



# cen

**CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES**  
de la Delegación Lomas de Zamora  
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

CUADERNO N°9

DICIEMBRE 2012

DICIEMBRE 2012



cen

**CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES**  
de la Delegación Lomas de Zamora  
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

CUADERNO N°9

DICIEMBRE 2012

DICIEMBRE 2012

**Director Académico:** Rubén Augusto Lamber

**Presidente:** Eduardo Domingo Belmonte

**Vice-Presidente:** Oscar A. Margni

**Secretaria:** Silvina del Valle Colombo

**Tesorera:** Betiana Daniela Sini

**Vocales Titulares:** Lidia Beatriz Dopacio, Hugo Germinal López, Kelina Dinot López

**Vocales Suplentes:** Hilda Romero de Hefling, Susana Alicia Mariño y Federico José Rodríguez Acuña

**Comisión Revisora de Cuentas:** Titular: Maximiliano Ariel Flesler, Suplente: Nélide Haydeé González

#### Demás integrantes

María A. Ablático, Mariam Aramouni, Pablo A. Balero Reche, Daniela Belmonte, Jorge Biglieri, María Alejandra Borelli, Graciela Castelli, Enrique Guillermo Castro, Julián Castro, Rodolfo Luis Carballo, Roberto Alfredo Codegoni, Viviana Inés Charchir, Susana Copello, Maisa Di Leo Recalde, María de los Angeles Fernandez, Liliána Fernandez; Ana Lujan Genaro, Mariana Gómez Mariño, Gustavo Martin Gortari, Dora Gortari, Diego Ariel Hollmann, Laura Verónica Ison, María Gabriela Insúa, Carlos María Insúa, Cecilia Klachko, Leticia Krannichfeldt, Néstor Daniel Lamber, Carlos Alfredo A. Lauritsen Gargiullo, Mariano Lauritsen Gargiullo, Marina Lopez Pérez, Kelina Lopez, María Isabel Ludevid, Juan Carlos Melgarejo, Pablo Menutti, Ernesto Meydac, Javier Moreyra, Rubén Emir Otero, Cristina Ochoa, Marta Palomino, Marcelo Eduardo Perez Consentino, Sabina Podrez Yanis, Andrea Carla Poggi, Juan Ignacio Rabolini, María Alejandra Re, María de las Mercedes Rivas, Gabriel Rodríguez Roda, Telma Rodríguez Jimé-

nez, Carlos Romanatti, Pablo Rojas Paz, Enrique Pablo Rojas Paz, Viviana Saia, Matias Sanchez Fontan, Julian Segura, Fernando Serret, Andrea Riganti Sepich, Jose Soldevila, Eliezer Tala, Alejandro Turjanski, Jorge Turjanski, Gónzalo Vásquez, María José Vinagre, Amelia Teresa Viacava, Néstor Villar, Gladys Vivas, María Fernanda Zarich, Susana Noemí Zolotnik de Ferdgelis, Felipe Cruz Henestrosa, Marina Ojeda, Guadalupe Zambiazzo, Claudio Torem, Laura Rodriguez, Mariana Hefling, Diego Maggi, Diego Miguez, Jorge Natiello, Marcela Paronzini, Ivana Fontana, Alejandro Margni, Patricia Ruberto de Santos, Alejandra Mazzuchi, Daniel Baloni, Diego Narosky, Marina López y Ana María Cabrera de Rivas, Sandra Lac Prugent, Carla Mezzini, María Cecilia Fernandez Rouyet, Luciana Plaza Castelli, Alejandro José Longobucco, Gastón Néstor Villar, María Lucrecia Baloni, Juan Ignacio Melgarejo, Ramiro Cortes, Ezequiel Streger, Elida Ortiz, María Teresa Iglesias, Gabriela Martiniello y Mariana Camaño.

#### JUNTA EJECUTIVA

**Presidente:** Not. Federico José Rodríguez Acuña

**Vicepresidente 1°:** Not. Alicia Noemí Broccardo

**Vicepresidente 2°:** Not. Néstor Daniel Lamber

**Secretario:** Not. Javier Hernán Moreyra

**Prosecretaria:** Not. María Alejandra Borelli

**Tesorero:** Not. Julián Matías Castro

**Protesorero:** Not. Jorge Daniel Biglieri

#### Miembros

Not. Roberto Alfredo Codegoni

Not. Ricardo Mariano Culler

Not. Viviana Inés Charchir

Not. Armando Raúl Dal Lago

Not. María Cecilia Fernández Rouyet

Not. María Enriqueta Fontan

Not. Leticia Emma Garelló

Not. Diego Ariel Hollmann

Not. María Isabel Ludevid

Not. Mariana Clementina Molinari

Not. Ernesto Raúl Natoli

Not. María Alejandra Re

Not. María de las Mercedes Rivas

Not. Claudio Federico Rosselli

Not. Ezequiel José Streger

Not. Eliézer Tala

Not. Gonzalo Matías Vásquez



# SUMARIO

## I. DOCTRINA ■■■

### ANALISIS DEL PROYECTO DE UNIFICACION DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL

#### I. LA LEGITIMA, MEJORA E STRICTA E INDIGNIDAD EN EL PROYECTO DE UNIFICACION DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012

Por Néstor D. LAMBER y Silvina del Valle COLOMBO

#### 2. “PUEBLOS ORIGINARIOS: HERMENÉUTICA JURÍDICA”

Por Diego Ariel HOLLMAN, Marina C. LOPEZ PEREZ, Javier Hernán MOREYRA, Paola Julieta PIERRI y Sabina PODREZ YANIZ

#### 3. PRIMERA APROXIMACION AL ASENTIMIENTO EN INTERES FAMILIAR EN EL PROYECTO DE UNIFICACION DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL”

Por Néstor Daniel LAMBER

#### 4. EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY ANTE EL ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO Y PODER PARA ASENTIR PREVIOS EN EL PROYECTO DE UNIFICACION

Por Néstor Daniel LAMBER

#### 5. DONACIONES en la Reforma del Código Civil y su influencia con el régimen de bienes del MATRIMONIO

Por RUBEN AUGUSTO LAMBER

#### 6. AUTONOMIA DE VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EN EL PROYECTO DE CODIGO UNICO.- MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL”

Por Maisa Lorena DI LEO RECALDE, Néstor Daniel LAMBER, Carla MEZZINI y Leandro N. POSTERARO SANCHEZ

## II. CONSULTAS ■■■

I. INTERPRETACION del PLENARIO “SANZ” ante la ADQUISICIÓN DE LAS RESTANTES PARTES INDIVISAS ENTRE DOS CONDOMINOS ORGINARIOS EN ACTO CONJUNTO

2. BIEN GANANCIAL ADQUIRIDO CON POSTERIORIDAD A LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: Art. 1273 C.C.

## DOCTRINA ■■■

ANALISIS DEL PROYECTO DE UNIFICACION DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL





## I. DOCTRINA

# 1. LA LEGITIMA, MEJORA ESTRICTA E INDIGNIDAD EN EL PROYECTO DE UNIFICACION DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE 2012<sup>1</sup>

Néstor D. LAMBER y Silvina del Valle COLOMBO

## 1. CONSIDERACIONES GENERALES DE LA LEGITIMA

El instituto en estudio conceptualmente es polifacético<sup>2</sup>. La legítima encierra en sí misma el carácter de orden público, ello implica una limitación a la libertad de disponer del testador.<sup>3</sup> Paralelamente está formada por otros aspectos que le son propios.

### 1.1. ORDEN PÚBLICO Y LEGÍTIMA DEL SIGLO XXI

En los artículos del Título X del Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial permanecen ciertas características de la forma de regulación velezana como ser lo imperativo de la figura en análisis, empero la normativa proyectada incorpora un orden público post moderno, en el cual está presente una mayor libertad del testador para disponer mortis causa, dando paso a que su obrar pueda desarrollarse con autonomía personal.

Asimismo la autonomía de la voluntad limita al orden público de la rama sucesoria, logrando que éste se reduzca para tutelar al orden público familiar. Este último es propio del

<sup>1</sup> El presente trabajo constituyen los fundamentos de las Ponencias presentadas por los autores en el Tema III de la XXX Jornada Notarial Argentina, celebrada en Mendoza, 2012, y que fuera distinguido con el segundo accésit por el jurado de la misma.-

<sup>2</sup> C.Nac. Civ, Sala A, 9/9/2003, ED 205 – 346. “El concepto de legítima es polifacético. Considerado respecto a los sujetos, desde el punto de vista del causante, es una restricción a sus poderes de disposición porque los negocios jurídicos gratuitos que lesionan carecen de eficacia plena y definitiva; desde el punto de vista del herederos forzoso legitimario, es un derecho subjetivo a una parte del patrimonio del difunto del que no puede ser excluido salvo indignidad ni privado por aquel sino por justa causa de desheredación. Considerado objetivamente, es una parte del patrimonio del causante sobre la cual recae la restricción que la afecta y el derecho del legitimario. La legítima es, en suma, un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia en beneficio de los denominados herederos forzosos, de ahí que los coherederos forzosos que vienen a la sucesión por derecho propio o por derecho de representación, son los únicos sujetos que pueden demandar la colación de sus herederos”.

<sup>3</sup> C.Nac. Civ., sala G, 3/3/1999, “G. Hnos. Ltda SAC v G. de I., M.” L.L. 2000-B-441; ED 182-60.

Derecho de Familia, empero en el marco proyectado trasciende su órbita para incorporarse y gravitar en la rama del Derecho Sucesorio.

Paralelamente con ello, dicha normativa prevé a modo de excepción; siempre que se cumpla el estándar subjetivo de existir herederos forzosos con discapacidad que conlleven desventajas para su incorporación familiar, laboral, educacional y social; la posibilidad de que el individuo decida como mejor proteger a su familia, dándole un marco aún mayor de autonomía personal para la toma de decisiones, lo cual torna en operativo el ejercicio de los derechos de autodeterminación, igualdad y propiedad consagrados en nuestra Carta Magna.

Olga Orlandi, citando a Bidart Campos expresa: "...que la autonomía de la libertad impone una valla al Estado, los terceros y la ley, preservando zonas exentas de interferencias o decisiones personales; no en vano el léxico constitucional apela a la autonomía personal para resguardar reductos de libertad (art. 19 de la C.N.)<sup>4</sup>.

El instituto de la legítima permanece en el Anteproyecto, encontrándose limitada por la autonomía de la voluntad en miras de amparar a los nuevos grupos familiares y convivenciales, y si bien ella funciona como límite a la libertad del testador de disponer de sus bienes mortis causa, al haberse disminuido en su contenido (quantum) permite un obrar con mayor margen de porción disponible que el actual, como consecuencia de la reducción de las cuotas legítimas de ascendientes y descendientes. Además, esta figura post moderna estrictamente se flexibiliza como instrumento o herramienta jurídica, para que el disponente (testador-fiduciante, etc.) utilice la tutela especial en pos de amparar a los herederos más necesitados, que dependan económicamente de él y que no puedan solventarse o atenderse por sí solos en forma prolongada o permanente.

Ergo se respeta la autonomía del orden público familiar con dos rasgos característicos de su contracara "la legítima", que conviven en la normativa proyectada: a) existencia de patrones fijos de cuotas legítimas (rasgo estandarizado y no flexible); b) protección especial para la minoría más necesitada (rasgo flexible). Lo cual es un mecanismo legislativo idóneo para que las soluciones sucesorias planificadas sean más equitativas y razonables que en el derecho vigente.

El orden público como institución jurídica de la rama sucesoria tiene una relación inversamente proporcional con la autonomía de la voluntad, cuando el primero aumenta el segundo decrece y viceversa.

El nuevo orden público sucesorio post moderno, teñido del orden público familiar, tiene una tendencia hacia la libertad humana y encierra en sí mismo los principios de solidaridad, equidad y protección del más débil en miras a adecuar el derecho positivo a la Convención de los derechos del Niño y a la Convención Internacional de las Personas con discapacidad. Lo cual constituye los pilares en el que se sustenta el proyecto, de acuerdo a lo expresado en los considerandos del Proyecto de Código unificado, diciendo además: "por un lado la recepción en materia civil y comercial de las reglas y principios constitucionales de nuestro Estado social y democrático de derecho y la adecuación del derecho privado a la realidad social de los tiempos presentes".<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Orlandi, Olga, La legítima y sus modos de protección. Abeledo Perrot, pag. 94, año 2009

<sup>5</sup> Lorenzetti, Ricardo L., Highton de Nolasco, Elena y Kemelmajer de Carlucci, Aída. Comisión de Reformas designada por Decreto 191/2011.

Mónica Puga, expresa. “Entendemos que en la nueva arquitectura del Derecho Privado de la posmodernidad hace impostergable retomar el camino de acercar los institutos con las fuentes constitucionales y no disociar ambas perspectivas: el origen de la ley y el fin que en ella se busca. Las dos son materia de una misma cuestión: atañen al orden que debe estructurar la convivencia social. Importa fortalecer sin temores como regla el carácter obligatorio de todas las leyes, revitalizar esa noción general, e inscribir en ella el orden público.- Esta actitud implica asumir que como excepción, dentro de ese universo de casos enfocados por la ley, existe un grupo más reducido de situaciones a las que debe reconocérsele un piso inderogable. Asimismo que tal requerimiento no se da en otros supuestos donde no es necesario blindar la institución de que se trate si el objetivo del orden social no se afecta por ello; por tanto, en éstos se puede permitir el avance de las libertades individuales...”<sup>6</sup>-

La normativa proyectada permite que los individuos puedan ejercer el derecho a la autodeterminación y libertades individuales dentro de un sistema que contiene un orden público estandarizado y fijo (legítima), que limita en abstracto y únicamente se contrae cuando se dan en el plano real las circunstancias de hecho, regladas bajo estándares subjetivos que ameriten flexibilizarlo y que tiene como consecuencia el avance de las libertades individuales (mayor autonomía personal en tutela del orden público familiar).

Por lo tanto si hay un “orden público post moderno” (teñido de mayor libertad individual) que se ve reflejado en el Anteproyecto entre otras materias, en el derecho de las sucesiones, por ser su contracara también existe una “legítima post moderna (más flexible)”. Sin embargo en el derecho vigente la legítima y la autonomía de la voluntad se encuentran en continua tensión por ser alta la misma y por el principio de intangibilidad de la primera, lo cual no da lugar a que el ejercicio de los derechos de autodeterminación, igualdad, propiedad y de libertad del hombre sean operativos.

En nuestro derecho positivo la legítima limita a la autonomía de la voluntad, en el Anteproyecto el principio se invierte porque la autonomía personal limita a la legítima y lo hace en mayor grado para los casos más necesitados.

El orden público post moderno obedece a las actuales circunstancias económicas, políticas, sociales, familiares y culturales de nuestro momento histórico, donde la sociedad argentina demanda mayor autonomía de la voluntad. Ergo el paradigma en las sucesiones del siglo XXI es no discriminatorio con tendencia a las libertades humanas, como fiel reflejo de la necesidad de dar protección a los grupos familiares actuales por medio de herramientas jurídicas que le permitan al testador o disponente planificar una distribución sucesoria equitativa.

## 1.2. Características en torno a la legítima

En el Anteproyecto encontramos entre otras las siguientes características de la legítima:

Está limitada por la autonomía personal del disponente y a la vez funciona como freno a su libre disposición.

<sup>6</sup> Puga, Mónica. El derecho y el orden público con particular referencia al derecho del consumo. El Dial.com –DC I89D.



El heredero forzoso puede reunir las calidades de ser legitimario y heredero instituido y/o legatario, los títulos no se excluyen entre sí.

Existen una serie de acciones judiciales que protegen al preterido y/o afectado cuando la legítima ha sido violentada. (acciones de colación, reducción y complemento).

Se ve postergada la legítima ya sea por el régimen del bien de familia, del derecho de habitación al cónyuge superviviente y al conviviente (de dos años conforme art. 527 proyectado) y de la indivisión del bien impuesta a los herederos forzosos.

El testador no puede imponer gravámenes a las porciones legítimas, conforme art. 2447 del Anteproyecto.

Prevé la posibilidad de pactos sucesorios cuando son relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias, que serán válidos en la medida en que no afecten la legítima, ni derechos del cónyuge ni de los terceros, conforme al art. 1010 proyectado. Además permite la dispensa de colación sin que sea necesariamente realizada por testamento, tal el caso del art. proyectado 2461.<sup>7</sup>

Aparece un caso de alimentos para después del divorcio y que puede convertirse en alimentos post mortem (que pasen a los herederos), al cual el causante se obligó en vida a favor de la ex cónyuge que padecía de alguna enfermedad grave preexistente al matrimonio, conforme art. 464 proyectado.

### 1.3. El quantum

El marco normativo legitimario del Anteproyecto abarca como el vigente el aspecto numérico, es decir establece una porción mínima y no variable que debe recibir el legitimario. El art. 2445 a los descendientes les fija  $2/3$ , a los ascendientes y cónyuge  $1/2$ .

Las alícuotas en dicho marco reflejan la propuesta efectuada en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, del año 2009 celebradas en la Provincia de Córdoba.

Marta R. Piazza, expresó: “Consideramos de lege ferenda reducir la legítima de los descendientes, a las dos terceras partes del acervo hereditario, como se resolvió. Sin embargo incluir en esa porción un tercio de mejora”<sup>8</sup>

En la XXXIV Jornada Notarial Bonaerense, desarrollada en San Nicolás del 16 al 19 de Noviembre de 2005, se presentó la siguiente ponencia: “Propiciamos que la porción legítima vigente se reduzca a las proporciones previstas en el Proyecto del Código Civil de la República

<sup>7</sup> Art. 2461 proyectado: “Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

<sup>8</sup> Piazza, Marta R. La legítima: Su conservación. XXXVIII Convención Notarial, Colegio de Escribanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 31 de agosto al 2 de Septiembre de 2011.

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  $1/2$ .<sup>9</sup>

Lo proyectado no establece porción legítima a la nuera viuda sin hijos, tema que ha sido discutido en doctrina en torno al derecho vigente, existen fallos que declararon la inconstitucionalidad del art. 3576 Bis del Código Civil.<sup>10</sup> Nos preguntamos cual habrá sido el motivo del no tratamiento de este caso, nos llama la atención que ante un Código Unificado que supera las distinciones de todo tipo no se halla pronunciado sobre la cuestión.

	Código Civil	Anteproyecto	Observaciones
Ascendientes	$2/3$	$1/2$	Disminuyó el quantum en el Anteproyecto
Descendientes	$4/5$	$2/3$	Idem
Cónyuge Supérstite	$1/2$	$1/2$	Se mantiene el quantum
Nuera Viuda sin hijos	$1/4$ de lo que le correspondía al marido		El anteproyecto no prevé legítima de la nuera viuda sin hijos

### 1.3.1. Cálculos de Legítima y porción disponible

El proyecto del código unificado recoge parte de la doctrina dictada en distintos fallos jurisprudenciales, en lo referente a la cuantificación del instituto en estudio y su contracara, la porción disponible.

#### 1.3.1.1. Porción legítima

La parte legítima está conformada por una porción fija común, que es global e igual para todos los herederos forzosos que concurren, excepto que se trate de un solo heredero y consecuentemente dicha porción sea individual y única.

Para establecerla en caso de que no exista concurrencia entre legitimarios de distinto orden no habrá mayores inconvenientes y cuando los legitimarios que concurren sean de diferente orden se resuelve tomando la alícuota o porción más alta. Por ejemplo si concurren descendientes con cónyuge supérstite se tomará la porción de  $2/3$  por ser la mayor. Así lo prevé el art. 2446 del Anteproyecto, “Si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible

<sup>9</sup> Di Leo Recalde, Maisa y Colombo, Silvina del Valle. “La legítima a la luz de la familia actual”. Cuaderno N° 1 del CEN. Marzo 2006.

<sup>10</sup> Uno de los fallos trata la petición de un yerno de ser declarado heredero de su suegro, solicitan la equiparación en lo referente a la ley 26.618. Cra. Nac. Civ. “S., A. s/ suc. Ab intestato”, 2010-11-08.

se calcula según las respectivas legítimas. Si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor”

En el marco proyectado damos el siguiente ejemplo:

**CASO:** Concurrencia de madre y dos hijas tratándose de bienes propios.

Porción abstracta de la cónyuge madre:  $1/2$

Porción abstracta de los descendientes:  $2/3$

Porción legítima fija, global y única para todos (se toma la legítima mayor): que es  $2/3$ .

### 1.3.1.2.- Cuota de legítima

Ella dará como resultado la legítima personal de cada heredero, resulta del siguiente cálculo: de la división entre la porción fija y única (legítima global) por el número de herederos.

Seguimos el ejemplo anterior:

Paso a) : Masa de cálculo (haber líquido que tenía el causante más donaciones) = \$ 300.000.-

Paso b) :  $2/3$  de 300.000 = \$ 200.000.- (legítima global)

Paso c) \$ 200.000 dividido tres herederos = 66.666,66 (constituye la cuota legítima individual de cada heredero).

Paso d) La porción disponible es la masa de cálculo menos la legítima global, a saber:

\$300.000 - \$ 200.000 = \$ 100.000 el resultado equivale a  $1/3$  y la legítima global de \$ 200.000 que equivale a  $2/3$ .-

Como está expresado en el ejemplo, la alícuota fija de legítima la aplicamos aun monto expresado en valores que constituirá la masa de cálculo<sup>11</sup>.

Cálculo para el caso de mejora estricta

Siguiendo el ejemplo anterior, pero en el caso de que el padre haya mejorado estrictamente a una hija discapacitada, es decir dispuso a favor de ella por algún medio de  $1/3$  de porción disponible más  $1/3$  de legítima, a saber:

\$ 100.000 equivale a  $1/3$  de mejora disponible

Más  $1/3$  de \$200.000 (el  $1/3$  se toma de la legítima global) = 66.666,66

\$200.000 – 66.666,66= 133.333,33 (cuota de legítima restante a dividirse entre las herederas forzosas).

#### **Porción individual de legítima de:**

Se divide la cuota de legítima propiamente dicha (a la cual se le ha detráido  $1/3$  de la misma por mejora estricta) por las tres herederas:

\$ 133.333,33 dividido 3 herederas = \$ 44.444,44 cada una, entonces:

La madre: \$ 44.444,44 de legítima individual.

---

<sup>11</sup> “Para poder establecer si la legítima está lesionada es necesario previamente fijar lo que se denomina la “masa de cálculo”.....Sobre esa base se calcula la porción legítima de los accionantes ( $4/5$ ) y consecuentemente la porción disponible ( $1/5$ ). La acción de reducción promovida por los actores prosperará sólo en la medida en que la liberalidad (primas pagadas por el causante) exceda la porción disponible así establecida...”C. Civ. y com. Paraná, Sala 2º, 15/5/1992, “Bastida, Carlos R. y otra v. G., Isabel M. JA 1992-IV-145).

La hija: \$ 44.444,44 de legítima individual.

La hija mejorada: \$44.444,44 (le corresponde de la legítima propiamente dicha) + 100.000 (1/3 de porción disponible) + 66.666,66 (1/3 de legítima y constituye la mejora estricta) = \$ 211.111,11.-

### ¿Cómo se forma dicha base de cálculo?

El art. 2445 del Anteproyecto además de fijar los porcentajes de legítima para cada orden, establece el siguiente procedimiento “... dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los TRESCIENTOS (300) días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio.

Tenemos su correlato en el art. 3602 del C.C., que reza: “Para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes quedados por muerte del testador. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregarán el que tenían las donaciones...”.

Mucho se ha expresado en fallos jurisprudenciales sobre actualizaciones de valores para tomarlos a valores constantes, por ello se ha previsto que los bienes donados pueden ser computables a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.<sup>12</sup>

Se computan todas las donaciones hechas por el causante sin importar si los donatarios son herederos legítimos, legitimarios o terceros.

No integran la masa computable o imponible, entre otros:

Los créditos incobrables ni los sujetos a condición suspensiva.

Los frutos o rentas devengados con posterioridad al fallecimiento del causante.

No se computan los legados dispuestos por el testador, dado que no nos encontramos en el momento de realizar la masa de cálculo particionario y establecer las bajas o no de las cuentas o hijuelas respectivas. Sino que estamos en un primer momento de cálculo aritmético para establecer si se ha violentado la legítima.

Los gananciales del cónyuge supérstite por corresponderle como socio de la comunidad disuelta. Por ello de concurrir el cónyuge supérstite con descendientes y de existir bienes gananciales y propios se forman dos columnas de masas, en la que el cónyuge sólo se le imputa porción legítima en la columna de los bienes propios.

### ¿Para que sirve establecer la masa de cálculo de legítima?

Establecer la masa de cálculo de la legítima sirve para saber a ciencia cierta si las liberalida-

12 “El valor de lo colacionable, computado a la apertura de la sucesión, puede ser actualizado al tiempo de la partición, excluyendo las variaciones intrínsecas del valor, posteriores a la muerte del causante, pero teniendo en cuenta las oscilaciones del valor de la moneda”. Sup. Corte Bs. As, 11/3/1980, “G., S. E. v. G. R. R. y otros”, SP LL 1980-403; DJBA 118-198.

des del causante están dentro del porcentaje de porción disponible o si lo ha superado a costa del avance sobre el instituto en estudio.

### ¿Cuáles son las donaciones que no deben incluirse en el cómputo de la masa de cálculo de legítima?

Para el cálculo de la legítima del cónyuge se computaran las donaciones realizadas posteriormente a la fecha del matrimonio y no integran la masa las donaciones realizadas con anterioridad a dichas nupcias.

Ergo el cónyuge superviviente no posee legitimación activa para demandar la colación y reducción por las donaciones realizadas por su cónyuge cuando éste tenía su anterior estado civil, conforme la doctrina sentada por el plenario del 22 de agosto de 2002, de la Cámara Nacional de apelaciones en lo Civil “S. V. S.”, en los autos caratulados “S, E.M. G. v. S., A. G. M. y otro (LL 2002-E-456).-

Ello ocurre porque el cónyuge no era heredero legitimario al tiempo de operada la liberalidad.

La regla actual es que para poder demandar la reducción hay que ser herederos legitimarios al tiempo de la donación, véase que el código proyectado incorpora los 300 días antes del nacimiento del legitimario.

La doctrina sentada por el plenario es receptada por el art. 2395 del Anteproyecto, que reza: “**Derecho de pedir la colación.** “La colación sólo puede ser pedida por quien era coheredero presuntivo a la fecha de la donación. El cónyuge superviviente no puede pedir la colación de las donaciones hechas por el causante antes de contraer matrimonio.” Agregamos que tampoco puede intentar las acciones de complemento o reducción sobre dichos bienes.

**Regla:** Las donaciones (inoficiosas o no), se computan siempre a los fines del cálculo de la legítima, dicho cálculo va establecer los parámetros para visualizar si se superó la porción disponible. En cambio para la masa de cálculo partible no se computan los valores de las donaciones que no fueron inoficiosas.

De haberse lesionado la legítima procederán las acciones de protección.

#### 1.4.- Derecho de Acrecer

El derecho de acrecer es un instituto ajeno a la legítima, dado que entre los legitimarios -que son herederos- ellos tienen vocación al todo desde el inicio, y por tanto la no aceptación por uno de los herederos, o la extinción de su vocación sucesoria por indignidad, no hace más que actualizar la vocación hereditaria al todo que tiene los herederos legítimos, y entre ellos los legitimarios.-

Por ello, los legitimarios, como herederos legítimos, no tiene derecho de acrecer, sino que ellos en verdad su derecho es a no decrecer su porción una vez actualizada su vocación hereditaria.

Es decir, si son dos herederos, la resolución de la vocación hereditaria de otro coheredero por indignidad, actualiza la vocación originaria de que subsiste al todo, y no es que este acrezca, sino que tiene desde la apertura de la sucesión la cuota total sin distribuirse.-

Por ello, el derecho de acrecer solo se regula en materia sucesoria con respecto a las instituciones testamentarias conjuntas, dado que es la única vocación sucesoria en la que puede tener lugar, y así lo mantiene el Proyecto, con carácter legal pero en una norma mucho más breve.-

El art. 2489 proyectado dice: *“Derecho de acrecer. Cuando el testador instituye a varios herederos en una misma cuota, o atribuye un bien conjuntamente a varios legatarios, cada beneficiario aprovecha proporcionalmente de la parte perteneciente al heredero o legatario cuyo derecho se frustra o caduca. Los favorecidos por el acrecimiento quedan sujetos a las obligaciones y cargas que pesaban sobre la parte acrecida, excepto que sean de carácter personal. El derecho de acrecer se transmite a los herederos”*.-

Condensa en este sintético artículo las normas de los arts. 3813, 3812, 3811, 3821, 3822 y 3822 –en este orden-; y en el proyectado art. 2490, con respecto al legado de usufructo, la norma del actual art. 3818 CC.-

Entre los artículos que no reproduce está el 3810 CC con su taxativa disposición que el derecho de acrecer no tiene lugar sino en las disposiciones testamentarias.-

Su omisión es lógica con la explicación doctrinaria precedentemente descrita, que recepta el Proyecto en cuestión, por lo que no existe derecho de acrecer en la vocación hereditaria legítima.-

Pero esto puede dar lugar a juzgar si el derecho de acrecer se aplica a los actos entre vivos.-

Por un lado el Proyecto expresamente recepta la doctrina actual que se puede pactar el derecho de acrecer en el contrato de fideicomiso, tanto para la designación de beneficiarios conjuntos (art. 1671 proyectado), como para el de fideicomisarios conjuntos (art. 1672 proyectado).-

De igual modo mantiene la excepción de pactar el derecho de acrecer en el caso de pluralidad de beneficiarios en el contrato oneroso de renta vitalicia (art. 1603 proyectado); y también subsiste la excepción de establecer el derecho de acrecer al constituir o reservar usufructo a favor de varias personas (art. 2132 proyectado).-

En cambio, el proyecto en materia de oferta de donación solo regula la posibilidad de pactar la solidaridad para su aceptación, reproduciendo en el proyectado art. 1547 la última parte del art. 1794CC; y no haciendo previsión alguna para la posibilidad de pactar el derecho de acrecer como lo tiene el actual art. 1798CC, concluyendo así la discusión doctrinaria sobre estos dos artículos, derogando este último.-

Asimismo el Proyecto del Código prescinde del derecho de acrecer en sentido estricto, el de los negocios mortis causa y el de la voluntad presunta del causante, al no prever las conjunciones propias del derecho romano, solamente se refiere al conjunto, el juez tendrá mayor libertad de interpretación en dicho marco, como se venía sosteniendo en derecho vigente.-

Por ello valdrá seguir la recomendación de que el testador tiene que hacer constar en forma expresa que existe o que se prohíbe el derecho de acrecer en pos de la seguridad jurídica.

Finalmente en los fideicomisos, las partes podrán pactar el acrecimiento entre los beneficiarios, que de ser a título gratuito se deberán respetar las normas de la colación del derecho sucesorio como ha sostenido la jurisprudencia con al actual Código.-

Ergo un beneficiario con capacidades diferentes que ha sido mejorado podrá ver acrecentada su parte aún más, si se cumplen los requisitos para que opere el acrecimiento, entre otros el de no querer o no poder aceptar el otro beneficiario, conforme el artículo 1671: “...Pueden

designarse varios beneficiarios quienes, excepto disposición en contrario, se benefician por igual; para el caso de no aceptación o renuncia de uno o más designados, o cuando uno u otros no llegan a existir, se puede establecer el derecho de acrecer de los demás o, en su caso, designar beneficiarios sustitutos...”.- Toda mejora de beneficio a título gratuito, podrá hacer solo en el contrato de fideicomiso instrumentado por escritura pública, para cumplir con la norma del proyectado art. 2385 y remisión del 1543 de la reforma.-

### 1.5.- Alimentos post mortem

En las Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Córdoba, en 2009, se votó por unanimidad la propuesta de lege ferenda: “Deben regularse como asignación forzosa las prestaciones alimentarias post mortem”.

Las obligaciones alimentarias son intransmisibles por causa de muerte, existiendo en la normativa proyectada un solo caso de prestaciones alimentarias que pasan a los herederos, empero han nacido como obligación en vida del causante y no como consecuencia de la muerte. Ello surge del art. 434 proyectado, que reza: “Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se trasmite a sus herederos...La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la prestación compensatoria del artículo 44I. En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad...”

La legítima reducida en su quantum tiene fundamento como institución que permanece, en que la misma es una restricción substitutiva del derecho alimentario. Si el instituto en estudio no estuviera previsto dando paso a la libertad de testar sin límite alguno, necesariamente tendrían que regularse los alimentos post mortem como en los Códigos de Quebec, El Salvador, entre otros. El freno que debe tener como mínimo la total libertad de testar es por lo menos cubrir las obligaciones alimentarias que el causante tenía en vida para con su familia.<sup>13</sup> O bien que permanezca el instituto de la Legítima concebida como substitutiva del derecho alimentario que tenía en vida el causante.<sup>14</sup>

Estamos convencidos de que ningún extremo tiene que ser absoluto, no pudiendo existir una absoluta libertad de testar ni un casi absoluto sistema de legítimas altas.

<sup>13</sup> Lamber, Néstor Daniel y otros. Transmisión de bienes durante la comunidad hereditaria y el carácter alimentario de la porción legitimaria. Revista Notarial N° 952, del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, año 2005, pag. 773. “Las restricciones a la libertad de testar en los diferentes sistemas jurídicos encuentran fundamento común en asegurar el derecho alimentario a los sucesores para con quienes el testador tenía obligaciones en vida; por ello, la porción legitimaria del derecho argentino debe ser reducida, en la medida de asegurar tal derecho alimentario, pero cuidando de no conculcar el principio de libertad de disponer de su propiedad por el testador”

<sup>14</sup> Olga Orlandi. “Tendencia hacia la autonomía en el Derecho Sucesorio del siglo XXI”, Revista de Derecho de Familia N° 53, Abeledo Perrot, marzo 2012 .

Encontrar el punto equidistante, que obedezca a lo justo (darle a cada uno lo suyo), entre el orden público y la autonomía de la voluntad, se logra cuando la LEGITIMA cumple con el principio de razonabilidad.

Olga Orlandi, expresa: “La reglamentación de un derecho debe ser razonable en los aspectos normativo, técnico y axiológico. Debe guardar coherencia con la letra y el espíritu de la Constitución, adecuarse a los objetivos que pretende alcanzar (relación entre el fin buscado y el medio utilizado) y obtener soluciones equitativas.<sup>15</sup>”

La legítima cumplirá con dicho principio, si es que el límite que impone al derecho de propiedad no es arbitrario, tarea que les toca apreciar a los jueces en cada caso particular. Propiciamos que la limitación a la autonomía de la voluntad no será arbitraria cuando respete la cobertura alimentaria como piso mínimo que hay que cubrir y ello fundamenta la permanencia del instituto de LA LEGITIMA como sustitutiva de dicha cobertura.-

Sin embargo, el Proyecto ha optado por mantener el régimen de legítima por cuotas fijas, flexibilizando la misma con una mejora estricta en beneficio de ciertas personas vulnerables.-

## 1.6.- Mejora Estricta

Ya hemos hecho mención de la misma al realizar su cálculo, agregamos que por este instituto el interesado (padre o hijo) por los medios que estime convenientes puede disponer de la porción disponible y además de 1/3 de la porción legítima, o bien sólo de esta última a favor de herederos con capacidades diferentes. Lo cual provoca que la intangibilidad de la figura sea franqueable para el caso, es decir que la legítima sea permeable a través de la mejora realizada en Fideicomiso (testamentario o contractual) o por otros medios<sup>16</sup>.

