 1001 por el siguiente

texto: “La escritura pública debe expresar la naturaleza del acto, su objeto, los nombres y apellidos de las personas que la otorguen (otorgan), si son mayores de edad, su estado de familia, su domicilio o vecindad, el lugar, día, mes y año en que fueron firmadas, que puede serlo cualquier día, aunque sea domingo o feriado, o de fiesta religiosa. El escribano, (debe dar fe de que conoce a los otorgantes, y) concluida la escritura, debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubiesen hecho. Si alguna de las partes no sabe firmar debe hacerlo a su nombre otra persona que no sea de los testigos del instrumento. La escritura hecha así con todas las condiciones, cláusulas, plazos, las cantidades que se entreguen en presencia del escribano, designadas en letras y no en números, debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano. Cuando el escribano o cualquiera de las partes lo juzgue pertinente, podrá requerir la presencia y firma de dos testigos instrumentales. En éste caso, aquél deberá hacer constar en el cuerpo de la escritura el nombre y residencia de los testigos.”

Lo colocado en negrita y entre paréntesis, corresponde el primero a una modificación en el tiempo del verbo, y la otra a la trascendente supresión que comentamos.

Cualquiera fuera la interpretación de la “fe de conocimiento”, la misma se ha suprimido totalmente, y lo que resulta de la nueva redacción del artículo siguiente, debe contener una nueva lectura, precisa, concreta y a la luz de los considerandos desarrollados en la exposición de motivos.

El artículo 1002 del C.C. quedó sustituido por el siguiente texto:

“La identidad de los comparecientes deberá justificarse por cualquiera de los siguientes medios:

a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano;

b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación;

c) Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo. En éste caso, se deberá individualizar el documento y agregar al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes.

En éste artículo queda concentrada toda la obligación del escribano en cuanto a la justificación de identidad de las personas, como dice el primer párrafo.

Ya no es posible hablar de “fe de conocimiento” y si pretendiéramos asumir la responsabilidad que aquello implicara utilizando la conocida fórmula “es persona hábil y de mi conocimiento, doy fe” no se le podría imputar, en el peor de los casos, la interpretación de falsedad ideológica.

La nueva norma desplaza aquella deformación extraña a la realidad social y al verdadero contenido de la calificación normativa, por lo que en verdad, siempre fue en la buena doctrina: la emisión de un juicio de valor.

Queda por ver ahora, cuál será la nueva interpretación de ésta norma, si se debe admitir un orden para la justificación del conocimiento, si una modalidad vale más que otras, o si el conjunto está integrado sobre una idea común al que apunta el legislador para asegurar la identidad en las escrituras.

Como primera medida, la enumeración no establece órdenes de prioridad, porque depende exclusivamente del escribano, elegir el procedimiento que en su caso le permite hacer la justificación.

Todos son procedimientos para justificar la identidad, y ésta es la idea rectora en cada caso, estando entonces hilvanado en el objetivo común y final.

Partiendo de éstos principios, pasamos a la enumeración dispuesta por la norma:

a) Por afirmación del conocimiento por parte del escribano.

Ya anticipamos, que la declaración de

conocer, nada tiene que ver con la comprobación de hechos, ni con la fuerza fideifaciente que tiene el reconocimiento de su existencia, dado que éstos tienen un contenido altamente material, percibido por los sentidos y cristalizados en la declaración del escribano.

Por ello, o son ciertos, y entonces tienen el amparo de la fe pública o son falsos, y entonces el escribano incurre en la falsedad del art. 993 del C.C.

Afirmar el conocimiento de una persona, en una escritura pública, es la conclusión de un proceso de valoración, en que el escribano ha recurrido a todo tipo de medios de convicción, sin que la ley le exija, como no lo exigía tampoco antes con la fe de conocimiento, que justifique cuáles son ellos.

Algunos elementos son materiales, tales como los documentos, títulos, constancias escritas, expresiones verbales, declaraciones de terceros.

Otros son intelectuales, como es por ejemplo el cotejo sin calidad de perito que hace el escribano del documento de identidad, o de los demás elementos materiales, los que tomados individualmente nada dicen, pero como integración en un conjunto de elementos racionales que apuntan a un fin predeterminado por la mente, llevan a la convicción.

Esta puede ser cierta o no, pero en definitiva es la única forma posible para garantizar a la comunidad la eficacia de la escritura pública, y muy superior a la sola exhibición de un documento de identidad, tan fácilmente adulterable.

La afirmación del escribano, no tiene fuerza fedante, pero tampoco es una declaración pasiva, como podría resultar de la contratación por una máquina de expendio de boletos, donde se presume la voluntad del expendedor tras la impresión del usuario del destino y depósito del precio.

La afirmación de conocimiento, es pro-

ducto de la actividad del escribano en el ejercicio de sus funciones, con la seriedad que implica el efecto que ella produce en el documento público.

De ser una simple comprobación del documento que porta el sujeto de la identificación, podría ser compelido a aceptar la identidad, sin reparo alguno, salvo los que afectaran al documento exhibido, como alteraciones, desprendimiento de fotos u otras irregularidades advertidas a simple vista.

Y entonces no existiría ninguna diferencia en identificar por la sola exhibición, como sucede en un Banco, ante un juez, en la administración pública, o entre particulares donde no se pretende crear un documento público oponible a terceros por la naturaleza que resulta de la intervención del oficial público.

¿Para qué entonces, esta regulación?

Es de toda lógica, que la especialidad de la ley, tiene por objeto dar certeza, no la absoluta que de lo imposible no se puede dar, sino la de la diligencia que la intervención de un profesional responsable, permite augurar una mayor aproximación al acierto en la conclusión.

Afirmar el conocimiento, es una de las formas de acreditar la identidad, por los medios que el escribano considere convincentes

b) Por declaración de dos testigos, que deberán ser de conocimiento del escribano y serán responsables de la identificación.

¿Acaso sobrevive la fe de conocimiento del viejo I001 del CC a través de esta norma? Si los testigos deben ser de conocimiento del escribano, ¿se está refiriendo a que debe dar fe de conocimiento de los testigos?

Ya anticipamos la derogación, y el contenido exclusivo y excluyente del nuevo artículo I002 del Código Civil. Por tanto, no puede tener con relación al testigo de conocimiento, un contenido distinto a los medios

de conocimiento admitido por él.

¿Quiere con ello decirse que podrían los testigos de conocimiento, ser conocidos por el escribano a través de otros testigos de conocimiento que no fueran los que conocen a la parte a identificar?

Si fuera así, debió decirse expresamente, porque el medio para justificar la identidad, en el caso particular, se agota en sí mismo. No sirve para suplantar un elemento incompleto, sino que debe valerse por sí mismo.

La norma dice que deben ser conocidos del escribano, y éste no puede recurrir para acreditar la identidad, mas que a los otros medios, y no a él mismo.

Podrán ser conocidos por el escribano conforme al inciso a) o al c) del art. 1002, pero no innovando el b) con un agregado no previsto.

Pero podrá serlo por cualquiera de los otros, porque es conocimiento adquirido por uno de los medios válidos. De tal modo que el testigo de conocimiento podrá serlo por la exhibición que éstos hagan al escribano de su documento de identidad "idóneo", con los alcances que desarrollaremos en el punto siguiente.

Limitarlo solo al inciso a) sería como establecer una excepción que la norma no hace, ni debe confundirse ahora, el testigo de conocimiento, sobre la base del ya derogado artículo 1001 del C.C.

Respecto de la responsabilidad de la identificación que el testigo asume, lo debe ser también con las limitaciones que la precariedad en el conocimiento de las personas representa, y con el atenuante, que el testigo de conocimiento, es probable que esté más cerca del conocimiento por trato y fama, que por identidad entre la persona y los datos obrantes en el documento.

Seguramente el escribano efectuará diligentemente una valoración de la declaración de los testigos, sin admitir una delegación de

identificación mecánica.

Le preguntará a los testigos si conocen a la persona que se identifica como Juan Pérez, por ejemplo, y donde vive, y con quién está casado, y cómo lo conoce, porque también en ello, hay un proceso de valoración, no ya de la identificación directa por sí, sino de la que hace el testigo.

Y si el testigo responde que no sabe como se identifica, pero que lo conoce a "Pepito" porque hace treinta años que vive en el barrio, y conoce a su familia, pero no sabe cuál es su verdadero nombre, no servirá como testigo de conocimiento, porque no puede precisar la relación entre la persona identificada y la que el conoce.

Siempre debe haber valoración y diligencia en la formación de la convicción.

Sería absurdo decir que el escribano identifica por testigos de conocimiento, que dicen no saber cuál es el verdadero nombre de la persona que identifican por su presencia física.

Ello marca la identificación abstracta, sin valoración, de la que hace el escribano, aun cuando traslade la responsabilidad al testigo.

c) Por exhibición que se hiciera al escribano de documento idóneo.

Esta es la principal innovación de la ley, y de su contenido ya anticipamos algunos principios.

No se trata de identificación con determinado documento, circunstancia que si el legislador hubiera querido, lo pudo precisar.

Tampoco se trata de documento vigente, aunque este proporcionaría un elemento de cierta certeza, que podría ser rebatido con la interpretación de las falsificaciones por cuanto siempre son de documentos nuevos. Difícil sería armar una de las viejas libretas de enrolamiento o cívicas, de las que no se conseguiría hoy el tipo de papel utilizado en las tapas o en

su interior, las anotaciones por cambios de domicilio, la emisión del voto en cada elección, etc., menos aún, la apariencia que resulta a través del uso durante mucho tiempo.

En ese aspecto, a pesar de la antigüedad de la foto y los cambios naturales en la persona, al igual que las variantes en la firma, quizá sean más seguros que los nuevos, más aún cuando la impresión digital no cambia.

Por otra parte, al referirse al “documento idóneo”, está habilitando el juicio de valor del escribano, dado que no hay ley alguna que diga cuál es el documento idóneo para identificar en los términos de la ley 26140, de cuya especificidad y diferenciación con la ley 17671 ya hicimos referencia.

Hay documentos que podríamos calificar como idóneos para ciertos fines: La cédula de identidad expedida por la Policía Federal, para obtener el Pasaporte; éste para identificarse en el exterior, las cédulas Provinciales, en el ámbito local, conforme a la ley de su creación, el Registro para conducir, con el objeto de circular con ciertos automotores, o los documentos del MERCOSUR, conforme a los convenios internacionales, para los países adheridos, o las viejas libretas de enrolamiento o cívicas, por la perduración de su existencia al no haberse producido el reemplazo.

Pero también hay documentos que configuran credenciales de carácter económico o financiero, como las tarjetas de crédito o débito, o de afiliaciones a organizaciones sindicales o para prestaciones de servicios asistenciales, o las emitidas por los Colegios Profesionales para el ejercicio de la profesión, etc.

Existiendo tan amplio abanico de posibilidades, ¿cuál sería la razón de limitar la identificación a uno solo de ellos?

La interpretación amplia de documentos idóneo no ofrece inconvenientes en tanto la verdadera diligencia en la búsqueda de la verdad está dada en la extensión de los recursos

o medios y no en su limitación.

Solamente el legislador ha querido que aquél tenido como tal por el escribano, sea puesto de manifiesto, haciendo su individualización y agregando al protocolo reproducción certificada de sus partes pertinentes.

Supongamos que el documento utilizado, ha sido una vieja libreta de enrolamiento cuya foto no coincide con el estado actual de la persona, y su firma ha variado.

Acusado de no tratarse de la persona identificada, podría aferrarse al hecho de haber cumplido con la exigencia normativa, y exhibida al juez la fotocopia guardada, saltarán a la vista las diferencias.

El juez podría entender que no fue diligente en la elección del documento, y entonces se volvería a plantear un problema de responsabilidad, que ya no sería de resultado, pero si de no haber cumplido con la debida diligencia.

Es evidente, que para ciertas escrituras, en particular donde hay transmisiones, modificaciones o extinciones de dominio, el escribano debe consignar no solo el documento de identidad que resulta de la ley 17671, sino también el CUIL, CUIT o CDI (clave tributaria o provisional), verificable su vigencia por Internet.

Pero la convicción de la identidad puede resultar de otro documento, donde la firma coincide con la que usa ahora, la foto está actualizada y las demás señas concuerdan.

En la medida que los datos contenidos como información sobre la persona, coincidan con el documento presentado para el acto, el segundo documento sería el idóneo para la identificación y demostraría más su diligencia, que el uso de aquel otro, con foto y firmas dudosas.

El problema sería saber si deben tenerse por tales, los que fueron emitidos por organismos oficiales, autorizados para identificar, o que proporcionan credenciales para un

determinado ámbito o puede ser cualquier tipo de credencial, aunque fuera privada (credenciales de asociaciones gremiales, entidades deportivas, mutuales para prestaciones asistenciales, etc.)

Entiendo que la calificación debe ser del escribano, con la diferencia de grado que puede tener uno u otro. Pero es cierto que muchas veces, cuando la sustitución no fue armada especialmente para el acto, esas credenciales forman mayor convicción que los documentos mismos.

Pero en la valoración de distintos elementos de convicción, está la esencia de la diligencia, y la admisión de otros medios de prueba que recogía la declaración de las IV Jornadas Rosarinas de Derecho Civil de 2004, está implícita tanto en el espíritu de la justificación de identidad del artículo 1002, como en la permisión de calificación del documento “idóneo”.

Pretender protegerse el Notario bajo el amparo de una calificación abstracta, libre de toda valoración, es como renunciar a ser quienes somos en el ejercicio de la función notarial, sustancialmente orientadora del proceso notarial, al punto de tener que interpretar no solamente el alcance de las declaraciones de voluntad para encontrar la voluntad contractual que cristaliza en el documento, sino también el contenido de los documentos exhibidos, sea por acreditación de la titularidad o el derecho invocado, de los certificados o informes expedidos por los organismos oficiales o particulares y de la legalidad de los actos celebrados.

Además de la función fedante, el escribano es asesor de las partes sobre el alcance de sus declaraciones, le hace saber el contenido de las normas jurídicas vigentes y encausa el acto hacia ellas, deteniendo cualquier desviación de la actuación hacia situaciones de inconducta conforme al art. 953 del CC .

No puede hacer menos en cuanto a la

identificación de las personas, y por eso, la labor que desempeña, no es pasiva, sino activa y responsable, sin que por ello sea fedante en cuanto a este aspecto, que es imposible de regular en un ámbito de certeza que se limita al empleo de los medios adecuados para el fin.

6- La Aplicación de la reforma en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires.

Tratándose de una norma de carácter nacional, que modifica el Código Civil, su aplicación es igual en todo el territorio de la República, con independencia de lo que en cada Provincia se hubiera regulado sobre el ejercicio de la función notarial.

Toda vez que el escribano deba identificar personas en ejercicio de su actividad, deberá hacerlo conforme al art. 1002 del C.C.

En ese aspecto, la certificación de firmas, que a tenor de lo dispuesto por el art. 171 inc. 4 de la ley 9020, está alcanzado por la misma, y en nada merece modificarse, por cuanto expresa: “Podrá ser objeto de la certificación: 4. *La autenticidad de firmas e impresiones digitales puestas en presencia del notario por persona de su conocimiento*”

Si el art. 1002, modificado por la ley 26140 regula los medios para adquirir ese conocimiento, en un proceso de **justificación de identidad**, cualquiera fuera el medio elegido, permitirá arribar a su objeto, que es la identificación.

El conocimiento en verdad, puede tenerse con anterioridad al acto, y por ello el inciso a) del art. 1002 autoriza justificar la identidad por “afirmación del conocimiento”.

Puede no tenerse y ante la falta de documentos idóneos o la duda que los mismos pudieran generar, adquirir ese conocimiento por interpósita persona normativamente autorizada, que tal es la variante del inc. b) del art. 1002, en cuanto permite justificar la identidad por testigos de conocimiento del escribano, los

que serán responsables de la identificación.

O puede formar convicción contemporánea al acto a celebrar, en cuyo caso el medio que la ley tiene por válido y eficaz, es el de exhibición de documento idóneo.

Los tres casos son de justificación de identidad, que no otra cosa pudo ser la vieja “fe de conocimiento” del art. 1001 del Código Civil, cuyo párrafo fue dejado sin efecto, para evitar- como ya lo señalamos- las confusiones en su interpretación.

En ese aspecto, justificar la identidad, es demostrar el “conocimiento” directo o indirecto, pero producto de una elaboración de la mente del escribano que valora los elementos que utiliza y los que la ley le autoriza, y dictamina al efecto.

Ese juicio de valor, está expresamente reconocido por el Reglamento Notarial aprobado por Decreto 3887 el 23 de octubre de 1998 para la Provincia de Buenos Aires, cuando expresa: “*FE DE CONOCIMIENTO. Artículo 126: El notario da fe de conocimiento, individualizando a los requirentes por los medios que juzgue adecuados para adquirir la íntima convicción de su identidad. Requerirá el documento de identidad que legalmente corresponda, mencionando su clase y número*”

Si hubiéramos pretendido dar una conclusión sintética a la reforma de la ley 26140, el artículo transcrito es su mejor expresión.

¿Cómo ignorar entonces su plena aplicación en el nuevo contexto normativo, que no hace más que reafirmar la interpretación que venimos desarrollando y que creemos haber demostrado ya, era la que correspondía para la “fe de conocimiento”?

Sólo desde un aspecto didáctico, acompañamos ciertas modificaciones expresivas, que no lleven a las identificaciones con la vieja mala doctrina y permitan afirmar en toda su extensión, la precisión dada ahora a través de la ley.

Es por ello que propiciamos en los

supuestos de certificaciones de firmas, indicar a que medio de los tres habilitados por el art. 1002 del C.C. se refiere el certificador, cuando dice justificar la identidad.

Toda vez que decía dar fe de conocimiento, dirá ahora, justificar la identidad por afirmación de conocimiento de acuerdo con el art. 1002 inc. a), o por los testigos de su conocimiento, responsables de la identificación, que deberán suscribir el acta en el libro de certificaciones, sin que sea necesario suscribir el documento que se certifica, porque la mentada intervención es ajena al mismo, e inherente solo a la identificación, o por el documento idóneo, en cuyo caso, deberá prevverse la guarda de las copias del documento considerado idóneo, en las partes pertinentes, para ser exhibido cuando le fuera requerido, ya que no hay protocolo donde guardarlo.

En este último aspecto sería conveniente que el Colegio reglamentará una forma de guarda uniforme, como anexo al libro de certificaciones.

7- El juicio de valor en la declaración de habilidad

La justificación de identidad, así como lo era la fe de conocimiento en la redacción de las escrituras, tenían conexión con el juicio de habilidad, y por ello, aprovechando el tratamiento del tema de la identificación, nos vamos a referir a él.

Cuando el escribano decía “*Son personas hábiles y de mi conocimiento, doy fe*”, estaba emitiendo un juicio de valor similar en el resultado, pero diverso en su contenido.

Era similar en el resultado, por cuanto se trata de una conclusión sobre premisas inciertas, carente de precisión científica en su elaboración, por cuanto el escribano no está preparado para certificar si un persona es capaz por haber hecho un análisis físico men-

tal de la persona, con la correlación de la coordinación de las ideas que permitan el equilibrio en la toma de decisiones y una certeza científica sobre su razonabilidad.

Lo que hace al emitir un juicio de habilidad, es producto de una observación vulgar, que de ninguna manera puede ser científicamente cierta.

Parece ser normal, y conocer e interpretar lo que va a ejecutar y suscribir.

Parece entender y querer lo que el documento describe como producto de su voluntad, concatenada en la formación de la voluntad contractual o en la declaración para el acto que el escribano autoriza.

Pero es un juicio vulgar, sin más sustento que el trato corriente de las personas, como era en su origen la “fe de conocimiento” por trato y fama, que no daba certeza de identidad, y no existían tampoco modos de identificación normativizados.

Simplemente se le pide al escribano que analice ambas circunstancias, y emita el juicio en mérito a ello, sin constituirlo en perito de nada.

Se le pide la “diligencia”. No decir firme aquí, sino observar a los requirentes, intercambiar diálogos que permitan detectar su comprensión y que para los que estamos acostumbrados a ésta tarea, es bastante compleja, por cuanto demanda recursos inteligentes para lograrlo.

Recuerdo la astucia de un colega, que para tener la certeza de que era seguido en la lectura de la escritura, cuando leía los datos personales, interrumpía la lectura, y les preguntaba: ¿esta bien?

Si le respondían que sí, allí descubría su juego, porque leía mal los datos para saber si reaccionaban ante el error.

Historias como estas, hay muchas en el ejercicio de la función notarial, y basta recordar la tarea de indagación, cuando es requerido, y las respuestas equivocadas que los requi-

rentes dan por una deformación de la realidad, por desconocimiento de las normas o por concurrir inducidos a soluciones que no son las más convenientes.

Es habitual escuchar a un requirente pedir que se le prepare un bien de familia, porque quiere evitar la sucesión a su muerte. En verdad esta pidiendo una donación con reserva de usufructo, sin perjuicio de que pueda hacer la afectación a bien de familia.

Pero también hay una valoración de lo querido, según parámetros de conducta similares ante situaciones iguales, y entonces el escribano asesora previendo lo que su experiencia y conocimiento le permite conocer: establecer una cláusula de reversión en la donación, constituir una hipoteca en garantía de un saldo de precio o emitir letras hipotecarias, etc.

Todo en la actuación del escribano es indagación, conocimiento, interpretación, adecuación al ordenamiento jurídico y como conclusión de todo ello, el resultado principal, cual es la creación del documento que autoriza, con la fe pública que el estado le ha delegado para imprimirle la seguridad jurídica que la sociedad necesita.

La valoración de habilidad de la persona, puede tenerse ya elaborada con anterioridad, pero siempre debe ser confirmada en el momento del otorgamiento.

El propio régimen jurídico se refiere a ello, cuando hasta regula la validez de un testamento, cuando el mismo fue otorgado en un intervalo lúcido, conforme al art. 3615 del CC que exige la perfecta razón, y de la que sin embargo, no podemos decir que es distinta o mejor que la que se requiere para otros actos.

El juicio de habilidad es indudablemente contemporáneo al acto y para volcar en el documento una expresión que responda a esta interpretación, recomendamos, entre los

muchos textos y variantes posibles, uno que no es mejor ni peor que otros, sino simple modelo, para mostrar lo que se dice, como es la fotografía la muestra de una situación cristalizada en tiempo y espacio, de contenido material.

El documento, representativo de ideas, tiene su gráfica en el modelo, y así lo expresamos: *“De la valoración de los comparecientes con relación al acto que están celebrando, resulta su “habilidad” como aptitud suficiente de querer y entender”*

Expresamos de esta forma la centralización del esfuerzo valorativo con relación a éste acto, sin decir de su capacidad, que no es materia del escribano para juzgarla en el sentido científico, sino de su aparente aptitud para entender lo que esta otorgando o consintiendo y para querer ejecutarlo tal como está perfeñado en el documento.

8- La justificación de identidad en el documento.

Vamos ahora a referirnos a los tres supuestos del nuevo art. 1002, conforme a la redacción que le diera la ley 26140, en su aplicación.

Conectada con la cláusula precedente de habilidad, en sustitución de la conocida expresión habitual de “son personas hábiles y de mi conocimiento, doy fe” con las variantes que en la práctica la misma mereciera, sugerimos ahora en cuanto a la habilidad, lo expresado en el párrafo precedente y en cuanto a la justificación de identidad, según los medios utilizados, los siguientes textos, sin perjuicio de los múltiples, variados y precisos que cada uno pueda expresar en el protocolo.

“Justifico su identidad por afirmación del conocimiento que tengo de los comparecientes conforme al artículo 1002 inciso a) del Código civil modificado por la ley 26140”

Las referencias a la normativa, tienen una función eminentemente docente, dado que no es necesario hacer referencia a ella para que le sea aplicable.

En cuanto a la expresión “afirmación”, utilizamos la misma de la norma, pero ello no es obligatorio y podría ser sustituido por “a quienes conozco conforme al art. 1002 inc. a) del CC” o simplemente “a quienes conozco” o “que son de mi conocimiento”, con lo que anticipamos la infinita variedad de expresiones posibles, así como la inserción técnica en otras partes del documento, como en las “constancias notariales” o antes del cierre, etc.

Nada impide que se siga diciendo: “son personas de mi conocimiento” que sería una “afirmación del conocimiento”, sin que se pueda pretender interpretar que la misma significa estar dando la “fe de conocimiento” que motivara las acciones de falsedad ideológica del art. 993, por cuanto tal interpretación ha quedado expresamente descartada al derogarse la “fe de conocimiento” del art. 1001 y regularse la “justificación de identidad” exclusivamente, en el art. 1002.

Siguiendo con el orden del art. 1002, vamos ahora a una redacción propia de la justificación de identidad por testigos de conocimiento.

Es recaudo esencial de este caso, la comparecencia de los testigos de conocimiento en la escritura, junto con las partes restantes, y su individualización sea por el inciso a) (afirmación de conocimiento) como por la del inciso c) (exhibición de documento idóneo). Al respecto podría decirse que la primera es la única posible, por cuanto los testigos deben ser de conocimiento del escribano. Pero sucede que el inciso c) no hace más que permitir al escribano conocer, y que ese conocimiento se tenga de antes o se forme

ahora, es indistinto, porque en definitiva se cumple el objeto que es que el testigo sea conocido del escribano.

No puede haber diferencia entre uno y otro caso, porque la nueva norma no establece una graduación del conocimiento formado por alguno de los medios posibles, con la sola excepción en ese supuesto, del inciso b), porque el escribano no asume la responsabilidad del conocimiento, sino el testigo, y en tal caso, para el testigo de conocimiento la exigencia es que sea conocido del escribano bajo su responsabilidad y no la de otros testigos.

La escritura deberá aclarar el carácter en que concurren estos testigos, diferenciado incluso de los testigos del acto, que como tales, ninguna responsabilidad asumen sobre la identidad de las partes.

La modalidad que damos en este caso a la cláusula es la siguiente:

Justifico su identidad por la declaración de los dos testigos de mi conocimiento que hago por afirmación en los términos del inciso a) del artículo 1002 (o que hago por exhibición de documentos conforme al inciso c) del artículo 1002), presentes en este acto, quienes testifican sobre la identidad de los comparecientes (o de alguno que se señala expresamente) asumiendo la responsabilidad de ser quienes están en presencia y resultan individualizados por los datos consignados.

En el texto formulado se deja abierta a las dos posibilidades de ser los testigos de conocimiento del escribano por el inciso a) o por el b) del art. 1002, o indistintamente podría serlo uno por el a) y el otro por el b).

En cuanto a la declaración de los testigos, entendemos que su responsabilidad se extiende tanto a la individualización física de la o las personas que se encuentran en ese acto, como la correspondencia de ellos con los datos consignados en la comparecencia de la escritura.

Como en el supuesto anterior, la redac-

ción puede tener cualquier otra connotación vinculada con su regulación, y bastará que se diga que justifico la identidad de los comparecientes con la declaración de los testigos de mi conocimiento presentes a éste acto, o bien mediante una relación en el capítulo de constancias notariales diciendo que la individualización se hace por el inciso b) del artículo 1002 del CC, y aclarando como se los conoce a los testigos.

Como ya lo advertimos, en las certificaciones de firmas, dado que se hace un acta para la certificación, si bien los testigos podrían estar presentes en el documento privado que se certifica, diciendo en que carácter concurren, y que tiene por objeto su presencia, facilitar la certificación de las firmas por el escribano que no conoce a las partes, bastaría con aclarar estas circunstancias y su presencia y firma en el acta del libro respectivo.

En el folio de actuación notarial solo será necesario decir con relación a las personas cuyas firmas se certifican, que son individualizadas por los testigos de conocimiento que suscriben el acta en el Libro de Certificaciones, en los términos del art. 1002 inciso b) del Código Civil, o cualquier otra referencia que contenga ese concepto.

En cuanto al modelo del último supuesto, mediante documento idóneo, el texto que elegimos es el siguiente:

Justifico la identidad de los comparecientes individualizados en la comparecencia con los datos y documento de identidad expedida el ... por ... (autoridad) que me exhiben, cotejo y califico de idóneo y que en fotocopia autenticada de sus partes pertinentes agregó a la presente.

El supuesto parte de la calificación de idóneo al documento de identidad que corresponde a la persona identificada, quien a su vez está obligada a identificarse con determinado documento (DNI, LE, LC, CEDU-

LA DE IDENTIDAD etc.) según la ley 17671 o la que por derecho corresponda, complemente aquella o la modifique.

Las partes pertinentes son las que tengan todos los datos de individualización, tales como nombre y apellido, fecha de nacimiento, señas personales, estado civil, domicilio, número del documento, y las características esenciales como la fotografía, firma e impresión digital.

La calificación implica una tarea de análisis del mismo, si bien vulgar, pero cuidadoso. El juicio está relacionado tanto con la fisonomía de la persona individualizada, lo que pueda entenderse de la apreciación de la huella dactilar a simple vista si de los demás datos surgen dudas, o las variantes o permanencia de los rasgos caligráficos.

Habrá que tener en cuenta que tanto la caligrafía como la huella dactilar, es de difícil cotejo en una cuidadosa falsificación, y el escribano no es perito en la materia. Pero también que los rasgos caligráficos así como la firma se pueden modificar por el transcurso del tiempo, o por la sola situación generada por la particularidad del acto a otorgar, y por tanto no pueden ser determinantes para acusar al escribano falta de diligencia.

No obstante, la norma le da la posibilidad, de utilizar otros documentos, que tengan mayor poder de convicción, sin por ello dejar de reconocer la identificación que deben tener con el documento de identidad obligatorio.

Es por ello, que aun cuando es obligatorio citar el documento que tiene obligación de exhibir como tal el requirente y que citará en la comparecencia el escribano, puede manifestar que lo identifica con una cédula de identidad del MERCOSUR, expedida con fecha reciente, donde aparece igualdad de datos a los consignados en el documento señalado, y aparecen con mas precisión los rasgos caligráficos o fisonómicos o dactilares.

La fórmula que emplearíamos, sería la siguiente:

Justifico la identidad de los comparecientes individualizados en la comparecencia con los datos y documento de identidad allí consignados, con la cédula de identidad expedida conforme al tratado del MERCOSUR número... expedida el ... por ... que me exhiben, cotejo y califico de idóneo y que en fotocopia autenticada de sus partes pertinentes agrego a la presente.

Debemos considerar como apto también, la calificación de idóneo con más de un documento, en tanto se lo señale como medio para asegurar la plena convicción en la individualización.

Recordamos en estos casos, que, al no utilizar el documento de identidad obligatorio como el idóneo, la sola necesidad de cotejo de datos entre éste y el calificado de tal, hace recomendable guardar fotocopia de las partes pertinentes de ambos documentos (por ejemplo DNI y cédula del MERCOSUR)

En cuanto a la precisión en este supuesto del número, además de la fecha de expedición y autoridad, lo hacemos por cuanto no consta entre los datos de la comparecencia.

8-1. En las CERTIFICACIONES DE FIRMAS:

Independientemente de la adaptación de las referencias que se hagan en el Libro de Certificaciones, que podría precisarse en el libro, indicando al comienzo cuando dice:

Comparecen las personas de mi conocimiento se puede agregar antes de precisarla con sus nombres y datos personales cuya identidad justifico conforme al inciso ... (a) o b) o c) del art. 1002 del Código Civil, reformado por la ley 26140:

Si se trata del inc. a) (afirmación del conocimiento), no requiere nada más; si es por testigos, se deberá hacer comparecer también en el acta a los testigos y si es por el inc.

c) hacer referencia a los documentos idóneos utilizados, guardando fotocopia autenticada (claro que sin folio de actuación porque es de uso interno)

En cuanto al folio de actuación para la certificación de la firma, desarrollamos un modelo complejo para comprender mejor la actuación del escribano, no solo en la identificación, sino también en la personería y representación invocada y hasta en la imposibilidad de acreditarla cuanto se trata de una sociedad de hecho.

El texto podría ser el siguiente:

CERTIFICO en mi carácter de Notario Titular del Registro número 92 del Partido de Lanús, que las firmas número uno y dos, que obra en el documento que antecede (CESIÓN CONTRATO LOCACION del locatario a xxx S.R.L.) son auténticas y fueron puestas en mi presencia en la fecha, según Acta número 85 obrante al folio número 85 del Libro de Requerimientos número TRECE por las siguientes personas, que justifican identidad en los términos del artículo 1002 inc.c) del C.C. modificado por la ley 26140, y acreditan representación como se indica a continuación: 1)... DNI..., por sí y a su vez en el carácter de GERENTE de la sociedad "xxx S.R.L." constituida por instrumento privado de fecha... con firmas certificadas por la escribana de la Ciudad de Buenos Aires, ..., interinamente a cargo del Registro ... de Capital Federal e inscripta en la Inspección General de Justicia el 11 de agosto de ... bajo el número ... del libro ... de SRL, con trámite precalificado número ... y en su carácter de "locatario", manifestando que lo hace a su vez en representación de la sociedad de hecho "PP...SOCIEDAD DE HECHO", cuya personería no acredita por la naturaleza del ente, y 2)mm..., DNI..., en representación de la sociedad "zz S.A.", en el carácter de Presidente del Directorio, conforme a la designación de Autoridades que resulta de la Asamblea del y acta de Directorio

*que resulta de la rubrica efectuada el...
de la sociedad constituida el...
e inscripta el...*

Archivo fotocopia autenticada de los documentos de identidad relacionados. Lanús diecinueve de octubre de dos mil seis, doy fe.

8-2. La circulación de documentos certificados

La confusión interpretativa que puede presentar el novedoso procedimiento instaurado por el art. 1002 del CC hasta tanto se precise su aplicación, no puede llegar a hacer decir a la norma lo que ella no dice.

Entre otras cosas, es un procedimiento dirigido directamente para el escribano certificante en este caso, y no para los terceros que reciben el documento certificado.

Por tanto, no podrá exigirse para la circulación, más recaudos que los que se cumplen con las certificaciones hasta la fecha sujetas a la "fe de conocimiento"

Ni el Colegio de Escribanos para legalizar, podrá exigir más que la indicada referencia a la modalidad utilizada para la justificación de identidad, sin acompañar o adjuntar al documento las fotocopias que solo debe guardar el certificante, ni los terceros que lo reciban, pueden hacerlo, porque ello no resulta de norma alguna y es armonioso con el ejercicio de la función notarial, donde no se exige acompañar a los registros o al órgano legalizante, todo aquello que hace a la acreditación de personería, de titularidad, de constancias para el acto, etc.

Son requisitos para el escribano, que en modo alguno se extienden a la circulación del documento, y que el notario se deberá negar a proporcionar, porque sólo los jueces pueden exigirlo o la inspección del Juzgado Notarial para verificar el cumplimiento de las obligaciones funcionales del escribano.

IV-2. DISPOSICIÓN TÉCNICO REGISTRAL 7/82 SOBRE ERROR EN EL OBJETO

No obstante la antigüedad de la norma y que la misma no ha sufrido modificaciones, siendo materia de permanente consulta, la reactualizamos en la presente con un comentario del Notario Eduardo Domingo BELMONTE y la Dra. Betiana Daniela SINI y un modelo escriturario preparado por ellos.

La Plata, 5 de Mayo de 1982.

VISTO:

Lo dispuesto por los artículos 34 y 35 de la Ley 17.801 y la Disposición Técnico Registral n° 4/69, y

CONSIDERANDO:

Que la Disposición Técnico Registral n° 4/69 y consecuente Orden de Servicio n° 3/72, fijan como modo de subsanación de errores "in objeto", consignados en documentos, "el retracto y posterior tracto" a favor de quien corresponda;

Que nuestra legislación de fondo exige en materia de transmisión de inmuebles: la escritura pública (artículo 1184 inciso I del Código Civil) y la tradición (artículo 577 del mismo texto legal) ó sea título y modo para la adquisición del derecho real;

Que resulta entonces necesario y previo, efectuar una distinción de los supuestos que puedan darse, a saber:

- a) Error en el objeto transmitido
- b) Error en el documento portante

Que cuando el error surge del documento pero la tradición se ha efectuado sobre el inmueble objeto del acto notarial, es factible subsanar esta inexactitud por medio de escritura aclaratoria;

Que para ello el notario cuenta con un medio eficaz, como lo es el acta de comprobación, que permitirá de manera indubitable conocer si la tradición se ha operado sobre el

inmueble objeto del negocio;

Que avalan este criterio dictámenes producidos por la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, como asimismo la conclusión arribada al tratar el Tema II del IV Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Mendoza, que receptó el aporte a dicho Congreso efectuado por el Señor Asesor Registral de ese Colegio (CERDA, Jaime "Propuesta de Modificación al Régimen Vigente en la Provincia de Buenos Aires relativa a la Subsanación de Inexactitudes Registrales" Disposición Técnico Registral n° 4/69 y consecuente Orden de Servicio n° 3/72);

Por ello,

EL DIRECTOR PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD,

D I S P O N E :

ARTICULO 1°.- Derógase la Disposición Técnico Registral n° 4/69 y la Orden de Servicio n° 3/72.

ARTICULO 2°.- Es medio idóneo para subsanar el equívoco cometido en una escritura pública de venta, por haberse mencionado erróneamente la designación del inmueble objeto del acto, la escritura aclaratoria, sin perjuicio de cumplimiento del artículo 23 de la Ley 17.801.

ARTICULO 3°.- De forma.

AL SOLO EFECTO INFORMATIVO se transcribe seguidamente la norma DEROGADA, que rechazaba la subsanación por escritura ACLARATORIA, ahora admitida. LA PLATA, 4 de setiembre de 1969.

VISTO :

La situación jurídico registral, motivada por la presentación de escrituras aclaratorias en las que se cambia la titularidad de dere-

chos de dominio; en razón de los errores que se intentan subsanar por dicha vía documental, y

CONSIDERANDO:

Que la calificación registral en relación a los documentos que se intentan inscribir o anotar, debe guardar estrecha relación e innegable compatibilidad, entre el asiento que se produce y el documento que la origina;

Que en tal sentido es de manifiesta improcedencia, una anotación como modo idóneo para sustituir una titularidad erróneamente consignada;

Que resulta por tanto inadmisibles la escritura aclaratoria como medio idóneo para subsanar errores "in objeto", consignados en anteriores escrituras debidamente inscriptas;

Que armoniza con este concepto, lo resuelto sobre la calificación fiscal de este tipo de negocio jurídico, en el expediente 2306-I048II/68 - tanto por la Dirección de Recaudación como por la Asesoría General de Gobierno;

Que si bien no es la calificación fiscal, necesariamente un método interpretativo de

normas registrales, resulta a no dudar esclarecedor los alcances allí asignados al "negocio jurídico aclaratorio", y por tanto puede tomarse como ejemplo claro a fin de tener bien firme que tipo de documento ha menester para sanear asientos erróneos del carácter descripto;

Que asimismo la armonización de los criterios interpretativos de los distintos organismos integrantes del ministerio, es a no dudar una exigencia de propio imperio en las facultades naturales de los mismos;

Por ello,

EL DIRECTOR DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

D I S P O N E :

ARTICULO 1º.- Toda vez que se ruegue modificación (ó cambio) de titularidades de un dominio (ó derecho) debidamente inscripto pero erróneamente instrumentado según las partes, el documento portante que se intente inscribir deberá contener el retracto y su posterior tracto, en favor de quien corresponda según la voluntad de los intervinientes.

ARTICULO 2º.- De forma.

IV-2-1. CONSIDERACIONES EN MATERIA DE ERROR EN EL OBJETO

Por Eduardo Domingo BELMONTE y Betiana D. SINI

Muchas fueron las controversias que se suscitaban antes de la sanción de la Disposición Técnico Registral número 7 del año 1.982, emanada del Registro de la Propiedad Inmueble de ésta Provincia de Buenos Aires.-

Cuando existía error cartular consignándose en el caso de las escrituras traslativas de dominio, un inmueble distinto al que las partes pretendían que fuera el objeto del acto y a otro ente jurídico se le adjudicaba el que pertenecía a la primera, se producía una situación muy particular, que originaba que nin-

guna de las dos eran propietarias de nada.-

En tal sentido, con fecha 4 de septiembre de 1.969, y debido a la situación jurídico registral, motivada por la presentación de escrituras aclaratorias en las que se cambiaba la titularidad de derechos de dominio y en razón de los errores que se intentaban subsanar por dicha vía documental, se dicta la Disposición Técnico Registral número 4 del citado año, de autoría del ilustre Dr. Raúl García Coni, en virtud de entender que "la calificación registral en relación a los docu-

mentos que se intentan inscribir o anotar, debe guardar estrecha relación e innegable compatibilidad entre el asiento que se produce y el documento que la origina”, agregando que “es de manifiesta improcedencia, una anotación como modo idóneo para sustituir una titularidad erróneamente consignada” y por tanto resultaba inadmisibles a su juicio, la escritura aclaratoria como medio idóneo para subsanar errores “in objeto”, consignados en anteriores escrituras debidamente inscriptas, disponiendo en consecuencia que toda vez que se ruegue modificación (o cambio) de titularidades de un dominio (o derecho) debidamente inscripto pero erróneamente instrumentado según las partes, el documento portante que se intente inscribir deberá contener el retracto y su posterior tracto, a favor de quien corresponda según la voluntad de los intervinientes.-

Posteriormente el Registro de la Propiedad modificó dicho criterio y dictó la aludida disposición 7/82, derogando la del año 1969 y su consecuente orden de servicio número 3/72, interpretación avalada por los dictámenes producidos por la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de ésta Provincia, como también por la conclusión arribada en el marco del tratamiento del Tema II del IV Congreso Nacional de Derecho Registral celebrado en Mendoza, que receptó el aporte a dicho Congreso, efectuado por el Asesor Registral del citado Colegio, don Jaime Cerdá, en su “Propuesta de Modificación al Régimen Vigente en la Provincia de Buenos Aires relativa a la Subsanción de Inexactitudes Registrales”.-

Dicha DTR estableció que “es medio idóneo para subsanar el equívoco cometido en una escritura pública de venta, por haberse mencionado erróneamente la designación del inmueble objeto del acto, la escritura aclaratoria, sin perjuicio del cumplimiento del

artículo 23 de la Ley 17.801”, ello en virtud de que, como bien señalara el autor de la norma, nuestra legislación de fondo exige en materia de transmisión de inmuebles la escritura pública (artículo 1184 inciso I del Código Civil) y la tradición (artículo 577 del mismo texto legal), o sea título y modo para la adquisición del derecho real.-

Sin perjuicio de las resoluciones mencionadas, había quienes intentaban sanear el error mediante el otorgamiento de una permuta, que en infinidad de casos los registros inmobiliarios inscribían.-

Sin embargo, y recordando al gran maestro español Nuñez Lagos, el título se inscribe porque es válido y no es válido porque se inscribe, o sea que esa registración no subsana ningún error.-

Ello es así pues en la hipótesis, uno tenía título sobre el bien número uno y a su vez la posesión del bien número dos, y viceversa.- Evidentemente tenían el título pero no el modo, elementos éstos que configuraban el dominio pleno y perfecto.-

Mas grave era el caso que el error en el objeto no fuere sobre dos inmuebles sino sobre tres, cuatro y más aún, hipótesis en que de ninguna manera podrían intentar subsanarlo por la mala aplicación de la permuta a que referíamos: si eran cinco quienes se permutaban?...

Con ésta brevísima introducción, sólo pretendemos insistir en la solución, para que con un título perfecto se subsanen dichos errores, muy comunes en los loteos o en las primeras ventas de unidades sometidas al Régimen de la Ley de Propiedad Horizontal.-

Para ello trataremos de intentar una solución mediante una escritura que pasaremos a detallar, como asimismo el tratamiento impositivo que no es ni el de la compraventa ni el de la permuta.-

IV-2-2. MODELO

ESCRITURA NUMERO- ACLARATORIA: “**PEREZ Juan y Otros.**- En la ciudad de Lomas de Zamora, partido del mismo nombre, Provincia de Buenos Aires, República Argentina, a los ... días del mes de ... del año, ante mí: **Eduardo Domingo BELMONTE.**- Notario Titular del Registro de Escrituras Públicas número cuatro del Partido de Lomas de Zamora, **COMPARECEN: Don Juan PEREZ,** argentino, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número, Clave Unica de Identificación Tributaria –C.U.I.T.- número, quien manifiesta ser de estado civil casado en primeras nupcias con doña, y domiciliarse en la calle de la ciudad y partido de,; **Don Francisco LOPEZ,** argentino, mayor de edad, Libreta de Enrolamiento número, Clave de Identificación –C.D.I.- número, quien manifiesta ser de estado civil soltero, hijo de don y de doña, y domiciliarse en la calle ... de la ciudad de, partido de,; **Doña Victoria GONZALEZ,** argentina naturalizada de origen español, mayor de edad, Libreta Cívica número, Clave Unica de Identificación Laboral – C.U.I.L. - número, quien manifiesta ser de estado civil viuda de sus primeras nupcias de don, domiciliada en la calle de la ciudad y partido de,; **Doña María GOMEZ de GARCIA,** española, Documento Nacional de Identidad para Extranjeros número, Clave de Identificación –C.D.I. número, viuda de sus primeras nupcias de don Ramón García, domiciliada en la calle de la ciudad y partido de,; **Don Jacinto GARCIA Y GOMEZ,** argentino, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número, Clave Unica de Identificación Tributaria – C.U.I.T. - número, quien manifiesta ser de estado civil casado en primeras nupcias con Ana Vera, hijo de don

Ramón García y de doña María Gomez, domiciliado en la calle ... de la ciudad y partido de.....; y don Roberto GARCIA Y GOMEZ, argentino, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número , Clave Unica de Identificación Tributaria – C.U.I.T.- número, quien manifiesta ser de estado civil soltero, hijo de don Ramón García y de doña María Gomez, domiciliado en la calle ... de la ciudad y partido de,; por una parte; y don **Alejandro SÁNCHEZ,** argentino, mayor de edad, Documento Nacional de Identidad número, quien manifiesta ser de estado civil casado en primeras nupcias con...., domiciliado en la calle de la ciudad y partido de,; por otra parte.- Todos los comparecientes son personas hábiles y de mi conocimiento, de lo que doy fe, así como que los nombrados en primer término, o sea don **Juan PEREZ,** don **Francisco LOPEZ,** doña **Victoria GONZALEZ,** doña **María GOMEZ de GARCIA,** don **Jacinto GARCIA y GOMEZ,** y don **Roberto GARCIA y GOMEZ** concurren a éste acto por su propio derecho, mientras que don **Alejandro SANCHEZ** lo hace en nombre y representación de don **Claudio VERA,** en mérito al Poder Especial que éste le otorgó mediante escritura número, fe cha, pasada por ante el notario de éste partido, don....., al folio ... del Registro número ... de su adscripción, el cual contiene facultades suficientes para éste otorgamiento, asegurando su apoderado la plena vigencia del mismo por no encontrarse revocado, limitado ni restringido en forma alguna, cuyo original tengo a la vista y en fotocopia, debidamente certificada agrego a la presente, doy fe.- Y los comparecientes, en el carácter invocado, **EXPONEN: PRIMERO)** Que en el mes de marzo de mil novecientos noventa y nueve, don **Claudio**

VERA VENDIO a don **Juan PEREZ UN LOTE DE TERRENO** ubicado en el partido de **GENERAL LAVALLE**, de ésta Provincia, paraje **MAR DEL TUYU**, designado de acuerdo a su título como **LOTE ONCE de la Fracción III-e**, que mide:Nomenclatura Catastral: Circunscripción ..., Sección, Fracción III-e-, Parcela: II.- Número de Partida:- **LE CORRESPONDIO** al vendedor el bien deslindado por compra que hiciera a don Arturo Ello y Otra, el día ... de ... de..., por ante el Escribano del partido de General San Martín, don, cuyo testimonio se inscribió en la matrícula del partido de General Lavalle .- Que al otorgarse la escritura traslativa de dominio del citado inmueble con fecha de marzo de 1.999, por ante el notario de la Ciudad de La Plata don, al folio del Registro número a su cargo, cuyo testimonio que tengo a la vista, se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha ... en la Matrícula del partido de General Lavalle, se consignó erróneamente que el lote de terreno, cuyo dominio se transmitía era el designado con el número **DIEZ de la FRACCION III-e**, consignándose también los linderos, superficies y demás circunstancias de éste lote, cuando en realidad debió consignarse o identificarse al que en realidad había sido objeto de la compraventa, o sea el **NUMERO ONCE** sobre el cual efectiva y realmente se había verificado la tradición y de cuya posesión quieta, pública, pacífica y sin oposición de terceros, se encuentra en la actualidad el señor **Juan PEREZ.- SEGUNDO**) Que en el mes de mayo de 1.999 don **Claudio SÁNCHEZ VENDIO** a don **Francisco LOPEZ, UN LOTE DE TERRENO** ubicado en el partido de **GENERAL LAVALLE** de ésta Provincia de Buenos Aires, paraje denominado **Mar del Tuyú**, designado de acuerdo a su título con el

número **DOCE de la FRACCION III-e**, que mide:- Nomenclatura Catastral: Circunscripción IV, Sección TT, Fracción III-e, Parcela I2.- Número de Partida:- **LE CORRESPONDIO** al vendedor el bien deslindado por compra que le hiciera a don Arturo Ello y Otra, el día ... de ... de..., por ante el Escribano del partido de General San Martín, don, cuyo testimonio se inscribió en la matrícula del partido de General Lavalle.- Que al otorgarse la escritura traslativa de dominio del citado inmueble con fecha de mayo de 1.999, pasada por ante la Escribana del partido de General San Martín, doña, al folio ... del Registro número ... a su cargo, cuyo testimonio que tengo a la vista, se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha ... en la Matrícula del Partido de General Lavalle, se consignó erróneamente que el lote de terreno, cuyo dominio se transmitía era el designado con el número **ONCE de la FRACCION III-e**, consignándose también los linderos, superficies y demás circunstancias de ese lote, cuando en realidad debió consignarse e identificarse al que había sido objeto de la compraventa, o sea el **NUMERO DOCE**, sobre el cual efectiva y realmente se había verificado la tradición y en cuya posesión, quieta, pública, pacífica y sin oposición de terceros, se encuentra en la actualidad el señor **Francisco LOPEZ.- TERCERO**) Que en el mes de junio de 2.000, don **Claudio SÁNCHEZ VENDIO** a doña **Victoria GONZALEZ**, siendo de estado civil soltera, **UN LOTE DE TERRENO** ubicado en el partido **GENERAL LAVALLE**, paraje denominado **Mar del Tuyú**, Provincia de Buenos Aires, siendo de estado civil soltera, designado de acuerdo a su título como **LOTE CUATRO de la FRACCION III-e**, que mide:- Nomenclatura Catastral: Circunscripción IV, Sección TT, Fracción III-e, Parcela 4.-

Número de Partida:- **LE CORRESPONDIO** al vendedor el bien deslindado compra que le hiciera a don Arturo Ello y Otra, el día ... de ... de..., por ante el Escribano del partido de General San Martín, don, cuyo testimonio se inscribió en la matrícula del partido de General Lavalle.- Que al otorgarse la escritura traslativa de dominio del citado inmueble con fecha de junio de 2000, pasada por ante la Escribana del partido de General San Martín, doña, al folio ... del Registro número ... a su cargo, cuyo testimonio que tengo a la vista, se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha ... en la Matrícula del Partido de General Lavalle, se consignó erróneamente que el lote de terreno, cuyo dominio se transmitía era el designado con el número **DOCE de la FRACCIÓN III-e**, consignándose también los linderos, superficies y demás circunstancias de éste lote, cuando en realidad debió consignarse e identificarse al que en realidad había sido objeto de la compraventa, o sea el **NUMERO CUATRO**, sobre el cual efectiva y realmente se había verificado la tradición y en cuya posesión quieta, pública, pacífica y sin oposición de terceros se encuentra en la actualidad doña **Victoria GONZALEZ.- CUARTO)** Que en mes de agosto de 2.000 don **Claudio SÁNCHEZ VENDIO** a don **Ramón GARCIA** y doña **María GOMEZ de GARCIA**, **UN LOTE DE TERRENO** ubicado en el partido de **GENERAL LAVALLE**, paraje denominado “**Mar del Tuyú**”, Provincia de Buenos Aires, designado de acuerdo a su título como **LOTE DIEZ** de la **FRACCION III-e**, que mide:- Nomenclatura Catastral: Circunscripción IV, Sección TT, Fracción III-e, Parcela 10.- Número de Partida:- **FALLECIDO** don **Ramón GARCIA** se tramitó su juicio sucesorio “ab – intestato” por ante el Juzgado de Primera

Instancia en lo Civil y Comercial número 10, Secretaría número 8 del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, donde luego de corridos los trámites de estilo se dictó, con fecha 15 diciembre de 2002, la correspondiente declaratoria de herederos por la que se declaró en cuanto ha lugar por derecho y sin perjuicio de terceros, que por fallecimiento de don Ramón García le suceden en carácter de universales herederos: Jacinto y Roberto **GARCIA Y GOMEZ** y su cónyuge doña **María GOMEZ**, a quien se le declara heredar en cuanto a los bienes propios si los hubiere, sin perjuicio de los derechos que la ley le acuerda con respecto a los gananciales, cuyo testimonio, que tengo a la vista para éste acto, se inscribió con fecha ... de de 2003 en la citada matrícula del partido de General Lavalle, doy fe.- **LE CORRESPONDIO** al vendedor, el bien deslindado, por compra que hiciera a don Arturo Ello y Otra, el día ... de ... de..., por ante el Escribano del partido de Lomas de Zamora, don, cuyo testimonio se inscribió en la matrícula del partido de General Lavalle.- Que al otorgarse la escritura traslativa de dominio del citado inmueble con fecha de junio de 2000, pasada por ante el Escribano del partido de Lomas de Zamora, don, al folio ... del Registro número ... a su cargo, cuyo testimonio que tengo a la vista, se inscribió en el Registro de la Propiedad con fecha ... en la Matrícula del Partido de General Lavalle, se consignó erróneamente que el lote de terreno, cuyo dominio se transmitía era el designado con el número **CUATRO de la FRACCION III-e**, consignándose también los linderos, superficies y demás circunstancias de este lote, cuando en realidad debió consignarse e identificarse al que en realidad había sido objeto de la compraventa, o sea el **NUMERO DIEZ**, sobre el cual efectiva y realmente se había verificado la

tradicción y en cuya posesión, quieta, pública, pacífica y sin oposición de terceros se encuentra en la actualidad doña **María GOMEZ de GARCIA**, don **Jacinto GARCIA y GOMEZ** y don **Roberto GARCIA y GOMEZ**.- **DE LOS CERTIFICADOS** que se agregan a la presente y de los que tengo a la vista para éste acto, cuyo contenido ratifican las partes, expedidos los del Registro de la Propiedad con fechabajo los números, se justifica: Que por el nombre de los comparecientes no aparecen inhibiciones para disponer de sus bienes.- Su dominio consta inscripto en la forma indicada sin modificaciones ni restricciones y no reconoce locación, embargo, hipoteca ni otro derecho real.- Con relación al Impuesto Inmobiliario, el escribano autorizante procederá dentro de los plazos legales a liberar hasta la fecha el respectivo certificado.- **CONTINUAN** manifestando las partes que evidentemente ha existido error en los documentos portantes, por cuanto la tradición, como se acaba de consignar ha sido debidamente otorgada sobre los inmuebles que fueron objeto del negocio.- De tal manera deben considerarse **EXCLUSIVOS TITULARES DE DOMINIO** de los cuatro inmuebles descriptos en el siguiente orden: a) Corresponde a doña **María GOMEZ de GARCIA**, don **Jacinto GARCIA y GOMEZ** y don **Roberto GARCIA y GOMEZ**, en plena propiedad y dominio el **LOTE DIEZ DE LA FRACCION III-e**.- b) Corresponde a don **Juan PEREZ**, en plena propiedad y dominio el **LOTE ONCE de la FRACCION III-e**; c) Corresponde a **Francisco LOPEZ** en plena propiedad y dominio el **LOTE DOCE de la FRACCION III-e**; y d) Corresponde a doña **Victoria GONZALEZ** en plena propiedad y dominio el **LOTE CUATRO de la FRACCION III-e**, en cuya posesión se encuentran cada uno de los nombrados, como se ha

mencionado precedentemente.- **AVALAN** las manifestaciones vertidas en cuanto a la posesión que detentan cada uno de los titulares, el acta de comprobación que por intermedio del notario del partido de La Costa, don, se instrumentó con fecha de de...., mediante escritura número, pasada al folio ... del Registro númeroa su cargo, la cual en su primera copia agregó a la presente, doy fe.- Por todo lo expuesto por los requirentes y sobre cuya veracidad se hacen responsables plenamente, solicitan del autorizante, que en ejercicio del derecho que les confiere lo normado en la Disposición Técnico Registral **NUMERO SIETE** del cinco de mayo de **I.982**, emanada del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, se proceda a tomar nota ante el Registro de la Propiedad en las matrículas relacionadas, para lo cual conforme al citado texto legal es suficiente el presente otorgamiento.- (**EN CASO DE CORRESPONDER: PRESENTES EN EL ACTO DESDE SU COMIENZO:**, personas hábiles y de mi conocimiento, de lo que doy fe y dicen: Que prestan su asentimiento con este acto verificado por sus cónyuges ó **EN ESTE ESTADO** doña.... declara que no debe recabarse el asentimiento de sus nombrados cónyuges, en virtud de que el bien objeto de éste acto es de carácter propio, como surge de sus antecedentes dominiales, no estando en el mismo instalado el hogar conyugal de ninguno de ellos, lo que declaran bajo juramento).- **EL AUTORIZANTE** deja constancia que para éste otorgamiento formuló consulta a la Dirección Provincial de Rentas de ésta Provincia, mediante Expediente número 2306 y 1064/Año 1988, en el que recayó la resolución que en fotocopia agregó a la presente y que copiada literalmente dice lo siguiente: “**CORRESPONDE AL EXPEDIENTE N-2306 – 31.006/88. DPTO.**

TRAMITES GENERALES – SECTOR ENTRADAS, SALIDAS Y TRAMITES:

Visto la consulta efectuada por el notario Eduardo Domingo Belmonte, titular del Registro N° 4 del Partido de Lomas de Zamora, con respecto al tratamiento impositivo que correspondería darle a la escritura aclaratoria, cuyo proyecto obra a fs. 4/6, se informa: “Que previamente es necesario mencionar algunas de las normas que rigen el Impuesto de Sellos, a saber: “Estarán sujetos al impuesto, los actos, contratos y operaciones de carácter oneroso que expresamente se indique...” (Artículo 184 del Código Fiscal T.O. 1987).- “En toda transmisión de dominio a título oneroso de bienes inmuebles, incluida la transmisión de la nuda propiedad, se liquidará el impuesto sobre el monto del precio de venta o de valuación especial...” (Artículo 196 Código Fiscal).- Estarán exentos de Impuesto de Sellos, los actos y contratos que tengan por objeto aclarar, declarar o rectificar errores de otros o que confirmen anteriores por los cuales se hayan pagado los impuestos respectivos, sin alterar su valor, término o naturaleza y siempre que no se modifique la situación de terceros, instrumentados privada o públicamente” (Artículo 230 inciso 24 Código Fiscal).- Que el hecho que motiva la consulta puede sintetizarse así: Un mismo titular de dominio vendió a distintas personas cuatro lotes de terreno, linderos entre sí, ubicados en la localidad de Mar del Tuyú, partido General Lavalle, hoy Municipio Urbano de La Costa.- Cada uno de los cuatro adquirentes se encuentra en posesión real y efectiva de sus respectivos lotes desde el origen de la compra.- Al formalizarse la transmisión de dominio mediante las respectivas escrituras traslativas, se cometieron errores transmitiéndose los bienes en forma equivocada.- Es decir que hubo equívocos en cuanto a las personas de los

adquirentes en los documentos portantes, dado que la tradición se efectuó correctamente sobre los inmuebles que realmente habían adquirido los compradores.- Que ahora se trata de subsanar los errores cometidos mediante una escritura aclaratoria, cuyo proyecto luce a fs. 4/6, conforme a lo prescripto en la Disposición Técnico Registral N° 7 del 5/5/82, que en su parte pertinente dice: “Es medio idóneo para subsanar el equívoco cometido en una escritura pública de venta, por haberse mencionado erróneamente la designación del inmueble objeto del acto, la escritura aclaratoria...” (Artículo 2).- En los considerandos de dicha Disposición se expresa: Que nuestra legislación de fondo exige en materia de transmisión de inmuebles la escritura pública (artículo 1148 inciso I – Código Civil) y la tradición (Artículo 577 del mismo texto legal), o sea, título y modo para la adquisición del derecho real.- Que resulta entonces necesario y previo efectuar una distinción de los supuestos que pueden darse, a saber: a) Error en el objeto transmitido; b) Error en el documento portante; que cuando el error surge del documento pero la tradición se ha efectuado sobre el inmueble objeto del acto notarial, es factible subsanar ésta inexactitud por medio de escritura aclaratoria. Que para ello el notario cuenta con un medio eficaz, como lo es el acto de comprobación, que permitirá de manera indubitable conocer si la tradición se ha operado sobre el inmueble objeto del negocio.- Que del examen del proyecto de escritura aclaratoria agregado a estas actuaciones, surge que el notario recurrente se ha ajustado a lo normado en la Disposición Técnico Registral transcrita precedentemente incluso en lo referente al acto de comprobación.- Dicha escritura no reviste carácter oneroso, ante la ausencia de contraprestaciones recíprocas, requisito éste esencial para que sea procedente la aplicación

del Impuesto de Sellos, de acuerdo a lo establecido por el Código Fiscal en las normas citadas "supra" (artículo 184 y 196).- Por lo expuesto esta Subdirección estima procedente incluir el presente caso en la exención establecida en el inciso 24 del artículo 23I del texto legal citado precedentemente y que ha sido transcrito al comienzo.- Con lo expuesto se remite el pre-

sente a ese Sector para que notifique a la parte interesada; cumplido vuelva.- Subdirección Técnica, I de setiembre de 1988.- Susana Cotuar. Subdirector.- Subdirección Técnica – Dirección Técnico Tributaria- **ES COPIA FIEL**, doy fe.- **LEO** a los comparecientes la presente escritura, quienes así la otorgan y la firma, por ante mi, de lo que doy fe.-

IV-3. ALGO MÁS SOBRE EL DTO. 181/2006 REGLAMENTARIO DE LA LEY 25797 (REGULARIZACIÓN DOMINIAL)

por Rubén Augusto LAMBER

En el número anterior del CEN, transcribimos el decreto referido, y anticipamos sucintamente una crítica, que venimos a profundizar ahora, atento a que no se han escuchado cuestionamientos de fondo sobre la naturaleza de la regularización dominial, persistiendo en errores apuntados.

Si el derecho inscripto por la ley 24374, es un mero derecho personal, y no configura un dominio revocable, con las características de conformar un doble dominio hasta tanto se produzca la caducidad que ahora reglamenta el decreto comentado, se presentan dificultades en cuanto a la adquisición del derecho durante la etapa preparatoria y no se puede, entre otras cosas sustanciales, afectar a bien de familia, que en este caso es importante por el impacto social que significa el derecho a la vivienda y su defensa desde el propio ámbito constitucional.

El desaprovechamiento de la oportunidad al reglamentar, es lamentable, dado que en el tratamiento de los anteproyectos lo consignamos detenida y fundadamente, como ahora lo reiteramos.

El aspecto positivo, es dar al cumplimiento del plazo de diez años que resulta del art. 3999 al que remite el art. 8 de la ley 24374, el efecto de consolidación administrativa, sin

ningún tipo de tramitación judicial que recrudecería en el mal que la ley trató de evitar, ya resuelto con la ley 25797..

Si se legisló para que los beneficiarios no tuvieran que recurrir a un juicio de cumplimiento de contrato o a un juicio de usucapión económicamente inalcanzables, no podemos pensar ahora, luego de todos los procedimientos administrativos y registrales a que el beneficiario fue sometido, a que vaya a buscar su derecho a los Tribunales.

Resultaría casi una burla y pondría en ridículo la efectividad de la ley.

Aplaudimos entonces dar a la inscripción registral por el régimen de la ley 24374, art. 6 inc.e) (el caso del inc. h queda excluido por cuanto se inscribió ya como un dominio pleno y perfecto), en concordancia con el art. 8, el efecto de consolidación de dominio (art. 1° ley 25797 y art. 1° dto.provincial 181/06) ambos transcritos en el CUA-DERNO N° 1 del CEN.

Y valoramos especialmente el inc. 2 de éste último, en cuanto dispone que la consolidación a favor del regularizado lo es con carácter de "titular de dominio perfecto".

Parece de buena práctica, para solucionar los múltiples conflictos que se presentaron en la aplicación (casos de inscripciones sin sub-

divisiones, o para afectar a propiedad horizontal), la necesidad de solicitud del beneficiario del acto notarial de consolidación en los términos de los artículos 3 a 7 del dto. 181/2006.

Incluso es aconsejable, como lo dice la norma, en todos los casos, por cuanto de esta consolidación surge la cancelación del dominio del propietario originario, y se evita una actuación de oficio del registro, que pudiera dar lugar a errores administrativos peligrosos para el poder administrador.

La aplicación a requerimiento, caso por caso, pone bajo la lupa verificadora el proceso desarrollado y da seguridad jurídica.

Hasta aquí nuestra aprobación total.

Sin embargo, debemos analizar el efecto de la reforma, porque al evitar tratar la naturaleza de la inscripción, daría por tierra con todos los logros elogiados..

Desde un principio criticamos severamente el mal tratamiento interpretativo que se dio a la inscripción de la ley 24374, art. 6 inc. e), por cuanto ni se definió, ni se le dio el carácter de una inscripción de dominio, en aras de la preservación del derecho del propietario registral, y para no tener que afrontar un problema de doble dominio, originado en la aplicación de una norma.

Desarrollamos la postura del conocido jurista Fernando LOPEZ DE ZAVALIA, que siendo diputado al momento de la discusión parlamentaria, dio su calificada opinión como civilista y docente de derecho, advirtiendo que no debía asustar que se resolviera el problema mediante un procedimiento administrativo, sin intervención judicial, por cuanto lo que se daba por el régimen de la ley, no era un título perfecto, sino un justo título. Y hacía expresa remisión al art. 4010 del C.C. que define el justo título, para enlazarlo con el art. 3999 de la norma entonces proyectada, hoy ley 24374, según el cual, ese

justo título, otorgado por quien no es el propietario, habilita al beneficiario para oponer la prescripción de diez años contra el titular originario. (Diario de sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, Reunión 29, del 2 de diciembre de 1993, pág. 3580).

Las vacilaciones iniciales, y las normas locales, no quisieron darle a este "justo título" el carácter de un título de propiedad inscribiéndolo como tal en el Registro de la Propiedad, por la razón de que no podían inscribirse dos derechos iguales, a favor de distintas personas, sobre la misma cosa.

Sin embargo, la solución estaba, creando con la saludable pretensión saneadora de la ley, un doble dominio. Sin cancelar el dominio del propietario originario, sugerimos "abrir" registralmente un nuevo dominio, pero correlacionando ambas matrículas, de modo que quien consultaba el dominio primitivo, tuviera conocimiento de la pretensión de regularización, y a la inversa, el que investigaba sobre este último, supiera la situación del otro, hasta el cumplimiento del plazo de diez años, o hasta que se resolviera en juicio la oposición del titular contra la regularización. Así nos pronunciamos en nuestro trabajo "Análisis de la ley 24374 sobre régimen de regularización de tierras para vivienda" (Ed. Pregón, marzo 1996) y ¿Cuál es el derecho del que tiene escritura por regularización dominial conforme a la ley 24374" (Pregón de la Justicia, Lanús, mayo 1998), al igual que en varios dictámenes producidos en la Secretaría de Tierras de la Prov. de Bs.As. y en la Asesoría Notarial Personalizada de este Colegio.

La necesidad de titularizar un dominio mediante la inscripción registral, que lo consideramos bajo la forma de "dominio revocable" para hacer más notoria la condición a la que la ley lo estaba sometiendo, es el quid de la cuestión para la calificación de la consoli-

dación, por cuanto, si la inscripción opera como dominio revocable, es porque está sujeto a una condición resolutoria, que es lo que indudablemente pretende la ley al remitirse al art. 3999 y no a una condición suspensiva, en la que el plazo se produce desde el momento del cumplimiento de la condición.

El tema lo analizamos detenidamente en la antes citada publicación (Análisis de la ley 24374) en las págs.13/14 sobre "La escritura en la ley 24374" y 15/18 al tratar "El título de adquisición como dominio revocable", con todos los efectos del justo título y buena fe.

La concordancia del art. 4010 con el 3999 es terminante en cuanto la nota a este último señala claramente que "La prescripción que determina el artículo, no es rigurosamente de adquirir; la cosa está ya adquirida con título y buena fe. La prescripción en tal caso no hace más que consolidar la adquisición hecha, poniendo al que la ha obtenido al abrigo de toda acción de reivindicación..."

Para señalar esta conclusión del art. 3999 es necesario decir que la inscripción que se hizo, tuvo el carácter de inscripción de dominio, y dado la reserva del propietario originario, de dominio revocable, que no cancela al otro, pero que opera contando el plazo de diez años, desde que la misma se practica en el registro, como justo título y buena fe, que ya demostramos existe a pesar del conocimiento del otro propietario, por cuanto es la ley la que está haciendo el reconocimiento de la situación específica que trata de resolver por este procedimiento administrativo.

La consolidación entonces produce la extinción del propietario originario, si este no ha hecho valer judicialmente su mejor derecho, y lo que fue un dominio revocable durante diez años, se transforma en un dominio pleno y perfecto al vencimiento del plazo, con extinción del otro dominio, regularizándose entonces la situación registral de doble

titulación, por efecto de la ley.

La falta de una verdadera inscripción registral, puede dar lugar a la interpretación de que la híbrida anotación que actualmente se hace, sin contenido jurídico ni registral, opera como una mera condición suspensiva, y como tal, la misma determina que la prescripción corra desde su cumplimiento, es decir, desde que se cumplen los diez años, en los que se pretende consolidar.

No es lo que dice la ley ni el art. 3999, pero es lo que resulta de la modalidad registral utilizada, y puede ser motivo de duras críticas y hasta de un serio ataque al derecho de fondo del titular regularizado, porque al vencer los diez años, recién podrá comenzar a prescribir, tal como lo señala el art. 4014: "El título subordinado a una condición suspensiva, no es eficaz para la prescripción, sino desde el cumplimiento de la condición. El título sometido a una condición resolutoria, es útil desde su origen para la prescripción".

Dado que lo que se está inscribiendo, no es un título de adquisición, por cuanto no tiene publicidad como tal, ni pueden celebrarse actos o contratos sobre ese título, ni afectarse a bien de familia, la deducción sería la de subordinación a una condición suspensiva, con los señalados efectos.

Considero que tal interpretación no resulta de la ley, y que la ley 25797 ha dejado clarificado, pero puede conducir a ello una reglamentación que enfatice sobre esta situación de inscripción dubitativa, que no tiene el verdadero contenido que le da la ley, y que en la aplicación se tuvo temor de precisar.

Tal temor se repita en los considerandos del dto. 181, párrafo

Creo que no sería necesario, para resolver este problema, una modificación de la ley 24374, que a pesar de algunas expresiones poco claras, tiene un sentido muy concreto que conduce a la interpretación de la adquisi-

ción de un dominio, que no desplaza al otro, pero que da derecho a una inscripción con reconocimiento de la otra titularidad, manteniendo la doble titulación durante los diez años, para resolverse en la vía puramente administrativa con el transcurso de los diez años.

No es este por cierto un procedimiento judicial, ni pretende tomar la forma de un procedimiento de adquisición por prescripción. Es el reconocimiento de una situación social irregular, con fuerte desequilibrio en la relaciones jurídica como efecto de la necesidad económica que limita el ejercicio de los

derechos de sus beneficiarios, y que no produce más efecto que cualquier inscripción como justo título.

La reserva de la expropiación inversa, reiterada en el art. I de la ley 25797, es suficiente garantía para el titular, que luego de un procedimiento tan complejo, como eficiente y garantizado por la intervención del Estado, el Notariado y el Registro de la Propiedad, no permite señalar violaciones al derecho de propiedad, cuando en conflicto con él, está la violación del derecho a la vivienda y a la protección de la familia.



cen[®]

CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES