

Órgano del Colegio de Escribanos
de la Ciudad de Buenos Aires
Fundada el 15 de noviembre de 1897
Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

915

ENERO | MARZO 2014

REVISTA del **NOTARIADO**

Las opiniones vertidas en los artículos de la *Revista del Notariado* son de responsabilidad exclusiva de sus autores y su publicación no es vinculante ni constituye opinión oficial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Propietario: Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires

Dirección y administración

Departamento de Comunicaciones

Av. Callao 1542 (C1024AAO) - 1^{er} piso

Buenos Aires - República Argentina

+ 54-11-4809-7072

revistadelnotariado@colegio-escribanos.org.ar

www.revista-notariado.org.ar

www.colegio-escribanos.org.ar

Nº de Registro DNDA: en trámite

ISSN: 2362-6186

Queda hecho el depósito que dispone la Ley 11.723

Diseño de tapa: Florencia Cardoso

Diseño de interior: Liliana Chouza

Consejo Directivo

Ejercicio 2013-2015

Presidente **María Cecilia Herrero de Pratesi**

Vicepresidente **Bernardo Mihura de Estrada**

Secretario **Santiago Joaquín Enrique Pano**

Secretaria **Patricia Adriana Lanzón**

Prosecretario **Ricardo Jorge Blanco Lara**

Prosecretaria **María Magdalena Tato**

Tesorero **Esteban Enrique Ángel Urresti**

Protesorero **Jorge Andrés De Bártolo**

Vocales titulares **Susana Marta Bonanno**
Liliana Mabel Serebrisky
Julio César Capparelli
Mariana Claudia Massone
Fernando de Abreu
Carlos Ignacio Benguria (h)
Rosana Fabiana Gimeno
Alicia Verónica Castillo
Paula María Rodríguez Foster
Antonio Joaquín Cinque

Vocales suplentes **Enrique Hugo José Garbarino**
Víctor Cabuli
Martín Rodríguez Giesso
María Luciana Mosconi
Virginia Gatti
Diego Alberto Paz Vela

Decano **R. Gastón Courtial**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 26/9/2013)

Presidente honorario **Julio A. Aznárez Jáuregui**
(Resolución Asamblea Extraordinaria del 30/9/2004)

Comisiones

Actividades Deportivas
Análisis y Control Previsional
Asesora de Arancel
Asesora de Informática
Asesora de Inspección de Protocolos
Automotores
Congresos, Jornadas y Convenciones
Consultas Jurídicas
Criterios Uniformes IGJ
Cultura
Defensa del Escribano
Disciplina y Protección Jurisdiccional
Enlace con el Tribunal de Arbitraje y Mediación
Enlace con la AGIP
Ente de Cooperación con la IGJ
Escribanas Verificadoras
Escribanos Jubilados

Escribanos Referencistas
Integración Profesional
Ley 17.050
Orientación al Público
Portal de Enlace con los Organismos Públicos
Registro de Actos de Autoprotección
Registro de Actos de Última Voluntad
Seguimiento de Proyectos Legislativos

Institutos

Derecho Civil
Derecho Comercial
Derecho Notarial
Derecho Procesal
Derecho Registral
Derecho Tributario
Filosofía
Investigaciones Históricas Notariales

Tribunal de Ética

Presidente: Jorge Enrique Viacava. **Vicepresidente:** Carlos Alberto Guyot. **Secretario:** Alfredo Daniel López Zanelli. **Miembros titulares:** Jorge Alberto Ricciardi, Eduardo Héctor Plaetsier. **Miembros suplentes:** Daniel Augusto Ferro, Arturo Armando Riat, Marta Esther Goldfarb, Carlos Alberto Ortega, Adriana Patricia Freire.

Revista del Notariado

Director: Álvaro Gutiérrez Zaldívar

Comité editorial: Maritel Mariela Brandi Taiana, Diego Maximiliano Martí, Mariana Claudia Massone, Pilar María Rodríguez Acquarone, Mario Gabriel Szmuch.

Secretario de redacción: Agustín Rodríguez | Departamento de Comunicaciones

Editorial | 9

Opinión

A propósito de ciertas certificaciones, por *José C. Carminio Castagno* | 13

Acerca de un “registro” de documentos y firmas creado por el Colegio Público de Abogados, por *Álvaro Gutiérrez Zaldívar* | 17

Doctrina

Derecho de autoprotección, por *Romina I. Cerniello* y *Néstor D. Goicoechea* | 23

Consecuencias de la extinción del contrato de fideicomiso,
por *Eduardo G. Clusellas* | 57

Appart-hoteles. Condo-hoteles,
por *Marcelo A. de Hoz* y *Santiago Rossetti Messina* | 65

Lavado de dinero a través del turismo y desarrollos hoteleros,
por *Agustín N. Morello* | 75

Conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil | 91

Jurisprudencia

BIEN DE FAMILIA

Afectación. Condóminos concubinos. Familia de hecho. Concepto de familia.
Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación | 115

Con nota a fallo de Julio C. Capparelli | 115

Consultas jurídico-notariales

Sociedad anónima. Liquidación y adjudicación. Asentimiento conyugal | 121

Sección internacional

El tipo del usufructo como derecho real desde el orden jurídico español,
por *Gabriel de Reina Tartière* | 127

Reseñas

La enseñanza del derecho y los estudios comparados, de Mario Antonio Zinny,
Rosario, Nova Tesis, 2013, 310 pp. | 145

La Revista como fuente y recuerdo de nuestra historia

La *Revista* se mantiene en el tiempo no sólo a través de la publicación de artículos de derecho sino del relato de noticias importantes para el notariado. Es una fuente de nuestra historia.

Por ejemplo, encontramos en la *Revista* referencias a las dificultades que generó el intento de implementación del sistema Torrens o aquellas planteadas por el Círculo de Escribanos entre 1915 y 1927 respecto de la carrera de Escribanía creada por la Universidad de Buenos Aires –los miembros de dicho círculo pensaban que al tener el título universitario ya estaban autorizados a ejercer como escribanos de registro–.¹

Esos conflictos y otros, como el que tuvimos cuando la provincia de Buenos Aires modificó su Ley de Sellos para gravar con una alícuota mayor los títulos emanados de escribanos de otras demarcaciones, también fueron analizados en nuestra *Revista*.²

Un registro de “certificaciones” de documentos de abogados

El 8 de abril de 2014, el Consejo Directivo del Colegio de Escribanos envió una comunicación a los escribanos de esta demarcación en la que se informaba que el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF) había difundido, a través de su página web institucional, la creación de un registro de “certificaciones” de documentos. Según la información difundida, este *registro* estaría a cargo de la inscripción de “certificaciones” efectuadas por abogados matriculados respecto de firmas, impresiones digitales, copias de documentos y expedientes judiciales y administrativos, de manera similar a lo que dispone la reglamentación para las certificaciones emitidas por escribanos. La comunicación informaba asimismo que, debido a que estas competencias exceden las facultades atribuidas a estos profesionales y que corresponden por ley a los escribanos, el Colegio había tomado como inmediata y primera medida remitir una carta al presidente del CPACF, a través de la que se le solicitó –con carácter de urgente– que se dejaran sin efecto tales medidas, respetar las competencias legales propias de los escribanos y evitar todo tipo de difusión, que sólo llevaría a la confusión general.

1. En 1918 formaron un Círculo de Escribanos Universitarios, tenían una revista y presentaron un proyecto a la Cámara de Diputados para reformar las leyes notariales. Finalmente, el Círculo se fusionó con el Colegio Nacional de Escribanos en el año 1927 y desapareció. El proyecto del Círculo de Escribanos Universitarios –muy breve– puede encontrarse en la biblioteca del Colegio, en la *Revista del Círculo de Escribanos Universitarios*, n° 2, octubre 1918. José A. Negri llegó a ser presidente del Círculo de Escribanos Universitarios.

2. El editorial del n° 907 fue dedicado a este tema, que terminó con un fallo a favor de la posición de nuestro Colegio y se dejaron sin efecto las alícuotas diferenciales.

Con fecha 13 de mayo del 2014, el Colegio envió una nueva comunicación, en la que se informaron las diversas acciones tomadas por la institución para impedir la puesta en funcionamiento de este registro: el envío de la carta al presidente del CPACF y la radicación de una acción judicial de declaración de ilegalidad e inconstitucionalidad, con una medida cautelar de no innovar, en el Juzgado Contencioso Administrativo Federal n° 7, entre otras.

Finalmente, con fecha 26 de mayo de 2014, el Colegio comunicó al notariado que el Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 7 había ordenado

... hacer lugar a la cautelar solicitada por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y, por ende, ordenar la suspensión de los efectos de la resolución del Consejo Directivo del Colegio de Abogados de la Capital Federal del 27 de diciembre de 2013 y, en consecuencia, la suspensión de la implementación del Registro de Certificaciones de Documentos de Abogados Matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, hasta tanto se dicte sentencia definitiva.

La medida hizo eco en los medios de comunicación.

Como director de la *Revista*, me había enterado de la existencia de este registro un poco antes de que se realizara la primera comunicación y escribí un trabajo en contra de su legalidad. Simultáneamente, y a raíz de haber leído recientemente una conferencia dada por el escribano de la provincia de Entre Ríos José Carlos Carminio Castagno en la Academia Matritense del Notariado en el año 1995 –denominada “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público”³–, le pregunté si podría escribir un artículo específico sobre el tema, para publicarlo en la *Revista*.

Rafael Núñez Lagos estudió el tema en una de sus obras,⁴ analizando la figura del funcionario público y su nacimiento. Él deriva la función del escribano de la justicia. Precisamente, el origen de la organización del notariado en la Capital Federal surge de la Ley de Organización de los Tribunales para la Capital Federal (Ley 1144, de 1881), que tuvo un efecto expansivo porque las legislaciones provinciales posteriores, con algunas diferenciaciones propias del lugar, se basaron en ella (la ley que la continuó, también de Organización de los Tribunales para la Capital, fue la 1893, del año 1886). El capítulo II se refería al escribano de registro y el artículo 169 lo definía como “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos y contratos que ante él se extendieran o pasaren”. Los artículos 170 y 171 se referían a la creación y número de registros; el 172 establecía que “las escrituras y demás actos públicos sólo podrán ser autorizados por los escribanos de registro”.

No nos vamos a explayar más sobre este punto, ya que en la sección “Opinión” se publican ambos artículos mencionados: el nuestro y el que gentilmente elaboró el escribano Carminio Castagno.

3. Incluida en el t. XXXV (1996) de los anuarios de la Academia Matritense del Notariado.

4. *Estudios de derecho notarial*, Madrid, 1986.

En este número

Tenemos muy buenos trabajos sobre el derecho de autoprotección y sobre *appart-hotels* y *condo-hotels*. Este último, elaborado por los escribanos Marcelo A. de Hoz y Santiago Rossetti Messina en el marco del Seminario “Laureano Moreira” de la Academia Nacional del Notariado.

Además, este número cuenta con un artículo sobre lavado de dinero a través del turismo y los desarrollos hoteleros. El autor formula una aclaración preliminar sobre el lavado de activos en emprendimientos a partir de una visión originada en el derecho penal y nos dice que aborda su trabajo con la pretensión de suministrar elementos que puedan resultar de utilidad frente a los deberes impuestos a los escribanos públicos en razón de su inclusión en la categoría de sujetos obligados.

Incluimos especialmente un artículo dedicado al fideicomiso, elaborado por el escribano Eduardo G. Clusellas, director de la *Revista Notarial* del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. Les hacemos llegar nuestras felicitaciones al director y a los editores y colaboradores de la *Revista Notarial*, que acaba de cumplir ciento veinte años de historia.

En la “Sección internacional”, se publica un artículo sobre el usufructo como derecho real desde el orden jurídico español, de Gabriel de Reina Tartière (el prestigioso autor se desempeña actualmente en España y fue profesor de Derechos Reales en universidades argentinas).

Incluimos un dictamen jurídico-notarial, en respuesta a una consulta sobre si es necesario el asentimiento conyugal de los cónyuges de los socios de una sociedad anónima en el acto de resolver su disolución y la consecuente adjudicación de los bienes.

Cláusula contractual de mediación

La mediación es un procedimiento voluntario de resolución de conflictos cuyo objetivo es promover un acercamiento entre las partes a través de la asistencia de un mediador, especialmente capacitado para ello.

El arbitraje es un método alternativo de resolución de conflictos al método tradicional de juicio, en el que interviene un tercero neutral que provee una solución obligatoria para las partes, ejecutable judicialmente e incluso susceptible de impugnación por nulidad.

El Tribunal de Arbitraje General y Mediación del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires sugiere incluir en los contratos la cláusula que se detalla a continuación:

A todo efecto legal, judicial o extrajudicial, derivado del presente contrato, las partes se obligan a someterlo a una instancia de mediación a cargo del Centro de Mediación del

Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires. Si agotada la instancia de mediación no se arribase a un acuerdo, ambas partes someterán la cuestión al arbitraje del Tribunal de Arbitraje del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, cuyo reglamento declaran conocer y aceptar. A tal efecto, se requerirá la intervención del Tribunal Arbitral. Para el supuesto de ejecución del laudo y de todas sus derivaciones, las partes se someterán a la jurisdicción y competencia de la Justicia Ordinaria de la Capital Federal, constituyendo al efecto domicilio legal en los indicados en el encabezamiento, donde se tendrán por válidas todas las notificaciones o intimaciones que allí se les hicieren.

Con este último recordatorio que consideramos importante, nos despedimos afectuosamente hasta el próximo número.

EL DIRECTOR

A propósito de ciertas certificaciones

José C. Carminio Castagno*

Deseo aclarar primeramente que este breve y presuroso¹ aporte no apunta a la defensa de intereses corporativos sino a contribuir con un enfoque estrictamente técnico-jurídico. Por ello –y además, como evidencia de que no se trata de una postura circunstancial–, habré de reiterar aquí ideas y fundamentos que he expuesto desde hace ya más de cuarenta años.

Comienzo afirmando que el escribano y el abogado poseen algunas incumbencias exclusivas (en tanto no se comparten con el otro): el ejercicio de la potestad fedante y la representación y el patrocinio en los procesos judiciales, en ese orden (o, dicho sintéticamente: la fe pública y la litis).² Y, asimismo, que comparten un ámbito de actividad jurídica concurrente en materia de asesoramiento, formulación de dictámenes, estudios de títulos y redacción de instrumentos privados.

Pese a ello, los señores letrados proclaman y difunden –con profusa publicidad– ser los únicos que saben derecho, extraña pretensión que supongo debe haberse originado en el mayor contenido y duración de la carrera universitaria de Abogacía³. Sin embargo, eso no se ajusta a lo que hoy sucede, ya que –desde hace varios años– el de notario se ha convertido en un postítulo del de abogado en la gran mayoría de las universidades argentinas, circunstancia que bien podría generar una situación inversa: que los escribanos alardeasen de poseer una mejor formación jurídica que dichos letrados.

No obstante, la verdad es que –como en todas las actividades– hay gente que sabe y otra que no (al menos, en lo que hace presumir –sólo *iusuris tantum*– el títu-

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y miembro de número de la Academia Nacional del Notariado.

1. [N. del E.: esta columna fue solicitada al autor a raíz de eventos sucedidos en el mes de abril de 2014].

2. En cuanto a la llamada jurisdicción voluntaria, la he tratado en la conferencia “Particiones extrajudiciales de herencias: su registración y homologación judicial” (LVIII Seminario de la Academia Nacional del Notariado; Buenos Aires, 29/10/2009). Destaqué entonces, refutando las más difundidas opiniones en contrario: 1) que su denominación no encuadra en ninguno de ambos conceptos, dado que el juez no ejerce la *iusdictio* dirimiendo un conflicto y, en algunos casos, su intervención es ineludible; 2) que se encuentra restringida a los supuestos expresamente determinados en cada caso por la ley; 3) que las resoluciones judiciales recaídas en dicho ámbito no hacen cosa juzgada respecto de terceros; 4) sus puntos de contacto y diferencias con la transacción, advirtiendo que tampoco se da siempre la existencia de derechos dudosos (ya que –lo mismo que en los conflictos– las dudas deben persistir al momento de instarse la actividad jurisdiccional). Agrego aquí, a título de mera observación, que –aunque no se lo propongan conscientemente– los abogados, por su propio quehacer, no desdeñan la posibilidad de un eventual litigio.

3. Veinticinco o más materias, frente a alrededor de la mitad en Notariado –que no incluían el derecho comparado ni la jurisprudencia–, programa luego ampliado a diecinueve asignaturas, con los mismos programas que Abogacía.

lo que se ostenta). Así, existen abogados y escribanos que conocen profundamente los temas societarios –escribiendo con solvencia sobre ellos– y otros que carecen de nivel; notarios y abogados que saben y enseñan muy bien lo referido a los derechos reales y otros que casi ignoran esa materia.

En cuanto a otras argumentaciones que se esgrimen, no cabe duda de que la idea de acotar la incumbencia de los notarios sólo a los actos de facción protocolar –amén de carecer de basamento jurídico– contradice frontalmente expresas normas del vigente *Código Civil*⁴ y de las leyes orgánicas locales (a las que aquél remite⁵).

También así resulta –pero en sentido inverso– el empeñoso anhelo de que se consagre el patrocinio letrado para que cualquier persona, aunque sea plenamente capaz, pueda formalizar actos jurídicos (lo que convertiría al letrado –por dar sólo un ejemplo, de imposible solución– en una especie de imprescindible alter ego de todo aquel que desee declarar su última voluntad en la forma de testamento ológrafo).

Para elucidar toda esta problemática, se hace necesario ordenar las cuestiones que el tema suscita. Y a tal fin, considero prioritario –previo a examinar la “competencia”– analizar la “función”⁶. En efecto: dentro del género de los funcionarios públicos existen diversas especies, cada una de las cuales tiene atribuida una específica función, de lo que deviene que un determinado acto pueda ser considerado tal.⁷

Habida cuenta de la importancia que los hechos tienen en el derecho⁸ y de su fugacidad temporal, resulta necesario arbitrar un medio a efectos de lograr la certeza de su acaecimiento y la perdurabilidad de dicha certidumbre. A ello apunta la función que el orden jurídico asigna a los oficiales públicos,⁹ que consiste en decla-

4. V.g.: art. 3666, dado que es indudable que el pliego que contiene el testamento cerrado no es protocolo. Otro caso expresamente previsto en un código nacional se encontraba en el art. 1021 del de Comercio, que confería el carácter de instrumento público a la póliza de fletamento hecha “por escribano que dé fe de haber sido otorgada en su presencia y la de dos testigos que suscriban, aunque no esté protocolizada”.

5. Así lo hace el inc. 2 del art. 979 (“en la forma que las leyes hubieren determinado”) y el art. 998 (“según las leyes en vigor”).

6. Remito a mi “*Teoría general del acto notarial*”, publicada en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 727, enero-febrero 1973, pp. 17-102. Allí defino la competencia como el “dónde” –en sentido pluridimensional– del hacer jurídico, y la función como el “qué” de dicho hacer.

7. En el punto 1.2. de la misma obra explico que si a un juez en lo penal se le solicita que dicte una ley en sentido formal, aquél no es sólo incompetente, ya que le falta algo más que competencia: carece de función *legisferante* –patología que propuse denominar ineptitud funcional–, agregando en la nota 55 que “Tal situación ha sido denominada, en ocasiones, incompetencia absoluta, rótulo bajo el que se engloban supuestos heterogéneos (algunos de típica incompetencia)”.

8. “*Ex facto oritur ius*” (“no hay derecho que no provenga de un hecho”), reza una antigua máxima, citada por Vélez Sarsfield en la larga nota a la Sección II del Libro II de su Código. “El hecho es la figura suprema de la teoría mecánica del derecho”, afirma CARNELUTTI en su *Teoría general del derecho*.

9. Así son mencionados los funcionarios públicos investidos de potestad fedante –que denomino *factidiccional*, remarcando que consiste en declarar hechos– en numerosos artículos del *Código Civil* (en algunos, más de una vez): 174, 178, 179, 181 a 189, 196, 248, 973, 980, 982, 983, 987, 990, 992, 993, 1008, 3138, 3141, 3145, 3146, 3201, 3690.

rar hechos por ellos sensorialmente percibidos, con autoridad de plena fe.¹⁰ Y no resulta ocioso subrayar, desde ya, que tales cargos deben ser creados por los órganos legislativos.¹¹

Necesariamente, dicha noción legal impone revisar crítica y objetivamente la enumeración contenida en el artículo 979, luego de lo cual corresponde concluir en que sólo los incisos 1, 2, 4 y 10 refieren a instrumentos públicos en sentido estricto.¹²

En cuanto al inciso 2, señalo que en el artículo 688 del *Esbozo* de Freitas –esclarecedora fuente de nuestro Código Civil, que resulta imprescindible para su correcta interpretación– se hace referencia a “los mismos escribanos o funcionarios”, significando que no se trata de todos los funcionarios sino de los del precedente inciso 1: aquellos que están investidos de la misma función fedante que está atribuida a los escribanos.¹³ Destaco, a título de ejemplo, que la Ley Orgánica del Notariado de la Provincia de Entre Ríos N° 6200 –en la que se distinguen con precisión las incumbencias fedatarias y profesionales del notario (arts. 6 y 7, respectivamente)– consagra con claridad la naturaleza de los actos notariales extraprotolares en la segunda parte de su artículo 71: “La intervención extraprotocolar, cumplimentando los requisitos exigidos en la legislación de fondo y en la presente, tendrá el carácter de instrumento público”¹⁴.

Por lo que hace a los dictámenes de los peritos calígrafos –que, indudablemente, constituyen una opinión técnica emitida por profesionales especializados en la materia– y aquellas “certificaciones” que se realizan mediante el simple cotejo de una firma ya estampada con la que obra en el correspondiente registro –hechas generalmente por empleados de instituciones de crédito, carentes de formación específica

10. Esa es precisamente la noción que debe extraerse del art. 993 –verdadera piedra angular del concepto de instrumento público– en tanto la *fehaciencia* (plena fe) versa sobre “la existencia material” (acaecimiento) “de los hechos que el oficial público hubiese anunciado” (declarado) “como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia” (por él sensorialmente percibidos).

11. Según se deduce del 3° párrafo de la segunda parte de la nota al art. 997: “Así, las leyes y las ordenanzas municipales pueden crear oficiales públicos sin el carácter general de escribanos, ante quienes pasen algunos actos jurídicos especiales”.

12. Me he ocupado extensamente de este tema en la conferencia “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público” –dictada en la Academia Matritense del Notariado el 18/5/1995 e incluida en el t. XXXV (1996) de los anuarios de dicha corporación–, a la que remito. Reiteré allí la división de los instrumentos públicos que había formulado en 1972: a) Impropios: no encuadran en la noción provista por el art. 993: 1) por la protección penal (v.g.: art. 297 de nuestro Código); 2) por su origen: los documentos oficiales emanados de funcionarios que no tienen atribuida la función fedante; gozan de protección penal y de plena fe sólo en cuanto a su autoría, el lugar y la fecha; por lo que hace al contenido: se tiene por cierto, salvo la simple prueba en contrario (fuerza probatoria presuntiva, según propongo). B) Propios: por encuadrar en la noción legal diseñada en el art. 993: autoría, lugar, fecha y contenido hacen plena fe (como ya he explicado).

13. En síntesis, se trata únicamente de los oficiales públicos y no de los que no ejercen la potestad fedante. Esto resulta lógico y fácilmente comprensible (del mismo que no todos los funcionarios son magistrados, legisladores o jefes de gobierno).

14. Dedicué al tratamiento de este tema el ensayo “[Algunas precisiones acerca de las intervenciones extraprotocolares y del respectivo libro de registro](#)”, publicado en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, octubre-diciembre 2000, n° 862, pp. 57-70.

para dicha tarea–, no son actos de ejercicio de la fe pública, por lo que no producen los efectos de tales.¹⁵ Y exactamente lo mismo ocurre –pese a la meticulosidad que se advierte en la copia de las formalidades impuestas en los reglamentos que en la materia dictan los colegios de escribanos (engañosa semejanza que se extiende a la terminología que se adopta, como “folios de actuación”, “libros de registro”, etc.)– con las efectuadas por los señores abogados.

Volviendo a la eficacia de dichos actos “certificantes”, no está de más señalar que –aunque por vía de hipótesis se admitiera que fuesen instrumentos públicos– estarían alcanzados por la expresa nulidad que consagra el artículo 985 del vigente Código Civil, por el incompatible interés personal que los letrados tendrían en el asunto.¹⁶

En conclusión: se trata de un intento de asumir incumbencias ajenas, que parece inspirado en intereses económicos tanto del colegio como de sus miembros.¹⁷

Finalmente, resulta oportuno preguntarse si no es tiempo de sumar esfuerzos a fin de defender las compartidas incumbencias de los profesionales de las ciencias jurídicas –cualesquiera sean sus títulos o actividades– ante el renovado avance de otros sectores que carecen –ellos sí– de una formación especializada, en lugar de malgastarlos en torpes embestidas y en la creación de fantasiosos productos de birlibirloque intelectual.

15. Sostengo que la fe pública es verdad impuesta, con similar valor al de la cosa juzgada formal –según afirma Rafael Núñez Lagos– y de las pruebas legales (en opinión de Carlo Furno).

16. Para abundar en el tema: ver “Invalidez de los instrumentos notariales”, en mi obra *Teoría general del acto notarial y otros estudios*, Paraná, [ed. del autor], 2006 t. II, pp. 31-84, en la cual califico esa patología como ilegitimación del agente.

17. De otro experimento parecido –por su motivación recaudatoria– me ocupé en el artículo “Acercas de una resolución (y de cierto registro)” –obra y tomo citados, pp. 385 y ss.–, en el que critico la advertencia contenida en el reglamento acerca de que el colegio “no se pronuncia ni califica la validez jurídica de los instrumentos privados que se incorporen al registro que por este acto se crea”, lo que marca una esencial diferencia con lo que sostengo en materia de certificaciones notariales. Afirmando que estos actos presuponen un juicio afirmativo de la legalidad del escrito al que la firma que se certificará accede o del documento cuya copia habrá de certificarse (siempre sólo referido a lo que de tales instrumentos surge, sin necesidad de practicar otras indagaciones). Y así lo hago porque es indudable que certificar la firma en contratos de prostitución, compraventas de personas, acuerdos constitutivos de sociedades cuyo objeto es el ejercicio del contrabando, locaciones de servicios para cometer homicidios, etc. generan la responsabilidad del escribano interviniente (quien no podrá alegar que sólo asumió el rol de mero certificador). Cierro el punto agregando que el mismo criterio sustento en cuanto a las legalizaciones ante la repetida e ineficaz fórmula *autoexculpatoria*: “Esta legalización no juzga sobre la validez ni la forma del documento”.

Acerca de un “registro” de documentos y firmas creado por el Colegio Público de Abogados

Álvaro Gutiérrez Zaldívar

A partir de publicaciones y de un intercambio de correspondencia entre el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires y el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal (CPACF), tomamos conocimiento de que este último había dictado un “reglamento de certificaciones de documentos de abogados matriculados del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal”. Esto luego fue confirmado y el Consejo Directivo del Colegio envió comunicaciones al respecto a los escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Esta disposición del CPACF se aparta del derecho vigente y nos llama la atención que una entidad a la que consideramos una recurrente defensora de la ley y el derecho haya creado un registro de este tipo.

Como si esto fuera poco, el artículo 5 de este reglamento aumenta las facultades de certificación que indica el título, al agregar la “certificación” de firmas, estableciendo que los abogados habilitados para realizar certificaciones podrán:

- a) Certificar que la firma y la toma de impresiones digitales, puestas por una persona identificada según la normativa vigente, fueron realizadas frente a el en determinado documento.
- b) Certificar total o parcialmente las copias de documentos que le sean presentados...

Los documentos en los que se intervenga en base a este reglamento carecerán de fe pública por no existir tales certificaciones al no ser firmadas ante un oficial público, cuyas facultades deben estar establecidas por la ley.

La ley regula quiénes son los oficiales públicos y sus funciones. Y, respecto de algunos hechos considerados relevantes, exige además formas determinadas. Por ejemplo, el artículo 977 de nuestro [Código Civil](#) establece: “Cuando se hubiere ordenado exclusivamente una clase de instrumento público, la falta de esa especie no puede ser suplida por especie diferente”.

Nuestro Código Civil

La creación del Código tuvo una notable incidencia al sistematizar en nuestro país las clases de instrumentos públicos, especialmente los notariales. Exigía y exige de-

terminadas condiciones sobre la forma de los actos jurídicos y determina aquellos que deben ser hechos obligatoriamente ante un escribano público.

La exigencia de que las escrituras sean hechas en el libro de registros, la fe de conocimiento, la competencia territorial, las prohibiciones, el régimen de invalidez y el valor de la plena fe son elementos esenciales para la seguridad jurídica.

La fe pública

Queremos recordar lo que consideramos las disposiciones más importantes de la Sección Segunda del Libro II de nuestro **Código Civil**. El artículo 979 establece que

Son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos:

1º Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones, y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.

2º Cualquier otro instrumento que extendieren los escribanos o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado.

[...]

4º Las actas judiciales, hechas en los expedientes por los respectivos escribanos, y firmadas por las partes, en los casos y en las formas que determinen las leyes de procedimientos; y las copias que de esas actas se sacasen por orden del juez ante quien pasaron...

El registro que acaba de crearse tiene el peligro de inducir a los contratantes a pensar que las "certificaciones" de documentos o de firmas en base a ese reglamento tendrán eficacia probatoria, de la que en realidad carece, porque el certificante no tiene capacidad para hacerlo.

El artículo 980 de nuestro Código dispone:

Para la validez del acto, como instrumento público, es necesario que el oficial público obre en los límites de sus atribuciones, respecto a la naturaleza del acto, y que éste se extienda dentro del territorio que se le ha asignado para el ejercicio de sus funciones.

Los instrumentos públicos extendidos de acuerdo a lo que establece este código gozan de entera fe y producen idénticos efectos en todo el territorio de la República Argentina, cualquiera sea la jurisdicción donde se hubieren otorgado.

El segundo párrafo, incorporado en enero de 1995 por la **Ley 24.441**, demuestra claramente el carácter y el alcance de sus disposiciones.

Por otra parte, esta certificación hecha por abogados tampoco otorga fecha cierta, ya que no está incluida en el artículo 1035 del **Código Civil**:

Aunque se halle reconocido un instrumento privado, su fecha cierta en relación a los sucesores singulares de las partes o a terceros será:

- 1º La de su exhibición en juicio o en cualquier repartición pública para cualquier fin, si allí quedase archivado.
- 2º La de su reconocimiento ante un escribano y dos testigos que lo firmaren.
- 3º La de su transcripción en cualquier registro público.
- 4º La del fallecimiento de la parte que lo firmó, o del de la que lo escribió, o del que firmó como testigo.

En concordancia con lo mencionado, el artículo 984 expresa:

El acto bajo firmas privadas, mandado protocolizar entre los instrumentos públicos por juez competente, es instrumento público desde el día en que el juez ordenó la protocolización.

La protocolización le dará fecha cierta, pero no probará que las firmas que aparecen en el documento fueron puestas por las personas que en él se nombran. Conclusión: una certificación realizada por un abogado en este registro nunca otorgará fecha cierta por sí sola.

El artículo 986 establece: “Para la validez del acto es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”, lo que provoca la invalidez de ese registro en todo el país.

Los temas y las conclusiones que hemos repasado –que se refuerzan con lo dispuesto por los artículos 993 y 995– son conocidos y cotidianos en la práctica notarial.

Otro dato que debemos hacer notar es que la Ley de Organización Notarial en la Capital Federal tiene su origen en las leyes 1144 –año 1881– y 1893 –año 1886–, ambas de Organización de los Tribunales para la Capital Federal. Estas leyes demuestran que la organización del notariado tiene, en la Capital Federal, su origen en las leyes orgánicas de los tribunales, junto con los juzgados, las cámaras, los fiscales y demás.

Existen los instrumentos públicos porque el derecho requiere que el hecho perdure en el tiempo y se necesita además la certidumbre de que ha acontecido. Por y para ello, el Estado inviste a determinados funcionarios de una atribución específica: la de declararlos por escrito luego de haberlos percibido. Se estructura así una secuencia en la conducta del oficial público: a) percepción sensorial de los hechos, b) declaración coetánea y por escrito de lo percibido.¹

Como señala Núñez Lagos, el origen de la fe pública del notario surge de una ley. La ley es la administradora de la soberanía del Estado; todos los funcionarios actúan por delegación de la ley.

Con el tiempo, la prueba legal se ha ido desplazando hacia el documento. La sociedad necesita saber de antemano el resultado que han de tener en juicio determi-

1. CARMINIO CASTAGNO, José C., “Reflexiones en torno al concepto de instrumento público”, conferencia dictada en la Academia Matritense del Notariado el 18/5/1995 e incluida en el t. XXXV (1996) de sus anuarios.

nados documentos. El fundamento de esta prueba legal en materia de documentos públicos es lo que se llama fe pública.

La aptitud en la función constituye un requisito esencial para la configuración de cada acto determinado. La competencia hace a su validez. De ahí que no todos los funcionarios competentes pueden producir instrumentos públicos en sentido estricto.²

El artículo 993 del [Código Civil](#) establece:

El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia.

Cabe señalar además que: 1) no todos los funcionarios son oficiales públicos; es menester tener la función específica; 2) tener alguna característica parecida no genera una igualdad; 3) en la mayoría de los casos (p. ej., un boleto de compraventa con firmas certificadas) constan el texto del contrato y las firmas; dentro, si así se requiere, constará la autenticación notarial de esas firmas, es decir, el escribano declara el hecho por el percibido de haber sido puestas por determinadas personas.³

Por último, en la carta en que se responde a nuestro Colegio se hace referencia a la certificación en la actividad bancaria. Los bancos actúan por cotejo, dicen que la firma es igual a una que está en su registro o parecida, o bien imitada, pero no que ha sido puesta ante un oficial público. La [Ley 19.550 de Sociedades Comerciales](#), en su artículo 239, dispone que

Los accionistas pueden hacerse representar en las asambleas [...] Es suficiente el otorgamiento del mandato en instrumento privado, con la firma certificada en forma judicial notarial o bancaria, salvo disposición en contrario del estatuto.

Es una disposición legal puntual que autoriza a los bancos a certificar firmas en ese caso; nada tiene que ver con este registro.

El notario

Lo que caracteriza al notario es que es un profesional del derecho que debe actuar conforme a la ley, generando con su accionar la seguridad jurídica establecida por la ley. El notario actúa como intermediario entre los particulares y el orden jurídico; debe proteger e interpretar a las partes, con una intervención imparcial. Es un profesional del derecho investido con la fe pública; forma parte del proceso de creación

2. *Ibidem*.

3. *Ibidem*.

y mantenimiento del orden jurídico, buscando que la claridad de su actuación evite litigios.

El control notarial de legalidad se lleva a cabo al autorizar documentos en conformidad con la ley, negándose a hacerlo en caso contrario. En nuestro desempeño los notarios estamos controlados por el Colegio de Escribanos y por el Tribunal de Superintendencia del Notariado.

Otro elemento importante a tener en cuenta es la autonomía: el notario no debe tener una relación de dependencia pública o privada en su función. Este tema no es menor: ¿qué pasaría si el abogado certificante trabajase en relación de dependencia y la “certificación” estuviera mal hecha? ¿Quién responde por daños y perjuicios?, ¿el abogado certificante o el estudio donde trabaja?

El origen del notariado

Quizás el autor que ha explicado mejor de dónde deriva la función del notario actual es Rafael Núñez Lagos. Para este autor, la fuente u origen de la autoridad es derivada del Estado y surge del conocimiento directo sobre los hechos en que interviene. Dice que las funciones notariales existieron durante siglos: en Roma, en el magistrado *in iure*; en la Edad Media, a cargo del juez (jurisdicción voluntaria). El documento público era documento judicial y tenía valor de inspección judicial. El juez, en la sentencia, no podía negar lo que había visto, su propia evidencia; no podía rectificar lo que había dicho, dictado o narrado.

Durante muchos años, el hecho histórico y la narración estuvieron en manos de un juez. Cuando los notarios empezaron a actuar, continuaron juntos, pero narración y proceso se separaron. Sin embargo, separados en el tiempo, estaban unidos por la unidad de juez, unidad del órgano, aunque a la postre, por contingencias subjetivas del órgano judicial, fueran distintas personas físicas: el juez y el notario.

Heredadas tales funciones judiciales –atribuidas al notario por la ley de un modo especial–, si bien han cambiado de órgano, no se han modificado ni su fundamento ni su estructura lógico-jurídica. En la fe pública notarial ha desaparecido esta vinculación subjetiva, porque juez y notario son personas distintas, pero la ley ha impuesto una vinculación objetiva: las dos pertenecen a una misma organización estatal. La unidad subjetiva –el punto de imputación– no se produce en la persona del juez sino en la unidad del Estado.⁴

La legislación sobre el notariado en la Capital Federal

La Ley 1144 (año 1881) de Organización de los Tribunales para la Capital Federal tuvo la virtud de dividir la fe pública judicial de la extrajudicial, prohibiendo su ejer-

4. NÚÑEZ LAGOS, Rafael, *Estudios de derecho notarial*, Madrid, 1980, t. I, p. 339.

cicio simultáneo, y, junto con la Ley 1893 (1886), tuvo un efecto expansivo, porque las legislaciones provinciales, con algunas diferencias propias del lugar, se basaron en ella.⁵ La ley establecía a quién competía la creación de nuevos registros y disponía también que los escribanos fueran nombrados y removidos por el Presidente de la República.

La Ley 1893 se refería al escribano de registro en su Capítulo II; el artículo 169 lo definía como “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los actos y contratos que ante él se extendieran o pasaren”. Los artículos 170 y 171 se referían a la creación y número de registros, y el 172 establecía: “Las escrituras y demás actos públicos sólo podrán ser autorizados por los escribanos de registro”. Otros artículos trataban sobre la posesión, fianzas, licencias y remociones. El Capítulo III establecía inhabilidades e incompatibilidades. El notario tiene un deber de imparcialidad.

Es importante tener en cuenta que el notariado no es sólo una profesión, es una función pública con límites territoriales. El escribano no puede establecerse en cualquier lugar, ni trasladarse y ejercer su función en otro lugar que el asignado, no puede abrir representaciones o sucursales. Tampoco puede ejercer su función en varias provincias simultáneamente, ni matricularse en varias de ellas. Tiene, por otra parte, prohibiciones especiales: no puede trabajar en relación de dependencia, ejercer el comercio, ni litigar como abogado, aunque tenga dicho título.

El título de abogado en la Capital Federal da la posibilidad de ser designado escribano, pero, así como un abogado por tener ese título universitario no puede exigir que se lo nombre juez, el abogado para ser notario debe pasar una serie de exámenes, reunir determinadas condiciones y, finalmente, ser nombrado por el Poder Público. El título profesional y el cargo son cosas distintas, pero el título es necesario para ser designado escribano.

Creemos haber demostrado que –además de su inconveniencia– el reglamento dictado por el CPACF no puede otorgarles a los letrados la capacidad legal –de la que carecen– para actuar como oficiales públicos.

Este registro genera el peligro de hacer pensar a los contratantes que tienen una firma certificada por alguien con capacidad para hacerlo y no es así. Estamos seguros de que no fue este el fin querido por los redactores.

5. NEGRI, José A., *Historia del notariado argentino*, p. 53.

Derecho de autoprotección*

Romina I. Cerniello y Néstor D. Goicoechea

Sumario: 1. Introducción y conceptualización. 2. Fundamentos normativos. 3. Contenido de los actos de autoprotección. 4. Capacidad para el otorgamiento. 5. Forma del acto de autoprotección. 6. Registración. 7. Modelo de escritura. 8. Jurisprudencia. 9. Conclusiones.

1. Introducción y conceptualización

El presente trabajo pretende sintetizar el avance que los **actos de autoprotección** han tenido en estos últimos años como nueva incumbencia notarial.

Las **VIII Jornadas Notariales Iberoamericanas** (Veracruz, México, 1998) se consideran el puntapié del desarrollo de esta materia. Allí nació la expresión *autoprotección*, para referirse a las previsiones para la eventual pérdida del discernimiento.

En realidad, el término *autoprotección* tiene una doble acepción. Alude al **derecho subjetivo** que tiene todo ser humano a decidir y a disponer sobre su vida, su cuerpo, su persona y sus bienes para el futuro ante una eventual pérdida de su capacidad o discernimiento. Este derecho tiene como basamento el respeto a la libertad, la dignidad, la igualdad de las personas y la autonomía de la voluntad. También se utiliza el término *autoprotección* para designar el **acto jurídico** a través del cual se ejerce dicho derecho subjetivo, que es aquel en el que el otorgante deja plasmada su voluntad en relación con los tratamientos médicos futuros y su patrimonio y con la manera en la que desea vivir en caso de no poder valerse por sí mismo.

Se ha criticado la expresión *autoprotección* por ser demasiado amplia, pero es la que se impuso. Se propone la expresión **disposiciones y estipulaciones para la propia incompetencia**,¹ entendiendo por *disposiciones* los actos unilaterales; por *estipulaciones* las convenciones bilaterales (cuando concurre la persona propuesta por el disponente a asumir la encomienda); y por *incompetencia* tanto la incapacidad jurídica declarada judicialmente como la mera pérdida del discernimiento eventual,

* Presentado en el XXIV Encuentro Nacional del Notariado Novel (San Javier, Tucumán, 24-26 de octubre de 2013).

1. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., *Derecho de autoprotección. Previsiones para la eventual pérdida del discernimiento*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 4.

transitoria o definitiva (la mal llamada incapacidad natural, expresión que es fuente de equívocos²).

Más allá de las críticas a la utilización del vocablo *competencia* por producir confusiones por su utilización con distinto sentido en otras ramas del derecho (p. ej., el procesal: competencia territorial o competencia en razón de la materia), debemos destacar que este nuevo uso que se le da (originado en la bioética), conforme con la doctrina más moderna, es un sinónimo de capacidad de hecho. Esta doctrina moderna reserva capacidad de hecho para las cuestiones patrimoniales y competencia para las extrapatrimoniales.³ Es por esto que, en virtud de la distinta naturaleza que las disposiciones de autoprotección pueden tener, podemos utilizar el término incapacidad para referirnos a las previsiones en materia patrimonial e incompetencia (o falta de discernimiento, también mediante el neologismo *dis-discernimiento*) para las cuestiones extrapatrimoniales, especialmente en materia de salud.

Se trata de una **necesidad social** que surge a raíz del aumento del promedio de vida y la supervivencia artificial, consecuencia de los avances científicos y tecnológicos.

En la actualidad, se observa una incipiente respuesta a reclamos efectuados durante años por la doctrina nacional experta en el tema. La creación de registros de autoprotección en gran parte de las provincias del país desde sus colegios notariales, el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección (creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino), la sanción de la [Ley Nacional 26.529 de Salud Pública](#) (con las reformas introducidas por las leyes [26.742](#) y [26.812](#)) y su reglamentación ([Decreto PEN 1089/2012](#)) –con sus imperfecciones–, las leyes [26.061](#) y [26.657](#), y el cambio de paradigma relacionado con la capacidad en el [Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y Comercial](#)⁴ son ejemplos de estas respuestas y avances a los que hacíamos referencia y que trataremos someramente en el presente trabajo.

2. Aparece como opuesta a incapacidad jurídica (incapaz declarado). Llambías critica la expresión incapacidad natural cuando afirma: “Dado que la capacidad es asunto que maneja la ley, resulta desacertado emplear la expresión incapacidad natural o incapacidad accidental, pues, tratándose de sujetos que carecen de aptitudes psíquicas suficientes, ellos seguirán siendo capaces hasta que la ley, y no la naturaleza o el accidente, los declare incapaces” (voto en CNCiv., Sala A, 20/9/1960, “M. de H. de A., M. L. y otros c/ R., A. y otros”, *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. cit.101, p. 232; citado por LLORENS, Luis R., “La falta o disminución del discernimiento, ¿constituye una incapacidad?”, en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, 14/9/2007).

3. “Capacidad es una noción usada principalmente en el ámbito de los contratos [...] competencia es un concepto perteneciente al área del ejercicio de los derechos personalísimos; no se alcanza en un momento preciso sino que se va formando, requiere una evolución; no se adquiere o pierde en un día o en una semana. Bajo esta denominación se analiza si el sujeto puede o no entender acabadamente aquello que se le dice, cuáles son los alcances de la comprensión; si puede comunicarse, si puede razonar sobre las alternativas y si tiene valores para poder juzgar” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “El derecho del niño a su propio cuerpo”, en Bergel, S. y Minyersky Menasse, N. [coords.], *Bioética y derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2003, 1ª ed., pp. 108 y ss.; citada por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 54).

4. [N. del E.: en las referencias al Proyecto, los hipervínculos dirigen a la versión aprobada por el Senado de la Nación en noviembre de 2013. Para confrontar, podrá acceder [aquí](#) a la versión que elevó al Congreso el Poder Ejecutivo Nacional a través del Mensaje 884 de fecha 7/6/2012].

2. Fundamentos normativos

El **derecho a la autoprotección** no tiene en nuestro ordenamiento jurídico interno un reconocimiento en su dimensión total, conforme al concepto que hemos desarrollado en los párrafos anteriores.

Hasta 2009, no existía a nivel nacional una norma que previera algunas de las cuestiones relativas al tema; la sanción de la [Ley 26.529](#), ocurrida en ese año, receptó el derecho de toda persona a establecer directivas médicas anticipadas. Sin embargo, la ley sólo abarca una de las problemáticas del derecho a la autoprotección, las relativas a la salud.

Como hemos mencionado, las disposiciones que la persona puede prever para una eventual pérdida de la capacidad no se refieren sólo a la cuestión médica, sino que abarcan otros temas de no menor importancia: el manejo y destino de su patrimonio, el alojamiento, el trato y la atención personal, instituciones médicas y geriátricas, las personas de confianza en quienes deslindar la toma de decisiones, y otros tantos relativos a su calidad de vida, que hacen a la dignidad del ser humano y que actualmente es imposible negar a la luz de la normativa suprallegal que se citará.

Es por esto que, antes y después de la sanción de la [Ley 26.529](#), la doctrina abocada al tema y algunos fallos que se citarán han buscado solucionar el vacío legal en base a normas y principios que surgen de nuestra [Constitución Nacional](#), de los tratados de igual jerarquía y de otros que, aun sin gozar de rango constitucional, son imperativos en derecho y de jerarquía superior incluso a las leyes que se propugnan en la materia.

La reforma constitucional de 1994, la incorporación de la mayoría de los tratados de derechos humanos, especialmente la [Convención sobre los Derechos del Niño](#), y la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad mediante la [Ley 26.378](#) conforman un plexo normativo que obliga al Estado –y a sus habitantes– al respeto de la libertad, la igualdad y la dignidad de todas las personas. En materia de minoridad e incapacidad, implican un innegable cambio de paradigma, tendiente a la inclusión y el respeto de las decisiones que los sujetos en esta situación puedan tomar conforme a su madurez y a las circunstancias propias de la patología que padezcan, tratando de que los remedios legales sean un apoyo a la persona y a su individualidad y no un reemplazo absoluto de sus deseos y voluntad.

2.1. *Constitución Nacional*

- El artículo 16 sienta el principio de igualdad. No es posible sostener la antigua concepción de este derecho sólo como igualdad ante la ley. La igualdad constituye hoy en día un concepto mucho más amplio y abarcador. Se trata, justamente, de poder identificar las diferencias de las personas, las distintas

situaciones, posibilidades, contextos, y de legislar para lograr una igualdad de oportunidades, partiendo de que cada ser humano es distinto al otro. En términos aristotélicos, implica igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. La particular situación en que se encuentran las personas privadas de su discernimiento amerita que el principio de igualdad se utilice en sentido positivo, esto es, que sea la ley, el propio Estado el que busque la inclusión y la igualdad de oportunidades para ellos, así como el respeto de su personalidad.

- El artículo 75 inciso 23, incorporado por la reforma de 1994, complementó el artículo 16 al implantar definitivamente el principio de igualdad de oportunidades como una obligación innegable e inmanente del Estado. Implica un conjunto de deberes tendientes a “garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”⁵.
- El artículo 17 establece la inviolabilidad de la propiedad. Garantizar la autodeterminación del individuo sobre el manejo de su patrimonio, en el caso de su eventual incapacidad o incompetencia, resulta una derivación directa del principio constitucional citado. Lo contrario implicaría dejar estas cuestiones al arbitrio del sistema de tutela establecido por la normativa legal.
- El artículo 19 declara: “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”. Este artículo resulta de una importancia vital en la materia. En base a él podemos indicar que los actos de autoprotección no deberían recibir el menor menoscabo por parte de los jueces, en tanto no impliquen un perjuicio para terceros. Este principio ha sido la clave de los fallos que han resuelto a favor de las directivas médicas anticipadas y, en especial, del reciente fallo “Albarracini”, dictado por la Corte Suprema de la Nación –ver punto 8.4 del presente artículo–.
- El artículo 33 se refiere a los derechos implícitos, afirmando que la existencia de los derechos enumerados no significa la negación de los no enumerados.
- El artículo 75 inciso 22, otorga rango constitucional a varios tratados de derechos humanos, que constituyen en su mayoría normas de “derecho internacional de orden público”.

5. BARBERO, Daríel O. y DABOVE, Ma. Isolina, “Igualdad y no discriminación en los actos de autoprotección”, en *Revista del Instituto de Derecho e Integración*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción, 2009, n° 1, p. 36 (citados por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 21).

2.2. *Pactos internacionales*

Los tratados mencionados por el artículo 75 inciso 22 de la [Constitución Nacional](#) y los demás tratados de derechos humanos sin esa jerarquía normativa constituyen un plexo normativo que hace a los citados derechos de igualdad, dignidad, no discriminación, inclusión de las personas con circunstancias desfavorables y demás derechos económicos, sociales y culturales que han significado el cambio de paradigma de la segunda mitad del siglo xx y que, de forma progresiva, fueron logrando reconocimiento en las normas fundamentales de la mayoría de los países occidentales.

En materia de derecho de autoprotección, resulta de particular importancia la referencia a dos de ellos: la [Convención sobre los Derechos del Niño](#)⁶ y la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por la [Ley 26.378](#).⁷

2.3. *Derecho privado*

Como hemos mencionado, el derecho interno argentino aún no ha receptado el derecho a la autoprotección, excepto las directivas médicas anticipadas en la [Ley 26.529](#).

El derecho privado estipula varias normas que, en principio, resultan obstáculos para el otorgamiento de los actos de autoprotección. Podemos citar al respec-

6. Vale aclarar que, por remisión legal, las disposiciones sobre minoridad y tutela son de aplicación a la materia de incapacidad y curatela en tanto en cuanto no sean contradictorias (art. 475 CCIV). Podemos destacar los siguientes artículos de la [Convención](#): art. 12: “1. Los Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidades de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimientos de la ley nacional”; art. 5: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres [...] u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

7. [Ley 26.378](#): art. 1: “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente [...] aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo”; art. 3: “Los principios de la presente Convención serán: a) el respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas...”; en el art. 4 se les impone a los Estados suscriptores la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos que la Convención establece; art. 12: “1. Los Estados partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de la capacidad jurídica. 4. [...] que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona...”.

to: la caducidad del mandato por incapacidad sobreviniente del mandante (art. 1963, inc. 4 [CCIV](#)), la indicación de las personas que serán curadores (art. 476-478, [CCIV](#)), la actuación del tutor prescindiendo absolutamente de la voluntad del menor (art. 411, [CCIV](#)), la designación ante la interposición de la demanda por insania de un curador provisional que recaerá en un abogado de la matrícula (arts. 626 y 633, [CPCCN](#)), etc.

En materia de protección, estas normas resultan concordantes con un sistema basado en la anulación de la voluntad del incapaz. Este paradigma ya no resulta sostenible en base a las normas de mayor jerarquía que hemos citado y a las leyes que citaremos más adelante, sancionadas en los últimos años, circunstancia que implica la necesidad de reinterpretar el sistema legal, armonizándolo con los principios que hoy resultan rectores en la materia. En base a ello, se busca interpretar las normas que permiten sostener la validez de los actos de autoprotección, aun con el sistema legal vigente. Entre ellas, se destacan:⁸

- el artículo 53 del [Código Civil](#), que permite el ejercicio de todos los actos y derechos que no fueren expresamente prohibidos (en concordancia con los arts. 19 y 33 de la Constitución Nacional);
- el artículo 475 del [Código Civil](#), que hace aplicables las normas en materia de menores a los incapaces declarados, en la medida en que no sean incompatibles;
- los artículos 383, 384, 479 y 480 del [Código Civil](#), que les permiten a los padres nombrar tutores de sus hijos menores y curadores de sus hijos incapaces, el cual debe coincidir con el propio si éste deviene también incapaz (con qué razón no permitir entonces nombrar su propio curador);
- los artículos 2613 y 2715 del [Código Civil](#) y 51 de la [Ley 14.394](#), que permiten establecer la inalienabilidad e indivisibilidad de determinados bienes;
- el artículo 15 de la [Ley 14.394](#), que establece que no se nombrará curador de los bienes del ausente si hubiese apoderado con facultades suficientes;
- el artículo 144 del [Código de Comercio](#), que establece que el mandato del factor no caduca por muerte del principal, de donde la doctrina deduce que tampoco caduca por su incapacidad;
- la reciente [Ley 26.529](#), que prevé expresamente (art. 11) la posibilidad de otorgar directivas anticipadas en materia de salud –referiremos a ella en el apartado correspondiente–.

Con anterioridad a la [Ley 26.529](#), resultaba ya aplicable en la materia la antigua [Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración](#), dictada para su aplicación en la Capital Federal y demás territorios Federales. En su artículo 19, esta ley dispone que los profesionales de la salud deben “respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse” –con excepciones–.

8. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 24.

Además de las normas citadas, hacia finales del año 2010 se sancionó la [Ley 26.657](#) de Salud Mental. Esta ley incorpora un cúmulo de derechos para la persona con dichos padecimientos⁹ que va en la dirección de la normativa internacional citada, respetando su persona, el derecho a brindar su opinión y decidir sobre su tratamiento en la medida de sus posibilidades y, fundamentalmente, a prestar ella misma el consentimiento informado¹⁰ si su situación lo permite. No obstante, lo más destacable de dicha ley es la incorporación del artículo 152 ter al [Código Civil](#), en el cual se estipula que

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad [...] deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

Este agregado importa un verdadero avance en la adaptación del derecho interno a la normativa internacional, pues es la primera que, desde la incorporación del artículo 152 bis al mismo [cuerpo legal](#), atenúa el sistema de incapacidad en aras de brindarle mayor autonomía a la persona sometida a asistencia y fomentar la independencia en la toma de decisiones. Además, implica un verdadero giro en la presunción de qué actos puede o no realizar la persona declarada insana, pues del texto de la norma puede inferirse que la persona podrá ejercer por ella misma los actos que no le hayan sido específicamente vedados por la sentencia o por la ley.

Por otra parte, la [Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes](#) establece un cúmulo de derechos, principios y obligaciones del Estado, que implementan, en la órbita nacional, las disposiciones de la [Convención sobre los Derechos del Niño](#). En concordancia con ella, la ley establece la aplicabilidad obligatoria de dicha convención en toda decisión en el ámbito administrativo y judicial (art. 2) y el derecho de los menores a que se respete su condición como sujetos de derecho, a ser oídos, a que su opinión sea tomada en cuenta, a que se respete su edad, madurez, capacidad de discernimiento y demás cuestiones personales (art. 3).

Las normas citadas, tanto nacionales como internacionales, no pueden dejar duda sobre el derecho de las personas a la autoprotección y la validez de los actos que con dicha finalidad otorguen.

9. A los efectos del presente trabajo, destacamos de la [Ley 26.657](#): art. 7: “El Estado reconoce a las personas con padecimiento mental los siguientes derechos: [...] d) derecho a recibir tratamiento y a ser tratado con la alternativa terapéutica más conveniente, que menos restrinja sus derechos y libertades, promoviendo la integración familiar, laboral y comunitaria; e) derecho a ser acompañado antes, durante y luego del tratamiento por sus familiares, otros afectos o a quien la persona con padecimiento mental designe; [...] j) derecho a ser informado de manera adecuada y comprensible de los derechos que lo asisten y de todo lo inherente a su salud y tratamiento, según las normas de consentimiento informado [...]; k) derecho a poder tomar decisiones relacionadas con su atención y su tratamiento dentro de sus posibilidades...”; art. 10: “Por principio rige el consentimiento informado para todo tipo de intervenciones, con las únicas excepciones y garantías establecidas en la presente ley”.

10. Ver el apartado 3.3.

Actualmente, cabe destacar el [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#)¹¹ que se encuentra en tratamiento legislativo desde el año 2012 –con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo Nacional– (elaborado por un grupo de prestigiosos juristas, encabezado por los ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco, y Aída Kemelmajer de Carlucci).

Respecto de la materia que nos ocupa, el [Proyecto](#) recepta en forma sistémica e integrada la adecuación del derecho interno a las normas internacionales ya citadas y propone la independencia de las personas menores o incapaces y su derecho a tomar sus decisiones propias en el marco de sus posibilidades. Incorpora, en forma armónica, el nuevo paradigma que evita la diferenciación tajante entre capacidad e incapacidad, distinguiendo las circunstancias intermedias que pueden existir en cada caso concreto y previendo la figura de la capacidad restringida y un sistema de apoyo al ejercicio de la capacidad. Así, entre otros, podemos citar:

- el artículo 32, que expresa que el curador designado debe promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida;
- los artículos 37 y 38, que mandan que la sentencia que decreta la incapacidad o capacidad restringida contenga el régimen para la protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible, la extensión y alcance de la incapacidad, establecer los límites o restricciones a la capacidad y señalar los actos y funciones que no puede realizar por sí mismo;
- el artículo 43, que establece un sistema de apoyos con la función de “promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos”.

En materia de autoprotección, se destacan el artículo 60, que recepta las directivas médicas anticipadas, y el artículo 139, que prevé la designación del propio curador –haremos referencia a estos artículos oportunamente–.

La sanción del [Proyecto](#) significará un gran avance en la materia y disipará cualquier tipo de dudas en torno a la validez de este tipo de actos y, especialmente, a la designación del propio curador.

Por último, cabe destacar que los actos de autoprotección están receptados con diferentes denominaciones y regulaciones en muchas legislaciones extranjeras.¹²

11. Cfr. nota 4.

12. Estados Unidos, Alemania, Quebec, Italia, España, Francia, Austria, México. Ver CALO, “Il testamento biologico tra diritto e anomalia” (recomendado por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 38).

3. Contenido de los actos de autoprotección

3.1. *Calidad de vida*

Con respecto a esta cuestión, suelen incluirse estipulaciones acerca del lugar de residencia, deseos del requirente de permanecer en su hogar, los institutos en los cuales prefiere ser internado o el rechazo de alguno en particular, el cuidado del hogar, su aseo, su alimentación, el personal encargado de su cuidado, etc.

Se trata de diseñar su plan de vida, de preservar su dignidad, sean cuales fueren las circunstancias. No existe herramienta más idónea y apropiada para ello que el acto de autoprotección.¹³

3.2. *Disposiciones patrimoniales*

En estos casos, la persona decide sobre la forma en que su patrimonio deberá ser organizado en el supuesto de su posterior incapacidad o falta de discernimiento transitoria o definitiva, en cuanto a la administración de sus bienes, la posible enajenación de los mismos o el empleo de los fondos. Se trata, pues, de optimizar los recursos económicos a fin de asegurar el mantenimiento de la calidad de vida de la persona, de asegurar sus deseos, su dignidad y de evitar que su patrimonio quede a merced de terceras personas con prescindencia de su voluntad.

La viabilidad de esta planificación patrimonial se vincula con la posibilidad de la designación del propio curador para la eventual incapacidad. Si bien pueden otorgarse otros actos a tales fines –los citaremos más adelante–, las directivas que se puedan incluir con respecto a la administración del patrimonio siempre serán efectuadas con la finalidad de ser respetadas por quien termine siendo el representante legal.

Existe un sinnúmero de motivos por los cuales una persona puede preferir que su curador sea alguien que escapa a su vínculo familiar o al orden legal establecido para tal designación; el otorgante puede carecer de familiares que respondan a tal llamamiento. Por otro lado, además de prever quién desea que sea su curador, el otorgante puede establecer expresamente qué personas desea excluir de tal función. En ambos casos, es conveniente que en el documento se expresen las causas que motivan tal decisión, las que serán tan variadas como otorgantes podamos tener.

Como hemos señalado, esta posibilidad posee varias dificultades si se analiza solamente y en forma aislada desde el punto de vista del derecho interno –reiteramos–: la caducidad del mandato en caso de incapacidad sobreviniente del mandante (art. 1963 inc. 4 CCIV); la regulación de la incapacidad en el Código Civil tiende a suprimir la voluntad del incapaz y a sustituirla íntegramente por la decisión de su

13. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 7.

curador; la designación del curador se efectúa por el juez, según el orden legal establecido, el que, si bien no resulta obligatorio para el juez, no puede apartarse de ella de forma arbitraria; la previsión de los códigos procesales de la designación de un curador provisorio, que recae en un abogado de la matrícula; etc.

Sin embargo, estos inconvenientes no constituyen hoy un impedimento para la designación del propio curador por parte de la persona que prevé su eventual falta de capacidad o discernimiento. El cúmulo de normas constitucionales e internacionales a las cuales hemos hecho referencia, así como las leyes 26.061 y 26.657, y una interpretación del derecho interno conciliadora con tales normas permiten afirmar que, más que una posibilidad, es un derecho de todo ser humano. Estas normas imponen como obligación que

... quienes se vinculen con la persona cuya declaración de incapacidad se solicita, incluidos los funcionarios judiciales o no judiciales intervinientes, deben escucharla y respetar, siempre que sea posible, su voluntad expresada fehacientemente con anterioridad a las circunstancias que motivaron el proceso de interdicción.¹⁴

Esta legislación impone su plena participación en todos los asuntos de su interés y propende a que el curador la acompañe en el manejo de sí misma y de sus bienes, y que sólo en casos de imposibilidad absoluta y comprobada la reemplace en el ejercicio de sus derechos.¹⁵ En principio, la posibilidad no está prohibida en ninguna norma, por lo que la aplicación del ya citado artículo 53 del [Código Civil](#) permite también sustentar su validez. Se trata en todo momento de hacer valer los nuevos paradigmas en torno a las personas con discapacidad, de respetar su autonomía, su derecho a ser escuchados y a la autodeterminación, incluso en circunstancias tan particulares como las previstas.

Sin duda, la indicación de la persona del curador efectuada por una persona en pleno uso de su discernimiento y que luego es declarada incapaz, así como las instrucciones sobre la atención de su persona y de sus bienes, expresadas fehacientemente en un documento idóneo, no pueden ignorarse a la hora de la decisión judicial.¹⁶

En base a los argumentos vertidos es que resulta destacable la sanción de la [Ley 6212](#) de la provincia de Chaco en el año 2008, que reconoce plenamente este derecho, a la vez que legitima y ubica en su debida función el preexistente registro de actos de autoprotección del Colegio de Escribanos de dicha provincia.¹⁷

14. Ídem, p. 10.

15. Ídem, p. 9.

16. Ídem, p. 10.

17. La ley modifica varios artículos del Código Procesal chaqueño. Nos parece oportuno transcribir aquí la parte pertinente de algunos de ellos: art. 602: "Resolución. Con los recaudos de los artículos anteriores, previa vista al asesor de menores e incapaces y pedido de informe al Registro de Actos de Autoprotección que

Asimismo, el tema ha sido previsto en el actual [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#). Como hemos mencionado, el [Proyecto](#) trata de insertar en el derecho interno los principios internacionales en la materia. Así, el artículo 139 establece que

La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela.

Los padres pueden nombrar curadores de sus hijos incapaces o con capacidad restringida en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores.

Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente...

La norma no plantea dudas y acabaría con cualquier discusión al respecto.

Cambiando el objeto de análisis, las previsiones en materia patrimonial suelen ir acompañadas del otorgamiento simultáneo de otro tipo de actos, como poderes, donaciones con cargo de asistencia (con o sin reserva de usufructo), fideicomisos o rentas vitalicias, entre otros. (Se ha efectuado una gran cantidad de modelos y ejemplos que ilustran la actuación práctica en la materia, a los cuales remitimos). No obstante, ninguna de las figuras planteadas soluciona en forma total los problemas que pueda afrontar el futuro incapaz, y cada una tiene sus fortalezas y debilidades.

El mandato sigue siendo insuficiente para estos casos al no subsistir ante la incapacidad sobreviniente del mandante, más allá de propugnarse su validez hasta que la sentencia que decreta la insania.

En cuanto a las donaciones, el cargo que se le impone al donatario puede no ser cumplido, y resultará un proceso judicial, generalmente largo y costoso, revocarlas o lograr que se cumplan las mandas impuestas. A esto debemos sumarle el problema en la circulación de los bienes si el donatario no resulta ser hijo del donante. Sin embargo, la confianza que la persona generalmente tiene en quien resulta donatario suele justificar el otorgamiento de estos actos.

El fideicomiso tiene como principal barrera que la persona debe desapoderarse de sus bienes. Se han propuesto cláusulas que sometan el fideicomiso a una condición suspensiva, como la declaración de incapacidad del fiduciante, posponiendo la transmisión de los bienes a dicho momento. Esto puede resultar de utilidad, si bien la transmisión de los bienes con posterioridad a la declaración de incapacidad impli-

funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, el juez resolverá: 1) el nombramiento de un curador provisional que recaerá en un abogado de la matrícula, salvo que el juez considerase conveniente designar al propuesto por el propio denunciado en un acto de autoprotección previo"; art. 604: "El juez siempre valorará prioritariamente todo lo dispuesto anticipadamente por el presunto insano, especialmente lo manifestado con relación a la designación o rechazo de determinado curador"; art. 779: "en todos los casos, el juez deberá requerir informe al Registro de Actos de Autoprotección que funciona en el Colegio de Escribanos de la Provincia, quien deberá expedirse acerca de la existencia de disposiciones efectuadas por el interesado en cuanto al discernimiento de su propio curador. De existir estipulaciones de este tipo, el juez deberá considerarlas especialmente en pos de respetar la voluntad del interesado, siempre que no afecte los derechos de terceros".

cará que será el curador quien deba realizar dicha transmisión, contando necesariamente con autorización judicial a dicho fin.

Quizás, la mejor herramienta de las propuestas es la transferencia de nuda propiedad con cargo de renta vitalicia, en la que se pueden incluir garantías reales o personales y la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento. De esta forma, la persona se garantizará una renta fija que pueda ser utilizada por sus curadores a efectos de solventar los posibles gastos de atención, internación, etc. Además, el transmitente cuenta con distintas herramientas para el caso de incumplimiento del deudor de la renta.

Como en todas las cuestiones relativas a la autoprotección, las generalizaciones resultan vanas y habrá que tomar en cuenta las particularidades de cada caso en concreto.

3.3. *Directivas médicas anticipadas*

En general, se llaman directivas médicas anticipadas a una variedad de documentos mediante los cuales una persona civilmente capaz y bioéticamente competente consigna determinadas pautas y/o indicaciones, referentes a cómo deberá procederse a su respecto en materia de la atención médica que se le prestará ante un futuro estado patológico, en caso de incompetencia sobreviniente.¹⁸

En definitiva, se trata del derecho inalienable de toda persona a decidir sobre su propio cuerpo, sobre su salud, en base a su libertad y a su derecho a la autodeterminación; a elegir cómo desea vivir y cómo desea llegar al fin. Se intenta evitar que un estado físico o psíquico que le impida tomar la decisión en el momento de producirse la afección provoque que familiares o médicos actúen en contra de su voluntad, en virtud de que esa voluntad estará previa y expresamente aclarada en un documento que asegure la autenticidad de la declaración.

Más allá de la normativa indicada en el apartado anterior, el derecho a otorgar las directivas anticipadas se funda en un derecho subjetivo previo, que hoy tiene expreso reconocimiento legislativo a nivel nacional. Se trata de la autonomía de la voluntad en la decisión del paciente y en la moderna teoría del consentimiento informado.

Este derecho es reconocido en la doctrina desde larga data como consecuencia de un cambio de paradigma en el ámbito de la ética respecto de la relación médico-paciente. Es en la década de 1970 cuando comienza a ser abandonada la idea de un paciente que debe someterse a las decisiones de los médicos sólo como un objeto de cuidado. Así, se fue abriendo paso a la doctrina de la persona razonable, que implica

18. BLANCO, Luis G., "Directivas médicas anticipadas. La disidencia, admisión y rechazo de tratamientos médicos y el derecho a morir dignamente", en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 951, mayo-agosto 2005, pp. 437-461.

reconocerle supremacía al derecho a la autodeterminación del paciente por sobre el deber del médico de preservar la vida, tratando de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico.¹⁹

El reconocimiento expreso de estos derechos en materia legislativa se dio en nuestro país recién en el año 2009, con la sanción de la [Ley 26.529](#), que, a su vez, ha sido modificada en el año 2012 por la [Ley 26.742](#) y reglamentada por el [Decreto PEN 1089/2012](#).

La ley reconoce plenamente el derecho personalísimo de todo ser humano a decidir sobre su propio cuerpo y su salud.²⁰ En su artículo 2, la ley establece los derechos esenciales del paciente, enunciando y describiendo así los derechos de asistencia, a un trato digno y respetuoso, a la intimidad y confidencialidad, a la información sanitaria, a la interconsulta médica y, fundamentalmente, a la autonomía de la voluntad, que resulta el punto esencial de este sistema legal. Este último derecho se encuentra consagrado en el inciso e), modificado recientemente en el marco de la llamada [Ley de Muerte Digna](#) (sancionada en 2012 bajo el número 26.742).²¹

Esta última modificación incorporó un extremo fundamental: el derecho del paciente terminal a decidir si desea seguir viviendo o no. Hasta ahora, el médico no tenía por qué hacerlo, pero con esta ley sí debe preguntarle al paciente terminal si quiere continuar viviendo así o no. Legalmente, el enfermo tiene otorgada toda la libertad y la responsabilidad de contestar esa pregunta.²²

19. El encarnizamiento terapéutico consiste en “retrasar el advenimiento de la muerte por todos los medios, incluso desproporcionados y extraordinarios, aunque no haya esperanza alguna de curación y aunque eso signifique infligir al moribundo unos sufrimientos y penalidades añadidos. El ensañamiento terapéutico supone el uso de terapias inútiles o ineficaces en la relación entre el riesgo y el beneficio y de cara a la curación del enfermo” (AGUELLES SIMÓ, Pau, “[Revisando el llamado testamento vital](#)”, en *Cuadernos de Bioética*, Madrid, Asociación Española de Bioética y Ética Médica, vol. XXI, n° 72, mayo-agosto 2010, pp. 169-183 [citado por TOBAR TORRES, Jenner A., “Las directivas anticipadas, la planificación anticipada de la atención y los derechos a la dignidad y autonomía del paciente. Estado de la cuestión a nivel internacional y su posibilidad de ejercicio en el derecho colombiano”, en *Revista Colombiana de Bioética*, Bogotá, Universidad el Bosque, vol. 7, n° 1, enero-junio 2012, pp. 141-162]).

20. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 28.

21. Art. 2, inc. e: “Autonomía de la voluntad: El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimiento médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a recovar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación a la perspectiva de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminar irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente”.

22. LANZÓN, Patricia A., “[Modificación de la Ley 26.529, agregado del concepto de muerte digna. El derecho a ser dejado a solas](#)”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 910, octubre-diciembre 2012, pp. 121-132.

El derecho a la autonomía de la voluntad encuentra su acompañamiento en el andamiaje legal en el llamado consentimiento informado, que implica

... una declaración de voluntad efectuada por un paciente por la cual, luego de ser informado suficientemente y de obtener las respuestas apropiadas a sus inquietudes, decide prestar su conformidad a un procedimiento, tratamiento o intervención. La noción comprende dos aspectos: que el médico le revele adecuada información y que obtenga luego el consentimiento del paciente.²³

Esto reviste una importancia meridiana, pues el ejercicio pleno del derecho a la autonomía de la voluntad implica necesariamente que el paciente tome su decisión luego de haber recibido la información cierta y precisa y en un lenguaje claro acerca de su afección y las consecuencias que puedan derivarse de someterse o no a un determinado tratamiento. En definitiva, la autonomía de la voluntad sin el derecho a la información previa se tornaría en una prerrogativa vacía de contenido y en un riesgo aún mayor para los pacientes. En virtud de ello, los artículos 5 y 6²⁴ de la ley establecen la obligatoriedad de requerir el consentimiento informado del paciente. Asimismo, detallan la información que se le debe brindar previamente a que tome su decisión y describen quiénes pueden tomar esa decisión en el caso de incapacidad del paciente.

Como derivación de estos derechos, se le brinda al paciente la posibilidad de otorgar directivas anticipadas que prevean la propia incapacidad, la falta de discer-

23. HIGHTON, Elena I., "La salud, la vida y la muerte. Un problema ético-jurídico: el difuso límite entre el daño y el beneficio a la persona", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1992, n° 1 "Daños a la persona", pp. 165-212 (citada por LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], p. 11).

24. Art. 5: "Definición. Entiéndese por consentimiento informado la declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) el derecho que le asiste en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estadio terminal o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento". Art. 6: "Obligatoriedad. Toda actuación profesional en el ámbito médico-sanitario, sea público o privado, requiere, con carácter general y dentro de los límites que se fijen por vía reglamentaria, el previo consentimiento informado del paciente. En el supuesto de incapacidad del paciente, o imposibilidad de brindar el consentimiento informado a causa de su estado físico o psíquico, el mismo podrá ser dado por las personas mencionadas en el artículo 21 de la Ley 24.193, con los requisitos y con el orden de prelación allí establecido. Sin perjuicio de la aplicación del párrafo anterior, deberá garantizarse que el paciente en la medida de sus posibilidades, participe en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario".

nimiento o cualquier situación que traiga aparejada la imposibilidad de otorgar el consentimiento informado en el caso concreto. Es una derivación directa del derecho a la autoprotección, pues no puede negársele a la persona la posibilidad de planificar el modo en que desea ser tratada en caso de que una afección le impida decidir por sí misma, pues ello plantea una violación del cúmulo de derechos fundamentales que hemos enunciado en el comienzo de este trabajo, especialmente del artículo 19 de la [Constitución Nacional](#), lo cual ha sido reconocido en reiterados fallos judiciales.²⁵

El artículo 11 de la [Ley 26.529](#) dispone:

Directivas anticipadas. Toda persona capaz, mayor de edad puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. **Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo**, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes...

Es la primera norma que recepta expresamente en el derecho interno argentino alguna de las facetas del derecho de autoprotección.

De más está decir que las directivas anticipadas sólo serán de aplicación en el supuesto de incapacidad sobreviniente del otorgante, temporal o permanente, pues, en caso de que esto no suceda, el paciente seguirá en condiciones de otorgar el consentimiento informado en el caso concreto, más allá de la posibilidad de revocar las directivas en cualquier momento. Esto implica que, en el supuesto de la eventual incapacidad o imposibilidad, el médico está obligado a respetar la voluntad expresada previamente en las directivas anticipadas:

En principio, una directiva de alguien que ya no puede expresarse, que no contempla la revocación, es totalmente irrevocable, a menos que del texto del documento surgieran dudas sobre la expresión de la voluntad, circunstancia que deberá resolverse judicialmente.²⁶

El decreto reglamentario incorpora una cuestión de vital importancia: la posibilidad de nombrar en las directivas anticipadas a un **interlocutor designado** para que, llegado el momento, procure el cumplimiento de sus instrucciones. La importancia radica en que la ley supone que la persona designada por el propio paciente será quien se encuentre en las mejores condiciones para tomar las decisiones de acuerdo a la voluntad de éste. Interpreta que tal designación responde a un vínculo de cercanía preexistente y que los lineamientos de las decisiones a tomar ya han sido debatidos por los involucrados. Es decir, esta posibilidad no hace más que ratificar la importancia de las decisiones tomadas por la propia persona para su propia incapacidad.

25. Ver CSJN, 1/6/2012, "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ medidas precautorias".

26. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 129.

El interlocutor designado no agota su función al procurar el cumplimiento de las directivas, sino que será la persona que podrá brindar el consentimiento informado en los casos que escapen a tales directivas.²⁷ Ello es así porque resulta obvio que, al otorgar el acto, el declarante no pueda prever la totalidad de las afecciones que podría padecer ni de los tratamientos aplicables.

La figura evita que las decisiones sean tomadas por los familiares que deberían hacerlo según el orden legal instituido, quienes, por distintas circunstancias, pueden no tener una buena relación con el paciente; así, logra que esto quede a cargo de la persona que mejor comprende al sujeto y a quien seguramente se designa en base a la cercanía, al cuidado y al afecto que se tienen mutuamente. Esto resulta concordante con la doctrina general de los actos de autoprotección y con la citada posibilidad de designar al propio curador para las decisiones patrimoniales.

Asimismo, es destacable la recepción de la figura en el actual [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#), que en su artículo 60 establece:

La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto a su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen prácticas eutanásicas se tienen por no escritas.

Este artículo implica el reconocimiento legal de las figuras del mandatario para la posterior incapacidad y el interlocutor designado (actualmente regulada sólo por vía reglamentaria), y de la potestad de estos para tomar las decisiones si así se ha expresado.

4. Capacidad para el otorgamiento

En primer lugar, es conveniente repasar los conceptos de **capacidad** y **discernimiento** y la diferencia entre ellos.

La expresión *capaz* es imprecisa en nuestro léxico jurídico. El propio [Codificador](#) se refiere como persona incapaz tanto a aquella cuya incapacidad ha sido declarada judicialmente en un juicio de insania como a quien simplemente carece del discernimiento para otorgar actos jurídicos, esto es, aquella persona mayor de edad que no ha sido incapacitada pero que padece de fallas de discernimiento.²⁸ Por ejemplo, el artículo 1045 del [Código Civil](#) dispone que “son anulables los actos jurídicos cuando sus agentes obraren con una incapacidad accidental como si por cual-

27. Decreto 1089/2012, art 5: “... habrá consentimiento por representación cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones según criterio del profesional tratante o cuando su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación y no haya designado persona alguna para hacerlo...”

28. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 43.

quier causa se hallasen privados de su razón”. En este caso, la palabra *incapacidad* sólo puede ser entendida como sinónimo de incapacidad natural, en la terminología jurídica clásica, o de incompetencia, como se utiliza actualmente en el campo de la bioética.

El concepto de discernimiento tampoco resulta preciso. En general, los autores lo vinculan con la capacidad de comprender las consecuencias jurídicas del acto otorgado y con la capacidad de abstraer y de distinguir lo lícito de lo ilícito. Esa aptitud para discernir se relaciona y valora siempre en relación con el acto concreto a otorgar, en un tiempo y lugar determinados.²⁹

Recordamos que, si no se reúne el requisito de su declaración judicial, es impropio decir de una persona que es incapaz. Sin embargo, lo cierto es que no existe en el ámbito jurídico un léxico apropiado para designar a quien carece de discernimiento suficiente para otorgar negocios jurídicos y que no ha sido “incapacitado por sentencia judicial” o “beneficiado por un régimen de protección”³⁰.

En resumen: la capacidad es una cuestión de la ley, una categoría jurídica, y el discernimiento y sus grados constituyen una cuestión de la naturaleza que el operador jurídico debe considerar. El hecho de que una persona carezca, de la manera más absoluta imaginable, de la aptitud de discernir y de expresar sus deseos sólo le impide otorgar actos jurídicos (art. 1045, CCIV; acto anulable) y no le ocasiona una falta de capacidad en tanto en cuanto la ley o el juez así no lo declaren. Así, en el régimen velezano, si un incapaz otorga un acto jurídico, ese acto será nulo (art. 1044), mientras que, si una persona capaz otorga un acto sin el discernimiento necesario al momento de otorgarlo, el acto ha de ser anulable (art. 1045) por falta de discernimiento pero no de capacidad.³¹

En definitiva, la protección de los derechos fundamentales de las personas, en especial de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, exige claridad en esta materia, en la que esta confusión de conceptos persistió históricamente. Sólo la ley o una sentencia judicial pueden restringir la capacidad de ejercicio de una persona y no puede hacerlo de manera generalizada ni absoluta. Tal como lo manda nuestra legislación vigente, las limitaciones deben ser excepcionales y determinar los actos y funciones que comprenden.

Respecto de los sujetos que pueden otorgar directivas anticipadas, el artículo 11 de la *Ley 26.529* dispone que “toda persona **capaz, mayor de edad** puede disponer directivas anticipadas sobre su salud. **Las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo...**”. Como exponen los escribanos *Llorens* y *Rajmil*,³² si bien falta la

29. LLORENS, Luis R., ob. cit. (cfr. nota 2).

30. Cfr. nota 23.

31. RAJMIL, Alicia B., “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Aspectos vinculados al régimen jurídico de capacidad de las personas”, Rosario, [s.e.], 2012 (ponencia presentada ante la Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación).

32. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), pp. 31 y ss.

conjunción *y* entre las palabras *capaz* y *mayor*, ello no resulta óbice para afirmar que la ley pide ambos requisitos, esto es, capacidad y mayoría de edad para que la directiva anticipada sea de **cumplimiento obligatorio** para el médico.

Capaz refiere a toda persona que se halla en pleno uso de su discernimiento y que, además, no se encuentra interdicta por una sentencia que la incapacite. Por tal motivo, resulta una expresión redundante, porque el discernimiento junto con la intención y la libertad son requisitos de todo acto jurídico. *Mayor de edad* es quien ha cumplido los dieciocho años de edad; sin embargo, el sistema de la mayoría de edad en fechas fijas y determinadas está en crisis.

En función de los nuevos paradigmas que portan los instrumentos internacionales sobre derechos humanos suscriptos por nuestro país, **la capacidad es la regla**. Deben tenerse especialmente en cuenta los postulados de la [Convención Internacional de los Derechos del Niño](#) y de la [Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad](#), en tanto en cuanto no admiten, en ningún caso, que el menor o el mayor sujeto a un régimen de protección sea privado de ejercer sus derechos por sí mismo mientras tenga aptitudes suficientes para ello y los derechos a opinar, a ser oído y a que su opinión sea, al menos, tenida en cuenta. Por ello,

... el requisito de que el otorgante sea capaz y mayor de edad para otorgar directivas anticipadas es un requisito necesario para que la misma sea obligatoria para el médico tratante. Empero, si la directiva anticipada fue otorgada por un menor de edad o un débil mental (aun insano declarado), no será inválida y deberá ser escuchada y tenida en cuenta **de acuerdo con las circunstancias del caso**, en función de las disposiciones del art. 2, inc. e de la misma ley, de la Convención sobre los Derechos del Niño, la Ley Nacional 26.061, y la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.³³

La opinión transcrita anteriormente tiene el inmenso mérito de interpretar la normativa desde un punto de vista conciliador entre las distintas fuentes del derecho aplicable en la materia. Lamentablemente, la reglamentación de la ley en cuestión realizada por el Poder Ejecutivo puede llevar a interpretar esto en sentido contrario. El [Decreto 1089/2012](#) dice en el séptimo párrafo de su artículo 11: “no se tendrán por válidas las directivas anticipadas otorgadas por menores o personas incapaces al momento de su otorgamiento”. Creemos que esta disposición en nada obsta la interpretación transcrita anteriormente, pues el juez, en el caso concreto, deberá igualmente tener en cuenta dichas manifestaciones, en virtud de la jerarquía de las normas en cuestión.

Retomando la diferenciación entre competencia y capacidad (utilizando la primera para referirnos al ejercicio de los actos personalísimos y la segunda para los

33. Ídem, p. 33.

actos contractuales), y teniendo en cuenta la variabilidad del contenido de los actos de autoprotección (cuestiones patrimoniales y extrapatrimoniales), entendemos que, en principio, no habría inconveniente en que un menor se presente en la escribanía a otorgar un acto de autoprotección con contenido extrapatrimonial. Respecto de un incapaz, si la sentencia que declara la incapacidad no prohíbe otorgar actos de autoprotección, entonces éstos están permitidos, de acuerdo con el artículo 152 ter del [Código Civil](#).

Por supuesto, siempre estará en manos del escribano analizar en cada caso concreto el discernimiento del otorgante, pero debemos luchar contra el miedo producido por el paradigma rígido de capacidad-incapacidad y tener en cuenta la necesidad del requirente a la luz de los principios supralegales. Lo contrario comportaría una injusticia. Pongamos por ejemplo la situación de un menor de dieciséis años que padece una enfermedad terminal y acude a la escribanía –incluso acompañado por sus padres– a otorgar directivas anticipadas en materias de salud. Ello deberá eventualmente ser tenido en cuenta por el juez, máxime si al momento de tener que decidir el menor se encuentra en un estado de inconsciencia profunda.

5. Forma del acto de autoprotección

En principio, no existe en la legislación nacional una forma impuesta para este tipo de actos jurídicos, consecuencia lógica de la falta de regulación de la figura en términos generales. Como excepción, podemos marcar los requisitos que la [Ley 26.529](#) y su decreto reglamentario imponen en materia de directivas médicas anticipadas y los que establecen algunas normativas locales –luego las citaremos–.

No obstante la libertad de forma existente, creemos acertada la doctrina que no ahorra esfuerzos en recomendar la escritura pública como la forma instrumental más adecuada para este tipo de actos, en virtud de su especialísimo contenido:

Cuando la emisión de voluntad se refiere a cuestiones de tanta trascendencia y destinada a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, no existe en el sistema jurídico argentino otro instrumento más adecuado que el notarial. La escritura pública es el medio idóneo y eficaz para dejar constancia de estas decisiones, dado que asegura su autenticidad, hace plena fe de las declaraciones que contiene, otorga fecha cierta y materialidad al documento, protegiéndolo así ante la posibilidad de alteración o pérdida.³⁴

Agregamos a las ventajas citadas la posibilidad de que sea otorgada por quien no puede firmar, mediante la utilización de la firma a ruego.

34. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 60. Los autores citan a ANSÓ, Adriana L. y otros, “Actos de autoprotección. Directivas anticipadas”, en *Cuadernos del Instituto de Derecho Notarial*, Rosario, Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción, n° 6, p. 70.

Hace además a la seriedad del asunto. Cuando el interesado, íntimamente preocupado por estos temas, se sienta frente a un escribano, pretende que éste le explique las posibilidades y las consecuencias del acto que está meditando hacer, que mantenga el secreto profesional, que extienda un documento que no se extravíe y que no deje dudas sobre la fecha y voluntad de quien lo dictó. Nada de esto sucede cuando el escribano interviene solamente a los fines de certificar la firma del interesado, porque dicha actuación no juzga sobre el contenido. Además, en ese caso, el escribano no conserva copia del instrumento ni lo inscribe en el registro pertinente.³⁵

En efecto, el contenido de los actos de autoprotección hace que cada caso sea único, como la persona que lo otorga. La cantidad de particularidades, de variables a considerar para una situación tan especial como la de prever la propia falta de discernimiento implica que

... este documento no puede consistir en un mero formulario, burocrático y automático –al decir de la Dra. De Carlucci–; si así fuese, se incumpliría la finalidad propia de esta figura, “que escapa de todo molde, de toda posible protocolización y enlaza con la individualidad de cada uno”.³⁶

5.1. *Forma y demás requisitos instrumentales en materia de directivas médicas anticipadas*

Como hemos expresado, la materia de las directivas anticipadas se diferencia hoy del resto de los posibles contenidos de los actos de autoprotección por estar expresamente regulada a nivel nacional. La forma no se escapa de esta circunstancia: la legislación impone la forma escrita, la presencia de testigos instrumentales, el otorgamiento ante escribano o juez y otros requisitos.³⁷

A partir de la lectura de esta legislación, no cabe duda respecto de las posibilidades otorgadas al paciente. Deberá efectuar el acto en forma escrita. Podrá hacerlo ante un juzgado de primera instancia o ante escribano, y, en este último caso, podrá

35. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 129.

36. LANZÓN, Patricia A., “Actos de autoprotección”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 896, abril-junio 2009, pp. 233-240.

37. Art. 11 *Ley 26.529*: “La declaración de voluntad deberá formalizarse por escrito ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo cual se requerirá la presencia de dos testigos. Dicha declaración podrá ser revocada en todo momento por quien la manifestó.” Asimismo, la reglamentación del citado artículo en el *Decreto 1089/2012* en sus partes pertinentes dice: “El paciente debe arbitrar los recaudos para que sus directivas anticipadas estén redactadas en un único documento, haciendo constar en el mismo que deja sin efecto las anteriores si las hubiera, así como ponerlas en conocimiento de los profesionales tratantes. Del mismo modo si habilita a otras personas a actuar en su representación, debe designarlas en dicho instrumento, y éstas deben con su firma documentar que consienten representarlo. Las directivas anticipadas con intervención de un escribano público deben al menos contar con la certificación de firmas del paciente, de dos testigos, o en su caso de la o las personas que éste autorice a representarlo en el futuro, y que aceptan la misma. Sin perjuicio de ello, el paciente tendrá disponible la alternativa de suscribirlas por escritura pública, siempre con la rúbrica de los testigos y en su caso de las personas que aceptan representarlo”.

recurrir a la escritura pública o a la certificación de firmas en instrumento privado. En todos los casos deberá contar con dos testigos instrumentales y la aceptación expresa de las personas que designe para representarla.

Estas normas merecen varias críticas. En primer lugar, la equiparación de la escritura pública a la certificación de firmas en un instrumento privado no resulta del todo feliz; los argumentos vertidos anteriormente dejan ver las enormes distancias que existen entre ambas. La imposición de los testigos instrumentales resulta una consecuencia de las posibilidades brindadas; de haberse impuesto la escritura pública, esto no hubiese sido necesario. Vale decir que estos testigos deberán cumplir con los requisitos del artículo 990 del Código Civil en caso de que el acto se otorgue por escritura pública.

No obstante, sin duda, el mayor error en la reglamentación es el requisito de la aceptación expresa por parte de las personas designadas para representarla. En muchos casos este requisito sería un obstáculo; por ejemplo, si la persona designada no vive en el mismo lugar que el otorgante. Por otro lado, pueden designarse varias personas para que actúen en forma conjunta o con carácter de sustitutas, en un orden de prelación. No creemos que haya sido necesario imponer que todas estas personas comparezcan al otorgamiento de las directivas anticipadas; y sostenemos, de todas formas, que la omisión de la aceptación expresa no es óbice para la validez del acto, pues ello implicaría una desnaturalización de los requisitos legales por parte de la reglamentación. En esos casos, la posterior aceptación, incluso tácita, al momento de ejercer la representación designada debería considerarse plenamente válida.

Asimismo, la reglamentación impone otros requisitos en cuanto al contenido del documento, como el de que los testigos

... en el mismo texto de las directivas anticipadas, deben pronunciarse sobre su conocimiento acerca de la capacidad, competencia y discernimiento del paciente al momento de emitirlos, y rubricarlos, sin perjuicio del deber del propio paciente-otorgante de manifestar también esa circunstancia, además de que es una persona capaz y mayor de edad.

Respecto de la revocación de las directivas anticipadas, la reglamentación impone, en principio, los mismos requisitos que para su otorgamiento, pero plantea la siguiente excepción:

Si el paciente no tuviera disponible estas modalidades al momento de decidir la revocación, por encontrarse en una situación de urgencia o internado, se documentará su decisión revocatoria verbal con la presencia de dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica, además de la firma del profesional tratante.

Así, la norma intenta salvaguardar el derecho del paciente a expresar su voluntad hasta la última instancia y de cualquier forma.³⁸

38. LANZÓN, Patricia A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 129.

Desde el punto de vista de las normativas locales, son varios los reglamentos de registros de actos de autoprotección que imponen el requisito de la escritura pública para la registración; la mayoría de ellos, anteriores a la reciente modificación y reglamentación de la Ley Nacional 26.529.

Resulta interesante destacar la Resolución 66/2012 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Chaco, que es posterior a la citada reforma y dispone en su artículo primero que “conforme artículo 2º del reglamento del Registro de Actos de Auto-protección [...] deben ser realizados en escritura pública a los fines de inscripción en el registro creado al efecto”. Como dijimos, la resolución fue sancionada con posterioridad al dictado de la Ley 26.742, y el reglamento del registro es anterior a dicha norma.

Si bien sólo se impone el requisito a efectos de hacer posible su inscripción en el registro y no juzga sobre la validez del acto, no nos parece acertado excluir las directivas anticipadas que se otorguen en instrumento privado (en legal forma conforme la normativa nacional) de la posibilidad de inscripción, pues esta cuestión resulta muy trascendente para la eficacia plena del acto otorgado. En tal sentido, consideramos acertada la última modificación al reglamento del Registro de Actos de Auto-protección del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, que incorpora expresamente la posibilidad de inscribir actos otorgados en instrumentos privados.

6. Registración

Este punto resulta de vital importancia en el tema. Si hasta ahora hemos analizado los fundamentos del derecho sustancial que permiten otorgar actos en previsión de la propia incapacidad, el tema de la registración se enmarca en una problemática no menor, esto es, lograr la plena eficacia de los actos otorgados.

De nada servirá todo el estudio y los avances en la materia si no podemos lograr que el contenido de los actos que se otorgan llegue al conocimiento de las personas a las cuales van dirigidos, es decir, los médicos tratantes, los jueces y las personas designadas para las cuestiones patrimoniales o médicas.

Fue el interés temprano del notariado en la materia el que ha propugnado y logrado la proliferación de los actuales registros de actos de autoprotección, que funcionan en varias provincias, bajo la órbita de sus respectivos colegios de escribanos. Se ha seguido el camino recorrido hace varias décadas con los registros de testamentos, creación también de los respectivos colegios, los que con el tiempo fueron logrando su reconocimiento legislativo y su funcionalidad en los procesos judiciales pertinentes.

Las leyes orgánicas de todos los colegios notariales contemplan expresas atribuciones para la adopción de resoluciones tendientes a lograr una mayor eficacia en los servicios notariales. Esto constituye un valioso soporte normativo que legitima am-

pliamente la creación de los registros.³⁹ Ya en el año 1999, los escribanos Llorens y Taiana de Brandi propiciaron la utilización de la estructura de los registros de testamentos a efectos de registrar actos de autoprotección y hacer lo propio con el Centro Nacional de Registros de Actos de Última Voluntad, creado por el Consejo Federal del Notariado Argentino.⁴⁰

La demarcación pionera en la materia fue la provincia de Buenos Aires, cuyo Colegio de Escribanos creó el primer registro de actos de autoprotección en el año 2004. Este registro comenzó a funcionar en el año 2005 y alcanzó reconocimiento legislativo a nivel local en 2010, con la sanción de la [Ley 14.154](#). Posteriormente, fueron creados los registros de Santa Fe-2ª circunscripción en 2006; Entre Ríos, Chaco y Córdoba en 2007; y San Juan, Ciudad de Buenos Aires, Salta, Tierra del Fuego, Santa Cruz, Catamarca y Santa Fe-1ª circunscripción en 2009. Asimismo, en el año 2009, el Consejo Federal del Notarial Argentino creó el Centro Nacional de Información de Actos de Autoprotección para registrar y brindar información sobre los actos registrados en cualquier demarcación del país.

Como hemos señalado, en la provincia de Chaco se logró el reconocimiento legislativo de los citados registros en el año 2008, mediante la sanción de la [Ley 6212](#), que modificó el Código Procesal e instauró como requisito previo en todo proceso de insania la solicitud de un informe al registro.

La mayoría de los registros admiten la inscripción de actos de autoprotección en la medida en que hayan sido otorgados en escritura pública. Como hemos mencionado anteriormente, creemos que la última modificación de la [Ley 26.529](#) y su reglamentación ([Decreto 1089/2012](#)) ameritan que dichos registros acepten la inscripción de actos otorgados en instrumento privado. La convicción acerca de la conveniencia de la escritura pública para estos supuestos no puede convertirse en un desconocimiento del derecho que hoy tienen los ciudadanos de otorgar los actos por otros medios instrumentales, que resulta contraproducente con el interés y el aporte que el notariado siempre ha mostrado hacia el tema en cuestión.

Los registros protegen la reserva del caso, estipulando la legitimación para la inscripción y para la solicitud de informes en forma restrictiva. Se brinda la posibilidad de inscribir a solicitud del otorgante o del escribano autorizante o incluso, en algunos casos, de las personas designadas en los instrumentos. Los informes se efectúan a pedido del interesado, el juez competente y las personas habilitadas en el instrumento; algunas reglamentaciones permiten también que sean solicitados por el titular del establecimiento médico donde se trata el paciente.

En cuanto a la información a registrar, se solicitan los datos del instrumento (fecha, datos de la escritura, registro y lugar de guarda en su caso), del otorgante,

39. LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. (cfr. nota 1), p. 63.

40. LLORENS, Luis R. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., "El derecho de autoprotección. Concepto y estado actual de la cuestión", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 857, julio-septiembre 1999, pp. 21-33.

de las personas autorizadas a tomar decisiones en materia de salud y/o designadas como curadores. Asimismo, algunos reglamentos prevén la inscripción de las cláusulas relativas a las directivas médicas anticipadas, mediante su transcripción (previa autorización expresa del otorgante en el mismo instrumento).⁴¹

Como vemos, en la última década el notariado y los colegios han logrado grandes avances en el tema, que se incrementarán con el tiempo. Y creemos que también se obtendrán los reconocimientos legislativos que la materia amerita, a efectos de lograr la plena eficacia de este tipo de actos.

El [Decreto 1089/2012](#) es la primera norma que reconoce a nivel nacional la existencia de los registros creados por los colegios notariales y convalida su actuación.⁴² La norma otorga la posibilidad de crear los registros (reconociendo tácitamente la validez de los ya existentes) y también promueve la creación de registros en el ámbito judicial. Asimismo, reconoce la posibilidad de que existan otros registros creados por normativas locales. No obstante, consideramos que no resulta conveniente la superposición de registros en distintos ámbitos. La mayoría de las provincias cuenta hoy con registros que funcionan en forma eficiente en sus colegios de escribanos o que se encuentran en proceso de creación y puesta en marcha. Esto último se relaciona con las normativas provinciales que han reconocido, en forma previa y posterior a las leyes [26.529](#) y [26.742](#), la potestad de otorgar directivas médicas anticipadas y han creado registros de estas directivas en el ámbito de sus respectivos ministerios de salud,⁴³ lo que resulta inoportuno.⁴⁴

Resta comentar que el [Decreto 1089/2012](#) ordena la inscripción de las directivas médicas anticipadas en la historia clínica del paciente. Esta decisión nos parece acertada, pues su ventaja resulta adecuada en torno a lograr el rápido y adecuado conocimiento por parte de los médicos tratantes. No creemos que esta registración resulte una innecesaria superposición con los registros ya existentes, pero –como hemos mencionado– la agregación de disposiciones que nada tienen que ver con la salud en

41. Por ejemplo: Resolución 66/2012 del Colegio de Escribanos de la Provincia de Chaco.

42. El último párrafo del [reglamento](#) del art. 11 dice: “Los escribanos, a través de sus entidades representativas, y las autoridades judiciales, a través de las instancias competentes, podrán acordar modalidades tendientes a registrar tales directivas si no hubiere otra modalidad de registro prevista localmente”.

43. Ver: Ley 2611 de Neuquén; Ley 10.058 de Córdoba; Ley 4263 de Río Negro.

44. “La creación en el área de la administración pública generaría, sin duda, aumento de burocracia, gastos al erario público y, por supuesto, no otorgaría las seguridades que requiere la naturaleza de los actos a inscribir. Estas propuestas no encuentran justificativo alguno en provincias que cuentan con los registros de actos de autoprotección creados por los respectivos colegios notariales, funcionando eficazmente, sin dificultades administrativas y sin generar gastos al Estado ni a los usuarios [...] Es evidente que el registro en el Ministerio de Salud no resulta práctico ni eficaz y que está sometido a los vaivenes administrativos inevitables en dicho ámbito. [...] mediante convenios con los colegios notariales es posible organizar una fluida comunicación entre los registros de actos de autoprotección y el Ministerio de Salud, para facilitar el acceso rápido y eficiente a la información por parte de los sectores de salud [...] Por otro lado, inscribir en el Ministerio de Salud directivas que nada tienen que ver con su incumbencia, además de ser absurdo, viola el respeto a la privacidad y la debida reserva a esta clase de actos, que atañen a la esfera más íntima de la persona” (LLORENS, Luis R. y RAJMIL, Alicia B., ob. cit. [cfr. nota 1], pp. 66-67).

la historia clínica merece el mismo comentario citado anteriormente respecto de la privacidad del paciente. Por el momento, nos parece que esta crítica no es suficiente para desmerecer la ventaja que ofrece dicho registro en la historia clínica. El avance y el desenvolvimiento del tema irán dictando el camino a seguir.

7. Modelo de escritura

Como aclaración previa, se debe tener en cuenta que los modelos existentes en materia de autoprotección constituyen, más que nada, una guía para el instrumentador y deben estar lejos de convertirse en un mero formulario.

Cada caso particular en esta materia es único e irrepetible, pues la historia, los deseos, el patrimonio, las convicciones y las demás cuestiones personales que encierran estos actos implican la necesidad de que el notario preste especial atención. Por ello, se recomienda efectuar reiteradas audiencias preliminares con el requirente y con las personas que éste desee que participen del proceso, un asesoramiento adecuado y elaborar, leer, explicar y reelaborar la redacción, conforme a los comentarios –y reiterar este proceso cuantas veces sea necesario–.

A continuación, se presenta un modelo para el caso particular de una persona sin familia directa. Se basó en los diversos modelos que el notariado ha brindado hasta ahora⁴⁵ y agrega, quizás como única novedad, el uso de la terminología brindada por la [Ley 26.529](#) (modificada por la [Ley 26.742](#)) y su [decreto reglamentario](#).

DISPOSICIONES Y ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD⁴⁶. PÉREZ, Juan. Escritura número [...]. En [...], a los [...] días del mes de [...] del año [...], ante mí, escribano/a autorizante, COMPARECEN: Juan Pérez [...]. Como testigos instrumentales lo hacen [...] y [...] ⁴⁷; y, a efectos de aceptar los cargos que les serán conferidos, lo hacen Claudia M., y Martín H. Los comparecientes justifican su identidad con los citados documentos, de conformidad al artículo 1002, inciso “c” del Código Civil. Y el señor Juan Pérez EXPRESA: I) MANIFESTACIONES PRELIMINARES: a) que viene por la presente a establecer las disposiciones y estipulaciones que considera necesarias para el supuesto de que una enfermedad mental, física, sensorial, un accidente o simplemente su avanzada edad le impidan en forma transitoria o permanente gobernar su persona o sus bienes o tomar las decisiones necesarias respecto

45. Ver en particular los modelos elaborados por los notarios Nelly A. Taiana de Brandi, Luis R. Llorens, Alicia R. Rajmil, Gastón R. Di Castelnuovo, y los de la Comisión de Autoprotección del Consejo Federal del Notariado Argentino y el Instituto de Derecho e Integración del Colegio de Escribanos de la Provincia de Santa Fe-2ª circunscripción.

46. Cada profesional podrá utilizar la expresión que más se adapte a sus convicciones. En lugar de incapacidad, son opciones válidas la falta de discernimiento o competencia. Algunos modelos incorporan en el membrete la denominación “directivas anticipadas” para referirse a las cuestiones de salud. Creemos que la unicidad del acto jurídico que se otorga hace innecesaria esta distinción.

47. Testigos instrumentales conforme al art. 11 de la [Ley 26.529](#).

de su salud; b) que funda su derecho a otorgar el presente acto en los principios y derechos establecidos en la Constitución Nacional, los tratados internacionales –especialmente, en la Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad– y las leyes 26.657 y 26.529, sus modificatorias y reglamentaciones; c) que el presente otorgamiento es el resultado de un profundo análisis, y las disposiciones que efectuará son en su entender las más convenientes para su persona, su salud y sus bienes; d) que es mayor de edad, plenamente capaz y cuenta con la competencia y el discernimiento necesarios para el presente otorgamiento;⁴⁸ e) que es de estado civil soltero y que no posee ascendiente, descendientes, ni más familia directa que su sobrina Sandra Pérez, hija de su fallecido hermano Pedro, con quien mantiene un trato cordial, pero que nunca ha mostrado preocupación por su situación personal ni por sus necesidades; f) que desde hace diez años es acompañada y asistida por la señora Claudia M. y por su hijo, Martín H., quienes, si bien no mantienen con él vínculo sanguíneo ni familiar de ningún tipo, han sido sus más cercanos amigos y quienes han estado a su lado en los momentos difíciles de su vida y son, sin ninguna duda, las personas que mejor conocen sus preferencias, necesidades y deseos; g) que, por los motivos antedichos, en la fecha ha otorgado ante mí testamento por acto público, instituyendo como su única y universal heredera a la señora Claudia M., y, para el supuesto de prefallecimiento de ésta, a su nombrado hijo, Martín H.; II) ESTIPULACIONES PARA LA PROPIA INCAPACIDAD O FALTA DE DISCERNIMIENTO: que, en virtud de las consideraciones antedichas y para el supuesto de su incapacidad o falta de discernimiento, por la presente DISPONE: Primero. Disposiciones para la vida cotidiana: a) que mientras sea posible desea seguir viviendo en su casa, sita en la calle [...], con el cuidado y control de la señora Claudia M. y su hijo, Martín H.; b) que, ante el supuesto de volverse dependiente y mientras ello sea posible, lo mantengan en su citada casa, con la atención del personal necesario y especializado para su cuidado y atención; c) que, en caso de no ser posible continuar habitando en su hogar, sea internada en el instituto geriátrico [...] o aquel que la señora Claudia M. o su hijo, Martín, consideren conveniente; d) que es su voluntad que en cualquiera de las situaciones antedichas se respete su calidad de vida, sus costumbres, se mantenga su aseo, alimentación, vestimenta y cuidados de acuerdo a su gusto; d) que se mantenga su cobertura y plan de salud con la empresa [...]. Segundo. Disposiciones en materia de salud: a) que, en el caso de que requiera ser hospitalizado y/o internado, transitoria o permanentemente, sometido a cirugía o a cualquier tratamiento que fuera necesario se le realice, sean las personas mencionadas en la cláusula tercera las que otorguen el consentimiento debido, siendo sus “interlocutores”⁴⁹, en el orden establecido en dicha cláusula; b) que autoriza a las citadas personas a agregar oportunamente la presente escritura a su historia clínica;⁵⁰ c) que, no obstante la posibilidad de que las personas designadas anteriormente decidan en el caso concreto de acuerdo a las circunstancias, desea que éstas y los profesio-

48. Mención necesaria conforme a lo dispuesto por el [Decreto 1089/2012](#).

49. Creemos que estas menciones alcanzan para dar a persona el carácter de interlocutor designado conforme al [Decreto 1089/2012](#).

50. Conforme al [Decreto 1089/2012](#).

nales tratantes respeten en principio las siguientes directivas: 1) que sea atendido en la clínica [...] por los especialistas que lo han atendido a lo largo de estos últimos años, a saber: médico de cabecera: [...], cardiólogo [...] [etc.]; 2) que en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, encontrarse en un estadio terminal o sufrir lesiones que lo coloquen en igual situación, RECHAZA cualquier tipo de procedimiento quirúrgico, de hidratación, alimentación, reanimación artificial o soporte vital cuando éstos resulten extraordinarios o desproporcionados en relación con las perspectivas de mejoría o produzcan un sufrimiento desmesurado; 3) que RECHAZA los procedimientos de hidratación y alimentación asistida cuando éstos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo del estadio nombrado en el punto anterior; 4) en todos los casos, deberán mantenerse aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del dolor y sufrimiento del paciente.⁵¹ Tercero. Designación de curador: a) que, para el supuesto de incapacidad o inhabilitación, desea se designe como curadora, provisoria y luego definitiva, a la citada señora Claudia M., y, para el supuesto de que ésta no pueda aceptar, al citado señor Martín H., en virtud de los motivos anteriormente expresados; b) que autoriza a las nombradas personas a proceder, en el momento oportuno, a la apertura del proceso judicial de insania o inhabilitación; c) que rechaza el nombramiento como curador provisoria de un abogado de la matrícula, por considerar que las personas designadas son quienes tienen verdadero conocimiento de su situación, sus anhelos y necesidades, y no desea que su futuro quede en manos de una persona “extraña a su entorno”; d) que, por los motivos antedichos, no desea que se nombre curadora a su sobrina Sandra Pérez. Cuarto. Disposiciones patrimoniales: a) que posee en la actualidad los siguientes bienes e ingresos: [*describir patrimonio, jubilaciones y pensiones, y demás ingresos que pueda tener la persona y que sean del caso*]; b) que, ante su eventual incapacidad, desea que los curadores designados en la cláusula anterior administren su patrimonio en la forma y con el cuidado que el otorgante ha mostrado a lo largo de su vida, respetando en principio las siguientes instrucciones: 1) los haberes jubilatorios y la renta mensual de los bienes descritos deberán ser utilizadas para el mantenimiento de los gastos del compareciente, internaciones, establecimientos asistenciales o geriátricos, personal de asistencia, obra social, y en fin, para mantener el nivel y calidad de vida, conforme a lo estipulado en la cláusula primera; el remanente de sus ingresos deberá ser depositado su citada caja de ahorro; 2) que sus inmuebles, en especial su casa-habitación, no sean enajenados, continuando con la locación de éstos últimos como medio de renta para los citados gastos. En caso de ser necesario y con la autorización judicial pertinente, podrá procederse a la venta de los bienes, en el siguiente orden: [...]. Quinto. Disposiciones sobre su cuerpo:⁵² que, ante su fallecimiento, desea que las personas mencionadas en la cláusula tercera procedan en la siguiente forma: a) que sus restos sean velados en [...]; b) que se celebre una misa en su memoria en la parroquia [...]; c) que sus restos sean cremados y esparcidos en [...]. Sexto. Disposiciones finales: a) que, ante el acaecimiento de

51. Esta expresión resulta de buena práctica, pero creemos que es innecesaria por ser una obligación del médico tratante.

52. Este tipo de disposiciones, para ser aplicadas con posterioridad al fallecimiento, no deben referirse a cuestiones patrimoniales, las que deberán instrumentarse por vía testamentaria.

alguna de las circunstancias previstas en el presente otorgamiento, es su voluntad que las personas designadas, así como los profesionales intervinientes en materia de salud, y los magistrados que deban intervenir respeten la voluntad dispuesta en el presente, en base a los motivos anteriormente expresados; b) que revoca y deja sin efecto cualquier otra disposición que anteriormente haya efectuado para su eventual incapacidad y/o en carácter de directiva médica anticipada;⁵³ c) que autoriza al escribano interviniente a inscribir la presente en el Registro de Actos de Autoprotección del Colegio de Escribanos, así como a transcribir en la minuta respectiva las declaraciones concernientes a directivas de salud;⁵⁴ d) que solicita al citado escribano interviniente expida copia de la presente para los citados señores Claudia M. y Martín H.; e) que autoriza a Claudia M. y Martín H., a los médicos tratantes y a las autoridades de la clínica [...] a solicitar informes al citado Registro de Actos de Autoprotección y a solicitar copias de la presente escritura. ACEPTACIÓN DE CARGOS: los señores Claudia M. y Martín H. manifiestan que aceptan expresamente los cargos y funciones para los cuales han sido designados en el presente por el señor Juan Pérez y que consienten representarlo, respetando en cuanto sea posible las instrucciones recibidas.⁵⁵ DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS: los señores [...] y [...] manifiestan que han estado presentes durante todo el acto, que conocen al señor Juan Pérez y que les consta la capacidad, discernimiento y competencia de éste para efectuar el presente otorgamiento.⁵⁶ CONSTANCIAS NOTARIALES: yo, escribano autorizante, hago constar que he advertido al otorgante que, eventualmente, las disposiciones para su propia incapacidad formuladas en esta escritura quedan sujetas a una posible resolución judicial al respecto, así como a la decisión de sus destinatarios o parientes, y/o al dictado de una modificación posterior de la ley que reglamenta esta especie de actos.⁵⁷ LEO a los comparecientes, quienes firman de conformidad, ante mí, doy fe.

8. Jurisprudencia

Existen en la actualidad fallos en materia de directivas médicas anticipadas. Destacamos los que significan un avance en el tema y se fundamentan en los principios que hemos resaltado a lo largo de este trabajo. Empero, comenzaremos analizando el caso “Bahamondez” de la [Corte Federal](#), en virtud de la frecuente referencia que

53. Declaración necesaria conforme al [Decreto 1089/2012](#).

54. Necesario en aquellos distritos que prevén la posibilidad de incluir dichas declaraciones en la minuta de inscripción.

55. No obstante las aclaraciones formuladas en el presente trabajo, la aceptación del cargo en cuestiones de salud resulta obligatoria conforme al [Decreto 1089/2012](#).

56. Declaración necesaria conforme al [Decreto 1089/2012](#).

57. Constancia necesaria en la demarcación de Ciudad de Buenos Aires, conforme a la última modificación del [reglamento del Registro de Actos de Autoprotección](#). Consideramos que ésta no resulta necesaria y, muy por el contrario, perjudica el acto. La jerarquía de la normativa aludida en el presente trabajo a fin de fundamentar los actos de autoprotección torna esta aclaración una excesiva reserva de responsabilidad por parte del notariado. No creemos que ninguna modificación a la legislación actual pueda alterar esta situación.

los fallos de la última década efectúan a él y porque, si bien no alude a las directivas anticipadas, aborda el tema de la autodeterminación sobre el propio cuerpo.

8.1. CSJN, 6/4/1993, “Bahamondez, Marcelo”⁵⁸

Marcelo Bahamondez había sido internado por padecer una hemorragia digestiva. Aun ante la posibilidad de poner en riesgo su vida, éste decide no someterse a ningún tipo de transfusión de sangre por pertenecer al culto Testigo de Jehová, que no permite dichas prácticas. La Corte denegó la viabilidad del recurso extraordinario por falta de un agravio actual al momento del decisorio, pues el recurrente había sido dado de alta de dicho cuadro hacía mucho tiempo. No obstante, los votos en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi y aun los votos concurrentes de los ministros Fayt y Barra han marcado una doctrina que permanece hasta hoy como caso testigo en la materia de autodeterminación sobre el propio cuerpo.⁵⁹

Se destaca de estos votos la especial referencia a la autonomía personal que brinda el artículo 19 de la Carta Magna y que es especialmente en estos casos donde

58. Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, t. 1993-D, p. 130; *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 153, p. 254.

59. “3) Que la Cámara, al configurar el pronunciamiento de la instancia anterior, sostuvo que la decisión de Bahamondez constituía un ‘suicidio lentificado, realizado por un medio no violento y no por propia mano mediante un acto, sino por la omisión propia del suicida’ que no admitía tratamiento y de ese modo se dejaba morir. Señaló el tribunal que, al ser el derecho a la vida el bien supremo, no resulta posible aceptar que la libertad individual se ejerciera de un modo tal que extinguiera la vida misma...”. “11) Que [...] el art. 19 de la Ley 17.132 de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración dispone en forma clara y categórica que los profesionales que ejerzan la medicina deberán –entre otras obligaciones– ‘respetar la voluntad del paciente en cuanto sea negativa a tratarse o internarse...’, con excepción de los supuestos que allí expresamente se contemplan. La recta interpretación de la citada disposición legal aventa toda posibilidad de someter a una persona mayor y capaz a cualquier intervención en su propio cuerpo sin su consentimiento. Ello, con total independencia de la naturaleza de las motivaciones de la decisión del paciente, en la que obviamente le es vedado ingresar al tribunal, en virtud de lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional, en la más elemental de sus interpretaciones”. “12) [...] Además del señorío sobre las cosas que deriva de la propiedad o del contrato –derechos reales, derechos de crédito y de familia–, está el señorío del hombre a su vida, su cuerpo, su identidad, su honor, su intimidad, sus creencias trascendentes, entre otros, es decir, los que configuran su realidad integral y su personalidad, que se proyecta al plano jurídico como transferencia de la persona humana. Se trata, en definitiva, de los derechos esenciales de la persona humana, relacionados con la libertad y la dignidad del hombre”. (Del voto de los doctores Fayt y Barra).

“8) Que la Corte ha tenido oportunidad de dejar claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros...”. “9) [...] la posibilidad de que los individuos adultos puedan aceptar o rechazar libremente toda interferencia en el ámbito de su intimidad corporal es un requisito indispensable para la existencia del mencionado derecho de la autonomía individual, fundamento éste sobre el que reposa la democracia constitucional”. “13) Que, de conformidad con los principios enunciados, cabe concluir que no resultaría constitucionalmente justificada una resolución judicial que autorizara a someter a una persona adulta a un tratamiento sanitario en contra de su voluntad, cuando la decisión del individuo hubiera sido dada con pleno discernimiento y no afectara directamente derechos de terceros. Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”. (Del voto en disidencia de los doctores Belluscio y Petracchi).

se aprecia claramente la operatividad de esta prerrogativa, pues lo contrario implicaría vaciarla de contenido y decir que sólo es aplicable a situaciones sin trascendencia en el mundo exterior.

8.2. *SC Buenos Aires, 9/2/2005, "S., M. d. C."*⁶⁰

La *Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires* debió pronunciarse sobre el pedido que el curador y el cónyuge de un paciente efectuaron para desconectar a una persona que se encontraba bajo un estado vegetativo permanente e irreversible. La paciente no había dictado disposiciones anticipadas y tampoco era verificable en forma indubitada que ésa fuera la voluntad que había manifestado al respecto.

Si bien la resolución del tribunal resultó denegatoria, sus fundamentos resultan de interés para este trabajo, pues varios de los ministros abordaron el tema de las directivas anticipadas. Hicieron un profundo análisis del tema y dieron a entender que si en el caso concreto hubiesen existido tales directivas, la decisión habría sido favorable. Se destaca de los votos del doctor Roncoroni y de la doctora Kogan la afirmación contundente respecto del derecho de toda persona para otorgar directivas anticipadas, aun con anterioridad a la vigencia de la *Ley 26.529*.⁶¹

60. Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. cit.212, p. 551; *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2005-B, p. 267.

61. "1) [...] toda persona adulta, libre, consciente y en su sano juicio tiene el derecho (la libertad) de rechazar o suspender el tratamiento de una enfermedad que le es aconsejado o aplicado por profesionales del arte de curar, aun a sabiendas de que ello lo conducirá a la muerte". "6) [...] ha de prestarse oídos a tal voluntad si ella se manifestó en forma inequívoca con antelación a llegar al estado en que se encuentra y aunque la misma no haya quedado vestida con las formas de un testamento de vida o de un apoderamiento. Bastaría la prueba rotunda y convincente de que la paciente, en pleno uso de sus facultades mentales y como fruto de una madura y seria reflexión, dio cuenta de sus deseos de rechazar todo tratamiento si en el futuro llegara a encontrarse en dichas circunstancias". (Del voto del doctor Roncoroni).

"1) [...] si bien la vida es un bien supremo y el primer derecho de toda persona, éste debe armonizarse con el derecho a la autonomía, a la autodeterminación y a la libertad individual de cada ser humano reconocidos en el art. 19 de la Carta Magna, con estrecha relación con la dignidad de la persona contemplada en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional (arts. 5.1, 7.1, 11.1 y 16, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros) [...] La vida no puede mantenerse en cualquier circunstancia y a cualquier costo, pues ese bien acarrea también el derecho de vivir en condiciones de dignidad [...] debe primar la autonomía de la voluntad del paciente que, en virtud de su derecho a la autodeterminación sobre su persona y su propio cuerpo, decide rechazar un determinado tratamiento médico, aunque esa negativa pudiera poner en peligro su vida". (Del voto de la doctora Kogan). "9) [...] f) si bajo determinadas circunstancias un enfermo en peligro de muerte puede decidir no afrontar una intervención terapéutica recomendable según la praxis médica, haciendo valer su autonomía (art. 19, Constitución Nacional), no veo por qué no estará facultado a invocarla cuando ha de enfrentarse a un cuadro clínico caracterizado por la irreversibilidad. Debe estarse, entonces, a la decisión del paciente competente adecuadamente informado, adoptada en un ambiente libre de otra presión que no sea la inherente al contenido dilemático de la propia situación existencial". (Del voto del doctor Soria).

8.3. *Juzg. Crim. Corr. de Transición n° 1 Mar del Plata, 25/7/2005, "M."*⁶²

Este fallo, también anterior a la sanción de la *Ley 26.529* y dictado por el juez Pedro F. Hooft, es el primero que reconoce la validez de las directivas anticipadas otorgadas mediante escritura pública.

La paciente M. padecía una enfermedad degenerativa, progresiva, continua e incurable que produce trastornos motrices, del habla, la deglución y la respiración. Ante el conocimiento de su patología, M. otorgó un acto de autoprotección por escritura pública, en el cual aclaró su intención de no someterse a ninguna práctica que prolongara su vida en forma artificial por medio de procedimientos médicos invasivos, y designó como mandatarios especiales para el cumplimiento de su voluntad a su cónyuge y, en forma sustituta, a su hermana. Fue el citado cónyuge quien, a instancias de la propia M., inició una acción de amparo a efectos de proteger anticipadamente la decisión que había tomado la paciente en la escritura.

El juez, en un fallo brillante, ahondó en la doctrina del tema, tanto nacional como internacional, y en los dos fallos citados anteriormente. Asimismo, no se limitó a sentenciar desde su despacho, sino que interactuó y se entrevistó con la paciente y sus familiares y tuvo en cuenta la opinión de peritos en materia médica y bioética y los dictámenes de la defensora de incapaces y la fiscal interviniente.

La lectura del fallo en su totalidad es necesaria para cualquiera que se encuentre interesado en la materia. El juez hizo una especial referencia a los fallos citados anteriormente y a toda la normativa supralegal aludida en el presente trabajo, y dejó especialmente aclarado que la falta de normativa subconstitucional no es óbice para la plena operatividad de los derechos y prerrogativas otorgadas por estas normas.⁶³

62. Publicado en *La Ley Buenos Aires*, Buenos Aires, La Ley, t. cit.2005, p. 1066.

63. "VI) [...] Señala con justeza la señora defensora que la aceptación de las directivas anticipadas implica un avance en la consolidación del principio de autonomía y del derecho del paciente a rechazar tratamientos que –como en el caso– prolonguen su vida artificialmente a costa de su calidad de vida y dignidad". "VIII) [...] el comité ad hoc del Programa Temático Interdisciplinario en Bioética de la Universidad Nacional de Mar del Plata sostiene que las directivas anticipadas constituyen un 'instrumento legal cada vez más necesario en el entramado médico jurídico existente hoy día, en la concreción del derecho a la libre decisión, a la calidad de vida y a la preservación de la salud como un proceso integral biológico, psicológico, social e histórico, socio-individual...". "XI) [...] cabe aquí destacar que la ausencia de normativa subconstitucional específica referida a las denominadas directivas anticipadas [...] no implica que el referido instituto resulte extraño al ordenamiento jurídico argentino, partiendo prioritariamente de normas, principios y valores consagrados en la Constitución Nacional y, en un sentido más amplio, del denominado bloque de constitucionalidad, conforme previsiones del art. 75 numeral 22 de la Constitución Federal, que otorga jerarquía constitucional a los instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos allí numerados (Germán J. BIDART CAMPOS, *Compendio de derecho constitucional*, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2004, pp. 23/24)". "XII) [...] desde la Constitución y el bloque de constitucionalidad irradian principios rectores que requieren operatividad en el mundo jurídico cotidiano, puesto que de lo contrario las sabias previsiones constitucionales podrían de hecho verse cercenadas –y convertidas en letra muerta– debido a la ausencia de normas infraconstitucionales que expliciten en concreto el modo de realización de la normativa superior [...] resultaría manifiestamente irrazonable sostener que una persona plenamente capaz (padre o madre) pudiesen designar tutor para sus hijos bajo la patria potestad, e inclusive curador para la persona de hijos mayores jurídicamente incapaces, mientras que al mismo tiempo y dentro de un mismo sistema jurídico con una raíz constitucional personalista, le negase el legítimo derecho de una persona mayor de edad y plenamente capaz al momento de exteriorizar su voluntad de

8.4. CSJN, 1/6/2012, “Albarracini, Nieves, Jorge W.”⁶⁴

Las circunstancias de hecho de este caso se asemejan a las de “Bahamondez”. Pablo Albarracini ingresó al hospital con varias heridas de bala, producidas durante un intento de robo. El paciente profesaba la religión Testigo de Jehová; por tal motivo, las transfusiones de sangre, que resultaban, desde el punto de vista médico, indispensables para salvarle la vida iban contra sus creencias.

Las diferencias de hecho con “Bahamondez” son: en primer lugar, la actualidad de la pretensión, es decir, el paciente se encontraba internado y en grave estado de salud al momento de la decisión de la Corte; por otra parte –aun más significativa para este trabajo–, el paciente llegó al nosocomio en estado de inconsciencia, sin la posibilidad de expresar su voluntad respecto de los tratamientos médicos a serle brindados. Ante esta circunstancia, su pareja exhibió un documento en el cual el paciente, años atrás y con su firma certificada ante escribano público, rechazaba todo tipo de transfusiones de sangre. En contra de esta decisión, el padre de Albarracini solicitó ante la justicia la intervención médica, a través de una medida precautoria. El caso llegó a la Corte tras la aceptación de la medida en primera instancia y la negativa de la Cámara de Apelaciones en lo Civil en segunda instancia.

En un fallo conciso y sin fisuras, la Corte resolvió a favor de la declaración de voluntad del paciente. Para ello, estableció una referencia sistemática a los fundamentos del caso “Bahamondez”, con el artículo 19 de la Constitución Nacional, y como argumento principal tomó en consideración la [Ley 26.529](#), vigente al momento del pronunciamiento. Fue el primer fallo en referirse a las directivas anticipadas en la citada ley.⁶⁵

9. Conclusiones

Como se ha advertido a lo largo de estas páginas, aún queda un largo camino por recorrer y muchos ajustes por hacer. Sin embargo, desde una visión positiva y espe-

designar un mandatario para la toma de decisiones referentes a la salud del mandante, en el hipotético caso de llegar éste a una situación de incapacidad de hecho”.

64. *AbeledoPerrot* n° AP/JUR/769/2012.

65. “13) Que ante un caso de la gravedad del presente corresponde recordar que una de las premisas fundamentales de la libertad individual en la Constitución Nacional se encuentra en el art. 19...”. “16) [...] es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo a sus propios valores o puntos de vista, aún cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada. Esta idea ha sido receptada por el legislador en la Ley 26.529...”. “19) [...] mientras una persona no ofenda el orden, a la moral pública o a los derechos ajenos, sus comportamientos incluso públicos pertenecen a su privacidad, y hay que respetarlos aunque a lo mejor resulten molestos para terceros o desentonen con pautas del obrar colectivo (*Fallos* 328: 2966, disidencia de la doctora Highton de Nolasco)”.

ranzadora, entendemos que no es poco lo logrado y que somos nosotros –los notarios, desde nuestras escribanías, y el notariado, como cuerpo, desde los colegios y sus institutos, congresos y jornadas– los que tenemos la misión de difundir esta figura y de brindarles a las personas una herramienta eficaz para ejercer sus derechos básicos.

Celebramos los logros alcanzados y la existencia de la Ley Nacional de Salud, pero entendemos que resulta necesario cooperar para lograr su perfeccionamiento (incluir las directivas anticipadas en cuestiones ajenas a la salud, la escritura pública como forma, el reconocimiento de la registración y la publicidad a nivel nacional, etc.), pues la ley debe ser una herramienta para facilitar el ejercicio pleno de los derechos de las personas y no lo contrario. A tal fin, debemos unirnos y trabajar en conjunto con médicos, abogados, jueces y legisladores.

Resaltamos la importancia del principio de inmediatez y del asesoramiento del escribano en esta materia. Debemos estar preparados para escuchar e interpretar los deseos de las personas que recurren a nosotros para buscar soluciones cuando deben tomar decisiones trascendentales en sus vidas. Especialmente, cuando nos requieren un testamento o una donación para *evitar* una sucesión, debemos informarles acerca de los actos de autoprotección, para difundir la figura y ofrecerla como un complemento. Debemos recordar siempre que el escribano brinda un servicio público.

Consecuencias de la extinción del contrato de fideicomiso*

Eduardo G. Clusellas

Sumario: 1. Vencimiento del plazo contractual. 2. Transmisión de dominio pleno en cumplimiento del contrato de fideicomiso y sus implicancias impositivas. 3. Modelo.

1. Vencimiento del plazo contractual

Resulta interesante analizar algunas de las problemáticas más comunes referidas a la extinción del contrato de fideicomiso. Circunscribiré el análisis al desarrollo de los fideicomisos inmobiliarios y a los efectos que el vencimiento del plazo o el cumplimiento de la condición acarrea.

Al configurarse el negocio inmobiliario y redactarse el contrato, las partes pretenden, lógicamente, que las ganancias sean ciertas y los plazos sean cortos. Como la realidad no siempre va de la mano con las previsiones, es usual que los plazos resulten insuficientes para concluir las obras o para que el fiduciario pueda proceder a la firma de las escrituras de venta o de transmisión del dominio pleno de los beneficiarios o a los fideicomisarios.

De acuerdo a lo normado por la mayoría de las disposiciones técnico-registrales u órdenes de servicio de las distintas jurisdicciones del país, la toma de razón del dominio fiduciario incluye la registración del plazo al que se somete o la indicación de si se encuentra sujeto a condición. La fórmula más problemática es la que impone un plazo fijo y determinado, por ejemplo, dos años. Lógicamente, resultaría más conveniente sujetar el contrato a la condición de la conclusión total de las obras, pero la sujeción a la condición sin indicar un plazo de referencia no resulta habitualmente aceptada por las partes contratantes. Resulta entonces conveniente fijar un plazo cierto y, además, sujetar la posible extensión al cumplimiento de la condición o encargo, por ejemplo: “el contrato tendrá un plazo de dos años o hasta que se produzca la total terminación de las obras que habiliten a escriturar las unidades resultantes a los fideicomisarios”. Debemos tener en cuenta la importancia de no incluir al final la mención “o lo que ocurra primero”, puesto que, si la obra se demora,

* Publicado en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 973, enero-abril 2013, pp. 215-223.

como habitualmente ocurre, la previsión de la extensión quedará automáticamente bloqueada.

Surgen varios interrogantes que se presentan ante el vencimiento de los plazos. ¿Qué tratamiento debemos darle a aquellos casos en los que solo fue previsto un plazo y éste se encuentra vencido? ¿El vencimiento del plazo produce la extinción del dominio fiduciario? ¿Carece el fiduciario de facultades para proseguir actuando?

La limitación temporal, como dominio imperfecto, es uno de los elementos diferenciadores del dominio fiduciario. Como sabemos, el nacimiento y la extinción del contrato de fideicomiso y del dominio fiduciario no necesariamente coinciden temporalmente. El contrato de fideicomiso obligará al fiduciante a aportar el inmueble o facultará al fiduciario a adquirir un inmueble que revestirá tal carácter, sin que resulte necesario que se opere dicha transmisión en forma simultánea con la firma del contrato. De la misma forma, la extinción del contrato por cumplimiento de su objeto no pone fin al dominio fiduciario, sino que habilita y obliga al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los destinatarios finales, que serán quienes resulten fideicomisarios, beneficiarios o, en su caso, compradores de las unidades resultantes.

Para analizar los efectos del plazo vencido, deberemos analizar en protección de quién se establecieron los plazos. Lógicamente, los fiduciantes los han previsto para dar protección a los beneficiarios. Por lo tanto, si se hubiese agotado el plazo previsto contractualmente, serán los beneficiarios o los cesionarios de sus derechos quienes se encontrarían habilitados a prorrogarlo, a pesar de que no hubieran suscripto el contrato de fideicomiso que lo impuso, que ha sido suscripto por los fiduciantes originantes.

Como ya mencionamos, el plazo es uno de los datos que tienen vocación registral, por lo que el acuerdo de prórroga deberá ser formalizado por instrumento público y se deberá rogar la inscripción. Pero ¿qué sucede con el dominio fiduciario si no se alcanzan las mayorías necesarias para otorgar la prórroga?

La extinción de otros derechos reales sujetos a una limitación temporal, tal como el usufructo temporal, es automática y se produce con el solo transcurrir del tiempo. Al alcanzarse el plazo previsto, automáticamente se extingue el derecho y se consolida el dominio pleno en cabeza del nudo propietario.

Pero no es así como se encuentra concebido el dominio fiduciario en la [Ley 24.441](#). Al cumplirse el plazo o acaecer la condición, el dominio no se consolida en cabeza del fiduciario, ni revierte a favor del fiduciante que aportó el bien. Por tratarse de un negocio complejo, la obligación del fiduciario será la de transmitir el dominio pleno a favor del fiduciante, fideicomisario o del beneficiario designado en el contrato. El dominio fiduciario no pierde automáticamente este carácter por el mero vencimiento de los plazos, sino que mantiene su vigencia porque, como vimos, el acaecimiento de la condición (haber concluido las obras) dentro del plazo previsto no hace más que habilitar y obligar al fiduciario a transmitir el dominio pleno a los fideicomisarios previstos.

Esto surge del análisis profundo de los artículos 24 y 25 de la Ley 24.441.¹ Todos los contratos de fideicomiso sujetos a plazo contemplan un encargo fiduciario, que resulta el objeto central del contrato. De manera indirecta, el encargo representa una condición. El plazo resulta impuesto como un tiempo previsto para alcanzar dicha condición. Quedaría en riesgo el negocio instrumentado por esta vía contractual, si el mero vencimiento del plazo conllevara la automática extinción del contrato y la imposibilidad de actuar y contratar del fiduciario. Generaría un perjuicio mayor si el fiduciario se encontrara inevitablemente obligado a transmitir automáticamente el dominio pleno a los fideicomisarios, quienes revestirían la calidad de condóminos en el estado de terminación en que se encuentre el bien al vencimiento del plazo, con el riesgo que ello implica. Si así fuera, el fiduciario debería abstenerse de efectuar cualquier acto con relación al patrimonio fideicomitado, el que quedaría totalmente desprotegido. Eso no es lo que haría un “buen hombre de negocios”.

De alguna forma queda claro que el plazo ha sido previsto para cumplir con la condición que se da en el encargo fiduciario. Al producirse el vencimiento del plazo, serán los beneficiarios quienes deberán decidir si extienden el plazo para permitir el cumplimiento del encargo, o acotan el encargo para respetar el plazo. A todas luces, la primera de las alternativas resulta la más razonable, sin perjuicio de considerar una justa causa de remoción del fiduciario la de no haber podido concluir con las obras en el plazo previsto.

Entiendo que los actos ejecutados por el fiduciario que cumple su encargo en virtud de un contrato de fideicomiso que ya tiene su plazo vencido no son nulos, y resultarán oponibles a los beneficiarios y a los terceros que contraten con el fideicomiso; se considerarán efectuados dentro de la etapa liquidatoria.

2. Transmisión de dominio pleno en cumplimiento del contrato de fideicomiso y sus implicancias impositivas

Describiré algunas de las alternativas de las que disponemos para extinguir el dominio fiduciario y transformarlo nuevamente en dominio pleno al concluirse las obras encomendadas en un fideicomiso inmobiliario.

Los esquemas de funcionamiento de los negocios fiduciarios nos permiten manejar múltiples alternativas para regular su funcionamiento. Un esquema tradicional habilitaría al fiduciario a vender las unidades funcionales a construirse y, en ese supuesto, el tratamiento sería el de una venta ordinaria, sin necesidad de efectuar más consideraciones que la necesidad de dejar claramente acreditada la legitimación del fiduciario en tal rol. Será necesario agregar copia del contrato de fideicomiso o, en su defecto, efectuar la remisión al folio del protocolo donde se encuentre agregado. El

1. Art. 25: “El fideicomiso se extinguirá por: a) el cumplimiento del plazo o la condición a que se hubiere sometido o el vencimiento del plazo máximo legal...”; art. 26: “Producida la extinción del fideicomiso, el fiduciario estará obligado a entregar los bienes”.

resto de las cláusulas de la compraventa tendrá el tratamiento habitual de cualquier operación del tipo.

Este esquema, si bien desde el punto de vista operativo releva al fiduciario de la obligación de rendir cuentas a los adquirentes –quienes serán tratados como simples compradores y recibirán el inmueble prometido en venta en las condiciones pactadas–, obliga a liquidar el producido de la utilidad del emprendimiento a favor de sus fiduciantes beneficiarios (los inversores), luego de practicar el pago de los impuestos correspondientes. Recordemos que para los administradores de patrimonios ajenos, la ley prevé una alícuota del 35 % a aplicar sobre la base imponible. Por esta razón, éste no es el esquema fiduciario habitualmente utilizado para instrumentar los negocios inmobiliarios.

Los desarrollistas prefieren la alternativa de recurrir a la figura de la coincidencia entre ambos sujetos negociales –fiduciante y beneficiario–, que permite aplicar, de acuerdo con las previsiones del [Decreto 780/1995](#), las consecuencias impositivas del acto en cabeza de los mismos fiduciantes beneficiarios, quienes tributarán el impuesto a las ganancias del negocio de acuerdo a la alícuota que a cada uno de ellos le corresponda.

Estamos hablando del impuesto a las ganancias sobre la utilidad que arroje el negocio, puesto que en ambos casos el impuesto –que en nuestro carácter de notarios y agentes de retención debemos retener e ingresar– será del 3 % del valor del acto. La AFIP interpreta que, salvo casos especiales, como podría ser un fideicomiso en garantía o que contenga un negocio subyacente consistente en una donación, la regla general será la de la presunción de que quien forma parte de un fideicomiso inmobiliario lo hace con la expectativa de obtener un beneficio patrimonial, y esto servirá de base para fundamentar la retención antes mencionada.

Sobre dicho tema corresponde efectuar algunas aclaraciones. En algunos supuestos, al no existir fondos disponibles sobre los cuales efectuar la retención mencionada, los colegas, constituyen a las partes en agentes de autorretención. Esta figura no libera a las partes del pago del impuesto referido sino sólo al agente de retención (en este caso, al escribano interviniente). Este procedimiento puede acarrear algunos riesgos para las partes si éstas, aprovechando las ventajas de no haber tributado el impuesto en el acto escriturario, omiten definitivamente su pago. En este caso, la AFIP podrá determinar de oficio el impuesto omitido y condenar a su efectivo pago a las partes con su correspondiente multa y actualización.

Para calcular la base imponible a aplicar, deberemos acudir a las normas generales tributarias. De acuerdo a dichas normas, la base imponible siempre es el mayor valor, considerando la valuación fiscal luego de aplicar su respectivo índice corrector; en su defecto, el VIR, el valor real de los aportes efectivamente realizados al fideicomiso o el valor de mercado; para estimar a este último, bastará con considerar el precio de la última cesión.

Para determinar el criterio a aplicar con relación al impuesto de sellos, deberemos tener en cuenta que la regla general es que la escritura de transmisión del do-

minio pleno a favor del beneficiario-fideicomisario se encuentra alcanzada por las normas de dicho impuesto. Pero cabe aclarar que también comprenderán al acto los beneficios de exenciones impositivas, si el inmueble que recibe el beneficiario-fideicomisario se destina a su vivienda única, familiar, de uso propio y de ocupación permanente; y se encuentra dentro de los montos alcanzados por dicha exención total o parcial.

En consecuencia, desarrollaré el modelo del supuesto más habitual para este tipo de operaciones inmobiliarias. El caso de análisis será el de un fiduciario que deberá transmitir el dominio pleno al beneficiario-fideicomisario una vez concluidas las obras. El mismo podrá revestir este carácter, ya por haber formado parte del contrato que dio origen al negocio, como adherente en fecha posterior, o como cesionario de los derechos de alguno de ellos.

3. Modelo

[*Epígrafe*] ESCRITURA NÚMERO DIECINUEVE. TRANSMISIÓN ONEROSA EN CUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE FIDEICOMISO. “SANTA MARÍA S. A.” a favor de [...].²

[*Encabezamiento*]³ En la ciudad de [...]⁴, ante mí [...]⁵, comparecen [...]⁶, personas capaces para este acto a quienes identifico de acuerdo a lo previsto por el inciso... del art. 1002 del Código Civil, quienes intervienen por sí y dicen:

[*Objeto*] Que, dando cumplimiento al encargo fiduciario, “SANTA MARÍA S. A.” transmite el DOMINIO PLENO, a favor de [...], de la UNIDAD FUNCIONAL [...], NOMENCLATURA CATASTRAL: circunscripción [...]; parcela [...]; subparcela [...]; po-

2. El epígrafe descriptivo busca aportar mayor claridad a quien deba referenciar la escritura. Intentamos dejar en claro que la transmisión es del dominio pleno y no se trata de una transmisión del dominio fiduciario, como sería el caso si se transmitiera el dominio al fiduciario sustituto. El acto resulta oneroso, dado que los fiduciantes-beneficiarios han efectuado los aportes necesarios para ejecutar la obra, y se encuentra encuadrado dentro de lo previsto por los códigos de actos de la provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En la Provincia, el código de acto es el 121-00.

3. Tratándose de transferencia de dominio de inmuebles, conforme al art. 1184 CCIV, se debe realizar sólo por escritura pública. Colocar en el encabezamiento, número de escritura, descripción del acto y partes.

4. Incorporar data, lugar y fecha de la escritura con la forma de estilo del notario autorizante.

5. Identificación del notario interviniente y del registro notarial.

6. Datos personales de los sujetos intervinientes. Recordar que, por tratarse de un acto registrable, debe incorporarse la clave de identificación tributaria de las partes, a quienes identificamos de acuerdo a lo previsto por el art. 1002 CCIV. Se redacta la comparecencia en los términos de la técnica notarial. Recordamos que serán enunciados todos los sujetos instrumentales y será acreditada la legitimación de su intervención para dejar claramente establecida la identificación de los sujetos del contrato; ellos son el fiduciario y el beneficiario. La identificación y legitimación de los comparecientes debe ser efectuada por el notario. Debemos tener presente que se debe acreditar claramente el carácter del titular de dominio fiduciario, lo que se podrá producir con la agregación del contrato de fideicomiso o con la remisión si el contrato se encuentra protocolizado o formalizado en escritura pública ante el mismo registro notarial.

lígono [...]. Partida inmobiliaria: [...]. Valuación fiscal: \$[...], valuación fiscal para el impuesto al acto: \$[...]. Catastro número [...]⁷.

[*Enunciación del antecedente negocial de este acto*] Por escritura pública número [...]⁸, el señor [...] celebró un contrato de fideicomiso inmobiliario, que se denominó “Fideicomiso [...]”⁹, cuya clave única de identificación tributaria es [...], en el que se obliga a la transmisión del dominio pleno del inmueble referido a favor del beneficiario de esos derechos.

[*Transmisión de dominio. Evicción. Manifestación acerca de la tradición*] Las partes declaran que esta transmisión es de dominio pleno, extinguiéndose en relación a él el dominio fiduciario, y, en consecuencia, el fiduciario transfiere en este acto a favor del beneficiario, quien adquiere de conformidad, todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre el inmueble relacionado tenía y le correspondían, obligándose a responder por el saneamiento, en caso de evicción, con arreglo a derecho y otorgándole la posesión del inmueble mediante la tradición que opera a favor del adquirente en este acto, manifestando que por la unidad objeto de este acto no existen deudas por expensas comunes y/o extraordinarias y que el inmueble en general se encuentra asegurado contra riesgo de incendio, con póliza vigente.

[*Aceptación de la transferencia dominial*] Por su parte, declara el adquirente que acepta los términos de esta escritura de transmisión de dominio pleno, operada a su favor en este acto, por ser lo convenido, manifestando que recibe de conformidad la posesión del inmueble por la tradición que se opera en este acto y que conoce y acepta el reglamento de copropiedad y administración que rige la finca, antes mencionado, el que se obliga a cumplir en todas sus partes. Surgen del mencionado reglamento de copropiedad y administración las siguientes cláusulas, que, transcriptas textualmente, dicen: [...]

[*Restricciones a las facultades del titular fiduciario*] Las partes declaran, además, que, a los efectos de determinar las facultades que el administrador fiduciario posee con relación a la posibilidad de disponer de los bienes fideicomitidos, surge claramente su admisión en el contenido del contrato de fideicomiso referido, que regula las facultades y prohibiciones del fiduciario en el ejercicio de la propiedad fiduciaria.

[*Acreditación de los derechos que el beneficiario posee para que se le adjudiquen los bienes*] Y LOS CONTRATANTES MANIFIESTAN: Que los derechos de adjudicación de las unidades objeto de este acto surgen de los siguientes antecedentes: 1) del contrato de fideicomiso otorgado el [...] de 20[...], anteriormente mencionado, las unidades objeto de este acto fueron adjudicadas a [...]; 2) por cesión de derechos del día [...] de [...] de

7. Descripción íntegra del inmueble de acuerdo con título. Tener presente que si el inmueble hubiera sido modificado por plano (mensura, división, etc.), la descripción debe hacerse por plano. También debe consignarse la designación catastral. De acuerdo con la técnica notarial aplicada por el escribano interviniente, esta constancia podrá trasladarse a las constancias notariales.

8. Relación íntegra y clara del contrato de fideicomiso por el que el fiduciante se obliga a otorgar esta transferencia de dominio.

9. Resulta práctico asignarle al fideicomiso un nombre de fantasía para diferenciarlo claramente del patrimonio personal del fiduciario y de los restantes patrimonios fideicomitidos que se encuentren bajo su titularidad.

20[...], cedieron los derechos que le correspondían sobre las unidades a favor del aquí adquirente, por la suma de [...] PESOS, (\$[...]), que los cedentes recibieron en oportunidad de la firma de la cesión y que se repondrá con dinero que retengo al efecto.

[*Constancias notariales*] Yo, el autorizante, hago constar: que le corresponde al fiduciario transmitente el dominio del inmueble.¹⁰ Que de los certificados solicitados para este otorgamiento, entre ellos los expedidos por el Registro de la Propiedad referidos a dominio y anotaciones personales,¹¹ que agregó, resulta que por el nombre del fiduciario y en la forma solicitada no se registran anotadas inhibiciones que le impidan disponer de sus bienes, ni del que por este acto transfiere, cuyo dominio consta en la forma solicitada, no se registran hipotecas, embargos, gravámenes ni otros derechos reales.¹² De los demás certificados solicitados resultará que no se registran deudas por impuestos, tasas, ni contribuciones, hasta la fecha de este otorgamiento. Que, a los efectos fiscales e impositivos que pudieran corresponder, el valor de la unidad funcional [...] es de: [...] pesos (\$[...])¹³, y, a los efectos contables, el valor efectivamente ingresado por el fiduciante al fideicomiso para solventar los costos del emprendimiento es de: [...] pesos (\$[...]). Que, en mi carácter de agente de retención, retengo a la sociedad fiduciaria la suma de pesos [...], en concepto del impuesto a las ganancias, los que ingresaré en el tiempo y la forma que exige la reglamentación vigente,¹⁴ por no haber fondos disponibles, constituyendo a las partes en agentes de autorretención en caso de corresponder su tributación. 3) Que en el citado plano figuran las siguientes notas que transcriptas textualmente dicen: [...].

LEÍDA Y RATIFICADA, así la otorgan y firman ante mí, doy fe.

10. Descripción de los actos que sirvan de título al dominio del transmitente en su carácter de fiduciante, con la constancia de su registración, a los efectos de conservación del principio registral de tracto sucesivo.

11. Acreditación de las constancias de los certificados solicitados para el acto, conforme a los arts. 23 y cc. de la Ley 17.801.

12. Pueden transferirse inmuebles gravados siempre que el adquirente acepte el gravamen, lo que dependerá de la voluntad negocial.

13. La base imponible para el pago de los impuestos de sellos y a las ganancias surgirá del mayor valor entre el que informa la valuación fiscal con su respectivo índice corrector, el valor efectivamente aportado por el fiduciante al fideicomiso –en este contrato nos referimos a él como “a los efectos contables”– y el valor de la mayor cesión operada sobre esa unidad, que configura claramente el valor de plaza. El *Código Fiscal* considera como la base imponible sobre la que corresponde aplicar la alícuota, el mayor valor de todos ellos.

14. Excepcionalmente, cuando no existen fondos disponibles, se puede constituir a las partes en agentes de autorretención en caso de corresponder su tributación, desligando de responsabilidad al escribano autorizante. Esto no hace desaparecer la obligación tributaria, pero existen algunos casos de conflicto en donde esta solución aparece como modelo de resolver el conflicto.

Appart-hoteles. Condo-hoteles*

Marcelo A. de Hoz y Santiago Rossetti Messina

***Sumario:** 1. Introducción. Planteamiento del negocio. 2. El marco de los derechos reales. Su interacción con los derechos personales. Una sociedad equilibrada. 3. Inmuebles ya construidos e inmuebles en construcción. 4. Pautas genéricas de contratación. 5. Compendio de cláusulas especiales en caso de utilización del contrato de fideicomiso.*

1. Introducción. Planteamiento del negocio

La profesionalización y la alta competitividad del sector inmobiliario han exigido cada vez más de la creatividad de los desarrolladores en un mercado donde el metro cuadrado se perfila, salvando las distancias técnicas, cada vez más como un *comoditie*.

En ese contexto, la innovación y la diferenciación, aplicadas tanto a la renta como a la administración de los negocios inmobiliarios, se tornan la clave del éxito. Si a ello le sumamos la necesidad de estabilizar el valor de las cosas en el tiempo, el creciente aumento de los costos de mantenimiento (expensas, tasas, contribuciones, etc.) y una coyuntura en donde la naturaleza jurídica de las obligaciones en moneda extranjera comienza a ponerse en discusión (y con ello el valor relativo de las cosas), el atractivo del valor de salida (venta) comienza a contrastar con la seducción proveniente de la posibilidad de dicho activo de generar una renta sostenida en el mediano y largo plazo; sin olvidar, por supuesto, el valor refugio de dicho bien.

Frente a las nuevas necesidades, la figura tradicional de la construcción y la venta comienzan a convivir con las del desarrollo y la administración de los activos, incluyendo desde ya alternativas mixtas entre sí. Las relaciones jurídicas que bajo un anterior paradigma debían coexistir en armonía y seguridad por los periodos de obra y comercialización se ven en la necesidad de prolongarse en una aventura común: la administración. Como es de esperarse, la sumatoria de escenarios legales posibles supera ampliamente a las partes, poniendo a prueba los esquemas tradicionales frente a conceptos tan sutiles pero importantes como la responsabilidad y el control.

Es en este nuevo contexto donde los institutos tradicionales requieren un análisis superador y conciliador, que permita, en algunos casos, su adaptación a situacio-

* Este trabajo fue presentado en el LXIV Seminario Teórico-práctico "Laureano Arturo Moreira", organizado por la Academia Nacional del Notariado (Buenos Aires, 29-30 noviembre 2012).

nes diferentes a los supuestos para los cuales fueron originalmente concebidos; si se prefiere, a la aplicación indirecta y complementaria (pero siempre legítima) de algunos negocios jurídicos tradicionales.

El presente trabajo intentará exponer algunas de las formas en que los institutos tradicionales pueden complementarse entre sí para posibilitar un conjunto de negocios conexos que, como un todo, es más complejo que sus partes independientes.

El negocio inmobiliario objeto del presente trabajo se desarrolla en dos etapas bien diferenciadas: el negocio inmobiliario propiamente dicho, de construcción y adjudicación de unidades funcionales resultantes, y el negocio hotelero, por el cual el inversor-adjudicatario del inmueble ya construido lo aporta para su explotación a cambio de obtener una renta por dicha actividad. Es decir, la inversión, ya desde su inicio, tenía en mente esta dualidad negocial inescindible: el negocio inmobiliario y el negocio hotelero.

En virtud de ello, el presente trabajo no se agotará en la primera etapa –construcción y adjudicación inmobiliaria–, sino que analizará algunas de las estructuras jurídicas posibles que nos permitan canalizar ambas etapas con un margen aceptable y definido de seguridad para el inversor inmobiliario.

Si repasamos algunas de las propuestas inmobiliarias con mayor aceptación en los últimos tiempos, la oferta en pozo se encontrará, casi con seguridad, entre las más recurrentes. En este contexto, muchos inversores que se han volcado al negocio de la construcción desde el pozo, adjudicándose al costo la unidad funcional resultante, luego no saben qué hacer con dicha unidad, ofreciéndola generalmente en alquiler a cambio de una renta que pueda prolongarse en el tiempo.

Sin perjuicio de que, en la mayoría de los casos, la naturaleza del negocio y/o la tipología del bien no ameritan una administración conjunta y los costos fijos que ésta pueda generar, en otras oportunidades, ello no sólo puede evitar una multiplicación del esfuerzo administrativo, sino también implicar una ventaja competitiva al permitir una política de precios consolidada, una atomización de los costos operativos y, en la medida de la profesionalización de la administración, una ventaja competitiva de producto, basada en la diferenciación y el servicio.

Por ello, nos resulta interesante abarcar el tema de los condo o appart-hoteles, ya que dichas unidades, adjudicadas e incorporadas al negocio hotelero o de hospedaje, pueden resultar más atractivas desde el punto de vista de asegurar una rentabilidad mayor y más prolongada al inversor.

Dentro de la estructuración jurídica aplicable habrá que prever distintos intereses de los actores en juego, tales como el desarrollista del negocio, los inversores y la cadena hotelera implicada; por ello, no escapa de nuestro análisis la posible combinación de distintas figuras jurídicas tanto reales como personales que puedan encauzar dichos intereses.

2. El marco de los derechos reales. Su interacción con los derechos personales. Una sociedad equilibrada

El marco de los derechos reales, con todas sus fortalezas, podrá ser el utilizado tanto para la primera como la segunda etapa del negocio propuesto, pero es muy probable que por sí solo no pueda, en base a su rigidez congénita, adecuarse a la totalidad de las necesidades del negocio.

Deberemos hacer mano del más maleable mundo de los derechos personales (y sus alternativas), especialmente para la estructuración jurídica de la segunda etapa, es decir, la afectación al negocio hotelero. Todo ello, con una salvedad –a la cual recurriremos más adelante en el presente trabajo–: la hoja de ruta que ha de guiar el negocio en su totalidad (valiéndose, por momentos, de los derechos reales y, por otros, de los derechos personales) debe fijar pautas precisas desde el inicio, en miras a constituir un todo inescindible.

En la etapa de la construcción desde el pozo se nos ofrece un gran cantidad de alternativas que van desde el condominio hasta la permuta de lote por unidades a construir, pasando por los esquemas societarios tanto civiles como comerciales, sin dejar de lado la figura del contrato de fideicomiso, que es, a nuestro entender, una modalidad muy útil por su adaptabilidad a una gran cantidad de negocios, incluyendo el propuesto en este trabajo. Para el análisis de las mismas, haciendo hincapié en sus ventajas y desventajas, será muy útil remitirnos a los trabajos y conclusiones que se presentaron en la XXXVII Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (3-5 noviembre 2010).

No obstante, en esta oportunidad nuestro análisis va un poco más allá y nos lleva a plantearnos la siguiente pregunta: de las estructuras jurídicas analizadas para la inversión desde el pozo, para la construcción y adjudicación de unidades al costo, ¿cuáles nos permiten asegurar la segunda etapa, es decir, el negocio hotelero que se tuvo en cuenta al inicio de la inversión inmobiliaria? ¿Cómo operan la necesidad y el justo equilibrio por el control del negocio desde su concepción?

En la mayoría de los casos, el derecho elegido para la primera etapa deberá ser complementado con alguna otra figura jurídica, real o personal, que nos asegure el negocio hotelero, entre las que podemos mencionar: la simple locación o sublocación, la concesión privada, la cesión de derecho de uso, el derecho real de usufructo, el fideicomiso de administración, el marco societario, los contratos de administración, gerenciamiento y *management*, la tercerización de servicios y demás.

No es nuestra intención analizar una por una las posibles estructuras jurídicas para este negocio y señalar sus ventajas o desventajas, sus conveniencias o dificultades, sino establecer pautas generales que coadyuven al desarrollista e inversores al momento de su elección. Como veremos más adelante, esta elección no toma en cuenta sólo aspectos jurídicos, notariales o registrales, sino que los aspectos fiscales, impositivos y contables deberán tenerse muy en cuenta para acompañar la solución

jurídica propuesta, animándonos a decir que muchas veces el aspecto impositivo, el de los costos, determina el rumbo del primero.

3. Inmuebles ya construidos e inmuebles en construcción

En este sentido, cabe destacar que, en cuanto a la documentación a suscribir, la afectación al régimen hotelero dependerá de la situación fáctica de la construcción del inmueble. Es decir, si el inmueble ya está construido y la intención de los propietarios es afectar todas o algunas de dichas unidades al negocio hotelero, se abrirá un abanico de posibilidades instrumentales que escapan al presente trabajo. A título de ejemplo, se pueden mencionar las siguientes:

- 1) derecho real de usufructo, por el cual el titular de la unidad funcional cede el uso y goce del inmueble al operador o desarrollista del negocio hotelero;
- 2) la celebración de un contrato de fideicomiso de administración, por el cual el titular del inmueble transmite los derechos de uso y goce de su unidad a fin de dar cumplimiento con el objeto fiduciario de la explotación del negocio hotelero;
- 3) el otorgamiento de un contrato de gerenciamiento o *management* a favor del desarrollista del negocio, en base a cláusulas y condiciones preestablecidas.

Estos ejemplos, que no agotan la lista, le dan a un titular de una unidad funcional ya construida la posibilidad de ingresar al negocio hotelero. En los supuestos de edificios ya construidos, tendremos que adaptar e incluir el negocio hotelero dentro del régimen de la [Ley 13.512 de Propiedad Horizontal](#) y sus decretos reglamentarios, teniendo en cuenta no sólo los términos legales sino, especialmente, las cláusulas y condiciones de un reglamento de copropiedad y administración ya redactado e inscripto.

En un primer análisis, debemos asegurarnos de que dicha actividad, la de la hotelería u hospedaje, no se halle expresamente prohibida como destino de las unidades funcionales que integran el edificio; si se hallara prohibida, deberemos lograr la modificación del destino de las unidades del inmueble por unanimidad –tarea que no es sencilla–. En el caso de que dicha actividad no se encuentre expresamente prohibida en las cláusulas del reglamento, será conveniente agregarle a la instrumentación de la afectación de la unidad al negocio hotelero el otorgamiento de un poder especial a favor del operador o desarrollista del sistema que contemple, entre otras cosas, la representación del titular de la unidad ante las asambleas y el consorcio de propietarios del edificio con voz y voto, para facilitar el desarrollo de la actividad de hospedaje en el edificio involucrado.

En aquellos casos en que el edificio se encuentre en construcción y el negocio hotelero hubiera sido previsto desde sus inicios –a través de una estructura jurídica de condominio, societaria o fiduciaria–, deberá incluirse en la redacción del respectivo reglamento la actividad hotelera, de hospedaje o de alquiler temporario de las unidades, como posible o única según cada caso. Incluso, en este supuesto el otorga-

miento de los poderes de representación consorcial serán de mucha utilidad para el gerenciamiento hotelero.

Independientemente de la estructura elegida para el gerenciamiento del negocio hotelero, en ningún caso la adjudicación y escrituración de la unidad funcional correspondiente al inversor deberá interpretarse como rescisión o extinción del contrato; éste se mantiene plenamente vigente a los efectos de afectar irrevocablemente dicha unidad a la explotación hotelera, según el marco jurídico elegido.

En los párrafos precedentes se han descrito dos situaciones diferentes que ameritan consideraciones y estructuras diferentes. Sin perjuicio de algunos de los aspectos puntuales que acabamos de repasar, la hipótesis del edificio ya construido difiere sustancialmente de aquella en la que el profesional es consultado al momento en que todo el negocio no es más que una idea, concepto y/o proyección.

El primero de los casos escapa un poco del espíritu puntual del presente trabajo en tanto en cuanto la primera etapa del negocio complejo que deseamos presentar ya se encuentra concluida y, con ello, los problemas derivados de la limitación de la responsabilidad durante la etapa de obra y/o del cumplimiento de aporte a la explotación. En el segundo de los casos planteados, el desarrollador no sólo desea una estructura que le permita un marco legal adecuado para la obra, sino que desea contar con las previsiones necesarias que le permitan asegurar la operación posterior. Y esto no es producto de una necesidad caprichosa de control sino, más bien, la clave del negocio como conjunto y, valga la redundancia, como negocio (económico) si el plan de negocios se hace fuerte en base a la operación y no necesariamente en el desarrollo y venta.

Esta circunstancia refleja cada vez mejor la realidad de un mercado en donde el valor de incidencia de los terrenos puede no justificar, por sí solos, un desarrollo inmobiliario de tipo tradicional; negocio que, por su complejidad, difícilmente pueda llevarse a cabo sin pautas mínimas de seguridad y control.

4. Pautas genéricas de contratación

Independientemente de las estructuras jurídicas de condominios, sociedades, fideicomisos, gerenciamientos que se utilicen como vehículo del negocio hotelero, señalamos a continuación las siguientes pautas genéricas de contratación:

a) Inescindibilidad del negocio inmobiliario de construcción y adjudicación de unidades con su posterior afectación al negocio hotelero.

b) Estructura jurídica que asegure la cesión irrevocable, por un plazo cierto y acordado, de los derechos al uso, goce y/o explotación de la unidad o unidad futura (ya construida pero aún no subdividida) para la afectación al negocio de hospedaje.

c) Obligatoriedad de los titulares de las unidades funcionales de proveer lo necesario para las instalaciones, mobiliario y equipamiento del negocio hotelero.

d) Delegar en el desarrollista u operador del sistema el otorgamiento, prórroga y rescisión de los contratos de hospedaje y alquiler temporario de uso de cada unidad funcional.

e) Constitución de reservas, fondos operativos, indemnizaciones, provisiones y previsiones que demanden el cumplimiento de las obligaciones que genere el negocio hotelero tanto en el desarrollo normal de las tareas como en las contingencias, imprevistos e indemnizaciones que surjan.

f) Administración, cobro y percepción de los alquileres por hotelería y hospedaje y distribución de los beneficios entre los inversores del negocio, deducidos los gastos, honorarios, regalías y reservas necesarias para el funcionamiento del negocio hotelero.

e) Obtener las habilitaciones municipales que correspondan a las actividades de condo-hotel, appart-hotel o alquiler temporario de departamentos.

f) Rendición de cuentas del desarrollista a los inversores, realizada en forma detallada, documentada y fundamentada, con criterios claros y precisos, en los plazos a convenir.

g) Tercerización de mano de obra, locaciones de servicios y otorgamiento de contratos de gerenciamiento, administración y *management* por los cuales se desli-gue de responsabilidad en el manejo de la actividad hotelera a los inversores y se optimicen los resultados económicos del negocio.

h) Reglamentar las condiciones para que pueda operar la rescisión anticipada en aquellos supuestos en los que los inversores decidan retirarse del negocio antes del vencimiento de su plazo.

i) Fijar las cláusulas de adhesión al sistema de aquellos que deseen incorporarse luego de que el contrato por el que se inició el negocio hubiera sido suscripto, y fijar también los términos y condiciones de los contratos de cesión de los derechos de aquellos que pretendan comercializar su posición contractual (ambos casos requieren el consentimiento expreso del desarrollista).

j) Una vez vencido el plazo contractual establecido, restituir el uso y goce de las unidades funcionales a favor de los inversores, dejando sin efecto las cesiones de uso constituidas sobre dichos inmuebles a favor del negocio hotelero y procediendo a distribuir las utilidades liquidadas resultantes.

k) Fijar precios y tarifas (con mayor o menor grado de discrecionalidad por parte del operador), promover el hotel, seleccionar clientes y huéspedes, contratar insumos y servicios, otorgar descuentos y organizar los permisos de uso a los inversores y su grupo familiar de acuerdo a la disponibilidad existente, en base a tarifas preferenciales oportunamente convenidas.

l) Dar cumplimiento a las normativas legales municipales, laborales, previsionales, impositivas y fiscales del negocio hotelero.

ll) Realizar el mantenimiento de todas y cada una de las unidades afectadas a hospedaje en buen estado de conservación y de acuerdo a los estándares de la industria hotelera, incluyendo la contratación de los seguros exigidos por la actividad.

m) Comparecer con voz y voto a las asambleas de copropietarios convocadas al efecto según el régimen de la [Ley 13.512 de Propiedad Horizontal](#) y lo dispuesto en los reglamentos de copropiedad y administración respectivos.

n) Asegurar la continuidad del sistema, obligando a los inversores iniciales, posteriores compradores o cesionarios, a afectar al negocio hotelero las distintas unidades adjudicadas, adquiridas o cedidas, entendiendo que ambos negocios, el inmobiliario y hotelero, están funcional y jurídicamente unidos; se debe transcribir la cláusula que así lo determine tanto en el reglamento de copropiedad y administración como en todas y cada una de las escrituras de adjudicación o compra y en cada instrumento de cesión o adhesión de las respectivas unidades afectadas al sistema.

o) El desarrollista u organizador del sistema deberá otorgar o denegar en cada oportunidad las respectivas cesiones o adhesiones al negocio en razón de los antecedentes personales y patrimoniales que se han tenido en cuenta como determinantes para la concreción del contrato inicial.

p) Recaudar los importes de los inversores referidos a los gastos, equipamiento, constitución de reservas y previsiones, pudiendo compensar los no aportados con las utilidades netas a distribuir, aplicando multas y sanciones, pudiendo llegar a rescindir los contratos de aquellos incumplidores, excluyéndolos del negocio de acuerdo a los términos y condiciones que surgen del contrato oportunamente celebrado.

q) En ningún caso el inversor podrá realizar modificaciones o reformas del departamento o de su mobiliario sin la expresa y previa autorización del administrador del sistema.

r) En aquellos casos en los que existan unidades del edificio no adheridas al sistema, el desarrollista podrá organizar, paralelamente a las existentes en el régimen de propiedad horizontal del edificio, una asamblea y comisión de los propietarios de las unidades que han sido afectadas al negocio hotelero.

s) Pueden existir tanto unidades funcionales como espacios comunes del edificio exclusivamente afectados al negocio hotelero, dejando las correspondientes constancias y cláusulas en el reglamento de copropiedad y administración respectivo (salón de usos múltiples, *business center*, piscina, cochera, spa, gimnasio).

t) Determinar los mecanismos de salida anticipada para el caso de una rentabilidad negativa sostenida en el tiempo; este es un punto a tener especialmente en cuenta, dado que el derecho a la explotación siempre deberá coexistir con el derecho de propiedad sobre la unidad adjudicada y/o con los derechos a la adjudicación.

En síntesis, éstas son algunas de las propuestas que deberían considerarse conjuntamente con aquellas que resulten propias de cada caso en particular. Asimismo, a modo genérico, no debe de perderse de vista la necesidad de instrumentar los medios necesarios para garantizar la continuidad de estas pautas en las sucesivas transmisiones a título singular y/o universal.

5. Compendio de cláusulas especiales en caso de utilización del contrato de fideicomiso

5.1. *Relativas al objeto*

... por la participación como fiduciante-beneficiario en el contrato de fideicomiso “[...] CONDO-HOTEL” (de ahora en adelante, denominado indistintamente “el Fideicomiso”), con “[...] SA” como fiduciaria (en adelante, indistintamente “[...]” y/o “la Fiduciaria”) o con quien éste designe, para: 1) la adquisición de la tierra, la construcción y adjudicación de una futura unidad funcional perteneciente al tipo [...], designada de manera interna y provisional a los efectos del presente contrato como Unidad N° [...] (en adelante, “LA UNIDAD”), con una superficie proyectada y aproximada de [...] metros cuadrados, ubicada en la planta [...] del edificio cuya descripción se adjuntan a la presente como Anexo A, la que formará parte integrante del edificio [...] (en adelante, indistintamente “EL EDIFICIO [...]” y/o “EL EDIFICIO”), ubicado en la Ciudad de [...]; y 2) con el compromiso de participar de manera irrevocable e inescindible, con posterioridad a la adjudicación, como concedente e inversor en: a) la concesión de LA UNIDAD a favor del operador que al efecto designe la Fiduciaria (en adelante, “EL OPERADOR”) y b) su equipamiento, amoblamiento y operación con destino a renta temporaria y/o fraccionada por unidad de día y/o mayor.

5.2. *Relativas al valor conjunto y/o compuesto de la inversión*

El valor a aportar por EL FIDUCIANTE en contraprestación por su derecho a la adjudicación de LA UNIDAD, conforme al proceso que se establece en el presente contrato, y por su derecho y obligación de conceder LA UNIDAD, una vez adjudicada a favor del OPERADOR, para su operación con destino a renta temporaria y/o fraccionada por unidad de día y/o mayor, será equivalente a: 1) el costo proporcional que represente LA UNIDAD dentro de la totalidad del desarrollo de EL EDIFICIO que para LA UNIDAD objeto del presente contrato será equivalente al [...] % de todos los costos del proyecto; y 2) una vez concedida la explotación de LA UNIDAD, el costo proporcional que represente la operación de la misma dentro del conjunto residencial. En virtud de lo expuesto, los fiduciantes se comprometen a afrontar los costos de la construcción y puesta en funcionamiento de las residencias, llevando a cabo un aporte inicial y documentado por el presente contrato y el saldo, en el tiempo y lugar que la Fiduciaria le indique a tal fin para que la construcción del EDIFICIO avance conforme a proyecto y cronograma de obra. A tales efectos, a título únicamente estimativo y tomando como valor base aproximado el costo estimado de obra al mes de [...] de 201[...], LA UNIDAD futura objeto del presente contrato representa un valor estimado a aportar por el Fiduciante Beneficiario de pesos [...] (\$ [...].-) (en adelante, indistintamente el “valor base aproximado”).

5.3. *Aclaraciones y reconocimientos*

Por la presente, el FIDUCIANTE declara conocer y aceptar las siguientes particularidades del proyecto: 1) Que el presente contrato se realiza en miras al desarrollo tanto del EDIFICIO como de su posterior concesión con destino a renta temporaria y/o fraccionada por unidad de día y/o mayor, por lo cual el compromiso de entregarlo en concesión a favor del OPERADOR es inescindible del resto del emprendimiento y su incumplimiento generaría un perjuicio grave al proyecto en su conjunto. En ese orden de ideas, se compromete anticipadamente a entregar al OPERADOR en concesión la explotación de LA UNIDAD, adjudicada por un plazo inicial no menor a los diez (10) años y de conformidad con los siguientes términos, condiciones y supuestos de terminación: [...]. 2) Que, durante el periodo de la concesión, le otorgarán al OPERADOR, de así requerirlo éste, un poder especial irrevocable, en beneficio mutuo y del proyecto, y por el tiempo que dure la concesión, para permitirle la realización de todos aquellos actos necesarios para su gestión. 3) Que, hasta que la operación de las residencias genere un resultado positivo, los costos de expensas propios del régimen de la propiedad horizontal y los costos de la operación de las residencias serán soportados proporcionalmente por el Fiduciante-Concedente.

5.4. *Anexos aconsejados*

- Planos de anteproyecto de las unidades
- Características técnicas del edificio
- Cronograma de obra
- Proyecto de reglamento de copropiedad; cláusulas especiales
- Proyecto de contrato de concesión
- Proyecto de poder especial irrevocable

Lavado de dinero a través del turismo y desarrollos hoteleros

Agustín N. Morello

Sumario: 1. Introducción. 2. La trascendencia económica del turismo y su particular vulnerabilidad frente al lavado de activos. 3. La matriz tripartita de riesgos. Jurisdiccional, subjetivo y objetivo. 4. Corolario.

1. Introducción

Es pertinente formular una aclaración preliminar. El presente trabajo reconoce su génesis en una mirada del fenómeno del lavado de activos en emprendimientos hoteleros que se produce desde la óptica del derecho penal –que constituye nuestra especialidad y de la cual no nos desprendemos–. Sin embargo, se ha elaborado con la pretensión de suministrarles a los escribanos públicos elementos que les resulten de utilidad frente a los deberes que se les imponen en razón de su inclusión en la categoría de sujetos obligados.

En otras palabras, se intentará proporcionar una serie de alarmas de posible blanqueo en la hotelería, que coadyuven a cumplir con los deberes impuestos sin por ello fomentar en la función del notario un exacerbado rol de investigador o policía del cliente. En efecto, no se adhiere a esta postura, ya que implica trasladarle al escribano funciones y deberes de persecución que, además de que deben ser cumplidos por otros actores y constituyen actividades ajenas a su formación profesional, si no son debidamente administrados, pueden presentarse plagados de subjetividades y con el riesgo de socavar la confianza en la relación profesional.

No obstante, no se puede desconocer que los deberes de información y reporte han sido impuestos a los escribanos y, de hecho, con particularidades y exigencias elevadas. La normativa que les impuso dicho rol presenta elementos comunes con las disposiciones previstas para otros sujetos obligados (entidades financieras, compañías de seguros y contadores públicos) e incluye no solamente el deber de efectuar el reporte selectivo de aquellas operaciones consideradas como inusuales o sospechosas, sino también el de informar en forma automática o sistemática determinadas operaciones caracterizadas objetivamente aunque no sean estrictamente sospechosas. Lo paradójico es que, al prestar sus servicios profesionales –que en muchos casos resultan ocasionales–, los escribanos tienen a su disposición menos elementos de análisis del cliente que otros sujetos obligados.

La implementación estricta del “*know your customer*” o “conozca a su cliente”, que parece afectar por igual las responsabilidades de sujetos obligados disímiles, desconoce, por ejemplo, que en las operaciones inmobiliarias en donde intervienen dos partes el escribano conoce o tiene referencias de una sola de ellas, en el mejor de los casos, y sólo excepcionalmente de todos los involucrados en el negocio. Por otra parte, si bien puede resultar incuestionable que una entidad financiera tenga capacidad de percibir con relativa certeza una operación que rompa con la habitualidad y perfil del cliente, ello se debe tanto a la mayor estructura operativa que posee como al mayor conocimiento que tiene de las actividades del cliente y, fundamentalmente, de la evolución de los movimientos de sus cuentas bancarias. Ello no sucede en la relación escribano-cliente, esencialmente esporádica o accidental; allí se establece un vínculo de duración limitada que generalmente no supera la transacción puntual, cuya tramitación podrá demorar apenas un par de meses con contadas entrevistas con las partes.

Por otro lado, el aumento excesivo de las exigencias y obligaciones de los notarios parece desconocer que la industria del lavado de activos constantemente muta los profesionales a los que recurre, para no generar sospechas ni quedar expuestos. Más allá de los aportes y esfuerzos que se les pueda pedir a los particulares, creemos que es el Estado, a través de organismos de control autónomos capacitados y eficientes, quien debe asumir la responsabilidad primaria en la prevención de las actividades de blanqueo, sin exigirles de más a quienes sólo intervienen en transacciones o negocios puntuales.

Igualmente, se entiende importante dotar a los escribanos de información y herramientas que sean útiles, válidas y prácticas para que puedan brindar una respuesta adecuada a los imperativos legales. Este objetivo es el que nos impulsa a poner a disposición y exhibir nuestro análisis y la matriz de riesgos de lavado en los emprendimientos turísticos y hoteleros, aunque no ignoramos que no todos los indicadores que incluimos están fácilmente al alcance del notario en ejercicio de sus funciones.

2. La trascendencia económica del turismo y su particular vulnerabilidad frente al lavado de activos

El turismo es una fuente valiosa de ingresos para los países. Sus bondades provienen de su capacidad de contribución al producto bruto interno, la creación de empleo, la recaudación fiscal y la generación de divisas.

En la última década, la actividad turística fue ganando terreno en la economía mundial, ya que el crecimiento constante del sector permitió un aporte cada vez más significativo al producto bruto global. Durante el año 2011, la actividad económica de turismo y viajes (AETV) generó una cifra superior al 9% del producto bruto

mundial y al 8,5 % en lo referente a la producción de empleo –equivalente a más de 220 millones de puestos de trabajo–.¹

En Argentina, desde 2010, el turismo pasó a ocupar el sexto lugar entre las actividades que más aportan al PBI. En efecto, el PBI atribuible al sector creció ese año un 24,3 %, en comparación con el año anterior. Simultáneamente, en materia de generación de puestos de trabajo, el sector también se destaca, ya que genera más del 7 % de los empleos totales del país –más de 1.200.000 empleos– y ocupa el octavo lugar con relación a la participación en el trabajo nacional.²

Sin embargo, el desarrollo alentador de la actividad turística coloca al sector frente al desafío de preservarse de la delincuencia organizada y de su posible contaminación a través de la incorporación de fondos de origen delictivo a la economía formal del país. La tentación de consentir el aprovechamiento de capitales de origen ilícito para reactivar e incentivar el crecimiento económico siempre trae aparejadas consecuencias negativas. Además de distorsionar los mercados y afectar la competencia leal, produce la desestabilización y pérdida de credibilidad del sistema financiero y económico en general, provocando, consecuentemente, la corrupción de las instituciones y de las personas.

Para fijar con precisión el significado del lavado de dinero, la primera premisa que se debe atender es que no existe una definición única y válida para todos los supuestos de blanqueo que comprenda absolutamente todas sus modalidades. Las formas que puede adoptar el blanqueo de capitales son producto de variadísimas combinaciones para lograr su objetivo. Sobre esto último, en cambio, sí existe uniformidad: el objeto final que persigue es la simulación de licitud de activos que se han originado ilícitamente. Por ello, en líneas generales, constituye lavado de dinero toda operación comercial o financiera que tienda a legalizar los recursos, bienes y servicios provenientes de actividades delictivas.³

Una conceptualización más acabada podría definir el lavado de activos como el conjunto heterogéneo de maniobras comerciales o financieras que, sutilmente sincronizadas, constituyen un procedimiento subrepticio, clandestino y espurio mediante el cual los fondos o ganancias procedentes de actividades ilícitas y condenables a nivel universal (venta ilegal de armamento, prostitución, trata de personas, contrabando, evasión tributaria, narcotráfico, corrupción, fraudes corporativos, terrorismo, entre otros) son reciclados en el circuito normal de capitales o bienes, diluyendo su origen ilegítimo, para permitir que sean usufructuados.

Al plantear que **el turismo es una actividad económica relevante pero particularmente vulnerable al lavado**, se sugiere que los beneficios del sector son suscep-

1. Fuente: Consejo Mundial de Viajes y Turismo –*World Travel & Tourism Council*– (WTTC).

2. Fuente: Cámara Argentina de Turismo - Informe económico anual sobre la actividad de viajes y turismo 2011.

3. CAMERINI, Marcelo A., “Introducción a las fases y metodologías en el proceso de lavado de dinero”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2002-B, p. 811.

tibles de ser heridos, penetrados o traspasados por el impacto negativo de capitalistas que buscan reciclar dinero de origen ilícito. La vulnerabilidad, entendida como la especial cualidad de poder ser herido, es un concepto que puede aplicarse a una persona o a un grupo social y se extiende a este sector de la economía a partir de la conclusión de que existen diversos factores que hacen que el turismo pueda presentar una particular incapacidad para prevenir, resistir y sobreponerse al impacto del lavado, lo que lo posiciona en situación de riesgo y pone en jaque sus destacados aportes económico-sociales.

Cuando se alude a un impacto negativo se está pensando en secuelas tales como el desequilibrio del mercado turístico, inversiones y emprendimientos golondrina o no sustentables, afectación de la competencia y/o apartamiento de inversores lícitos, situaciones de monopolio en la oferta turística, fijación artificial de precios, distorsión de las variables sectoriales y alteración artificial de los ciclos de un destino turístico, entre otras.⁴

La permeabilidad del turismo al lavado queda exhibida en diversos factores, que, la mayoría de las veces, actúan en forma entrelazada: políticos, económicos y aquellos que hacen a la naturaleza propia y exclusiva de la industria. Ello nos muestra, consecuentemente, **vulnerabilidades estructurales** y **vulnerabilidades funcionales**. Las estructurales constituyen las características intrínsecas de una jurisdicción o que resultan innatas con la actividad. (Aunque su modificación sea difícil o imposible, deben elaborarse herramientas para reducir sus efectos). En cambio, las vulnerabilidades funcionales responden a la manera deficiente en que se llevan adelante la prevención, la detección y la persecución del lavado, por lo que se trata de debilidades que pueden ser objeto de corrección a través de reformas que encaren un verdadero programa de acción contra el reciclado.

A continuación, se enuncian sintéticamente los factores de vulnerabilidad más destacables:

- Mutabilidad natural de los ciclos apogeo-caída de los destinos turísticos.
- Variedad en la oferta de tipologías hoteleras utilizables y destinos turísticos atractivos.
- Amplitud de la gama de servicios ofrecidos y utilizables como anexos al turístico (bares, restaurantes, casinos, discotecas, espectáculos artísticos).
- Controles inadecuados que corroboren la coherencia estricta entre las ganancias declaradas y la afluencia real de turistas, la ocupación efectiva, la duración de las estadías y los gastos.
- Condiciones de mercado con reducida competencia o monopolio de un sector turístico u hotelero.

4. Butler distinguió seis etapas de comportamiento de los destinos turísticos, que adoptan una lógica repetida y dieron lugar al llamado ciclo del destino turístico –*tourism area life cycle*– (TALC). Sustancialmente, dichas etapas contienen las siguientes fases sucesivas: exploración, implicación, desarrollo, consolidación, estancamiento y declive.

- Necesidad de divisas y capitales frente a coyunturas económicas críticas.
- Disminución de los controles estatales frente a la inserción de capitales frescos, priorizándose una supuesta reactivación económica generada a través del turismo, particularmente en relación con la creación de fuentes de trabajo, en desmedro de la prevención del blanqueo de activos.
- Diversificación de la economía nacional y relevancia del PBI como facilitadores de ingreso en el sistema financiero internacional.
- Existencia de múltiples instituciones financieras y otras entidades asimilables.
- Sinergia entre las entidades financieras y los operadores turísticos (se hace presente en cuestiones de financiamiento, inversión, incentivos financieros, gestión/administración de emprendimientos, comercialización, distribución de dividendos, etc.).
- Subsistencia de áreas informales en la economía y relevancia de las transacciones en efectivo.
- Falta de un programa definido en la política y la legislación antilavado sin ambigüedades y oscilaciones.
- Falta de coordinación interinstitucional y de autonomía e independencia de los organismos antilavado.
- Vínculos y lazos entre la política y los inversionistas hoteleros.
- Legitimación de activos originados en delitos de corrupción de funcionarios públicos, lo que muchas veces genera interferencias en los sistemas de detección, investigación y judicialización que afectan su imparcialidad y desempeño.
- Deficiencias en el control fronterizo.
- Déficit de formación de los operadores judiciales que les permita procesar adecuadamente los casos de blanqueo.

3. La matriz tripartita de riesgos. Jurisdiccional, subjetivo y objetivo

La matriz de riesgos intenta aportar una caracterización de los indicadores de alarma de posible blanqueo. Por un lado, le facilita al sector privado la forja de políticas corporativas eficaces en materia de prevención de este tipo de crímenes económico-financieros y del necesario control sectorial de los competidores. A la vez, coadyuva a que el sector público geste procedimientos de supervisión que se dirijan a reforzar los controles y a perseguir el lavado de activos.⁵

La identificación de indicadores de riesgo o de posibles indicios de lavado tiene una faceta *ex ante*, eminentemente preventiva y contemporánea a la operación sos-

5. CHENA, Pablo, "Definiciones metodológicas en la construcción de matrices de riesgo de lavado de activos y financiamiento del terrorismo", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h.) (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, Buenos Aires, La Ley, 2012, t. III, p. 77.

pechosa, y otra faceta o segmento *ex post* a los fines de la acreditación por sumatoria de indicios, más propia de la instancia penal o reactiva. Esta manera de encarar la temática específica guarda consonancia con el convencimiento de que una política de combate del lavado que intente ser exitosa debe sustentarse en un trípode: prevención, detección, persecución penal.

La matriz de riesgos se sistematiza a través de los siguientes parámetros básicos: 1) el riesgo jurisdiccional, geográfico o riesgo-país; 2) el riesgo subjetivo o, según el caso, inversor, emprendedor, desarrollador o cliente; 3) el riesgo objetivo, esto es, el vinculado con la maniobra concreta, operatoria o indicador que pueda encubrir el lavado de activos.

3.1. *El riesgo jurisdiccional*

El primer aspecto de influencia o riesgo relevante viene dado por las características de la jurisdicción, o sea, el riesgo geográfico o riesgo-país.

Algunos países presentan intrínsecamente un riesgo de blanqueo de activos más alto que otros. Dicha característica se vincula sustancialmente con: la existencia de legislaciones permisivas; el desarrollo de un sector financiero de relativa importancia, no fiscalizado debidamente; el mantenimiento de áreas informales en la economía; y, en muchos supuestos, la existencia de altos grados de corrupción gubernamental.

Este factor de riesgo nos brinda una doble vía de alarma: por un lado, los desarrollos hoteleros y turísticos instalados en las jurisdicciones más conflictivas, y, por otro, los inversores que están vinculados a países de riesgo más elevado, como consecuencia de sus relaciones económicas, de su ciudadanía o de su residencia. Estos extremos requieren una mayor diligencia en la evaluación y análisis de sus proyectos, negocios y/u operaciones.

La consideración oficial por parte del **GAFI** de una jurisdicción como no colaboradora y cualquier tipo de nexo acreditado entre un emprendedor turístico y esa jurisdicción constituyen motivos elementales de atención por riesgo jurisdiccional o geográfico. Sin embargo, existen jurisdicciones cuyas autoridades no evidencian ninguna reacción ni impulsan ninguna medida frente al lavado de dinero y su inclusión oficial como no cooperador no ha llegado a efectivizarse, lo que obviamente no libera del potencial riesgo.

Los paraísos o guaridas fiscales⁶ encajan claramente dentro de la categoría de riesgo geográfico. Se trata de aquellos países de nula o baja tributación, entre los que se incluyen dominios, jurisdicciones, territorios, Estados asociados o regímenes tributarios especiales. En muchos casos, estos lugares sirven también como guaridas

6. Terminología adoptada en el documento final de la Cumbre del G-20, presentado en septiembre de 2013, receptado a propuesta de la Argentina.

bancarias, tanto por el alcance del secreto bursátil en orden a la titularidad de los depósitos, transferencias y demás operaciones financieras como por los escasos requisitos que exigen para la constitución de bancos, por lo que configuran el núcleo o esencia del sistema de sociedades *off shore*.⁷ (Sobre este particular tipo societario y su eventual utilización con finalidades de lavado se volverá al abordar el riesgo subjetivo o riesgo emprendedor turístico).

En términos generales, los centros *off shore* se caracterizan por: regímenes legales liberales; estructuras tributarias enfocadas al consumo, poco exigentes y sin acuerdo para intercambio de información fiscal con otras jurisdicciones; estricto secreto bancario, tributario y profesional; gobiernos estables y poco permeables a presiones extranjeras; alta dependencia económica del sector financiero; utilización de monedas de aceptación mundial; ubicación geográfica próxima a países ricos y con huso horario adecuado; modernas comunicaciones electrónicas; comercio turístico abundante; servicios financieros variados; desconocimiento físico de la clientela.⁸

Tanto la [Unidad de Información Financiera](#) (UIF) como la [Administración Federal de Ingresos Públicos](#) (AFIP) publican en sus sitios web un [listado](#) que contiene alrededor de un centenar de paraísos fiscales de todo el mundo.⁹ A título ilustrativo: en el Caribe ([Bermudas](#), [Bahamas](#), [Islas Caimán](#), [Panamá](#)); en Europa ([Isla de Man](#), [Andorra](#), [Liechtenstein](#), [Suiza](#), [Gibraltar](#)); en el Océano Índico ([Anjouan](#), [Isla Mauricio](#)); en el Pacífico ([Hong Kong](#), [Macao](#)). Por otra parte, aun cuando no lleguen a ser incluidos en la categoría de paraísos fiscales, confluyen y satisfacen el riesgo jurisdiccional todos aquellos “países de baja o nula tributación” que, de acuerdo con los alcances de lo dispuesto por el [Decreto 589/2013 \(B. O. 30/5/2013\)](#), no son “cooperadores a los fines de la transparencia fiscal”. A su vez, se entiende por tales aquellos que no suscribieron con el país (o hayan iniciado gestiones en tal sentido) acuerdos de intercambio de información en materia tributaria y convenios para evitar la doble imposición internacional.

Por último, no se debe dejar de mencionar dos extremos que incrementan el riesgo país. Uno de ellos es la coyuntura económica crítica y la necesidad de nutrirse de divisas, lo que muchas veces relaja los controles y baja la vara de la prevención frente a la posibilidad de una inversión de capitales urgente. El otro supuesto de atención es la existencia de antecedentes de criminalidad organizada que pueda presentar el Estado y que necesariamente deben llevar a reforzar la vigilancia.

En síntesis, cuando se habla de riesgo jurisdiccional en la ponderación del inversor turístico, se alude a la necesidad de corroborar si los fondos provienen o tienen algún nexo con países que no cumplen con los estándares internacionales en

7. KINA, Juliana G., “Sociedades *off shore* y rol del fiscal”, Buenos Aires, [s.e.], 2013.

8. BIAGOSCH, Zenón A. y D'ALBORA, Francisco J. (h.), “Lavado de dinero y operatoria *off shore*”, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, 17/7/2001.

9. De conformidad con lo dispuesto por el [Decreto 1344/1998](#) (reglamentación de la [Ley 20.628 de Impuesto a las Ganancias](#)).

materia de transparencia, reciprocidad en el intercambio de información y prevención del lavado, o donde el grado de compromiso político de las autoridades responsables es deficiente.

3.2. *El riesgo subjetivo*

El riesgo subjetivo se centra en la puntual observación y análisis que debe efectuarse del empresario turístico. Por ello, se habla de un riesgo emprendedor-desarrollador-inversor. La individualización de esta categoría de riesgo es crucial para el desarrollo y la puesta en práctica de un marco efectivo de lucha contra el lavado en base a indicadores de peligro.

Entre las **categorías de inversores** cuyas actividades o antecedentes pueden indicar un riesgo más alto, se deben incluir y considerar los siguientes: emprendedores que integren la categoría de personas expuestas políticamente –*politically exposed persons*– (PEP); desarrolladores con inversiones desproporcionadas respecto de su patrimonio; inversores ocasionales y desconocidos en la industria que encaran proyectos de envergadura; terceros utilizados de modo impropio (prestanombres o testaferros); y sociedades *off shore*.

En términos generales, las **PEP** son aquellas personas que ocupan u ocuparon funciones públicas prominentes en un determinado país: jefes de Estado o de gobierno, altos cargos políticos o gubernamentales, funcionarios judiciales o militares, directores ejecutivos de empresas estatales y altas autoridades de partidos políticos, entre otros. Asimismo, se incluyen en dicha categoría el círculo parental próximo de dichos sujetos y quienes mantuviesen relaciones de negocio o sociedades con ellos. En pocas palabras, son funcionarios públicos locales y extranjeros, sus familiares y personas vinculadas que integran una categoría a los efectos de prevenir la corrupción política. En Argentina, son consideradas PEP aquellas incluidas en el catálogo elaborado por la UIF a través de la [Resolución 11/2011](#), modificada por la [Resolución 52/2012](#) (B. O. 3/4/2012).

Respecto de las consideradas PEP por ser o haber sido funcionarios públicos extranjeros y sus parientes y allegados, que se ven afectados por su caracterización, la UIF ha impuesto el deber de llevar a cabo un seguimiento y monitoreo más exhaustivo y continuo de la relación comercial que se entable con ellos. El riesgo subjetivo en estos casos impone el deber de reforzar todas las medidas imprescindibles para determinar el origen de los fondos involucrados en sus operaciones, considerando su razonabilidad y justificación económica y jurídica, y prestando especial atención a las transacciones que, eventualmente, no guarden correspondencia con las actividades declaradas y con sus perfiles.

Por su parte, respecto de las restantes PEP, los recaudos especiales señalados en el párrafo anterior se limitan únicamente a aquellos casos en que los sujetos obliga-

dos en las tareas de prevención del lavado detecten mayor riesgo en la relación con estas personas.

Los **empresarios turísticos ficticios o simulados** son inversores o emprendedores de la industria turística sólo de un modo aparente y esconden tanto operatorias como personajes que buscan el blanqueo de activos. Son ejemplos de esta tipología: desarrolladores que presentan inversiones desproporcionadas respecto de su patrimonio; inversores ocasionales y desconocidos en la industria que emprendan proyectos considerables; los prestanombres o testaferros, que implican la utilización impropia de terceros.

El **emprendedor desproporcionado** es aquel que exhibe un desequilibrio inexplicable entre su patrimonio y el gasto que compromete en el proyecto turístico. Se trata de empresarios con un nivel de activos y una capacidad de capital que no guarda coherencia con el monto comprometido en el proyecto y los tiempos de recuperación de la inversión.

El **inversor turístico accidental, ocasional o fortuito** es un emprendedor desconocido en la actividad. El menor o nulo trato previo con él implica inevitablemente un riesgo mayor de que pueda estar representando capitales que buscan blanqueo; además, esta circunstancia torna dificultosa la consideración de sus antecedentes, patrones de inversión o de activo disponibles.

Finalmente, otra categoría que implica altos riesgos es la de **inversor turístico impropio**. Alude a la interposición de un prestanombre o testaferro, o sea, un mecanismo que implica la utilización de un tercero que no es el verdadero propietario de la masa patrimonial invertida con el fin de evadir los controles. Equivale a la búsqueda de personajes fungibles que mutan de uno a otro proyecto turístico que se planifique. Detrás de ellos se esconden los verdaderos capitalistas, de origen ilegítimo, que no quieren ser reconocidos y cuyo único interés es limitar su responsabilidad y alejar la posibilidad de que terceros y el Estado puedan identificarlos. De esta manera, se constituye una modalidad de enmascaramiento del empresario, quien, sin dejar de controlar el emprendimiento, oculta su identidad y preserva su responsabilidad penal.

En el marco del turismo, puede darse una directa y absoluta sustitución simulada del empresario o bien variantes, como arrendamientos, tercerizaciones o cesiones de administración de proyectos hoteleros a cambio de una renta periódica a cargo de un tercero –arrendatario o figura asimilable– que, por ejemplo, resulte un prolijo cumplidor de un canon locativo pero que, a poco que se indague, podría presentar inconsistencias en la determinación de cómo se afronta el negocio, que quizá no exhibe ni plena ocupación ni consolidación en el mercado turista.

Finalmente, resulta de vital consideración en la elevación del riesgo subjetivo la utilización del particular tipo societario constituido por las **sociedades off shore**. Pueden caracterizarse como aquellas que se constituyen e inscriben bajo las leyes de una jurisdicción, país o plaza determinada, pero con el objeto de realizar sus actividades en otro, para la realización de operaciones de carácter financiero o bancario, compra de inmuebles o participaciones accionarias, celebración de complejas

transacciones contractuales, etc.¹⁰ Esta tipología de persona jurídica presenta ventajas fiscales: exenciones del impuesto sobre sociedades y de otros tributos, como el impuesto al valor agregado o sobre actividades económicas. Además, el trámite de constitución es sencillo, económico y garantiza el anonimato de los socios. En las jurisdicciones *off shore*, los datos personales de los accionistas no figuran en ningún registro público y se autoriza el uso de representantes. Los cargos son ocupados por terceros, inscriptos como administradores y controlantes de la sociedad, en lugar del auténtico propietario, por lo que sus designaciones, estrictamente formales, protegen la privacidad y el anonimato del verdadero capitalista.¹¹

Previamente a finalizar el análisis del riesgo subjetivo, cabe destacar una de las novedades más trascendentes de la [Ley 26.683](#) (modificatoria de la [Ley 25.246](#)): el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los hechos de lavado de activos que sean perpetrados en nombre o con la intervención o en beneficio de un ente ideal.

3.3. *El riesgo objetivo*

El riesgo objetivo se constituye con la identificación de ciertas modalidades o indicadores provenientes del emprendimiento, desarrollo, proyecto, operación o transacción concreta ejecutada o tentada por el operador turístico, que pueden implicar u ocultar actividades de blanqueo de capitales.

Estos procederés serán penalmente típicos cuando impliquen la conversión, transferencia, venta, gravamen, disimulación o cualquier otro modo de poner en circulación en el mercado bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito (cfr. art. 303 [CPEN](#)). No obstante el hecho de que los conceptos carecen en general de una significación jurídica unívoca,¹² sintéticamente se puede decir que:

- **convierte** quien hace que algo se transforme en su esencia o naturaleza, que una cosa se vuelva otra distinta, permitiendo esconder su origen ilegítimo;
- **transfiere** quien remite fondos, pero también quien cede a otra persona un bien, un derecho, un dominio o una atribución, cualquiera sea el título o forma;
- **administra** quien maneja, organiza u ordena un conjunto o la totalidad de los bienes, el capital, el patrimonio, propio o ajeno y total o parcialmente;
- **vende** quien traspasa la propiedad de un bien, conviniendo un precio por ello;

10. GENÉ, Gustavo E., “Los requerimientos internacionales en la prevención del lavado de dinero. El rol de los sujetos obligados”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2005-C, p. 1375.

11. KINA, Juliana G., ob. cit. (cfr. nota 7).

12. D'ALBORA, Francisco J. (h.), “La ley de lavado de dinero encogida por mal uso”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2000-F, p. 411.

- **grava** quien constituye bienes en garantía de una obligación (p. ej: prenda, hipoteca);
- **disimula** quien esconde, tapa, oculta o disfraza una cosa para que aparezca de un modo distinto y se encubra su verdadera naturaleza.

Todos los verbos típicos incluidos son distintas formas de hacer efectiva la puesta en circulación en el mercado de bienes de origen ilícito.

Sin pretender efectuar una descripción detallada de todas las modalidades que podrían presentarse, se enuncian a continuación algunos procedimientos que podrían ir en esa línea y que, desde luego, no sólo no agotan todos los posibles, sino que se renuevan continuamente: subvaluaciones adquisitivas; sobredeclaraciones de ingresos y facturación apócrifa; inoculación de capitales a empresas turísticas en crisis; reciclado de fondos a través de préstamos de dinero, tanto en su proceso de reintegro o devolución como mediante la deliberada colocación en una situación de insolvencia para provocar así la ejecución de las garantías o avales; deliberada generación de negocios fallidos y acumulación de ejecuciones judiciales fraudulentas; suscripción de sucesivos boletos de compraventa de emprendimientos hoteleros que no se convierten en escrituras traslativas de dominio definitivas, dando legitimidad al monto del boleto perdido; adquisición de divisas extranjeras y/o cheques de viajero, pasajes u otros títulos de transporte internacional con el objeto de reducir el volumen de dinero sucio, proyectarlo al exterior y convertir las ganancias ilícitas en una divisa sólida y estable, dotada de suficiente reconocimiento internacional; etc.

Por su relevancia, se efectuarán algunas precisiones de las tres primeras modalidades mencionadas, para luego intentar una sistematización de determinados indicadores objetivos.

En las **subvaluaciones adquisitivas**, los precios declarados en la transacción de adquisición de un complejo turístico o en los cálculos de inversión son menores que el valor real del inmueble o inmuebles adquiridos u obras desarrolladas (*double invoicing, double pricing*). La cuantía que se declara es satisfecha con dinero obtenido lícitamente o, al menos, susceptible de ser justificado. Sin embargo, la diferencia existente, hasta alcanzar el importe real y efectivo del negocio, se integra con la entrega de una cantidad pendiente de ser depurada. Una vez consumado dicho negocio o finalizada la operación, el adquirente habrá conseguido deshacerse de una masa patrimonial de origen ilícito y, a cambio, habrá obtenido un bien cuyo verdadero valor de mercado podrá requerir en ulteriores contrataciones o ventas.¹³

13. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, "Antecedentes: iniciativas internacionales. Efectos del lavado de dinero. Bien jurídico tutelado. Fenomenología del lavado de dinero", en Fabián Caparrós, E. y otros, *Combate del lavado de activos desde el sistema judicial*, Washington DC, OEA-CICAD-BID, 2007, capítulo I "Tipologías y lógica del lavado de dinero", pp. 5-120. MECICOVSKY, Jaime, "Metodología del lavado de dinero" y RABINSTEIN, Alberto, "La prevención del lavado de activos en el sector inmobiliario", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h.) (dirs.), ob. cit. (cfr. nota 5), t. III, p. 11, y t. II, p. 437, respectivamente.

La **sobredeclaración de ingresos del negocio y la facturación apócrifa** pueden encontrar en la hotelería y sus servicios anexos (restaurantes, bares, discotecas, salas de juego o casinos) un terreno fértil. Ello se debe a la abundancia de dinero al contado y las características que ofrecen las transacciones-masa, que permiten la convergencia de una masa anónima e indeterminada de consumidores y donde no resulta difícil abultar artificialmente las cifras reales de ingresos mediante la incorporación de caudales provenientes de fuentes ilícitas y la instrumentación de transacciones ficticias. Así, muchas veces solamente existe un título o instrumento puramente ficticio (*conterfeit invoice*) justificante, frente a los mecanismos de control, del traspaso de una masa patrimonial que no se corresponde con una prestación real cumplida.

En línea similar, una empresa turística cuyo objetivo sea desarrollar actividades de blanqueo de dinero puede encontrar una alianza delictiva estratégica en contribuyentes evasores que busquen reducir sus cargas impositivas, simulando servicios hoteleros y afines que se pagan contablemente pero que no se cumplen. La hipótesis consistiría en la emisión consentida de facturas, metodología según la cual una empresa turística/hotelera real documenta, mediante una factura comercial, la venta de un servicio que no es prestado realmente. Las empresas usuarias reducen ostensiblemente sus cargas tributarias, ya que la disminución de las bases imponibles de los gravámenes se traduce en la evasión total o parcial del pago de sus obligaciones. En la contraparte, la empresa turística/hotelera que actúa de usina proveedora de las facturas puede justificar un ingreso de dinero que quedará legitimado.

Finalmente, la **inoculación de capitales a empresas turísticas en crisis** consiste en la inyección de capitales a compañías que transitan situaciones económicas problemáticas recuperables o que están próximas a la quiebra o que padecen conflictos laborales por atrasos de sueldos. Tras detectar estas sociedades en aprietos, los inversores de dinero a blanquear les inoculan capital suficiente para afrontar la crisis, lograr su resurgimiento y, eventualmente, obtener un instrumento de recupero legítimo o promover su ulterior venta, para obtener un capital libre de la mancha original. Suelen ofrecer condiciones de apoyo financiero irresistibles mediante préstamos en términos ampliamente más favorables que los de mercado, aunque en muchos casos esconden la intención final de hacerse del control de la firma y lograr el apoderamiento de empresas lícitas.

Con el objeto de complementar lo hasta aquí expuesto acerca del riesgo objetivo, se sistematizan a continuación procederes, transacciones u operaciones de carácter general que podrían indicar o esconder actividades de lavado de dinero. Son señales de alerta o, en otras palabras, hechos, situaciones o indicadores que la experiencia nacional e internacional estableció como elementos de juicio a partir de los cuales inferir la posible existencia de un evento que escapa de la normalidad.¹⁴

14. MECICOVSKY, Jaime, "Manual de procedimientos para la prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo", en Bertazza, Humberto J. y D'Albora, Francisco J. (h.) (dirs.), ob. cit. (cfr. nota 5), t. III, p. 170.

Muchas de estas operatorias han sido individualizadas por la UIF y a partir de las buenas prácticas de prevención llevadas adelante por los organismos internacionales de prevención del lavado¹⁵. Se trasladan y adecuan a nuestro ámbito de análisis y deben ser objeto de especial atención cuando son ejecutadas por inversores turísticos o emprendedores hoteleros.

3.3.1. *Indicadores generales*

- Precios fuera de los valores de mercado y resultados en franca contradicción con las tendencias del sector hotelero.
- Suministro demorado o reticente de los estados contables.
- Constantes e importantes relocalaciones físicas de hoteles.
- Venta y liquidación sustancial de activos.
- Operatorias sin condiciones financieras justificantes y reticencia a suministrar datos aclaratorios.

3.3.2. *Indicadores vinculados a financiamientos y préstamos*

- Recepción de préstamos de fuentes no convencionales y/o garantizados por terceros sin relación con el operador turístico y su actividad.
- Cancelación inesperada de préstamos o pagados con fuentes de ingreso desconocidas.
- Financiación en condiciones más onerosas que las del mercado.
- Empresas de turismo que son reticentes a aceptar financiamientos o servicios bancarios a efectos de no facilitar determinada información societaria o del giro comercial.

3.3.3. *Indicadores vinculados a la composición accionaria y administración*

- Modificaciones relevantes de la titularidad del paquete accionario.
- Adquisición de entidades o sociedades que efectúe la empresa, máxime cuando difiera el objeto social.
- Frecuentes cambios del personal ejecutivo.
- Antecedentes y calidad del directorio inconsistente con la envergadura de la compañía hotelera.

15. RABINSTEIN, Alberto, ob. cit. (cfr. nota 13), pp. 433-439.

4. Corolario

A lo largo de este trabajo se ha intentado ofrecer una serie de herramientas no para fomentar una recarga de las funciones de vigilancia de los escribanos, sino para suministrar elementos que faciliten un ejercicio equilibrado y razonable de los deberes impuestos, que, en definitiva, constituyen una de las bases de la respuesta estatal frente al lavado de activos.

La política anti-lavado necesariamente se sostiene sobre medidas de corte preventivo o alerta y otras de naturaleza punitiva, que deben funcionar armónicamente vinculadas y coordinadas. La falla del sistema de alertas afectará inevitablemente el universo de casos judicializables; y, a la inversa, un inadecuado procesamiento de las alarmas, la falta de diligencia e independencia de los organismos contra el blanqueo y la ineficiencia judicial indefectiblemente provocarán un menoscabo del sistema de prevención, ya que los sujetos obligados descreerán del tratamiento que se les brinde a sus alertas.

Justamente, en relación con la credibilidad del sistema, cabe preguntarse si la ideación de un procedimiento de prevención del lavado es creíble cuando, por un lado, recarga las obligaciones de sujetos obligados como los escribanos, que no cuentan con los mismos elementos que el Estado para perseguir al lavado, y, simultáneamente, los representantes de ese mismo Estado fomentan el expeditivo debate y sanción de la [Ley 26.860](#), que impulsa la exteriorización (eufemismo de blanqueo) de moneda extranjera a través de su afectación a instrumentos financieros como el BAADE o el CEDIN. Más allá de las críticas que puedan ensayarse contra esta norma en la medida en que implica una inequidad impositiva y socava la cultura fiscal, es en relación con la temática del lavado donde presenta su punto más conflictivo, ya que exige de informar la fecha de compra de las tenencias y el origen de los fondos con los que sean adquiridas.

Este panorama equívoco, de políticas fluctuantes frente al lavado de activos, muestra una respuesta estatal severamente condicionada por las coyunturas económicas y políticas, lo que podría llevar a pensar en la inutilidad del sistema de alertas, el reporte de operaciones sospechosas, el cumplimiento adecuado de las tareas de prevención, el conocimiento del cliente y el estudio de las operaciones que se presentan frente a un sujeto obligado.

Sin embargo, creemos imprescindible destacar que, a nivel mundial, las actividades del lavado de dinero se tornan cada vez más intolerables. Es clara una sana evolución internacional hacia el combate del aprovechamiento de los beneficios económicos que genera el delito y, en especial, la delincuencia de cuello blanco (*white collar criminality*), cuyos resultados dañosos al tejido social y a las finanzas públicas de los distintos países son sustanciales.

Por ende, se sostiene que los resguardos y deberes frente al lavado de activos, más allá de las deficiencias de su implementación actual, deberán ser optimizados pero no abandonados. Es asimismo imprescindible la continua formación y capaci-

tación de los operadores y sujetos obligados, tanto para la preservación de la propia responsabilidad como para estar listos para el irremediable y sano momento en que la reacción organizada y planificada del ejercicio de un poder persecutorio estatal sea más coherente y sostenida, uniendo los esfuerzos de los privados con la actividad indelegable, responsable y primaria del Estado.

Conclusiones de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*

Comisión 1: parte general

“Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto”

De lege lata

Primero

Despacho de mayoría: comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como fecundación sea dentro o fuera del seno materno.

Despacho de minoría: comienza la existencia de la persona humana desde la concepción, entendida como implantación en el seno materno.

No es jurídicamente necesario ser persona para lograr la protección del ordenamiento jurídico. El pre-embrión se encuentra en un *status* objeto de una tutela jurídica especial por su potencialidad de serlo. Se deben dictar normas que regulan su tratamiento y conservación.

Segundo

En el marco del derecho vigente en nuestro país, debe considerarse excluida la posibilidad de eliminar embriones humanos, o su utilización con fines comerciales, industriales o de experimentación.

Tercero

La doctrina del fallo “[Artavia Murillo](#)”, dictado por la [Corte Interamericana de Derechos Humanos](#), no es vinculante para nuestro derecho.

De lege ferenda

Cuarto

Se propicia la reforma de la [Ley 26.862](#) a fin de brindar protección adecuada a los embriones humanos.

* Buenos Aires, 26-28 de septiembre 2013. En homenaje a los doctores Carlos Alberto Ghersi, Ramón Daniel Pizarro y Carlos Vallespinos. En memoria de los doctores Atilio Aníbal Alterini, Isidoro Goldenberg y Jorge Alberto Mayo.

Quinto

Despacho de mayoría: ante una eventual reforma del [Código Civil](#), se propicia, en torno al comienzo de la existencia de la persona, la redacción contenida en el punto I de las conclusiones de mayoría.

Despacho de minoría: ante una eventual reforma del [Código Civil](#), se propicia la redacción del punto I de las conclusiones del despacho de minoría.

Comisión 2: obligaciones

“Cuestiones actuales del derecho de las obligaciones”

1. El [Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012](#)¹ regula en términos apropiados la teoría general de la obligación.

2. Obligaciones naturales

Despacho a): es acertada la definición de obligación contenida en el [artículo 724](#), que tiene claro sentido normativo. En consonancia con ella, resulta también plausible la supresión de la híbrida categoría de las llamadas obligaciones naturales.

Despacho b): se propone mantener la distinción existente entre obligaciones civiles, obligaciones naturales y meros deberes morales.

3. Obligaciones dinerarias

I. Resulta desafortunada la [modificación](#) introducida por el Poder Ejecutivo al texto de los artículos 765 y 766 del Anteproyecto. Por consiguiente se propicia mantener el texto del [proyecto original](#) que coincide con la solución del [Código Civil vigente](#).

II. Siempre que no exista estipulación contractual al respecto, la obligación de dar moneda extranjera, en las actuales circunstancias de restricción cambiaria y frente a la realidad que exhiben las diferentes cotizaciones del mercado cambiario, resultan de aplicación las reglas del esfuerzo compartido.

III. *Despacho a):* debe mantenerse como regla el nominalismo y aceptarse la actualización en los supuestos en que la ley, la convención o la sentencia así lo establezcan.

Despacho b): no debe eliminarse el sistema nominalista.

1. [N. del E.: en las referencias a los distintos textos legales referidos al Código Civil y Comercial, se utilizará el siguiente criterio. Cuando se menciona “Proyecto” o “Proyecto 2012”, el [link](#) dirige al texto modificado por el Poder Ejecutivo Nacional, enviado al Congreso a través del Mensaje 884, del 7/6/2012. Cuando se menciona “Anteproyecto”, el [link](#) dirige al texto elevado por la comisión creada por [Decreto 191/11](#) al Poder Ejecutivo. Asimismo, [aquí](#) puede consultarse el texto aprobado por el Senado de la Nación en el mes de noviembre de 2013].

IV. Anatocismo:

Despacho a): resulta adecuada la regulación prevista en el artículo 770 del [Proyecto](#).

Despacho b): en una futura y eventual reforma del Código Civil, para permitir la acumulación de intereses al capital, deberá exigirse un acuerdo posterior al vencimiento del plazo de la deuda.

4. Deudas de valor

Es adecuada la regulación del artículo 772 del [Proyecto](#).

5. Obligaciones de medio y de resultado

I. Es loable la recepción normativa expresa del distingo entre obligaciones de medios y de resultado y la regulación que se efectúa de la misma, como línea divisoria entre la responsabilidad obligacional subjetiva y objetiva.

II. No existe una tercera categoría de obligaciones de resultado eficaz con respecto a la clasificación binaria entre obligaciones de medio y de resultado.

6. Obligaciones concurrentes, solidarias e indivisibles

Despacho a): las obligaciones concurrentes deben regirse por el mismo régimen de las obligaciones solidarias.

Despacho b): es plausible la regulación legislativa de las obligaciones concurrentes en el [Proyecto 2012](#).

7. Pago por consignación

Es loable la regulación del [Proyecto de Código Civil](#) sobre pago por consignación, no obstante lo cual es recomendable la incorporación de la consignación de obligaciones de dar cosas ciertas.

8. Pago por consignación extrajudicial

Es acertada la incorporación del mecanismo de consignación extrajudicial. No obstante lo cual no está justificado que el *accipiens* que acepta con reservas el pago deba afrontar los gastos y honorarios, conforme al artículo 912 del [Proyecto](#).

9. Mora

I. Es acertada la consagración del principio general de mora automática.

II. No parece apropiada la regulación otorgada para la mora en las obligaciones a plazo tácito, categoría en la cual debería mantenerse el criterio que establece el actual artículo 509 del [Código Civil](#).

III. Es acertada y de enorme utilidad práctica la presunción que establece que, en caso de duda, si el plazo es tácito o indeterminado, se está por lo primero.

IV. Debe incluirse en el **Proyecto** una norma semejante al artículo 510 del **Código** vigente.

V. Deben incluirse reglas acerca de los requisitos para la mora del acreedor y los efectos jurídicos de ella.

VI. Obligaciones puras y simples:

Despacho a): en materia de obligaciones puras y simples, la mora debe ser automática.

Despacho b): en materia de obligaciones puras y simples, la mora debe ser por interpelación.

10. Prescripción

I. Es apropiada, en general, la organización y regulación de la materia en materia de prescripción liberatoria.

II. Es inconveniente la eliminación de la causal de suspensión por querrela criminal (actual **art. 3980 bis**).

III. Debe eliminarse la incertidumbre que existe en el **Proyecto** en cuanto al plazo de prescripción de la acción por cumplimiento contractual y por resarcimiento de daños derivados de dicho incumplimiento.

IV. Deben agregarse al artículo 2554 del **Proyecto de Código** normas que dispongan que el inicio del plazo de prescripción de la acción resarcitoria es el día en que se produce el daño; y que, si la víctima lo conoce con posterioridad o ignora el autor o la causa del perjuicio, el plazo se inicia cuando conoce o ha debido conocer la existencia del daño.

11. Renuncia

I. Propiciamos que se modifique el artículo 946 del **Proyecto** en tanto establece la bilateralidad de la renuncia de derechos cuando hay un beneficiario.

II. Resulta insuficiente la regulación normativa proyectada para la renuncia y remisión de deuda, que mantiene varios de los problemas que genera actualmente el **Código Civil**.

12. Deber de información

Debe incorporarse una norma que regule con carácter general el deber de información en materia obligacional.

13. Principio de equiparación. Actuación de auxiliares

Resultada adecuada la incorporación en el artículo 732 del **Proyecto** del principio de equiparación en la actuación de auxiliares para el cumplimiento de la obligación.

14. Cláusulas de limitación de responsabilidad

Resulta adecuada la regulación de la dispensa anticipada de la responsabilidad efectuada por el [Proyecto](#), sin perjuicio de lo cual debería corregirse que no sólo refiere al dolo sino también a la culpa grave.

Comisión 3: derecho de daños

“Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”

De lege lata

A. Fundamentos

1. La responsabilidad del Estado por daños tiene su fundamento en la [Constitución Nacional](#), en los [tratados internacionales](#) y en la jurisprudencia de la [Corte Suprema de Justicia de la Nación](#). (Unanimidad)

2. La responsabilidad del Estado por daños surge de la existencia de un sistema jurídico y político del Estado de derecho, caracterizado por su indispensable sujeción a un régimen normado y al control de los jueces. (Unanimidad)

3. La responsabilidad del Estado por daños debe estar reglada dentro del derecho común en su significación constitucional, por ser una fuente de la obligación de resarcir (arts. 75, inc. 12, y 126 [CN](#)). (Unanimidad)

4. La responsabilidad del Estado por daños se basa sustancialmente en las normas del derecho civil, que pertenecen a la teoría general del derecho, sin perjuicio de que deben considerarse también las características propias de la actividad estatal y los principios y normas del derecho público que la rigen. (Unanimidad)

B. Aspectos generales

B.1. Responsabilidad por hechos ilícitos

1. Los factores de atribución de la responsabilidad del Estado por daños son múltiples. (Unanimidad)

2. El juzgamiento de la existencia de una falta de servicio puede requerir, en algunos casos, contemplar la normativa local que rige su funcionamiento. (Unanimidad)

3. La falta de servicio comprende también la omisión. (Unanimidad)

4. Respecto de la falta de servicio:

Despacho a): la falta de servicio es un factor de atribución que da lugar a una responsabilidad objetiva y directa, con sustento en el artículo 1112 del [Código Civil](#).

Despacho b): la falta de servicio no es un factor de atribución sino un criterio de antijuridicidad.

5. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos está claramente perfilada en el artículo 1112 del [Código Civil](#). (Unanimidad)

6. La responsabilidad del Estado por daños como proveedor se rige por el derecho del consumidor (art. 42 [CN](#) y [Ley 24.240](#) y legislación concordante).

B.2. Responsabilidad por actos lícitos

1. La responsabilidad por acto lícito del Estado se funda en el criterio del sacrificio especial y tiene correlato con la garantía constitucional de igualdad ante las cargas públicas (art. 16 [CN](#)). (Unanimidad)

2. El resarcimiento de los daños ocasionados por actos lícitos del Estado es, como regla, integral, sin perjuicio de que puede recibir limitaciones en virtud de la política legislativa, debiendo respetarse siempre el bloque de constitucionalidad. (Unanimidad)

C. Aspectos especiales

Los supuestos especiales de responsabilidad del Estado por daños se rigen por las pautas generales señaladas precedentemente. (Unanimidad)

De lege ferenda

1. La supresión de las normas que rigen la responsabilidad del Estado por daños en el derecho común es inconstitucional, en cuanto agravia la garantía de la igualdad, el derecho a la reparación, el derecho de acceso a la justicia y el derecho de propiedad (arts. 16, 17, 18 y 19 [CN](#)). (Unanimidad)

2. Apartarse del bloque de constitucionalidad en materia de responsabilidad del Estado por daños puede comprometer su responsabilidad internacional. (Unanimidad)

3. La responsabilidad del Estado por daños debe regirse según lo dispuesto por los criterios que inspiran la solución propuesta por el [Anteproyecto](#) de la Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial del año 2012. (Unanimidad)

4. La responsabilidad del Estado por hechos ilícitos, debe regirse por el artículo 1764 del [Anteproyecto](#) de la Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial del año 2012, que dispone: “El Estado responde objetivamente, por los daños causados por el ejercicio irregular de sus funciones, sin que sea necesario identificar a su autor. Para tales fines, se debe apreciar la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño”. (Unanimidad)

5. La responsabilidad civil por hechos ilícitos del funcionario o empleado público debe regirse por el artículo 1765 del [Anteproyecto](#) de la Comisión de Reformas

del Código Civil y Comercial del año 2012, que dispone: “El funcionario o empleado público es responsable por los daños causados a los particulares por acciones u omisiones que implican el ejercicio irregular de su cargo. La responsabilidad del funcionario o empleado público y del Estado son concurrentes”. (Unanimidad)

6. La responsabilidad el Estado por actos lícitos debe regirse por la primera parte del artículo 1766 del [Anteproyecto](#) de la Comisión de Reformas del Código Civil y Comercial del año 2012, que dispone: “El Estado responde objetivamente por los daños derivados de sus actos lícitos que sacrifican intereses de los particulares con desigual reparto de las cargas públicas”. (Unanimidad)

7. El resarcimiento de los daños ocasionados por actos lícitos del Estado es, como regla, integral, sin perjuicio de que puede recibir limitaciones en virtud de la política legislativa, debiendo respetarse siempre el bloque de constitucionalidad. (Unanimidad)

Comisión 4: contratos

“Nuevas perspectivas de la teoría general del contrato”

1. Los principios del derecho del consumidor deberían ser incorporados como principios generales de los contratos, tales como los referidos al trato digno, el deber de información y las cláusulas abusivas, salvo que no concurrieran los presupuestos para su aplicación analógica. (Mayoría)

2. Conviene incorporar, dentro de la clasificación de los contratos, la categoría de los socialmente típicos, estableciendo sus efectos. (Unanimidad)

3. Corresponde:

a) Mantener la categoría de los contratos reales. (Mayoría)

b) Suprimir la categoría de los contratos reales. (Minoría)

4. Es:

a) Inconveniente incorporar la teoría de la *punktation* como regla general de los contratos. (Mayoría)

b) Conveniente incorporar la teoría de la *punktation* como regla general de los contratos. (Minoría).

5. Al regularse la caducidad de la oferta, debe mantenerse como excepción la oferta de donación. (Unanimidad)

6. Debe incorporarse la prohibición legal expresa de los embriones como objeto de los contratos, en tanto repugna los principios que surgen del artículo 15 y concordantes de la [Constitución Nacional](#), que excluye a la persona humana como objeto de un derecho subjetivo. (Unanimidad)

7. Se considera valioso mantener el instituto de la excepción de incumplimiento contractual, propiciando la posibilidad de deducirla por vía de acción judicial. (Unanimidad)

8. a) Conviene mantener el sistema de la seña penitencial como regla. (Mayoría)
- b) Resulta conveniente incorporar como regla la seña confirmatoria. (Minoría)
9. En caso de ser puesto en funcionamiento el mecanismo del pacto comisorio implícito por vía extrajudicial, una vez vencido el plazo de requerimiento sin que el deudor haya dado cumplimiento con su obligación:
 - a) Queda resuelto el contrato de pleno derecho. (Mayoría)
 - b) El acreedor puede optar entre resolver el contrato o exigir el cumplimiento. (Minoría)
10. Es conveniente la recepción legislativa del instituto de la frustración de la causa-fin del contrato. (Unanimidad)
11. La recepción legislativa debería precisar su ámbito de aplicación y los presupuestos de procedencia, en especial el carácter extraordinario e imprevisible del acontecimiento. (Unanimidad)
12. La frustración de la causa-fin del contrato es:
 - a) Un supuesto de resolución. (Mayoría)
 - b) Un supuesto de rescisión. (Minoría)
13. En caso de modificarse la regulación legal de la teoría de la imprevisión, debería mantenerse el requisito de imprevisibilidad del acontecimiento extraordinario sobreveniente que torna excesivamente oneroso el contrato para una de las partes. (Unanimidad)
14. Los supuestos de revocación, rescisión y resolución son especies de ineficacia contractual. (Unanimidad)
15. La regulación legal que se efectúe de dichos institutos debe respetar sus características comunes y específicas. (Unanimidad)
16. Resulta adecuada la incorporación de la rescisión unilateral como forma extintiva válida y ejercitable por cualquiera de las partes, en la medida que tenga un origen legal o convencional y –como regla general sin expresión de causa, salvo en los supuestos en que la ley lo impusiera. (Mayoría)
17. En caso de unificación de las órbitas contractual y extracontractual, la reparación por incumplimiento del contrato debe comprender las consecuencias inmediatas y las mediatas previsibles.
18. Corresponde regular los contratos agrarios como un tipo contractual. (Unanimidad)

Comisión 5: reales

“Límites al dominio”

La comisión recomienda por unanimidad lo siguiente:

1. La expresión *límites al dominio* es la más adecuada, pues hace referencia al contenido normal de ese derecho real.

Las limitaciones o restricciones denotan una reducción de facultades en términos genéricos.

Constituye un acierto de nuestro [Código](#) la distinción entre los límites y las servidumbres coactivas.

2. Los límites al dominio deben interpretarse de acuerdo a los principios que emergen de la [Constitución y los tratados internacionales](#), en particular, las normas ambientales.

3. El fundamento de los límites radica en la potestad del legislador que condiciona el reconocimiento del dominio privado al recto ejercicio que de él se haga en función de sus fines individuales y sociales.

4. El límite primario y fundamental de los derechos reales es el *numerus clausus* y sólo deben crearse nuevos tipos cuando exista la imposibilidad estructural de encuadrar los fenómenos económicos-sociales en los derechos reales existentes (cfr. [XI](#) y [XXII](#) Jornadas Nacionales de Derecho Civil).

5. Los límites al dominio, aun en supuestos en que se rijan por el derecho administrativo, deben, en principio, ajustarse a las normas del [Código Civil](#).

No corresponde establecer como regla general que los límites del derecho civil son subsidiarios de los del derecho administrativo.

6. Los límites legales no generan daños resarcibles.

Sí son resarcibles los daños distintos de los conaturales a los límites.

Puede eludirse el cumplimiento del límite si su violación no implica la potencialidad cierta de generar daños o son evitados por el autor.

No son resarcibles los daños provocados por la actividad normal del titular del límite para hacerlo efectivo.

El factor de atribución es objetivo.

7. Debe interpretarse a la luz del derecho vigente que el juez tiene la facultad de ordenar el cese de la molestia, el resarcimiento de los daños que se hubiesen causado e, incluso, prevenir que esto ocurra.

8. Es preferible reemplazar la alocución *exigencias de la producción* por la de *exigencias del interés general*.

9. Es conveniente en una futura reforma legislativa, siguiendo el sentido del último párrafo del artículo 2618 del [Código Civil](#), se ordene que el procedimiento sea el más abreviado que contemple la legislación local.

10. Es aconsejable utilizar la denominación *camino de ribera* a la de *camino de sirga*. Su extensión no debería ser mayor a quince metros.

Comisión 6: familia

“El divorcio. Efectos personales y patrimoniales. Acuerdos. Responsabilidad. Prestaciones compensatorias”

Prestaciones compensatorias

1. *De lege ferenda*: las prestaciones compensatorias constituyen una herramienta eficiente para contrarrestar, si se dan determinados requisitos, los desequilibrios económicos que pueden originarse entre los cónyuges con motivo del divorcio. (Unanimidad)

2. Despacho 1. *De lege ferenda*: la prestación compensatoria no se estructura sobre la idea de culpa. (Votos a favor 7; en contra 7)

3. Despacho 2. *De lege ferenda*: para la fijación de prestaciones compensatorias el juez debe valorar la conducta habida entre los cónyuges durante el matrimonio, como también si de su otorgamiento resultara una grave falta de equidad respecto del cónyuge obligado a la prestación. (Mayoría)

4. *De lege ferenda*: las prestaciones compensatorias pueden pagarse con dinero, de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez, como podría ser mediante una renta por un determinado tiempo o, excepcionalmente y dependiendo de las circunstancias del caso, por tiempo indeterminado. (Unanimidad)

5. *De lege ferenda*: de haber sido otorgada una prestación compensatoria en forma de renta, en los supuestos de haber quedado superado el desequilibrio patrimonial que en su momento hizo procedente el otorgamiento de la prestación, como también de haber el beneficiario contraído matrimonio o de convivir maritalmente con otra persona o haber cometido injurias graves contra el excónyuge, el juez debe dar por concluida la obligación. (Mayoría)

6. *De lege ferenda*: deberá fijarse un plazo de caducidad de un año para reclamar la prestación compensatoria, a ser contado a partir de que la sentencia de divorcio quede firme. (Mayoría)

Convenios reguladores del divorcio

7. *De lege ferenda*: debe incorporarse una norma que imponga la obligatoriedad de acompañar una propuesta de convenio regulador de los efectos junto con la demanda de divorcio. Dicha propuesta debe incluir necesariamente alimentos, atribución del hogar y todo lo referente a los hijos menores o incapaces. (Mayoría)

8. *De lege lata y de lege ferenda*: la prohibición del artículo 230 del [Código Civil](#), que castiga con nulidad absoluta los pactos que restringen la facultad de pedir el divorcio vincular, es violatoria del artículo 19 de la [Constitución Nacional](#) porque descalifica arbitrariamente la posibilidad de pactar con autonomía planes de vida que

no resultan lesivos ni a la moral pública ni a los derechos de terceros. (Votos a favor 5; votos en contra 8)

Retroactividad de los efectos de la sociedad conyugal

1. *De lege lata*: que se interprete el [artículo 1306](#) de acuerdo a que los efectos de la disolución de la sociedad conyugal deben retrotraerse, una vez producida la sentencia de divorcio, en los casos en los que hay conversión de un proceso contradictorio, a uno de común acuerdo, la fecha de la conversión o la traba de la litis, según lo que ocurra primero. (Unanimidad)

2. *De lege ferenda*: cuando la separación de hecho preceda al divorcio por el [artículo 215](#), que los efectos de la disolución de la sociedad conyugal se retrotraigan a la fecha de la separación de hecho. (Mayoría)

3. *De lege ferenda*: el juez no deberá tener potestad para determinar la extensión del efecto retroactivo de la sociedad conyugal en los casos de existencia de fraude y abuso del derecho así como surge del texto de la versión publicada del artículo 480 del [Proyecto de Reformas](#). (Mayoría)

Disidencia: no se debe dejar librado a la facultad de los jueces la determinación de la fecha a la que se retrotraen los efectos de la disolución de la sociedad. (Unanimidad, con 2 votos en minoría)

Comisión 7: sucesiones

“La legítima y su protección”

A. La forma de legislar la legítima

De lege lata

1. Legítima y fideicomiso. Plazo de 30 años

1.1. La [Ley 24.441](#), en su artículo 4 inciso c), constituye una excepción a la prohibición de condicionar la legítima (art. 3598 [CCIV](#)). (Mayoría)

1.2. Esta norma puede ser empleada por fideicomiso testamentario hasta el límite de la parte disponible.

De lege ferenda

1. Se propone reemplazar el sistema de legítima por el de la libertad testamentaria y por un sistema de obligaciones alimentarias postmórtem a favor de cónyuge, menores e incapaces, ascendientes y personas vulnerables. (Minoría)

2. No corresponde reemplazar el sistema de legítima por el de la libertad testamentaria y por un sistema de obligaciones alimentarias postmórtem a favor de cónyuge, menores e incapaces, ascendientes y personas vulnerables. (Mayoría)

3.1. Deben mantenerse, como lo establece el [Proyecto 2012](#), las cuotas de legítima en dos terceras partes para los descendientes y la mitad para los restantes legitimarios. (Mayoría)

3.2. Deben disminuirse las cuotas de legítima a la mitad para todos los legitimarios. (Minoría)

3.3. Debe dejarse sin efecto la mejora en el [Proyecto 2012](#) (art. 2448). (Minoría)

3.4. En caso de mantenerse la mejora en el [Proyecto 2012](#) a favor de los discapacitados, se debe incorporar a los niños. (Minoría)

3.5. Debe mantenerse la mejora del [Proyecto 2012](#) incorporándola a favor del cónyuge discapacitado. (Unanimidad)

3.6. Debe modificarse la definición de personas con discapacidad del artículo 2448 del [Proyecto 2012](#) adecuándola a la definición de la Convención de Derechos de Personas con Discapacidad ([Ley 26.378](#)). (Unanimidad)

3.7. Debe modificarse el artículo 2391 del [Proyecto 2012](#) en lo que respecta a herederos con capacidad restringida, que debe reemplazarse por herederos con discapacidad. (Unanimidad)

4. Desheredación

Debe incorporarse la desheredación en el [Proyecto 2012](#), manteniendo la indignidad y desheredación reguladas en forma separada, como complemento del sistema de legítima y concordando con el principio de autonomía de la voluntad testamentaria.

Se deben extender las causales de desheredación a las enunciadas en el [Proyecto 2012](#) en materia de indignidad (art. 2281), con el agregado de poder desheredar a quien no ha cumplido la obligación legal alimentaria respecto del testador, cónyuge, descendientes y ascendientes; o por ausencia manifiesta de relación familiar entre el causante y legitimario, por una causal imputable al legitimario. (Unanimidad)

5. Fundado en el principio de igualdad, debe mantenerse el criterio del artículo 1832 inciso 1) del [Código Civil](#) vigente, referido a la reducción ejercida por los descendientes, y modificarse en tal sentido el artículo 2445 párrafo 3 del [Proyecto 2012](#).

Debe modificarse el [Proyecto 2012](#) incluyendo como legitimados activos y pasivos de la colación, además de los descendientes y el cónyuge, a los ascendientes. (Unanimidad)

6. Se consideran incluidos en la segunda parte del artículo 1010 del [Proyecto 2012](#) los protocolos de empresa familiar, sin afectar la legítima hereditaria. (Unanimidad)

7. Se debe incorporar en forma expresa que la supernacencia de hijos o la ignorancia del testador de su existencia al momento de testar es una causal de revocación tácita del testamento. (Mayoría)

No se debe incorporar que la supernacencia de hijos o la ignorancia del testador de su existencia al momento de testar es una causal de revocación tácita del testamento. (Minoría)

B. Cálculo de la legítima

De lege lata

1. Cálculo de la legítima

La legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, no de la partición, para determinar la inoficiosidad de legados o donaciones. (Unanimidad)

2. Debe distinguirse la masa de cálculo de la legítima de la masa de partición. (Unanimidad)

3.1. Por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas, pero no las cargas. (Mayoría)

3.2. Por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas y cargas, para el cálculo de la legítima. (Minoría)

De lege ferenda

1. Cálculo de la legítima (art. 2445 del Proyecto 2012)

La legítima debe calcularse al tiempo de la apertura de la sucesión, inclusive en cuanto a los valores de las donaciones a terceros o a legitimarios. (Unanimidad)

2. Debe distinguirse la masa de cálculo de la legítima de la masa de partición. (Unanimidad)

3. Debe dejarse sin efecto la discordancia de momentos de valuación prevista en el artículo 2445 del [Proyecto 2012](#), unificando el valor líquido de la herencia y de los valores donados al tiempo de la muerte del causante. (Unanimidad)

4.1. Por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas, pero no las cargas. (Mayoría)

4.2. Por activo líquido se entiende el de los bienes transmitidos por sucesión menos las deudas y cargas, para el cálculo de la legítima. (Minoría)

C. Acciones de protección

I. Preterición de legitimarios

De lege lata

1. El preterido es un legitimario no heredero. El verdadero heredero es el instituido. (Mayoría)

2. El preterido es el heredero y la verdadera naturaleza del instituido es la de un legatario de cuota. (Minoría)

3. En la preterición del legitimario, el instituido y el preterido son herederos. (Minoría)

De lege ferenda

1. Se recomienda suprimir la última parte de la norma que regula la acción de entrega de la legítima (art. 2450 del [Proyecto 2012](#)), toda vez que las donaciones quedan alcanzadas por la acción de reducción. (Unanimidad con 1 abstención)

II. Reducción

De lege lata

1. Procede la acción de reducción entre herederos forzosos cuando la porción legítima se encuentre afectada, sin perjuicio de la procedencia de la colación. (Mayoría)

2.1. La acción de reducción que consagra nuestro Código Civil es de carácter personal con efectos reipersecutorios. (Mayoría)

2.2. La acción de reducción que consagra nuestro Código Civil es de carácter personal, sin efectos reipersecutorios.

La acción de reducción sólo tiene efectos reipersecutorios cuando los terceros adquirentes del donatario sean de mala fe o a título gratuito. No hay mala fe por el conocimiento que entre los antecedentes dominiales exista una donación. (Minoría)

3. La entrega del legado importa la renuncia tácita a la acción de reducción, salvo error excusable del heredero, quien cargará con esta prueba. (Unanimidad)

3.1. En caso de transmisión por el legatario del bien objeto de la liberalidad a terceros, el damnificado en su legítima no puede perseguir el bien de manos del subadquirente. (Unanimidad)

3.2. En el caso de donaciones, podrá hacerlo pero pudiendo desinteresarse al actor en dinero. (Mayoría)

4. El plazo de prescripción de la acción de simulación, cuando se interpone en función de la acción de reducción, debe considerarse de diez años. (Unanimidad)

De lege ferenda

1. Se recomienda que debe establecerse expresamente que el legitimario puede promover la acción de reducción contra el coheredero forzoso que ha recibido una donación del causante en caso de violar su legítima. (Unanimidad)

2. Se recomienda fijar el mismo plazo de prescripción cuando la acción de simulación se acumula a la acción de reducción, debiendo tomarse el plazo de esta última. (Unanimidad)

3. El efecto reipersecutorio de la acción de reducción se debe conceder no sólo respecto de bienes inmuebles sino de todo bien registrable. (Mayoría)

El efecto reipersecutorio de la acción de reducción no debe extenderse respecto de bienes registrables que no sean inmuebles. (Minoría)

4.1. No se debe contemplar expresamente el otorgamiento del efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los subadquirentes del legatario, aun en el supuesto de que el heredero forzoso perjudicado haya acreditado que cumplió el legado ignorando la lesión a su legítima. (Mayoría)

4.2. Se debe contemplar expresamente el otorgamiento del efecto reipersecutorio de la acción de reducción contra los subadquirentes del legatario sólo en el supuesto de que el heredero forzoso perjudicado haya acreditado que cumplió el legado ignorando la lesión a su legítima.

En los casos en que procede el efecto reipersecutorio de la acción de reducción se debe reconocer al subadquirente del legatario el derecho de detener la acción, desinteresando al heredero accionante mediante el pago del importe dinerario suficiente para cubrir su legítima. (Minoría)

5. Se recomienda dejar establecido que la acción de reducción es de carácter personal, no afecta a la transmisión de la cosa, sino que lo que se persigue es su valor, y que el tercer adquirente a título oneroso y de buena fe no está afectado por la misma, salvo que conozca que la donación afectaba ostensiblemente la legítima del heredero del donante. (Rechazado por unanimidad con la disidencia de dos votos)

6. El tercero de buena fe y a título oneroso que adquiera un inmueble de quien figura como titular inscrito en el registro con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición, aunque después se anule o resuelva el acto precedente en virtud de causas que no consten en el título. (Rechazado por once votos con disidencia de cuatro votos)

D. Prescripción

1. No resulta apropiado el límite temporal que establece el [Proyecto 2012](#) al ejercicio de la acción de reducción previsto en el artículo 2459.

2. Debe establecerse un plazo breve para la prescripción de la acción de reducción, que comenzará a correr desde la apertura de la sucesión o desde que el heredero tomó conocimiento de la lesión a la legítima. (Mayoría)

III. Transmisión de bienes a los legitimarios

Se recomienda que el artículo 2461 del [Proyecto 2012](#) no incluya los actos ostensiblemente gratuitos. El supuesto excepcional que contempla el primer párrafo, que presume gratuitas las enajenaciones onerosas modales y la intención del causante de mejorar a su heredero en razón de la vía indirecta utilizada para beneficiarlo, no debe extenderse ni por vía de interpretación ni por vía legislativa a las enajenaciones francamente gratuitas. (Unanimidad)

Debe admitirse la prueba en contrario del adquirente. (Mayoría)

La presunción del artículo 2461 debe ser absoluta, sin aceptar prueba en contrario. (Minoría)

Recomendar agregar al [Proyecto 2012](#): la prestación alimentaria a los legitimarios que el causante tenía en vida es una deuda de su sucesión. (Rechazado por unanimidad con disidencia un voto)

Comisión 8: derecho del consumidor

“La relación de consumo y el contrato de consumo. Protección contra el sobreendeudamiento”

I. Relación de consumo

1. En el régimen vigente, la relación de consumo emerge como el ámbito integrador de la tutela constitucional y legal (conf. art. 42 CN y art. 3 [Ley 24.240](#)), dado que delimita el alcance objetivo de aplicación del régimen tuitivo y sirve de contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema protectorio.

2. La categoría de consumidor y usuario reconocida en nuestro ordenamiento jurídico comprende al destinatario final de bienes y servicios y al expuesto a la relación de consumo. Esta última figura amplía la categoría conceptual del consumidor y usuario, con sustento en la función preventiva y reparatoria que despliegan numerosos institutos del derecho del consumidor y se justifica también por la proyección colectiva que suele tener la afectación de sus derechos.

3. Respecto al expuesto a la relación de consumo:

Despacho a): cualquier intento legislativo de suprimir el “expuesto en la relación de consumo” en la LDC debe declararse inconstitucional (art. 42 CN y arts. 1 y 2 LDC). (Mayoría)

Despacho b): el [Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012](#) no suprime al “expuesto en la relación de consumo” y lo admite en el ámbito de las prácticas abusivas, cuya amplia tipificación se fundamenta en la cláusula constitucional de protección al consumidor. Esa metodología se explica en el contexto del reconocimiento que realiza de los instrumentos preventivos, especialmente en la teoría general de la responsabilidad civil (arts. 1710, 1711, 1712 y 1713), como así también en la expansión de otros institutos tales como el deber de informar, el deber de seguridad, el control de la publicidad y otras prácticas abusivas o fraudulentas, la conexidad contractual, etc. (Minoría)

4. El concepto de relación de consumo posee amplitud suficiente como para proyectarse al ámbito de la contratación en general con consumidores y usuarios, comprendiendo entre otras situaciones a aquellas que resultan del seguro, transpor-

tes, servicios financieros, inversiones y mercados de capitales, medicina prepaga, etc. (Unanimidad)

5. En cuanto a la víctima de accidente de tránsito:

Despacho a): a pesar de que el artículo 1092 del [Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012](#) modifica el artículo 1 de la [Ley de Defensa del Consumidor](#), estableciendo un criterio más limitado y restrictivo, la víctima de un accidente de tránsito continúa siendo un consumidor de seguros. (Mayoría)

Despacho b): el [Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012](#) no limita ni restringe el criterio del artículo 1 de la [Ley de Defensa del Consumidor](#). Las víctimas de accidentes de tránsito, tanto en el régimen vigente como de aprobarse el citado Proyecto, pueden ejercer contra las aseguradoras todos los derechos emergentes del ordenamiento positivo, sin necesidad de una deformación del concepto de consumidor expuesto en cuanto a su amplitud, razonabilidad y sustancialidad. (Minoría)

6. También constituye relación de consumo la resultante de los servicios públicos prestados por el Estado en forma directa o por medio de concesiones (art. 42 CN y art. 1 y 2 LDC). En caso de sancionarse el [Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012](#), el sistema autónomo de responsabilidad por daños previsto en la [Ley 24.240](#) continuará siendo el aplicable en todas aquellas relaciones de consumo en las cuales el Estado sea proveedor, desplazando a toda eventual disposición nacional o local de derecho administrativo que eventualmente se intente aplicar. (Unanimidad)

7. El Estado y los funcionarios públicos son responsables por el control y la omisión del control de los productos y prestación de servicios concesionados –autopistas, ferrocarriles, etc.– y por los que prestan las empresas privadas –medicinas prepagas, seguros, etc.– (arts. 42 y 43 CN y [Ley 24.240](#)), y podrán resultar pasibles de la aplicación de una multa civil (conf. arts. 52 bis y 8 bis de la citada norma). Las indemnizaciones punitivas que se impongan a los funcionarios públicos deberían cuantificarse en el máximo de la escala prevista en el artículo 52 bis cuando las faltas de control se encuentren directa o indirectamente vinculadas, con situaciones de corrupción o infracciones a la ética pública o moral administrativa. (Unanimidad)

II. Sobreendeudamiento de los consumidores

1. La protección frente al sobreendeudamiento ha de considerarse a partir de una situación que afecte gravemente al consumidor, impidiéndole el normal desarrollo de su vida familiar y social si tuviere que cumplir estrictamente con las obligaciones no profesionales asumidas y vinculadas –en principio– a bienes no suntuarios. Para ello, especialmente han de ponderarse las causas del sobreendeudamiento y las condiciones subjetivas y objetivas que profundicen la vulnerabilidad propia del consumidor, tales como problemas de salud, adicción al consumo, ancianidad, minoridad, desamparo económico, desempleo, divorcio, etc. También, respecto del proveedor de crédito, debe meritarse especialmente su proceder abusivo

o engañoso al tiempo de la concesión de financiamiento. (Despacho aprobado por unanimidad)

2. En materia de sobreendeudamiento, deben privilegiarse las herramientas preventivas que resultan del régimen de consumo.

3. Los proveedores de créditos deben brindar información relativa a las modalidades del crédito, capital, intereses, costos, cargos, etc., y su omisión o insuficiencia podrá dar lugar a la ineficacia del acto y/o a responsabilidad objetiva por los daños causados al consumidor (arts. 4, 10 bis, 37 y 40 LDC).

4. Los proveedores de crédito están obligados a evaluar la capacidad de pago y solvencia del deudor. Su incumplimiento genera responsabilidad objetiva.

5. En las operaciones de préstamo para el consumo debe reconocerse al consumidor el derecho consagrado en el artículo 34 de la [Ley de Defensa del Consumidor](#).

6. Es obligación del Estado desarrollar políticas públicas tendientes a la educación financiera mediante programas escolares y campañas a la comunidad. Asimismo, el Estado debe abstenerse de estimular los excesos e irracionalidad en los consumos que puedan conducir al sobreendeudamiento, y proveer activamente a evitarlos.

7. Entre los mecanismos extraconcursales de remoción del sobreendeudamiento debe considerarse a la revisión y renegociación de los contratos, incluso para créditos documentados en pagarés, y es deber de los jueces intervenir en el contenido económico del negocio para tornarlo equitativo.

8. En las operaciones de crédito al consumo, el artículo 36 LDC debe entenderse en el sentido de que la conexidad contractual permite al consumidor invocar defensas y/o acciones directas frente al proveedor y al financista.

9. Frente a la ejecución de pagarés de consumo, el consumidor podrá ejercer todas las defensas causales e invocar las normas protectorias del derecho del consumidor, en razón de que la emisión de pagarés de consumo constituye una práctica vejatoria. Lo mismo podrá efectuar en cualquier proceso ejecutivo en el marco de una relación de consumo. Cuando resulte notoria la existencia de una relación de consumo, el juez podrá de oficio aplicar las normas de defensa del consumidor; entre ellas, la nulidad de la cláusula de prórroga de jurisdicción territorial.

10. Los mecanismos regulados en la actual [Ley de Quiebras](#) son insuficientes para solucionar el sobreendeudamiento de los consumidores. Resulta necesario el dictado de una legislación especial, bajo el imperio de los principios del derecho del consumidor, que aborde de manera integral medidas de prevención, saneamiento, reparación y rehabilitación para los casos de sobreendeudamiento de los consumidores.

11. Resulta imprescindible el dictado de normas procesales –en las distintas jurisdicciones– que implementen y desarrollen los derechos de los consumidores, en especial los vinculados al financiamiento y sobreendeudamiento. En tal sentido, se recomienda la reforma del artículo 544 del [Código Procesal Civil y Comercial de la Nación](#).

12. Se recomienda la creación de un registro nacional de créditos, que le permita al acreedor evaluar los riesgos que asume, y, de hacerlo, será bajo su responsabilidad, no pudiendo ejecutar al consumidor sobreendeudado.

13. Se aconseja crear un sistema de *scoring* único, universal y obligatorio, indispensable para contar con un mercado de créditos saludable y evitar las consecuencias negativas de la asimetría informativa.

14. Resulta necesario implementar instrumentos de garantía como los seguros obligatorios para salvaguardar al consumidor sobreendeudado por infortunios de su vida (despidos, enfermedades, etc.), a cargo de las empresas de crédito.

15. Se propone incorporar en una futura reforma a la Ley de Defensa del Consumidor el principio precautorio.

Comisión 9: interdisciplinaria

“Derechos de las comunidades indígenas”

Por unanimidad se ha decidido:

1. Se ratifican las [conclusiones](#) de las XXII Jornadas de Derecho Civil de Córdoba, comisión n° 9, donde se dijo que “La propiedad comunitaria indígena es una propiedad especial de fuente constitucional (conf. art. 75, inc. 17 CN) cuya naturaleza real integra una compleja relación multidimensional de pertenencia de esos pueblos con su entorno físico, social y cultural”.

2. La propiedad comunitaria indígena, en su aspecto exclusivamente patrimonial, es un derecho real, sin perjuicio de su dimensión cultural.

3. Sujeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: la o las comunidades indígenas como personas jurídicas.

La inscripción registral de las comunidades indígenas es declarativa.

La instrumentación del título debe otorgarse a favor de la comunidad indígena reconocida administrativa o judicialmente.

4. Objeto del derecho de propiedad comunitaria indígena: las tierras que tradicionalmente ocupan y las que adquieran aptas para su desarrollo en los términos del artículo 75 inciso 17 de la [Constitución Nacional](#) y los [Convenios Internacionales](#) vinculantes para la República Argentina.

5. Caracteres de la propiedad comunitaria indígena: no es una propiedad individual sino comunitaria; perpetua; imprescriptible; indivisible; intransmisible; inejecutable; no sujeta a derechos reales de garantía.

6. Modos de adquisición de la propiedad comunitaria indígena:

Por mayoría se ha decidido:

a) Reconocimiento del Estado nacional, provincial y/o municipal de las tierras que tradicionalmente ocupan. Es responsabilidad del Estado la reparación de los derechos de terceros interesados de buena fe que pudieran resultar afectados. (Con un voto en disidencia)

Por mayoría se ha decidido:

b) Actos entre vivos, actos de disposición de última voluntad y prescripción adquisitiva de otras tierras aptas para su desarrollo. (Con 3 votos en disidencia)

Por unanimidad se ha decidido:

7. La propiedad comunitaria subsiste mientras no se extinga la comunidad indígena.

8. Recomendación: en la gestión de los recursos naturales con incidencia en los hábitats de las comunidades indígenas deberá reglamentarse por ley especial la consulta previa, libre e informada. Conforme los [Objetivos del Milenio](#) establecidos por la Naciones Unidas, se recomienda la creación por ley especial de las mesas técnicas de agua, biodiversidad y conocimiento tradicional.

Por mayoría se ha decidido:

9. Recomendación: es conveniente su incorporación en el Código Civil. (Un voto en disidencia)

Comisión 10: derecho internacional privado

“Principios generales del derecho internacional privado”

Por unanimidad:

I. Los principios de derecho internacional privado sirven como pautas de interpretación y fuente de inspiración, entendiéndose que su enumeración no es taxativa.

II. Los principios del derecho internacional privado se deducen de la [Constitución Nacional](#), en tanto los recoge y los irradia a la totalidad de su sistema.

III. Los operadores jurídicos deberían observar, a los fines de la adecuada resolución de los conflictos propios del derecho internacional privado, los principios generales de nuestra disciplina, entre los que se destacan la tutela judicial efectiva, el *favor debilis*, la cooperación y el interés superior del niño y adolescente.

Comisión 11: derecho comparado

“Experimentación en seres humanos”

Por unanimidad:

1. En consonancia con las normas y doctrina nacional e internacional en materia de investigaciones biotecnológicas, el derecho privado argentino debe continuar asumiendo, como criterio rector, la protección de la dignidad del ser humano en su aspecto ontológico. La salud es un derecho humano fundamental, que debe tener especialmente en cuenta la dignidad de la persona humana en todas las etapas de su vida.

2. Debe considerarse la sanción de una norma a nivel nacional que contemple los presupuestos y principios mínimos exigibles para la realización de experimenta-

ción con seres humanos en todas sus etapas, incluso después de finalizada la misma, asegurando el respeto de los principios bioéticos y garantizándose el acceso a los tratamientos que resultaron beneficiosos a ese sujeto de investigación o la comunidad en su caso, con la cobertura del subsistemas de salud que corresponda para cada supuesto.

3. Promover la sanción de normas a nivel provincial y jurisdiccional que regulen la investigación en seres humanos en forma integral, armonizándola con el resto del sistema.

4. Teniendo en cuenta que algunos países de la comunidad internacional autorizan el diagnóstico pleinplantatorio y otros lo prohíben, se sugiere el estudio del tema a fin de respetar la dignidad humana.

Comisión 12: derecho romano

“Potestad paterna. Efectos derivados del derecho de familia”

Despacho por unanimidad:

1. Destacar la pervivencia de la figura de la *patria potestas* como fundacional antecedente de las actuales relaciones de familia vigentes en el derecho argentino, comprensivo ello a las obligaciones alimentarias, emancipación y adopción.

2. Concordante con lo expuesto, se advierte que las actuales ideas proteccionistas y prácticas asistenciales instrumentadas en resguardo de los menores han sido, de igual modo y con las particularidades de esa época, temas de ingente regulación y de tratamiento del derecho romano.

3. Se destaca y señala, en ese orden de ideas, que cualquier modificación normativa que se propicie en la materia no puede soslayar u olvidar sus orígenes romanos, en tanto en cuanto la experiencia heredada de más de veinte siglos han brindado basamento suficiente, que a la postre alejadas de aquellos valores, convergen en propuestas disvaliosas que obligan a retornar a las fuentes.

4. Se hace necesario recordar que el derecho romano, en diversas temáticas del derecho de familia, ha avanzado incluso aún más que ciertas disposiciones actuales en salvaguarda de la minoridad y los incapaces.

5. Las diferentes modificaciones que se han ido produciendo en el paso de los siglos por las adaptaciones a las circunstancias sociales de cada tiempo siempre –un poco más tarde o más temprano– regresan a las raíces romanas, que en palabras de Marco Tulio Cicerón ha entendido que “la historia es maestra de la vida y testigo de los tiempos” (“*historia magistra vitae et testis temporum*”).

Comisión 13: enseñanza del derecho

“La investigación aplicada a la enseñanza del derecho”

Despacho por unanimidad:

- La investigación jurídica es de fundamental importancia: a) para la actividad legislativa (debe precederla y servirle de base), b) para la elaboración y fundamentación de nuevas teorías, c) para proponer cambios jurisprudenciales y d) para desempeñar la actividad docente.
- Debe articularse la transferencia de las investigaciones a la enseñanza de grado y postgrado.
- Propiciamos que las actividades de investigación se le destinen diversas instancias y una carga horaria acorde.
- La investigación debe estar orientada hacia los problemas sociales actuales. Se debe promover estudios inter, trans y multidisciplinares, integrando profesionales de distintas áreas, fomentándose el intercambio de docentes y alumnos investigadores.
- Es necesaria una visión sistémica y tridimensional para permitir la captación de hechos sociales nuevos, pero realizada profesionalmente por investigadores acreditados o debidamente capacitados.
- La relación entre docencia e investigación favorece la revisión, actualización y problematización de los contenidos de la enseñanza.
- Resulta necesario fomentar y promover, en el ámbito del derecho, el aumento de las dedicaciones docentes destinadas a la investigación. Para ello, es necesaria mayor asignación presupuestaria.
- Reconociendo la existencia de un alumnado diferente, por las nuevas tecnologías que utiliza, y de los nuevos roles del abogado, así como de la sociedad en la cual está inmerso, la función de la enseñanza del derecho debe estar más orientada hacia la apertura mental de los alumnos en la búsqueda de nuevas soluciones. Ello se logra a través de la investigación.
- El aprendizaje de la investigación permite provocar pensamiento imaginativo y crítico, a la vez que estimula el intelecto, profundizando en ciencias teóricas como gnoseología, agudizando las habilidades de argumentación y construyendo la confianza y la capacidad de expresión de los estudiantes.
- Para promover el acercamiento del alumno a la investigación, consideramos herramientas útiles: las nuevas tecnologías integradas de la información y comunicación (TIC), la edición de medios audiovisuales completos o compaginados, los talleres, la inclusión de textos literarios, la realización de monografías, el método de casos, juego de roles, PNL, etc.
- Tanto los docentes como el alumnado requieren la inclusión de cursos específicos de metodología como de nuevas tecnologías para poder realizar adecuadamente una investigación.

- Para los alumnos, esto debe llevarse a cabo a lo largo del desarrollo del proceso de enseñanza y aprendizaje durante toda la carrera.
- Resulta deseable la inclusión de actividades que combinen la investigación, la extensión universitaria junto con la enseñanza académica en las distintas asignaturas de la carrera de abogacía, asignándosele carácter curricular a las prácticas de extensión universitaria integradas a la investigación.
- Proponemos que las actividades de investigación tengan como fin su exposición en portafolios, jornadas, ateneos o publicación en revistas, fomentando con esta tarea la autonomía de los estudiantes.

Comisión 14: estudiantes

“Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto” “Responsabilidad del Estado y de los agentes públicos”

Despacho por unanimidad:

- Resulta inconveniente la [reforma](#) propuesta por el Poder Ejecutivo a los artículos 1764, 1765 y 1766 del [Anteproyecto](#) de Código Civil unificado, resultando más adecuado el texto propuesto por el Anteproyecto. En razón de ello, se propone mantener los textos originales, redactados por la comisión presidida por el doctor Ricardo Lorenzetti e integrada por las doctoras Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci.
- La aplicación del [texto propuesto](#) por el Poder Ejecutivo resultaría inconstitucional, en cuanto afectaría el principio de igualdad al ser la legislación administrativa de carácter local y, por tanto, diversa, dando distintas soluciones a situaciones idénticas que generarían resultados diferentes, con la consiguiente discriminación.
- El [texto propuesto](#) por el Poder Ejecutivo haría incurrir al Estado nacional en incumplimiento de tratados internacionales que se encuentran vigentes.
- El artículo 75 inciso 12 de la [Constitución Nacional](#) consagra la facultad del Congreso Nacional para el dictado de los códigos de fondo. El derecho de daños constituye una cuestión correspondiente a la legislación de fondo.
- El derecho de las víctimas a ser reparadas por el daño injustamente sufrido posee supremacía axiológica y, por tanto, merece la protección que resulte más justa, equitativa y eficiente, que estaría configurada en el tratamiento de la responsabilidad en un solo cuerpo legislativo y en forma igualitaria para todos los sujetos de derecho, sean estos públicos o privados. Esta protección tiene jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el artículo 19 de la [Constitución Nacional](#).

Sobre el tema “Persona humana. Comienzo de la existencia. Estatuto”, se ha elaborado, por unanimidad, el siguiente dictamen:

De lege lata

- El embrión, cualquiera sea el medio en que haya sido concebido, es una persona y nunca podrá ser considerado una cosa.
- Conforme lo dispuesto por las normas constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos, el comienzo de la persona humana se produce desde la concepción, sin distinción del lugar en el cual ésta ocurra.
- Lo dispuesto en el artículo 19 del [Anteproyecto](#)² de Código Civil devendría inconstitucional, al contravenir la [Constitución Nacional](#) y múltiples tratados internacionales de derechos humanos de los cuales Argentina es signataria.

De lege ferenda

- Resultaría conveniente la modificación de la [Ley 26.862 de Fertilización Asistida](#), adaptando su texto a la calidad de persona que reviste el embrión.

2. [N. del E.: de acuerdo con el criterio establecido en la nota 1, el [link](#) dirige al “Anteproyecto”. Cabe destacar que la redacción del artículo referido difiere en las versiones del proyecto. El “Proyecto”, con las modificaciones introducidas por el Poder Ejecutivo, puede consultarse [aquí](#)].

Bien de familia

Afectación. Condóminos concubinos. Familia de hecho. Concepto de familia. Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

- CNCiv., Sala M, 16/5/2014, “C., J. c/ Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal s/ recurso directo a Cámara” - Expte. 5182/2014.

[La [versión completa](#) de este fallo puede consultarse en *Revista del Notariado*, n° 914, octubre-diciembre 2013, pp. 249-251].

Afectación de inmueble como bien de familia por condóminos convivientes sin hijos*

Julio C. Capparelli

Sumario: 1. Introducción. 2. La noción legal de familia en la Ley 14.394. 3. Las uniones de hecho y el bien de familia. 4. La cuestión en la jurisprudencia. 5. La doctrina del fallo.

1. Introducción

Un [fallo reciente](#) de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala M, hace lugar al pedido de dos condóminos que declaran ser convivientes de afectación de un inmueble de su propiedad al régimen de bien de familia.

El pedido de afectación, rechazado en instancia administrativa por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por no ajustarse los solicitantes a los requisitos establecidos por la [Ley 14.394](#) en su artículo 36 –según el cual “se entiende por familia la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o, en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”–, es resuelto en la instancia judicial a favor de los peticionantes. Así, avanza con respecto a los fallos que acogieron tal solicitud, cuando se trata de convivientes con hijos, en defensa del principio constitucional de protección de la familia,

* Publicado en *elDial.com*, Buenos Aires, Albremática, 27/5/2014, AA875D.

asimilando a la familia nacida por progenitores que no están casados con el caso de la familia matrimonial, que es la que expresamente contempla la ley.

En este caso, no habiendo hijos, el problema es saber si la convivencia de dos personas constituye familia, si hay algún requisito para ser considerada así y, en tal caso, si su protección abarca también algún efecto propio del matrimonio que resulte aplicable a los convivientes a modo de matrimonio.

2. La noción legal de familia en la Ley 14.394

La noción de familia en la mencionada norma no coincide con la que surge de otras disposiciones. Así, el artículo 2953 del *Código Civil*, refiriéndose al derecho real de habitación, la extiende a

... la mujer, los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución como los que nazcan después, el número de sirvientes necesarios y además las personas que a la fecha de la constitución del uso o de la habitación vivían con el usuario o habitador y las personas a quienes éstos deban alimentos.

También otras normas del *Código Civil* se refieren indirectamente a la noción de familia, con distinto alcance pero siempre basadas en el vínculo de matrimonialidad y en el parentesco. Sin ir más lejos, el derecho sucesorio amplía hasta el cuarto grado de parentesco la vocación sucesoria, lo que excede la noción de la *Ley 14.394*.

Una larga reflexión sobre este tema la hemos expuesto en una obra dedicada justamente al problema de la protección familiar. En ella hicimos referencia también a la familia que escapa al molde legal y a las dificultades que el Estado debe afrontar al legislar y contemplar otras realidades familiares, respetando entre otras cosas la autonomía de la voluntad y el derecho constitucional o casarse y a no hacerlo.¹

3. Las uniones de hecho y el bien de familia

Con respecto a este punto, se han planteado muchas dificultades. Tratándose de un único propietario que habita con sus hijos y tiene una pareja conviviente, la afectación entra en las previsiones legales, aunque no podría incluir como beneficiario a su conviviente. El tema presenta una primera complicación cuando el bien está en condominio, siendo los titulares la pareja conviviente. Al no tener vínculo jurídico entre sí, no pueden solicitar el amparo legal previsto para los unidos en matrimonio. Es el caso del fallo.

1. CAPPARELLI, Julio C., *La protección del interés familiar en el régimen patrimonial del matrimonio*, Buenos Aires, Educa, 2010, pp. 61-73.

Las críticas han ido en aumento en los últimos tiempos, apuntando a la inconstitucionalidad por falta de protección.²

4. La cuestión en la jurisprudencia

Se han manifestado hasta el presente dos tendencias. Una adhiere a la letra de la ley y a la licitud del amparo constitucional, limitado a quienes tienen vínculo matrimonial o el grado de parentesco previsto en la norma.

En un fallo de la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, de fecha 11/7/2000, se denegó el pedido. Se trataba de una familia constituida por una pareja conviviente y su hija, siendo condóminos los peticionarios, la que alegó la protección familiar y, por lo tanto, la inconstitucionalidad del artículo 36 de la ley. Añadió otros argumentos como la discriminación injusta entre la protección que se otorga a la familia integrada por los parientes colaterales y también a la familia integrada por los hijos de un único titular de dominio, quedando afuera quienes tienen hijos, son condóminos, pero no son cónyuges.

Los jueces manifestaron que la inconstitucionalidad ha de ser considerada *ultima ratio* del orden jurídico. En procura de armonizar los principios, señalaron que la familia tiene amparo constitucional, pero que, en virtud del principio de matrimonialidad

... es la familia matrimonial la que goza de una defensa y régimen jurídico integral, específico, exclusivo y excluyente, respecto de toda otra forma de uniones fácticas, entre otros efectos, respecto del régimen jurídico patrimonial y en particular del bien de familia.

Agregaron que “ante la opción libre de casarse o no casarse, no cabe reclamar, por forzada vía analógica, idénticos efectos jurídicos, ante la inadvertida inconveniencia de la elección efectuada”. Por lo tanto, no existe discriminación, atento a que “queda a salvo el derecho de libre opción entre uno u otro régimen legal, tanto más cuanto que, obtenido el divorcio vincular [...], existe la posibilidad de recobrar la aptitud nupcial”³.

Algunos fallos han sentado el criterio opuesto. Un fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Villa Dolores (provincia de Córdoba), refiriéndose al artículo 58 de la [Constitución Provincial](#), que establece la inembargabilidad de la vivienda única, hizo lugar a la inembargabilidad con respecto a la parte indivisa del condómino de la fallida. Rescata así al menos una parte y funda el decisorio en que “en los supuestos de copropiedad de los concubinos se admite

2. IÑIGO, Delia, “Bien de familia y convivencia de parejas”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Derecho y Jurisprudencia*, n° 23, p. 65.

3. CNCiv., Sala L, 12/6/2002, “Piñeyro, Ernesto c/ Reg. de la Propiedad Inmueble”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 2003-A, p. 42.

la solicitud de afectación del bien de familia cuando tengan descendientes comunes incapaces”⁴.

En igual sentido, un fallo de la Sala 1 de la Cámara Civil y Comercial de Rosario hizo lugar al pedido, fundándose en el interés de los hijos menores. Afirma que

... si existen descendientes extramatrimoniales, el progenitor puede constituir bien de familia en su beneficio, sin que la presencia de una relación concubinaria sea óbice, pues, así como el concubinato es por sí mismo insuficiente para permitir la constitución del bien de familia, es también por sí mismo indiferente para impedir su creación cuando existen otros vínculos que la justifican.⁵

A favor de la última tendencia podemos decir que resulta incongruente que el condominio de los padres no casados juegue en contra de los hijos. En contra de este permisivismo podemos sostener que son los padres quienes están eligiendo una organización familiar al margen del régimen legal del matrimonio.

5. La doctrina del fallo

La sentencia, luego de recordar la norma legal, se funda en dos principios innegables como son la protección de la vivienda y de la familia. No insiste tanto en la protección de la vivienda en cuanto tal, porque efectivamente no es el tema central que corresponde al decisorio. Esto podría suceder si en el futuro una persona que vive sola y no tiene parientes dentro del tercer grado que convivan con ella solicita la afectación de la vivienda como bien de familia, alegando que es una discriminación injusta la exigencia de la convivencia o bien que el pariente en cuestión fuese un primo del titular de dominio, pariente en cuarto grado y, por lo tanto, desconsiderado por la ley que sólo admite como integrante de la familia al conviviente del instituyente dentro del tercer grado de parentesco. Alegaría el principio de protección de la vivienda familiar y la igualdad ante la ley.

El fallo sostiene que la convivencia de pareja es un hecho social innegable, que constituye una familia aunque no haya descendencia y que la negativa al pedido es contraria a la igualdad, ya que no habría razón alguna para tratar de diferente manera a los unidos en matrimonio, familia legal, y a los convivientes de hecho, que sería una familia *convencional*, según la doctrina que la sentencia cita.

En este punto no podemos estar de acuerdo. No es injusto, ni contrario a la igualdad, ni inconstitucional que la ley establezca un ordenamiento para aquellos que quieran someterse voluntariamente a sus disposiciones. Actualmente, basta que se trate de dos personas, con prescindencia del sexo u orientación sexual, que deseen

4. CCiv.yCom.Trab.yFamilia Villa Dolores, 8/10/1998, “Juez de Quinteros, René s/ quiebra”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1999-D, p. 741.

5. CCiv.yCom. Rosario, Sala 1, 13/10/1997, “Q., A. R. A. y otra”, en *La Ley Litoral*, t. 1998-I, p. 552.

unirse en matrimonio. Para ello, deben aceptar la forma legal y, en consecuencia, los efectos personales, patrimoniales y sucesorios. Surge de esa decisión un cúmulo de derechos y obligaciones.

Tampoco es injusto ni contrario a la igualdad, ni inconstitucional que la ley no atribuya derechos ni imponga obligaciones a aquellos que en uso de la autonomía de su voluntad optan por no someterse a la normativa legal y a sus efectos. Esto no significa que no vivan como si fueran un matrimonio, como si fueran una familia. Pero, en uso de su libertad, han preferido hacerlo sin prestar un consentimiento ante el oficial del Registro Civil, sin asumir obligaciones personales, sin que nazca un régimen de bienes, sin que se generen derechos sucesorios. Es más, es posible que expresamente quieran excluir esos efectos, y son libres de hacerlo.

Si esto es así no tiene sustento el agravio ni la alegación de inconstitucionalidad. Pareciera que en uso de su libertad quieren elegir sólo algún beneficio que otorga la ley a los que se casan y no otros. Defendemos mucho la autonomía de la voluntad y la libertad de las personas, pero no hay derechos absolutos.

Por otra parte, se plantean algunos problemas concretos. Si, siguiendo la orientación de este fallo de la alzada, el Registro de la Propiedad dictara una disposición técnico-registral para admitir este supuesto, ¿bastaría con la declaración jurada de los condóminos?; ¿deberían declarar que la convivencia es singular, estable, bienal, quinquenal, decenal?; ¿podrían estar incluidos, por ejemplo, dos primos que siendo condóminos, en una interpretación ajustada a la letra de la ley, no estarían legitimados para realizar la afectación como bien de familia, declarar que son convivientes y obtener por esta vía lo que la ley les niega?

El fallo alude también al [Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación](#). Si bien reconoce que los jueces deben dictar sentencia según la ley vigente, entienden que esta protección constitucional abarca de la misma manera a la familia de hecho. En esto se genera una confusión y un peligro. Una confusión porque se tiende a aplicar los beneficios del matrimonio a los que no son cónyuges, sin establecer requisitos y sin saber con qué límites. Un peligro porque en estos tiempos en los cuales los poderes del Estado no siempre respetan el equilibrio debido, ya sea porque el poder administrador avanza sobre el legislativo o el judicial o porque los jueces pueden tender a convertirse en legisladores, la organización jurídica de la nación se resiente.

Coincidimos con el resultado final de la sentencia: la protección de la vivienda, pero no en los términos que el fallo expresa ni por sus fundamentos. Con mayor sabiduría y precisión, el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación contempla la protección de la vivienda comprendiendo aun la vivienda unipersonal. Y, al tratar las uniones convivenciales, también encuadra a qué convivencias se refiere y cuáles son los límites legales aplicables tanto en los efectos personales como en los patrimoniales o en caso de muerte de uno de los convivientes. En todos los casos, el tratamiento legislativo se cuida muy bien y no equipara los efectos del matrimonio a los efectos particulares de las uniones convivenciales. No abundamos en esta explicación porque excede el objeto de este comentario.

Sociedad anónima. Liquidación y adjudicación. Asentimiento conyugal

Dictamen elaborado por el escribano ALFONSO GUTIÉRREZ ZALDÍVAR y aprobado en forma unánime por los miembros de la Comisión de Consultas Jurídicas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires en su sesión del 12/5/2014.

1. Doctrina

- *El artículo 1277 del Código Civil establece una excepción al principio general de que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere. Al ser una norma que establece una excepción, sus estipulados no deben ser extendidos a otros supuestos fuera de los expresamente contemplados por el legislador.*
- *Las sociedades poseen voluntad propia, distinta a la de las personas que la integran. Voluntad que se expresa a través de sus órganos, cuyas funciones son desarrolladas por las personas a quienes la ley y el estatuto social autorizan para manifestar esa voluntad y realizar la actividad conveniente para el logro de los fines societarios.*
- *La diferencia existente entre la persona jurídica y sus miembros es lo que determina que la actuación de la persona jurídica comprometa su responsabilidad y no la de las personas (salvo casos determinados como, por ejemplo, en el ámbito penal) que con sus actos configuran la actividad de aquélla.*
- *Al hacer uso una persona de su calidad de socio en la asamblea o reunión de socios, el legislador no estableció la necesidad del asentimiento conyugal, ya que el socio/accionista se encuentra actuando dentro de un órgano distinto a su persona.*

2. Antecedentes

El escribano P. consulta si es necesario el asentimiento conyugal (art. 1277 CCIV) de los cónyuges de los socios de una sociedad anónima en el acto de resolver los accionistas, la disolución y, consecuentemente, la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad. El consultante aclara que se adjudica un inmueble a cada uno de los accionistas. Por último, menciona no ser el único escribano interviniente en

las adjudicaciones y que existen diferentes criterios y opiniones respecto a la consulta elevada.

3. Consideraciones

El artículo 1277 del Código Civil establece:

Es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y, tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratése en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido.¹

Dicho artículo establece una excepción al principio general de que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de los bienes que adquiere (conforme al art. 1276 CCIV). Esta excepción se establece respecto de los bienes gananciales registrables y respecto del inmueble propio en que está radicado el hogar conyugal y si hubiere hijos menores o incapaces. En un caso, la finalidad es la protección económica del otro cónyuge; en el otro, se busca proteger el interés familiar.²

La doctrina no es unánime al calificar si dicho artículo establece una limitación o una incapacidad. La mayoría de los autores se ha inclinado por sostener que la prohibición de disponer o gravar sin el asentimiento del cónyuge implica una restricción a la facultad de libre disposición que confiere el artículo 1276 (Bueres-Highton, Caffèratta, Méndez Costa, Mazzinghi) o una limitación de facultades en la administración de cosas de una sociedad, referida a la sociedad conyugal (Fassi-Bossert). En cambio, otros autores han considerado que el artículo 1277 crea una incapacidad a los cónyuges, que es asimilable a la de los menores emancipados (Llambías), o que no se estaría en presencia de una incapacidad de hecho sino de derecho (Guastavino). Esta distinción no es sutil, ya que es importante determinar quién otorga el acto de disposición y, por lo tanto, cuál de los cónyuges garantiza por evicción y debe estar libre de inhibiciones.

1. Artículo sustituido por art. 1 de la Ley 17.711 (B. O. 26/4/1968). Vigencia: a partir del 1/7/1968.

2. BUERES, Alberto J. (dir.) y HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi.

Con respecto al consentimiento o asentimiento, el texto se refiere al consentimiento, pero existe doctrina que entiende que lo que se exige es el asentimiento (Borda, De Ambrosi, Pelosi, Vidal Taquini). Otros autores (Fassi-Bossert) entienden que la utilización de la palabra consentimiento en el primer párrafo es acertada, mientras que, en el segundo párrafo, cuando se refiere al bien propio del otro cónyuge, lo que se otorga es el asentimiento, ya que sería la aprobación de un acto jurídico que no es propio.³

El artículo establece que es necesario el consentimiento para disponer o gravar los bienes gananciales y para disponer (la doctrina entiende que también para gravar, ya que, contrariamente, no se encontraría cumpliendo con la protección buscada por la ley) el inmueble propio en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Por otro lado, la consulta que nos ocupa se refiere a si es necesario el asentimiento en el acto en que un accionista de una sociedad anónima vota por la disolución de la sociedad y, consecuentemente, su liquidación y adjudicación de bienes.

No veo dónde se puede encontrar la conexión entre lo que establece el artículo 1277 del *Código Civil*, que –como ya dijimos– es una excepción al principio general de libre administración y disposición de bienes, y el voto de un accionista en una asamblea. Distinto sería si estuviéramos discutiendo la necesidad o no del asentimiento conyugal para gravar o disponer las acciones gananciales que posee uno de los cónyuges; cuestión esta última que ha suscitado opiniones divididas en doctrina y en la jurisprudencia.⁴

Exigir el asentimiento conyugal para los actos que realiza una persona como accionista de una sociedad es correr el riesgo de desvirtuar lo establecido en el artículo 1277 del *Código Civil* y desconocer que una sociedad anónima es una persona jurídica distinta a las personas (físicas, en el caso en consulta) accionistas de la misma. Dicha personalidad jurídica distinta es la que le permite a la sociedad tener patrimonio propio, diferente a las deudas particulares de los socios, organizar su administración, que se le reconozca un nombre, tener un domicilio y capacidad.

La *Ley de Sociedades* establece en su artículo 2 que “la sociedad es un sujeto de derecho con el alcance fijado en esta ley”. No debemos olvidar que la asamblea de accionistas es uno de los órganos de la sociedad anónima. Es uno de los órganos integrantes del sistema de gobierno y administración que la ley ha creado para el funcionamiento de la sociedad. Algunos autores han definido a la asamblea como “la reunión de sus accionistas congregados en las formas y condiciones prescritas por la ley y los estatutos”⁵. Las distintas nociones o definiciones de la asamblea nos condu-

3. Ver LLAMBÍAS, Jorge J., *Código Civil anotado. Doctrina. Jurisprudencia*.

4. Juzg. 1ª inst. Comercial n° 4, 22/9/1972, “Siep, Aarón c/ Transportes Automotores Chevallier SA”, publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 47, p. 699. También se puede consultar: ARAMOUNI, Alberto, *Práctica del derecho societario*, Buenos Aires, Astrea, 2004.

5. HALPERIN, Isaac, *Curso de derecho comercial*, Buenos Aires, Depalma, 1980, t. II.

cen a resultados divergentes, pero las soluciones que se alcanzan son coincidentes. Así resulta de la propia definición: la asamblea es la reunión de accionistas convocada conforme a la ley y a los estatutos para resolver las cuestiones previstas por ellos o los asuntos indicados en la convocatoria.

No obstante, aun cuando alguno entienda que en la asamblea la voluntad individual de cada integrante tiende al interés particular del socio y no a la tutela del interés social, dicho voto, junto con el voto de los demás accionistas y teniendo en cuenta el quórum y la mayoría necesaria para el caso en concreto, es la expresión de la voluntad de uno de los órganos de la sociedad y no la particular de un accionista.

La sociedad posee una voluntad propia, distinta de las personas físicas que la integran. Voluntad que se expresa a través de sus órganos, cuyas funciones las desarrollan las personas a quienes la ley y el estatuto social autorizan para manifestar esa voluntad y realizar la actividad conveniente para el logro de los fines societarios. Dichos órganos no poseen un interés distinto al del ente al cual pertenecen.

La diferencia existente entre la persona jurídica y sus miembros es lo que determina que la actuación de la persona jurídica comprometa su responsabilidad y no la de las personas físicas (salvo casos determinados) que con sus actos configuran la actividad de aquélla. Al hacer uso una persona de su calidad de socio en la asamblea o reunión de socios, el legislador no estableció la necesidad del asentimiento conyugal, ya que el socio/accionista se encuentra actuando dentro de un órgano distinto a su persona.

Volviendo a la consulta en particular, agregamos que también se le reconoce personalidad jurídica a la sociedad en liquidación, ya que la sociedad subsiste con todos los atributos de esa personalidad, según su tipo y mientras sean compatibles con su estado de liquidación. Luego y de acuerdo a lo que resuelva la asamblea, en nuestro caso, la disolución y consecuentemente la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad, la que se disuelve, liquida y transfiere los inmuebles es la sociedad.

Por otra parte, el legislador incluye en el artículo 1277 del [Código Civil](#) la transformación o fusión de sociedades de personas, siendo éstas la sociedad colectiva, la comandita simple, la de capital e industria y la de responsabilidad limitada. (Aclaremos que, con respecto a la sociedad de responsabilidad limitada, parte de la doctrina entiende que no constituye una sociedad de personas ni de capital sino mixta). También debería incluirse en el ámbito del artículo 1277 la sociedad civil, por constituir una sociedad de personas o de interés. Pero la ley no establece la necesidad del asentimiento de los cónyuges de los socios en los actos de disposición que realice la sociedad sino sólo para los casos de transformación o fusión. O sea, el legislador buscó proteger a los cónyuges en los actos en que la sociedad podía dejar de ser una sociedad de persona.⁶

Por otro lado, no debemos olvidar que, por tratarse el artículo 1277 de una restricción excepcional a la libre disponibilidad de los bienes, la limitación no puede

6. CNCiv., Sala D, 19/3/1994, *Revista de Derecho Comercial*, t. 1995-A, p. 392.

ser extendida a otros supuestos fuera de los expresamente contemplados por el legislador.⁷ Puede suceder que, al tener que aplicar normas jurídicas, se cometa el error de intentar extender el alcance de una norma cuando consideramos que la misma debería establecer y proteger –según el caso– actos, hechos y personas de las que en realidad abarca. Pero, como dice Kelsen⁸, el jurista que describe el derecho no es una autoridad jurídica, ya que su tarea consiste en conocer el derecho. No le corresponde crearlo. Además, su interpretación del derecho no tiene carácter obligatorio, en tanto que el órgano competente, al crear una norma inferior, da de la norma superior una interpretación que tiene fuerza de ley.⁹

El órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta la norma superior sino también otras normas no jurídicas relativas a la moral, a la justicia o lo que se denomina bien público, interés del Estado, progreso. Por ello, no deberíamos darle a la norma un mayor alcance que el que tiene ni intentar que abarque actos no contemplados por la misma. El “sería conveniente” en derecho puede resultar peligroso.

4. Conclusiones

No es necesario el asentimiento conyugal (art. 1277 CCIV) de los cónyuges de los socios de una sociedad anónima en el acto de resolver los accionistas la disolución y, consecuentemente, la liquidación y adjudicación de los bienes de la sociedad.

7. CNCiv., Sala B, en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, t. 57, p. 578.

8. KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA.

9. Agrega que esta interpretación es auténtica en la medida en que la norma inferior es válida.

El tipo del usufructo como derecho real desde el orden jurídico español*

Gabriel de Reina Tartière

Sumario: *Presentación. 1. El usufructo. Concepto y caracteres. 2. Constitución. 3. Contenido. 4. Extinción.*

Presentación

El usufructo, modalidad básica de la que emergen los derechos de uso y habitación muy a su manera, se diferencia de las servidumbres en su configuración como tipo de fuerte repercusión y fuerte incidencia en el estatuto de la propiedad. Por tal motivo, son varios los recaudos propios de la disciplina. Entre ellos, y por encima de todos, se destaca su esencial temporalidad a fin de que la propiedad no quede por su medio reducida a una mera referencia nominal, un derecho formal sin sucesivo correlato económico. Otros serían los relativos a la formación de inventario y a la prestación de garantía suficiente, con vistas a la debida restitución de la cosa al propietario sin deterioros anormales imputables al usufructuario.

Claro que el enfoque se hace desde el más puro derecho común, frente a las singularidades del derecho foral, hoy plenamente autónomo, aunque las fuentes en este punto decantan la cuestión por la existencia de mejoras más que de diferencias.

1. El usufructo. Concepto y caracteres

En la clásica definición de Paulo, el usufructo es el derecho real que consiste en “usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia”¹. Se trata del derecho –establece el artículo 467 del [Código Civil](#)²– que permite “disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa”.

* A la diáspora asturiana en la Argentina

1. *Digesto* 7, 1, 1; *Institutas* 2, 4.

2. [N. del E.: en las referencias “Código Civil” y “CCIV” los links dirigen al Código Civil de España, publicado en la página del [Boletín Oficial del Estado](#) español].

El usufructo nació en Roma, a modo de cláusula testamentaria en beneficio de aquellas personas –básicamente, las mujeres casadas *sine manu*, esto es, sin haber ingresado en la familia del marido– que, para el *ius civile*, no contaban con un derecho propio a participar en la sucesión de su consorte. Ante la necesidad de dotar de sustento a la viuda, en similares condiciones a las que rodearon al matrimonio en vida del cónyuge, se ideó el recurso de concederle un goce temporal aunque exclusivo del conjunto o una parte de los bienes de la herencia. Así, en lo formal, al no involucrar una disposición definitiva, no habría de disminuir la cuota de los hijos o de los otros herederos. Únicamente se les imponía el cargo de tener que esperar para disfrutar de los bienes.

Por lo tanto, el usufructo surge como un instrumento de corte netamente familiar. Este rasgo, tras más de veinte siglos de evolución y de reconocerse como derecho susceptible de constituirse también a título oneroso, por contrato o a favor de personas jurídicas, ha venido acompañándolo hasta nuestros días, como demuestra, que lo más normal siga siendo su establecimiento entre parientes.

En cuanto a su naturaleza jurídica frente al dominio, el usufructo se trata de un gravamen de alcance, sin llegar a perder, no obstante, su índole de derecho limitado. Esta nota, la de su carácter limitado, se manifiesta en los siguientes factores, que hacen al tipo: a) su temporalidad, b) el respeto a la integridad sustancial de la cosa –en cuanto a sus cualidades naturales y a la finalidad productiva o de servicio que la caracterice–, y c) la obligación de restitución a cargo del usufructuario. El comportamiento de éste podrá asemejarse externamente al del propietario, analogía que es meramente superficial, pues no se encontraría autorizado para disponer de la cosa –haciéndose responsable si lo hiciera–. Por el contrario, si se aceptara que el *ius abutendi* hubiera de corresponder al usufructuario, que quedara a su arbitrio el consumir o cambiar de destino económico la cosa, se desbarataría la lógica del sistema: el dominio dejaría de serlo de haber otro instituto que comprendiera la plenitud de facultades sobre la cosa.

Los caracteres del usufructo como tipo diferenciado entre los derechos reales serían los siguientes.

1. Es un **derecho limitado**, a diferencia del dominio, que comprende todas las utilidades posibles sobre una cosa. El dominio seguirá siendo pleno por todo el término del usufructo, pese a que el dueño no pueda poner en práctica, ejercitar transitoriamente buena parte de sus facultades, hasta tal punto que se le reputa nudo propietario. Con esta expresión se quiere aludir a que no podrá usar ni disfrutar de la cosa en la medida en que el usufructo penda sobre ella.

2. Sin embargo, en cuanto derecho real limitado, se caracteriza por la **amplitud de la facultad de goce** (a diferencia de los derechos de uso y habitación, y de las servidumbres), pero con las restricciones que implican su carácter temporal y la obligación de conservar la forma y sustancia de los bienes a cargo del usufructuario, para cumplir con la correspondiente restitución una vez extinguido el derecho.

3. Es un **derecho real esencialmente temporal**. El usufructo ha de ser temporal porque, si fuera perpetuo, la propiedad no existiría. Si el dueño no pudiera en más hacer uso ni disfrutar de lo que le perteneciera, su título no valdría para nada; por no decir que la prohibición de alterar la sustancia de la cosa, que es capital en todo el régimen del usufructo, se tornaría inexplicable, si por ser perpetuo el derecho, no correspondería en consecuencia, la devolución de la cosa recibida o entregada. Siendo temporal, de constituirse el derecho en favor de una persona física, se entiende **naturalmente vitalicio**, en la medida en que no se extinguiría hasta el fallecimiento de su titular si en el título constitutivo no se hubiera introducido plazo o circunstancia por la que se extinguiera antes.

Si la temporalidad es esencial para el usufructo, debemos fijarnos en dos previsiones legales que parecen ponerla en tela de juicio. Sin su exacta valoración, el usufructo podría quedar difuminado como tipo en el contexto general del sistema de derechos reales. Me refiero a: la parte final del artículo 467 del **Código Civil**, que, luego de definir el usufructo como el derecho de disfrutar de un bien ajeno conservando su forma y sustancia, advierte que esa obligación lo será en tanto en cuanto “**el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa**”; y el artículo 469 del **Código Civil**, que permite que el usufructo se constituya en favor de varias personas **sucesivamente**.

3.1. En primer lugar, debemos aclarar que la facultad de disponer no ya de su derecho sino del dominio sobre la cosa usufructuada, que en el título constitutivo puede serle concedida al usufructuario ante determinadas circunstancias, no puede dejarse a la libérrima determinación del propio usufructuario, como cuando se prevé que pueda vender el bien gravado en caso de necesidad. (Se llega así al usufructo con facultad de disponer, sobre el que se avanzará más detalladamente en el párrafo siguiente). En la confrontación de la figura con la esencial temporalidad del usufructo, no siendo la disposición más que una facultad y resultando la disposición del bien gravado un evento, por más que facultativo, contingente, mientras no se disponga por el usufructuario, el derecho de éste se encontrará igualmente sometido temporalmente, sin que la concesión de la facultad implique la derogación del régimen ordinario del usufructo ni, en consecuencia, haya de entenderse que, por conferir la facultad, se haya transmitido el dominio del bien transmitido en usufructo.

En el usufructo con facultad de disponer, la facultad se incluye expresamente por las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Se entiende que el usufructuario está autorizado por ley para disponer de los bienes que se le han entregado en usufructo cuando su uso y disfrute no pueda realizarse sin la consumición de esos bienes, como ocurre con el inquilino que entrega en prenda una cantidad de dinero. En el caso específico del que ahora nos ocupamos, lo que se le entrega al usufructuario no es la mera posesión de los bienes sino su propiedad, obligándose a pagar el precio en que se hubieran estimado cuando los recibió o, en defecto de estimación, a hacer restitución de cosas de “igual cantidad y calidad, o pagar su precio corriente al tiempo de cesar el usufructo” (art. 482 **CCIV**). La norma habla de usufructo, pero la

situación resulta tan difícil de compaginar con el temperamento del usufructo que se ha acuñado para ella el término **cuasiusufructo**, mucho más apropiado.

Cabe realizar aquí las siguientes precisiones. El respeto a la sustancia económica de la cosa, como medida de referencia genérica y criterio naturalmente delimitador del derecho del usufructuario, carece aquí de sentido, por cuanto no podrá disfrutarse de las cosas que se reciba sin consumirlas. Por lo tanto, la entrega de cosas consumibles provocará, irremediablemente, un régimen de exorbitancia con respecto al que se predica del usufructo, que consiste fundamentalmente en: a) la inmediata adquisición de la propiedad de las cosas por parte de la persona del usufructuario, pudiendo, en consecuencia, proceder a consumirlas y también a venderlas o disponer de ellas como mejor le parezca; b) el simultáneo nacimiento, a favor de quien en otro caso sería nudo propietario, de un crédito al *tantundem*, a la restitución de igual género y cantidad, llegado el término de la relación, normalmente, por fallecimiento del usufructuario. Si fuera dinero, se cumplirá con la sola entrega del capital, por cuanto los intereses comportarían propiamente sus frutos. Por todo el tiempo que dure la situación, no habría ningún derecho real limitado a favor de cualquiera de las partes, sino que el usufructo se convertiría, excepcionalmente y por la simple cualidad consumible de las cosas, en título traslativo de la propiedad. Por lo demás, la relación que se inicie de esta suerte se regirá por el juego ordinario de las obligaciones.

Así queda expuesto, en líneas generales, el esquema singular del cuasiusufructo. Sin embargo, se muestra insuficiente para comprender el fundamento de la figura, pues sólo a su través podrá explicarse su previsión normativa cuando ya existe un contrato regulado que, como el mutuo, está avocado a una función más que parecida. ¿Para qué, entonces, prescribir una fórmula específica como la que abordamos? La respuesta a esta pregunta está en sus antecedentes originarios.

En Roma, cuando el testador dejaba en usufructo la totalidad de su patrimonio o una alícuota, se entendió durante siglos que esa disposición sólo abarcaba los bienes materialmente aptos para el derecho, esto es, aquellos que, por ofrecer una utilidad reiterada, por no agotarse con su uso, pudieran reintegrarse más adelante. Los bienes consumibles, los de utilidad simple, acabarían en manos de los herederos. Con el paso del tiempo, sin embargo, fue ganando importancia la riqueza mobiliaria, hasta tal punto que, en ocasiones, por haberse excluido de la cuota usufructuaria una gran masa de bienes, se violentaba la voluntad manifestada por el causante, dado que el legatario apenas quedaba con bienes con los que afrontar su supervivencia. Así las cosas, hubo de promulgarse un senadoconsulto –probablemente durante los primeros años de nuestra era– que permitía legar en usufructo todas las cosas existentes en el patrimonio, aun las que se consumieran por el uso. El Senado no pretendió avalar un usufructo sobre cosas como el dinero, el vino o el aceite, cuya naturaleza se lo impedía; simplemente, intervino por motivo de conveniencia, autorizando que también esas cosas se entregaran al legatario, aunque con la advertencia de que para obtenerlas habría de prestarse caución frente al heredero.

La digresión histórica revela la razón práctica del cuasiusufructo: su interés de cara a los usufructos universales, básicamente el de herencia, que, sin circunscribirse a una cosa concreta y determinada, se proyecta sobre todo o una parte alícuota del patrimonio dejado por el difunto. Tal sería su campo de aplicación básico, de manera que, frente a la alternativa más extendida que supone el mutuo, muy difícilmente podremos observar en la práctica una operación específica, un negocio de cuasiusufructo autónomo.

3.2. Por íntima e igualmente vinculada la definición de la cuestión con el carácter sustancialmente temporal que se predica del usufructo, no podría utilizarse el recurso al llamamiento sucesivo a la titularidad del usufructo de forma indiscriminada, pues se llegaría, por tan indirecta vía, a suspender *sine die* la consolidación de la propiedad mientras pasen generaciones y generaciones. Por lo tanto, puede constituirse un usufructo en favor de varias personas sucesivamente, pero tendrán que ser personas que vivan al tiempo de la constitución o, en otro caso, no pasar del segundo grado (en virtud de la doctrina que emana del art. 781 CCIV, que prohíbe que los bienes queden vinculados más allá y al que remite expresamente el art. 787 cuando se trata de un usufructo sucesivo constituido por testamento).

4. Es un **derecho mediatamente transmisible**. Si bien se admite su enajenación por cualquier clase de título, oneroso o gratuito, la transmisión quedaría condicionada en sus efectos por la esencial temporalidad del usufructo, lo que significa que el derecho, aun en cabeza de un tercero adquirente, habría de extinguirse igualmente en el tiempo que le correspondería si no hubiera habido transmisión.

Para la transmisión del derecho de usufructo no se requiere el consentimiento del nudo propietario; en primer lugar, porque –como se ha dicho– la transmisión no podrá extender el gravamen más allá de lo previsto; segundo, porque el **Código** hace expresa salvedad de que, por más que el usufructuario enajene su derecho de usufructo, “será responsable del menoscabo que sufran las cosas usufructuadas por culpa o negligencia de la persona que le sustituya” (art. 498).

La regla, pues, es que la eventual transmisión del derecho de usufructo no puede perjudicar en modo alguno al propietario.

5. Es un **derecho naturalmente gratuito**, no porque los interesados no puedan constituir esta clase de gravamen a título oneroso –algo que en la práctica se torna verdaderamente excepcional–, sino porque toda la regulación del **Código** parte, conforme a los antecedentes clásicos de la figura, de la consideración gratuita del usufructo, de que no se pague renta o merced como contraprestación.

2. Constitución

Según el artículo 468 del **Código Civil**, el usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción. Hay, pues, por razón de su constitución, tres clases de usu-

fructo: el usufructo legal, que es el que corresponde como legítima al cónyuge viudo (art. 807, 3º) y está regulado en los artículos 834 y siguientes; el usufructo voluntario, que es el constituido por negocio jurídico *mortis causa* o *inter vivos* a título gratuito u oneroso; el usufructo por prescripción o usucapión.

En la práctica, el más raro es el **usufructo constituido por usucapión**. Resulta muy difícil concebir que quien, sin título, haya venido usando la finca con el amplio alcance material que distingue al usufructo alegue la usucapión del usufructo y no de la propiedad plena sobre el bien. Entonces, la usucapión, como medio adquisitivo del derecho de usufructo, quedaría marginada a aquellos casos donde, habiendo título –de usufructo–, éste fuera inválido y hubiera de convalidarse, atenta la buena fe del interesado, con la ayuda del paso del tiempo (usucapión ordinaria).

Por ley, el **usufructo se atribuye en favor del viudo** respecto de la herencia del cónyuge premuerto, con una amplitud que varía según las personas que concurran a la sucesión. Así, el consorte supérstite tendrá derecho: al usufructo del tercio de mejora si concurre con hijos o descendientes; al usufructo de la mitad de la herencia si concurre con ascendientes del causante; y al usufructo de los dos tercios de la herencia si no existen ni descendientes ni ascendientes del causante (obviamente, en el caso de que el causante haya testado en favor de otra persona, pues, si no existe testamento, ni descendientes, ni ascendientes, el cónyuge es llamado por ley a la plena propiedad de todos los bienes de la herencia).

Siendo en usufructo la cuota legitimaria del viudo, el artículo 839 del **Código Civil** faculta a los herederos, no obstante, para conmutar el usufructo por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Mientras esto no se realice –establece la norma–, “estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”. El inciso es clave para la comprensión de cómo funciona realmente el usufructo viudal. Se ha de entender así que el usufructo legitimario existirá desde la muerte del causante –recuérdese que la teoría del título y el modo sólo opera como regla para la transmisión o atribución *inter vivos* de los derechos reales–. No se extingue hasta la concreción de los particulares bienes dentro de la herencia en que haya de cifrarse el usufructo o hasta la conmutación del mismo. Se trataría, entonces, de un usufructo general, universal sobre todos los bienes de la herencia, pero no total, pues no daría derecho a la percepción de todos los frutos o rendimientos generados por los bienes hereditarios sino a un porcentaje en función de la cuota legal de usufructo señalada al cónyuge viudo –recuerda Fernández Campos³–.

Cabe realizar aquí las siguientes precisiones. El usufructo es universal cuando comprende una universalidad de bienes o una parte alícuota de la universalidad, como es el caso de la legítima del viudo. Es particular cuando comprende uno o varios objetos ciertos y determinados. En este sentido, se debe recordar el concepto de

3. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., *El pago de la legítima al cónyuge viudo: la conmutación del usufructo viudal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

universalidad: el conjunto o pluralidad de bienes tomado en cuenta, por decisión voluntaria o legal, como unidad, como un todo. Existirían dos clases: la universalidad de hecho (*universitas facti o rerum*) y la de derecho (*universitas iuris*).

Junto al usufructo legal legitimario, ejemplo de usufructo sobre una universalidad de derecho, sobre una universalidad de hecho lo sería el usufructo de rebaño, que se contempla en el artículo 499 del [Código Civil](#). El usufructuario estará obligado a reemplazar los animales que perezcan por causas ordinarias con las crías que nazcan, con derecho a apropiarse de las restantes en su calidad de frutos y sin mayores condicionamientos. Si pudiera disponer de todos los frutos, la cabaña iría perdiendo de forma tal que, al finalizar el usufructo, pocas cabezas podrían devolverse. Si se entrega un rebaño, un rebaño se tendrá que devolver, lo que significa que el objeto del usufructo no sería las piezas de ganado individualizadas sino el conjunto de animales como entidad.

El usufructo también puede ser **universal a título voluntario**; es lo que ocurre cuando una persona deja en su testamento todo o una parte de su herencia “en usufructo” (arts. 508, 510 y 787 [CCIV](#)), con el debido respeto, claro está, a las legítimas. Es el llamado **usufructo de herencia**, que no debe confundirse por su distinta fuente y contenido con el usufructo legitimario del cónyuge superviviente. Así, los herederos no tienen el derecho de conmutación que hemos visto para el usufructo legitimario viudal, pero sí, en cambio, de ser legitimarios, la opción que les brinda el artículo 820 inciso 3 del [Código Civil](#).

Por su parte, el usufructo puede constituirse *inter vivos* mediante:

- *translatio*, esto es, el disponente retiene la (nuda) propiedad al constituir el usufructo;
- *deductio*, a saber, transmitiendo el disponente la nuda propiedad pero reservándose el uso y disfrute;
- doble enajenación, en virtud de la cual el propietario de un bien transmite a una persona la (nuda) propiedad y a otra el usufructo (art. 640 [CCIV](#)).

Nuestro derecho permite que en los negocios constitutivos de usufructo, cualquiera fuera su clase –*inter vivos, mortis causa*–, se introduzca una cláusula en virtud de la cual el usufructuario pueda, además de usar y disfrutar de la cosa, disponer de la propiedad del bien en caso de necesidad –algo relativamente frecuente tratándose de negocios entre familiares–.

A partir de una cláusula del estilo, el usufructo con facultad de disponer o de disposición debería comprenderse del siguiente modo:⁴

- a) Al constituir una grave –aunque admitida– excepción al régimen común del usufructo, la cláusula facultativa debe aparecer en el contrato o testamento de forma expresa e indubitada. Por la misma razón, debe interpretarse restrictivamente en todos los casos: de este modo, no podría entenderse que la facultad

4. ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, Barcelona, Edisofer, 2004, t. III.

- de disponer en caso de necesidad, sin mayores añadidos, legitime para disponer del bien usufructuado *mortis causa*. Igualmente, a falta de que conste que se confirió para disponer a título gratuito, sólo habilitará para hacerlo a título oneroso, pues sólo de esta segunda manera podría solventarse mediante la enajenación la pretendida necesidad económica por la que atravesara el usufructuario.
- b) Mientras el usufructuario no ejerza su facultad de disponer, sus derechos y obligaciones serán los del usufructo, sin ninguna otra particularidad; los bienes seguirán en propiedad del nudo propietario. Por tal motivo, si al tiempo en que se extinga el usufructo no hubiera dispuesto, deberá hacerle devolución de la cosa en el estado en que se encuentre, sin poder eximirse de responsabilidad por deterioros imputables so pretexto de que, como habría podido disponer de ella en favor de un tercero, podría haber sido negligente en su cuidado material, esto es, habría estado legitimado implícitamente para hacer con ella lo que quisiera.
- c) Estando el usufructuario facultado para disponer de los bienes si lo necesitase, cuando no se determina la manera de acreditar la necesidad, conviene entender que su existencia se ha querido dejar a los dictados de su conciencia o criterio (por la confianza que habría inspirado al otorgante), y no podría exigirse (p. ej., para la inscripción del acto dispositivo en el Registro de la Propiedad) prueba al respecto. El nudo propietario podría impugnar siempre, judicialmente eso sí, el acto de transmisión si creyera que no habría habido necesidad real en el caso de que el usufructuario hubiera excedido con la enajenación el límite causal de la facultad concedida.

3. Contenido

De acuerdo con lo previsto en el artículo 470 del Código Civil,

Los derechos y las obligaciones del usufructuario serán los que determine el título constitutivo del usufructo; en su defecto, o por insuficiencia de éste, se observarán las disposiciones contenidas en las dos secciones siguientes.

Se trata de una detallada regulación que se extiende a lo largo de los cuarenta y dos artículos que prosiguen, un intento por prever una solución para los principales problemas que pueden suscitarse si el usufructo se constituye *mortis causa*. Como en este caso el gravamen se dispondría por decisión legal o unilateral del causante, sin participación de quienes habrían de arribar a la condición de (nudo) propietario y usufructuario, procedería poner en claro el estatuto básico al que habrían de someterse.

No obstante, con base en un criterio idéntico, se permite que buena parte de la normativa legal pueda modificarse si así lo convienen los interesados. Por lo tanto, los derechos y obligaciones de las partes podrán variar para el caso en concreto res-

pecto de cómo se contienen en el Código, haciendo, por ejemplo: que el usufructuario no tenga que formar inventario o prestar fianza (art. 493 CCIV); que los frutos naturales pendientes al extinguirse el usufructo sean para él y no para el propietario (art. 472 CCIV); que el propietario deba reintegrar el valor de las mejoras útiles que llegue a introducir el usufructuario (art. 487 CCIV); etc.

En este orden de ideas, el artículo 467 del *Código Civil* permitiría incluso dejar a juicio del usufructuario una posible alteración en el destino económico de la cosa, facultad que, por más que esté prevista en el título constitutivo, sólo podría ejercitarse razonablemente.

3.1. *Derechos del usufructuario*

La **facultad de goce general** que se reconoce al usufructuario se concreta en las siguientes, más particulares.

- a) La **facultad de poseer** el bien o bienes usufructuados.
- b) La **facultad de usar** las cosas dadas en usufructo, aunque por lógica hayan de deteriorarse por su uso. El artículo 481 del *Código Civil* dice que “si el usufructo comprendiera cosas que sin consumirse se deteriorasen poco a poco por el uso, el usufructuario tendrá derecho a servirse de ellas, empleándolas según su destino, y no estará obligado a restituirlas al concluir el usufructo sino en el estado en que se encuentren; pero con la obligación de indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia”.
- c) La **facultad de disfrutar**, de hacer producir los bienes. El usufructuario tiene derecho a percibir todos los frutos naturales, industriales y civiles que hayan de generar, naturalmente o por su mano y obra, los bienes usufructuados (art. 471 CCIV).

El tesoro que pudiera hallarse en la finca usufructuada no tiene consideración de fruto, motivo por el cual el usufructuario, en su condición de tal, carecerá de derecho sobre él. Sin embargo, si fuera él quien lo encontró, tendrá derecho a la mitad de su valor.

Los frutos naturales o industriales pendientes al comenzar el usufructo corresponden al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario (art. 472 CCIV).

Los frutos civiles se entenderán percibidos día por día, de modo que si el usufructo termina antes del arrendamiento que los generó, quien hubiera sido su titular (o sus herederos) sólo habría de percibir la parte proporcional de la renta, sin derecho sobre los días posteriores a la finalización del usufructo (arts. 473 y 474 CCIV).

- d) La **facultad de mejorar** los bienes. El usufructuario puede hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tenga por convenientes, con tal de que no altere su forma o sustancia, pero no tendrá por ello derecho a

indemnización. No obstante, podrá retirar dichas mejoras si fuera posible hacerlo sin detrimento de los bienes (art. 487 CCIV).

- e) La **facultad de aprovechar los bienes por cesión** material de ellos a terceros. La cesión concluirá al finalizar el usufructo, “salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola” (art. 480 CCIV⁵).

Junto con estas facultades vinculadas al goce material de la cosa, el usufructuario puede asimismo disponer de su derecho a título oneroso o gratuito, gravarlo con hipoteca, ejercitar las acciones que correspondan en su defensa (las posesorias; la confesoria, por la que podrá reclamar el reconocimiento y efectividad del usufructo; la negatoria, frente a quien alegue un derecho limitado sobre la finca en usufructo; la real registral; etc.).

3.2. *Obligaciones del usufructuario*

3.2.1. *Anteriores a entrar en la posesión de las cosas*

La **formación de inventario** y la **prestación de fianza** son los dos requisitos tradicionales que el usufructuario debe cumplimentar antes de entrar en la posesión de los bienes (art. 491 CCIV). El primero se establece como medio para la constatación de las cosas y del estado en que se hallen en la entrega; así, facilita la concreción de lo que luego deba restituirse y de la eventual responsabilidad del usufructuario por pérdidas, menoscabos o deterioros. Por ello, se comprende fácilmente el interés que el usufructuario tendrá en que se formalice, para eludir tener que responder por daños anteriores a su investidura. La fianza, en cambio, se proyecta en beneficio exclusivo del propietario, ya que le garantiza que la cosa será usada adecuadamente y devuelta tan pronto el usufructo se extinga.

Conviene precisar los aspectos de interés comunes entre el inventario y la fianza. En primer lugar, si el usufructuario rehusara cumplir con cualquiera de ambas obligaciones, el propietario podría negarse a entregar la posesión de los bienes y hacer uso de ellos –hasta que el usufructuario cumpla– pero con la obligación de liquidar a favor del usufructuario los rendimientos que produjeran los bienes una vez deducidos los gastos realizados para producirlos. Se trataría de un extraño –por más que provisional– derecho a los frutos sin posesión de los bienes, que también podría darse, según el artículo 520 del *Código Civil*, en el supuesto de abuso, de mal uso de las cosas por parte del usufructuario una vez entregadas.

El *Código Civil* se ocupa del incumplimiento de la fianza en el artículo 494, que se entiende aplicable análogamente respecto de la obligación de hacer inventario. Esta norma establece lo siguiente:

5. Ver, asimismo, art. 13.2 de la *Ley de Arrendamientos Urbanos* y art. 10 de la *Ley de Arrendamientos Rústicos*.

No prestando el usufructuario la fianza en los casos en que deba darla, podrá el propietario exigir que los inmuebles se pongan en administración, que los muebles se vendan, que los efectos públicos, títulos de crédito nominativos o al portador se conviertan en inscripciones o se depositen en un banco o establecimiento público, y que los capitales o sumas en metálico y el precio de la enajenación de los bienes muebles se inviertan en valores seguros.

El interés del precio de las cosas muebles y de los efectos públicos y valores, y los productos de los bienes puestos en administración pertenecen al usufructuario.

También podrá el propietario, si lo prefiere, mientras el usufructuario no preste fianza o quede dispensado de ella, retener en su poder los bienes del usufructo en calidad de administrador, y con la obligación de entregar al usufructuario su producto líquido, deducida la suma que por dicha administración se convenga o judicialmente se le señale.

Pensando en un usufructuario sin recursos, al que le fuera difícil conseguir fiador o careciera de bienes que poner en garantía, el artículo siguiente dispone que el usufructuario podrá obtener, bajo simple caución juratoria –mero compromiso de cumplimiento–, la entrega de los bienes muebles imprescindibles para el día a día y, aun, que se le asigne habitación para él y su familia si el usufructo tuviera por objeto o comprendiera un bien habitable.

Por otra parte, el constituyente del usufructo puede dispensar al usufructuario de las obligaciones de fianza e inventario (art. 493 CCIV).

En tercer lugar, aun sin dispensa, se puede entrar en posesión y disfrute de los bienes sin hacer inventario ni prestar fianza mientras no exista oposición del propietario, quien, si no renunció a ello, podrá exigirlos más tarde, sin que ello obste que el usufructuario ya se encuentre instalado.

3.2.1.1. *El inventario*

Aunque hasta aquí se ha hablado de una obligación de inventario en singular, se deben distinguir dos conceptos: el de **inventario** propiamente dicho, que se practica con respecto a los bienes muebles, y el de **estado**, esto es, la descripción del estado en que se encuentren los inmuebles. Sin embargo, estamos ante una sola operación, que consistirá en relacionar y describir los bienes sobre los que vaya a recaer el usufructo, independientemente de su clase.

Cuanto más acabadamente se haga, en su calidad de prueba preconstituida de la entidad, estado de conservación y características de los bienes, menos discusiones se originarán luego. Así, el inventario incluirá una tasación de los bienes muebles, una estimación de su valor, en virtud de su mayor peligro de desaparición.

El inventario debe hacerse en la forma que dispongan el usufructuario y el propietario de común acuerdo; puede instrumentarse entonces en un documento tanto público como privado. Lo que no cabe es proceder unilateralmente.

A la formación del inventario debe concurrir el propietario o su representante. Únicamente ante su incomparecencia injustificada podrá serle opuesto el que haga el

usufructuario. Si después el propietario no concorda con su contenido, podría pedir su rectificación o complemento, aunque le incumbirá probar el mejor estado que alegue sobre todos o alguno de los bienes comprendidos o la existencia de los que indique no incluidos en él.

3.2.1.2. *La fianza*

El usufructuario debe prestar la **garantía** de que cumplirá con las obligaciones que le competen. Se encuentran legalmente eximidos de la obligación el vendedor o donante que se hubiera reservado el usufructo de los bienes vendidos o donados, los padres usufructuarios de los bienes de sus hijos o el cónyuge supérstite respecto de su cuota legal usufructuaria (art. 492 CCIV).

El Código habla de fianza seguramente por la ventaja de incorporar a un tercero que, para evitar ser responsable, vigile el comportamiento del usufructuario, pero sin impedir que se propongan seguridades de otro tipo: la dación en prenda de uno o varios objetos de consideración, la constitución de hipoteca sobre un inmueble propio o ajeno, etc.

El propietario decidirá si acepta la garantía y, ante un eventual conflicto sobre su suficiencia, que se dirimirá en sede judicial, y podrá negarse a entregar la posesión de los bienes mientras tanto.

3.2.2. *Coetáneas al ejercicio del derecho de usufructo.*

El principio de rerum salva substantia

Una vez en posesión de los bienes, el usufructuario **no puede alterar ni la forma ni la sustancia** de la cosa sobre la que ejerce su derecho. Esta prohibición o, dicho positivamente, el permanente respeto al clásico principio de *salva rerum substantia* va más allá de una simple obligación se erige en límite natural del usufructo. Trata de salvaguardar el interés del propietario de reincorporarse en el pleno dominio de la cosa en el estado que pueda considerarse más semejante al que tenía cuando se constituyó el usufructo; obligación consagrada en los artículos 467 y 487 del **Código Civil**, que afecta también al propietario en el ámbito de lo previsto en el artículo 489.

La **forma** refiere las cualidades físicas elementales de las cosas. Por lo tanto, el usufructuario no puede modificar la forma exterior ni estructural de las cosas. No podría demoler en todo o en parte ninguna construcción, ni siquiera para sustituirla por otra más espaciosa, cómoda o moderna. Si se tratara de una casa, ni siquiera podría distribuir –que no decorar– sus dependencias de un modo distinto a aquel en que las hubiera recibido. Se le reconoce sí la facultad de realizar obras de mejora, aunque sólo en la medida en que su ejecución no trastorne la identidad física sustancial de los bienes; por ejemplo, techando un balcón o una terraza, ensanchando las ventanas, levantando cuerpos arquitectónicos complementarios que no rompan con la armonía del lugar, etc.

El usufructuario tampoco podrá emplear la cosa con un destino distinto del que se fije en el título o, en su defecto, de aquel al que se hallara afectada al constituirse. A ello se alude con el concepto eminentemente funcional y económico de **sustancia**. En consecuencia, el usufructuario no podrá convertir una casa particular en industria o comercio, una viña en campo de pastos, un bosque en tierra de labor, una finca rústica en urbana. Y, dentro del destino que sea, tendrá proscrito poner en marcha una economía de disfrute excesivo que agote la potencialidad de los bienes y deberá abstenerse de realizar todo acto de explotación que tienda a aumentar por el momento los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas.

Con estos presupuestos, no es mucho el margen de maniobra del usufructuario. El planteamiento tradicional estaría pensando en un usufructo rural, constituido por testamento, y privilegiando la posición del propietario para evitar abusos y deterioros. Este habría sido su objetivo. Sin embargo, la compatibilidad del usufructo con la propiedad podría lograrse sin impedir lo que se antoja un principio superior a los intereses de las partes, que es que las cosas se aprovechen eficazmente en la medida de sus posibilidades, sin caer en el abuso, aunque tampoco en su infrautilización. Si el objeto del usufructo fuera una empresa o industria, resulta exagerado que el usufructuario haya de respetar a ultranza la forma que las cosas presentaban a su entrega, por ejemplo que no pueda tirar una sola pared, por más tiempo que pase. Antes bien, en la práctica, una fábrica debe automatizarse de modo que siga teniendo aptitud productiva relativa, es decir, que siga siendo competitiva, ya que de otra manera el mercado la relegaría. Ante una controversia sobre este punto, la prudencia del juzgador será determinante.

La inmutabilidad del destino, tal y como se ha contemplado, también merece reparos por categórica. Preocupa concretamente el supuesto en que, por circunstancias ajenas al usufructuario, no quepa ninguna utilización razonable sin un cambio: ¿Podrá exigírsele que insista en un determinado destino si deviene de imposible cumplimiento por causas objetivas o permanentes en lo económico? Se deben tener en cuenta algunos supuestos planteados en la realidad, como el del usufructuario de un hotel al que dejan de ir viajeros porque un cambio de carretera ha aislado el establecimiento, o el de una explotación agraria que como consecuencia de la expansión de la ciudad pasa a ubicarse en plena zona urbana.

Decir que el usufructuario no ha de modificar ni la forma ni el destino no es suficiente, pues, aun sin sobrepasar esos límites, podría igualmente perjudicar al propietario con respecto a la integridad de las cosas. El usufructuario deberá cuidar de ellas y conservarlas con diligencia, la de “un buen padre de familia” (art. 497 CCIV), lo que va a requerir un comportamiento positivo de su parte: realizar –y costear– las reparaciones ordinarias para el mantenimiento en buen estado de las cosas (art. 500 CCIV); poner en conocimiento del propietario cualquier acto de un tercero del que tenga noticia capaz de lesionar el dominio (art. 511 CCIV); avisarle, la necesidad de

acometer reparaciones extraordinarias cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas (art. 501 CCIV); etc.

De estas obligaciones, la relativa a las reparaciones luce, sin duda, como la más significativa. La obligación se justifica desde una perspectiva económica, ya que si el usufructuario es quien reditúa la cosa, el único que ha de obtener los provechos del usufructo, es justo que sea él quien pague con las reparaciones que derivan del normal uso, tendientes a su conservación y mantenimiento. Se considerarán ordinarias “las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación”; si el usufructuario no las hiciere “después de requerido por el propietario, podrá éste hacerlas por sí mismo a costa del usufructuario” (art. 500 CCIV).

Las reparaciones extraordinarias correrán por cuenta del propietario, ya que en cierta manera representan inversiones de capital. Pero en los hechos, el propietario puede acometerlas o no. Si las ejecuta, tendrá derecho a exigirle al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Si no, podrá hacerlas el usufructuario, quien tendrá derecho a exigirle al propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que hubiesen provocado en la finca. Si el propietario se negara a satisfacer dicho importe, el usufructuario se encontraría legitimado para retener la cosa (art. 502 CCIV).

Finalmente, el usufructuario debe sufragar los gastos vinculados con el uso cotidiano de las cosas (consumo de gas, electricidad, agua, etc.). De las deudas que anteriormente haya contraído el constituyente en relación con el bien entregado en usufructo, el usufructuario, por principio, no responde. Así, si se le ha conferido el usufructo sobre una finca hipotecada, ni el acreedor ni el nudo propietario podrán exigirle que asuma el pago, aunque se le reconozca facultado para ello, para evitar perder el usufructo ante la ejecución de la garantía. En tal supuesto, sí podría repetir contra el propietario por lo que pagare.

En cuanto a las deudas o cargas devengadas con posterioridad, pesan sobre el usufructuario los impuestos públicos que sean de carácter periódico u ordinario y cuyo hecho imponible se vincule con la posesión o goce de los bienes; así, por ejemplo, el impuesto sobre bienes inmuebles de devengo anual a favor de los ayuntamientos. Por su parte, los impuestos y contribuciones extraordinarias, por ejemplo por ejecución de infraestructuras públicas de las que la propiedad haya de aprovecharse en el futuro, incumben al nudo propietario, aunque el usufructuario deberá abonarle los intereses que correspondan por las cantidades que haya tenido que pagar.

3.2.3. Posteriores

Con la extinción del usufructo se consuma la obligación de restitución en torno a la que gira su régimen. La devolución es causa de la extinción y no ésta de ella, por cuanto la consolidación de la propiedad operará inmediatamente, sin requerir ni esperar a que el usufructuario restituya. Simplemente, producida la respectiva causal,

el usufructuario –o sus herederos, habida cuenta de que el fallecimiento del titular actuaría como la más común entre todas–, durante ese tiempo que trascurra hasta la restitución, pasará a encontrarse en una situación transitoria en la que ya no tendrá derecho al disfrute de los bienes.

En concreto, sobre el contenido de la obligación de restitución, el usufructuario ha de reintegrar no sólo aquellos objetos que inicialmente se le hubieran transmitido sino también los accesorios que hubiera recibido y las mejoras que no pudiera o quisiera retirar. Se hallará exento de devolver las cosas que hayan perecido por deterioro natural o caso fortuito.

3.3. Estatuto del nudo propietario

Según el artículo 489 del Código Civil, el nudo propietario puede, en general, hacer todo lo que no perjudique al usufructuario. Puede transmitir libremente su propiedad, obviamente, con la carga del usufructo y, por lo tanto, sin conferirle al adquirente la facultad de usar y gozar el bien hasta que no se extinga, se consolide el dominio. Podrá hipotecar su derecho con los mismos límites; si se extinguiera el usufructo vigente, la hipoteca no sólo subsistirá sino que se extenderá a la entera propiedad (art. 107 ordinal 2º [Ley Hipotecaria](#)). Asimismo, podrá establecer servidumbres sobre la finca gravada con el usufructo sin contar con el consentimiento del usufructuario (art. 595 [CCIV](#)), pero ello debe entenderse en el sentido de que la servidumbre sólo será operativa en cuanto el usufructo se extinga.

De la misma manera que el usufructuario puede hacer mejoras sobre el bien, el [Código](#) permite que las acometa el propietario; la incomodidad que supone para el usufructuario su realización se compensaría con el beneficio que le reportarían vez realizadas. Por supuesto, se entiende que las mejoras deberían ser tales, es decir, obras de ejecución prudencial, pensadas para un mejor aprovechamiento del bien, y no un pretexto para dificultar el normal ejercicio del derecho de usufructo.

En este punto, debe advertirse una obviedad; durante la vigencia del usufructo el principio de *salva rerum substantia* supone también un límite para el propietario: no acometer ninguna reforma estructural sobre el bien ni cambiar el destino económico a que propenda su aprovechamiento si no es con el consentimiento del usufructuario.

En cuanto a sus deberes u obligaciones, sólo está sometido al deber genérico de no hacer acto alguno que pueda perjudicar el disfrute pacífico de la cosa por parte del usufructuario. Corren por su cuenta, como hemos visto, las reparaciones extraordinarias que requiera la cosa (arts. 501 y 502 [CCIV](#)) y el pago de los impuestos que graven el derecho de propiedad (art. 505 [CCIV](#)).

4. Extinción

Según el artículo 513 del **Código Civil**, el usufructo se extingue por determinadas siguientes causas.

1. Por muerte del usufructuario. Si los usufructuarios son varias personas físicas al mismo tiempo (usufructo pluripersonal simultáneo), el usufructo no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere (art. 521 **CCIV**), acreciendo a las demás su respectiva cuota a medida que vayan muriendo los co-usufructuarios. Si son varias personas nombradas sucesivamente, dentro de los límites del artículo 781 del **Código Civil** (usufructo unipersonal sucesivo), el usufructo no se extinguirá hasta la muerte de la última de ellas. Si el usufructuario es una persona jurídica, se extingue el usufructo por cuando aquella se extingue o, como máximo, a los treinta años (art. 515 **CCIV**), incluso si se hubiera constituido a perpetuidad.

2. Por expiración del plazo por el que se constituyó o cumplimiento de la condición resolutoria consignada en el título constitutivo. Una regla especial en cuanto a la expiración del plazo se contiene en el artículo 516:

El usufructo concedido por el tiempo que tarde un tercero en llegar a cierta edad, subsistirá el número de años prefijados, aunque el tercero muera antes, salvo si dicho usufructo hubiese sido expresamente concedido sólo en atención a la existencia de dicha persona.

3. Por la reunión del usufructo y la nuda propiedad en una misma persona. Se trata de la figura jurídica de la consolidación. La transmisión del derecho de usufructo no es causa extintiva, salvo, claro está, que el adquirente fuera el nudo propietario, supuesto en el que se producirá la consolidación del dominio como automática consecuencia.

4. Por la renuncia del usufructuario. No obstante, si la renuncia se hace en perjuicio de tercero, es ineficaz frente a éste (art. 6 ord. 2º **CCIV**). En este sentido se entiende el artículo 107 ordinal 1º de la **Ley Hipotecaria**, que, tras señalar la condición hipotecable del usufructo, advierte que la hipoteca que lo tenga por objeto quedará extinguida cuando el mismo usufructo concluya “por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario”, pero que “si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin”.

5. Por la pérdida de la cosa objeto del usufructo. La pérdida debe ser total para que el usufructo se extinga, pues si la cosa se pierde “sólo en parte, continuará este derecho en la parte restante” (art. 514 **CCIV**). No habría pérdida y extinción del usufructo si estuviera constituido sobre una finca de la que forme parte un edificio, y éste llegara a perecer, de cualquier modo; en este supuesto el usufructo tendría derecho a disfrutar del suelo y de los materiales (art. 517 **CCIV**). Si el usufructo tuviera

una finalidad edilicia, residencial pero no agraria o rústica, el propietario podría optar por elevar una nueva edificación; el Código precisa que ya no tendría el usufructo derecho a ocuparla una vez construida, pero sí a recibir los intereses del importe del valor del suelo y de los materiales.

Sin embargo, en el caso de que la cosa estuviese asegurada, el artículo 518 prevé las siguientes soluciones, más concretas:

- 1) Si el usufructuario concurre con el propietario al seguro de un predio dado en usufructo, en caso de siniestro aquél continuará en el goce del nuevo edificio si se construyere o percibirá los intereses del precio del seguro si la reedificación no conviniera al propietario.
- 2) Si el propietario se hubiera negado a contribuir al seguro del predio, constituyéndolo por sí solo el usufructuario, éste adquirirá el derecho de recibir por entero el precio del seguro en caso de siniestro, pero con obligación de invertirlo en la reedificación de la finca.
- 3) Si el usufructuario se hubiese negado a contribuir al seguro, constituyéndolo por sí solo el propietario, percibirá éste íntegro el precio del seguro en caso del siniestro, salvo el derecho concedido al usufructuario por el artículo 517 del [Código Civil](#).

Finalmente, debe hacerse referencia a la expropiación como un supuesto especial. Está regulada en el artículo 519 del [Código Civil](#), según el cual

Si la cosa usufructuada fuere expropiada por causa de utilidad pública, el propietario estará obligado, o bien a subrogarla con otra de igual valor y análogas condiciones, o bien abonar al usufructuario el interés legal del importe de la indemnización por todo el tiempo que deba durar el usufructo. Si el propietario optare por lo último deberá afianzar el pago de los réditos.

6. Por la resolución del derecho del constituyente en tanto el usufructuario no tuviera la condición de tercero protegido por las reglas favorecedoras del tráfico jurídico, por cumplir con los requisitos del artículo 34 de la [Ley Hipotecaria](#).

7. Por prescripción. Así, el usufructo se extingue como consecuencia de que el titular no hace uso de las facultades que el derecho le confiere durante un plazo de seis o treinta años, según recaiga sobre bienes muebles o inmuebles (arts. 1962 y 1963 [CCIV](#)). Pero el usufructo también se extinguirá por prescripción adquisitiva o usucapión de la cosa libre del usufructo, por un tercero, en plazos más cortos (*usucapio libertatis*).

En cuanto a los efectos de la extinción, una vez terminado el usufructo se le entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario o a sus herederos por los desembolsos de que deban ser reintegrados; verificada la entrega, se cancelará la fianza o hipoteca (art. 522 [CCIV](#)).

Introducido así el que parece ser el fundamento para la tipicidad de estos derechos, surgen importantes dudas sobre la conveniencia de mantener el derecho de

uso como instituto diferenciado respecto del usufructo. En efecto, frente al derecho de habitación, que sólo posibilita el uso de un inmueble o parte de él, el de uso se extiende a los frutos que pueda dar la cosa, mueble o inmueble. Por supuesto, ese disfrute se restringe formalmente a las necesidades del titular (y su familia). Sin embargo, visto así, resulta que su contenido sería justamente el que caracteriza al usufructo, a saber, los *iura utendi et fruendi* sobre la cosa de otro. Además, la limitación del disfrute de la cosa gravada en torno a las condiciones personales del titular se trataría de algo que ya se podría obtener perfectamente al incorporar tal limitación en el título constitutivo del usufructo, en función del artículo 470 del [Código Civil](#), que establece que los derechos y obligaciones del usufructuario serán, en primer lugar, “los que determine el título constitutivo del usufructo”.

La enseñanza del derecho y los estudios comparados, de Mario Antonio Zinny*

Rosario, Nova Tesis, 2013, 310 pp.

La enseñanza del derecho

¿Son equivalentes el esfuerzo desplegado durante seis o siete años por la universidad, la facultad y los profesores con los conocimientos adquiridos por los estudiantes? De este interrogante he obtenido las siguientes dos respuestas. La primera, recibida del secretario académico de la Facultad de Derecho de Santa Fe poco antes de egresar de ella, dio por terminado el incipiente diálogo con estas palabras: “Zinny: los estudiantes egresan sabiendo lo que hay que saber”. La segunda, obtenida mucho después y todavía en vigencia, suele ser de un tenor parecido al siguiente: “Está bien, escribano, está bien, los conocimientos adquiridos no son los que merece el esfuerzo desplegado, pero ello se debe al estado lamentable en que los estudiantes llegan a la universidad y a que estudian poco”.

En lo que a mí respecta, desde mi primer libro, *Casos notariales*, editado por Depalma en 1983, vengo sosteniendo que el problema es otro y consiste en que los estudiantes egresábamos, hace cincuenta años –y egresan hoy–, habiendo olvidado la mayor parte de lo estudiado a lo largo de la carrera. Y que esto ocurría hace cincuenta años me consta porque yo egresé en aquella época y este olvido era una inquietud compartida, que dejábamos de lado por razones varias: así, la alegría de haber obtenido el título, la preocupación por encontrar un lugar donde ejercer la profesión o, en su caso, la responsabilidad del inmediato ejercicio. Y que ha seguido ocurriendo y ocurre hoy me consta por el reconocimiento de exalumnos y alumnas, el de mis hijos y el de los amigos de mis hijos.

¿Lo ignoran las autoridades? No. No lo ignoran. Las de nuestra facultad, como ejemplo, tienen muy claras las dificultades que genera el volumen de los conocimientos que pretendemos enseñar, como lo prueba la reunión que hace veinte días y por iniciativa del señor decano mantuviéramos los integrantes de las cátedras con él y la secretaria académica. En esa reunión el señor decano aludió al artículo del diario *La Nación* del 18 de enero del corriente año, donde el autor, Héctor Masoero, miembro de la Academia Nacional de Ciencias de la Empresa, se pregunta: “¿Cuánta informa-

* Esta reseña contiene una adaptación de las palabras expresadas por Mario Antonio Zinny en el acto de presentación de su obra, que se llevó a cabo el 18/3/2014 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. El autor del libro es miembro correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, miembro de número de la Academia Nacional del Notariado, profesor titular de Derechos Reales de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho de Rosario (Universidad Nacional) y director de la carrera de Notariado en dicha casa de estudios.

ción y conocimiento se generan a diario en el mundo?”. Enseguida, citando a James Appleberry, de la Universidad Estatal de California, nos da a conocer que “desde el inicio de la era cristiana, el conocimiento tardó 1750 años en duplicarse por primera vez; luego, duplicó su volumen cada ciento cincuenta años y, más adelante, cada cincuenta años. Actualmente, el volumen del conocimiento se estaría duplicando cada cinco años”.

¿Cuáles serían las causas del olvido que nos viene frustrando? La primera consiste en la falta de síntesis y consiguiente desmesura de los programas de buena parte de las asignaturas, con bibliografías que hoy incluyen varios tratados de mil páginas cada uno, para que los estudiantes elijan el que prefieren, junto a los resúmenes y apuntes de clase, redactados muchas veces por sus compañeros.

¿En quién me apoyo para sostener que la extensión de los programas perjudica la retención de los conocimientos? Antes que nadie, en José Ortega y Gasset, quien en 1930, en *Misión de la universidad*, dijo:

Aun reducida la enseñanza al profesionalismo y la investigación, forma una masa fabulosa de estudios. Es imposible que el buen estudiante medio consiga ni remotamente aprender lo que la universidad pretende enseñarle. Sin embargo, este principio de la ficción inspira todos los planes y la estructura de la actual universidad. Por eso yo creo [...] que en vez de enseñar lo que según un utópico deseo debiera enseñarse, hay que enseñar lo que se puede aprender. Es preciso, concluye, que no prosigan la dispersión y complicación actuales del trabajo científico sin que sean compensadas por otro trabajo científico especial inspirado en un interés opuesto: la concentración y la simplificación del saber.

Y si Ortega y Gasset no nos basta, pensemos en la neurociencia, que, como bien señala la doctora Perugini Zanetti en el prólogo, nos enseña que la atención y la memoria tienen sus límites. En el caso de la atención, porque a los veinte minutos de escuchar a un orador inflexible los oyentes dejan la cara puesta para dedicarse a vagar por las alegres comarcas a las que su imaginación los conduce. En mi experiencia, los estudiantes ponen una cara ante la cual conviene distraerlos para que recuperen fuerzas y sigan prestando atención. En el caso de la memoria no ponemos cara alguna porque, cuando ella se colma de antecedentes, leyes y figuras, un conocimiento ingresa y otro se va sin que lo advirtamos.

Y si esto no es suficiente, presten atención a lo que dice Héctor Masoero en el citado artículo de *La Nación*:

Así como el ropero tiene un límite que de vez en cuando nos obliga a despojarnos de las cosas que ya no usamos, así también los programas académicos deben actualizarse periódicamente, priorizando los contenidos más útiles y necesarios para la formación profesional y, además, los que resulten aplicables a diversas áreas y problemas.

A estos contenidos de los programas de estudio imposibles de retener por su extensión hay que sumarle el carácter asistemático de la enseñanza, con la mayoría de las

materias enseñadas como si ocuparan compartimentos estancos porque los conocimientos de una no se aplican en la otra y por eso el estudiante, a medida que las va aprobando, en vez de sumarlos los resta porque ya no le sirven, con un resultado lamentable: aprobada la última, apagado el ruido de los festejos y transcurridas dos o tres semanas, el estudiante advierte que ha quedado con las manos vacías, vacías de los conocimientos estudiados y expuestos en cada uno de los exámenes que aprobó.

“No importa si no nos acordamos de nada; lo que verdaderamente importa es la práctica, y ella vendrá con el ejercicio de la profesión”. Esta idea, que mantiene buena parte de su absurda vigencia, se desmorona en cuanto uno se pregunta: ¿el mecánico es práctico porque está en la fosa con el pantalón manchado de grasa? Respuesta: no. El mecánico es práctico porque cuenta con los conocimientos que le permiten ser práctico. Y por eso no confunde a la carrocería con la rueda ni al freno con el acelerador (confusión en la que nosotros caemos cuando confundimos al mandato con el apoderamiento, al apoderamiento con el poder y al poder con el documento que los prueba).

De allí que debemos abandonar esta idea, comprendiendo que la práctica sin teoría es rutina, y que la rutina no sirve para nada. Por otra parte, cuando la teoría ilumina y dota de sentido a la práctica, ésta, a su vez, enriquece y amplía los conocimientos; lo que explica que cueste tanto llegar a jurista sin estar en contacto con la vida y los casos.

Habiendo identificado las causas del olvido que nos frustra (desmesura en la extensión de los contenidos y falta de sistema en la enseñanza), la solución se pone al alcance de nuestra mano. Aunque una cosa es que ella esté a nuestro alcance y otra que sea posible alcanzarla. Pero a mí me basta con darla a conocer por si yo tuviera razón y algún día cambian las circunstancias que hoy la impiden. Y bien. La solución consiste:

- 1) En sintetizar los contenidos de las materias hasta reducirlos a límites razonables, derivando lo suprimido, si corresponde, a las especializaciones de posgrado.
- 2) En enseñar las materias sistemáticamente, a partir de una base común que se vaya enriqueciendo con el aporte de cada una (como hacen en Medicina a partir de Anatomía).
- 3) La solución se completa brindando a los estudiantes un manual de cada materia, de alrededor de trescientas páginas, redactadas con la colaboración de la cátedra, que respondan punto por punto al programa, incluyendo así lo que los estudiantes deben saber para aprobar; con lo que de paso les evitaremos la azarosa tarea de elegir bien el material de estudio.

¿Qué es un tratado, preguntaba yo en la obra de Alfredo Soto *Temas estructurales del derecho internacional privado*¹ que tuve el honor de prologar? Y respondía: según el diccionario, es un escrito que comprende las especies concernientes a una

1. Soro, Alfredo M., *Temas estructurales del derecho internacional privado*, Buenos Aires, Estudio, 2009.

materia determinada. ¿Y un manual? El mismo diccionario nos explica que es un libro donde se compendia lo más sustancial de una materia. Y con esto basta para confirmar que la diferencia entre uno y otro radica en la extensión: mayor en el tratado, menor en el manual.

¿A quiénes se destinan los tratados? A los profesores que recurren a ellos para ampliar sus conocimientos y a los profesionales y magistrados interesados en resolver el caso atípico que les ha tocado en suerte. ¿Y los manuales? Los manuales se destinan a los alumnos. Qué fácil sería todo si bastara plantearlo así para resolverlo, pero a nosotros nos gusta complicar las cosas. Y por eso hay autores que le llaman manual a un libro de novecientas páginas y otro que a uno de los tomos de su obra, de seiscientos setenta y ocho páginas, le llama compendio, olvidando que compendio significa “breve exposición de una materia”.

El grave error de publicar los manuales valiéndonos de un editor. Los estudiantes no pueden pagar los libros, lo que los obliga a fotocopiarlos. Y esto no es bueno, ni para el editor ni para nadie. Entonces, es mejor dejar tranquilo al editor y recurrir, directamente, a una de las fotocopadoras de la facultad, para que en ella se encarguen de imprimir, copiar y anillar los ejemplares, que así pasan a costar treinta y cinco pesos en vez de doscientos.

¿De qué base común a incluir en los programas estoy hablando cuando propongo enseñar sistemáticamente las materias? De la que está constituida por los conceptos generales que se incluyen en la secuencia situación jurídica-hecho-situación jurídica, a la que en 1959 aludió Emilio Betti en su *Teoría general del negocio jurídico*², donde nos enseña que “el esquema lógico del hecho jurídico, reducido a su expresión más simple, se obtiene mostrándolo como un hecho [...] que incide en una situación inicial para transformarla en una situación nueva”.

En idéntico sentido, Francesco Carnelutti había sostenido en 1955 en su *Teoría general del derecho*³ que “el estudio de la estructura del derecho se hará según la distinción entre estática y dinámica, que desde las ciencias físicas ha pasado ya a las económicas y puede rendir óptimos servicios al estudio del derecho”. Lo que en 1973 fue ratificado por Juan Vallet de Goytisolo, quien en su *Estudios sobre derecho de cosas*⁴ dijo: “La distinción entre visión estática y dinámica, situación y hecho [...], tan magistralmente expuesta por Carnelutti [...] ilumina muchísimas cuestiones”.

¿Cuáles son los conceptos generales incluidos en esta secuencia donde cada uno ocupa su lugar y desempeña su cometido? a) En la situación inicial, estática, se ubican la capacidad legal de obrar y la legitimación de los sujetos, acompañadas de un objeto idóneo (cosa corporal o incorporeal). b) En el hecho, dinámico, que es vida que transcurre y pasa, están la forma, el contenido y la causa, que son sus elementos

2. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1959, p. 6.

3. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría general del derecho*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1955, p. 21.

4. VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *Estudios sobre derecho de cosas*, Madrid, Montecorvo, 1973, p. 19.

constitutivos. Y el documento que prueba el hecho antes de que a éste se lo lleve la corriente (diría Heráclito). c) Y en la situación nueva ocupan su lugar los efectos del hecho y sus eventuales vicisitudes (nulidades, mera ineficacia, porque si bien todo lo inválido carece de sus efectos, no todo lo ineficaz es inválido).

Por otra parte, esta secuencia y sus conceptos generales se dan y repiten antes y ahora, todos los días, en Occidente y en Oriente, en todo orden jurídico, en la teoría y en la práctica. Y aquí cabe agregar que estos conceptos no sólo sirven para enseñar el derecho, formando jurídicamente a quienes los estudian; porque a la vez y como veremos son útiles para compararlos con los de otros ordenamientos.

¿Sirven estos conceptos generales para enseñar el derecho? Sí. Y más sirven porque no se trata de estudiarlos en forma aislada, encerrados en cajitas, una separada de la otra, porque así, irremediablemente, acabaremos por olvidarlos. Se trata, en cambio, de estudiarlos dentro del sistema al que pertenecen, con cada uno ocupando su lugar y desempeñando su función, con lo que bastará recordar a uno para que éste nos brinde la imagen del que le sigue. Y así sucesivamente, como los médicos, que oyen cabeza y piensan en el cuello. Y oyen tronco y se acuerdan de los brazos. Más todavía, si se mira bien, nuestros conceptos generales se dan y repiten en la mayoría de las materias, aunque en alguna como el derecho penal se den con otras denominaciones.

Así, la capacidad se llama imputabilidad; la legitimación, condiciones objetivas de punibilidad; el objeto idóneo, bien jurídico tutelado; la forma, exteriorización; el contenido, tipicidad; la causa, antijuridicidad; los efectos, potestad del Estado para imponerle una pena al delincuente; la nulidad, impunidad; y la ineficacia, causas de justificación.

¿Por qué no evitar que el olvido nos frustre, adoptando la solución que está al alcance de la mano? Imposible adoptarla mientras nuestros compañeros especialistas sigan creyendo, con toda su alma, que la mejor facultad de derecho es la que más enseña y exige, siendo que no es así, porque la mejor facultad de derecho es la que enseña mejor. Y ésta es la que logra que sus estudiantes egresen sabiendo.

¿Y los estudiantes? No se dan cuenta, captados por otros temas que ellos juzgan más importantes. Y enseñar y aprender es una cosa que a los estudiantes, lamentable y curiosamente, no les preocupa demasiado. Pero llegará el día en que advertirán cuánto más fácil, entretenido y útil resulta que el profesor anticipe que para la próxima clase deben estudiar tales páginas del manual que les ha brindado. Y ya en la clase, en vez de recitar o explicar lo que no hace falta recitar ni explicar porque lo tienen sintetizado y escrito, dedicarla a poner en escena, con los propios estudiantes como actores principales, el concepto, la institución o figura de que se trate.

Y los casos, casos sencillos y prácticos, destinados a asentar los conocimientos. Y no complejos, complicados, indescifrables, porque éstos sólo sirven para igualar para abajo, ya que nadie los resuelve.

Aprendiendo sin desgastarse, nuestros estudiantes podrán estudiar con ganas y les quedará tiempo para inquietarse por ese tema que de pronto les interesa y a partir

del cual algunos iniciarán el camino que les permitirá superarnos y aportar su grano de arena para lograr un mundo más justo.

Los estudios comparados

A comienzos del año pasado mi hijo Ignacio puso en mis manos el libro de Enrico dell' Aquila titulado *Introducción al estudio del derecho inglés*, traducido y editado por la Universidad de Valladolid en 1992, con prólogo de José Luis de los Mozos. Libro éste en cuya primera parte el autor sostiene que no se debiera hablar de derecho comparado sino de estudios comparados de los diferentes ordenamientos jurídicos, porque no existe ni puede existir un derecho comparado en el mismo sentido en que se habla de derecho romano, inglés o español. Existe, sí, la comparación de las diferentes instituciones, normas, reglas, criterios y principios en vigencia en distintos países y hasta en distintas regiones de un mismo país.

Comparar diferentes ordenamientos es una tendencia tan vieja como el estudio del derecho en sí, ya que desde la antigüedad se manifestó el interés de los juristas en aprovechar la experiencia jurídica ajena para elaborar el derecho propio. En este sentido se pronunciaron Aristóteles y la tradición transmitida que sostiene que el estudio y la actualización de las leyes griegas, sobre todo las de Solón, habrían posibilitado la redacción de la Ley de las Doce Tablas. En contra, la actitud despectiva con que Cicerón consideró las leyes griegas de Licurgo, Dracón, el mismo Solón y el *ius civile* de los demás pueblos y naciones.

Sea como fuere, los estudios de carácter comparativo se volvieron más frecuentes y sistemáticos recién en el siglo XIX, ayudando a entender mejor el derecho propio y, a la vez, a conocer y comprender los derechos ajenos. Con lo que estos estudios se constituyeron en un medio indispensable para la aplicación del derecho internacional privado. Más todavía, los principios generales a los que ellos permiten acceder pasaron a constituirse en la fuente del derecho internacional público toda vez que los tratados no regulan el tema (Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia de las Naciones Unidas, art. 38c; tratado que instituyó el Mercado Común Europeo, art. 215, párrafo 2).

Esta comparación –continúa nuestro autor– cuenta con una importancia formativa extraordinaria al permitirnos aumentar nuestros conocimientos jurídicos a través del espacio, así como la historia del derecho nos permite enriquecer nuestra cultura con referencia al tiempo.

Por otra parte, los estudios comparados:

- 1) Se constituyen en uno de los esfuerzos más interesantes para volver a darle a la ciencia jurídica el sentido de lo universal.
- 2) Son imprescindibles para comprender el vocabulario jurídico de los demás países y representan la premisa para la formación de un lenguaje jurídico internacional, ya que éste tiene que ser en cierta medida uniforme.

- 3) Por último, la formación de un lenguaje de este tipo se constituye, a su vez, en la premisa para la unificación de, por lo menos, algunas ramas del Derecho, o para la elaboración de una legislación uniforme de determinadas instituciones jurídicas, lo cual es deseable para el desarrollo del comercio y hasta para la pacífica coexistencia entre las naciones.

En el ámbito de la comparación, cabe distinguir la micro-comparación (donde como ejemplo se compara la capacidad legal de obrar) de la macro-comparación (donde se comparan principios). Hasta ahora los comparatistas se han venido ocupando, casi exclusivamente, de la primera. No obstante, la macro-comparación puede resultar útil y estimulante para comprender mejor las bases ideológico-culturales que representan el substrato o punto de partida de uno y otro ordenamiento.

Siempre según Enrico dell' Aquila, para clasificar los derechos a comparar hay que comenzar por dejar de lado el prejuicio que conduce a incluir en la clasificación sólo a los derechos europeos o de derivación europea, es decir, a los pertenecientes al mundo occidental, excluyendo de la civilización a Oriente.

Y por eso es que el punto de partida correcto consiste en agruparlos según la esencia que los distingue, a saber:

- 1) Los que han sido elaborados sin depender de una verdad tradicional, de orden religioso o filosófico, como en el caso de los que pertenecen a los países europeos.
- 2) Los que han sido construidos dependiendo de esa verdad, como ocurre en los países de Oriente.

En los países europeos y en los que han recibido la influencia de su cultura se ha venido pensando que existe una neta separación entre las normas jurídicas y las normas morales (así, Giorgio Del Vecchio y Hans Kelsen). Y ello está relacionado con el camino que habría recorrido la civilización occidental en los últimos siglos de su historia, hasta llegar a un punto en el que no parece arriesgado afirmar que las actuales colectividades de Occidente se nos presentan en su conjunto como si estuvieran edificadas sobre la ausencia de cualquier principio que no sea el de conseguir el bienestar económico de la sociedad.

Las consecuencias sociales que de esto resultan, entre las cuales se destaca el asombroso descenso del nivel moral de la colectividad, están hoy a la vista de todos, sostiene dell' Aquila, quien agrega que esto vale tanto para los derechos que pertenecen al área romanista (así, entre otros, los derechos español, francés, italiano, alemán, etc.) como para los derechos que, pese a no derivar del derecho romano, han sido influidos en alguna medida por éste, como ocurre con el derecho inglés y los derechos escandinavos.

Y vale también para el derecho de los países donde se estableció una organización social inspirada en el marxismo-leninismo, como sucedió en Rusia, donde las normas jurídicas, lejos de estar relacionadas con una tradición religiosa o filosófica, fueron elaboradas con el fin de hacer efectivos ciertos intereses económico-sociales, en perjuicio de otros intereses.

Frente a todos ellos –concluye nuestro autor–, se sitúa el grupo de los derechos íntimamente conectados con una moral tradicional de origen religioso o filosófico, grupo que está constituido, fundamentalmente, por los derechos hindú, judío, islámico y chino.

Y bien. Con el libro que presento tengo la esperanza de contribuir a crear las condiciones que nos permitan emprender una doble comparación:

- 1) La comparación macro de las fuentes de nuestro ordenamiento con las del ordenamiento extranjero de que se trate, fuentes a las que he dedicado los diez capítulos de la primera sección, respectivamente destinados a los principios éticos, las normas jurídicas, la legislación, la analogía, los principios generales, la equidad, la costumbre, la jurisprudencia y la doctrina, asignando el último capítulo a la interpretación de la ley.
- 2) La comparación micro que involucre a nuestros conceptos generales (son los incluidos en la secuencia situación inicial-hecho-situación nueva), a los que he destinado el resto del libro. Lo hago inspirado en las palabras de René David, quien en su *Tratado de derecho civil comparado*⁵ nos enseña:

El derecho comparado proporciona al jurista el alejamiento necesario para contemplar el derecho propio en sus rasgos esenciales, para separar y aislar las ideas generales y las tendencias principales por encima de una reglamentación a menudo exuberante, entre la que corremos el riesgo de perdernos.

5. DAVID, René, *Tratado de derecho civil comparado*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1953, p. 93.