Véase que la mejora estricta no debe efectuarse por testamento, lo cual constituye una dispensa de colación, y es distinto a nuestro régimen actual en el que la misma puede realizarse únicamente por testamento.<sup>17</sup>

En lo que hace a las acciones de protección frente a la mejora (instituto vigente en el derecho español<sup>18</sup>) los legitimarios obtendrán el rechazo de las acciones por colación, reducción

<sup>15</sup> Orlandi, Olga. La legítima y sus modos de protección. Abeledo Perrot. Pag. 88, año 2009.

<sup>16</sup> ARTICULO 2448.- Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

<sup>17</sup> “Salvo la existencia del testamento que expresamente lo disponga, no puede verse en el hecho de la donación encubierta una mejora al heredero con la porción disponible del causante. Por ello las donaciones simuladas bajo la apariencia de acto oneroso, una vez declarada la simulación no eximen de dispensa de colación”. (C. Civ. Y Com. Laboral y Minería Santa Rosa, 31/7/1980, “Domínguez, Francisco v. Domínguez Clemente, JA 1980-IV-428)

<sup>18</sup> “El instituto de la mejora tiene una profunda tradición histórica en la legislación española, aunque debemos dejar en claro que la mejora que acoge el Código Civil Español y otras legislaciones, consiste



o complemento que entablen, si es que la misma es convalidada por el juez con motivo de su apreciación al resolver que se cumplen los parámetros que implican desventajas por parte del mejorado para su integración familiar, social, laboral o educacional, en cambio en nuestro derecho vigente en un fallo se expresó "...a los fines de salvaguardar el principio de igualdad entre los herederos forzosos, los coherederos demandados deben colacionar, en la sucesión del causante, el valor de los inmuebles que fueron transferidos a su favor como consecuencia de la constitución de un fideicomiso gratuito. El fideicomiso constituido con fines de liberalidad, a título gratuito, designando beneficiarios a algunos herederos forzosos debe ser asimilado a las donaciones colacionables"<sup>19</sup>. El fallo no distingue si se trata de beneficiarios que tengan situaciones desventajosas.

Ergo de no prosperar las acciones de colación, complemento y reducción de los bienes, frutos y productos del fideicomiso, los mismos no integrarán la masa de cálculo de legítima ni la partible.

La mejora proyectada se regula como un caso de excepción a la regla, como consecuencia de ello se rompe el principio de la intangibilidad de la legítima sine qua non, es decir como regla rígida para todos los casos.

Puede ser que en la familia existan otras personas con capacidades diferentes, la mejora estricta les corresponderá por igual a todas ellas.

La norma al regular la excepción trata de buscar un justo equilibrio para igualar circunstancias desiguales, en miras de cumplir pautas de razonabilidad que brinden equidad y ajusten proporcionalmente las reglas imperativas con las reglas propias de la autonomía de la voluntad. Los padres pueden realizar la planificación sucesoria familiar apelando a la autonomía personal.

Para que sea inatacable por las acciones de reducción, colación y complemento la mejora estricta, ésta tiene que obedecer a dos elementos de carácter subjetivo:

Que el o los mejorados estrictamente sean discapacitados

Que la alteración física o mental prolongada o permanente signifique una situación que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

Estamos contestes con los cambios incorporados en el Anteproyecto, los que son una respuesta a la reiterada propuesta de la doctrina en los distintos congresos y jornadas notariales y civiles.

## 2.- LA INDIGNIDAD PARA SUCEDER EN EL PROYECTO.

En las jornadas y congresos jurídicos y notariales se ha recomendado reiteradamente la ampliación de las causales de indignidad y desheredación, entre otras razones, como un modo de restringir los alcances la legítima y ampliar la potestad del causante.-

Conceptualmente, desde el punto de vista de la autonomía de voluntad del testador en el

---

en la facultad de disponer, a favor de sus legitimarios, de parte de la porción legítima beneficiándolos libremente". Orlandi Olga. Op. Cit, pag. 132

<sup>19</sup> C. Nac. Civ., sala F, 3/11/2005, "Vogelius, Angelina t. y otros v. Vogelius, Federico y otro". LL, 2006-A, pág. 374.

derecho hereditario, la institución directamente relacionada es la desheredación, que permite a éste privar al heredero legitimario de la porción legítima<sup>20</sup>.-

Por ella se reconoce la voluntad del testador de excluir del llamamiento hereditario a un legitimario por las causales prevista en el art. 3747CC.- Tenía este instituto en su evolución histórica una raigambre de respeto de la voluntad del causante que lo resolvía por cuestiones de interés privado, que podían coincidir o no con el público, como es la causal de injurias, o como se ve en otras legislaciones que la admiten para el caso de vida deshonesto del heredero.-

Su aplicación se relaciona directamente con la legítima en cuanto el art. 3714CC define al heredero forzoso como aquel al que la ley le reserva cierta porción de bienes, de la que no puede privarlo el testador *sin justa causa de desheredación*.-

Este instituto solo tiene relevancia con respecto a éstos, pues ante la existencia solo de herederos legítimos no legitimarios, el testador no necesita invocar o acreditar causa alguna de desheredación, sino que basta que disponga libremente de sus bienes a quien escoja.-

En cambio la indignidad se basa en un principio de orden público, por el que la ley impone una sanción civil —la pérdida o extinción de la vocación sucesoria- a quien ha cometido actos en los que domina la idea de lo ilícito<sup>21</sup>, que al decir de REBORA, su antijuricidad se funda en *“salvaguardar el ambiente sustancial de la ética común”*<sup>22</sup>.-

La indignidad por tanto se aplica a todo sucesor, sea heredero legitimario o no, incluso legatarios, y provoca la revocación de la vocación sucesoria<sup>23</sup>.-

En nuestro Código Civil, el art. 3747, se establecen tres causales de desheredación, de las cuales dos coinciden con las de indignidad, lo cual a llevado a sostener en doctrina la inconveniencia de mantener dos institutos fundados en causas comunes, pese a su distinción, conceptual.-

En este sentido señala ZANNONI que entre ambos institutos *“en el derecho moderno esas profundas diferencias se desdibujan. Sea porque las causales de desheredación son comunes con las previstas para la indignidad..., sea porque tanto las exclusiones por causales de indignidad como por causa de desheredación aprovechan a los herederos, etc., lo cierto es que ambos institutos, diversos en su origen, tienden a confundirse o unificarse.”*<sup>24</sup>

Este criterio es el que imperó en el Proyecto de Unificación actual, que deroga la desheredación, manteniendo sólo la indignidad para suceder.-

Expresamente se sostiene en los Fundamentos de su Anteproyecto elevado por la Comisión de Notables al Poder Ejecutivo al respecto: *“Introduce modificaciones a la redacción de la vigentes causales de indignidad sucesoria, en su caso, para adaptarlas a la denominación de los delitos en el Código Penal e incorpora un último inciso, vinculado a las causales de revocación de las donaciones, solución que permite derogar el*

<sup>20</sup> ZANNONI, Eduardo A.- Derecho de las Sucesiones.- Ed. Astrea, Bs.As., 2008, T. I, pág. 257

<sup>21</sup> PUIG BRUTEAU, Fundamentos de Derecho Civil, T. V, Vol. I, pág. 136, citado por ZANNONI, Eduardo, Op. cit. Pág. 201

<sup>22</sup> REBORA, Juan Carlos – DERECHO DE LAS SUCESIONES – Ed. Bibliografía Argentina, Bs.As., 1952 pág. 144.-

<sup>23</sup> ZANNONI, Eduardo. Op. cit. Pág. 203: “En síntesis, la indignidad es o constituye un modo por el cual se resuelven los derechos sucesorios adquiridos por el llamado”.-

<sup>24</sup> ZANNONI, Eduardo, op. cit. Pág. 258

*régimen de la desheredación, y evitar, de este modo, una doble regulación para situaciones prácticamente idénticas.-”*

La única causal adicional del art. 3747CC de desheredación no contemplada para la indignidad, es la de su inciso I°: “*Por injurias de hecho, poniendo el hijo las manos sobre su ascendiente*”; la cual se subsume en causales más amplias en el proyectado art. 228I en los supuesto de indignidad por haber maltratado gravemente al causante (inc.b), o la remisión de su inc. i) a las causales de ingratitud de las donaciones, que prevé la injuria grave al donante, su cónyuge, ascendientes o descendientes (art. 157I inc. b proyectado).-

En consecuencia en el Proyecto se termina por unificar las causales de indignidad y desheredación, lo que lleva a la política legislativa de unificar las causas de extinción de la vocación sucesoria en el primer instituto.-

El Proyecto también termina con la discusión doctrinal si la indignidad era un supuesto de incapacidad para suceder, que se trata dentro de este capítulo (arts. 3290CC y siguientes).-

En la técnica del Proyecto se regula en el capítulo I la capacidad para suceder, y el capítulo 2 se destina y titula exclusivamente para la indignidad.- Define y asume la postura que se declara indigno a quien tiene vocación sucesoria, de la que es excluido con posterioridad a la apertura de la sucesión por sentencia judicial, por la acción regulada en el proyectado art. 2283 a instancia de los que pretenden los derechos atribuidos al indigno excluido<sup>25</sup>.-

La legitimación de la acción se determina con más amplitud y justicia que el actual art. 3304CC que sólo se refiere a los “parientes a quienes corresponda suceder a falta del excluido o en concurrencia con él”.- La proyectada redacción es más apropiada y reconoce de modo expreso que existen otros sucesores que sin ser parientes pueden pretender los derechos sucesorios del indigno –y por tanto con legitimación activa para esta acción-, como el caso de un heredero instituido por testamento sin vínculo de parentesco con el testador.-

## 2.1. Causales de indignidad proyectadas.

El Proyecto de unificación actual regula en su supuesto art. 228I las siguientes causales de indignidad para suceder:

Inc. a) “los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos. Esta causal de indignidad no se cubre por la extinción de la acción penal ni por la de la pena”.-

El parangón de esta norma es el art. 329I CC referido al condenado en juicio por homicidio, su tentativa, o participación como cómplice directo del causante o su cónyuge.-

El Proyecto ratifica la doctrina mayoritaria en cuanto que se debe estar ante un delito

---

<sup>25</sup> Art. 2283 proyectado: “Ejercicio de la acción.- La exclusión del indigno sólo puede ser demandada después de abierta la sucesión, a instancia de quien pretende los derechos atribuidos al indigno. También puede oponerla por excepción el demandado por reducción, colación o petición de herencia.- La acción puede ser dirigida contra los sucesores a título gratuito del indigno y contra los sucesores particulares a título oneroso de mala fe. Se considera de mala fe a quien conoce la existencia de la causale de indignidad.-“

doloso, lo que así se interpretaba concordando con lo dicho por el propio Vélez Sársfield, en la nota al artículo: “el autor de un homicidio involuntario no es reputado indigno”.-

Asimismo resuelve la crítica que se había formulado en doctrina en cuanto que no se requiere o no resulta posible en todos los casos la condena penal, y se recomendaba de lege ferenda, la modificación en el sentido propuesto ahora, suprimiendo esta exigencia.-<sup>26</sup>

La norma proyectada quita la exigencia de condena en sede penal, admitiendo en consecuencia la prueba en sede civil, lo que para no dejar lugar a dudas el último párrafo del art. 228I proyectado, aclara “En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de la condena penal”.-

Por otro lado es más amplia tanto en cuanto a los delitos de los cuales se lo considerará lesivos a los efectos de la indignidad, no limitado solo al homicidio, tentativa o complicidad, sino que son además todo tipo de partícipes, y se extenderá los delitos incluso contra la propiedad.-

La ampliación se da también las víctimas de tales delitos, no siendo solo contra el causante o su cónyuge, sino que se refiere ante todo el grupo familiar del causante, incluso en conviviente, en congruencia con los nuevos tipos de familia tutelados.-

Como en el Código vigente se mantiene que esta causal no se cubre por la extinción de la acción penal ni de la pena.-

**Inc. b) “los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria”**

El Proyecto recurre a una nueva terminología que no estaba en el anterior, el maltrato -que no estaba en el Código vigente- y puede ser físico o psicológico, pero debe ser grave.-

El maltrato deberá entenderse con cierta vaguedad, y la jurisprudencia determinará su fiel alcance, pero entendemos que debe constituir conducta sancionable penal o civilmente, como podría ser la violencia de género o el maltrato previsto en la legislación de protección de menores.- Deberá entenderse con carácter objetivo y en los tipos legales previstos, y no por las consideraciones subjetivas u ofensas en la conciencia del causante.-

Del mismo modo preserva la memoria del causante, como una conducta injuriosa después del fallecimiento, la que se sanciona en resguardo de aquel sistema o ambiente de moral que enseñaba Rébora.-

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

Actualiza a las normas actuales del derecho penal el actual art. 3293CC en cuanto a la pena del delito por el que se lo acusa o denuncia, y quita la referencia a voluntariamente.-

<sup>26</sup> ZANNONI, Eduardo A. op. cit. Pág. 215: “no significa que, de lege ferenda, no haya de propiciarse, siguiendo los cuerpos legales más modernos, la supresión de la exigencia (que, como el mismo Salas demostró, no existía en la tradición del derecho romano, ni en el francés anterior a la codificación), bastando, en su caso, la prueba del homicidio en la causa civil, aún cuando por cualquier causa sea imposible dictar sentencia penal condenatoria. Así lo establecen, por ejemplo, el Código Civil alemán (art. 2339), el italiano (art. 463), el suizo (art. 540), y entre los latinoamericanos, el brasileño (art. 525) y el peruano de 1936 (art. 655).-“

La norma proyectada incluye la excepción de que no incurre en causal de indignidad el acusador o denunciante, cuando sea la víctima del delito, o lo sea su familiares en el mismo grado que el inciso a) proyectado, incluyendo al conviviente.-

La reforma reconoce el conflicto de intereses entre familiares, y exime lógicamente a quien, a través de la acusación o denuncia contra el causante, está protegiendo a otros miembros del grupo familiar o conviviente, evitando que la norma se convierta en una suerte de extorsión que beneficie al causante autor o partícipe de un delito entre los previstos.-

Esto se denota en la expresa excepción de quien haya obrado en cumplimiento de un deber legal, como ya señalaba REBORA<sup>27</sup> en la interpretación del Código actual.-

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

Replica el espíritu y la norma del art. 3292CC, pero es más precisa al indicara que no alcanza a todos los incapaces o personas con capacidad restringida, de conformidad con la terminología proyectada, y no lo limita sólo al mayor de edad.-

**Inc. e) “los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante alimentos debidos, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por si mismo.”-**

El proyecto mantiene así la norma del de indignidad en caso de abandono de la persona apreciado con criterio de la ley civil, prevista en el art. 3295CC y la parte final del art. 3296bis (ley 23.264), eliminado la referencia al demente, quedando protegido toda aquella persona en situación de vulnerabilidad, no limitado al demente, como se reconoce en doctrina en los adultos mayores<sup>28</sup> o de avanzada edad.-

**Inc. f) “el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad”**

Recoge la reforma el art. 3296bis incorporado por la ley 23246, pero excluye a la madre, en la concepción que esta siempre lo reconoce al momento del nacimiento.- Pero tratándose de una filiación extramatrimonial, si se da un caso de abandono del hijo que nace fuera del sistema hospitalario, y cabría la misma sanción de indignidad si lo reconoce después de alcanzada la mayoría de edad; por lo cual no aparece como apropiada su exclusión para esos supuestos.-

La exclusión del supuesto en la filiación matrimonial es acorde con la norma proyecta del art.566, que presume la paternidad y maternidad de los cónyuges del hijo nacido después de la celebración del matrimonio y hasta 300 días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho, de la muerte o su presunción; con la salvedad que para los casos de reproducción humana asistida, existiendo consentimiento de ambos, en caso de fallecimiento la concepción de la mujer o la implantación del embrión se produce dentro del plazo de año siguiente al deceso (art. 563 inc. b) proyectado).-

<sup>27</sup> REBORA, op. cit., pág. 155

<sup>28</sup> La Jornada Nacional de Derecho Civil de 2011, recomendó incluir la previsión de disposiciones sucesorias en reguardo de los derechos de personas vulnerables, entre ellos los adultos mayores.-

**Inc. g) “el padre o la madre que haya sido privado de la responsabilidad parental”.-**

El proyecto incorpora esta causal que no tiene directo parangón con un artículo vigente.- Debe notarse en primer término que la privación de la responsabilidad parental debe subsistir al momento del deceso del causante, pues el proyectado art. 70I establece que el juez puede rehabilitar la patria potestad, si se demuestra que se justifica en beneficio o interés del hijo; es decir, que no parece apropiado mantener la sanción para quien se ha arrepentido de su conducta disvaliosa y se mantiene cumpliendo con sus deberes legales, pese a que el inciso en cuestión no aclare sobre el particular.-

La privación de la responsabilidad tiene efecto a partir del momento en que se dicta la respectiva resolución judicial de privación o declarar al hijo en estado de adoptabilidad (art. 700 in fine proyectado).-

Sin embargo debe distinguirse estos efectos de los relativos a la indignidad, en que como se señaló previamente, para este instituto basta con la prueba que al indigno le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal (art. 228I in fine, proyectado).-

Esta parte final resolvió la cuestión de la innecesariedad de condena penal para los delitos dolosos que se comentan contra el causante o sus familiares legales o de hecho mencionados; pero al aplicarlo con “en todos los supuestos enunciados” cabe aplicarlo también en este caso, aunque la sentencia sea una sanción civil.-

Si se releva de la condena penal, no hay razón para aplicar distinto criterio en este supuesto ante la norma del párrafo final.-

El art. 700 proyectado<sup>29</sup> determina las causales de privación de la responsabilidad parental, y son casos que también están comprendidos en las restantes causales de indignidad analizadas, por lo cual se reafirma el criterio de ser aplicable aún cuando no exista sentencia, pero se pruebe la causal en el sucesorio.-

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

Reglamenta la causal ya prevista en el art. 3296CC con mayor casuismo de la conducta sancionable de quien de un modo u otro capta la voluntad del donante o altera su manifestación de última voluntad con posterioridad, evitando que su real intención para después de su fallecimiento se cumplida.-

<sup>29</sup> Art. 700 Proyecto: *“Privación.- Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:*

*Ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata.-*

*Abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aún cuando quede bajo la custodia del otro progenitor o la guarda de un tercero;*

*Poner en peligro la salud física o psíquica del hijo;*

*Haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.*

*En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad.-“*

**Inc. i) “los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten reco-  
var las donaciones”.**

Este último supuesto remite a las previstas para la ingratitud de donación, que se regulan en el art. 1571 proyectado, en sus cuatro incisos:

a) Si el beneficiario atenta contra la vida o la personas del donante, su cónyuge, ascendientes o descendientes; está subsumido en el inciso a) del este art. 2281 proyectado.-

b) Si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; en este supuesto es más amplia las causales previstas de indignidad, e incluye en términos más generales la conducta disvaliosa prevista en el inc. a del art. 3747CC para la desheredación actual.-

c) Si la priva injustamente de bienes que integran su patrimonio.- Esta causal se correlaciona con la sanción a los delitos contra la propiedad ya previstos, pero no hace consideración sobre el dolo condición, como surge del supuestos del primer inciso del art. 2281 proyectado.-

d) Si rehusa alimentos al causante.- Surge también del inc. e) del artículo 2281 proyectado.-

En conclusión el mayor aporte de esta remisión se refleja en la tipificación de las injurias, justificando la equiparación de causales con la desheredación que deroga, y la inclusión de la privación injustificada de los bienes, sin referir expresamente al dolo.-

### 2.1.1.- Causales omitidas.

La reforma proyectada amplía las causales de indignidad, e incluso las que mantiene les da mayor alcance y generalidad.-

Sin embargo quita dos causales:

a) El condenado por adulterio con la mujer del causante (art. 3294CC).-

Esta causal ya se la consideraba inexistente, pues “se trataba, es obvio, de la condena criminal en los casos previstos en el art. 118 del Cód. Penal. Pero la ley 24.453 derogó esta norma, con lo que el adulterio, ha quedado desinclinado penalmente (art. 4º ley citada).-“<sup>30</sup>

b) La madre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante la menor edad, que ya analizamos previamente con el inc. f) del art. 2281 proyectado.-

### 2.2.- Perdón de la indignidad.

El art. 2282 proyectado regula expresamente que “el perdón del causante hace cesar la indignidad”, lo cual recepta la actual interpretación sin discusiones.-

En su segundo supuesto modifica la norma del art. 3297CC en presumir que el testamento posterior a favor del autor de conducta sancionable por indignidad importa su perdón, pero a diferencia del actual Código Civil, se proyecta que esta presunción no tendrá tal efecto si se prueba el desconocimiento de tales hechos por el testador.-

Modifica así la parte final del art 3297CC que impedía la causal de indignidad cuando se había otorgado al indigno testamento posterior, “*aún cuando se ofreciere probar que el difunto no tuvo conocimiento de esos hechos al tiempo de testar o después”.-*

<sup>30</sup> ZANNONI, Eduardo, op.cit. pág. 219.-

### 2.3.- Efectos de la indignidad.

La indignidad provoca la resolución de la vocación sucesoria del indigno, por ello el art. 2285 proyectado prevé una vez admitida judicialmente, debe restituir los bienes, como el art. 3505CC, y debe hacerlo como el poseedor de mala fé.- Asimismo deberá pagar intereses por las sumas recibidas aunque no los hay percibido, como lo establece el art. 3506CC.-

Al igual que el art. 3308CC establece que por esta pérdida de la vocación sucesoria renacen los derechos y obligaciones entre el indigno y el causante, así como las garantías que los aseguran, no variando el régimen actual.-

Se requiere la sustanciación de la acción de invalidez, como en el caso de la ineficacia de los actos jurídicos (art. 383 proyectado), y congruente con los efectos de la nulidad de los actos jurídicos (art. 392 proyectado), el párrafo final del art. 2283 proyectado establece que *“la acción puede ser dirigida contra los sucesores a título gratuito del indigno y contra sus sucesores particulares a título oneroso de mala fé.- Se considera de mala fé a quien conoce la existencia de la causa de indignidad.”*

Es decir, que el transmisión del derecho por el indigno antes de la sentencia que admita la causal, a un nuevo adquirente a título oneroso y de buena fe, no será observable ni alcanzado por la acción reivindicatoria contra el indigno, y este quedará personalmente obligado contra sucesores que instaron la acción de indignidad.-

El art. 2284 proyectado, mantiene la norma del art. 3298CC, estableciendo la caducidad del derecho a excluir al indigno, transcurridos 3 años de la apertura de la sucesión, o del legatario desde que recibió el legado.-

Por ello, en los casos de transmisión de derechos por el indigno a título gratuito u oneroso a un tercero que conocía la causal, quedará perfeccionado, en el sentido que no será posible su reivindicación transcurrido el plazo de caducidad de excluir al indigno.-

La reforma proyectada sin embargo, introduce la posibilidad del hacer valer la indignidad sin límite de plazo por vía de excepción -aún después de los 3 años de caducidad-, al demandado por reducción, colación o petición de herencia por el indigno (arts. 2283 primer párrafo “in fine” y art. 2284 segundo párrafo proyectados).-

Si bien el indigno se ve beneficiado por la caducidad del derecho a excluir su vocación sucesoria, su conducta disvaliosa le hace perder la acciones de defensa de su porción legítima, y la ley resguarda el interés del testador o donante y su intención de beneficiar a un tercero diferente del indigno.-

La caducidad no importa perdón sino que se da en la lógica de protección de la seguridad jurídica en la transmisión de los bienes y el paso del tiempo; por ello ante una clara y expresa disposición del causante, se hace prevalecer su voluntad frente a un vocación legal viciada por indignidad, la cual deberá probar el donatario, legatario o heredero instituido.-



## 2. "PUEBLOS ORIGINARIOS: HERMENÉUTICA JURÍDICA"<sup>31</sup>

Not. Hollmann, Diego Ariel, Not. López Pérez, Marina,  
Not. Moreyra, Javier Hernán, Not. Pierri, Paola Julieta,  
Not. Podrez Yaniz, Sabina

### PONENCIA

---

La propiedad indígena aparece claramente enmarcada por el Constituyente como un derecho de naturaleza real. El mismo no se encuentra regulado en la legislación de fondo como tal.

Las características especiales que presentan los pueblos originarios –sujeto- como el atributo de inalienabilidad que es otorgado constitucionalmente a las tierras –su objeto- le dan a este instituto una connotación *sui géneris* que lo coloca entre el *dominio* de los particulares y el *dominio* público del Estado.

El texto del artículo 75, inciso I7 tiene consecuencias importantes de carácter eminentemente operativo.

La norma constitucional ha creado un nuevo derecho real sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra sobre la que recae. La tierra, objeto del derecho, es la cosa en el sentido legislado por el artículo 2311 del Código Civil, con un indudable contenido comunitario.

La Constitución Nacional hizo así una declaración legal reconociendo a los pueblos indígenas argentinos como titulares preexistentes de las tierras.

La propiedad comunitaria indígena es un derecho real autónomo. Presenta semejanzas con el derecho real de dominio aunque con peculiaridades propias. Es perpetua, al igual que lo regulado en el artículo 2510 del Código Civil, la propiedad de la comunidad indígena no se extingue por el no uso aunque no puede subordinarse a plazos como el dominio revocable o a condiciones resolutorias. Tampoco es un condominio con indivisión forzosa. Tampoco le son aplicables las normas del derecho sucesorio.

Es un derecho otorgado exclusivamente a las comunidades indígenas, a nuestro criterio persona jurídica pública no estatal, –no al indígena en cuanto individuo aislado- que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina.

A diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de facultades –disposición, uso y goce-, la propiedad indígena no es enajenable, ni es transmisible, ni es susceptible de gravámenes ni embargos, todo lo que desnaturalizaría su esencia.

La garantía constitucional otorgada a los pueblos originarios no implica el reconocimiento

---

<sup>31</sup> El presente trabajo fue presentado en el T. IV de la XXX Jornada Notarial Argentina, Mendoza, agosto, 2012

de un status de autonomía o soberanía política, lo que conllevaría a crear un Estado dentro del Estado Argentino. El hecho del reconocimiento a los pueblos indígenas en modo alguno aparta a sus miembros del orden jurídico vigente para todos los ciudadanos y la asunción de las obligaciones que les son impuestas.

Las dificultades que genera la titulación masiva en los distintos países de América Latina dado la diversidad y riqueza cultural que tienen, aunado a la reivindicación que las nuevas tendencias jurídicas vienen marcando, fundamentalmente, en lo que hace a los derechos de los pueblos originarios, no puede, ni debe ser ajena, a la función notarial. El notario debe tener un rol activo para soslayar las distintas dificultades que en el tema pueden presentarse.

#### SUMARIO:

I-Introducción. II-La propiedad en la Legislación Argentina. III-La Propiedad Comunitaria de los Pueblos Originarios: a) Naturaleza del derecho; b) Características de la propiedad comunitaria indígena; c) Sujeto: Pueblos; d) Objeto: Tierras. IV-Análisis sobre la cuestión de los recursos naturales y los derechos de las personas indígenas: a) Normas Constitucionales; b) Normas Legislativas. V-Antecedentes institucionales y normativos en general. VI-La propiedad comunitaria indígena en el proyecto de reforma de unificación del Código Civil y Comercial. VII-La labor del notario. VIII-Conclusión.-

#### I- Introducción

La relación directa y exclusiva del hombre con la cosa mediante la cual la somete a su gobierno absoluto, es aún una realización concreta y universal, que ha subsistido firmemente a través de los siglos, sin otras concesiones que ciertos cambios en su regulación jurídica, no dirigidos empero a afectar su esencia.

Se ha valorado a la propiedad privada como un mínimo de bienes indispensables para la vida digna y sana, física y espiritualmente, de cada individuo.

Tal vez pueda afirmarse que ella ha alcanzado -si no se quisiera conceder que ha conservado- la categoría de derecho natural, o sea, de derecho consubstanciado con la naturaleza del hombre, de modo que, si apartamos la condenación absoluta que algunas injusticias sociales generan en ciertas corrientes del pensamiento, resulta difícil concebir al individuo privado de un mínimo de bienes por lo menos deseables para la existencia, o simplemente de la aptitud para hacerse dueños de ellos<sup>32</sup>.

Según el paso del tiempo, distintas doctrinas político económicas han combatido la propiedad individual y se han esforzado por desprestigiarla para tornar al colectivismo.

Si analizamos a la propiedad no sólo como una idea, sino como una realización humana resulta difícil para un hombre de nuestros días, acostumbrado o acomodado a un tipo de do-

<sup>32</sup> GUAGLIANONE, Aquiles Horacio. Bosquejo histórico de la idea de herencia. La Ley, t.88, pag.797, Sec. Doctrina, ano 1957.

minio, concebir las nuevas formas de propiedad que la realidad impone. La dificultad se acrecienta cuando se prescinde, en primer término, de la fase evolutiva que vive la institución en la época objeto del examen y, en segundo, de los matices que particularizan al pueblo motivo de la observación.

En este orden de ideas, si cabe concebir una propiedad, no ya privada sino colectiva, quien ejerza sus atributos en representación del grupo no podrá ser considerado, aunque se llame a sí mismo propietario, como titular del derecho. El fallecimiento del individuo que desempeñe esa función, acarreará sin duda un cambio, una sustitución de personas, pero la herencia no tendrá entonces como contenido la transmisión del derecho, sino sólo la de una representación. Así como la muerte del tutor no afecta la titularidad del bien de su pupilo, ni la del socio integrante del órgano de una persona jurídica la del bien que a ésta pertenece, así la muerte del jefe del grupo no influye sobre la propiedad colectiva.

El concepto de propiedad no es ajeno a la idiosincrasia de cada civilización, adoptando particular matiz según cada época y cada lugar.

Por ello, la propiedad del pueblo hebreo -místico, elegido- no puede ser igual a la del romano -organizador y realista-, como la propiedad del pueblo inglés -ceñido a sus tradiciones- difiere lógicamente a la de los pueblos americanos - en la que coexisten pueblos originarios en su mezcla con la visión cosmopolita y abierta a la inmigración.

Lejos está en nuestra intención hacer un enfoque ideológico o valorativo de los distintos sistemas de propiedad. Motiva nuestra tarea, en cambio el análisis concreto de su hermenéutica -del griego: **ῤῆμηνευτικὴ τέχνη**, jermeneutiké tejne arte de explicar, traducir o interpretar los textos, método que expresa la universalización del fenómeno interpretativo desde la concreta y personal historicidad- jurídica en nuestro país y la evolución hacia esta nueva forma de dominio, en especial, llamada “la propiedad comunitaria de los pueblos originarios”.

## II. La propiedad en la legislación argentina

La historia de la propiedad<sup>33</sup> nos presenta desde sus más remotos orígenes, tres formas de dominio de la tierra: la propiedad colectiva, en la que el poseedor solo tiene el uso y goce de ella durante un cierto tiempo; la propiedad familiar, en la cual el uso y goce de la tierra responde a la familia y se transmite hereditariamente a favor de los hijos varones o vuelve al Estado en caso de no haber descendencia; y la propiedad individual, usual entre nosotros, el derecho de usar, gozar y disponer libremente de las cosas (art. 2506 Código Civil<sup>34</sup>). En materia de cosas muebles la propiedad individualista ha existido desde los primeros pasos de la humanidad, como lo acredita el hecho comprobado que el hombre ha considerado siempre exclusivamente

<sup>33</sup> Nótese que utilizamos indistintamente el término propiedad y dominio. Ambos se asimilan, aunque en el primero -de connotación económica-jurídica- se acentúa el elemento subjetivo en la relación entre la persona con la cosa; en el segundo -denominación estrictamente jurídica- se prioriza el elemento objetivo.

<sup>34</sup> Artículo 2506 Código Civil: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

propios sus alimentos y vestidos, sus animales, útiles y herramientas de trabajo y sus armas de caza o de guerra<sup>35</sup>.

La República Argentina desde su nacimiento, hace ya doscientos años, aceptó como norma universal el principio de la propiedad privada, en contraposición con otras culturas que eligieron la propiedad colectiva.

Esta opción histórica se reflejó en nuestro ordenamiento jurídico, y en especial en la Constitución Nacional que determina que la propiedad privada es inviolable, que ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, estableciendo la libertad en su uso y disposición.

El Estado se convierte así, en el custodio del derecho subjetivo de propiedad de toda persona asegurándole su protección frente a la intromisión de extraños.

Ahora bien, no solo las personas físicas y las jurídicas pueden ser dueñas o propietarias. Nuestro Código Civil, al regular los derechos patrimoniales, nos dice, que las cosas, además, pueden ser bienes públicos o bienes privados del Estado. Y, a contrario sensu, que las que no son bienes del Estado o de las provincias o municipios son bienes particulares.

También especifica cuáles son los bienes públicos<sup>36</sup> y cuales los bienes privados del Estado<sup>37</sup>. El Estado es propietario de sus bienes para uso y goce de acuerdo a su destino público. El dueño de las cosas, sean particulares o los diferentes Estados en sus distintas jurisdicciones ya sea nacional, provincial o municipal tienen el derecho al uso y goce de sus bienes, y en el caso de los inmuebles, derecho a poseer pacíficamente de los mismos. No pueden ser turbados arbitrariamente, y el afectado puede repeler con el uso de la fuerza suficiente, cuando los auxilios de la justicia llegaren demasiado tarde<sup>38</sup>.

<sup>35</sup> SALVAT Raymundo: Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, Editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1952, t. I, pág. II.

<sup>36</sup> Artículo 2340 del Código Civil: “*Quedan comprendidos entre los bienes públicos: 1° Los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua; 2° Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros; 3° Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación; 4° Las playas del mar y las riberas internas de los ríos, entendiéndose por tales la extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales o las crecidas medias ordinarias; 5° Los lagos navegables y sus lechos; 6° Las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares; 7° Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común; 8° Los documentos oficiales de los poderes del Estado; 9° Las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico*”.

<sup>37</sup> Artículo 2342 del Código Civil: “*Son bienes privados del Estado general o de los estados particulares: 1° Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño; 2° Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra; 3° Los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código; 4° Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados, y todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título; 5° Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares o ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos o de corsarios*”.

<sup>38</sup> Artículo 2470 Código Civil “*El hecho de la posesión da el derecho de protegerse en la posesión propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuese desposeído podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa*”.

Resulta útil, aunque redundante a la vez, recordar que la “posesión” no debe ser confundida con la “propiedad”. La posesión confiere al poseedor el derecho de tener la cosa sometida a su voluntad, de usarla y aprovecharla como lo crea más conveniente y este conjunto de derechos recibe en doctrina el nombre de *ius possessionis* o derechos derivados de la posesión. La propiedad confiere al propietario el derecho de poseer la cosa o *ius possidendi*, pero al lado de éste derecho el propietario tiene otros más, que le permiten disponer y gozar ampliamente de ella (art. 2513<sup>39</sup>)”.

La ley civil regula diferentes acciones reales para obtener la restitución o mantención de las cosas: la reivindicatoria, la confesoria y la negatoria, para el caso de la propiedad; y acciones como la de mantención y la de recuperación o de despojo, para el caso de la posesión. Cuando la posesión es adquirida con violencia, en forma clandestina o por abuso de confianza, es considerada viciosa y no otorga derechos a quien la intenta utilizar.

Dada la importancia que se le asigna a la propiedad privada en el plexo Constitucional, sea pública o particular, además de la tutela que la ley civil le acuerda, la penal ha establecido también, diferentes delitos que sancionan a quienes la violan, tales los casos de robo, hurto, daños y usurpación cuando nos referimos a bienes inmuebles.

Cabe recordar, que en nuestro sistema jurídico la existencia del orden público en relación a los derechos reales conlleva un efecto claramente restrictivo a la voluntad de los particulares, privándolos de reglar ciertos aspectos en su relación con las cosas -como su estructura, contenido, ejercicio, alcance, extinción- consagrados exclusivamente por la ley.

El centro de la problemática será el de la naturaleza del derecho real que implicaría la *propiedad indígena* que si bien aparece claramente enmarcada por el Constituyente como un derecho de naturaleza real, las características especiales que presentan los pueblos originarios –sujeto- como el atributo de inalienabilidad que es otorgado constitucionalmente a las tierras –su objeto- le dan a este instituto una connotación sui géneris que lo coloca entre el *dominio* de los particulares y el *dominio público* del Estado sin perder de vista que éste último, y no obstante su designación – dominio-, no es técnicamente un derecho real, ni es propiedad en sentido estricto.

### III- La propiedad comunitaria de los pueblos originarios

#### a) Naturaleza del derecho

Uno de los temas más analizados por la doctrina a la hora de ajustar el derecho a la realidad, ha sido sin duda alguna las nuevas formas de dominio y, dentro de ellas, la **propiedad comunitaria de los pueblos originarios**.

Su inclusión en nuestro ordenamiento fue una de las modificaciones más sorprendentes y discutidas de la reforma constitucional de 1994 contemplada en el artículo 75, inciso 17<sup>40</sup>,

<sup>39</sup> SALVAT, Raymundo M. Tratado de Derecho Civil Argentino. Derechos Reales, Editora Tipográfica Argentina, Buenos Aires, Argentina, 5ta. Edic. 1961, t. I, pág. 23..

<sup>40</sup> Constitución Nacional - “Artículo 75.- Corresponde al Congreso:... 17. Reconocer la *preexistencia étnica y cultural* de los pueblos indígenas argentinos. *Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la*

que incluyó el tipo de propiedad comunitaria -la de los pueblos originarios- organizada en el presupuesto de la existencia en un mismo enclave urbanístico o territorial, con una serie de características comunes no sólo vinculadas a su finalidad como grupo, sino como una forma de cosmovisión cultural, en cuanto al uso de las tierras destinadas al aprovechamiento colectivo por los integrantes de la comunidad de los pueblos originarios. Ha sido así legislada por el constituyente como una verdadera reivindicación histórica.

El texto, además de resaltar un aspecto reparador e histórico, tiene consecuencias importantes de carácter eminentemente operativo, y para parte de la doctrina<sup>41</sup>, no necesita de un desarrollo normativo posterior para su efectivización, ya nadie podría negarlo o desconocerlo.

Al tiempo de analizar si una norma es operativa o programática debe tenerse especialmente en cuenta que, se presume que las normas en materia de derechos humanos son operativas<sup>42</sup>. Las normas de los tratados de derechos humanos, tengan o no jerarquía constitucional se deben interpretar partiendo de la presunción de la operatividad, o sea, directamente aplicables por todos los órganos de poder de nuestro Estado -postura sustentada por diversos fallos de la C.S.J.N.<sup>43</sup>.

La norma garantiza, además, el reconocimiento a la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan los pueblos originarios y la participación de las comunidades en la gestión referida a los recursos naturales.

Los gobiernos, en cualquiera de sus niveles, deberían, entonces, establecer procedimientos de consulta cada vez que se vean afectados los intereses de las comunidades, sea por la explotación de recursos naturales de propiedad del Estado, sea por la realización de obras o de proyectos de cualquier naturaleza, buscando las soluciones que mejor favorezcan el desarrollo y la armonía de objetivos.

También se ha considerado que la norma constitucional ha creado de un nuevo derecho real sobre cosa propia que se ejecuta en relación directa con la tierra sobre la que recae. La tierra, objeto del derecho, es la cosa en el sentido legislado por el artículo 23II<sup>44</sup> del Código Civil, con un indudable contenido comunitario<sup>45</sup>.

La Constitución Nacional hizo así una declaración legal reconociendo a los pueblos in-  
*personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones.*<sup>46</sup>

<sup>41</sup> VÁZQUEZ, Gabriela A. Principio de congruencia, desalojo y propiedad indígena. Publicado en LA LEY 16/05/2007, 5 - LA LEY2007-C, 307.

<sup>42</sup> GORDILLO, Agustín, Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. FDA, 2005

<sup>43</sup> Ekmekdjian c/Sofovich, La Ley, 1992 - C- 543. ; Giroldi H. S/Recurso de Casación, Jurisprudencia Argentina. tomo III, 1995; Microómnibus Barrancas de Belgrano”, Fallos 321:2490 y Servini de Cubría María, Fallos 215:1943.

<sup>44</sup> Artículo 23II del Código Civil: “Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.

<sup>45</sup> ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M. y VÁZQUEZ, Gabriela A.. Propiedad Indígena, Ed. De la Universidad Católica Argentina, Bs.As. 2005.

dígenas argentinos como titulares preexistentes de las tierras lo que no se ha considerado con efectos expropiatorios.

La nueva ley fundamental ha provocado mutaciones sustantivas sobre algunas de las instituciones del derecho privado como el régimen de la propiedad y del derecho sucesorio en su cotejo con la propiedad esencialmente privatista del código de fondo.

El principio guía de toda interpretación jurídica es el de la primacía de la función determinativa de las expresiones normativas y el de las conexiones necesarias que entre ellas deben darse. Los problemas de interpretación lógicos de inconsistencias de normas jurídicas suponen la imputación de efectos jurídicos incompatibles debido a sus contracciones fácticas<sup>46</sup>. Así la reforma constitucional en el tema en tratamiento, ha venido a crear un tipo de colisión de normas entre la Carta Magna y el plexo civil argentino. El artículo 2502 del Código Civil sólo admite los derechos reales que fueran creados por ley —que supone de carácter general- y todo contrato de última voluntad que constituyere otros derechos reales, o modificase los que el Código reconoce, valdrá sólo como constitución de derechos personales, sí como tal pudiese valer. A continuación en el artículo 2503 especifica y tipifica los derechos reales admitidos. Sin embargo, el mismo orden jurídico en defensa de la seguridad jurídica -valor fundante- establece sus propios remedios ante estas peligrosas situaciones: *lex posterior derogat priori, lex specialis derogat lex generalis* y *lex superior derogat legi inferiori*. De esta forma forzando un criterio interpretativo se podría afirmar que en el caso en tratamiento el legislador ha creado un nuevo derecho real de gradación constitucional.

Las preguntas que sopesan al momento de analizar el *numerus clausus* respecto al tema serían, entre otras: a) ¿por qué la creación de un nuevo derecho real y no la utilización de uno ya existente, o la combinación de derechos reales y personales, como el dominio, las servidumbres y la figura asociativa? Y b) ¿Cómo adaptar la tutela al derecho de propiedad comunitario de la Constitución Nacional a una futura reforma del Código Civil?. Las respuestas se imponen.

#### **b) Características de la propiedad comunitaria indígena y sus diferencias con la propiedad privada**

Como se ha dicho, la propiedad comunitaria indígena es analizada como un derecho real autónomo. Se ejercita en relación a las tierras sobre las que recae, tiene un indiscutible contenido patrimonial y su régimen es de orden público. Otorga a la comunidad el *jus perseguendi* y el *jus preferendi*, ambos oponibles erga omnes.

Presenta semejanzas con el derecho real de dominio aunque con peculiaridades propias. Es perpetua, al igual que lo regulado en el artículo 2510 del Código Civil<sup>47</sup>, la propiedad de la comunidad indígena no se extingue por el no uso aunque no puede subordinarse a plazos como el dominio revocable o a condiciones resolutorias. Tampoco es un condominio con indivisión forzosa.

Es un derecho otorgado exclusivamente a las comunidades indígenas —no al indígena en

<sup>46</sup> ROSS, Alf, "Sobre el derecho y la justicia", Ed Eudeba, Buenos aires, 1974.

<sup>47</sup> Artículo 2510 del Código Civil: "El dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él..."

cuanto individuo aislado- que es inalienable, propio, que les pertenece y preexiste por ser descendientes de los primeros pobladores que habitaron la República Argentina. La relación del indígena con la tierra tiene un punto de partida espiritual, pues ella corporiza sus tradiciones y valores ancestrales, en los que se esfuma el distingo entre lo propio y lo ajeno<sup>48</sup>.

A diferencia del derecho real de dominio que es absoluto, conservando el titular la mayor cantidad de facultades -disposición, uso y goce-, la propiedad indígena no es enajenable, ni es transmisible, ni es susceptible de gravámenes ni embargos.

La propiedad comunitaria aborigen tiene, pues, vedada la facultad de disposición. La prohibición de enajenar implica que la comunidad indígena, titular de la propiedad, no puede transmitirla a nadie, ni a otras comunidades, ni a un miembro en particular de uno de ellas, bajo ningún título.

Si bien el precepto constitucional contraría el principio de la enajenabilidad de la propiedad individual y expresado en el artículo 2612 del Código Civil<sup>49</sup>, la tierra comunitaria es indivisible por tener un único sujeto titular de la tierra, la comunidad indígena; su partición es imposible porque tal hecho desnaturalizaría el sentido perenne de la propiedad. Es por ello que se descarta el condominio común ya que tiene vedada su división.

Se aleja, pues, en este aspecto, de las peculiaridades propias de los derechos reales, cuyas cosas además de ser ciertas, determinadas, actualmente existentes, deben encontrarse en el tráfico jurídico.

La imposibilidad de gravar la tierra impide la constitución de cualquier derecho real como la hipoteca, la anticresis, el usufructo, la servidumbre, la superficie forestal.

Parte de la doctrina ha formulado fuertes objeciones a estas limitaciones, ya que las tierras quedan fuera del comercio y de los actos civiles, creando un estatus especial que viola la legislación y los principios constitucionales sobre los derechos reconocidos. Consagra un principio inaudito que no tienen, por ejemplo, ni los jubilados, ni los propietarios pobres, entre los grupos discriminados. Además, con tales prerrogativas puede producirse un efecto contrario al deseado: la tierra no podrá ser dada en garantía, por ejemplo, para la obtención de créditos que permitan desarrollar una explotación económica o construir viviendas. El aparente beneficio puede convertirse en un verdadero perjuicio.”<sup>50</sup>

La doctrina contraria ha dicho, en defensa del instituto, que existen en nuestro derecho reglas que sustentan la inalienabilidad absoluta en relación con un bien determinado. Así los bienes del dominio público del Estado o los de su dominio privado si están afectados a un fin público determinado, el caso del bien de familia (Art. 37 de la Ley N°14.394)<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Obra Cit. I4. Pág.155.

<sup>49</sup> Artículo 2612 del Código Civil: *“El propietario de un inmueble no puede obligarse a no enajenarlo, y si lo hiciera la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él”*.

<sup>50</sup> SEGOVIA Gonzalo y SEGOVIA, Juan Fernando. La protección de los indígenas en PEREZ GUILHOU y otros. Derecho constitucional de la reforma de 1994. Mendoza. Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos, 1995. Págs..338 y 339.

<sup>51</sup> Obra Cit. I4. Pág.176.



El hecho que la Constitución Nacional haya establecido estas prohibiciones, tiene como objeto impedir que grupos económicos se abusen del estado de indefensión de las comunidades indígenas preservando su hábitat natural, evitando la ejecución de las garantías y por ende el desarraigo. De lo cual se deriva que, las tierras, tampoco pueden ser objeto de locación, ni de ser expropiadas, ni de ser adquirida por terceros mediante acciones de prescripción.

Debemos aclarar debidamente que la garantía constitucional otorgada a los pueblos originarios no implica el reconocimiento de un status de autonomía o soberanía política, lo que conllevaría a crear un Estado dentro del Estado Argentino. El hecho del reconocimiento a los pueblos indígenas en modo alguno aparta a sus miembros del orden jurídico vigente para todos los ciudadanos y la asunción de las obligaciones que les son impuestas.

### c) Sujeto: “pueblos”

El artículo 75 inc. 17 de la Constitución Nacional adopta con precisión el término “pueblos” que responde y guarda coherencia con el concepto adoptado en la Convención de la OIT (léase en todos los casos Organización Internacional del Trabajo N° 169).

Si bien la norma constitucional no otorga demasiadas precisiones conceptuales no se puede inferir la terminología “pueblos” como sinónimo de “comunidad”. La Real Academia Española define a la comunidad como el “conjunto de las personas de un pueblo, región o nación”<sup>52</sup> y al pueblo como “conjunto de personas de un lugar, región o país”<sup>53</sup>. Las comunidades son el conjunto de personas que, en forma independiente se desarrollan y funcionan dentro de los pueblos indígenas. De allí que todo paralelismo jurídico podría cercenar derechos y garantías “reconocidos” por nuestra Constitución a pueblos indígenas que preexisten a la conformación del mismo Estado.

Solo se justifica referirnos a “comunidades” porque la titularidad que en abstracto les compete a los pueblos indígenas de Argentina, se realiza en concreto a favor de las comunidades indígenas, quienes son, en definitiva, las titulares efectivas de la garantía de la propiedad comunitaria sobre las tierras. No podía ser de otra manera, pues la “personería jurídica”, o con más precisión: personalidad jurídica, que reconoce el Art. 75 inciso 17, lo es con respecto a las distintas “comunidades” de cada uno de los pueblos indígenas argentino<sup>54</sup>. Errores de interpretación o aplicación jurídica de paralelismos conceptuales a otros fines que el indicado podría conllevar al cercenamiento de garantías de raigambre constitucional.

Es menester reiterar que la titularidad del derecho sobre la tierra es de cada una de las comunidades indígenas, a las cuales es necesario, solo por cuestiones de orden jurídico y a efectos de una mejor instrumentación de títulos, exigirles su registración a nivel nacional o provincial, con fines declarativos y nunca constitutivos, atento a que, como se indicó, preexisten a la inscripción y a la misma conformación de nuestro Estado Nacional. Es por ello, que puede afectar la tutela constitucional la confusa redacción del artículo 2 último párrafo de la

<sup>52</sup> Diccionario de la Lengua Española – Vigésima Segunda Edición – Real Academia Española – 2.f. – www.rae.es

<sup>53</sup> Diccionario de la Lengua Española – Vigésima Segunda Edición – Real Academia Española – 3.m. – www.rae.es

<sup>54</sup> Obra cit. I4, pag.147

ley 23.302 (actualizada según ley 25.799)<sup>55</sup> que otorga personería jurídica mediante la inscripción registral.

Concebir la inscripción de otra forma que no sea declarativa implicaría obligar a las distintas comunidades a adoptar algunas de las formas societarias existentes o quedar excluidas del sistema jurídico argentino.

En la actualidad la difusa comprensión del carácter de la inscripción conlleva que muchas comunidades indígenas se deban inscribir bajo la forma de Asociación Civil o encontrarse en situación irregular debido a la imposibilidad material de cumplimentar con requisitos de inscripción que le son extraños a su organización interna. Por tal motivo, también es de importancia que la autoridad de aplicación sea flexible al momento de evaluar la documentación presentada por las comunidades indígenas a los fines de otorgar la inscripción, admitiendo los mas diversos medios de prueba acreditativos de la preexistencia o reagrupamiento (Art. 3 Ley Nacional 23.302 actualizada por ley 25.799)<sup>56</sup>

La legitimación activa de la persona jurídica “comunidad indígena” ha sido aceptada y recepcionada en reiteras ocasiones por nuestra jurisprudencia.<sup>57</sup>

Siguiendo la línea de estudios, es preciso destacar que la naturaleza de la persona jurídica “comunidad indígena”, debe ser abordada como una persona jurídica de derecho público no estatal, ya que ese, como se analizará, es el tratamiento que le da el actual ordenamiento jurídico argentino.

---

<sup>55</sup> Ley Nacional 23.302, sancionada el 30 de setiembre de 1985, promulgada el 8 de noviembre de 1985. publicada: B.O. 12/11/85. Actualizada según ley 25.799, sancionada el 5 de noviembre de 2003, promulgada el 28 de noviembre de 2003, publicada el 1ro. de diciembre de 2003. Art. 2: “... *La personería jurídica se adquirirá mediante la inscripción en el Registro de Comunidades Indígenas y se extinguirá mediante su cancelación*”

<sup>56</sup> Ley Nacional 23.302 (Actualizada según ley 25.799) Art. 3: “*La inscripción será solicitada haciendo constar el nombre y domicilio de la comunidad, los miembros que la integran y su actividad principal, la pautas de su organización y los datos y antecedentes que puedan servir para acreditar su preexistencia o reagrupamiento y los demás elementos que requiera la autoridad de aplicación. En base a ello, ésta otorgará o rechazará la inscripción, la que podrá cancelarse cuando desaparezcan las condiciones que la determinaron.*”

<sup>57</sup> En autos “Chiquichano, Francisco”, así lo entendió el Juzgado de Familia de Puerto Madryn, Provincia de Chubut, el 22 de junio de 200. El actor se presentó como presidente de la Comunidad Aborígen de Blancuntre, Yala y Vicente Niyeu, reclamando la prohibición de venta de bebidas alcohólicas por un comerciante en el radio de una aldea escolar aborígen, con fundamento en que amenazaba el derecho a la salud y a la educación de los niños y demás integrantes de la comunidad. También en autos “Comunidad Aborígen de Quera y Agua Caliente –Pueblo Cochínoca- c/Estado Provincial”, sentencia de la Sala Primera de la Cámara en lo Civil y Comercial de San Salvador de Jujuy, del 14 de setiembre de 2001, en fallo suscripto por los Dres. María Rosa Caballero de Aguiar, Víctor E. Farfán e Isidoro Arzud Cruz, en el que se declaró y reconoció a favor de la comunidad aborígen actora, la propiedad de un inmueble ubicado en el Departamento de Cochínoca, bajo el régimen del Art. 75 inciso 17 de la Constitución Nacional. Incluso en los fallos de primera y segunda instancia de la Justicia federal de Salta, sentencias del 19 de julio de 1996 y del 10 de febrero de 1997, en autos “Comunidades Indígenas del Pueblo Kolla c/Finca Santiago S. A., Provincia de Salta y Dirección General de Recursos Naturales Renovables s/ interdicto de obra nueva-medida de no innovar”, aunque con resultado adverso con respecto a la medida de no innovar, entendida improcedente en la Primera instancia y abstracto en la Segunda. Allí se pretendía que a la empresa demandada se le impidiera la extracción y retiro de la madera del bosque Finca Santiago. Fallos citados y comentados en Obra cit. I4, pag.148/9

Nuestra Constitución Nacional es clara al reconocer la preexistencia de los pueblos indígenas argentinos y la personería jurídica de sus comunidades y al garantizar el respeto a la identidad (Art. 75 inc 17 C.N.).

Asimismo, la doctrina es uniforme al entender, como lo hace José Luis Monti, que en el ordenamiento jurídico argentino el común denominador de las personas jurídicas de carácter público consiste en que ellas tienen esencialmente base constitucional. Ese dato es obvio en cuanto a la Nación y las provincias (v. Gr. Arts. 1º, 5º, 7º, 27, 31, 121 a 18, C.N.). Fuera del ámbito estatal también se reconoce el origen constitucional a la Iglesia Católica<sup>58</sup>. En tal sentido, y agregando una precisa diferenciación, se manifiestan Alejandro, Delfina y Guillermo Borda al interpretar que la distinción entre personas de derecho público y privadas residen en el origen (no en sentido histórico) de la entidad: las primeras son creadas, cada una de ellas, por una ley especial; en cambio, las segundas nacen de la voluntad de sus miembros o del fundador. La excepción a dicha regla la constituye la Iglesia, que por una tradición jurídica arraigada en algunos pueblos católicos, es considerada como persona de derecho público<sup>59</sup>, como es el caso de nuestro país.

A nuestro criterio, al igual que con la Iglesia Católica, nuestro ordenamiento jurídico reconoce la personalidad jurídica de la “comunidad indígena”, respetando sus pautas de justicia, organización y convivencia en tanto no se opongan al orden público y al sistema jurídico nacional (v. Gr. Art. 75 inc. 17 C.N. en concordancia con Arts. 1, 16 y 19 C.N.<sup>60</sup>). En consecuencia, el estado no puede intervenir ni ejercer un contralor sobre el sistema organizativo de la “comunidad indígena” de la misma manera que lo hace con las personas jurídicas privadas.

De lo cual concluimos que deviene incongruente, y hasta lesivo de la garantía constitucional mencionada, pretender considerar a la “comunidad indígena” como persona jurídica privada, colocarla al nivel de las sociedades, asociaciones civiles, simples asociaciones, fundaciones, mutuales, cooperativas, consorcio de propiedad horizontal y no darle tratamiento de persona jurídica pública (Artículos 146, 147 y 148 del Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación<sup>61</sup> y artículo 4 de la ley 23.302 actualizada según ley 25.799).

<sup>58</sup> MONTI, José Luis, “Teoría Elemental de las Personas Jurídicas”, Editorial: Ad Hoc, Año 2002, pag. 45

<sup>59</sup> BORDA, Alejandro y otros, “Manual de Derecho Privado”, Editorial La Ley, Año 2009

<sup>60</sup> Constitución Nacional: “Artículo 1º.- La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa republicana federal, según la establece la presente Constitución. Artículo 16.- La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. Artículo 19.- Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.”

<sup>61</sup> Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación Decreto Poder Ejecutivo Nacional N° 191 del 23 de febrero de 2011. A tal efecto, la Presidencia de la Nación ha conformado una comisión tripartita, integrada por notables juristas argentinos, los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Doctores Eduardo Lorenzetti, Presidente del cuerpo, y Elena Highton de Nolasco; y la ex integrante del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Mendoza, Doctora Aída Kemelmajer de Carlucci, quienes quedaron abocados a la redacción y elaboración del mencionado proyecto, con miras a su posterior elevación al Ejecutivo Nacional y en última instancia al Poder Legislativo, para su tratamiento y definitiva aprobación, previa consulta a los organismos profesionales y académicos involucrados en materias de derecho privado. El mismo a la fecha tiene estado parlamentario elevado a

Los principios, garantías y derechos reconocidos por la Constitución Nacional no pueden ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio (Art. 28 C.N.).

La mentada incongruencia es comprensible en nuestro actual Código Civil toda vez que su redacción es anterior a la incorporación de la norma constitucional en estudio, pero no es propio de un proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación que debe tomar como base la Constitución Nacional vigente.

#### d) Objeto: “tierra”

La Ley Fundamental tutela las “...tierras que tradicionalmente ocupan...” y señala que el Congreso Nacional debe “regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano”.

De su estricta lectura pareciera que la norma solo refiere a las tierras enunciadas, pero al resultar la Convención N°169 de la OIT una de las fuentes principales debemos efectuar una interpretación en sentido amplio abarcando en la tutela a las “tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que han tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” y a las “tierras sustitutas” consagradas en el texto de la Convención.

Las tierras que no están exclusivamente ocupadas por las comunidades indígenas, están a nuestro entender incluidas en la garantía constitucional, pues la referencia a “tierras que tradicionalmente ocupan”, del Art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional, tiene la suficiente generalidad, como para que podamos inferir que la ocupación tradicional puede ser de manera exclusiva o no exclusiva, máxime por la influencia en los constituyentes del Convenio 169 de la OIT. Si se hubieran pretendido excluir de la tutela la ocupación tradicional, pero no exclusiva, debió incluirse una mención expresa que las dejara sin el resguardo de la Ley Fundamental.

En la Constitución no se regula el instituto del traslado de las comunidades indígenas. No obstante, creemos que en caso de traslado legítimo, la comunidad podría exigir, con sustento en la tutela constitucional, la entrega de tierras sucedáneas que sustituyan a las originarias<sup>62</sup>.

Por lo expuesto, es que consideramos que la tutela alcanza las distintas categorías de tierras que literalmente menciona, o sea, las que “...tradicionalmente ocupan”, las “...otras aptas y suficientes para el desarrollo humano...” como así también las “que no están exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que han

---

la Cámara de Senadores el 8 de junio de 2012 bajo el N°884. Art. 146.- “Personas jurídicas públicas. Son personas jurídicas públicas: a) el Estado nacional, las Provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, las entidades autárquicas y las demás organizaciones constituidas en la República a las que el ordenamiento jurídico atribuya ese carácter; b) los Estados extranjeros, las organizaciones a las que el derecho internacional público reconozca personalidad jurídica y toda otra persona jurídica constituida en el extranjero cuyo carácter público resulte de su derecho aplicable; c) la Iglesia Católica, Art. 147.- “Ley Aplicable.- Las personas jurídicas públicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamientos de su constitución”.- Art. 148.- “Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a) las sociedades; b) las asociaciones civiles; c) las simples asociaciones; d) las fundaciones; e) las mutuales; f) las cooperativas; g) el consorcio de propiedad horizontal; h) las comunidades indígenas; i) toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establece o resulta de su finalidad y normas de funcionamiento”.

<sup>62</sup> Obra cit. 14, pag.151

*tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” y las “sustitutas”.*

Cuando la norma constitucional utiliza el término “tierra” no parece hacerlo en modo restrictivo y solamente buscando englobar en el mismo un concepto meramente material o económico sino en una forma más abarcativa incluyendo el concepto de “territorio” con el que los pueblos tienen una conexión cultural y espiritual. Dicha interpretación resulta a las claras de la Convención de la OIT N° 169, la cual, si bien adopta en forma alternativa los términos de “tierra” o “territorios” en el Apartado 2 del Art. 13 define claramente que *“La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.*

#### IV. Análisis sobre la cuestión de los recursos naturales y los derechos de las personas indígenas

##### a) Normas Constitucionales:

El artículo 75 de la Constitución Nacional establece claramente y hace referencia a las atribuciones del Congreso de la Nación. Su inciso 17 contiene dos clases de disposiciones normativas. En la primera de ellas, se efectúa por parte de la Convención Constituyente un reconocimiento a los pueblos indígenas argentinos<sup>63</sup>; y en la segunda, el constituyente de 1994 obliga al legislador a sancionar normas con un contenido mínimo, que se fija de antemano en el texto constitucional.

Entre otras disposiciones relativas a la cuestión de los indígenas, se establece que es facultad del Congreso Nacional sancionar normas que aseguren la “participación (de los pueblos indígenas) en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten”. Esta facultad conferida al legislador conlleva para él una obligación, ya que reconocida la preexistencia de los pueblos indígenas, es necesario dictar las normas que aseguren que este reconocimiento no quede sólo en palabras vacías.

Sin embargo, esta norma constitucional no es la única determinante para el tema, ya que ineludiblemente debe conciliarse no sólo su letra sino también su espíritu, con otras dos previsiones de igual jerarquía contenidas en la Constitución Nacional: en primer lugar, el artículo 124, segunda parte; y por último, el artículo 41.

Por la primera de las normas, se dispone que el dominio de los recursos naturales existentes en el territorio de las provincias, corresponde de manera exclusiva a ellas. Excede el contenido de este trabajo el análisis del tema de los recursos naturales y su manejo a lo largo de nuestra historia constitucional y política.

<sup>63</sup> Al decir de prestigiosa doctrina constitucional argentina, la primera parte del artículo constituye un error, ya que este reconocimiento debería haberse incorporado en el capítulo de “Nuevos Derechos y Garantías”. El error se debe a la interpretación estricta y “encorsetada” que el constituyente de 1994 hizo de la Ley 24.309 de Convocatoria a la Reforma Constitucional. Conf. GELLI María Antonia, Constitución de la Nación Argentina-comentada y concordada. Pág. 450. Ed. La Ley. Bs. Aires. 2005. Véase la diferencia con la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en el artículo 36, inciso 9. Puede ampliarse el tema en CUELI Hugo Oscar. Constitución de la Provincia de Buenos Aires-annotada y comentada. Pág. 145. Ed. La Ley. Bs. Aires. 1997.

Así, de manera sintética, pasamos en nuestra historia de una cuestión que dividió las aguas de las ideologías, especialmente sobre si estos recursos debían ser de propiedad estatal ó privada luego del descubrimiento de petróleo en nuestro país, a otro debate sobre si correspondía su manejo económico a la Nación ó a las Provincias<sup>64</sup>.

Terminadas todas las cuestiones que presentaban dudas sobre el tema, está muy claro quiénes son las propietarias (titulares del derecho real de dominio) sobre los recursos naturales existentes en su territorio: las Provincias Argentinas.

El carácter del dominio de las Provincias Argentinas sobre los recursos naturales existentes en su territorio reviste carácter originario. Es decir, no lo tienen por delegación del Estado Federal, sino que les pertenece desde su origen.<sup>65</sup> Por supuesto que este dominio se configura relevante desde el momento en que la explotación económica de los recursos naturales engrosará el tesoro local, ya que no sólo nos estamos refiriendo al subsuelo, sino también a todo lo que se encuentre en la tierra, mar y aire.

Casos complejos que derivan de la aplicación del artículo 124 de la Constitución Nacional los encontramos en las cuestiones de las concesiones ya formalizadas y aún no vencidas, el tema de los parques nacionales y lugares sujetos a la jurisdicción federal y, el tema que nos convoca, los derechos de los pueblos indígenas.

La otra norma a analizar es la del artículo 41 de la Constitución Nacional. Como ya adelantáramos, allí se hace mención no sólo a las cuestiones ambientales sino también a la utilización racional de los recursos naturales, la preservación del patrimonio cultural y natural y la diversidad biológica y la educación e información ambientales.

Este artículo, que tiene como destinatario a todos los habitantes de la Nación y a las generaciones futuras, contiene una facultad delegada a la Nación. Esta facultad consiste en la obligación del Gobierno Nacional, a través de los órganos políticos, de dictar el marco mínimo de protección ambiental y cuidado de los recursos naturales; pero también consagra la facultad concurrente para las provincias de complementar dicha norma, atendiendo a las necesidades y diversidades locales, a fin de que no se pierda la posibilidad de alcanzar soluciones a problemas que requieren respuestas específicas y propias<sup>66</sup>.

Es en base a estas tres normas que debemos analizar la cuestión de cual es el rol que tienen los pueblos indígenas en lo relativo a los recursos naturales existentes en su territorio. Y además, hasta qué punto las autoridades nacionales y provinciales pueden dictar normas de política ambiental sin su participación.

Indudablemente, el constituyente de 1994 tuvo en miras lo relativo a la problemática de

<sup>64</sup> La Constitución Nacional de 1949, vigente hasta 1955, se inclinó por la propiedad del Gobierno Federal de éstos recursos. Recordemos que la Constitución Nacional de 1983/60 nada establecía al respecto. El criterio cambió luego de la reforma de 1994, sin dudas profundizando el federalismo, al menos en el exterior. Véase el comentario crítico en MOONEY Alfredo Eduardo, *Derecho Público Provincial*. Pág. 94. Ed. Advocatus. Córdoba. 2001. Asimismo, CSJN, Fallos, t. 301, p.341, in re "YPF c/Prov.de Mendoza".

<sup>65</sup> Éste es el parecer de QUIROGA LAVIÉ Humberto. *Constitución de la Nación Argentina-comentada*. Pág. 711. Ed. Zavalía. 1996.

<sup>66</sup> Ob.cit. 35, pág. 454.

los pueblos indígenas argentinos: reconoció su preexistencia cultural y étnica y dispuso como obligación del Congreso Nacional, entre otras, la entrega de tierras para su desarrollo sustentable. Pero en lo referente al gobierno y administración de los recursos naturales existentes en sus territorios “ancestrales” ó “tradicionales” y en aquellos aptos para su desarrollo, sólo les otorgó “participación en la gestión” a través de la legislación a dictarse.

Es claro que el dominio de los recursos naturales ahora, por imperio del artículo 124 y salvo, claro está, en lo que respecta a los Parques Nacionales y demás lugares sujetos a jurisdicción federal, corresponde de manera íntegra y originaria a las Provincias. Incluso aquellos situados en los territorios donde se asientan las comunidades indígenas locales. Por eso se ha argumentado que los derechos de los pueblos indígenas sólo están circunscriptos a tomar parte en la administración (usado como sinónimo de gestión) de los recursos naturales y, se supone, en el aprovechamiento económico de los mismos, pero sin poder disponer (en el sentido del término “disposición”, entendida como el que efectúa el Dominus) de los mismos<sup>67</sup>.

Por otro lado, la fijación de la política ambiental y de aprovechamiento de uso racional de los recursos naturales existentes en todo el territorio de la Nación, corresponde, en cuanto al establecimiento de las pautas mínimas de protección, al Gobierno Federal, debiendo las Provincias completar el cuadro de protección, es decir “llenar los claros” de las normas Nacionales, conforme lo establece el ya citado artículo 41. Esta norma no menciona, a diferencia de la del 75 inciso 17, ninguna intervención por parte de las comunidades indígenas. Sin embargo, es por vía de la legislación, que los pueblos y comunidades indígenas podrán hacer escuchar su voz.

### **b) Normas Legislativas:**

El constituyente de 1994 ha realizado dos acciones muy claras. Por un lado, como vimos, en un camino sin retorno ya, reconoció la preexistencia de los pueblos indígenas. Y por el otro, dispuso que se dicte una legislación acorde con el reconocimiento efectuado. Por supuesto, esa legislación debe ser armonizada con el derecho interno ya existente; y además, el futuro derecho interno debe estar en consonancia con las normas constitucionales.

El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo del año 1989, aprobado por el Congreso Nacional en el año 1992 mediante la Ley 24.071, constituye un típico ejemplo de legislación interna que, a la época de su sanción, era mas avanzado que el texto constitucional. Por supuesto, luego del dictado de la Constitución de 1994, y lo especialmente previsto en el artículo 75 inciso 22, en cuanto a que los Tratados Internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y, por aplicación del principio de supremacía que emana del artículo 31 de la Constitución Nacional, están también por encima, obviamente, de las normas provinciales.

El citado convenio en su artículo 15 establece tres principios de suma importancia: el primero, en cuanto reconoce una protección especial a los recursos naturales existentes en los territorios ocupados por las comunidades indígenas; el segundo, en cuanto les otorga a los pueblos indígenas la posibilidad de participación en la utilización, administración y conservación de los mismos; y por último, la obligación del estado (sea Nacional ó Provincial) de

---

<sup>67</sup> Ob. cit. 35, pág. 690

tener que efectuar una consulta a las comunidades indígenas antes de autorizar cualquier acto que pudiese afectar la existencia de los recursos naturales que se encuentran en su territorio. Además de una cuestión puramente económica, se está reconociendo aquí el carácter particular, casi sagrado, de la relación existente entre los miembros de las comunidades indígenas y su hábitat territorial.<sup>68</sup>

La consulta a la comunidad tiene que ser previa a cualquier acto de ejecución de las obras; sin embargo, no reviste para el Convenio carácter vinculante para el Estado. Esta previsión se encuentra en consonancia con el derecho interno Argentino establecido en la Constitución Nacional, al distinguir el dominio de los recursos naturales de la participación en la gestión de los mismos.

En el ámbito del derecho proyectado, el Proyecto de Código Civil<sup>69</sup>, citado con antelación en la presente, establece en su artículo I8 el derecho de las comunidades a participar en la gestión de los recursos naturales, tomando como base, de alguna manera, la cláusula constitucional del artículo 75 inciso 17. Por otro lado, el artículo 2035 de dicho Proyecto, específicamente reafirma las normas del Convenio I69 de la OIT en cuanto somete el aprovechamiento de los recursos naturales, ya sea por parte del Estado ó de particulares (por ejemplo, beneficiarios de concesiones mineras), a la previa información y consulta a la respectiva comunidad indígena<sup>70</sup>.

Por supuesto, el conflicto se produce cuando se analizan los conceptos de “previa información” y “consulta” y se los compara con el de “Consentimiento Previo Fundamentado”, tal como ha sido reclamado desde el Consejo Plurinacional Indígena<sup>71</sup>. Esta entidad ha hecho conocer su posición crítica al respecto, ya que, se argumenta, la “consulta” se terminaría convirtiendo en un trámite administrativo, un requisito previo, sin que sea necesario obtener el consentimiento (en cuanto sinónimo de conformidad) de la comunidad indígena, lo cual estaría en contra de lo previsto en los artículos 6 y 15 del Convenio I69 de la OIT. Este consentimiento de las comunidades indígenas sí se requiere en el marco de la Declaración de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, san-

<sup>68</sup> Véase sent. De la CIDH, del 29-03-2006. “Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay” y los considerandos allí citados.

<sup>69</sup> Ob.cit. 30.

<sup>70</sup> En autos “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, s/ Recurso de hecho” del II/07/2002 la CSJN reconoció el derecho a la consulta de los habitantes de la comunidad indígena. Asimismo la CIDH en “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79, subap. VB.d’ dentro del extenso párrafo 83 (LA LEY, 2003-C, 290) y en “Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, sentencia del 17 de Junio de 2005, LLOnline-AR/JUR/9550/2005 reconoció los derechos de las comunidades indígenas al uso y disfrute de los recursos naturales.

<sup>71</sup> Comunicado del 30/04/2012 (Página web Avkin Pivke Mapu – Comunicación Mapuche) [http://www.avkinpivkemapu.com.ar/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3457&Itemid=10](http://www.avkinpivkemapu.com.ar/index.php?option=com_content&task=view&id=3457&Itemid=10)



cionada en 2007, en los casos de desplazamiento de la comunidad ó de almacenamiento de materiales peligrosos en sus comunidades.

La jurisprudencia de nuestra Corte Federal registra casos en donde las comunidades indígenas, a través de la utilización de la garantía de amparo, lograron frenar actos tales como desmontes de tierras ó inclusive obtener resarcimientos económicos<sup>72</sup>.

## V- Antecedentes institucionales y normativos en general

Las políticas institucionales han ido pasando por diferentes etapas con relación al tratamiento de la cuestión indígena.

En la etapa de la emancipación nacional hubo un gran acercamiento del estado al indígena. Consolidada la organización institucional, la Constitución de 1953 estableció en el artículo 67 inciso 15 como atribuciones del Congreso “*proveer a la seguridad de las fronteras, conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo*”, intentando con ello su absorción sin reconocerlos diferentes.

Alberdi en “La Bases”, igual que Sarmiento, Etcheverría, Mitre, entre otros, vinculaban al indio con la decadencia y a la civilización europea con la grandeza. Esta tendencia cultural originó la llamada “Conquista del Desierto”. Alsina, como ministro de Guerra y Marina durante la Presidencia de Avellaneda, pronunció una política de fijación de fronteras calificadas como defensivas, implementando una zanja que sirviera de freno y una política que progresivamente incorporara al indígena a la civilización.

El avance sobre el territorio y su defensa, no fueron por el peligro indígena sino por la necesidad de incorporar tierras productivas para salvar la crisis monetaria. Fallecido Alsina en 1877, Roca auspició y comandó la Campaña del Desierto, justificando su actitud con la intención de afirmar el Estado y el peligro del avance chileno, teniendo una actitud muy hostil, dura y cruel con el indígena.

Con la conclusión de la Campaña del Desierto se abre una nueva etapa en la historia de los pueblos indígenas de la Argentina que, más allá de algunos intentos reparadores particulares y aislados, sólo comenzaría a revertirse con tono contundente al promediar el siglo XX.<sup>73</sup> El convenio 50 de la OIT del año 1936 fue el primero en abordar la temática indígena, ocupándose tan sólo de una cuestión específica atiente a los indígenas y no a su status global y menos del régimen de la tierra.

<sup>72</sup> En autos “Comunidad Indígena del Pueblo Wichi Hoktek T’Oi c/Secretaría de Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, s/ Recurso de hecho” del 11/07/2002 la CSJN reconoció el derecho a la consulta de los habitantes de la comunidad indígena. Asimismo la CIDH en “Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Sentencia sobre Fondo, Reparaciones y Costas, 31 de agosto de 2001, Serie C, N° 79, subap. V.B.d’ dentro del extenso párrafo 83 (LA LEY, 2003-C, 290) y en “Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay”, sentencia del 17 de Junio de 2005, LLOnline-AR/JUR/9550/2005 reconoció los derechos de las comunidades indígenas al uso y disfrute de los recursos naturales.

<sup>73</sup> LAFAILLE, Héctor, con comentarios de ALTERINI, Jorge H., Tratado de los Derechos Reales, tomo III, Segunda Edición actualizada y ampliada, La Ley y Ediar, Buenos Aires, Año 2010, página 146.

El convenio I07 de la OIT del año 1957, ratificado por la Argentina por Ley 14.932<sup>74</sup>, fue un hito significativo en lo atinente al reconocimiento de la propiedad indígena, buscaba una absorción respetuosa y progresiva de la Comunidad Indígena por el Estado Nacional.

La ley 23.302<sup>75</sup> del año 1985 sobre Política Indígena y Apoyo a las Comunidades Aborígenes fue la primera regulación orgánica en el país de la problemática aborigen y reflejó la influencia de la Convención I07. Esta ley, entre otros aspectos, crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas (INAI) y, en su capítulo IV (arts. 7 al I3), establece el marco de la adjudicación de tierras a las propiedades indígenas. Fue actualizada por la ley 25.799<sup>76</sup> que modifica el artículo 23 e incorpora el artículo 23 bis poniéndose el acento en la conservación de la cultura e inserción socioeconómica de comunidades aborígenes, enrolándose en una política indígena más moderna que inspira al Convenio I69 de la OIT y al artículo 75 inciso I7 de la Constitución Nacional reformada en 1994, quedando atrás la tendencia hacia la absorción de las culturas autóctonas y fortaleciendo la idea de respeto a la identidad indígena y la preservación de su cultura.

El convenio I69 de la OIT, como tratado internacional, integra el derecho positivo argentino (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional). Este convenio del año 1989 sobre “Pueblos indígenas y tribales” revisa el I07 y fue ratificado por mediante la ley 24.071<sup>77</sup>.

El mencionado convenio I07 respondía a la política de “integración progresiva” de las comunidades indígenas, a diferencia del convenio I69 que fomenta el reconocimiento de la “diversidad cultural” con el fin de “eliminar la orientación hacia la asimilación”. Este último, considera a las comunidades indígenas como grupos culturales perdurables emplazados en el marco de los Estados en que viven. Esto explica el artículo I3 que dice: *“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”, “La utilización del término tierras en los artículos I5 y I6 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.*

El artículo de la vieja Convención I07 reconocía explícitamente, además de la propiedad colectiva, el derecho de propiedad “individual” y lo hacía “a favor de los miembros de las poblaciones”.<sup>78</sup> El contraste es notorio con el artículo I4 de la Convención vigente, pues allí el reconocimiento es a “los pueblos interesados”.<sup>79</sup> La Consagración de cada uno de los pueblos como exclusivo sujeto titular del derecho a las tierras es una línea conceptual invariable, pues se reitera en todos los artículos restantes de la Parte II (artículos I5 a I8) de la Convención I69.<sup>80</sup>

<sup>74</sup> Sancionada el 10/11/1959. Publicada B.O. 29/12/1959.

<sup>75</sup> Ver. cit. 24.

<sup>76</sup> Ver. cit. 24.

<sup>77</sup> Sancionada el 4/3/1992, promulgada el 7/4/1992, publicada B.O.20/4/1992.

<sup>78</sup> Obra cit. 43, pág I5I.

<sup>79</sup> Obra cit. 43, pág I5I.

<sup>80</sup> Obra cit. 43, pág I5I.

El artículo I4 expresa: *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. “Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”. “Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.*

El artículo I5 dice: *“Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.*

Y el artículo I7 *“Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”. “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad”. “Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos”.*

La Convención I69 se ocupa de los derechos de los pueblos sobre las tierras, distinguiendo al efecto cuatro categorías jurídicas diferentes: I) “Tierras que tradicionalmente ocupan” (artículo I4, inciso I, primer párrafo); 2) “Tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (artículo I4, inciso I, segundo y tercer párrafo), 3) “Tierras adicionales (...) cuando las tierras de que disponen sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” (artículo I9, inciso a) y 4) Tierras sustitutas por traslado (artículo I6, inciso 4).<sup>81</sup>

Hay claras contradicciones entre la ley 23.302, y la Constitución Nacional y la Convención I69, por lo que debe entenderse que la ley fue modificada y vaciada de contenido. Lo que no se solucionó con la actualización efectuada por ley 25799 que solo modificó e incorporó los artículos citados con antelación.

La ley 26.160<sup>82</sup> declaró la emergencia en materia de propiedad indígena e impide los desalojos o desocupaciones de las tierras que invocan para sí los indígenas, en un principio durante 3 años y con la ley 26.554<sup>83</sup> hasta noviembre de 2013.<sup>84</sup>

La ausencia de directivas legales que faciliten la concreción de la manda de la Ley Fundamental pone en riesgo la efectividad de la garantía constitucional.<sup>85</sup> De allí la conveniencia del dictado de una regulación que articule la instrumentación efectiva de sus titularidades y ponga en

<sup>81</sup> Obra cit. 43 pág I53.

<sup>82</sup> Sancionada el 01/11/1006, promulgada el 23/11/2006 y publicada B.O.29/11/2006.

<sup>83</sup> Publicada B.O. 11/12/2009.

<sup>84</sup> Obra cit. 43 pág I64.

<sup>85</sup> Obra cit. 43 pág I64.

sintonía a la legislación infraconstitucional con el renovado humanismo que se asienta en la Convención 169 de la OIT.<sup>86</sup>

## VI - La propiedad comunitaria indígena en el proyecto de reforma de unificación del Código Civil y Comercial

El proyecto<sup>87</sup>, sostiene y proclama en sus fundamentos principios: “a) como el de identidad cultural latinoamericana; b) la constitucionalización del derecho privado -la mayoría de los Códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En este caso, en cambio, se toma en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. Se innova profundamente al reacceptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: entre ellos los derechos de incidencia colectiva; c) se proclama la igualdad, y el desarrollo de una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables; d) se intenta basar en un paradigma no discriminatorio, y así se incluyen figuras como la de las comunidades originarias; e) se regula sobre los \_derechos individuales y colectivos lo que tiene impacto en los recursos naturales”.

Dedica su Libro Cuatro a la regulación de los derechos reales. En su artículo 1887 dice: Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) **la propiedad comunitaria indígena**; d) la propiedad horizontal; e) los conjuntos inmobiliarios; f) el tiempo compartido; g) el cementerio privado; h) la superficie; i) el usufructo; j) el uso; k) la habitación; l) la servidumbre; m) la hipoteca; n) la anticresis; ñ) la prenda.

Comentario: Se regula la “propiedad comunitaria indígena” como un derecho real más integrante del numerus clausus. Como aspecto sustancial, cabe apuntar que se dejó para una ley especial todo lo atinente a la regularización de las tierras ocupadas por las comunidades indígenas.

Su “**TÍTULO V De la propiedad comunitaria indígena.**”

**ARTÍCULO 2028.-** *Concepto. La propiedad comunitaria indígena es el derecho real que recae sobre un inmueble rural destinado a la preservación de la identidad cultural y el hábitat de las comunidades indígenas”.*

Comentario: La definición del derecho real en estudio es siempre útil para sus destinatarios. Su utilización despeja dudas, fija su ámbito de aplicación y establece el fin último querido por el legislador para tipificar este nuevo derecho. Resulta evidente que la propiedad indígena tiene por fin proteger la identidad cultural de los pueblos originarios a través de la protección de las tierras donde ellos se desenvuelven. Pareciera que el espíritu de la norma es que sólo existirá en las zonas rurales, por ser éstas el lugar donde se desarrolla la comunidad aborígen, ya sea mediante una explotación agropecuaria, forestal, minera, artesanal. Sin perjuicio de lo dicho, es apropiado indicar, que nuestra constitución nacional, no circunscribe la tutela solamente al “inmueble rural”, pudiendo, en consecuencia, verse limitada la misma. Obsérve-

<sup>86</sup> Obra cit. 43 pág 164.

<sup>87</sup> Ver cit. 30.

se, que el artículo 23 de la ley 23302 (actualizada por ley 25799) no efectúa tal limitación cuando trata la adjudicación de tierras (artículos 7 al 13) y cuando refiere a planes de vivienda indica literalmente “viviendas rurales y urbanas”. El respeto de la diversidad cultural incluye sus usos y costumbres, y dentro de esa cosmovisión especial, se encuentra la forma colectiva de propiedad en cabeza de las comunidades indígenas.

**“ARTÍCULO 2029.- Titular. El titular de este derecho es la comunidad indígena registrada como persona jurídica. La muerte o abandono de la propiedad por algunos o muchos de sus integrantes no provoca la extinción de este derecho real, excepto que se produzca la extinción de la propia comunidad”.**

**Comentario:** Las comunidades indígenas son los conjuntos de familias que se reconocen descendientes de poblaciones originarias, las que pueden obtener personería jurídica mediante su inscripción registral en los Registros respectivos, tanto nacionales, como provinciales, conforme lo establece, la ya indicada, Ley 23.302<sup>88</sup> actualizada por la Ley 25.799<sup>89</sup>. Esa inscripción es declarativa y no constitutiva, lo que se infiere de la misma letra de la Carta Magna al fijar que el Congreso Nacional debe “reconocer la personería jurídica de sus comunidades”, su posesión y propiedad ancestral. En efecto, la comunidad aborigen pre-existe a su registración. En nuestro criterio debería legislar en forma unánime sobre su convalidación, persecución, preferencia y demás requisitos de oponibilidad, como así también un régimen registral específico. Estamos en presencia de una propiedad colectiva diferenciada de la individual ubicada luego del tratamiento del derecho real de Dominio y del Condominio. De todo lo que se deduce que la muerte de algunos componentes de la comunidad no provoca la extinción del derecho real de propiedad indígena. No hay partes ideales en cabeza de los indígenas, y no podrían aplicarse las reglas de la administración y división del condominio, y tampoco las del derecho sucesorio, pues es una única propiedad está en cabeza de la comunidad indígena, de acuerdo al plexo normativo constitucional, y de conformidad a los usos y costumbres indígenas, destinada a existir más allá de la vida de cada uno de sus integrantes. Los acreedores de los integrantes de la comunidad no podrían embargar su hipotética cuota parte y provocar la venta forzosa de su parte indivisa (art. 2677 Código Civil). Estas características especiales alejan definitivamente a la propiedad indígena del derecho real de condominio, y justifican su regulación autónoma.

**“ARTÍCULO 2030.- Representación legal de la comunidad indígena. La comunidad indígena debe decidir su forma interna de convivencia y organización social, económica y cultural, y designar a sus representantes legales, quienes se encuentran legitimados para representarla conforme con sus estatutos. El sistema normativo”.**

**Comentario:** Las comunidades indígenas registradas como personas jurídicas son las únicas titulares posibles de este derecho, lo que es coincidente con Artículo 18 del mismo. “Derechos de las comunidades indígenas. Las comunidades indígenas con personería jurídica reconocida tienen derecho a la posesión y propiedad comunitaria de sus tierras según se establece en el Libro Cuarto, Título V, de este Código. También tienen derecho a participar en la gestión referida a sus recursos naturales como derechos de incidencia colectiva”. Así los Esta-

<sup>88</sup> Ver. cit. 24.

<sup>89</sup> Ver. cit.24.

tutos internos de la comunidad deberán adecuarse a los principios constitucionales y a toda regulación específica administrativa que resulte pertinente. Todo se deriva de la consagración de las comunidades aborígenes como sujetos de derecho privado. Dice al respecto el Proyecto: “Artículo I48. Personas jurídicas privadas. Son personas jurídicas privadas: a. las sociedades; b. las asociaciones civiles; c. las simples asociaciones; d. las fundaciones; e. las mutuales; f. las cooperativas; g. el consorcio de propiedad horizontal; h. las comunidades indígenas; i. toda otra contemplada en disposiciones de este Código o en otras leyes y cuyo carácter de tal se establezca o resulte de su finalidad y normas de funcionamiento”

**Comentario:** No coincidimos en su consideración como “persona jurídica privada”. Nos remitimos a lo tratado en punto “Sujeto, pueblos” página 10 del presente.

*“ARTICULO 2031.- Modos de constitución. La propiedad comunitaria indígena puede ser constituida: a) por reconocimiento del Estado nacional o de los Estados provinciales de la posesión inmemorial comunitaria; b) por usucapión; c) por actos entre vivos y tradición; d) por disposición de última voluntad. En todos los casos, la oponibilidad a terceros requiere inscripción registral. El trámite de inscripción es gratuito”*

**Comentario:** Se advierte en esta cláusula un cumplimiento con la manda constitucional en cuanto se refiere al respeto a los usos y costumbres de los pueblos originarios. Se admite su constitución por reconocimiento por el Estado, por usucapión, por actos entre vivos más tradición (compraventa; donación), y por disposición de última voluntad (testamento). Una comunidad indígena podría así adquirir un predio bajo la figura jurídica del derecho real de propiedad comunitaria indígena. También podría aceptar la donación de tierras con ese fin. En cuanto a la usucapión, no se incorporó la prescripción adquisitiva inmemorial como una categoría diferenciada, por lo que cabe remitirse a lo dispuesto por el art. 1897 y ss. del Proyecto, o sea, la de veinte años. Y así encontrándose demarcado el predio, y la comunidad indígena con personería jurídica registrada, no existiría inconveniente alguno técnico registral para la expedición de un título en sentido instrumental. La norma estipula que el trámite de inscripción será gratuito.

*“ARTÍCULO 2032.- Caracteres. La propiedad indígena es exclusiva y perpetua. Es indivisible e imprescriptible por parte de un tercero. No puede formar parte del derecho sucesorio de los integrantes de la comunidad indígena y, constituida por donación, no está sujeta a causal alguna de revocación en perjuicio de la comunidad donataria”.*

**Comentario:** El precepto desarrolla los caracteres del derecho al señalar que el mismo es exclusivo y perpetuo, indivisible e imprescriptible por parte de un tercero, en consonancia con la disposición constitucional que prevé que las mismas no podrán ser enajenadas, transmitidas, ni afectadas a gravámenes o embargos. Al ser una propiedad intransmisible, siendo su único titular la comunidad indígena registrada, no forma parte del acervo sucesorio de los individuos que la componen. No se aplican las normas del derecho sucesorio, la extinción de ésta —muerte o desaparición de todos sus integrantes— provoca que el bien revierta al Estado Nacional o Provincial como consecuencia del dominio eminente. La extinción de la propiedad indígena es siempre absoluta, por cuanto no existe la posibilidad que se transmita a

un tercero. Es un derecho esencialmente intransmisible —a pesar de ser un derecho real sobre cosa propia— y ello lo diferencia del dominio y el condominio que, por el contrario, hacen a su esencia la transmisibilidad, siendo nulas las cláusulas de inalienabilidad (conf. art. 1972 del Proyecto). Toda enajenación de la propiedad indígena, constituiría un acto jurídico nulo, de nulidad absoluta por imperativo legal contenido en la Constitución Nacional. En igual sentido, de constituirse por donación, quedaría ajena a las cláusulas de revocación.

*“ARTÍCULO 2033.- Facultades. La propiedad indígena confiere a su titular el uso, goce y disposición del bien. Puede ser gravada con derechos reales de disfrute siempre que no la vacíen de contenido y no impidan el desarrollo económico, social y cultural, como tampoco el goce del hábitat por parte de la comunidad conforme a sus usos y costumbres. Los miembros de la comunidad indígena están facultados para ejercer sus derechos pero deben habitar en el territorio, usarlo y gozarlo para su propia satisfacción de necesidades sin transferir la explotación a terceros”*

**Comentario:** Las facultades del titular de un derecho real de dominio, jus utendi, fruendi y abutendi, son aplicables también a la propiedad comunitaria indígena, con la particularidad que serán los integrantes de la comunidad los que, en definitiva, lleven a la práctica los mismos; o sea, ejecuten dichos actos y se beneficien con ellos, lo que implica una diferencia sustancial cuando su titular es una persona jurídica. La posibilidad que la propiedad indígena sea gravada con derechos reales de disfrute —por ejemplo servidumbres— puede beneficiarla, pero será permitido siempre que no desdibuje los caracteres esenciales de este derecho. Así no se podría constituir un derecho real de superficie forestal o de usufructo a favor de terceros, y que ello impidiera el desenvolvimiento de la comunidad en el predio rural.

*“ARTÍCULO 2034.- Prohibiciones. La propiedad indígena no puede ser gravada con derechos reales de garantía. Es inembargable e inejecutable por deudas”.*

**Comentario:** La norma prescribe no sólo la inembargabilidad del bien, sino también su inejecutabilidad consecuencia de la intransmisibilidad del inmueble. Resulta lógico prohibir la constitución de derechos reales de garantía, porque podrían provocar la extinción del derecho para la comunidad mediante su transmisión a un tercero como consecuencia de la ejecución judicial.

*“ARTÍCULO 2035.- Aprovechamiento de los recursos naturales. Consulta. El aprovechamiento de los recursos naturales por parte del Estado o de particulares con incidencia en los hábitats indígenas está sujeto a previa información y consulta a las comunidades indígenas respectivas”.*

**Comentario:** Nos remitimos a lo estudiado en Análisis sobre la cuestión de los recursos naturales y los derechos de las personas indígenas, página 15 del presente.

*“ARTÍCULO 2036.- Normas supletorias. En todo lo que no sea incompatible, se aplican subsidiariamente las disposiciones referidas al derecho real de dominio”.*

**Comentario:** No existe duda alguna que el derecho de propiedad comunitaria indígena se diferencia con el resto de los derechos reales sobre cosa propia, por sus caracteres especiales. Sin embargo, el reenvío a la normativa general de la propiedad individual en forma residual parece acertado y para evitar algún supuesto de vacío legal. El dominio es el derecho real más afín.

## VII - La labor del notario

Las dificultades que genera la titulación masiva en los distintos países de América Latina dado la diversidad y riqueza cultural que tienen, aunado a la reivindicación que las nuevas tendencias jurídicas vienen marcando, fundamentalmente, en lo que hace a los derechos de los pueblos originarios, no puede, ni debe ser ajena, a la función notarial. El notario debe tener un rol activo para soslayar las distintas dificultades que en el tema pueden presentarse.

La intervención notarial pasa a tomar un rol superador y necesario para otorgar seguridad jurídica a los derechos, y la problemática de la titulación no es la excepción.

Nuestro sistema legal reconoce al documento notarial como un instrumento necesario que favorece el tráfico jurídico.

En este sentido, las herramientas que aporta el notariado para la solución de la titulación masiva son: a) El propio documento notarial y el control de legalidad que ello implica; b) El protocolo como instrumento para asegurar la calidad de la prestación; c) La colegiación obligatoria como medio indispensable para asegurar la calidad de la prestación; d) La participación institucional activa en la colaboración con los organismos públicos para la implantación y continuidad de programas de regularización documental de la vivienda; e) La formación jurídica del notario como profesional de derecho a cargo de una función pública dentro de un marco de objetiva imparcialidad que lo habilita para la resolución de conflictos<sup>90</sup>.

Es por ello, que desconocer o minimizar la función notarial al momento de pergeñar programas de gobierno tendientes a resolver la titulación y la regulación dominial en los casos de las poblaciones indígenas podría devenir en un error que entorpecería la celeridad y eficacia que estas nuevas problemáticas requieren.

## VIII - Conclusión

La realidad indica que los problemas humanos se acrecientan y los intentos por solucionarlos se diversifican. También es cierto que todo cambio genera incertidumbre y que ésta atenta contra la seguridad jurídica.

El derecho concebido en el paradigma dogmático identifica la juridicidad básicamente con la norma. El positivismo ha sostenido que el orden jurídico es completo, no tiene lagunas, todos los casos pueden ser deducidos de las normas del sistema previamente diseñadas, es necesario hallar un punto de partida incommovible para la ulterior tarea de clasificación y sistematización. Sin embargo, no parece cierto que el derecho se estanque en ideas y no se ajuste a la realidad. ¿Acaso los médicos siguen curando con yuyos y apósitos?.

La diversidad de enfoques que posibilita el análisis de la problemática jurídica de los pueblos originarios, nos insta a seguir indagando y proponer soluciones contemplando una realidad social que nos es propia y su debida adecuación al orden jurídico vigente.

<sup>90</sup> Conclusiones de las XIII Jornada Notarial Iberoamericana, Tema I, "Herramientas que el notariado puede proveer para la solución de la titulación masiva", Paraguay, Año 2008



### 3. "PRIMERA APROXIMACION AL ASENTIMIENTO EN INTERES FAMILIAR EN EL PROYECTO DE UNIFICACION DE CODIGO CIVIL Y COMERCIAL"<sup>91</sup>

Néstor Daniel LAMBER

#### PONENCIAS

---

1. El Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial, establece un régimen de asentimiento autónomo en interés familiar, en protección de la vivienda familiar y los muebles indispensable en ella, inderogable, aun ante la posibilidad de opción entre régimen patrimonial del matrimonio, y exigible en todo tipo de uniones familiares, sea de origen matrimonial o convivencial, en tanto esté inscripta.-

2. El asentimiento en interés familiar es requerido en la disposición de derechos sobre inmuebles de todo tipo, sean gananciales, propios o personales, con el sólo requisito de estar en él radicada la vivienda familiar.-

3. El asentimiento en interés familiar, regulado excepcionalmente en actualmente el art. 1277 parte final del actual Código Civil, cobra autonomía en la reforma, diferenciándose del estrictamente conyugal para los gananciales, en particular en:

- a) es requerido en la asunción de deudas por el titular del bien protegido para su posterior ejecución.-
- b) se requiere en todos los regímenes patrimoniales matrimoniales, e incluso en la unión convivencial inscripta.-
- c) no es exigible una vez disuelto el vínculo matrimonial.-
- d) solo en él está prohibido la autocontratación al mandatario o representante para prestarlo en su interés.-

4. No será causa de observación el título del inmueble de carácter propio o personal del transmitente, en que se dejó expresa constancia, bajo declaración jurada, que en el mismo no estaba radicada la vivienda familiar, por lo que no corresponde asentimiento del cónyuge o conviviente.-

5. La situación de vivienda familiar es un supuesto de hecho que mientras no surja del título, hace que en el estudio de sus antecedentes -para el subadquirente a título oneroso y de buena fe-, no sea observable la escritura traslativa en la que el "tradens" de estado civil casado, hizo la expresa declaración jurada de no constituir ese bien propio o personal su vivienda familiar, al igual que sucede hoy en día en el caso del art. 1277 CC "in fine" -

6. Ante la omisión del asentimiento -en todas sus variantes- la Reforma expresamente determina la nulidad, que será de carácter relativo, y por ende confirmable.-

<sup>91</sup> La presente ponencia fue presentada en la XXXIX Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2012.-

7. La nulidad por omisión del asentimiento en interés familiar, siempre requerirá la investigación fáctica sobre la situación de hecho, y se tendrá por válido hasta ese momento, sin perjuicio del efecto ex tunc una vez dictada la misma.-

## FUNDAMENTOS

---

El Proyecto de Reforma de Código Civil recepta la pregonada mayor preponderancia del principio de autonomía de voluntad en el derecho de familiar, como reflejo del reconocimiento constitucional de autonomía personal (art. 19 C.N.), que se concreta en esta materia, entendiendo a la libertad con eje central del sistema de derechos en el desarrollo del proyecto de vida autorreferencial en las relaciones familiares<sup>92</sup>.-

Recoge los diversos tipos de la familia actual, y no lo limita a la llamada tradicional<sup>93</sup>, y lo extiende incluso al concubinato o familia de hecho; y establece un régimen fijo o inderogable, común a todas estas, resguardando principios la solidaridad familiar, contribución en las cargas, solidaridad en la deudas previstas, y el protección de la vivienda familiar, a través del asentimiento del cónyuge o del conviviente con relación al inmueble sede de la vivienda familiar y los muebles indispensables en ella.-

El Código Civil actual contempla el asentimiento conyugal, que por definición presta un cónyuge al otro, para la disposición o gravámenes de bienes registrables y ciertos actos societarios.-

La naturaleza del asentimiento conyugal previsto en el art. 1277 CC es prioritariamente de defensa de los derechos del cónyuge no titular con respecto a los bienes gananciales, que integran la masa del otro cónyuge, pero que al momento de su extinción o separación de bienes, tendrá el derecho a la mitad de los mismos.-

Solo excepcionalmente este asentimiento adquiere una naturaleza y sentido diferente, no ya en protección de los intereses individuales a la división futura de los bienes de los cónyuges, sino de los hijos menores o incapaces -es decir en protección del interés superior del menor-, como lo prevé la norma de la parte final del artículo citado; y se lo requiere para la disposición de un bien propio donde está radicada la sede del hogar familiar, y además concurren estas personas indicadas, donde el cónyuge no titular, actúa no ya en garantía de su expectativa patrimonial, sino del interés familiar, en particular de la prole incapaz.-

---

<sup>92</sup> LLOVERAS, Nora – SALOMON, Marcelo- “CONSTITUCION NACIONAL, PROYECTO DE VIDA AUTORREFERENCIAL Y EL DERECHO DE LAS FAMILIAS”- DERECHO DE FRAMILIA – Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia – Abeledo Perrot, Bs.As. 2011, N° 51 pág. 2.-

<sup>93</sup> En este sentido, entre los fundamentos del Anteproyecto elaborados por de la Comisión para esta Reforma se dice expresamente que *“la reforma constitucional de 1994 implicó la aceptación de diversas formas de familia, fenómeno reconocido por varias leyes especiales y en la jurisprudencia, que han otorgado algunos efectos jurídicos a las relaciones afectivas que cumplen determinados requisitos (estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad)... En la tensión entre la autonomía de la voluntad (la libertad de optar por casarse o no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y orden público (el respeto mínimo por valores de solidaridad consustanciales a la vida familiar) el anteproyecto reconoce efecto jurídicos a la relación de pareja, pero de modo limitado”*.-

## 1. ASENTIMIENTO EN INTERES FAMILIAR.

El Proyecto permite elegir entre dos regímenes matrimoniales: el de comunidad de gananciales y el de separación, y además establece para las uniones convivenciales un régimen similar a este último.-

Pero en protección de interés familiar regula la solidaridad y responsabilidad de los cónyuges o convivientes mediante en un régimen fijo, primario o inderogable del patrimonio del matrimonio, común para ambos regímenes en los arts. 454 y sgtes. del Proyecto, normas que se repiten para la unión convivencial en los proyectados arts. 519 a 522.- Estos artículos prevén las misma normas que se aplican a ambos tipo de organización familiar.-

Se establece así un régimen patrimonial inderogable para todas las estructura familiares admitidas, y en el surge la obligación de prestar ASENTIMIENTO por el otro cónyuge -o conviviente con unión inscripta- al titular del bien, para disponer lo derechos sobre la vivienda familiar, los muebles indispensables en esta, o para transportarlos fuera de esta.-

Este asentimiento también deberá ser prestado, al contraer deudas el titular -con posterioridad al matrimonio o inscripción de la unión convivencial-, para permitir la ejecución de la vivienda familiar o muebles indispensables situados en esta, en caso de su incumplimiento (Arts. 456 y 522 Proyecto).- Su omisión, determina la inejecutoriedad como el actual bien de familia o la cláusula de inembargabilidad del art. 35 de la ley 22.235, sin prever inscripción de la vivienda familiar previamente.-

La vivienda familiar puede estar radicada en bienes de cualquiera de los cónyuges o convivientes, sea propio, personal o ganancial.-

Así lo reconoce expresamente en el régimen de comunidad de gananciales, el art. 469 Proyecto al regular con respecto a los bienes propios que *“cada uno de los cónyuges tienen la libre administración y disposición de sus bienes propios, excepto lo dispuestos en el artículo 456”*, y con respecto al régimen de separación el art. 505 Proyecto: *“en el régimen de separación, cada uno de los cónyuges conserva la libre administración y disposición de los bienes personales, excepto lo dispuesto por el artículo 456”*, y el art. 513 Proyecto permite una amplia libertad contractual, con la restricción de no derogar convencionalmente el art. 522 Proyecto.-

Se confiere relevancia jurídica a la situación de hecho al momento del acto de disposición o ejecución forzosa de los bienes.- No se requiere registro público de la vivienda; y en el caso del asentimiento a las deudas contraídas durante el unión, comprende tanto que se la vivienda se fije previamente como que lo haga con posterioridad a la obligación, siempre que subsista al momento de la pretensión de ejecución forzosa.-

Se protege a los bienes aunque no sean gananciales, sean propios en la calificación tradicional para el régimen de gananciales, o personales de cada cónyuge o conviviente por no existir gananciales en estas estructuras patrimoniales familiares reconocidas.-

La naturaleza de este asentimiento no es la protección del derecho del cónyuge al momento del cese de la comunidad de bienes, sino la directa intención de no lesionar el interés familiar.-

Refleja razones de un interés más amplio, en sentido que trascienden lo estrictamente individual, que ameritan establecer la inderogabilidad de este régimen primario o común a

todos los otros regímenes en el art. 454 del Proyecto, y que se asimila en parte a la excepción de la parte final del actual art. 1277CC.-

Pero la mayor diferencia en la norma proyectada es que basta que sea la vivienda familiar, sin otro requisito, derogándose el requisito de existir hijos menores o incapaces.-

Esta supresión es coherente con la conceptualización de una familia que no se define necesariamente por la prole, sino que puede estar constituida solo por dos personas adultas que han contraído matrimonio o convivan por más de dos años, y en este caso la hayan inscripto.-

Además deroga su exigencia “*aún de después de disuelta la sociedad conyugal*”, previendo su subsistencia solo por acuerdo de partes o decisión judicial, y oponible a terceros desde su inscripción en el registro de la propiedad (arts. 444, 499 y 526 del Proyecto).-

## 2.- COMPARACION DEL ASENTIMIENTO EN INTERES FAMILIAR Y EL CONYUGAL.-

La vivienda y los muebles indispensables en ellas constituyen el bien jurídico protegido, basado en el interés familiar, que diferenciado del individual de cónyuge en caso de tratarse de un bien ganancial, nos lleva a nominarlo ontológicamente como familiar, y pese a que ambos se rigen fundamentalmente por las mismas normas, por la remisión que hace el art. 470 del segundo a los arts. 456 a 459, podemos esbozar estas primeras diferencias:

a) El asentimiento en interés familiar puede ser prestado por quien tenga el carácter de cónyuge o conviviente inscripto; en cambio el conyugal solo por al cónyuge en el régimen de comunidad de ganancias.-

b) El asentimiento en interés familiar se presta para la disposición de derechos —reales o personales— sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables para esta o su traslado; y para permitir su ejecución por deudas posteriores al matrimonio o inscripción de la unión convivencial.-

En cambio el art. 470 del Proyecto prevé los casos de asentimiento conyugal para disponer o enajenar bienes registrables, acciones nominativas no endosables o cartulares (salvo las autorizadas para la oferta pública), participaciones de sociedad no exceptuadas, y establecimientos comerciales, industriales o agropecuarios, y sus previas promesas.-

c) El asentimiento en interés familiar se presta sobre bienes de cualquier carácter, personal, propio o ganancial; en cambio del conyugal solo en caso de enajenación o gravamen de bienes gananciales, y nunca propios o personales.-

d) La prohibición de dar poder para prestarse asentimiento el propio cónyuge apoderado a si mismo, es solo para el familiar, y no para el conyugal.-

## 3.- RECAUDOS DEL ASENTIMIENTO EN INTERES FAMILIAR

El asentimiento es un acto que accede el acto jurídico de disposición —o gravamen en su caso— por lo que debe cumplir la forma de este acto, como lo señala la doctrina con el actual régimen legal.-

La reforma adscribe a la doctrina que debe referirse a un negocio especial y no ser dado en

términos generales o indeterminados.- El art. 457 del Proyecto expresamente dicta que *“debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos”*.-

Sin duda se debe establecer en el acto de asentimiento el acto para el que se confiere, p.ej. compraventa, donación, etc.; pero deja lugar a una interpretación abierta la frase elementos constitutivos (¿partes, precio, objeto del acto jurídico final?, etc.).-

La solución entendemos que surge de recurrir a una interpretación contextual de la reforma, donde en materia de representación voluntaria, el art. 375 inc. b) del Proyecto, requiere facultades expresas para *“otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere”*.-

Esta norma se asimila a la del actual Código Civil al establecer que el poder para donar debe ser especialísimo, incluyendo el bien objeto del acto a realizar (art. 1807 inc. 6º Código Civil actual).-

Por lo tanto como primera conclusión podemos señalar que cuando se lo formula anticipadamente, se dan suficientes elementos para que el asentimiento sea consciente, con la expresión del acto jurídico a realizar y el bien objeto del mismo.-

Se respeta así libertad del titular para negociar las condiciones finales del acto final durante la etapa de tratativas previas, por ello no es indispensable dejar constancia de quienes son las otras partes del acto final ni tampoco del precio definitivo.- Las enunciaciones deben demostrar los parámetros mínimos tenidos en cuenta por el cónyuge que presta su asentimiento, lo cual también queda suficientemente acreditado, por ejemplo, con la mención de vender en un precio no menor a determinada suma de dinero, o si no se abonase de contado.-

La Reforma, siguiendo la jurisprudencia más moderna, requiere la especialidad del asentimiento y no admite el asentimiento en términos generales anticipados, lo cual también se aplica a los poderes con la expresa norma indicada.-

El asentimiento puede ser prestado por un representante con poder suficiente, pero el art. 459 del proyecto luego de admitir el mandato entre cónyuge, restringe expresamente la facultad de autocontratación con el cónyuge mandatario cuando su objeto sea prestar el asentimiento en interés familiar previsto en el art. 456 del Proyecto, es decir cuando se refiera a inmueble sede de la vivienda familiar.- Esta prohibición no se establece entre convivientes.-

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

### 3.1.- ACREDITACION DE LA IMPROCEDENCIA DEL BIEN EN QUE NO ESTA RADICADA LA VIVIENDA FAMILIAR

La regulación de este asentimiento en forma autónoma y separada, si bien se regula como principio y no mera excepción, no debe hacernos perder de vista que se está ante la misma

situación ya prevista en el art. 1277 CC “in fine” actual, donde desde hace años, se le ha dado a esta norma un carácter tuitivo y de mayor incidencia del interés público.-

Así lo demuestra la interpretación del actual art. 163CC, por el cual se admite la convención nupcial del matrimonio celebrado en el extranjero, pero con la limitación del orden público internacional argentino<sup>94</sup>, que no puede afectar la vivienda habiendo hijos menores o incapaces.- Ergo, aún cuando la norma admite la aplicación de un régimen patrimonial matrimonial de separación, se debe prestar asentimiento conyugal en la vivienda familiar radicada en la Argentina, si existen hijos menores o incapaces<sup>95</sup>.-

Por ello, en la práctica notarial, centrada en la contratación inmobiliaria, y en consecuencia en la disposición de derechos sobre la vivienda familiar, procederá subsistencia de la técnica actual ante el supuesto del art. 1277CC “in fine” explicado.-

La constancia de una situación de hecho, si bien será relevante el conocimiento que tuvieron o debieron tener las partes, se calificará esencialmente en el estudio del título por la declaración jurada como se formula en la actualidad; y que a partir de la reforma versará solo sobre la no radicación de la sede del hogar conyugal sin las otras circunstancias.-

#### 4.- OMISION DEL ASENTIMIENTO.

El proyectado art. 456 I° párrafo (parte final) establece que “el que no ha dado el asentimiento puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de SEIS (6) meses de haberlo conocido, pero no más allá de SEIS (6) meses de la extinción del régimen matrimonial”.- La reforma opta por la postura nulidad relativa<sup>96</sup>, descartando la de la inoponibilidad al cónyuge<sup>97</sup>, e impone la sanción de invalidez del acto.- Esto parece admisible para este supuesto de interés familiar, pero no es justificable su extensión al caso del asentimiento conyugal en interés individual de la protección de la futura división de los bienes gananciales.- Habiendo diferenciado metodológicamente ambos y en forma autónoma, devenía más equitativo prever este segundo supuesto como de inoponibilidad y no de invalidez por la remisión a éste del art. 470 “in fine” Proyecto, criticable en este punto.-

<sup>94</sup> Utilizamos esta expresión en su sentido más técnico, refiriéndonos al conjunto de normas que no contradigan el espíritu de la ley nacional (art. 14 inc. 2° y 1° CC actual), que no necesariamente implica que sea de orden público nacional.-

<sup>95</sup> En este sentido AXELRUD de LEDNER, Rosa M.-Dictámen en Revista del Notariado N°819, pág. 1261;MAGRI, Carmen S.; CAUSE, Jorge; LAMBER, Rubén A – INTERCONSULTA n° 177Asesoría Notarial Personalizada del Col. Esc. Prov. de Buenos Aires.-LAMBER, Néstor D., SAUCEDO, Ricardo J, COLOMBO, Silvina del Valle, POSTERARO SANCHEZ, Leandro. Circulación e inscripción de Documentos Provenientes del extranjero.- Revista Notarial 955, año 2006, pág. 100.-

<sup>96</sup> CNCiv.,Sala G, 26/12/1985, “Tenenber de Arfa, N.B. c/Manuele, E.A.J” LL 1986-B-338, referida expresamente al asentimiento sobre bien propio; CCiv. y Com., Sala 2° Rosario, 22/11/1994 “Evans, A c/Wasser, J, LL 1995-III-83; CNCiv. Sala F, 30/9/1981 “M de B I c. G.U., y otros” LL 1982-C-10; CNac. Civil. Sala A, 13/12/1982 LL 1983-B-335.-

<sup>97</sup> SCJ Bs.As. Ac. 45388 del 17/5/82, Acuerdos y Sentencias 1995,p 369; SCTucumán 10/12/81, 10/12/1981, LL 1982-C-439; CCiv y Com. Lomas de Zamora, Sala I, 26/4/1994, R.de B., Y, c/V.J. LLBA 1994, 811.-

#### 4.1.- La nulidad y el subadquirente a título oneroso de buena fe.

Establece la sanción de invalidez del acto ante la omisión del asentimiento del otro cónyuge, utilizando impropriamente para la terminología de la reforma la palabra “anulación”, pero ajustada a la interpretación del actual Código, lo que aclara la cuestión<sup>98</sup>.-

En la nueva regulación de nulidades, se deroga al actual I038CC, y se establece que toda nulidad debe sustanciarse (art. 383 Proyecto) y debe pronunciarse por los jueces (art. 390 Proyecto).- Por ende, la sentencia debe dictar la nulidad y tendrá efectos “ex tunc” a partir de ella, con el corolario de ordenar volver las cosas a su estado al momento del acto nulo<sup>99</sup>.-

Podemos decir que mientras no haya sentencia de nulidad los actos se reputan válidos mientras no sean anulados, como dice el actual art. I046 CC, aunque una vez dictada la sentencia sus efectos sean “ex tunc”.-

Esta situación encuentra razón suficiente en justicia para los terceros subadquirentes que desconocen –ni pudieron conocer- el hecho, por estarse ante una situación fáctica sobreviniente a la adquisición del bien que careció de publicidad “orga omnes” alguna.-

Sin duda que como en los actuales actos anulables (no categorizados en el proyecto) requiere una investigación o determinación fáctica del juez para aceptar la petición de nulidad del cónyuge no asentiente, lo cual se ratifica con la expresión utilizada de “anulabilidad” que si bien es impropia en la nueva terminología, es más descriptiva de la real situación tipificada.-

En consecuencia, en principio, se debe estar a la validez del acto aun sin asentimiento<sup>100</sup>, y ello es sumamente relevante a la hora de apreciar la observabilidad del título al momento de la adquisición por un tercer subadquirente.-

En art. 392 del Proyecto establece que *“Todos los derechos reales o personales transmitidos a terceros sobre un inmueble o mueble registrable, por una persona que ha resultado adquirente en virtud de un acto nulo, queda sin ningún valor, y pueden ser reclamados directamente del tercero, excepto contra el subadquirente de derechos reales o personales de buena fe y a título oneroso.-”*

*Los subadquirentes no pueden ampararse en su buena fe y título oneroso si el acto se ha realizado sin intervención del titular del derecho”.-*

El asentimiento en interés familiar, es una institución en la cual el cónyuge no es titular del derecho transmitido, y ello queda claro en la interpretación contextual de la reforma, con su art. 47I que diferencia el caso de los bienes adquiridos conjuntamente y en condominio dentro del régimen de ganancialidad, para los cuales requiere que dispongan en conjunto, de

98 El proyecto elimina la categoría velezana de actos nulos y anulables (arts. 382 y sgtes), por lo cual cabría hablar de nulidad.

99 Se explica en los Fundamentos del Anteproyecto: *“la invalidez siempre requiere el pronunciamiento judicial si las partes o un tercero pretenden prevalerse del acto y declarada la invalidez, sea el acto nulo o anulable, vuelve las cosas al estado en que se hallaban antes del acto anulados (art. 1050), con el corolario para las partes del deber de restitución”*

100 *“cuando, como en el caso, el titular inscripto dispone de un inmueble propio. . . y es extremo de hecho controvertido que al tiempo del acto disposición ese inmueble haya sido sede del hogar conyugal en el que habitaban hijos menores o incapaces, el vicio invocado como fundamento de la pretensión no aparece patente o manifiesto, sino latente o no manifiesto, dependiente de la investigación de hecho que habrá de realizarse y sujeto en último grado a apreciación judicial, el acto es anulable y se reputa válido mientras no se ejercite la acción de anulación”*CNCiv. Sala G 26/12/85 – LL1986-B-337

los restantes bienes gananciales en que solo se exige el asentimiento (art. 470 Proyecto).-

La sanción de nulidad o invalidez impuesta por si sola no puede llevar a colegir que se está ante un requisito de capacidad para disponer por el titular, ya que es el titular del derecho quien negocia, determinan y consiente el acto jurídico a celebrar<sup>101</sup>.-

En consecuencia, caso de ausencia del cónyuge, o ser una persona incapaz o con capacidad restringida, o impedida transitoriamente de expresar su voluntad, o que no justifique su negativa en el interés familiar, el juez debe autorizar el acto, que será oponible a este cónyuge que no presta o niega injustificadamente su asentimiento (art. 458 Proyecto).-

El único transmitente del derecho real del bien registrable es el cónyuge disponente, y el otro no dispone, ni su asentimiento importa integración del consentimiento ni menos codisposición; por lo cual no se puede invocar que su omisión o negativa importa la falta de intervención del titular del derecho transmitido.-

El asentimiento importa una limitación a la facultad de disposición.-

En este supuesto en interés familiar, la ley deposita en el cónyuge no titular del bien sede de la vivienda familiar, una función de contralor o cuidado de la familia en vez de asumirlo el Estado a través de sus órganos; pero en los caso de imposibilidad o negativa injustificada en el interés familiar de este, reasume su potestad y el órgano judicial cumple tal función tuitiva familiar.-

Por ello, de decidirse la nulidad por omisión del asentimiento, el cónyuge podrá reclamar que se le restituyan a su cónyuge los derechos transmitidos sobre la vivienda familiar, en poder tercer adquirente o subadquirente a título gratuito, o de mala fe (consistente en que conocía la radicación de la vivienda familiar al momento del acto traslativo); pero no al tercer subadquirente a título oneroso y de buena fe, a quien no se le podrá oponer la nulidad.-

El cónyuge que no prestó asentimiento no podrá ampararse en la norma del párrafo final del art. 392 del Proyecto, por haber transmitido el titular del derecho, no estando en un supuesto de transmisión “non domino”.-

La situación de vivienda familiar es un supuesto de hecho que mientras no surja del título, hace que en el estudio de sus antecedentes -para el subadquirente a título oneroso y de buena fe-, no sea observable la escritura traslativa en la que el “tradens” de estado civil casado, hizo la expresa declaración jurada de estar radicada en ese bien propio o personal su vivienda familiar, al igual que sucede hoy en día en el caso del art. 1277 CC “in fine” -

#### 4.2.- La caducidad de la acción de nulidad y el tercer adquirente de buena fe

Con respecto a la sede de la vivienda familiar prevé la Reforma que el cónyuge no asintiente podrá demandar la nulidad del acto desde haber conocido el acto.-

La norma parece remitir al efectivo conocimiento del acto por el legitimado activo, lo que

<sup>101</sup> “El cónyuge otorga un mero asentimiento pese a la terminología inapropiada del art. 1277. Por ello, el otorgante no es incapaz para disponer sino carece de poder de obrar sin la conformidad de su cónyuge...no forma parte del negocio principal sino que es condición jurídica para su validez.-“Cam. Civ. Y Com. Rosario, Sala 2º, 22/I/1994 “Evans A. c/Wasser, J.” JA 1995-III-82.-



conlleve al tercer adquirente de buena fe, a tener la carga de la prueba del modo y tiempo en el actor tuvo conocimiento del acto de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensable de esta.-

Pero el conocimiento del cónyuge que no prestó asentimiento estará también determinado por la naturaleza del derecho o bien dispuesto.- En el caso de cosas muebles o derechos no registrables en el registro inmobiliario se podrá demostrar por cualquier medio de prueba el acto o hecho por el que tomo conocimiento del acto de disposición.-

Pero en cuanto a los derechos sobre el inmueble sede de la vivienda familiar que requiere inscripción en el Registro de la Propiedad, debe tenerse presente que los mismos son oponibles frente a terceros desde su toma razón en el mismo (art. 1893 Proyecto<sup>102</sup>), y si se le suma la publicidad posesoria por haberse hecho a su favor tradición sin oposición alguna, será el actor (cónyuge) quien deba probar la falta de efectivo conocimiento o la justa causa que le impidió tomar conocimiento, invirtiendo la carga de la prueba.-

Si bien se establece un plazo breve de seis meses, se deja cierta indeterminación para el inicio de su cómputo, y debe el adquirente extremar la diligencia para determinar la situación negativa de no constituir allí la sede del hogar; aún cuando el transmitente declare bajo juramento que no es la sede de la vivienda familiar por estar ante una situación de hecho.-

Como señalamos, al tercer adquirente lo alcanza la norma del art. 392 del Proyecto, con el consecuente deber de restitución de la cosa, y su acción de repetición contra el transmitente; diferenciándose del subadquirente a título oneroso y de buena fe, a quien la nulidad no le será oponible por esta norma similar al actual I051CC, ya analizada.-

#### 4.2.1. La caducidad de la acción de nulidad y la imitación del asentimiento al tiempo de la existencia del matrimonio.

La norma da certeza y como límite último, establece en seis meses desde la extinción del matrimonio la caducidad de esta acción, que de este modo además demuestra la limitación del asentimiento a los actos celebrados durante la vigencia del matrimonio, y no a los posteriores al mismo; ratificando la posición doctrinaria actual que no subsiste su exigencia después de disuelta la sociedad conyugal.-

La acción tiene un plazo de caducidad con límite último en los 6 meses posteriores a la extinción del matrimonial, demostrando que no existe derecho que la funde con posterioridad a tal acto o hecho jurídico al no subsistir la vivienda familiar<sup>103</sup>.-

---

<sup>102</sup> “Art. 1893.- Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derecho reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.-Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso...”

<sup>103</sup> La caducidad se computa desde la fecha de las causales de disolución del matrimonio previstas en el art. 435 proyectado (y no las de mero cese de la comunidad sin disolución matrimonial), o la fecha de anulación del matrimonio, en los supuestos de cónyuges de buena fe(arts. 428, 429 y concs. Proyecto).

#### 4.3.- Confirmación del acto.

La Reforma en materia de nulidades define la calificación en nulidades absolutas, como aquellas que contravienen el orden público, la moral o la buenas costumbre, y relativas, las que se imponen solo en protección del interés de ciertas personas (art. 386 Proyecto).-

La exigencia del asentimiento en interés familiar, si bien se encuentra entre las normas que no pueden ser derogadas o dispensadas en una convención matrimonial, no implica de por sí una institución de orden público absoluto; sino que se confiere en protección de la vivienda familiar, como claramente titula del Proyecto el art. 522 en materia de uniones convivenciales, haciendo patente que se está ante una normativa tuitiva de un cierto grupo de personas, y por ende, dentro de un nulidad relativa.-

Confirma este criterio el art. 388 del Proyecto, en que la nulidad relativa solo puede ser declarada a instancia de las personas en cuyo beneficio se establece - el art. 456 confiere la legitimación activa a quien no prestó el asentimiento-<sup>104</sup>, pero no cabe su declaración de oficio por el juez, el Ministerio Pupilar o cualquier interesado.-

Estando ante un supuesto de nulidad relativa es viable la confirmación del acto, que requerirá la expresión del asentimiento por el cónyuge que no lo hubiere prestado oportunamente, dado que la confirmación puede ser expresa o tácita (art. 393 Proyecto); bajo la forma de escritura pública, por ser la exigida para la transmisión de derechos reales del inmuebles en que estuvo constituida la vivienda familiar (acto que sana) conforme art. 394 del Proyecto; o si se admite la autorización judicial posterior (art. 458 Proyecto).-

De conformidad al art. 395 Proyecto, de ser otorgado en acto entre vivos, tendrá efecto retroactivo a la fecha de celebración del acto, que de tratarse como se vienen analizando de la transmisión de la vivienda, será la de la escritura traslativa de dominio.-

La confirmación por un acto de última voluntad, prestando en un acto testamentario el asentimiento, entendemos que si bien operará en los hechos a partir de la muerte del causante, una vez acaecido el fallecimiento confirmará tácitamente el acto traslativo, consolidando el derecho real transmitido desde la fecha del acto causal de la adquisición.-

---

<sup>104</sup> CNCiv. Sala G, 26/12/85 LL 1986-B-337: *“La omisión del asentimiento conyugal en los casos en que es requerido (del art 1277) solo legitima a petionar la nulidad o anulación en su caso, al cónyuge cuya conformidad fue omitida, o los hijos menores o incapaces para cuya protección se impuso el requisito”*

## 4. "EFICACIA TEMPORAL DE LA LEY ANTE EL ASENTIMIENTO CONYUGAL ANTICIPADO Y PODER PARA ASENTIR PREVIOS EN EL PROYECTO DE UNIFICACION"

Néstor Daniel LAMBER

### PONENCIAS

---

1.- El asentimiento conyugal anticipado otorgado durante la vigencia del actual régimen, para actos de disposición o gravamen que se formalicen definitivamente una vez en vigencia la Reforma, dado que ya ha sido dado y cumplida la totalidad de su efecto de permitir la disposición en la actualidad, se rigen por el actual Código Civil (art. 7° primera parte del Proyecto).-

2.- Los mandatos y poderes conferidos actualmente para prestar asentimiento conyugal, y que el acto de disposición o gravamen autorizado se otorgue luego de entrada en vigencia la Reforma, se rigen por la ley vigente al momento de su otorgamiento, por aplicación del principio del art. 7° último párrafo del Proyecto.-

3.- Los recaudos de asentimiento conyugal o convivencial, mandato y poder para asentir, otorgados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Reforma se rigen por la nueva ley, aun cuando sea para actos de disposición o gravamen de bienes adquiridos y constituido el estado de familia y sus efectos durante la vigencia del actual Código Civil.-

### FUNDAMENTOS

---

Las reformas en materia de asentimiento conyugal llevan a la necesidad de considerar la vigencia temporal de los nuevos requisitos legales para los asentimientos ya prestados, bajo la misma forma que el acto final que autorizan su disposición o gravamen; así como de los mandatos y consecuentes poderes de representación voluntaria otorgados bajo las normas del actual Código Civil.-

#### 1. Asentimiento anticipado

El art. 7° del Proyecto prevé la eficacia temporal de las leyes en términos similares al actual art. 3° del Código Civil.- Por ello, será de aplicación la doctrina y jurisprudencia que se ha desarrollado y escrito con respecto a la norma citada del actual código<sup>105</sup>.-

Mantiene el principio de irretroactividad de la ley, que el igual que en el actual art. 3CC la

<sup>105</sup> En este mismo sentido para la interpretación del art. 7° del Proyecto se pronuncia Graciela MEDINA.- "Efectos de la ley con relación al tiempo en el Proyecto de Código".- LL 15/10/2012.-

nueva ley “no puede afectar relaciones o situaciones jurídica agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes”, dado que “constituye un resguardo fundamental a la libertad humana, reconocido por el art. 19 de la Const. Nac.”<sup>106</sup>.-

Si bien también se mantiene el principio de la aplicación inmediata a las consecuencias futuras de las relaciones o situación preexistentes; el asentimiento prestado de modo anticipado bajo la forma del acto principal, ya ha producido sus efectos propios, en cuanto permiso para la disposición o gravamen de derechos sobre bienes gananciales o propio cuando concurren las causales del art. 1277 in fine (comprendido en la norma más amplia y autónoma del art. 456 del Proyecto).-

Se está ante una situación jurídica agotada y el efecto y consecuencia del acto unilateral quedó cumplido al momento de su otorgamiento.-

En doctrina se ha discutido si el concepto de consecuencias es el de todos los efectos pendientes<sup>107</sup>, o si sólo se refiere a ciertos efectos que no son derivación necesaria del acto, sino que lo tiene como concausa<sup>108</sup>; pero en el caso en análisis nos encontramos ante una situación o relación jurídica constituida y extinguida, a la cual cabe la aplicación de la ley al momento de su celebración<sup>109</sup>.-

El asentimiento dado actualmente ha levantado la restricción de disposición establecida por el actual art. 1277CC código civil con relación a los bienes gananciales y los propios en caso de estar radicada la sede el hogar conyugal y existir hijos menores o incapaces.-

El efecto y consecuencia de haber autorizado el cónyuge la disposición de estos bienes es inmediato, si se ha otorgado en la forma prevista para el acto final permitido (p. ej. si fue dado baja la forma escritura pública para la disposición o gravamen de un inmueble comprendido en las características enunciadas).-

No se puede pretender la privación al mismo de su eficacia por la entrada vigencia de las normas proyectadas, sin que ello afecte elementales garantías constitucionales de la doctrina de los derechos adquiridos, en el caso, el derecho a disponer del bien.-

Determinaría la retroactividad de la ley, privando de eficacia al acto.-. Es decir, convertirá en inválido lo que es válido, cuando el levantamiento de la restricción de disposición ha sido otorgada y cumplida con la ley actual, y con anterioridad a la aprobación del proyecto.-

En este sentido concordamos con lo expresado por Graciela Medina al decir que “*Los derechos*

<sup>106</sup> Conf. FERREIRA RUBIO, en BUERES, Alberto J- HIGHTON, Elena I.- Código Civil y norma complementarias – Análisis doctrinario y jurisprudencial.- Ed. Hamurabi. Bs.As., 2003, T. I<sup>o</sup>, pág. 10.-

<sup>107</sup> MEDINA, Graciela.- Op. cit., pag. 3: “*Pero la situación jurídica no se agota en su aspecto dinámico, sino que tiene una faz estática, durante la cual se producen sus efectos: los efectos posteriores a la entrada en vigencia de la nueva ley son regulados por ella (principio del efecto inmediato de la ley nueva).*”

<sup>108</sup> LAVALLE COBO, Jorge E, en BELLUSCIO-ZANNONI – Código Civil y Leyes Complementarias – Comentario, anotado y concordado, Ed. Asrtrea, Bs.As., 1978, pág. 21.: : “*efectos son la derivaciones necesarias de un hecho o acto; las consecuencias, en cambio solo se producen con ocasión del acto o hecho, no teniendo a este como causa eficiente, sino simplemente como concausa. Los efectos propios de un hecho o acto, por estar incorporados en él, se registrarán siempre por la ley existente en el momento de su constitución*

<sup>109</sup> Conf. ROUBIER, Paul.- “Le Droit transitoire (conflits des lois dans le temps)”, Paris 1960, citado por MEDINA op. cit., pág. 3-

y obligaciones anexos al estado civil se subordinan a la ley posterior, sin perjuicio de los actos ejecutados bajo el imperio de la ley anterior”<sup>110</sup>, dado que el asentimiento anticipado ya es un acto constituido y extinguido, en cuanto su efecto de permitir la disposición del bien ya cumplió su efecto, o en las palabras vertidas, ya fue ejecutado a tal fin, sin requerir otro requisito<sup>111</sup>.-

Por lo dicho, los actos unilaterales de asentimiento conyugal previos al acto de disposición o gravamen de un bien ganancial, cumpliendo los actuales requisitos del art. 1277CC, y con la forma del acto final, serán suficientes para la disposición o gravamen posterior a la entrada en vigencia del Proyecto una vez promulgado, aún cuando no cumplan con todos los recaudos del proyectado art. 457 Proyecto.-

Esta solución corresponde aún cuando se concluya que en el caso del asentimiento en interés familiar se está ante un ley de orden público, pues esta no previó si aplicación retroactiva<sup>112</sup>.-

Se diferencia netamente esa situación del supuesto fáctico dado por MEDINA en el artículo citado, cuando ejemplifica:”la exigencia del asentimiento conyugal para disponer de los derechos sobre la vivienda familiar y los bienes indispensables de esta (Art. 456 del CP) se aplicará a todas las enajenaciones posteriores a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación aunque el matrimonio y la adquisición de bienes sean anteriores a ella-“, en el que se está considerando la situación en que no se ha prestado asentimiento previamente, como es el caso de análisis en este trabajo.-

En esta situación en la que el acto de disposición se pretenda realizar con posterioridad a la vigencia de la nueva norma, sin existir previo asentimiento, sin duda que se regirá por la ley nueva -por el principio de aplicación inmediata-, y el disponente no podrá alegar que cuando el adquirió el bien lo hizo con la conciencia del marco legal que le permitía disponer sin asentimiento conyugal o convivencial (arts. 456 o 522 del Proyecto), excepción solo prevista para las normas supletorias de la relaciones contractuales en curso.-

La nueva exigencia legal le es aplicable a la disposición de derechos tales bienes; pero no tiene parangón con la situación aquí analizada.- Como dijimos, el asentimiento anticipado, dado con los recaudos del actual código civil, ha producido su efecto propio y necesario de permitir la disposición del bien de modo inmediato al momento de su otorgamiento.-

## 2.- Mandato y poder para asentir

En materia de contratos se mantiene en el art. 7º, tercer párrafo, del Proyecto, el principio de la aplicación diferida de las leyes supletorias vigentes al momento de la celebración de los contratos, salvo el caso de relaciones de consumo.-

La relación entre mandante y mandatario con el objeto de prestar asentimiento es un con-

<sup>110</sup> MEDINA, Graciela.- op.cit. pág. 4.-

<sup>111</sup> En cambio MEDINA,

<sup>112</sup> “Las leyes de orden público están sujetas a los principios expuestos. No se aplican retroactivamente, salvo disposición expresa del legislador y con los límites fijados por el artículo que comentamos” FERREIRA RUBIO, op. cit. Pág. II (Cfr. Llambías, Jorge J. Tratado de Derecho Civil. Parte General t. I.pág.151; Borda, Guillermo, Tratado de derecho civil argentino. Parte General, t. I.pág. 170.-

trato que por la parte final del art. 7º proyectado: *“las nuevas leyes no son aplicables a los contratos en curso de ejecución”*, manteniendo el mismo criterio que la reforma de la ley 17.711, en que Borda justificó previamente a su redacción en la razón que los contratantes tuvieron a tales leyes supletorias como integradoras y complementarias de su voluntad contractual, y que forman parte de la base del negocio por lo que no se puede modificar las misma<sup>113</sup>.-

En este sentido se ha sostenido que: *“Permitir que con posteridad se alterara ese marco regulador sería introducir un elemento de inseguridad que obligaría a las partes en ejercicio de la autonomía de voluntad, a regular todos y cada uno de los detalles de la relación, sin confiar en la aplicación supletoria de las normas legales”*<sup>114</sup>

Se está ante un supuesto de ultraactividad de la ley derogada<sup>115</sup>, que sigue vigente para los actos ya celebrados, y por ende los mandatos y poderes otorgados previos a la entrada en vigencia del nuevo cuerpo legal, se regirán por el actual Código Civil.-

La interpretación del poder está íntimamente ligada al concepto del mandato en un caso como el presente de representación voluntaria.- Esta integra una relación contractual, en que la representación no nace de una situación de necesidad, sino del convenio entre partes, para que ese acto sea cumplido por otro a quien se lo autoriza al efecto.-

Es parte esencial de la relación contractual de contenido patrimonial, para cuya interpretación se hacen patente la justicia de las palabras de Enrique Petracchi, en su dictamen como Procurador General de la Nación en autos *“Camuso de Marino, Amalia c/Perkins S.A.”*<sup>116</sup>: *“Pienso, pues que en esta materia, como en toda otra relativa a la compatibilidad de norma legales con garantías individuales de naturaleza patrimonial, el problema constitucional deriva de una cuestión de razonabilidad (Conf. Fallos 172-21). . . la facultad legislativa de avanzar incluso sobre los derechos adquiridos por contrato, cuando la realidad económica configura una situación excepcional que exige armonizar los derechos de quienes se ven respectivamente favorecidos y perjudicados por ella”*.-

En la materia no se está en una realidad económica excepcional -como era el caso de autos precitado de la excesiva desvalorización monetaria-, y la misma debe estarse a criterios de razonabilidad.-

No habiendo situación excepcional alguna, sino que se regula una situación que se da en la sociedad en iguales términos desde antaño, no cabe la aplicación inmediata de la nueva ley, con la consecuente derogación de todos aquellos poderes, instrumentos portantes de una representación convencionalmente acordada y conferida en el marco de la ley al momento de su celebración.-

Si bajo la pretensión considerar que el valerse de las facultades de representación dadas en un poder previo a la reforma y utilizado después, configura un supuesto de aplicación inmediata de la ley nueva a las consecuencias aún no cumplidas, implicaría directamente determinar la ineficacia del poder, y consecuentemente del mandato que ha dado base a esa representación voluntaria, lo cual es contradictoria a todo criterio de razonabilidad y justicia<sup>117</sup>.-

<sup>113</sup> BORDA, Guillermo – Ponencia en III Congreso Nacional de Derecho Civil

<sup>114</sup> Ferreira Rubio, en Bueres- Highton, op. cit., pág. 12.-

<sup>115</sup> LLAMBIAS, Jorge J.- Tratado de Derecho Civil- Parte General – Abeledo Perrot, Bs.As., 1984, 10º ed. T. I, pag. 152.

<sup>116</sup> CSJN, mayo 21 de 1976, ED T. 67 pág. 413

<sup>117</sup> *“La seguridad jurídica sería dañada si la ley [posterior] alterara o degradara la sustancia de una decisión judicial, es decir si anulara*

El art. 1929CC en su primera parte claramente establece y deja librado a la autonomía de voluntad que el mandatario puede contratar en su propio nombre (sin representación) o en el del mandante (con representación), que regula a partir de los artículos 1930 y concordantes.- A la redacción vlezana se la ha criticado en cuanto a la confusión de los conceptos de representación, poder y mandato, pero el actual Proyecto, aún cuando tiende a mejorar tal técnica, regula el mandato con representación en el art. 1320 Proyecto<sup>118</sup>, y prevé expresamente la aplicación a éste contrato de las disposiciones de la representación voluntaria regulada en los arts. 362 y siguientes de proyecto, cuando se hubiere otorgado poder.-

En el Proyecto, el acto de apoderamiento –y el instrumento de poder como su prueba y elemento de traslado jurídico- se convierten en el nexo de conexión necesario e indispensable ente el contrato de mandato y la representación, y su solo otorgamiento determina la obligatoria aplicación de las disposiciones de la representación voluntaria a estos actos.-

Incluso para el resto de los mandatos sin representación, aún cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican esas disposiciones salvo expresa norma en materia de este contrato.-

Así el Proyecto incorpora entre las normas supletorias del contrato de mandato con representación, las de la representación voluntaria, demostrando que estas integran la esencial y naturaleza de esta relación contractual, manteniendo el criterio del Código Civil actual.-

Se está ante normas supletorias de la voluntad de las partes entre la facultad de opción de la libertad contractual expresamente reconocida; por ello insistimos que la limitación del carácter representativo de estos mandatos conlleva a la violación de la norma del último párrafo del actual art. 3° del Código Civil, y 7° del Proyecto.-

En consecuencia concluimos que a los mandatos y poderes otorgados antes de la entrada en vigencia de la Reforma se le aplican las normas del actual Código, y no los arts. 459, 375 inc. b) y concordantes del Proyecto.-

---

*el pronunciamiento imperativo sobre el derecho litigioso contenido en la sentencia o privara a esta de eficacia jurídica (Fallos 243-467)”* (CSJN autos citados en nota 12, ED T. 67 pág. 413)

<sup>118</sup> “Art. 1320: Representación.- Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguiente.-

Aún cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este capítulo.-“

## 5.- DONACIONES en la Reforma del Código Civil y su influencia con el régimen de bienes del MATRIMONIO

Por RUBEN AUGUSTO LAMBER

### 1. INTRODUCCIÓN

---

El contrato de donación, regulado en nuestro Código Civil en los arts. 1789 al 1868, tiene su nuevo contenido en el Proyecto de reforma en los arts. 1542 a 1573.

Hay ahora importantes modificaciones, como lo es con relación al concepto mismo de donación, antes limitado por las “liberalidades” del art. 1791 CC, que excluía como tal los actos allí enumerados, y determinaba una interpretación acorde con la nota del mismo, según la cual donde no hay enajenación no hay donación.

En la enumeración del citado artículo se daban ejemplos precisos y permiten entender el sentido de la norma, pero la misma se encontró ante la necesidad de limitarla en dos primeros supuestos de excepción como eran “la cesión gratuita de un crédito” y “la renuncia de una deuda”. La ley 1196 los suprimió como liberalidades, dando a entender a contrario que eran verdaderas donaciones, hermenéutica que se repitió tras la sanción de la ley 17711 mediante la supresión de los incisos 1º y 6º de la nueva numeración (“La repudiación de una herencia o legado, con miras de beneficiar a un tercero” y “El pago de lo que no se debe, con miras de beneficios al que se llame acreedor”)

Si alguno de los incisos suprimidos podían implicar en alguna medida enajenación, es evidente que la supresión alimentaba el concepto amplio de “donación”, pero alejado ya de la mera “enajenación”, dado que no podía entenderse como tal la renuncia de una deuda (léase “crédito” como aclara Belluscio atento a que las deudas no se renuncian), en que nada se transmite o el pago de lo que no se debe y menos aún repudiar una herencia o legado para que un tercero se beneficie.

Por otra parte, la definición del art. 1789 estaba referida a la donación de cosas, lo que eliminaba la transmisión gratuita de derechos, dado que en el caso particular de la cesión de créditos, el Código expresa que se aplican las reglas de las donaciones a las que se hacen a título gratuito. A su vez la extensión de estas reglas, a falta de regulación en el Libro IV sobre sucesiones a la cesión de derechos hereditarios complica aún más la cuestión, que sin embargo, no permite pensar en que una cesión gratuita de cualquier tipo, pueda entenderse comprendida en la acción reipersecutoria del artículo 3955 del CC porque esta norma se refiere expresa y exclusivamente a la donación de inmuebles, con lo que deja afuera, a otras cosas como vehículos, barcos, aeronaves, etc.

De todos modos, a través del tiempo se fue extendiendo el concepto de donación, al punto de señalar alguna doctrina, que la misma debía definirse como todo enriquecimiento patrimonial a título gratuito.



Hay cambios sustanciales en la materia, conforme a la regulación dada a estos institutos en el Proyecto de Código Civil.

Suprimidas las “liberalidades” (art. 1791 CC) y superado el concepto estrecho de donación como entrega gratuita de una cosa, nos acercamos a la definición que diera en respuesta a su evolución como todo enriquecimiento patrimonial a título gratuito de uno llamado donante al beneficiario, llamado donatario, que deberá aceptarlo.

Aun con la sola limitación normativa de las liberalidades, concluía SPOTA que *“la donación no sólo consiste en la obligación de transferir el dominio sobre una cosa a título gratuito y por contrato, sino que puede consistir en la renuncia de una universalidad jurídica como es la herencia, o en la renuncia de un derecho emergente de un legado, legado que puede ser de cosa cierta, o un legado de un crédito, y aun un legado de parte alícuota de los bienes relictos”* (SPOTA, Alberto Gaspar, Instituciones de Derecho Civil. CONTRATOS. Vol. VII, pág. 235, Ed. Depalma, Bs.As.1982)

El Proyecto de Código Civil, receta esta actualización, suprimiendo totalmente las “liberalidades” y haciendo extensiva la normativa de donaciones a los demás actos a título gratuito, excediendo ampliamente el concepto de cosas, de transmisión, enajenación o beneficio patrimonial, con lo que la mentada limitación a la acción reipersecutoria, como consecuencia de las acciones de colación y reducción aplicadas a la nueva modalidad regulada, no sólo abarca toda transmisión gratuita, sino también a las que son entre legitimarios, antes excluidos por el carácter personal de la acción de colación.

No obstante, el Proyecto no es contundente en este aspecto, dado que en el art. 1542 dice que “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra y ésta acepta”. Pero en el artículo siguiente hace aplicación subsidiaria a los actos gratuitos (art. 1543 “Las normas de este Capítulo se aplican subsidiariamente a los demás actos a título gratuito”)

Si entendiéramos que la “aplicación subsidiaria” no significaba calificarlo como “donación” a todo acto de enajenación gratuita, deberíamos encontrar la diferencia entre uno y otro, como lo hacemos con relación a la acción reipersecutoria del art. 3955 del CC que lo limita a “donaciones de inmuebles”, pero ahora ya no hay diferencias dado que tanto las reglas de colación, reducción y el efecto reipersecutorio, se aplican sin excepción.

En el Proyecto, las donaciones inoficiosas son las hechas a un descendiente ó cónyuge cuando el valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, y en estos supuestos el acto está sujeto a reducción por el valor de exceso (art. 2386 PRCC.)

La colación no se limita a donaciones de cosas, tal como resulta del art. 2391 del Proyecto, dado que “Los descendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuviera por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con capacidad restringida en el art. 2448”

A su vez, en el art. 2392 del Proyecto, si bien se excluye de la colación los gastos de alimentos,

asistencia médica por extraordinarios que sean y por educación y capacitación profesional o artística de los descendientes, si se deben colacionar los mismos cuando sean DESPROPORCIONADOS con la fortuna y condición del causante, así como los gastos de boda que exceden de lo razonable, y en particular son colacionables las primas pagadas por seguros de vida para el heredero o lo empleado para establecer al coheredero o para el pago de sus deudas. Reiteramos entonces que la supresión de las “liberalidades” y esta extensión hermenéutica a los actos gratuitos, permite calificar como donación no sólo la obligación de transferir gratuitamente una cosa, sino cualquier otro derecho, crédito, beneficio, etc. que nos introduce en el amplio concepto de “todo enriquecimiento patrimonial a título gratuito”, ya extendido en la Provincia de Buenos Aires, en la aplicación del impuesto a la transmisión gratuita de bienes que comprende donaciones de dinero, compensaciones en particiones de bienes del matrimonio o de la herencia, o cesiones gratuitas o renuncia de usufructo u otros derechos patrimoniales.

Concordante con este criterio, el art. 1544 del Proyecto define los actos mixtos, en parte onerosos y en parte gratuitos, que se rigen, en cuanto a estos últimos por las reglas de las donaciones.

Toda donación es en el Proyecto, materia de incertidumbre en cuanto al título generado, con la única ventaja de establecer una solución en el tiempo, como es la limitación temporal, en el plazo de diez años, desde que recibiera la posesión el donatario (art. 2459 PRCC) Pero, mientras ese plazo no transcurra, el acto es atacable por los legitimarios afectados por la misma, aunque ahora pueden evitar el efecto sobre la cosa donada, dando el valor de la cosa a los que ejercen la acción (art.2458 2º parraf. PRCC)

Vemos así cómo desde la donación misma, se aprecia el efecto protector de la normativa en razón de la importancia de la “legítima”, aún cuando se establece una reducción de ella, extendiendo el alcance de la porción disponible, para mayor libertad del causante en la determinación de la transmisión para después de su muerte. La porción disponible es en el Proyecto de un tercio, cuando se trata de descendientes que tienen una legítima de dos tercios y de un medio contra una legítima de un medio cuando se trata de ascendientes o cónyuge (art. 2445 PRCC) Y en ese marco, se resuelve el conflicto que hay entre los arts. 1805 y 3484 del CC, sobre la posibilidad de hacer dispensa de colación para imputar el acto gratuito a la porción disponible, admitiendo expresamente el Proyecto que la misma se haga en el acto de donación o por vía testamentaria, en forma indistinta (art. 2385 párrafo primero PRCC).

Pero si hay una reforma trascendente con gran impacto en las donaciones, es en la supresión de las prohibiciones de contratar entre cónyuges, y por consiguiente, de donar el uno al otro durante el matrimonio y con independencia del régimen patrimonial matrimonial elegido, ante la permisión que da ahora la legislación proyectada.

Esto tiene incidencia directa en la práctica notarial, legitimando lo que tratábamos de conseguir por vía interpretativa, atento a los cambios producidos a partir de la ley 17711 con la igualación definitiva de derechos civiles de los cónyuges y la división de administración separada.

Al desaparecer la prohibición de contratar, adquiere total legitimidad, la constitución de usufructo al cónyuge, sea oneroso o gratuito, particularmente en las donaciones de los progenitores a sus hijos, así como también la nulidad de la donación efectuada a los hijos del cónyuge del art. 1807 inc. 1º CC, dado que ya no importa que le pueda volver el bien a su cónyuge por vía indirecta.

Particular relevancia tiene hoy la reforma del derecho Francés del año 1937 para la partición por donación de ascendiente, en la que se exigía en las donaciones de esta naturaleza familiar, la necesidad de reserva de usufructo a favor de ambos progenitores, con independencia de la titularidad del bien transmitido. Y se termina la discusión en la regulación del art. 3526, tan profundamente justificada por GUASTAVINO, admitiendo que la misma se haga participando ambos cónyuges, y que una forma de respetar el derecho de cada uno, con independencia de la titularidad, es la reserva a favor de ambos.

El Proyecto lo regula claramente (art. 2411 in fine: "...La partición de los gananciales sólo puede ser efectuada por donación, mediante acto conjunto de los cónyuges") y avanza aún más, cuando permite que la partición por donación de ascendiente, se complemente en actos separados en la medida que participe de cada uno el donante partidor, evitando nulidades que se producen por la forma, sin atender a los intereses familiares (art. 2414 in fine, PRCC cuando expresa: "...Puede ser hecho mediante actos separados si el ascendiente interviene en todos ellos")

En cuanto a los bienes propios, dado que el cónyuge es heredero, el art. 2411 del PRCC dispone que la partición por ascendiente debe incluir al cónyuge que conserva su porción hereditaria.

Esta modalidad partitiva, puede tener la forma de donación o de testamento y en todos los casos se deberán colacionar los valores de los bienes susceptibles de la acción en razón de actos anteriores (art.2413 PRCC)

Se reducen formalismos inútiles y para el supuesto que en alguno de estos actos no se incluyeran todos los bienes que queden a la muerte del causante partidor, el resto se distribuirá y dividirá según las reglas legales, es decir haciendo partición de los mismos previa colación de lo omitido y reducción si fuera necesario.

La mejora puede disponerse en cualquiera de estos actos, sea en favor de los descendientes o del cónyuge, dentro de los límites de la porción disponible, pero la misma debe estar manifestada expresamente (art. 2414 PRCC) Pero si la mejora se hace mediante legado, no es necesario decirlo expresamente. Por el contrario, para que el legado se entienda que no lo es a título de mejora, es menester la manifestación expresa del testador (art.2385 in fine PRCC)

## 2. Las influencias de las reformas en el régimen matrimonial.

Tan importantes son las reformas en materia de régimen matrimonial, que años atrás, algunas de ellas eran totalmente impensadas, como la que establece la posibilidad del matri-

monio igualitario con independencia del sexo. Justamente la diferenciación de sus integrantes (femenino-masculino) era una de las condiciones esenciales para su celebración desde la época de Vélez Sarsfield, y por qué no decirlo, desde la historia misma del derecho.

Pero los tiempos han cambiado, en particular desde las interpretaciones científicas del sexo hasta las adaptaciones sociales de las diversas situaciones, y en el Proyecto ha dejado de ser un motivo de prohibición esa diferenciación. El art. 402 del Proyecto, al legislar sobre la interpretación y aplicación de las normas en la materia, ha dispuesto que ninguna puede tener por objeto “limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derecho y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, **sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo**”

La consecuencia directa está en la aplicación en todos los casos del régimen patrimonial de bienes del matrimonio, o sobre la herencia, aunque en algunos casos repercutió negativamente para la mujer, al suprimirse el derecho de la nuera viuda sin hijos que regula el art. 3576 bis del CC, invocando por un lado la desigualdad con el yerno en igual situación, pero por otra parte, creemos que por la dificultad de asignación de un carácter específico en el matrimonio igualitario.

De todos modos, se pudo mantener respetando aquella igualdad invocada desde antes, y no suprimirlo como se hace ahora.

También tiene trascendencia la admisión del **divorcio sin causa**, por la simple petición de ambos o de uno sólo de los cónyuges, como sostiene el art. 437. Y a pesar que en el artículo 438 se condiciona la presentación a la propuesta que regule los efectos derivados del divorcio y que su omisión impide dar trámite a la petición, seguidamente se establece que si el divorcio fuese peticionado por uno sólo de los cónyuges, el otro puede ofrecer una propuesta reguladora distinta, debiendo ser evaluadas por el juez, pero en forma contundente se determina que “En ningún caso el desacuerdo en el convenio suspende el dictado de la sentencia de divorcio”. Las cuestiones pendientes serán resueltas a posteriori.

De esta forma desaparece el castigo por infidelidad, o la determinación de la culpa, cuestión que nos parece éticamente reprochable, agravada además por la pérdida de la vocación hereditaria que no sólo resulta del divorcio mismo, sino también de la separación de hecho sin voluntad de unirse o del cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. El art. 2437 dice expresamente que estas causales “excluyen el derecho hereditario entre cónyuges”.

El régimen **patrimonial-matrimonial** recibe importantes modificaciones, aunque éstas ya estaban en etapa formativa en los anteriores proyectos de reformas del Código.

Se establece en el art. 420 la posibilidad de celebrar o no convención matrimonial, y en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó (inc.i), dado que la forma impuesta es, conforme al art. 448 la “escritura pública”, otorgada antes de la celebración del matrimonio, “y sólo produce efecto a partir de su celebración y en tanto el matrimonio no sea anulado.”

El mismo artículo dispone en su párrafo final la posibilidad de modificarlo, aún antes de la celebración, pero también una vez celebrado y con la convención vigente, la misma puede

modificarse también por escritura pública después de un año de aplicación del régimen patrimonial, convencional o legal, debiendo inscribirse la misma al margen del acta de matrimonio, para que produzca efectos contra terceros (art. 449)

En el artículo 446 se establece el objeto de las convenciones, limitado únicamente a la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva, enunciación de las deudas, donaciones que se hagan entre ellos y la opción del régimen matrimonial previsto.

En este último supuesto, que es el verdaderamente trascendentes, se regulan dos regímenes: a) el de comunidad (arts. 463 y ss) y b) el de separación (arts. 505 y ss)

En el régimen de comunidad, similar al del código vigente, mantiene la enumeración de los bienes propios y gananciales, cuyo detalle resulta del art. 464 para los propios y 465 para los gananciales.

Entre los propios, debemos destacar la interpretación que se da en el inciso k) a las partes indivisas, dado que las mismas han sido motivo de interpretaciones conflictivas en el fallo PLENARIO SAENZ, conforme con la cual, la compra de una parte por quien ya tenía otra anterior, sigue a la primera, en tanto complete la totalidad del dominio. Si se tenía una parte propia, por ejemplo diez por ciento, y se adquiriría el noventa por ciento restante, aunque lo fuera con dinero ganancial, el bien seguía siendo propio. En cambio si se adquiriría menos de ese porcentaje, no completando el total, no se aplicaba el criterio extensivo.

En la reforma proyectada se establece que tiene carácter propia : “k) las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, o que la adquirió durante ésta en calidad de propia, así como los valores nuevos y otros acrecimientos de los valores mobiliarios propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de ésta para la adquisición”

En ningún momento lo condiciona a la adquisición del resto, para completar el total, y por tanto el criterio aplicable sería que cada parte siguiente a la primera, tenga la naturaleza de ésta, aunque no complete el dominio total.

Igual criterio, pero para reconocer el carácter ganancial, se aplica en el art. 465 inc. n) para las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de carácter ganancial de un bien, al extinguirse la comunidad, sin perjuicio de la recompensa debida de haberse invertido bienes propios de éste para la adquisición.

También como en el caso de los propios, la inversión de dinero de este carácter para lo que resulta ganancial, da derecho de recompensa.

Cambios importantes hay en la adquisición durante el matrimonio de bienes con dinero propio, en cuyo caso el art. 1246 del CC exige que la parte compradora indique en forma expresa que el bien es propio por adquirirlo con dinero de esta naturaleza, acompañada a veces por la declaración con la conformidad del otro cónyuges y en otras no. Decíamos que la misma no era sustancial para cumplir la exigencia del art. 1246, pero servía entre ellos en el momento de la liquidación de los bienes del matrimonio, claro que con el aporte de otras pruebas.

En la reforma se ha resuelto considerar fundamental la declaración del otro cónyuge. Conforme con el art. 466, se parte de la presunción de ganancialidad de toda adquisición durante

el matrimonio disponiendo que “son gananciales todos los bienes existentes al momento de la extinción de la comunidad” aunque respecto de tercero aclara que “no es suficiente prueba del carácter propio la confesión de los cónyuges”. Y a continuación se aclara que para poder oponer a terceros el carácter propio de los bienes registrables adquiridos durante la comunidad por inversión o reinversión de bienes propios, es necesario que se declare como antes en el I246 el carácter del bien, pero ahora con más precisión agrega no sólo la determinación del origen, sino también, **la conformidad del otro cónyuge**.

La norma deja previsto los casos de negativa o de imposibilidad de obtenerla, se puede recurrir a la justicia para obtener una declaración judicial del carácter propio del bien, debiendo tomarse nota marginal en el título. Pero también admite, en caso de omisión de la declaración, la posterior declaración judicial.

En los términos del I246 del CC, decíamos que se debía decir que el bien era propio y cómo lo era, pero que si se omitía la primera declaración, ya no había subsanación posible porque se aplicaba de inicio la presunción de ganancialidad. Con doctrina dividida, otros admitían aclarar cómo era propio, y para algunos, incluso el carácter de tal.

La reforma dice que “El adquirente también puede pedir esa declaración judicial en caso de haberse omitido la constancia en el acto de adquisición”. **¿Se está refiriendo al caso de la falta de conformidad del otro cónyuge o de toda la acreditación?**

Entendemos que a pesar de estar dispuesto el primer párrafo para el supuesto en que el adquirente no pueda obtener la conformidad del cónyuge, no se limita a ésto el párrafo final, sino a todos los supuestos, en que en la escritura de compra nada se dice y predomina la presunción de ganancialidad. Esto no se cambia por la posterior aprobación del cónyuge, porque falta la declaración de que es propio y cómo es propio en la escritura, pero todo ello puede ser acreditado judicialmente, y en este supuesto, la solución cambiaría totalmente la presunción aunque nada se hubiera dicho.

Se mantiene en la reforma la administración y disposición de los bienes del matrimonio en masas separadas, por cada uno de los cónyuges, respecto de la titularidad que resulta de la adquisición, con la misma salvedad que en el Código Civil del asentimiento del no titular para disponer de bienes registrables y demás supuestos enumerados en el art. 470. Pero ahora se incluye además de los actos definitivos, el asentimiento para las promesas de esos actos, como podrían ser boletos de compraventa y otros preparatorios o preliminares.

Particular relevancia se da ahora al asentimiento y en particular a la disposición de la vivienda o los muebles de ella, en cuyo caso, ante la falta de asentimiento, conforme al art. 456, el que no lo ha dado puede demandar la anulación del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial.

Y en cuanto a la protección de la vivienda, parece que la norma da iguales derechos a lo que hoy resulta de la ley I4394 de bien de familia, aunque no haya constitución expresa, por cuanto el párrafo final del art. 456 establece que “La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo haya sido por

ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”

Se plantea en la práctica para estos supuestos, una serie de problemas de prueba sobre cuál es la vivienda familiar, dado que si bien en algunos supuestos, es el único bien que poseen los cónyuges, en otros hay que distinguir el de vivienda transitoria por razones de trabajo, y otra igual para tiempos de descanso, como fines de semana o feriados, o cuando no están ocupados en sus relaciones laborales. La falta de declaración expresa y registración de la protección deja en la incertidumbre a quienes contraten con uno de los cónyuges, resultando de ello que ante la duda exigirán la presencia de ambos y los convertirán en deudores solidarios, rompiendo así el régimen de administración separada de cada uno de los bienes de su masa .

Es además extremadamente exigente la forma del asentimiento, en cuanto requiere en el art. 457 que el mismo debe versar sobre **el acto en sí** y sus **elementos constitutivos**.

En cuanto al “acto en sí” se está refiriendo a la tipificación del negocio, como podría ser venta, permuta, donación, dación en pago etc., sin perjuicio de otros negocios no tipificados, pero que en la realidad contractual se plantean legítimamente.

En tal caso, dar el asentimiento para una venta, impedirá al titular darlo en permuta, o como dación en pago, o entregándolo en un fideicomiso para la construcción de un edificio a cambio de departamentos en el mismo, o negociar de alguna forma no tipificada que es conveniente para realizar algo, que en la actualidad poder verse dificultada por el impedimento de operar en moneda extranjera, o mediante pago de contado, etc.

El otro requisito, sobre los elementos constitutivos, es peor aún, por cuanto deberá indicar condiciones del negocio que aún dentro del mismo tipo, son variables y de difícil previsión.

Hasta la fecha, la realidad no ha advertido de situaciones graves en materia de asentimiento amplio, y parece poco prudente modificar algo que viene funcionando regularmente bien, sin mayores contratiempos, mas cuando, como en el Proyecto, se produce una gran apertura a la libertad contractual, permitiendo no sólo el cambio de régimen patrimonial, sino también la donación entre cónyuges sin limitación alguna.

Vemos así, que se trata de proteger al cónyuge que puede revocar en cualquier momento el asentimiento dado, mientras en un momento puede donar al otro lo que se pretende vender.

Y más grave todavía resulta la limitación de dar al otro cónyuge poder para darse asimismo el asentimiento del otro, cuando se trata de la vivienda, (art. 459) borrando de un plumazo el principio de confianza en la relación matrimonial, mejor garantizada por el conocimiento y control diario de la vida conyugal que la que se da a un extraño .

Hay en el Proyecto una sobrevaloración de la intervención judicial, por cuanto se da más crédito a la autorización judicial prevista por el art. 458 cuando el que debe dar el asentimiento está ausente, es persona incapaz o con capacidad restringida o su negativa no está justificada que a la plena convicción de los cónyuges de autorizar anticipadamente la negociación, independientemente de la intervención de tercero. Vulnera asimismo la privacidad de las relaciones familiares y patrimoniales, por cuanto obliga a dar un poder a un extraño que deberá conocer cuestiones privadas de la familia, para obtener la plena legitimidad del asentimiento, dado que se prohíbe darlo al otro cónyuge para que él mismo cumpla la función.

## 6. "AUTONOMIA DE VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA Y EN EL PROYECTO DE CODIGO UNICO. MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL"<sup>119</sup>

Autores: Not. Maisa Lorena DI LEO RECALDE, Not. Néstor Daniel LAMBER, Not. Carla MEZZINI, Not. Leandro N. POSTERARO SANCHEZ

### PONENCIAS

---

1. La evolución de la familia y el derecho, ha llevado al reconocimiento de la mayor vigencia del principio de la autonomía de la voluntad en materia de derecho de familia y sucesiones, antes teñidos principalmente por principios de orden público.

2. Para la debida armonización de los nuevos avances de los principios de la autonomía de voluntad en estas materias, con sus improntas de orden público, y seguridad jurídica, es indispensable recurrir a la forma escritura pública –autorizada por notario de tipo latino-, con su característica dación de fe pública notarial y sus garantías intrínsecas de legalidad, certeza y guarda.

3. La aplicación del principio de autonomía de la voluntad, no debe limitarse solamente a las cuestiones de elección de régimen patrimonial o de los supuestos disolutorios, sino que también rigen para su celebración.-

4. Se propone de *lege ferenda* la regulación de la celebración del matrimonio en sede notarial.-

### LA FAMILIA EN LA POST MODERNIDAD Y SU EVOLUCION EN EL DERECHO ARGENTINO

En la post modernidad, donde la complejidad, la inestabilidad, la celeridad y el individualismo son notas características, no puede sino reconocerse que, transformando a las distintas instituciones sociales, estas notas conviven con las estructuras sólidas y estables que contienen a clanes y generaciones, construidas sobre reglas cuidadosamente establecidas, que cumplidas, generan el sentido de pertenencia, seguridad y tradición.

Este cambio de paradigma que no es exclusivo de un aspecto de la sociedad actual, nos lleva a reflexionar sobre cómo están constituidas las familias en la Argentina y cuáles son sus funciones, para cuyo análisis será de suma importancia el conocimiento de la evolución social y jurídica en esa materia.

No será ya posible un único concepto de familia que incorpore las distintas variables actuales.

---

<sup>119</sup> Trabajo presentado en el T. III de la XXX Jornada Notarial Argentina, Mendoza, agosto de 2012



Atrás quedaron las definiciones y rígidos estatutos que conceptualizaron a la familia tradicional. *La igualdad de derechos, las obligaciones compartidas entre los integrantes de la pareja, la autonomía económica de quienes integran el grupo, el incremento de hogares monoparentales, el aumento de personas que viven solas, los elevados índices de separación y divorcios, la marcada tendencia del aumento de familias reconstruidas, la aprobación del matrimonio civil homosexual* <sup>120</sup>, entre otras variables, hacen de la familia una extensión mayor en términos cualitativos y cuantitativos.

En este sentido, el reconocimiento legal del vínculo indisoluble de la familia tradicional que sostenía el Código Civil, se vio definitivamente alterado con la modificación de la ley 23.515 que regula el divorcio vincular, admitiendo ya no sólo la disolución de común acuerdo (art. 215 CC) o por el mero transcurso de un plazo de separación de hecho (art. 214 inc. 2° CC), sino la posibilidad de contraer nuevas nupcias, conformando nuevas familias, a la que se llevan en muchos casos hijos de la anterior. Así, se perfiló en el derecho la consideración de las familias monoparentales y ensambladas, que hoy empiezan a reclamar soluciones jurídicas propias.

En conclusión, la ley 23.515 implicó el reconocimiento de un matrimonio que puede ya no ser para toda la vida, sino temporal, y susceptible de finalización por voluntad de las partes.

Si bien con anterioridad el art 67bis de la ley de matrimonio civil admitía la posibilidad de separación por mutuo acuerdo, no reconocía a las uniones posteriores y sólo reconocía el carácter de familia legítima a la primera; por ello el paso previo a la ley de divorcio vincular fue la 23.264 (también de la década de 1980), que equiparó a los hijos matrimoniales con los extramatrimoniales de modo genérico en sus derechos.

Ergo, el matrimonio perdura mientras ambas partes deciden que se mantenga, y luego tienen la libertad de iniciar otra familia con igual reconocimiento y status, basado en un nuevo matrimonio o unión de hecho.

Avanzando aun más cualitativamente, una clasificación de los distintos tipos de familia que ofrecen otras ciencias sociales como la psicología y la sociología echan luz sobre el análisis:

1) Familia Nuclear: Dice Eva Giberti que es la constituida por un hombre y una mujer con sus hijos.<sup>121</sup> Es la también llamada Familia Tradicional; aquellas que han podido mantenerse sin rupturas en el tiempo.

2) Familia Ensamblada: La misma autora la define como la reestructurada a partir de varias familias nucleares o miembros de éstas, como es el caso de padres divorciados o viudos, y los hijos de éstos, que vuelven a casarse o a formar una unión de hecho.

3) Familia Monoparental: es la constituida por un solo progenitor, y uno o más hijos.

4) Familia Homoparental: es la formada por parejas del mismo sexo, con uno o más hijos.

5) Familia de Hecho: la unión entre la pareja, de igual o diferente sexo, no está constituida en los términos del derecho civil. Son uniones que no basan su compromiso moral y afectivo en un estatuto legal, sino social.

6) Familia sin Hijos: es la formada por una pareja de distinto o igual sexo que por decisión de vida o por impedimentos de salud o jurídicos, no tienen hijos.

<sup>120</sup> TRABA, Suray, Configuraciones Familiares en la Actualidad, 2010. Tesina inédita presentada para la obtención del título de Licenciada en Psicología, en la Facultad de Psicología de la Universidad de Belgrano.

<sup>121</sup> TRABA, Suray. Op. Cit.

Pensadores contemporáneos de distintas disciplinas confirman la importancia de la familia en la sociedad, lejos de aquella creencia que equipara a la post modernidad con el aniquilamiento de esta tan trascendental estructura social básica.

Desde un punto de vista antropológico, Lévi-Strauss (1981) conceptualiza a la familia en términos de grupo familiar, y lo define como un conjunto de personas ligadas entre sí por constantes espacio-temporales y vínculos de parentesco, y articuladas por su mutua representación interna, que se propone explícita o implícitamente realizar una tarea que constituye su finalidad. La familia es la unidad primaria de interacción y sostén de la estructura social.<sup>122</sup>

Desde la psicología podemos citar el aporte de Arés Muzio (1998), quien propone que la familia es la unión de personas que comparten un proyecto vital de existencia en común que se quiere duradero, en el que se generan fuertes sentimientos de pertenencia a dicho grupo, existe un compromiso personal entre sus miembros y se establecen intensas relaciones de intimidad, reciprocidad y dependencia.

La promulgación de la ley 26.618 (año 2010) denominada de matrimonio igualitario, que admite la unión de dos personas del mismo sexo, cuya asimilación se da cuando “se admite –como también en dicha ley– la adopción o si se logra tener descendencia biológica por medio de técnicas de procreación asistida cuya evolución futura es difícil de prever”<sup>123</sup>, y así también el reconocimiento de las uniones de hecho, evidencian que cada vez más se van ampliado los derechos de las familias que no se adecuan a un estatuto legal preciso, abandonándose la denominación de concubinato para ellas.

En tal sentido se puede señalar el reconocimiento de la ley de previsión social, que confiere el derecho de pensión al conviviente del beneficiario fallecido con un mínimo de acreditación de tal situación; o la ley 24.374, de regularización dominial, que admite al conviviente continuar la posesión que le permite acceder mediante un proceso notarial-administrativo a la propiedad inmobiliaria, cuando tuviera el causante causa lícita para esa posesión.

No se debe pasar por alto la reglamentación de esta ley, con la obligatoria intervención notarial, que concluye su primera etapa de intervención con un acta notarial (documento público notarial) en la que se plasma esta posesión de estado de familia sin otro reconocimiento formal previo.

Pero tal vez sea en el art. 7º, Anexo Iº, del Decreto 415/2006, reglamentario de la Ley 26.061, reglamentaria a su vez de la Convención de los Derechos del Niño (con jerarquía constitucional) donde encontramos la recepción más lograda del concepto de familia actual en el derecho positivo, toda vez que establece que se entenderá por “familia”, o “núcleo familiar”, “grupo familiar”, “grupo familiar de origen”, “medio familiar comunitario”, y “familia ampliada”, además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencia y protección.

También en jurisprudencia y doctrina se ha avanzado hacia la ampliación del concepto de familia, reconociendo que lo son aquellas uniones de hecho con descendencia.

<sup>122</sup> TRABA, Suray, Op. Cit.

<sup>123</sup> BELLUSCIO, Augusto César .- MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA.- 10º edición, Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2011, pag. 8.-

Es el caso, por ejemplo, del reconocimiento de la legitimación registral inmobiliaria en la Provincia de Buenos Aires desde el año 1983 (y recientemente en la de la Ciudad de Buenos Aires <sup>124</sup>), de que una pareja de condóminos y convivientes con hijos pueda afectar su vivienda familiar al régimen tuitivo de la Ley 14.394 de Bien de Familia, nombrando beneficiarios a los hijos que tengan en común, aún cuando no hubiesen contraído matrimonio.<sup>125</sup>

Aquí también cobra relevancia la escritura pública, donde se afecta al bien de familia y a la vez se reconoce esta situación de “familia de hecho” e hijos en común, que como concluyera la 37 Jornada Notarial Bonaerense (noviembre de 2011): “*se acreditará dicha situación mediante declaración jurada en la escritura pública*”.

Incluso la jurisprudencia ha entendido impropcedente la solicitud de la división de condominio planteada por un concubino condómino de su pareja, toda vez que en el inmueble en cuestión vivía la hija menor de ambos. Dijo el Tribunal: *Es impropcedente decretar la división del inmueble que fuera adquirido conjuntamente por los concubinos, hasta tanto su hija menor alcance la mayoría de edad, pues habitando la niña en el hogar, resulta aplicable analógicamente lo dispuesto por el art. 1277 del Código Civil, en tanto no deben formularse distinciones desde la perspectiva del derecho de los hijos, más allá de las diferencias entre una familia matrimonial y una extramatrimonial.*<sup>126</sup> El fallo también invocó la Convención de los Derechos del Niño para fundar su decisión.

La justicia de la Provincia de Río Negro, por su parte, ha declarado la inconstitucionalidad del art. 312, primer párrafo, del Código Civil, que prescribe la prohibición de adoptar en conjunto salvo que los adoptantes estén casados, fallando en el caso por la admisión de la adopción de una pareja de convivientes. Dijo el Tribunal: *Pero el argumento más determinante para hacer lugar a la demanda, lo constituye el interés superior de G (el menor), ya que no resulta razonable privarlo de un padre con los alcances legales que la paternidad implica (ya que es el padre en los hechos y en la función) por un requerimiento que se ha impuesto en el Código Civil pero que debe necesariamente ceder ante la mayor jerarquía del tratado internacional incorporado en el bloque de constitucionalidad federal.*<sup>127</sup>

La descripción de las distintas realidades familiares actuales, demuestra que la libertad individual y la autonomía de la voluntad son también pilares sobre los cuales debe fundarse la innovación en la protección jurídica familiar, toda vez que cada vez son más los casos de familias que se erigen de hecho.

Es necesario aclarar que aún no decidiendo ajustarse a un estatuto jurídico definido, ni las obligaciones ni los derechos de los padres con sus hijos deben ser desconocidos por los operadores jurídicos. En tal sentido, *frente al desapego voluntario de parte de nuestra sociedad a cumplir los*

<sup>124</sup> C. N. Civ. Sala H, “M. V. M. c/Registro de la Propiedad Inmueble s/Recurso”, 28/05/2010. Entre los argumentos esgrimidos, se destaca la invocación de la equidad para la interpretación amplia del art. 43 de la Ley 14.394, y así, *interpretar la ley en su recto sentido y acorde con las posibilidades que aquella le plantea, a fin de lograr la justicia del caso particular*, y los principios básicos de la Convención de los Derechos del Niño, entre los cuales se encuentra el de no discriminación, que tiende a eliminar la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

<sup>125</sup> Conf. PANDIELLA, Juan Carlos. “Revista de Derecho de Familia y las Personas”, Año 2, Número 9, Pág. Op. Cit. Pág. 113 y sts.

<sup>126</sup> C. N. Civ. Sala K, 31/05/2005.

<sup>127</sup> Citado por LAMBER, Néstor D. Bien de Familia Constituido con Concubinos con Hijos Menores, CUADERNOS DEL CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES (CEN), Lomas de Zamora, Oct. 2009, Nº 5, Pág. 24.

*recaudos de instituciones matrimoniales, son las situaciones de hecho las que comienzan a reclamar reconocimiento de intereses que deben ser jurídicamente respetados; y el interés superior de los menores, como fundamento de toda sociedad que pretenda continuar, y no tener vocación suicida, es el que se impone como esencial en esta tarea.*<sup>128</sup>

En tal sentido y a título de opinión (atento tratarse de una sentencia no firme), el Tribunal Colegiado de Familia Nro. 5 de Rosario<sup>129</sup> dispuso que todo caso es mutable con cada secuencia que la realidad presenta por lo que siempre es momento adecuado para adoptar medidas tuitivas que defiendan, amparen y protejan, y que en tal sentido al marido de la adoptante de una menor, quien juntamente con su esposa había obtenido la guarda y luego abandonado a ambas, le corresponde continuar con el suministro alimentario pues *puede encuadrárselo como “padre solidario” o “progenitor afín” justificado en la solidaridad familiar unido a la posesión del estado filial como ratio de su obligación, ya que el cambio en la situación –cese de la mesada– puede ocasionar un daño en la vida de la pretensa adoptada cuando en la convivencia asumió el sustento de “su hija del corazón”, conforme sus ingresos y las necesidades de la alimentada. . . Esta pauta de solidaridad familiar, apoyada en la protección integral de la familia -art. 14 bis CN- supera el estrecho margen obligacional del parentesco -art. 372 del C. Civil- y efectiviza la proclama de los derechos humanos básicos reconocidos en el bloque de constitucionalidad.*

## LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO DE FAMILIA

Ya no es extraño relacionar al derecho de familia y sucesiones con el principio rector del derecho privado, la autonomía de la voluntad, entendida como la herramienta jurídica para capacitar a los individuos a generar sus propias normas morales y sus relaciones jurídicas conforme su proyecto de vida. El eje, pues, se centra en la libertad, propiciadora de un proyecto de vida autorreferencial.<sup>130</sup> En este sentido se ha reconocido la tutela del interés primigenio del individuo en el concepto de derecho constitucional de “autonomía personal” (art. 19 CN), estableciendo aquel espacio en el cual el poder del Estado no puede regular.

Nos enfrentamos ante nuevas realidades, fruto de la modificación de la estructura de las familias, de su constante cambio y dinamismo, de la inestabilidad propia de la post modernidad, y de la recepción de nuevas formas de transmisión de bienes, en parte por la interrelación consecuente de la globalización, que ha ido más allá de su concepción económica o financiera,

<sup>128</sup> LAMBER, Néstor. Op. Cit. Pág. 23.

<sup>129</sup> “B., P.T. S/ Guarda Preadoptiva” – TRIBUNAL COLEGIADO DE FAMILIA N° 5 DE ROSARIO (Santa Fe) – Expte. N° 1425/11 10/05/2012 (Sentencia no firme)

<sup>130</sup> LLOVERAS, Nora – SALOMON, Marcelo- Constitución Nacional, Proyecto de Vida Autorreferencial y el Derecho de las Familias, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia – Abeledo Perrot, Bs.As. 2011, N° 51 pág. 2. ORLANDI, Olga, Tendencia hacia la Autonomía de la Voluntad en el Derecho Sucesorio del Siglo XXI – Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia – Abeledo Perrot, Bs.As. N° 52, pág.5/6: “Hoy, en el siglo XXI, se viene planteando la necesidad de adaptar el derecho sucesorio a las características sociológicas y la dinámica del desenvolvimiento económico de la empresa mediante la recepción de una mayor autonomía”.

proceso en el que la autonomía de la voluntad de los ciudadanos se adelanta a los necesarios cambios legislativos.

Sin embargo, esta incertidumbre e inestabilidad no puede verse como un rasgo específico o distintivo de esta época, pues como señala Beck, la amenaza y el riesgo son condición de la existencia humana desde siempre... El riesgo es el patrón perceptivo intelectual que moviliza a una sociedad enfrentada a la construcción de un futuro abierto, lleno de inseguridades y obstáculos, una sociedad que ya no está determinada por la religión, la tradición o la sumisión a la naturaleza y que tampoco cree en redentores de las utopías<sup>131</sup>.

Señala Ghersi en la *Teoría General de los Contratos* que el instituto regulado en el artículo I.137 C.C. se fundamenta en el valor psicológico de la voluntad, claramente manifestado en la norma. Siguiendo este concepto, plantea que el hombre es el único *Ser apto para valorar conscientemente*. Esta noción asienta su idea-base en el *libre albedrío responsable*, sublimándose a la autonomía de la voluntad como motor en aquel destino trascendente.<sup>132</sup>

En *Fenomenología de la voluntad*, Pfander señala que la autonomía de la voluntad es un hecho intuitivamente evidente, necesario del yo, centro en nosotros desde siempre.<sup>133</sup> Este mismo autor cita a Kant en su obra *Crítica de la razón pura*, quien es el primero que sostiene que la “libertad” no tiene causalidad, escapa al mundo cósmico, de tal forma que cuando decidimos realizar un acto, la voluntad para decidirnos por ese fin es objetivamente válida en sí; sin embargo, esta libertad metafísica del hombre no debe confundirse con la libertad jurídica, pues esta última actúa en el ámbito permisivo de la norma jurídica, y allí es donde debemos situar a la autonomía de la voluntad.

Por ello, de ningún modo debe entenderse a la autonomía de la voluntad como *el ejercicio de un poder soberano y paralelo a la ley, sino como un poder o competencia que se ejerce dentro de los límites conferidos por el ordenamiento jurídico*.<sup>134</sup> Del mismo modo, tampoco debe identificarse al orden público como a los principios generales referentes a las instituciones como la familia y el Estado o con los intereses colectivos, los intereses públicos o el bien común<sup>135</sup>, sino como al instrumento que permite la defensa jurídica de todos ellos, es decir, de los bienes jurídicos que precisan ser tutelados.<sup>136</sup> Así pues, el orden público implica el límite para la inderogabilidad de la norma por parte de los particulares.

El desafío en el nuevo siglo radica entonces en armonizar ambos conceptos de modo de no estar en desacuerdo con la autonomía personal reconocida en la Carta Magna, ni permitirle al individuo la vulneración de la protección de los bienes jurídicos sobre los cuales se erige junto a sus semejantes como sociedad, entre ellos la familia y la protección del patrimonio y del más débil.

<sup>131</sup> BECK, Ulrich, *La Sociedad del Riesgo Mundial*, en busca de la seguridad perdida, Ed. PAIDOS, Barcelona, 2007.

<sup>132</sup> GHERSI, Carlos, *Contratos Civiles y Comerciales*, Editorial Astrea Buenos Aires, 1994.

<sup>133</sup> PFANDER, citado por GHERSI, Op. Cit.

<sup>134</sup> ORLANDI, Olga. Op. Cit.

<sup>135</sup> DE LA FUENTE, Horacio, citado por ORLANDI, Olga, Op. Cit.

<sup>136</sup> ORLANDI, Olga, Op. Cit.

Retomando el concepto de Gherzi, *la autonomía de la voluntad es una potestad legal conferida a los miembros de una sociedad jurídicamente organizada, sujetos de derecho, para regular su actuación negocial, en la medida que corresponda a una función u officium tutelada socialmente.*<sup>137</sup>

El nexo entre la autonomía de la voluntad y el orden público; la posibilidad de diálogo entre la libertad personal que permite el proyecto autorreferencial y aquello que no es susceptible de modificación en miras a la protección de lo que la propia sociedad establece con su evolución como moral colectiva, es la equidad.

El derecho argentino precisa de una clara evolución para cumplir con un mínimo de equidad que permita dar respuesta jurídica a las nuevas realidades que se describen, brindar la protección a las relaciones que son relevantes para la función social como son las parentales y paterno-filiales, y al mismo tiempo, se hace necesario en ciertos aspectos donde existen nuevos paradigmas el devolver al individuo la facultad de autorregulación.

Ahora bien, creemos que el derecho a organizar con libertad la vida íntima lleva consigo un correlato necesario que no debe ser dejado de lado, esto es, la solidaridad y la responsabilidad. A todo poder le corresponde una responsabilidad, y ese el eje sobre el que debemos girar como sociedad si pretendemos que el derecho nos reconozca el poder de autodeterminación.

Dice Orlandi en la obra citada: *Hoy surgen, desde la antropología y la sociología, valores que sustentan las prácticas de las relaciones de parentesco a partir de la división moderna entre naturaleza y cultura. Hablamos de socioafectividad, homoparentalidad, fecundación heteróloga, maternidad subrogada, uniones de hecho, grupos convivenciales y otras situaciones que crean conflictos en la determinación jurídica del parentesco. . . Esta transformación constante de las familias colisiona con el concepto de parentesco, que permanece jurídicamente estático (. . .)*

Los sociólogos nos describen nuevas realidades con modelos basados en la interpretación de los valores que se dice están en su faz crítica de cambio. Así las palabras de Binde en su introducción de la reseña de coloquios que organizara la UNESCO: *. . . Cuando la cohesión social se ha desvanecido ante el incremento de un individualismo cada vez más radical que destruye vínculos heredados y las identidades, se observa el crecimiento de nuevas formas de asociación, el nacimiento de nuevos tipos de solidaridad. . . El derrumbamiento de los marcos patriarcales (con sus dimensiones éticas, institucionales, culturales y metafísicas) está vinculado a estas preguntas; una fractura considerable que implica una feminización de los valores de consecuencias profundas, que todavía es difícil de medir plenamente, pero que desde luego influirá en todos los aspectos del S.XXI.*<sup>138</sup>

Es más lógico incorporar a la institución familiar a que adscriba al orden jurídico, a que lo evite en todo, permitiéndole la regulación por sí mismos a los interesados de ciertos aspectos como pueden ser los patrimoniales, mediante la adopción de regímenes de bienes convencionales, o la ratificación de la plena autonomía de la voluntad al momento de liquidar o partir los bienes de la ex sociedad conyugal.

Así surge de la recomendación de las Jornadas Nacionales de Derecho de 1987 celebradas en Buenos Aires a favor de la adopción de regímenes de bienes del matrimonio alternativos que

<sup>137</sup> GHERSI, Carlos, Op. Cit.

<sup>138</sup> BINDE, Jérôme (Director), ¿Hacia dónde se erigen los valores?, Fondo de la Cultura Económica, México, 2006, pág. 18.

regulen las relaciones entre los cónyuges<sup>139</sup>, y de las surgidas del X Congreso Internacional de Derecho de Familia (Mendoza, 1998): *El principio de la autonomía de la voluntad en cuanto principio general que se manifiesta en todo el campo del derecho, debe ser también admitido dentro del régimen patrimonial del matrimonio y los cónyuges deben tener cierta libertad para pactar el régimen patrimonial que regirá su matrimonio.*

La tendencia hacia la libertad privada, sin intervención administrativa o judicial, se refleja también al momento del tratamiento de la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal disuelta o en trámite de ello, con la realista aplicación de la reforma del artículo 236 CC (modif. Ley 23.515) y sus demás convenios a tal fin durante el proceso de divorcio y luego de la sentencia respectiva, con la mayor flexibilidad según la voluntad de las partes, y ello -haciendo nuestras las palabras de Medina: *Porque la tendencia vigente en la actualidad es hacia la apertura al régimen de la autonomía de la voluntad, y que en esta tendencia resulta inadmisibles declarar la nulidad de un convenio de liquidación de bienes de una sociedad conyugal celebrado días antes de presentar la demanda de divorcio por presentación conjunta y cumplido parcialmente con posterioridad a la sentencia de divorcio.*<sup>140</sup>

Por lo tanto, ante las nuevas perspectivas de realidades de relaciones familiares entre cónyuges o convivientes donde las soluciones normativas vigentes no son plenamente satisfactorias, la mejor solución en el ámbito patrimonial será el permitir a los miembros de esta institución (formal o de hecho) elegir dentro de un marco más abierto o flexible, fundado en su autonomía de voluntad, en vez de traer soluciones prohibitivas que pretendan limitar sus decisiones con imperativos estatutos forzosos o la voluntad de terceros mediante la intervención del Estado a través de sus órganos judiciales o administrativos.

## LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DE LA ORGANIZACION FAMILIAR EL PROYECTO DE REFORMA DEL CODIGO CIVIL

El actual proyecto de Reforma de Código Civil reconoce esta tendencia a la diversidad de las estructuras familiares y toma clara postura en los fundamentos del anteproyecto: *La reforma constitucional de 1994 implicó la aceptación de diversas formas de familia, fenómeno reconocido por varias leyes especiales y en la jurisprudencia, que han otorgado algunos efectos jurídicos a las relaciones afectivas que cumplen determinados requisitos (estabilidad, permanencia, singularidad y publicidad). . . En la tensión entre la autonomía de la voluntad (la libertad de optar por casarse o no casarse, cualquiera sea la orientación sexual de la pareja) y el orden público (el respeto mínimo por valores de solidaridad consustanciales a la vida familiar), el anteproyecto reconoce efectos jurídicos a la relación de pareja, pero de modo limitada.*

Esta amplitud de criterio lo plasma el Proyecto ampliamente en su articulado. Así, el Título Tercero dedicado a las Uniones Convivenciales le dedica a éstas cuatro Capítulos: Constitución y Prueba, Pactos de Convivencia, Efectos de las Uniones Convivenciales durante la Convivencia, y Cese de la Convivencia, Efectos.

El art. 509 define a la unión convivencial como a la *unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean*

<sup>139</sup> El Derecho Privado en la Argentina, Conclusiones de Congresos y Jornadas de los últimos 30 años, pág. 54.

<sup>140</sup> Voto de la Dra. Medina en autos: "B.C c/M.L." Cám. C.y C. San Isidro, Sala I, 19/19/1989, LLBA 2000-264.

*del mismo o de diferente sexo*. Así, reconoce efectos jurídicos a esta unión, entre otros requisitos, si cumple con la permanencia de la convivencia por un período no inferior a dos años y siempre que sus miembros no tengan el impedimento de ligamen ni formen parte de otra unión registrada de manera simultánea (art. 510).

Otorga a los miembros de la unión convivencial el derecho a inscribir tanto la existencia de la misma como los pactos que hayan celebrado, con el objeto de facilitar la prueba y la oponibilidad frente a terceros (art. 511), en concordancia con el art. 512 que establece que la unión convivencial puede acreditarse por cualquier medio de prueba, siendo por su parte la inscripción prueba suficiente de su existencia.

El Capítulo Segundo de *Pactos de Convivencia* plasma en su art. 513 la autonomía de la voluntad de los convivientes estableciendo que dichos pactos son aplicables excepto pacto en contrario de los convivientes, estableciendo la forma escrita como prueba, y como inderogable por sus miembros lo relativo al deber de asistencia (art. 519), a la responsabilidad por las deudas frente a terceros (art. 521), y a la protección de la vivienda familiar (art. 522).

En concordancia, establece en el art. 514 el contenido que podrán tener tales pactos, entre otras cuestiones: la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común, la atribución del hogar común en caso de ruptura, y la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común en caso de ruptura de la convivencia (aspecto patrimonial), a lo que agregamos que podrán también establecerse aspectos que tienen que ver con lo vincular, en la que a través de un acta de constatación o de notoriedad, los convivientes podrán dejar probada su unión.

Consideramos a la escritura pública con las características que le son propias (seguridad, certeza, guarda y control de legalidad) como el instrumento más idóneo para la celebración tanto de los pactos convivenciales como de la propia unión convivencial, facilitando su inscripción para su oponibilidad frente a terceros (tanto en el Registro Civil como en el que corresponda a la naturaleza de los bienes involucrados, art. 517) la intervención notarial.

Ahora bien, en el Título Segundo, titulado *Del Régimen Patrimonial del Matrimonio*, Capítulo Primero, *Disposiciones Generales*, Sección Tercera, *Disposiciones Comunes a todos los Regímenes*, el Proyecto asimila a los tipos de organización familiar en cuanto al régimen fijo del patrimonio del matrimonio (común para el de comunidad o separación) de los arts. 454 y sts. del Proyecto, normas que se repiten para la unión convivencial en los proyectados arts. 519 a 522.

Estos artículos prevén la aplicación de las mismas normas para ambos tipos de organización familiar. Se establece así un régimen patrimonial matrimonial o convivencial que se aplica, sin posibilidad de derogación, a todas las estructuras familiares admitidas.

Por su parte se reconoce en el art. 455 a las Familias Ensambladas, proyectando el deber de contribución tanto entre los cónyuges para el sostenimiento de los hijos comunes, como así también su extensión a los hijos incapaces o con discapacidad de uno de ellos con los que convivan, imponiendo igual obligación para los convivientes en el art. 520, con remisión al indicado art. 455.

Asimismo se impone tanto para la unión matrimonial como para la convivencial, la necesidad de prestar asentimiento para disponer de derechos sobre la vivienda familiar (lo que po-



dríamos denominar Asentimiento Familiar y no sólo conyugal) y los muebles indispensables de ésta por parte del cónyuge o conviviente no titular, incluso en caso de bienes propios, sin otro requisito (arts. 456 y 522 proyectados). Y prevé como protección implícita de la vivienda familiar, el asentimiento para contraer deudas por uno, y solo entonces permitir su posible ejecución.

Equipara ambas uniones en cuanto al régimen de responsabilidad solidaria frente a terceros por la obligaciones contraídas por uno para solventar la necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento o educación de los hijos comunes (arts. 46I y 52I proyectados), solo haciendo excepción para el caso de haber optado los cónyuges por el régimen de comunidad, en el que ambos responden por los gastos de conservación y reparación de los bienes gananciales contraídos por uno de ellos, pero el otro solo con sus bienes gananciales (art. 467 2º párr. proyectado).

Incluso al regular la protección de la vivienda, deja de lado el requisito de familia de la actual Ley I4.394 e incluye a la familia de un solo miembro, estableciendo en los fundamentos: *“se autoriza la constitución del bien de familia sin familia, antidiendo a la situación, cada vez más frecuente, de la persona que vive sola”*.

## LA CONVENCION MATRIMONIAL DE OPCION O CAMBIO DE REGIMEN

La mayor reforma introducida en la materia de convenciones matrimoniales en el actual Proyecto de unificación de Código Civil y Comercial, es la recepción de la recomendación indicada previamente por la doctrina, jornadas y congresos, de admitir la posibilidad de optar entre dos regímenes de bienes del matrimonio, antes de celebrarlo, e incluso cambiarlos durante su vigencia.

En el proyectado art. 446 inc. d) se prevé la convención prematrimonial cuyo objeto sea “la opción que hagan de alguno de los regímenes matrimoniales previstos en este Código”, y el art. 449 proyectado prevé la convención matrimonial por la que “después de la celebración del matrimonio, el régimen puede modificarse por convención de los cónyuges”.

La reforma propuesta recoge con aparente amplitud la autonomía de la voluntad, pero su correlación con el resto de las normas proyectadas demuestra la prudencia en salvaguardar intereses de orden familiar e interés general superiores, que se armonizan con la libertad contractual<sup>141</sup>.

El cambio se hace en convención entre los cónyuges, y no requiere homologación o autorización judicial alguna, bastando solo su otorgamiento en escritura pública<sup>142</sup>.

<sup>141</sup> 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 la formación integral de los hijos y la asistencia familiar. LAMBER, Rubén A., Derecho Civil Aplicado, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, pág. I05.

<sup>142</sup> En este sentido se recomendó en la XXXVII Jornada Notarial Bonaerense, 2011: “que las capitulaciones matrimoniales deben ser facultativas y formalizadas por escritura pública, sin necesidad de ser homologadas judi-

No establece límite en cuanto a la sucesiva cantidad de modificaciones y requiere la inscripción en el Registro Civil, al margen del acta de matrimonio para que tenga efectos frente a terceros.

## EL MATRIMONIO FRENTE A LA IDEOLOGIA DE LA REFORMA

El principio de la libertad de los cónyuges encuentra verdadera recepción en el Proyecto. Les otorga a los mismos mayor aptitud de decisión: antes, al celebrarse, durante la vida matrimonial y en la disolución del mismo. Por ejemplo, en el hecho de que sólo se regulan los deberes y derechos estrictamente jurídicos y nada dice en cuanto al deber de fidelidad o el de cohabitación, dejando ello exclusivamente al ámbito privado. El incumplimiento de estos deberes no genera consecuencias jurídicas. Hay menos intromisión del Estado en lo que respecta a la significación y valoración subjetiva del matrimonio. Lo contrario ya no sería causal de divorcio. Sí, en cambio, subsiste el deber de asistencia basado en el principio de solidaridad familiar, concepto éste más extensivo.

Al eliminarse las causales subjetivas de divorcio, adquiere trascendencia la libre elección de la persona en no continuar vinculado a su cónyuge, fundamentada en el libre desarrollo de la personalidad, por lo tanto el matrimonio así encarado se celebra y se sostiene por voluntad mutua de los contrayentes.

“El respeto por la libertad y la autonomía de la persona humana y su proyecto de vida impone la obligación de evitar forzar a un sujeto a continuar en un matrimonio que ya no se desea. La protección integral de la familia de tipo matrimonial no implica desconocer los derechos fundamentales de cada uno de sus integrantes, quienes no pueden ver conculcados sus derechos a costa o por fuerza del matrimonio.” (Fundamentos Proyecto)

Johannes Lenz, antropósofo, en *Origen y naturaleza de los sexos*<sup>143</sup>, se refiere al matrimonio con un cuento y aclara que “la dirección del destino, hasta el momento del encuentro, es el primer gran capítulo de la vida. El otro comprende la pregunta, la respuesta y la decisión de ambos de querer iniciar y vivir un futuro compartido, parte de esto es: amor y libertad. El camino individual conduce al encuentro, el camino en común lleva del encuentro al futuro.” En la idea del Proyecto el matrimonio se tornó una cuestión de libertad, pero, justamente porque el matrimonio se está convirtiendo en un acto de decisión libre, tiene toda la vulnerabilidad de algo joven e incipiente.

Consideramos importante acompañar este proceso con el mayor cuidado, diligencia y responsabilidad que la profesión nos exige.

Vemos entonces como se da una mayor libertad en la materia de elección de régimen de bienes, e incluso en la disolución del matrimonio, y cuando trata en general a la organización familiar reconoce la libertad de constituirla casándose o no; por lo cual cabe preguntarse por qué no seguir igual tendencia al momento de su celebración, a través de la flexibilidad en su formalización, por la libre elección de quienes optan por el matrimonio.

cialmente”- Tema I Despachos.- [www.jnb.org.ar/despachos](http://www.jnb.org.ar/despachos)

<sup>143</sup> LENZ, Johannes, *Origen y Naturaleza de los Sexos*, Editorial de la Comunidad de Cristianos, Buenos Aires, 2000.

Tradicionalmente la celebración del matrimonio quedaba en manos de la Iglesia Católica Apostólica Romana, la que llevaba los asientos registrales de todos los ciudadanos. Con ánimos evangelizadores le dio un tamiz casi necesariamente religioso, claudicando a las creencias personales de las partes.

Nicasio Oroño, diputado nacional, santafecino (1825-1904), vio la necesidad de registrar los casamientos, nacimientos y defunciones. Hasta entonces, como dijimos, era tarea de la Iglesia, siendo los sacerdotes los únicos encargados de la celebración y registración de estos actos y hechos de la vida civil. La problemática surgía a partir de la cantidad de inmigrantes con distintos cultos, por lo que Oroño fue el impulsor de la ley de matrimonio civil poniéndose de esta forma en contra del clero. Tan fuerte fue la oposición a Oroño que recién en el año 1889 se sancionó la Ley nacional 2393 de matrimonio civil. Si bien con dicha ley se superó la imposición de concurrir a un culto que no se practica para poder casarse y registrarlo, quedó desde entonces desdoblada la celebración, tornándola poco práctica e inadecuada, ya que no todos los Registros Civiles tienen las mismas comodidades, acordes a un acto trascendente en la vida de las personas. Aquellas que deseen tener una ceremonia de carácter laico e incluso dentro del horario del mismo festejo pueden hacerlo con la concurrencia de un escribano y no en el horario de una repartición pública.

En el marco que venimos desarrollando acerca de la autonomía de la voluntad podemos observar la idea de la libertad y su correspondiente responsabilidad. Cuanto mayor es el poder, mayor es la responsabilidad para usarlo, lo que exige mayor seriedad, madurez y adultez en la toma de decisiones, sobre todo a nivel individual. Vemos que la libertad otorgada tiene una limitación concreta: no bien se pone de manifiesto, debe a su vez tener un marco legal apropiado para tener efectos en el mundo jurídico. Es aquí donde nuestra función como notarios adquiere relevancia en la injerencia de los derechos de los ciudadanos. “La esencia de la función notarial no es la de conferir fe pública, como habitualmente se afirma, sino que su esencia es la de brindar protección a los ciudadanos en los actos y negocios de máxima trascendencia, legislativamente seleccionados, a través de un conjunto de operaciones jurídicas que son las que fundamentan su eficacia erga omnes.” (Fundamentos)

La Función de los escribanos en la celebración de estos actos garantiza la precisión, certeza, orden y guarda, lo que facilita la consulta. El escribano al elaborar documentos matrices, conforme rigurosas formalidades, comprobando la identidad y capacidad de los contrayentes o de los testigos y asegurando expresión técnica correcta, garantiza la legalidad, la libre decisión expresada, evitando los riesgos de las imprecisiones. El notario de esta manera, acompaña la vida civil de los ciudadanos, no sólo aportándole al acontecimiento la forma legal necesaria, sino dotándolo de cierta intimidad y calidez que merece una ceremonia de esta naturaleza. \_

## CELEBRACION DEL MATRIMONIO CIVIL EN SEDE NOTARIAL

La intervención del notario en la celebración del matrimonio civil encuadra dentro de la competencia en los asuntos no contenciosos.

Es creciente la intervención del notario en dichos asuntos en todos los países del notariado latino; debido ello a que la función notarial, por su propia naturaleza incluye estos asuntos; y así ha sido propugnado en numerosos encuentros nacionales e internacionales.

El presente trabajo culmina con un Proyecto de Ley de Celebración de Matrimonio Civil ante escribano público aprobado por la Comisión de Legislación y Jurisprudencia y el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, sobre la propuesta originaria del Leandro Posteraro Sánchez, de modificación de artículos del actual Código Civil.

Todo ello, buscando contribuir a un tema en que el notariado pleno coincide, y es el de la posibilidad y factibilidad de la celebración del matrimonio civil ante escribano público.

## FUNDAMENTOS: EL MATRIMONIO COMO ACTO JURÍDICO FAMILIAR SOLEMNE.

La celebración del matrimonio se ubica dentro de los denominados Actos Jurídicos Familiares solemnes<sup>144</sup>, en virtud de sus diferencias con los simples “contratos civiles”. En la figura tienen preponderancia los sentimientos y los afectos y la búsqueda de una vida en común y familiar. Y las consecuencias de su celebración son fijadas exclusivamente por la ley en el Código Civil vigente, sin poder la autonomía de la voluntad de los contrayentes establecerles modificación alguna.

Y así, más allá que se trata de un acuerdo de voluntades con libre consentimiento, generando derechos y obligaciones impuestos por la ley, y con consecuencias patrimoniales también legales (al igual que muchos otros contratos), la sociedad lo ha visto como una verdadera “institución social”, aunque en algunos casos un poco devaluada. Y entiendo deberíamos ubicarlo más en el género de los Actos Jurídicos, y dentro de la especie denominados Familiares y no dentro de la especie contractual.

La doctrina más moderna, ve al matrimonio civil como un contrato; y así es que en los ordenamientos legales que así lo han determinado, se permite a los contrayentes fijar acuerdos prematrimoniales que reglarán derechos y obligaciones maritales, y en especial regular el régimen de bienes; aunque siempre permitiendo optar por diversos sistemas legales ya pre-establecidos.

En nuestro ordenamiento vigente, la celebración del matrimonio no permite a los contrayentes reglamentar de modo alguno las relaciones jurídicas de su futuro matrimonio, ya que es la ley (de fondo y de orden público) la que establece los derechos y obligaciones de los mismos, su régimen patrimonial, y las causales de extinción.

Por lo cual, salvo algún “vicio de consentimiento” o de la “visión nula o distorsionada”, provocados por la “ceguera o miopía del amor”; lo único que libremente pueden decidir los contrayentes es la celebración del matrimonio, siendo todas sus demás consecuencias establecidas por la ley, descartando obviamente aquellas de carácter subjetivo.

Así también nuestro propio ordenamiento establece normativas de procedimiento a seguir para su celebración, que incluyen también impedimentos legales, casos de oposición, forma solemne de celebración y hasta su registración.

<sup>144</sup> Conf. definiciones de Lafaille y Díaz de Guijarro.

Es más, una de las principales consecuencias legales de la celebración del matrimonio civil es el nacimiento de la sociedad conyugal, que también tiene sus propias normas de fondo, y con importantes efectos patrimoniales, derechos y deberes de los cónyuges, que si bien son en algunos casos de carácter subjetivos<sup>145</sup>, están regulados por normas de fondo, y cuyo incumplimiento puede tener consecuencias jurídicas.

En síntesis, más allá de las causas que llevan a la celebración del matrimonio civil, dicho acto jurídico tendrá importantes consecuencias para los contrayentes y frente a terceros, reguladas específicamente por la normativa de fondo.

De todas formas no es menester de este trabajo entrar en la discusión doctrinaria si el matrimonio es o no un contrato, o un Acto Jurídico Familiar, ya que entiendo que la misma es totalmente superflua a los efectos de la posible reforma de la legislación que permita la celebración por escritura pública.

Ambas son especies dentro del género de los Actos Jurídicos, así que le serán aplicables las normas de los mismos, en cuanto no se opongan con las específicas de la figura del Matrimonio.

Así las preguntas importantes que deberíamos formular con el objeto de determinar la factibilidad del proyecto en cuestión serían:

1. ¿Tanto el encargado del Registro Civil como el notario no gozan de fe pública?
2. ¿Los instrumentos que otorgan unos y otros no son también instrumentos públicos?
3. ¿Está capacitado el notariado argentino para cumplir con los requisitos de celebración de actos solemnes como es el Matrimonio?

Las tres respuestas afirmativas son unánimes.

## DERECHO COMPARADO

Son varios los países con sistema de notariado latino en los cuales se admite la celebración del matrimonio ante notario. Así por ejemplo en Iberoamérica: Colombia, Cuba, Panamá, Perú, Honduras. Y en Europa: Alemania, Austria, Bélgica, Canadá.

En nuestro país han existido algunos proyectos al respecto, bastante incompletos tanto en su redacción como en las modificaciones propuestas al Código Civil<sup>146</sup>. Y es por ello que entiendo no han llegado a su aprobación definitiva.

## RAZONES DEL PROYECTO

Es así que entiendo que la celebración del matrimonio ante escribano público constituirá una opción más en beneficio de la comunidad.

Al referirnos al término “escribano público”, creo necesario aclarar que se trata de aquel que se encuentra como titular o adscrito a un registro notarial. Y respecto a este trabajo, los

<sup>145</sup> Por ej arts 198, 202 incs I, 4 y 5; 207 CC, etc.

<sup>146</sup> Erman Gonzalez, A, Año 1995, Dalesio de Viola Año 1990.

términos escribano o notario público son utilizados como sinónimos, más atendiendo cómo se nos nombra en nuestro Código Civil, que a la discusión doctrinaria de algunas jurisdicciones locales.

Ello resulta viable en virtud que la materia se encuentra dentro de los asuntos no contenciosos en los cuales la intervención notarial surge de la naturaleza misma de la función, y así se ha expresado en numerosos encuentros notariales nacionales e internacionales.

Asimismo el notario está dotado de fe pública, al igual que los funcionarios encargados de los Registros Civiles que actualmente autorizan la celebración del matrimonio. Y es el notario el profesional que día a día autoriza actos que requieren de cumplimientos de solemnidades.

En consecuencia, tanto los instrumentos autorizados por el notario como por aquellos funcionarios del Registro Civil son de carácter público.

Un punto fundamental es la posibilidad de opción de los futuros contrayentes entre la celebración vía notarial o vía Registro Civil estatal.

Otro ítem importante del proyecto es la posibilidad de celebración del matrimonio en días y horas inhábiles y fuera de la notaría. Esto posibilitaría una creciente intervención del notario, ya que en la actualidad los encargados del Registro Civil no pueden celebrar el matrimonio fuera de las oficinas del mismo, (excepto en caso de imposibilidad física de alguno de los contrayentes), ni en días y horas inhábiles.

Con este procedimiento se restaría burocracia al método vigente, agilizándose los trámites, y no se deberían adecuar los matrimonios a las fechas disponibles en los Registros Civiles. También se facilitaría la formalización de los mismos a domicilio para personas incapacitadas, o bien la formalización en el mismo lugar del festejo, sin mengua de la seriedad profesional del escribano.

Asimismo significará una vinculación del escribano con los actos más trascendentes de la vida familiar, y en cuanto a los requirentes se evitarían dos recepciones de invitados aunando la ceremonia civil y religiosa, contribuyendo también a la economía de la flamante familia. Por último, el reflejo registral de la Escritura Pública de Matrimonio, mediante la obligatoriedad del profesional de inscribir la misma ante el Registro Civil que corresponda, otorga a los contrayentes la seguridad de la registración para su oponibilidad a terceros.

Asimismo esta registración significará un ingreso al Estado en concepto de las tasas de inscripción que fije oportunamente, lo cual redundará en que dicho ente no vea en la intervención notarial competencia alguna ni disminución de sus ingresos, ya que el ente estatal podría fijar incluso la misma tasa que si el matrimonio se celebrara ante el Registro Civil.

Estimamos que el camino a recorrer en esta materia puede no ser corto, ya que debe modificarse legislación nacional, sin embargo la creación de esta nueva incumbencia no genera conflicto de intereses profesionales alguno ni con el ente estatal, por lo cual vemos viable el mismo.

## ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

A continuación veamos cuáles serían las etapas del procedimiento de celebración del matrimonio en sede notarial:

**1. Presentación de solicitud** por los contrayentes ante el escribano público con competencia territorial en el domicilio de cualquiera de los contrayentes, con los requisitos de los arts. 186 y 187 del Código Civil.

**2. Fijación de avisos** en la sede de la notaría por término legal a los efectos de presentación de oposiciones a la celebración.

**3.** Procedimiento de oposición según normas de fondo.

**4.** Vencimiento de plazo sin presentación de oposición.

**5. Celebración del matrimonio** por acto solemne por escritura pública con el contenido del art 191 del CC y los que establezcan los ordenamientos locales.

**6. Trámite de registración:** 15 días corridos: Efectos retroactivos a la fecha de celebración.

## CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO ANTE ESCRIBANO PÚBLICO

- Mismo procedimiento que ante los Encargados de Registro Civil y Capacidad de las Personas.
- Celebración ante profesional dotado de fe pública.
- Procedimiento optativo a la celebración ante ente público.
- Inexistencia de puntos de conflictos con otras profesiones liberales.
- Otorgamiento por instrumento público, al igual que el actual sistema.
- Disminución de la actividad estatal con la consecuencia disminución de gasto público.
- Intangibilidad de ingresos del Estado, los cuales son asegurados mediante el pago de las tasas de inscripción de la Escritura Pública de Matrimonio que fije cada jurisdicción.
- Posibilidad de celebración en días y horas inhábiles.
- Facilitación de la celebración a domicilio.
- Registración con efectos retroactivos para su oponibilidad a terceros.

## COMPARACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS FORMAS DE CELEBRACIÓN

	MATRIMONIO ANTE FUNCIONARIO PÚBLICO	MATRIMONIO EN SEDE NOTARIAL
Procedimiento legal	SI	SI
Competencia territorial	SI	SI
Autorizante dotado de fe pública	SI	SI
Acto solemne	SI	SI
Presencia de testigos	SI	SI
Instrumento Público	SI	SI
Registración	SI	SI

Vistos algunos antecedentes, razones y caracteres del Proyecto de Ley de Celebración de Matrimonio Civil ante Escribano Público, a continuación se transcribe el mismo en su totalidad:

## ANEXO: PROYECTO DE LEY DE CELEBRACION DE MATRIMONIO CIVIL ANTE ESCRIBANO PUBLICO

Por Not. Leandro N. POSTERARO SANCHEZ

Con la Aprobación de la Comisión de Legislación y Jurisprudencia y del Consejo Directivo del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires.

Art. 1.\_ Sin perjuicio de la competencia de los oficiales públicos encargados del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, podrá celebrarse ante escribano público el matrimonio civil, el cual se solemnizará mediante escritura pública con el cumplimiento de todas las formalidades que tal instrumento requiere. El matrimonio se celebrará ante el escribano público con competencia territorial en el domicilio de cualquiera de los contrayentes.

Art. 2.\_ Los futuros contrayentes deberán presentar ante el escribano público una solicitud que cumplimente lo dispuesto en el artículo 186 y 187 del Código Civil, y demás requisitos dispuestos por las normativas locales y nacionales.

Transcurridos ciento ochenta días corridos de la presentación de la solicitud establecida sin haberse celebrado el matrimonio, se dará por terminado el trámite notarial sin perjuicio de que los interesados puedan presentarla nuevamente.

Art 3. Presentada la solicitud con el cumplimiento de todos los requisitos legales, el escribano hará fijar un edicto por el término de cinco (5) días hábiles, en sus oficinas en lugar visible al público, en el que se hará constar el nombre completo de los contrayentes, documentos de identidad, lugar de nacimiento y domicilio.

Art. 4. Vencido el término de que trata el artículo anterior, sin haberse presentado oposición a la celebración del matrimonio o denuncia de impedimentos legales, desfijado el edicto y agregado a la solicitud, se procederá al otorgamiento y autorización de la escritura pública con la cual quedará perfeccionado el matrimonio.

Art. 5. Toda oposición deberá ser presentada por las personas legitimadas según el artículo 177 del Código Civil, y con causa en los impedimentos del artículo 166 de dicho cuerpo legal, en las oficinas del escribano público encargado de la celebración y con los recaudos de los artículos 176 al 181 del Código Civil.



Presentada la oposición, deberá cumplirse con el procedimiento establecido en los artículos 182 al 185 del Código Civil.

En caso de denuncia de impedimentos legales, de acuerdo al artículo 178 del Código Civil, se procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 185 de dicho ordenamiento.

Art. 6. La escritura de celebración del matrimonio, deberá contener lo establecido en el artículo 191 del Código Civil y aquello que determine cada ordenamiento local.

Presentes los contrayentes y el escribano, éste leerá la escritura, los artículos 198, 199 y 200 del Código Civil, recibiendo de cada uno de ellos, uno después del otro, la declaración de que quieren respectivamente constituirse en cónyuges, y pronunciará en nombre de la ley que quedan unidos en matrimonio. Acto seguido, la escritura será suscrita por los intervinientes, los testigos establecidos en el artículo 187 inciso 3 o 188 segundo párrafo del Código Civil, en caso de corresponder, y el escribano en un solo acto.

Art 7. Autorizada la escritura, el escribano deberá proceder a su inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda a su domicilio en un plazo no mayor a quince días corridos, acompañando rogatoria correspondiente y copia de la escritura pública de celebración.

Inscripta la escritura en el plazo indicado, tendrá efectos frente a terceros desde la celebración del matrimonio.

Art. 8. En todo aquello no estipulado por la presente ley, el escribano público deberá remitirse a los recaudos establecidos por el Código Civil.

Modifícanse en consecuencia los artículos 178, 186 primer párrafo, 188 primer párrafo y 194 del Código Civil, los cuales quedarán redactados de la siguiente manera:

*“Art 178. Cualquier persona puede denunciar ante el Ministerio Público o ante el oficial público que ha de celebrar el matrimonio, la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 166”*

Redacción Actual: Art 178. Cualquier persona puede denunciar ante el Ministerio Público o ante el oficial público del Registro correspondiente que ha de celebrar el matrimonio, la existencia de alguno de los impedimentos establecidos en el artículo 166.

*“Art.186. - Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas o el escribano público con competencia en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener: . . .”*

Redacción Actual: Art.186.- Los que pretendan contraer matrimonio, se presentarán ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el domicilio de cualquiera de ellos y presentarán una solicitud que deberá contener:

“Art.188.1er párrafo- *El matrimonio deberá celebrarse ante el encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en su oficina; o el escribano público que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.*”

Redacción Actual: Art.188 1er párrafo.- El matrimonio deberá celebrarse ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de los contrayentes, en su oficina, públicamente, compareciendo los futuros esposos en presencia de dos testigos y con las formalidades legales.

“Art.194.- El jefe de la oficina del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas entregará a los esposos copia de acta de matrimonio. Dicha copia se expedirá en papel común y tanto ella como todas las actuaciones, las que no tributarán impuesto de sellos, serán gratuitas, sin que funcionario alguno pueda cobrar emolumentos.

*(Párrafo Agregado). El escribano autorizante de la celebración del matrimonio expedirá copia con las formalidades legales, la que debidamente inscripta en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas será entregada a los esposos.*”

Redacción Actual: Art.194.- El jefe de la oficina del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas entregará a los esposos copia de acta de matrimonio. Dicha copia se expedirá en papel común y tanto ella como todas las actuaciones, las que no tributarán impuesto de sellos, serán gratuitas, sin que funcionario alguno pueda cobrar emolumentos.





## II. CONSULTAS

### 1. INTERPRETACION del PLENARIO “SANZ” ante la ADQUISICIÓN DE LAS RESTANTES PARTES INDIVISAS ENTRE DOS CONDOMINIOS ORGINARIOS EN ACTO CONJUNTO.

#### SUMARIO

---

I.- El título no debe ser observado, por ser aplicable en el caso sub examine la doctrina del plenario “SANZ”, por la particular situación de adquirir entre TODOS los condóminos TODAS las partes indivisas restantes que competan el dominio, extinguiendo parcialmente la indivisión de la cosa con respecto a uno de los comuneros.-

Se está a una situación diferente del condómino que tiene una parte indivisa (propia) y adquiere otra sin completar el total, pues del actuar conjunto de ambos condominios se desprende que lo hacen con la intención de completar el dominio entre ellos.- Esa es la base común del negocio o causa-fin del acto (cfr. Doctr.art. 502CC y concordantes).-

2.- En atención a que el art. 2673CC establece que el condominio es el derecho de propiedad que pertenece a varias personas, y si entre todos los titulares de las partes indivisas tienen todo el dominio, tienen el mismo derecho de propiedad que el único propietario.- Ergo, si el único propietario que confunde en su titularidad el total del dominio, es pasible de la aplicación de la doctrina del plenario; también los son todos los condóminos que en común y en forma conjunta acrecen su porción completando así el total de la titularidad de dominio (en cotitularidad).-

3.- No debemos perder de vista la norma del art. 2698CC que remite a las reglas de la partición de herencia, *“en cuanto a la manera y la forma de hacerla”*, para su aplicación a la división de las cosas particulares; y en materia sucesoria expresamente se admite la posibilidad de la partición PARCIAL, en el art. 3453CC: *“Aunque una parte de los bienes hereditarios no sea susceptible de división inmediata, se puede demandar la partición de aquellos que son actualmente partibles.”*-

El caso de consulta debe interpretarse en tal sentido, dos de los condóminos a fin de posibilitar la extinción final de la indivisión sobre la cosa, y no pudiendo dividir el total en forma inmediata, adquieren conjuntamente al tercero de ellos sus partes indivisas. El pago hecho por

los dos condóminos se asemeja más a una compensación dineraria que al pago del precio de una compraventa.-

4.- En esta interpretación contextual, si la doctrina del plenario en cuestión considera admisible la calificación única del bien propio, por la presunción partitiva del art. 2696CC, debe colegirse sin hesitación la admisión de la finalidad partitiva del todo el negocio, cuando los “adquirentes” -que en verdad se adjudican las partes indivisas- son la totalidad de los restantes condóminos.- (Art. 218 inc. 1º Cod. Comercio).-

De la conducta posterior de las partes se ratifica la finalidad de liquidación del bien con la venta a un tercero y la conclusión de la cosa indivisa como requiere el art. 2696CC.- (Art. 218 inc. 3º Cód. Comercio).-

También debe correlacionarse con la norma interpretativa del inc. 3º del art. 218 C.Com. por la cual en caso de cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultara la validez, debe estarse a este.-

## CONSULTA

---

I) OPORTUNAMENTE EN EL AÑO 2007, mi ex titular, autorizo una escritura de Compra- Venta mediante en la cual dos condóminos enajenaron a favor de una persona jurídica un inmueble ubicado en la Capital Federal.-

II) Los dos condóminos enajenantes hubieron la titularidad del dominio que transferían, a mérito de los siguientes antecedentes: a) Los padres les donaron a los enajenantes y a un tercero, todos hermanos entre sí, el inmueble del objeto de la escritura referida. De este modo cada hermano resulto adquirente de una tercera parte Indivisa.- b) Posteriormente los dos enajenantes por una misma escritura y en un mismo acto, adquirieron de su tercer hermano su tercera parte indivisa, completando de este modo, entre ambos, la totalidad del dominio.-

III) Teniendo en cuenta los antecedentes dominiales consignados, mi ex titular, procedió autorizar la escritura de venta ya relacionada sin solicitar el asentimiento de los conyuges de los vendedores, dado que entendió que era aplicable la doctrina sentada por el plenario Sanz.- Dicho entendimiento fue compartido por el Registro de la Propiedad de Inmueble de La Capital Federal- causante del plenario Sanz- ya que procedió a inscribir pacíficamente la escritura en cuestión.-

IV) En un estudio de título una escribana referencista objetó y observó la escritura autorizada por mi ex titular sosteniendo que no le era aplicable la doctrina del plenario Sanz. Fundamentó la observación en que la doctrina del plenario sólo comprende las adquisiciones en las que un solo cónyuge completa en su sola cabeza la totalidad de dominio. Dada la im-

portancia de la cuestión y a los fines de ajustar mi conducta en casos análogos, solicito de esa asesoría me haga saber si considera atinada la observación formulada o por el contrario entiendo que la escritura autorizada por mi ex titular no es pasible de la observación antedicha.-

## RESPUESTA

---

La consulta se refiere a la interpretación del plenario “Sanz”, en cuanto al carácter de la adquisición de partes indivisas a título oneroso durante la vigencia de la sociedad, en un bien en la que el adquirente tenía previamente otras partes indivisas de carácter propio.-

No entraré en la consideración sobre la justicia o admisión del carácter único de la calificación del bien, o de la calificación mixta (ganancial y propio) de las partes indivisas, por tratarse en el caso de un inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde se interpretará la doctrina de la resolución en pleno de la Cámara en lo Civil de la Capital Federal, in re “SANZ, Gregorio O. S/recurso contencioso administrativo 31.723”, del 15/7/1992, el que se ha seguido aplicando en dicha jurisdicción, y es donde se radica el inmueble de la consulta.-

Esta doctrina judicial, sostenida por la mayoría del plenario, admite en dicha jurisdicción la calificación única del bien – frente a la minoría que funda la admisión del carácter mixto del bien- en un despacho común que reconoce dos fundamentos que denomina perspectivas, pero que son concurrentes para resolver el caso particular que se originaba en una petición donde el adquirente en esa oportunidad adquiriría la totalidad de las partes indivisas, y así quedaba como propietario pleno.-

Sobre esta petición particular se resolvió la doctrina, sin incurrir en el vicio de “pluspetitio”: *“Reviste el carácter de propio la totalidad del bien, cuando un cónyuge que tenía porciones indivisas de ese carácter adquiere a título oneroso las restantes porciones durante la existencia de la sociedad conyugal”*.-

I.- Desde la perspectiva enunciada en segundo término, se funda esencialmente en la intención del legislador de no propiciar la comunidad de bienes (la de la sociedad conyugal en el caso), y que “en la cuota del condominio está la potencialidad sobre el todo, ya que dicha cuota se proyecta sobre toda la cosa, y al adquirir el condómino otras porciones, se reafirma el derecho sobre el todo” (plenario Sanz.- REVISTA NOTARIAL 913, pág. 865).-

Funda esta calificación única del bien, continuando todas las partes indivisas el mismo que la primera adquirida, en que el condómino tiene todo el uso y goce de la cosa común (art. 2684CC); la posibilidad de ejercer acciones posesorios e interdictos por toda la cosa (art. 2489CC), la acción reivindicatoria frente a un tercero (art. 2679CC), las acciones negatorias (arts. 2800 y 2801CC) y confesoria (arts. 2795, 2796 y 2799CC); así como el derecho a ejercer irrestrictamente cada condómino la división la cosa (art. 2692CC); la expansión del derecho de los condóminos ante la renuncia o abandono de alguno o alguno cotitulares (doctrina del art. 2695CC); y el efecto declarativo de la partición, por el que le pertenecen al adjudicatario desde el momento de su adquisición, porque desaparecidos los otros derechos que lo comprimirían, la titularidad del condómino se expande el derecho sobre cosa (con cita a Jorge H. Alterini).-

Concluye así en que la adquisición de nuevas partes indivisas no implica la adquisición de

nuevos derechos dominiales, sino el acrecentamiento funcional de un derecho que preexiste (con citas a Olivera y Guastavino), sólo variando la extensión del derecho pero no la causa u origen que determinó su relación con relación a la comunidad de bienes de la sociedad conyugal (con cita a Zannoni).-

Esta perspectiva entre los fundamentos únicos de la mayoría hacen concluir a ZANNONI: *“En suma, la calificación única del conjunto de cuotas partes indivisas —o del bien en su totalidad— viene a resolver el conflicto entre el “criterio económico” de la subrogación real —que haría ganancial el acrecimiento operado mediante la inversión de fondos gananciales— y el criterio de “accessio cedit principali” — que lleva a encuadrar ese acrecentamiento como propio del cónyuge titular originario de unan cuota parte indivisa sobre el bien de que se trata.— Este criterio es el que, en definitiva, predominó en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el fallo plenario dictado en 1992...”* (ZANNONI, Eduardo – DERECHO DE FAMILIA- Ed. Astrea, Bs.As, 2006, T. pág. 551, es destacado es mío).-

En esta interpretación del plenario, su aplicación se extiende a toda adquisición posterior de partes indivisas, completen o no el dominio de la cosa, y no hay contradicción con la doctrina transcripta, si entendemos que la misma se refirió a la adquisición del “totalidad del bien”(que puede ser el derecho del condómino sobre parte indivisa) y no de la “cosa”, y que se refiere a las “restantes proporciones” en vez de la “totalidad” de ellas.-

Esta postura fundaría la asumida por el notario autorizante y el Registro de la Propiedad, pero no es la que me decide para calificar el caso particular.-

2.- Esta interpretación de la doctrina del plenario no es unívoca, ni mucho menos, como resulta por ejemplo de la conclusión de la Convención del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, que estima que el cónyuge condómino deberá adquirir el total de las partes indivisas de la cosa, quedando como único propietario, para que se considere la calificación única del bien frente a la sociedad conyugal.-

La segunda interpretación encuentra su razón en la primera perspectiva del voto único de la mayoría del plenario, que se fundamenta en el efecto declarativo de partición (2695CC), por el que el que cada condómino debe ser considerado propietario como si lo hubiese sido desde el origen de la indivisión; y teniendo en cuenta que el art. 2696CC por el cual cualquier acto a título oneroso que ponga fin a la indivisión es de naturaleza partitiva, la adquisición de las partes indivisas que completen la titularidad en cabeza del comprador, implica el cese fáctico de la indivisión y consecuente extensión del carácter propio a toda la cosa.-

3.- En ambas perspectivas hay un punto de encuentro, que es el último enunciado, el efecto declarativo de la partición según art. 2695CC y el cese de la indivisión del art. 2696CC.-

En ambas posiciones la partición por división de condominio, funda el carácter del bien, porque la confusión de las partes indivisas con las partes indivisas preexistentes propias del que continúa extingue la comunidad, que en el caso era de 3 comuneros.-

Como explica BELLUSCIO entre los fundamentos de la mayoría del plenario: *“Unificada la propiedad de unas y otras partes indivisas, no es posible asignar distinto carácter a partes indivisas que ya no*

*existen como tales, pues no están más separadas”* (BELLUSCIO, Augusto César – MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA –Ed. Abeledo Perrot Bs.As. 2011, pág. 434).-

Los que continúan el condominio, reciben el derecho sobre las partes indivisas que se confunden con las preexistentes por dejar de estar separadas -no por transmisión del otro- sino por efecto declarativo de lo que ya le correspondía desde la adquisición primera en comunidad pro indivisa, y así justifican ese único carácter.-

En el caso en análisis es de suma relevancia para su interpretación el consentimiento de los dos condóminos que en el mismo acto adquieren conjuntamente la totalidad de las porciones restantes hasta completar la totalidad del dominio entre ellos dos en un condominio diferenciado del primero.-

Es decir que en el caso en análisis, la comunidad de 3 comuneros se extingue, la que muta y subsiste en una comunidad de dos personas con bienes primeramente propios.- Con respecto al condómino saliente se extingue el condominio solo a favor de los dos condóminos que los integraban.-

Se está a una situación diferente del condómino que tiene una parte indivisa (propia) y adquiere otra sin completar el total, pues del actuar conjunto de ambos condominios se desprende que lo hacen con la intención de completar el dominio entre ellos.- Esa es la base común del negocio o causa-fin del acto (cfr. Doctr.art. 502CC y concordantes).-

No se puede encontrar razón para distinguir en que uno de los condóminos adquiera TODAS las partes indivisas hasta completar el dominio, a que TODOS los condóminos adquieran las todas las restantes partes indivisas para entre ellos completar el dominio (condominio).-

En atención a que el art. 2673CC establece que el condominio es el derecho de propiedad que pertenece a varias personas, y si entre todos los titulares de las partes indivisas tienen todo el dominio, tienen el mismo derecho de propiedad que el único propietario.- Ergo, si el único propietario que confunde en su titularidad el total del dominio, es pasible de la aplicación de la doctrina del plenario; también los son todos los condóminos que en común y en forma conjunta acrecentan su porción completando así el total de la titularidad de dominio (en cotitularidad).-

A la tercera parte indivisa de dos condóminos originarios se unen una sexta parte más del condómino saliente que dejan de estar separadas; y este negocio debe notarse que es de carácter partitivo, no solo porque resuelve la extinción parcial de condominio en ese acto, sino además porque en el caso es tendiente a la liquidación definitiva del mismo.-

4.- No debemos perder de vista la norma del art. 2698CC que remite a las reglas de la partición de herencia, *“en cuanto a la manera y la forma de hacerla”*, para su aplicación a la división de las cosas particulares; y en materia sucesoria expresamente se admite la posibilidad de la partición PARCIAL, en el art. 3453CC: *“Aunque una parte de los bienes hereditarios no sea susceptible de división inmediata, se puede demandar la partición de aquellos que son actualmente partibles.”*-

El caso de consulta debe interpretarse en tal sentido, dos de los condóminos a fin de posibilitar la extinción final de la indivisión sobre la cosa, y no pudiendo dividir el total en forma



inmediata, adquieren conjuntamente al tercero de ellos sus partes indivisas. El pago hecho por los dos condóminos se asemeja más a una compensación dineraria que al pago del precio de una compraventa.-

Con este acto no extinguen toda la comunidad pro indivisa, sino que lo hacen en forma parcial, y luego completan la extinción total del condominio con la transmisión posterior.- Se trata de un claro caso de una cosa que no era actualmente partible, por no concluir totalmente la indivisión, pero que la parten parcialmente, extinguiéndola con respecto a uno de ellos que sale de tal comunidad, con su consecuente extinción parcial.-

En consecuencia, aún desde la interpretación de la perspectiva de la mayoría relacionada en punto 2 precedente, se debe admitir la aplicación de la doctrina del plenario “Sanz” en el caso particular, ya que tal acto implica un acto de división parcial de condominio, abonado por la interpretación de hechos posteriores y concordante, como fue su posterior liquidación por venta a un tercero, cumpliendo con la finalidad extintiva del condominio.-

5.- En la interpretación contractual no podemos dejar de considerar las reglas que en la materia regula el Código de Comercio en su art. 218.-

En su inciso 1º art. 218C.Com., prevé en caso de ambigüedad de las palabras debe estarse al contexto general.-

En esta interpretación contextual, si la doctrina del plenario en cuestión considera admisible la calificación única del bien propio, por la presunción partitiva del art. 2696CC, debe colegirse sin hesitación la admisión de la finalidad partitiva del todo el negocio, cuando los “adquirentes” -que en verdad se adjudican las partes indivisas- son la totalidad de los restantes condóminos.-

Asimismo el inc. 4º art. 218 C.Com., expresamente da como pauta de interpretación *“los hechos de los contrayentes, subsiguientes al contrato, que tengan relación con lo que se discute, serán la mejor interpretación de las partes al tiempo de celebrar el contrato”*.-

De la conducta posterior de las partes se ratifica la finalidad de liquidación del bien con la venta a un tercero y la conclusión de la cosa indivisa como requiere el art. 2696CC.-

También debe correlacionarse con la norma interpretativa del inc. 3º del art. 218 C.Com. por la cual en caso de cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultara la validez, debe estarse a este.-

En consecuencia, en el caso particular, concluir en una rígida interpretación de la doctrina del plenario de marras, implica incurrir en un exceso rigor formal en la interpretación, y la indirecta limitación al derecho de propiedad en los términos de esta doctrina judicial.-

Por las razones expuesta en los puntos 3, 4 y 5, concluyo en que el título no debe ser observado, por ser aplicable en el caso sub examine la doctrina del plenario “SANZ”, por la particular situación de adquirir entre TODOS los condóminos TODAS las partes indivisas restantes que competan las partes del dominio, extinguiendo parcialmente la indivisión de la cosa con respecto a uno de los comuneros.-

Néstor D. LAMBER

## 2.- BIEN GANANCIAL ADQUIRIDO CON POSTERIORIDAD A LA DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL: Art. 1273 C.C.

### SUMARIO

---

1.- En el caso de marras se está frente a una gestión de negocios por la hermana, que compra para NVD, siendo ésta de estado civil casada con AF, en consecuencia el contrato de compraventa se inició durante el matrimonio de ambos, pese a que se acepte en un momento posterior.-

Se está ante la situación prevista en el art. 1273 del C.C. en cuanto prevé que se “*reputan adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron ser adquiridos por uno de los cónyuges, y de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad conyugal, por no haberse tenido noticias de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce*”.-

2.- La particularidad del caso se da en que al momento de fallecimiento no se había formalizado la aceptación de compra, y como la formaliza ella siendo de estado civil viuda, el Registro de la Propiedad toma razón de este estado civil.-

Pero de la referencia de antecedentes -palmaria en el caso- donde en la primer escritura de gestión de compra, que formaliza el negocio real de compraventa, y tuvo como consecuencia la salida del bien del patrimonio de comprador, demorando su registración a nombre de la dueña del negocio, la señora NVD, ostensiblemente era casada con AF.-

3.- En consecuencia, desde el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges se disuelve la sociedad conyugal, y será necesario partir y liquidar los bienes gananciales -aún los adquiridos con posterioridad como en el caso-, lo cual debe realizarse anterior o simultáneamente con la partición de los bienes del acervo sucesorio; ya que ante una confusión de ambas masas, si no se resuelve la liquidación y adjudicación de los gananciales no se puede determinar el correcto contenido del acervo hereditario, y para que ello sea plenamente oponible a terceros erga omnes, en materia inmobiliaria, requerirá la inscripción registral (art. 2505CC), que sólo será posible, por la normativa procedimental del Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia, si V.S. así lo ordena.-

4.- En un estudio de títulos, al bien se lo calificará como ganancial, y se requerirá la liquidación del mismo como tal, con la consecuente adjudicación a los sucesores universal del cónyuge prefallecido en su caso, de acuerdo a lo resuelto por el juez del sucesorio, único órgano jurisdiccional competente.-

## DICTAMEN

---

Néstor D. Lamber, en mi carácter de Presidente de la Comisión de Consultas de la Delegación Lomas de Zamora del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, me dirijo a Ud. A fin de comunicarle el dictamen sobre el caso por Ud. planteado, aclarando que la función de consultas de nuestro Colegio -en todas sus áreas- está dirigida al colega, y no a otras personas, órganos o instituciones, y no importa doctrina u opinión vinculante para este Colegio, sino que son opiniones de quienes lo suscriben, para su evaluación por el consultante:

1.-El caso: Por escritura del II/8/1993 la señora SAD manifiesta que compra I/3 de la UF X para su hermana NVD, que era casada con AF, que oportunamente aceptará.-Fallece AF y tramita su sucesorio.-

Por escritura del 12/12/2008 NVD, siendo viuda de AF, acepta la compra.-

Posteriormente se dicta declaratoria de herederos de AF y no se ordena la inscripción en este sucesorio.-

2.- Consulta sobre el carácter de estar ente un bien ganancial de la cónyuge supérstite, por haberse retrotraído la fecha de adquisición a la de gestión originaria por el art. 2304CC.-

3.- En el caso de marras se está frente a una gestión de negocios por la hermana, que compra para NVD, siendo ésta de estado civil casada con AF, en consecuencia el contrato de compraventa se inició durante el matrimonio de ambos, pese a que se acepte en un momento posterior.-

Se está ante la situación prevista en el art. 1273 del C.C. en cuanto prevé que se “*reputan adquiridos durante el matrimonio, los bienes que durante él debieron ser adquiridos por uno de los cónyuges, y de hecho no se adquirieron sino después de disuelta la sociedad conyugal, por no haberse tenido noticias de ellos, o por haberse embarazado injustamente su adquisición o goce*”.-

En caso en análisis, la cónyuge debió haber “adquirido” -en la terminología de Vélez-, es decir debió haber aceptado la compra durante el matrimonio, y no lo hizo; pero su conducta -ya sea displicente o porque hubo justas causas que impedían el otorgar la escritura pública de aceptación-, no puede tener por consecuencia la exclusión del bien de la masa de gananciales de su titularidad, en perjuicio del otro cónyuge, y una vez fallecido, de sus herederos; máxime cuando en caso de duda sobre la calificación del bien se lo debe tener como ganancial.-

En consecuencia, estando ante un bien ganancial de titularidad de la cónyuge supérstite, y disuelta la sociedad conyugal por fallecimiento del esposo, el bien (I/3 indiviso del la UF X), integrará la indivisión post-comunitaria confirmada por los bienes del disuelto matrimonio, y que si bien entre la comunidad de ambas masas (post-comunitaria y hereditaria), “*exista un distinto tratamiento legal de una y otra indivisión. Ese distinto tratamiento es indudable respecto de terceros, pues para ellos los titulares de los derechos y obligaciones pueden seguir siendo los mismos en la indivisión postcomunitaria, mientras que en la hereditaria son necesariamente otros. Sin embargo, debe tenerse en cuenta también que frecuen-*

temente ambas indivisiones coexisten; cuando la sociedad conyugal se disuelve por muerte y el cónyuge prefallecido deja más de un sucesor universal, hay indivisión postcomunitaria sobre los gananciales y, a la vez, indivisión hereditaria entre los sucesores del premuerto sobre la parte de éste en la primera (BELLUSCIO, Augusto César – MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA .- Ed. Abeledo Perrot, Bs.As., 2011, pág. 536 con cita a: Cám. Nac. Civil Sala L, 30/6/1999 JA 2000-I-718, C. Civ. y Com. San Nicolás 5/8/1993, JA 1994-II-593).-

Por ello concluye ZANNONI al analizar la disolución por fallecimiento: *“Disuelto el vínculo, es obvio que se extinga el régimen patrimonial del matrimonio. En consecuencia, los bienes deben liquidarse en el contexto de la sucesión universal del cónyuge premuerto, o ambos (Conf. Art. 1313Cód. Civil). Se trata de un supuesto en que la disolución opera de pleno derecho al momento del fallecimiento de uno de los cónyuges.”* (ZANNONI, Eduardo A.- DERECHO DE FAMILIA.- Ed. Astrea, Bs.As., 2006, T. I, pág. 706).-

Aún cuando tengamos presente la doctrina de nuestra Suprema Corte de Justicia Provincial con respecto a la disolución de la sociedad conyugal por causa de divorcio, en que cada ex cónyuge no titular adquiere un derecho a la mitad indivisa de los bienes del otro (SCJBA, I/4/2009.- C.G.U c. R.R y otro. LLBA 2009-629.- En igual sentido Ac. 41278 sent. del 19-IX-1989, Ac. 40687 expte. Del 6-III-1990, Ac. 86122, sent. del 9-XI-2005.-); ese 50% de las partes indivisas en el caso de causal de fallecimiento en análisis, es de carácter ganancial e íntegra, la respectiva indivisión postcomunitaria, que se confunde con la comunidad hereditaria, y debe resolverse para determinara la última en el ámbito del derecho sucesorio, ya sea en el sentido que se adjudique al causante (integrando su acervo) o al cónyuge supérstite (excluyéndoselo del sucesorio, mediante un acto jurisdiccional expreso).-

Habiendo adquirido cada ex cónyuge su derecho a los gananciales por directa disposición de la ley, al sobrevenir el fallecimiento de uno de ellos, ese derecho patrimonial se transmite mortis causa a sus herederos y se mantiene la atribución ex lege al cónyuge supérstite, que se rige por el mismo régimen de comunidad, donde los sucesores universales del causante pasan a ocupar el mismo lugar, y tener los mismos derechos y acciones que este.-

En consecuencia, desde el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges se disuelve la sociedad conyugal, y será necesario partir y liquidar los bienes gananciales -aún los adquiridos con posterioridad como en el caso-, lo cual debe realizarse anterior o simultáneamente con la partición de los bienes del acervo sucesorio; ya que ante una confusión de ambas masas, si no se resuelve la liquidación y adjudicación de los gananciales no se puede determinar el correcto contenido del acervo hereditario, y para que ello sea plenamente oponible a terceros erga omnes, en materia inmobiliaria, requerirá la inscripción registral (art. 2505CC), que sólo será posible, por la normativa procedimental del Registro de la Propiedad Inmueble de esta Provincia, si V.S. así lo ordena.-

Por ello, la necesidad de la orden de inscripción del juez de la sucesión, con su correspondiente fuero de atracción, para determinar los efectos y oponibilidad registral de las consecuencias jurídicas con relación al bien ganancial de marras.-

4.- La particularidad del caso se da en que al momento de fallecimiento no se había formalizado la aceptación de compra, y como la formaliza ella siendo de estado civil viuda, el Registro de la Propiedad toma razón de este estado civil.-

Pero de la referencia de antecedentes -palmaria en el caso- donde en la primer escritura de gestión de compra, que formaliza el negocio real de compraventa, y tuvo como consecuencia la salida del bien del patrimonio de comprador, demorando su registración a nombre de la dueña del negocio, la señora NVD, ostensiblemente era casada con AF.-

Ello hace notorio el supuesto del art. 1273CC citado, por lo cual se está ante un bien ganancial que se tiene en cuenta en el momento posterior a la división.-

La clara norma legal de reputarse estos bienes “adquiridos” con posterioridad a la disolución del matrimonio, como, adquiridos durante éste; y ante la clara situación que surge de escrituras públicas, que hacen plena fe de la recepción de la declaración de las partes por el notario, y prueba la voluntad de la gestión y la persona del comitente y sus circunstancias personales; hacen que se deba estar a ellas y calificar al bien en principio como ganancial, salvo que ello fuera desvirtuado con la correspondiente prueba en proceso judicial, lo cual no peticiona la interesada en autos, sino que por el contrario, con sus propios actos de solicitar la orden de inscripción en la sucesión de AF, ratifica estar ante un bien ganancial y que así lo entendieron.-

Con esta conducta procesal de buena fe, se apega a la ley de fondo, y respeta los derechos de los herederos del causante (cónyuge fallecido).-

Teniendo en cuenta que la publicidad registral es sólo declarativa, y no perfecciona el título; por contrario sensu tampoco modifica el negocio real, como sería en el caso interpretar por la registración el traspaso del bien de la masa ganancial de la mujer a la suya propia.- Se debe estar al acto jurídico causal más allá de la anotación registral, que omitió dar cuenta del estado civil de la comitente.-

Queda claro sólo por el juego de los asientos de datos breves que hace el Registro de la Propiedad en caso de gestión de negocios, que la publicidad se limita en el primer asiento de compra, al referir una nota de que existe gestión a favor de determinada persona sin más datos.-

El asiento registral no es título, sino que este carácter lo tiene el documento público que representa el acto jurídico de compra y gestión de negocios, al que debe estarse para probar todos sus elementos constitutivos, entre ellos el estado civil de la dueña del negocio al momento del verdadero desplazamiento patrimonio (II/8/1983).-

5.- Por lo expuesto, en un estudio de títulos, al bien se lo calificará como ganancial, y se requerirá la liquidación del mismo como tal, con la consecuente adjudicación a los sucesores universal del cónyuge prefallecido en su caso, de acuerdo a lo resuelto por el juez del sucesorio, único órgano jurisdiccional competente.-

Sin otro particular, Saludo a Ud. Muy atentamente.-

**Not. Néstor D. LAMBER**



**CENTRO DE ESTUDIOS NOTARIALES**  
de la Delegación Lomas de Zamora  
del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires

